

183-CAC-2017

SALA DE LO CIVIL, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San Salvador, a las nueve horas con cincuenta y seis minutos del cinco de marzo de dos mil dieciocho.

El recurso de casación ha sido interpuesto por los abogados Carlos Amílcar Amaya y Oscar Mauricio Hurtado Saldaña, en las calidades que más abajo se expresa, contra la sentencia definitiva pronunciada por la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, con sede en San Salvador, en el proceso Declarativo Común de Daños identificados inicialmente como extracontractuales, promovido por: **1-** Las Cascadas Multiservicios, Sociedad Anónima de Capital Variable, que puede abreviarse Las Cascadas Multiservicios S.A. de C.V., y **2-** Los Propietarios del Inmueble sometido al Régimen de Ley de Propiedad Inmobiliaria por Pisos y Apartamientos denominado Condominio Centro Comercial Hipermall las Cascadas, representada por la Sociedad Administradora de Condominios, Sociedad Anónima de Capital Variable, que puede abreviarse Administradora de Condominios, S.A. de C.V., por medio de sus representantes procesales, licenciados José Adolfo Torres Lemus, y Herbert Rafael Guerrero Urbina; en contra de la sociedad Operadora Del Sur, Sociedad Anónima de Capital Variable, que puede abreviarse Operadora Del Sur, S.A. de C.V.

Han intervenido en primera instancia los licenciados José Adolfo Torres Lemus y Herbert Rafael Guerrero Urbina, en representación de la parte actora y los licenciados José Eduardo Ángel Maldonado y Jaime Ernesto Moisés Rodríguez Paredes, en representación de la parte demandada. En segunda instancia: los licenciados José Adolfo Torres Lemus, Herbert Rafael Guerrero Urbina y Luis Héctor Alberto Pérez Aguirre, en representación de las actoras; José Eduardo Ángel Maldonado y Jaime Ernesto Moisés Rodríguez Paredes, en calidad de apoderados de la sociedad demandada.

En casación han intervenido los abogados Carlos Amílcar Amaya y Óscar Mauricio Hurtado Saldaña, en calidad de apoderados de las sociedades Las Cascadas Multiservicios, Sociedad Anónima de Capital Variable, que puede abreviarse Las Cascadas Multiservicios, S.A. de C.V., también de los propietarios del inmueble sometido al régimen de la Ley de Propiedad Inmobiliaria por Pisos y Apartamientos, denominado Centro comercial Hipermall las Cascadas, en adelante, “El Condominio” representados por la administradora del inmueble, la sociedad Administradora de Condominios, Sociedad Anónima de Capital Variable, que puede abreviarse Administradora de Condominios, S.A. de C.V.

VISTOS LOS AUTOS Y CONSIDERANDO:

I.- Que la sentencia de Primera Instancia en la parte resolutive dice: **“FALLO-EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR Y DE CONFORMIDAD A LOS ARTS. 1, 2, 11, 15, 18, 172 inc. 3º, 182 ord. 5ºCn; 42, 43, 1309, 1416, 1417, 1419, 1420, 1427, 1703, 1726, 1727, 1729, 1730, 1758, 1759, 2035, 2065, 2067, 2071, 2280 CCV; Arts. 1410, 1411, 1412, 1413, y 1415 del CCm; 1, 2, 3, 14, 15, 212, 213, 215, 216, 217, 218, 272, 305, 309, 313 ordinal 1º, 344, 347, 353 (sic) 416, 417 CPCM, LA SUSCRITA JUEZ FALLA: ---A. RESPECTO DE LAS CASCADAS MULTISERVICIOS: I) SE DECLARA NO HA LUGAR a establecer la existencia y la cuantificación de los daños patrimoniales en perjuicio de la sociedad LAS CASCADAS MULTISERVICIOS, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, consistente en: **Daño Emergente por el valor total de UN MILLÓN SEISCIENTOS OCHENTA Y UN MIL TRESCIENTOS DIECINUEVE DÓLARES CON QUINCE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA; Lucro Cesante por el valor total de TRES MILLONES CUATROCIENTOS SEIS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE DÓLARES CON CUARENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA; y Pérdida de Chance u Oportunidad por el valor total de CUATROCIENTOS SETENTA Y UN MIL NOVENTA Y TRES DÓLARES CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.---II) SE DECLARA NO HA LUGAR** a establecer la responsabilidad extracontractual por la generación de daños patrimoniales antes relacionados en contra de LAS CASCADAS MULTISERVICIOS, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE por parte de OPERADORA DEL SUR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE. III) SE ABSUELVE a la sociedad OPERADORA DEL SUR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE de pagar a la sociedad LAS CASCADAS MULTISERVICIOS, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, la cantidad total de CINCO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA DÓLARES CON VEINTINUEVE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, en concepto de pago por indemnización por daños y perjuicios patrimoniales, más los intereses legales que corresponden en cada caso; suma total desglosada de la siguiente forma: ---a) Por Daño Emergente en los rubros de: A) Gastos extraordinarios en consultorías para el reclamo a la compañía aseguradora, bajo las Pólizas INC-50.858 e INC-50.859, a consecuencia**

del incendio, por el monto total de CIENTO CUARENTA MIL QUINIENTOS CINCUENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, subdividido en las cantidades siguientes: i) la cantidad de CUATRO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del día 31 de enero de 2015; ii) la cantidad de DIEZ MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del día 17 de febrero de 2015; iii) la cantidad de CUATRO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del día 3 de marzo de 2015; iv) la cantidad de DIEZ MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del día 27 de marzo de 2015; y) la cantidad de SIETE MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del día 28 de abril de 2015; vi) la cantidad de UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del día 9 de junio de 2015; vii) la cantidad de UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, Más el interés legal mercantil a partir del día 19 de junio de 2015; viii) la cantidad de UN MIL QUINIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del día 26 de agosto de 2015; ix) la cantidad de DIEZ MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del día 16 de febrero de 2015; x) la cantidad de VEINTE MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del día 5 de mayo de 2015; xi) la cantidad de QUINCE MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del día 15 de junio de 2015; y xii) la cantidad de CINCUENTA Y CINCO MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del día 10 de noviembre de 2015; todos los intereses se reclaman hasta el completo pago. B) Readecuación de las instalaciones correspondientes al Local L-1 por retiro del ancla, Operadora del Sur, S.A. de C.V., para la que había sido diseñado el Centro Comercial, de noviembre de 2015 a agosto de 2016, por la cantidad de UN MILLÓN TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS DÓLARES CON VEINTICUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del día 01 de septiembre de 2016, hasta su completo pago. C) Gastos extraordinarios en

cofinanciamiento de promoción comercial de arrendatarios de febrero de 2015 a enero de 2017, por la suma de CIENTO CINCUENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS DÓLARES CON NOVENTA Y UN CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del día 01 de febrero de 2017, hasta su completo pago.---b) Por Lucro Cesante en los rubros de: a) Rentas no percibidas de locales comerciales y kioscos de la zona dañada, de septiembre de 2015 a enero de 2017, por la cantidad de DOS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL CIENTO VEINTICUATRO DÓLARES CON OCHENTA Y SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del 01 de febrero de 2017, hasta el completo pago; b) Rentas no percibidas de locales comerciales y kioscos en la zona no dañada, para la segunda quincena de enero de 2015, por la cantidad de DIECISIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE DÓLARES CON SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del 01 de enero de 2015, hasta el completo pago; c) Ingresos no percibidos por interrupción de suministro de aire acondicionado al Centro Comercial de enero de 2015 a enero de 2017, por la cantidad de NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y TRES DÓLARES CON CINCUENTA Y CINCO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA más el interés legal mercantil a partir del 01 de febrero de 2017, hasta el completo pago.---c) Por Pérdida de Chance un Oportunidad, a causa del perjuicio financiero, por la cantidad total de CUATROCIENTOS SETENTA Y UN MIL NOVENTA Y TRES DÓLARES CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.---**B. RESPECTO DEL CONDOMINIO I) SE DECLARA NO HA LUGAR** a establecer la existencia y la cuantificación de los daños patrimoniales de LOS PROPIETARIOS DEL INMUEBLE SOMETIDO AL RÉGIMEN DE LA LEY DE PROPIEDAD INMOBILIARIA POR PISOS Y APARTAMIENTOS DENOMINADO CONDOMINIO CENTRO COMERCIAL HIPERMALL LAS CASCADAS, consistente en: Daño Emergente por el valor total de TRES MILLONES OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y CINCO DÓLARES CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA; Lucro Cesante por el valor total de UN MILLÓN TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS DIECISIETE DÓLARES CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA; y Pérdida de

Chance u Oportunidad por el valor total de DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO DÓLARES CON TREINTA Y UN CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. ---II) SE DECLARA NO HA LUGAR a establecer la existencia y cuantificación de los daños morales ocasionados a LOS PROPIETARIOS DEL INMUEBLE SOMETIDO AL RÉGIMEN DE LA LEY DE PROPIEDAD INMOBILIARIA POR PISOS Y PARTAMENTOS DENOMINADO CONDOMINIO CENTRO COMERCIAL HIPERMALL LAS CASCADAS, consistente en la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y UN MIL OCHENTA Y NUEVE DÓLARES CON CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. --- III) SE DECLARA NO HA LUGAR a establecer la responsabilidad extracontractual por la generación de daños patrimoniales y extra patrimoniales antes relacionados en contra de LOS PROPIETARIOS DEL INMUEBLE SOMETIDO AL RÉGIMEN DE LA LEY DE PROPIEDAD INMOBILIARIA POR PISOS Y APARTAMENTOS DENOMINADO CONDOMINIO CENTRO COMERCIAL HIPERMALL LAS CASCADAS por parte de OPERADORA DEL SUR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE. --- IV) SE ABSUELVE a la sociedad OPERADORA DEL SUR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE de pagar a LOS PROPIETARIOS DEL INMUEBLE SOMETIDO AL RÉGIMEN DE LA LEY DE PROPIEDAD INMOBILIARIA POR PISOS Y APARTAMIENTOS DONIMINADO CONDOMINIO CENTRO COMERCIAL HIPERMALL LAS CACADAS, LA cantidad total de CUATRO MILLONES SETECIENTOS DIECIOCHO MIL CIENTOS VEINTIÚN DÓLARES CON OCHENTA Y SEIS CENTAVOS DE DOLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, en concepto de pago por indemnización por daños y perjuicios patrimoniales, más los intereses legales que corresponden en cada caso, suma total desglosada de la siguiente forma:---a) Por daño Emergente en los rubros de: A) Gastos para el combate de las consecuencias inmediatas del incendio durante el mes de enero de 2015, la cantidad de SIETE MIL SEISCIENTOS NUEVE DÓLAERS CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del 1 de febrero de 2017, hasta el completo pago. B) Honorarios de Ingenieros y Arquitectos para el desarrollo de rediseños y obtención de permisos de reconstrucción de noviembre de 2015 a enero de 2016, la cantidad de CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES DÓLARES CON OCHENTA Y TRES

CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del 1 de febrero de 2016, hasta el completo pago. C) Costos de supervisión de la reconstrucción de octubre de 2015 a noviembre de 2016, la cantidad de CIENTO NOVENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS CINCUENTA DÓLARES DE LOS ESTDOA UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del 1 de diciembre de 2016, hasta el completo pago. D) Recuperación de imagen y tráfico de personas en el Centro Comercial de enero de 2016 a diciembre de 2017, la cantidad de DOS MILLONES TERSIENTOS TREINTA Y UN MIL OCHENTA Y NUEVE DÓLARES CON CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS DE DOLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del 1 de febrero de 2017, hasta el completo pago. E) Gastos extraordinarios en cofinanciamiento de promoción comercial de arrendatarios de febrero de 2015 a enero de 2017, la cantidad de CINCUENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SETENTA Y DOS DÓLARES CON VEINTIDÓS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del 1 de febrero de 2017, hasta el completo pago. --- b) Por Lucro Cesante en los rubros de: A) Rentas no percibidas por espacios comerciales y kioscos en zona dañada, a consecuencia del incendio, de septiembre de 2015 a enero de 2017, la cantidad de CIEN MIL TRECIENTOS DOCE DÓLARES CON CINCO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del 1 de febrero de 2017, hasta el completo pago. B) Rentas no percibidas por espacios comerciales kioscos en zona no dañada, a consecuencia del incendio, para la segunda quincena del mes de enero de 2015, la cantidad de DOCE MIL CIENTO TRECE DÓLARES CON SETENTA Y CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del 1 de enero de 2015, hasta el completo pago. C) Pérdida de cuotas de mantenimiento en zona dañada, a consecuencia del incendio, de septiembre de 2015 a enero de 2017, la cantidad de SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE DÓLARES CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal mercantil a partir del 1 de febrero de 2017, hasta el completo pago. D) Rentas no percibidas por espacios publicitarios en el Centro Comercial, a consecuencia del incendio, de enero de 2015 a enero de 2017, la cantidad de CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO DÓLARES CON OCHENTA Y CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más el interés legal

mercantil a partir del 1 de febrero de 2017, hasta el completo pago. ---c) Por Pérdida de Chance u Oportunidad, a causa del perjuicio financiero, por la cantidad total de DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO DÓLARES CON TREINTA Y UN CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.---V) SE ABSUELVE a la sociedad OPERADORA DEL SUR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE de pagar a LOS PROPIETARIOS DEL INMUEBLE SOMETIDO AL RÉGIMEN DE LA LEY DE PROPIEDAD INMOBILIARIO POR PISOS Y APARTAMENTOS DENOMINADO CONDOMINIO CENTRO COMERCIAL HIPERMALL LAS CASACADAS, la cantidad de DOS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y UN MIL OCHENTA Y NUEVE DÓLARES CON CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, en concepto de pago por indemnización por daños y perjuicios extra patrimoniales.-- -VI) Se CONDENA en costas a las partes demandantes de conformidad al art. 272 CPCM, por haber visto rechazadas todas sus pretensiones. NOTIFÍQUESE.”

II.- En segunda instancia se resolvió: “POR TANTO: Sobre la base de los razonamientos expuestos, disposiciones legales citadas y de conformidad con lo establecido en los Arts. 11, 15, 18, 172 Incs. 10 y 30, 182 atribuciones 5ª Cn., 212 Inc. Último, 213, 215, 216, 217, 218, 219 Inc. 1º, 220 Inc. 1º, 272, 275 y 515 Incs. 10 y 2º CPCM, A NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR ESTA CÁMARA FALLA: A) CONFIRMASE la sentencia venida en apelación, pronunciada por la señora Jueza 2 del Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil de San Salvador, a las catorce horas y diez minutos del día diez de octubre de dos mil dieciséis; y, B) CONDENASE EN COSTAS de esta instancia a la parte recurrente.”

III- No conformes con lo resuelto en segunda instancia, los abogados Carlos Amílcar Amaya y Oscar Mauricio Hurtado Saldaña, en la calidad antes mencionada recurrieron en casación y en lo esencial de su escrito manifestaron, que interponen el recurso por aplicación indebida, artículos infringidos 389 y 416 CPCM, que fue declarado inadmisibile y por inaplicación de la ley, artículos infringidos 11 de la Constitución de la República de El Salvador (Cn.), 2, 4, 339, 341 y 416, inc. segundo Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM), el cual fue admitido, por resolución de las doce horas veintidós minutos del siete de agosto de dos mil diecisiete, a fs. 109 del expediente de casación.

Los abogados José Eduardo Ángel Maldonado y Jaime Ernesto Moisés Rodríguez Paredes, en representación de la parte contraria, presentaron escrito que corre agregado de fs. 147

al 159 del expediente de casación, por el que en síntesis pidieron se les tuviera por ejercido su derecho a pronunciarse en relación al recurso, se rechace el mismo y se condene en costas a los recurrentes con arreglo al art. 539 CPCM. Posteriormente, presentaron otro escrito por el que autorizaron a personas para recibir notificaciones, el que corre agregado a fs. 198.

A sus antecedentes el escrito presentado por el abogado Óscar Mauricio Hurtado Saldaña, en la calidad en que comparece, por el que pidió se le extendiera certificación de todo el proceso, lo que se ordenó, tal como se solicitó, fs. 189.

Posteriormente, los abogados Carlos Amílcar Amaya y Oscar Mauricio Hurtado Saldaña presentaron escrito que corre agregado a fs. 194/197, por el que solicitaron se tuviera por contestados los argumentos de su contraparte, pidiendo asimismo se tuviera por desvirtuado.

IV- ANÁLISIS DEL RECURSO

1. MOTIVO DE FONDO: INAPLICACIÓN DE LEY, artículos 11 Cn. y 4 CPCM

Los recurrentes manifiestan en síntesis, que se cometió inaplicación del art. 11 Cn., porque a su juicio, los términos del debate fueron establecidos por las partes y la jueza hasta la audiencia preparatoria en cuanto a que lo reclamado en la demanda eran daños extracontractuales y su correspondiente indemnización, calificó el reclamo como contractual, diferente a lo planteado en la demanda; para fundamentar sus argumentos transcriben jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional respecto del sentido del art. 11 Cn., en el sentido que los derechos de audiencia y defensa quedan garantizados únicamente si las partes han tenido la oportunidad real de defensa, no se garantiza solamente cuando se ha tenido oportunidad de tener conocimiento de la demanda, sino también cuando la exposición de su defensa y la aportación de las pruebas en torno a la comprobación de los hechos en que fundamenta la protección de sus intereses, vista y analizada en la sentencia en contraposición con los argumentos vertidos por la parte contraria; para ahondar en el tema del derecho de defensa, relacionan el art. 4 CPCM, en cuanto a que éste expresa que el sujeto tiene derecho a exponer su argumentación y rebatir la de la contraria; se insiste en la idea que la legislación, art. 4 CPCM, confiere el derecho a intervenir en las actuaciones, articular los medios de prueba pertinentes, contar en todo caso con la oportunidad de exponer su argumentación y rebatir la de la contraria, manifestaciones del derecho de defensa que deben ser reales y no sujetarlas a interpretaciones restrictivas o formalistas; además, los recurrentes relacionan actos judiciales sucedidos ante la jueza de primera instancia que conoció del proceso: que la demanda se planteó por reclamo de indemnización de responsabilidad

extracontractual contra Operadora Del Sur, S.A. de CV, en Proceso Común Declarativo; la parte demandada contestó en sentido negativo y formularon motivos de oposición, jamás se pronunciaron en contrario a la naturaleza jurídica del reclamo “extracontractual”. Que en otras palabras, estos aceptaron la litis en los términos expuestos en la demanda. En la Audiencia Preparatoria, las partes y el juez suplente no se refirieron en cuanto a si el origen de los daños era “contractual” o “extracontractual”. En la audiencia probatoria, las partes debatieron y aportaron pruebas tal como había quedado establecido en la Audiencia Preparatoria. La jueza de primera instancia introdujo por primera vez, la calificación de “contractual” de los daños, lo que alteró la litis sorpresivamente. Los recurrentes suponen, que la introducción de esta calificación obedeció porque la jueza propietaria del tribunal que finalmente sentenció el proceso, no fue la que presidió y conoció de la audiencia preparatoria, sino que el Juez Suplente. Que este cambio de la litis les ocasionó perjuicios. Que el tema *decidendi* con arreglo al art. 94 CPCM había quedado decidido por las partes y la jueza lo alteró y desnaturalizó posteriormente. En segunda instancia, la Cámara recoge el criterio de la juzgadora y lo desarrolló abundantemente, se afirmó que los daños y perjuicios alegados son contractuales. Surge nuevamente la infracción a los términos de la litis, al objeto del proceso tal como fue planteado y aceptado por las partes, y fijado en la audiencia preparatoria, probada y resistida por aquéllas.

Los recurrentes enfatizan, que la calificación de los daños como contractuales por parte de la juzgadora se realizó en un momento inoportuno, porque se violentó la garantía de audiencia, defensa y contradicción de los demandantes, porque “negaba a estos toda posibilidad de defenderse y de contradecir el criterio de la juzgadora, defensa que sin duda tenían todo el derecho a hacer.” Sobre la base de lo anterior concretaron que: 1-) el momento para pronunciar la sentencia no fue el correcto para calificar de contractuales los daños, 2- que la juzgadora alteró la litis sin consentimiento de las partes, 3- que en virtud del principio dispositivo, con sus limitaciones, solo las partes pueden disponer del objeto del proceso, art. 6 CPCM, 4- Que la juzgadora negó la oportunidad de defenderse a las demandantes a consecuencia de la alteración de la Litis en contravención al art. 11 Cn, 2 y 4 CPCM. Que el momento apropiado para que la juzgadora calificara los daños era en la audiencia preparatoria.

La Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro en síntesis manifestó (fs. Fs. 137-138), que el principio de congruencia supone la confrontación entre lo pretendido en la demanda y la parte dispositiva de la sentencia, sin consideración a los argumentos o

razonamientos que se expongan. Hay incongruencia cuando, por ejemplo, se alteran los hechos fundamentales, causa de pedir, en que las partes fundaron sus pretensiones. En el caso de autos, los demandantes solicitaron se declarase la responsabilidad extracontractual y su indemnización, por lo que en principio, la jueza debía centrarse en la determinación del origen del daño así expuesto, pero, esto no inhibía a la juzgadora de analizar los hechos y el derecho aplicable, esto supone encajar aquéllos en los preceptos legales pertinentes, ya que las partes pueden invocar “un sinfín de postulados” que pudieran resultar incorrectos. Así las cosas, la Cámara concluyó, que la jueza *a quo* actuó correctamente cuando estableció que la responsabilidad civil era contractual y no extracontractual. Agregan que en el momento en que sucedió el incendio, según se alegó, el “Contrato de Construcción y Arrendamiento” estaba vigente, por lo que esto llevó a considerar que una falta de cuidado requerido al arrendatario en la conservación de la cosa arrendada, constituiría la correcta calificación de los hechos; confirmándose el pronunciamiento de la juzgadora porque la obligación de indemnizar se origina por el incumplimiento de que “el arrendatario empleará en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia”, porque no se trata de un hecho aislado, sino de un deber de cuidado o diligencia exigido a la sociedad demandada, relacionado con el contrato. En fin, la Cámara discrepó con los recurrentes y confirió la razón a la jueza, pues, no ellos consideraron que el origen de la pretensión indemnizatoria provenía del deber genérico de cuidado. Que “la determinación del tipo de responsabilidad que se reclama no es un término ajeno al debate, al contrario, nace por la pretensión misma introducida por la parte actora, quien al aportar las pruebas de la vinculación contractual por medio del contrato de arrendamiento, colocó tal situación de manera implícita al conocimiento de la operadora de justicia, sin que pueda afirmarse que existe violación de su derecho a la protección jurisdiccional, por ser incongruente la sentencia, en virtud que, como se ha dejado sentado en párrafos anteriores, era fundamental que se fijara dicha circunstancia para resolver la pretensión planteada”, fs. 142.

Al respecto, esta Sala considera lo siguiente:

Los recurrentes han citado como disposiciones infringidas los arts. 11 Cn. y 4 CPCM; en síntesis alegaron, que tales disposiciones amparan a sus representadas, las demandantes de indemnización por daños y perjuicios, a recibir el beneficio de un proceso en el que se observen las formalidades esenciales, se les garantice su derecho de audiencia, defensa de sus argumentos y oportunidad de aportar pruebas; que estas prerrogativas han sido conculcadas por la jueza de

primera instancia que conoció el litigio, porque calificó la responsabilidad civil como “contractual” cuando en la demanda se alegó la “extracontractual”, cuyos argumentos fueron confirmados por la Cámara. Que esa calificación se produjo al emitirse la sentencia de primera instancia, cuando a lo sumo, pudo haberse practicado en la audiencia preparatoria; con todo ello se cambió el objeto del proceso y la parte actora no tuvo la oportunidad de defenderse frente a ese agravio, (fs. 2-9 del escrito de casación).

En ese sentido continuaremos analizando los artículos invocados como infringidos, citaremos primeramente el art. 11 Cn. y luego el art. 4 CPCM.

El art. 11 Cn. reza así: “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.”

En términos sencillos, es decir, sin ánimo de sobreabundar en el significado de la disposición ya tantas veces interpretada por los tribunales, se aprecia, que la disposición recoge dos grandes supuestos: la garantía constitucional de que toda persona no puede ser privada de sus derechos sin haber sido oída y vencida en un proceso con arreglo a las leyes; y el otro, de no ser enjuiciada dos veces por la misma causa; aunque en puridad los recurrentes debieron haber efectuado esta distinción; sin embargo, el recurso se admitió, porque la fundamentación esencialmente se centró en esos argumentos.

Dado que se invocó una disposición constitucional como infringida, requiere que nuevamente nos pronunciemos en relación a la competencia de este tribunal en atención a este tipo de regulación. Es cierto, en ese sentido, que esta Sala de Civil y la Corte Suprema de Justicia cuando conocen de casaciones, admiten este recurso fundamentado en disposiciones constitucionales. Y es que con arreglo al art. 2 CPCM los jueces están vinculados a las disposiciones constitucionales, pero no es menos cierto que la casación ha constituido un instrumento de protección y respeto de la legalidad, aplicándose e interpretándose las leyes secundarias y hasta los reglamentos con arreglo a la Constitución de la República, por cuanto aquellas constituyen concreción de disposiciones constitucionales. En ese sentido, el ejercicio del control judicial vía casación debe ejercerse en armonía con las competencias que otros tribunales ejercen, v.gr. la atribuida a la Sala de lo Constitucional, tribunal que sí tiene mandato constitucional para conocer de amparos e inconstitucionalidades, de interpretar con efectos erga omnes la Constitución.

En ese sentido, citamos la segunda disposición citada como infringida, el art. 4 CPCM que bajo el epígrafe: **“Principio de defensa y contradicción” dice:** “El sujeto contra quien se dirija la pretensión tiene derecho a defenderse en el proceso, interviniendo en las actuaciones y articulando los medios de prueba pertinentes.--En todo caso, cada parte tiene derecho a contar con la oportunidad de exponer su argumentación y rebatir la de la contraria, y sólo cuando expresamente lo disponga la ley podrán adoptarse decisiones sin oír previamente a una de las partes.”

Los recurrentes citan esta disposición para afirmar que: “el derecho de defensa y contradicción se concretiza en el derecho del sujeto contra quien se dirige la pretensión a defenderse en el proceso”; que cada parte tiene derecho a tener una oportunidad de exponer argumentos y rebatir a la parte contraria, es decir, intervenir, articular medios de prueba, argumentar y rebatir a la contraria.

En ese orden, esta Sala observa, que la teoría expuesta por los recurrentes es correcta y en efecto, este mismo tribunal se ha referido al respeto del principio de contradicción y derecho de defensa a través de la articulación del proceso por audiencias a través de la concatenación de lo expuesto por las partes, la fijación de los hechos y admisión de medios probatorios en la audiencia preliminar (los casos a los que nos referimos pertenecen al proceso de familia, en donde la audiencia preliminar hace las veces de la audiencia preparatoria del Código Procesal Civil y Mercantil). Sin embargo, creemos, que los argumentos expuestos, aunque por buen camino, han sido insuficientes para pretender que sea casada la sentencia recurrida, no solo porque no explican cómo y hasta qué punto es valedero citar el art. 11 Cn. para justificar que hubo indefensión por la confirmación -de la Cámara- de la calificación de los daños pronunciada por la jueza a quo o que la Cámara no debió confirmar la decisión de la jueza en el sentido discutido en el recurso, todo apuntado fundamentalmente a la actuación de la Cámara y no del tribunal de primera instancia, cuyos actos directamente no son objeto del recurso por esta Sala, pues no hay casación *per saltum*.

Los recurrentes no explican por qué es valedero invocar una norma abstracta como el art. 11 Cn., cuando bien pudieron haber aplicado una más concreta que describiese un acto que supuestamente causó perjuicios a sus representadas y es que de seguir su línea de argumentación llegaríamos al punto, que no debería ser admitido, de limitar la capacidad del juez a sentenciar con arreglo al Derecho, conforme al *iura novit curia*, lo que supone admitir que sí es posible la

calificación judicial de los daños invocados en una demanda. Y si esto es así, que lo es, hasta qué punto sería admitido en consonancia con el derecho de defensa.

Como vemos, la argumentación expuesta por los recurrentes es correcta, insistimos, teóricamente, pero se queda en el vacío y abstracción y por tanto ajeno a lo acontecido particularmente en el proceso, el cual sí es objeto de discusión. Las argumentaciones que se exponen, deben de tener sustancia, es decir, deben concretarse en las actuaciones que la Cámara haya cometido, pues de lo contrario, se cometería la “infracción jurídica” de discutir en la mera abstracción de los temas sin utilidad práctica al caso en análisis. V.gr. Qué prueba se omitió, qué oportunidad se perdió a la sazón de que la Cámara confirmó la actuación de la jueza *a quo*, al haber calificado la responsabilidad al sentenciar.

Esta Sala no está habilitada, en el contexto del análisis propio de casación, a inspeccionar las actuaciones ejecutadas por la jueza de primera instancia, porque el objeto del análisis de aquélla es el que corresponde a la Cámara en cuanto tribunal de segunda instancia; además, la práctica del análisis de este recurso, supone auscultar la actuación de este último tribunal, con arreglo a los precisos argumentos que un casacionista expone.

En ese sentido, los recurrentes nunca precisaron cuál fue la supuesta indefensión que sufrieron, debido a que la Cámara confirmó la decisión de la *a quo*. En consecuencia, no ha lugar a casar la sentencia por supuesta infracción de los arts. 11 Cn. y 4 CPCM.

No obstante lo anterior, cabe agregar, que en cuanto a la supuesta indefensión sufrida por la parte actora por haber sostenido su “causa petendi” en los hechos relativos a una responsabilidad extracontractual y por su parte, la jueza la calificó de contractual, cabe considerar que, en todo caso, tal calificación, teóricamente, lejos de haberle perjudicado tuvo que beneficiarle, porque la responsabilidad contractual lleva a que sea el demandado quien deba comprobar que obró con cuidado o diligencia en el cuidado de la cosa, art. 1418, inc. tres Código Civil que reza: “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo;...” y dado que hubo un contrato de arrendamiento se aplicaría el art. 1703 en relación con el art. 1418, inc. 1 ambos del Código Civil, en cuanto a que la responsabilidad civil sería leve, porque del contrato de arrendamiento se derivan obligaciones recíprocas.

Asimismo, en cuanto a la “causa petendi”, la calificación que la jueza practicó de los hechos y que la Cámara convalidó obedece a que, tal como ese tribunal lo argumentó a fs. 141: “5.2.9) Bajo esta línea de argumentación, es dable afirmar que en el caso que nos ocupa, la

determinación del tipo de responsabilidad que se reclama no es un término ajeno al debate, al contrario, nace por la pretensión misma introducida por la parte actora, quien al aportar las pruebas de la vinculación contractual por medio del contrato de arrendamiento, colocó tal situación de manera implícita al conocimiento de la operadora de justicia, sin que pueda afirmarse que existe violación de su derecho a la protección jurisdiccional, por ser incongruente la sentencia, en virtud que, como sea (sic) dejado sentado en párrafos anteriores, era fundamental que se fijara dicha circunstancia para resolver la pretensión planteada; por lo que el punto de apelación invocado queda desvirtuado.”

En ese hilo de ideas, la Cámara argumentó, que el caso fue tramitado como responsabilidad extracontractual, habiéndose presentado las pruebas y argumentos del caso, a cargo de ambas partes, lo que supone que la parte actora tuvo más oportunidades de actividad de las que hubiese requerido si se hubiera calificado como responsabilidad contractual, desde un inicio, porque ya dijimos que el régimen de la carga de la prueba difiere entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, y aún así con todas esas oportunidades procesales, el actor no obtuvo el triunfo en sus pretensiones. Bajo la perspectiva de la carga de la prueba, la calificación de la responsabilidad civil de contractual, beneficiaría más al actor que al demandado, porque ya dijimos que el demandado tendría que haber probado su diligencia; esto desde luego que desacredita la supuesta indefensión, que insistimos, nunca fue descrita específicamente por la parte recurrente.

Es de traer a colación en doctrina se sabe que la “*causa petendi*” se entiende de dos formas: la primera, por la que estimamos que la causa comprende los hechos y el derecho que la parte actora debe manifestar en su demanda; por la segunda, solamente contiene los elementos de hecho. Con arreglo a estas formas de entenderla se han derivado los límites del quehacer judicial, en cuanto a que el juez puede suplir las omisiones de derecho que la demanda presente en virtud del principio “*iura novit curia*” lo que tendrá como límite que ello no produzca indefensión. En este punto, consideramos pertinente transcribir: “A modo de recapitulación, cabe decir que los principios “*iura novit curia*” y <<*da mihi factum dabo tibi ius*>> encuentran su aplicación y, sobre todo, sus límites, no tanto en la concepción dogmática que se acepte de la <<*causa petendi*>>, cuanto en la prescripción de la indefensión. Cuando una misma pretensión pueda ser ejercitada por medio de dos o más cauces normativos, utilizando uno solo de ellos por el demandante, el órgano jurisdiccional sólo podrá modificarlo cuando el cambio no genere

indefensión. Habrá indefensión cuando disponiendo el demandado de elementos de defensa en la vía no ejercitada, no los utilizó precisamente por no ser necesario. Lo que presupone, en lo fundamental, que el demandado aceptó la vía utilizada por el demandante, con independencia de que la considerara o no, la adecuada.” (vid. REGLERO CAMPOS, Fernando, “Conceptos generales y elementos de delimitación” en Tratado de Responsabilidad Civil, 2a ed., coord. Por Fernando Reglero Campos, Thomson, Aranzadi, 2003, pág. 156-157). También En ese mismo sentido, Santos Briz, Jaime, La responsabilidad civil. Temas actuales, Madrid: editorial Montecorvo, S.A. 2001, págs. 4749-50.

Por último, el art. 218 inciso final CPCM establece: “Sin alterar la pretensión, y con respeto a los hechos alegados por las partes como base de sus causas de pedir, el juzgador podrá emplear los fundamentos de derecho o las normas jurídicas que considere más adecuadas al caso, aunque no hubieran sido invocados por las partes.”, disposición enmarcada en el título cuarto titulado Actividad Procesal. Esta disposición también respalda lo que venimos manifestando.

2. MOTIVO DE FONDO: INAPLICACIÓN DE LEY, artículo 2 CPCM

Los recurrentes afirman, que todo juez tiene la obligación de actuar conforme al marco constitucional, art. 2, inc. 1º y que la Cámara ignoró la violación a normas constitucionales cometida por la jueza a quo, pudiendo haber corregido la decisión, sin haberlo hecho, cometió la misma infracción.

Es más, la Cámara al defender la calificación de la responsabilidad contractual realizada por la jueza *a quo*, no concedió mérito a que las partes; nunca establecieron ese tipo de responsabilidad en la discusión en las diversas etapas del proceso: demanda, contestación, audiencia preparatoria y probatoria.

Por eso, consideran, que la Cámara inaplicó el art. 2 CPCM que ordena actuar con arreglo a la Constitución, teniendo la obligación de percatarse de la actuación incorrecta de la jueza. Los recurrentes continuaron sosteniendo el argumento que alegaron en el motivo de inaplicación de los artículos 11 de la Constitución y 4 CPCM, solamente que esta vez agregaron y que puede sintetizarse, en que por falta de un debido ejercicio contralor de la Cámara a la actuación de la jueza a quo, aquélla cometió como “acto reflejo” la infracción del art. 2 Cn.

Ahora bien, esta Sala considera, que es evidentemente legal y correcto que todo juzgador debe estar vinculado a las leyes y demás disposiciones del ordenamiento jurídico salvadoreño, lo que supone no desobedecerlas ni desconocerlas, tal como lo establece el art. 2, inc. 1 del CPCM.

El art. 2 también contiene un segundo inciso, que establece el deber de todo juzgador de examinar la constitucionalidad de las disposiciones legales de las que dependa la tramitación del proceso o el fundamento de las decisiones que se adopten y en caso de contravención, declarar su inaplicabilidad y finalmente un tercero, concluyen, que no tendrán valor alguno las pruebas obtenidas en perjuicio de los derechos o libertades fundamentales. La correcta interposición del recurso de casación debió haberse verificado, señalando específicamente cuál de los tres incisos citaba como infringido, no obstante, el recurso resultó admitido en gratitud a que al menos quedó claro que se invocaba el primer supuesto (fs. 10 del escrito de casación, párrafo 2).

Asimismo, se considera, que la disposición invocada como infringida por la Cámara es tan genérica, que no aporta sustancialmente a la solución del recurso como si pudiera ser la invocación de una supuesta infracción de un trámite regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil, cuya configuración hubiese sido inspirada en un principio constitucional. Y es que evidentemente la parte actora ha recurrido en casación porque el resultado no le fue favorable y parecería que si la jueza a quo hubiese calificado los daños pero el resultado hubiese sido diferente al de autos, reconociéndose una indemnización por daños, no se hubiese recurrido. Pues, insistimos, que los recurrentes no explican cuál ha sido el punto medular en que la calificación de los daños, les generó el agravio que alegan por infracción de esta disposición y en ese mismo sentido no explican cómo diferenciar una mera inconformidad con la sentencia de una auténtica infracción por inaplicación a una disposición tan genérica, como el deber del juez de regir sus actos conforme al ordenamiento jurídico, art. 2, inc. 1 CPCM y es que, la disposición por ser tan genérica, no resuelve puntualmente todos los casos y no precisamente este caso; al respecto, recuérdese que el recurso de casación no es un recurso de amparo, mediante aquél se busca inculcar el respeto de las leyes, las que si han sido conculcadas en el caso concreto, se buscará que correctamente interpretadas y aplicadas se reencause la solución aportada al caso en cuestión, es decir, la Sala aporta una corrección desde la perspectiva general y abstracta a la específica aplicable al caso; o dicho de otra forma, este recurso busca proteger el Derecho Objetivo, por eso se le califica como un “recurso extraordinario o de estricto Derecho”. Ahora bien, si permitiésemos que cualquier disposición genérica sea invocada en casación en vez de la que una legislación recogiese, siendo ésta más concreta porque resuelve específicamente el asunto y que descansa en el principio o la regla constitucional genérica; tal actuación iría en contra de la naturaleza extraordinaria citada, pues se abriría la puerta a fenómenos como los

siguientes: convertiríamos el proceso de casación en uno de amparo, invadiendo la competencia de la Sala de lo Constitucional; aquéllos recurrentes que por desconocimiento del recurso de casación y solamente conocieran al menos el de amparo interpusieran el primero, terminarían generando una dinámica de desnaturalización del control casacional en perjuicio de quienes sí conocen de casación, de las potestades de la Sala de lo Civil; en fin, en perjuicio de la seguridad jurídica. Todos estos no tendrían cabida en la naturaleza de la casación. Muy distinto sucede, cuando se invoca una norma constitucional que tiene equivalencia en la ley secundaria, lo que con justa razón lleva a ser plenamente reconocida como norma infringida en casación, v.gr. art. 245 Cn., que recoge un supuesto concreto. Asimismo, por supuesto, que un recurrente en casación puede citar una disposición constitucional para interpretar sistemáticamente otra disposición más precisa citada como infringida por el motivo específico de casación. La invocación de disposiciones constitucionales genéricas y muy abstractas, generaría como efecto derivado, el riesgo de que en la casación se desplace la invocación y posterior análisis de disposiciones secundarias, que sí conforman el tema central de análisis del recurso de casación. Debe quedar claro, que estamos totalmente de acuerdo que debe practicarse un control de constitucionalidad y en su caso, de convencionalidad, pero sin perder la perspectiva de la finalidad de la casación.

Hasta este punto, no vemos razones para dar por casada la sentencia por supuesta infracción al art. 2 Cn. y así se declarará en el fallo más adelante.

3. MOTIVO DE FONDO: INAPLICACIÓN DE LEY, artículo 339 CPCM

3.1-Los recurrentes manifestaron, que se ofreció y admitió la Certificación del Informe del Cuerpo de Bomberos de El Salvador REF- DGBOMB/PREV/0115/0156, de fecha veintidós de enero de dos mil quince, suscrita por las autoridades de la entidad, que es útil y pertinente para demostrar el origen y la causa del incendio. Este documento constituye un instrumento público, merece plena fe, no fue impugnado y su valoración se realiza con arreglo a la prueba tasada. En el contenido de esos documentos el suscriptor informa que: el “sábado tres de enero de dos mil quince a las doce horas y media, sucedieron los siguientes hechos: “el inspector MV acude a realizar una inspección debido a un incendio suscitado en la tienda Walmart, ubicado en el Centro Comercial Hipermall Las Cascadas; que dicha inspección se prolongó y que a partir del lunes cinco de enero se incorporó un equipo de ATE (Agencia de Alcohol, Armas de Fuego y Explosivos, del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América), y personal de la

FGR (Fiscalía General de la República); se determinó que el incendio fue de grandes proporciones, y que se originó en un local interno que es utilizado como bodega general de la tienda WALMART; que sobre él existía un tanque de gas licuado que fue retirado por Tropigas como propietario del mismo, para evitar que fuese alcanzado por el fuego; y que algunos locales sufrieron daños parciales y daños totales.” En dicho informe se consignaron testimonios del bombero AFF, quien dijo: “que durante el siniestro era el jefe de turno, que recibió la llamada de emergencia del incendio a las 10:06 a.m. y que se procedió a utilizar la unidad de incendio dos líneas de ataque por la zona de carga al costado nor poniente, al final de la estructura que conforma la tienda OFFICE DEPOT”, que también se interrogó al señor JCAG, quien fungía como gerente de la Tienda Office Depot el día del siniestro, y dijo: “que acompañado del señor CARA, al observar el acaecimiento del siniestro procedieron a utilizar la manguera contra incendio del gabinete que se encontraba instalado en la bodega de la Tienda OFFICE DEPOT, es decir utilizaron el sistema contra incendio del centro comercial”, con ello se acredita que el sistema contra incendio funcionaba perfectamente y no tenía las deficiencias argüidas por la defensa. Que además, se interrogó a la señora MGCR, impulsadora de productos textiles, quien declaró haber estado en el lugar del siniestro y que eventualmente durante la deposición del inspector MV, al mostrarle los vídeos la situó en dichas reproducciones y que la identificó, porque ella le indicó que su imagen era la que estaba en el vídeo, al mostrárselo; que dicha testigo expresó, que escuchó un ruido raro, en el sector de los textiles, lo que consta en el informe en cuestión y que al dirigirse al lugar de los hechos “observó que salía humo y llamas de la parte superior de los estantes metálicos, que tenía almacenados edredones y calcetines”; agregó, que se ubicó en el lugar e identificó en congruencia con el inspector MV dónde era el origen del incendio. Los recurrentes coligen, que esta afirmación es relevante porque de ella se extrae que había materiales de fácil combustión aledaños al lugar donde se inició el incendio, lo cual es concomitante con el resto de pruebas y que cuya valoración integral permite establecer los hechos antijurídicos imputables a OPERADORA DEL SUR como precursores del daño.

Asimismo, que se entrevistó al señor JFGC, quien afirmó ser bodeguero de Walmart, que declaró que habían productos sobre tarimas de madera que eran colocados en el fondo de los pasillos donde se encontraban los tomacorrientes, y que estas tarimas eran movilizadas con un montacargas manual, ratificando la versión de la señora CR, en relación al tipo de material almacenado en la zona donde se inició el incendio, lo que a su vez concuerda con el informe de

ATF, en el que se relaciona que los impactos en los tomacorrientes provocados por operaciones en la bodega también son precursores del incendio y su magnitud.

En cuanto al establecimiento y confirmación del origen de la causa del incendio, los recurrentes citan nuevamente el informe referido, señalan que el Inspector MV, fue categórico en determinar que el fuego se desarrolló en el sector nor poniente de la bodega Walmart, que en ese sector se encontraron dos tomacorrientes, los que hacían contacto directo con cajas de cartón, que contenían productos altamente combustibles e inflamables, tales como cartón, plásticos, tela, pinturas, cosméticos y que se constató que hubo cortocircuito. Que se encontró en la parte baja del tomacorriente trozos de madera que formaban parte de una tarima y se dedujo que al momento de reemplazar las tarimas se generó un impacto al tomacorriente, el cual causó una rotura o fisura en el mecanismo, lo cual permitió filtración de polvo y humedad que al pasar el tiempo abonó al fallo eléctrico. En ese sentido, los recurrentes afirman que esta tesis fue confirmada al analizar los vídeos de seguridad, las entrevistas, condiciones encontradas y se estableció como causa que el fuego se originó en uno de los tomacorrientes eléctricos que se encontraban colocados al costado norponiente de la bodega y sus conectores internos presentaban rasgos de sobrecalentamiento y chispas, que al hacer contacto directo con materiales altamente combustibles, iniciaron el incendio.

Que en suma, sobre la base del informe, que tiene plena prueba, se establecen los elementos probatorios siguientes: 1- que el siniestro sucedió en las bodegas de Walmart, que la ignición del fuego responde a un cortocircuito que a su vez fue propiciado por las operaciones en la bodega que ocasionan impactos o golpes en los tomacorrientes, esta falla eléctrica sumada a los materiales de fácil combustión fueron los precursores y catalizadores del incendio, al revisar estos puntos y confrontarlos con la prueba pericial y documental incorporada, es innegable que la negligencia por parte del titular de la tienda Walmart ha tenido incidencia directa en la producción del incendio, el riesgo al que estaban expuestos los tomacorrientes y las operaciones en bodega, constituyen suficientes hechos antijurídicos para determinar la configuración del triángulo de fuego adecuado para un siniestro de grandes magnitudes. 2- Al integrar dicha prueba con la declaración del inspector MV se confirma la tesis del origen del incendio antes referida. (fs. 16-18 del expediente de casación).

Asimismo, los recurrentes objetan que no hubo valoración de informe de bomberos por parte de la Cámara sentenciadora. Que ésta relacionó en los apartados 5.3.4, 5.3.5, 5.3.6 de la

sentencia, que valoraría las pruebas en su conjunto con base en el principio de unidad de la prueba. De igual forma manifestó en el apartado 5.3.7 y citó el ejemplo de cómo se hace la valoración de los documentos privados, el art. 341, inc. 2 CPCM, pero nada dijo respecto de los documentos públicos. Cerró el párrafo indicando que en todo caso valoraría la prueba en conjunto conforme a las reglas de la sana crítica de acuerdo al art. 416 CPCM y que era imperativo atribuir un valor o significado a cada prueba en particular, determinando si conduce o no a establecer la existencia de un suceso y el modo en que se produjo (fs. 123-124 sentencia de Cámara). *Que no obstante lo anterior leyendo detenidamente la sentencia objetada, se observa que la certificación del documento emitido por el Cuerpo de Bomberos nunca fue valorada por la Cámara, porque no aparece en la relación de pruebas que sirvieron de fundamento en la sentencia impugnada y por la que se confirma la sentencia emitida en primera instancia y que debió valorarse, porque constituyó un punto apelado.* Como se aprecia, el referido medio probatorio se encuentra vinculado con otras probanzas, por cuya razón el tribunal no solo debió valorar este documento como prueba tasada, sino que debió analizarlo en relación con otras probanzas que se mencionan incorporadas al proceso.

Por lo anterior, los recurrentes manifestaron la manera en que creyeron que se inaplicaron por la Cámara los artículos citados como infringidos. En ese sentido, se inaplicó el art. 339 CPCM al no tomar en cuenta, la Cámara, el contenido del documento en cuestión, que es de naturaleza pública y que además nunca fue impugnado por la parte contraria Y que en ningún espacio de los apartados de la sentencia de segunda instancia, se hizo referencia al medio probatorio.

Anotamos que los recurrentes en casación continuaron refiriéndose a lo que ellos entendieron como inaplicación de los arts. 341 y 416 del CPCM, lo que no recogeremos en este apartado, sino más abajo, cuando se trate el análisis de estas supuestas infracciones. La separación del análisis de cada infracción constituye parte de la estrategia y requerimiento legal del planteamiento de un recurso, ya que permite denotar nítidamente al tribunal, discernir los argumentos que concuerden con cada una de las disposiciones que se consideren infringidas en concatenación directa con el motivo y submotivo de casación.

3.2- Transcribiremos la disposición legal supuestamente infringida. El art. 339 del Código Procesal Civil y Mercantil bajo el epígrafe: “Autenticidad de instrumentos públicos. Impugnación”, reza así: <<La autenticidad de un instrumento público se comprobará mediante su

cotejo con el original correspondiente, lo cual habrá de hacerse por el tribunal, que deberá constituirse a tal efecto en el lugar donde el original se encuentre. A este acto se citará a las partes y a sus representantes y abogados, por si quisieran asistir.---Si no fuera posible lo anterior, se intentará el cotejo de letras por perito designado por el juez, pero sólo cuando no exista original y el funcionario o notario que expidió el instrumento no pueda reconocerlo. Para el cotejo de letras se actuará conforme al artículo que sigue.>>

3.3- La Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro en su sentencia se refirió concretamente a los puntos apelados, en los acápites que identificó con números 5.1) y 5.3), e hizo mención a algunos peritajes y pruebas relativas a la línea de argumentación tendente a responder los puntos recurridos, respecto de la calificación de la responsabilidad civil en contractual o extracontractual, inclinándose por la primera y además, vertió consideraciones doctrinarias relativas a la valoración de la prueba, fs. 137-147.

3.4- Esta Sala observa, que el contenido normativo del artículo 339 del Código Procesal Civil y Mercantil contiene dos grandes apartados, es decir, incisos. El primero, contiene un procedimiento para la determinación de la autenticidad de un documento tildado de falso, señalándose el lugar donde debe practicarse la diligencia de comprobación de la autenticidad del documento y quiénes deben acudir bajo la dirección del titular del tribunal que conoce del proceso. Más adelante, en el segundo inciso, establece la manera de realizar esa misma diligencia aplicable en caso que no fuese posible realizarse con arreglo al primer procedimiento antes indicado, en el primer inciso.

Como hemos podido apreciar, a simple vista, el contenido normativo del artículo es meramente procedimental para realizar la constatación de un documento achacado de falso. El artículo hace recaer la diligencia bajo la dirección del juzgador que conoce de los hechos fundamento de la pretensión y de quien depende la realización de la diligencia, es decir, no hace mención alguna a un tribunal revisor o competente en materia de apelación, luego, no se ve ninguna relación con pronunciamiento alguno que la Cámara, como tribunal competente en apelación pudiera haber infringido la disposición. Asimismo, tampoco se hace relación a que la Cámara hubiese cometido la infracción, en ocasión de haberse pronunciado respecto de este tipo de diligencia que hubiese practicado la jueza *a quo*. Por último, los recurrentes han depositado su confianza en el argumento tendente a argüir, que se cometió infracción al art. 339 CPCM debido a que la Cámara no valoró el informe que el Cuerpo de Bomberos emitió. Su inconformidad

radica, en que no se valoró una prueba, argumento que en nada guarda correspondencia con lo que el art. 339 CPCM establece, por ello la cita de esta disposición no es pertinente en relación al argumento del recurso y de ahí que no queda más remedio que declarar sin lugar el recurso por este submotivo.

El art. 339 CPCM como ya se dijo, es una disposición que establece un procedimiento; en cambio, el motivo de fondo de la casación que los recurrentes invocaron, es el de “inaplicación de ley”, que supone alegar una posible infracción de una norma sustantiva o de Derecho Material; de fondo, porque resuelve el asunto en discusión. Por eso mismo, el art. 339 CPCM no puede atacarse por un motivo de infracción de fondo, pues dicha norma regula una situación procesal o de forma.

4. MOTIVO DE FONDO: INAPLICACIÓN DE LEY, artículo 341 CPCM

4.1- Además de lo expuesto ya en el submotivo anterior como fundamento del recurso, los impetrantes manifestaron puntualmente, que el art. 341 CPCM, se infringió porque siendo que el informe del Cuerpo de Bomberos es un instrumento público y que por tanto, constituye prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de las cosas que documenten, de la fecha y personas que intervienen en el mismo, así como del fedatario o funcionario que lo expide. *“Hemos expuesto suficientemente el contenido del precitado informe, que dada su importancia la Cámara no debía ignorar. En razón de lo anterior y debido a que la Cámara omitió pronunciarse respecto de este documento, faltó la obligación legal de valorar cómo prueba tasada dicho documento y por ende, inaplicó el art. 341 CPCM.”*

4.2- El art. 341 CPCM citado como infringido, bajo el epígrafe: **“Valor probatorio de los instrumentos”** establece lo siguiente:

<<Los instrumentos públicos constituirán prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten; de la fecha y personas que intervienen en el mismo, así como del fedatario o funcionario que lo expide.--Los instrumentos privados hacen prueba plena de su contenido y otorgantes, si no ha sido impugnada su autenticidad o ésta ha quedado demostrada. Si no quedó demostrada tras la impugnación, los instrumentos se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica.>>

4.3- La Cámara sentenciadora se pronunció respecto de la calificación de la responsabilidad civil que la jueza efectuó e hizo mención de los peritajes incorporados en el proceso.

4.4-Esta Sala considera, que los recurrentes debieron precisar a qué inciso de los dos contenidos en el art. 341 CPCM se referían, porque el primero alude a los documentos públicos y el segundo, a los documentos privados, a los recurrentes en casación, les corresponde la carga de argumentar los aspectos de derecho de los que se pretenden valer, porque la naturaleza del recurso así lo demanda. No obstante, quedó claro, al menos, que objetaron que la Cámara omitió pronunciarse respecto del informe del Cuerpo de Bomberos y por eso alegaron que se inaplicó la disposición aludida.

Al respecto, de la lectura de la sentencia que la Cámara emitió se observa, que los recurrentes fundamentalmente concretan su argumentación en que *“Hemos expuesto suficientemente el contenido del precitado informe, que dada su importancia la Cámara no debía ignorar. En razón de lo anterior y debido a que la Cámara omitió pronunciarse respecto de este documento, faltó la obligación legal de valorar cómo prueba tasada dicho documento y por ende, inaplicó el art. 341 CPCM.”*

Al respecto, la disposición legal citada como supuestamente infringida establece en síntesis, en su primer inciso, que los instrumentos públicos constituirán la prueba (“fehaciente”) de una serie de elementos de la vida y son: hechos, actos, estado de cosas, fecha y personas que intervinieron en ellos y del fedatario o funcionario que lo documentó o lo certifica, es decir, concede el valor probatorio de los instrumentos públicos y del alcance de estos. Asimismo, informa de la función de un documento que se califica de público por haber sido producto del quehacer de un fedatario o funcionario que está habilitado para eso.

El art. 341 CPCM no se refiere ni dispone, que los titulares de un tribunal tengan la obligación de pronunciarse respecto del valor de todas las pruebas incorporadas al proceso. Por lo anterior, esta supuesta infracción que los recurrentes describen como: *“...la Cámara omitió pronunciarse...”* solo el valor del informe que los bomberos rindieron respecto del siniestro y que la Cámara no debía ignorar su contenido, no puede dar lugar a casar por infracción de ese artículo y ese motivo de casación. Distinto hubiese sido si se hubiera alegado que la Cámara relacionó y analizó el informe mencionado; pero le confirió un valor diferente al pleno, ahí sí se hubiera correspondido nítidamente el supuesto contenido en el art. 341 CPCM. O si se hubiera dicho, como argumento del recurso, que la fecha en que se celebró un contrato contenido en un instrumento público no se tuvo por demostrada por el tribunal a pesar que lo relacionó en la sentencia, lo analizó, aunque el resultado de esta auscultación derivó en una conclusión errónea

de creer que no tiene valor fehaciente o de conferirle uno diferente al que el art. 341 CPCM establece.

Los argumentos planteados por los recurrentes por supuesta omisión del tribunal al relacionar y analizar el informe de bomberos, por ignorarlo, corresponden al art. 416 CPCM, que más adelante se analizará, porque lo alegaron como inaplicado por la Cámara.

En consecuencia, se declarará sin lugar la inaplicación del art. 341 CPCM.

5. MOTIVO DE FONDO: INAPLICACIÓN DE LEY, artículo 416 inc. 2 CPCM

Por último, afirmaron que se inaplicó el art. 416 CPCM, que establece la regla general que el juez deberá valorar la prueba en su conjunto, con arreglo a las reglas de la sana crítica. No obstante, exceptúa que tratándose de prueba documental, se estará a lo dispuesto sobre el valor de la prueba tasada. Dado que la Cámara no se pronunció y no ejerció valoración del informe del Cuerpo de Bomberos, la Cámara infringió el inciso 416 del CPCM, porque omitió darle valor probatorio alguno al documento. Literalmente afirmaron: <<No obstante lo anterior, leyendo con detenimiento la sentencia de segunda instancia encontramos que la Certificación del Cuerpo de Bomberos antes referida NUNCA FUE VALORADA POR LA CAMARA (sic), pues no aparece dentro de las pruebas en las que fundamenta su decisión jurídica confirmatoria de primera instancia, y que estaba obligada a valorar, pues era uno de los puntos apelados.>> (fs. 18 vuelto).

En este momento es preciso recordar, que el examen de casación que esta Sala realiza, recae en la sentencia que la Cámara ha pronunciado; ésta a su vez tuvo que haberse pronunciado respecto de todos los puntos apelados.

En ese sentido, el art. 515 CPCM establece la habilitación conferida a los magistrados de Cámara: *“La sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de adhesión.”*

La disposición transcrita básicamente recoge el principio de congruencia a aplicar en segunda instancia y se encuentra integrada al procedimiento propio de la apelación, lo que constituye parte de la garantía procesal establecida para esa instancia.

Ahora bien, los recurrentes citan como disposición supuestamente infringida el art. 416 CPCM, que bajo el epígrafe: “Valoración de la prueba”, dice así: <<Art. 416.- El juez o tribunal deberá valorar la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica.---No obstante lo anterior, en la prueba documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado.---El juez o tribunal deberá atribuir un valor o significado a cada prueba en particular, determinando si

conduce o no a establecer la existencia de un hecho y el modo en que se produjo. Cuando más de una prueba hubiera sido presentada para establecer la existencia o el modo de un mismo hecho, dichas pruebas deberán valorarse en común, con especial motivación y razonamiento.>>

Esta disposición se encuentra integrada en el capítulo sexto, “Alegatos y Sentencia”, del Título Segundo titulado: “Proceso Común”, que por cierto, integra el capítulo primero: “Los actos de alegación”, sección primera: “La demanda”, en cuyo artículo 276 del Código Procesal Civil y Mercantil recoge los requisitos de la demanda y que en síntesis recalcamos los contenidos en los ordinales 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, referentes a que la parte actora debe manifestar los hechos en que fundamenta la petición, enumerándolos y describiéndolos con claridad y precisión, los argumentos de derechos que invoque en favor de su petición, adjuntando los documentos que acrediten presupuestos procesales, formulando las peticiones, ofreciendo y determinando las probanzas que pretenda hacer valer.

Con todo lo dicho en el párrafo anterior queremos expresar que el art. 416 CPCM citado como infringido debe interpretarse sistemáticamente, es decir, integrado en el cuerpo de disposiciones pertenecientes al proceso común y cuyo conocimiento corresponde a los jueces que en primera instancia conocen de una pretensión o más. Obviamente, el juez que está conociendo en primera instancia, a quien le han presentado una demanda que contiene los aspectos arriba indicados, de hecho, derecho y prueba de aquéllos, quien además inmedia la prueba, luego, tendrá que pronunciarse tal como el art. 416 CPCM prescribe, éste básicamente establece los pasos coherentes que un juez en las condiciones apuntadas debe cumplir. Por eso mismo, el art. 416 CPCM es una disposición que en principio no puede exigirse que los magistrados de una Cámara cumplan, a menos que estos conozcan en primera instancia de una causa o si el punto ha sido apelado.

Los magistrados de la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro en relación a las pruebas del proceso manifestaron en su sentencia: <<5.3.16) En consonancia con todo lo expresado, basta leer detenidamente la sentencia impugnada, para estimar que la valoración de la prueba que realizó la juzgadora es acertada, ya que se constata una coherencia tanto interna como externa con todos los medios de (sic) probatorios, individualizando cada uno de ellos, y posteriormente en su conjunto, de conformidad con la operación interna de valoración, llevándola a colegir que era imposible determinar la causa del cortocircuito que generó el incendio en la bodega de Walmart, por existir diversas hipótesis que no le permitieron concluir

certeramente sobre ello, y atribuirle responsabilidad a la sociedad demandada, por lo que el punto de apelación esgrimido carece de sustento legal.”

Existe en doctrina y jurisprudencia comparada el concepto de argumentación por remisión, que básicamente consiste en que un juzgador o tomador de una decisión remite a los argumentos expuestos en un libelo o en una decisión para motivar y fundamentar su decisión. Este proceder tiene la virtud de ahorrar tiempo en la toma de la decisión, lo que resulta congruente con el principio de economía procesal. Al acotar esta idea buscamos argumentar que en el presente caso, los magistrados de la Cámara citada se valieron de lo sostenido en el punto 5.3.16), lo que es perfectamente válido. Debe tomarse en cuenta que esta forma de expresiones por ser válidas, no pueden dar lugar a que los recurrentes ataquen la sentencia de instancia mediante una exigencia de perfección, pues, en ese caso, se cometería el error de convertir a la casación en una tercera instancia.

Ahora bien, con todo lo dicho, veremos si en el escrito de apelación se dijo algo que indique que en efecto la Cámara debió haberse pronunciado expresa y directamente respecto de lo que hoy se alega como motivo de casación: al respecto, a fs. 13 vuelto del escrito de apelación los abogados apelantes dijeron: “d. Error en la valoración de la prueba (se refiere a los hechos contenidos en la demanda y que volvió a transcribir en el escrito de apelación al literal c. y que consisten en síntesis: en el origen del incendio y lo evidenciado por los investigadores de ATE y el Cuerpo de Bomberos)---Para este hecho, la jueza a- quo no hizo una valoración, sino que únicamente comentó la prueba del Ingeniero DLR, sin especificar qué valor le estaba dando a la misma, pero la realidad es que nuevamente dejó otras pruebas que se refieren al mismo tema, como son las pruebas documentales de ATE y Cuerpo de Bomberos, que al tener un valor de prueba tasada, no argumenta cuál fue el orden lógico para no valorarlas. Lo anterior ha sido un hecho constante en la sentencia de este proceso. ---La realidad es que los informes de ATF y Cuerpo de Bomberos (los cuales no son pericias como lo afirma la juez a-quo, sino investigaciones oficiales), hacen plena prueba que existía mercaderías en la proximidad o contiguo al tomacorriente, lo cual no fue controvertido por los abogados de la parte contraria, quienes en todo el escrito de contestación de la demanda simplemente callaron al respecto. ---Por otro lado, la juez a quo se desvía del objeto de prueba (proximidad d materiales inflamables con el tomacorriente) restándole importancia e indicando que lo es (sic) relevante es el origen del cortocircuito, integrando el elemento de culpa que no es el hecho que se está probando, habiendo

una clara incongruencia entre el hecho fijado y la resolución impugnada en este punto. Olvidando además, como lo explicaron los expertos respecto al triángulo de fuego, que para que se produzca un incendio no basta con el calor o chispa, es necesario el material combustible, por lo que no se puede sacar de dicha ecuación.”. En el petitorio del recurso se dijo que se revisaran los hechos probados fijados en la sentencia y particularmente la valoración de la prueba, art. 510, ord. 2° CPCM, (fs. 31 vto.).

Nuevamente, al revisar la sentencia de segunda instancia vemos que la respuesta proporcionada por la Cámara no se justifica completamente en relación a la petición específica de la parte recurrente en apelación, porque la argumentación general por la que la Cámara consideró referirse a la valoración de la prueba que la jueza realizó, a manera de argumentación por remisión, no se justifica en este caso, debido a que la parte recurrente pidió específicamente, que se pronunciara respecto de la supuesta infracción cometida por la jueza a quo en el asunto que venimos señalando.

En ese sentido, la Cámara por haber omitido referirse específicamente a este punto, pedido de manera especial por la parte recurrente como medio para defender su pretensión, infringió el art. 416 CPCM lo que conlleva a casar la sentencia emitida por aquélla y por eso mismo, da lugar a que citeamos el principio de iura novit curia en cuanto a que la falta de pronunciamiento del tribunal a un especial pedido de resolución, ocasiona falta de congruencia e indefensión en tanto que se considere que dicha omisión conlleva dejar de pronunciarse respecto de un hecho y derecho fundamentales en el proceso.

En consecuencia, por estas razones, procedería declarar ha lugar a casar solamente por este punto. Sin embargo, el art. 538 del Código Procesal Civil y Mercantil, bajo el epígrafe: **“Corrección de motivación jurídica”**, señala: <<Art. 538.- *El tribunal de casación desestimaré el recurso cuando, no obstante existir error en la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada, por concurrir vicios o defectos que produzcan la infracción o errónea aplicación de la norma de derecho utilizadas para resolver el caso, se establezca que tal sentencia es correcta y ajustada a derecho conforme a otros fundamentos y motivos jurídicos de derecho. En este caso, el tribunal de casación se limitará a corregir la motivación, dándole al fallo la adecuada fundamentación jurídica.*>>

Esta disposición supone que el recurso de casación, luego de ser admitido y haberse examinado su procedencia, esta Sala, en este segundo estadio del análisis del recurso, está

facultada para examinar si la decisión pronunciada e impugnada es la que corresponde a Derecho y es justa. Si fuese así, se procederá a desestimar el recurso de casación, aunque el recurrente tuviera la razón. Esta disposición marca un tratamiento procesal diferente al que la Ley de Casación derogada dispensaba al recurrente y al tribunal de casación.

Dado que el recurrente, aunque haya triunfado con su planteamiento de casación, por existir, como en este caso, inaplicación de la disposición que invocó, tendrá que ver rechazado su recurso. Y siendo que el art. 539 del Código Procesal Civil y Mercantil manda que se condene en costas al recurrente, consideramos que en este caso, por equidad, no procede la imposición de las costas, porque tal como se indicó, el recurrente tuvo la razón, pero la ley manda a que por las particularidades del caso se desestime el recurso y se complemente la sentencia pronunciada y objetada.

En razón que el tribunal de casación observa que la “(..) sentencia es correcta y ajustada a derecho (...)” y los argumentos jurídicos pueden ser complementados e incluso mejorados, lo que supone en alguna medida que esta Sala se convertirá en tribunal de instancia, a continuación nos pronunciaremos sobre los aspectos reclamados y resistencias, limitándonos en el fallo a desestimar el recurso y confirmar la sentencia impugnada.

PRONUNCIAMIENTO DE FONDO

Haremos, primeramente, un recuento de lo pedido en la demanda, de lo resistido por el demandado y haremos una síntesis del caso; luego, abordaremos los temas siguientes: 1.- existencia del siniestro, 2.- responsabilidad contractual y extracontractual (criterio diferenciador), 2.1- La calificación de la responsabilidad civil, 2.2- calificación del tipo de daños; 3.- Contrato de seguro de incendio; 4.- Diligencias de incendio. 4.1- Su objeto y naturaleza, 4.2- Su carácter de administrativas en sede judicial y sin contradictorio, 4.3- No constituye cosa juzgada. 5.- La representación de Las Cascadas. 5.1- Declaraciones públicas en periódicos 6.- Contratación moderna. 6.1- Cláusulas contractuales relativas al litigio. 6.2-Integración de normas técnicas y reglamentos en el contrato. 6.2.1- Reglamento OPAMSS. 6.2.2- Reglas técnicas SIGET. 6.2.3- Supuesto incumplimiento de seguridad ocupacional. 6.2.4- Reglamento del Condominio 7.- Previsibilidad de los daños contractuales. 7.1- El contrato de seguro de incendio integrado al contrato principal como parte de los riesgos asumidos y distribuidos por los contratantes. 7.2- Cláusulas 11° y 16° del contrato de construcción y arrendamiento. 7.2.1-Cláusulas de previsibilidad de daños en el contrato de construcción y arrendamiento (a manera de cláusula

penal). 7.3- El art. 1416 del Código Civil de El Salvador, 7.4- El art. 1429 del Código Civil de El Salvador. 7.5- Principios de UNIDROIT, art. 7.4.4, 8.- El artículo 1401 del Código de Comercio de El Salvador y el derecho de la aseguradora a subrogarse en los derechos y acciones del asegurado como premisa para discernir el planteamiento de un reclamo sin justa causa del asegurado. 9.- El propietario del proyecto de construcción. 9.1- “Llave en mano”. 10.- El reclamo de la indemnización por daños morales. 11.- Prohibición de doble compensación. 12.- *Obiter dictum*. 13.- Sobre la condena en costas.

A.-) La parte demandante, Las Cascadas Multiservicios, Sociedad Anónima de Capital Variable, que puede abreviarse Las Cascadas Multiservicios S.A. de C.V. y los Propietarios del Inmueble sometido al Régimen de Ley de Propiedad Inmobiliaria por Pisos y Apartamentos denominado Condominio Centro Comercial Hipermall las Cascadas, representada por la sociedad Administradora de Condominios, Sociedad Anónima de Capital Variable, que puede abreviarse Administradora de Condominios, S.A. de C.V., por medio de sus abogados interpuso la demanda y su ampliación, que se admitieron por resolución de fecha diez de febrero de dos mil dieciséis, fs. 759, 4º pieza del expediente de primera instancia. Se verificó el emplazamiento, que consta a folios 761, por medio de la gerente legal de la sociedad demandada, licenciada Mónica María Galdámez Domínguez, adjuntándose copia simple del poder otorgado por Operadora Del Sur, S.A. de C.V. a dicha gerente, y copia de la inscripción del mismo.

La parte demandada se identifica como Operadora Del Sur, Sociedad Anónima de Capital Variable que puede abreviarse Operadora Del Sur, S.A. de C.V., quien por medio de sus apoderados intervino en el proceso por escrito agregado a fs. 770-771, aunque sin contestar la demanda y su ampliación, pidiendo expresamente “auxilio judicial urgente” consistente en que la jueza a quo interpusiera sus oficios para ante la compañía AIG, Seguros, El Salvador, S.A., para que ésta a su vez, proporcionara información relativa a la pólizas contra incendio suscritas por la parte actora y relacionadas al siniestro, debido a que la compañía se había negado a suministrarle esa información, salvo que autoridad judicial o administrativa la solicitase; adjuntaron copia del escrito que remitieron a AIG, Seguros (fs. 780 y 781). En cuya virtud, la jueza a quo resolvió librar oficio a dicha compañía (fs. 789-790), previa audiencia a la parte contraria conferida por veinticuatro horas, el resultado del informe lo relacionaremos más adelante.

B.-) Expresamos en resumen lo que la parte actora pidió en su demanda y ampliación:

La parte actora, pidió: 1-) a favor de Las Cascadas Multiservicios: i-) declarar la existencia y cuantificación de los daños patrimoniales consistente en Daño Emergente por el valor total de UN MILLÓN SEISCIENTOS OCHENTA Y UN MIL TRESCIENTOS DIECINUEVE DÓLARES CON QUINCE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA; Lucro Cesante por el valor total de TRES MILLONES CUATROCIENTOS SEIS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE DÓLARES CON CUARENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA; y Pérdida de Chance u Oportunidad por el valor total de CUATROCIENTOS SETENTA Y UN MIL NOVENTA Y TRES DÓLARES CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA; ii-) declarar la responsabilidad extracontractual por la generación de daños patrimoniales contra OPERADORA DEL SUR, S.A de C.V. por CINCO MILLONES CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA DÓLARES CON VEINTINUEVE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, como indemnización por los daños y perjuicios patrimoniales, más los intereses legales correspondientes, II- A FAVOR DEL CONDOMINIO: i-) Declare la existencia y establezca la cuantificación de los daños patrimoniales de los propietarios del inmueble sometido al régimen de la Ley de Propiedad Inmobiliaria por pisos y apartamentos denominado Condominio Centro Comercial Hipermall Las Cascadas, consistente en: Daño Emergente por el valor total de tres millones ochenta y siete mil quinientos sesenta y cinco dólares con cincuenta y seis centavos de dólar de los Estados Unidos de América; Lucro Cesante por el valor total de UN MILLÓN TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS DIECISIETE DÓLARES CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA; y Pérdida de Chance u Oportunidad por el valor total de DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO DÓLARES CON TREINTA Y UN CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA; ii-) Declara la existencia y cuantificación de los daños morales ocasionados a los propietarios del inmueble sometido al régimen de la ley de propiedad inmobiliaria por pisos y apartamentos denominado condominio centro comercial Hipermall las Cascadas, consistente en la suma de dos millones trescientos treinta y un mil ochenta y nueve dólares con cincuenta y ocho centavos de dólar de los Estados Unidos de América; Condene a la parte demandada a pagar a los propietarios del inmueble sometido al régimen de la Ley de Propiedad inmobiliaria por pisos y apartamentos

denominado condominio Centro Comercial Hipermall Las Cascadas, la cantidad total de CUATRO MILLONES SETECIENTOS DIECIOCHO MIL CIENTO VEINTIÚN DÓLARES CON OCHENTA Y SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, en concepto de pago por indemnización por daños y perjuicios patrimoniales, más los intereses legales que corresponden en cada caso. Condene también a la parte demandada a pagar la cantidad de doscientos setenta y seis mil trescientos treinta y ocho dólares con treinta y un centavos de dólar. Aclaró que reclama rentas no percibidas de locales comerciales y kioscos de la zona dañada de septiembre de 2015 a enero de 2017, porque recibió cobertura hasta antes de septiembre por cuenta del seguro contra incendios (demanda de fs. 1-29; escrito de fs. 734-736, 738).

C-) La parte demandada en su defensa, fs. 918-963, por medio de sus apoderados manifestó que: la demanda era improponible porque la compañía AIG Seguros, El Salvador, S.A. resarcó los daños devenidos del incendio. Que además, el abogado de la parte actora omitió relacionar en la demanda la información de los montos que sus representadas recibieron en concepto de indemnización por el siniestro, pues solamente relacionó que ellas recibieron un pago de indemnización por la aseguradora. Lo que dificultó el ejercicio de defensa. Que con arreglo a los arts. 1344 y 1410 del Código de Comercio la aseguradora se obliga a indemnizar al asegurado por los daños y pérdidas causadas por incendio. Habiéndose indemnizado los daños, la demanda deviene en improponible, porque el daño como presupuesto del resarcimiento ha desaparecido y que cualquier pretensión resarcitoria adicional constituiría un enriquecimiento o ganancia para la supuesta víctima. Insisten, que la indemnización no puede pretender tener un enriquecimiento sin causa para la víctima, procurando recibir una doble indemnización por el siniestro y cita la sentencia de esta Sala, con referencia: 1723 y de fecha siete de junio de dos mil cuatro. En todo caso, AIG sería la que se subrogaría y ejercitaría la acción contra quien considerase responsable. Que con arreglo al contrato de construcción y arrendamiento otorgado por DICASA- ahora Las Cascadas- y OPERADORA DEL SUR en ciudad de Guatemala, el siete de junio de dos mil dos, adjuntado a la demanda, el edificio quedaría asegurado contra todo riesgo a contratarse por LAS CASCADAS, lo que incluye incendio. Los propietarios del condominio asumieron igual obligación, los que debían pagar la prima de un seguro contra todo riesgo, con arreglo al Reglamento de Administración del Condominio. Por eso, reafirman, que

cualquier cantidad reclamada como indemnización en exceso de lo pagado por AIG sería improponible, arts. 127 y 277 CPCM, más la condenación en costas.

D.-) Contestación a la demanda

Los abogados de la parte demandada, más adelante, contestaron en sentido negativo y agregaron: 1-ocurrencia de fuerza mayor o caso fortuito como eximente o excluyente de responsabilidad de Operadora Del Sur, S.A. de C.V., art. 43 Código Civil, y citan sentencia de esta Sala de fecha 16 de diciembre de 2003 con referencia 329 SM. Que esta situación es la que da razón a la contratación del seguro mencionado. Insisten en alegar, que no opera la responsabilidad civil para un arrendatario, resaltando que no debe haberla en ocasión del caso fortuito, fuerza mayor, por deterioros sufridos por el tiempo y uso legítimos o por defectos en su construcción, art. 1758 del Código Civil. Que el incendio no ha sido provocado por su representada ni por su culpa, ya que la causa fue una falla eléctrica en el cableado y conectores internos de uno de los tomacorrientes fijado en la bodega; que Las Cascadas arrendó a su representada, sistema eléctrico que fue diseñado, construido y ejecutado por el propietario y arrendante del inmueble, ahora Las Cascadas. Para demostrar la causa fortuita consideran válidas las certificaciones de los informes emitidos por el Cuerpo de Bomberos de El Salvador, identificado como: “Formato de Informe Final FCB0P-01/R:0 INCENDIOS Alarma n°004”, de fecha 3 de enero de 2015 y el segundo de fecha 22 de enero de 2015, identificado como REF-DGBOMB/PREV/0115/0156, último en el que se establece la causa y origen del incendio.

Los abogados de la parte demandada, citan párrafos del informe de bomberos y del informe de la ATF (Alcohol, Tabaco, Armas de Fuego y Explosivos del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América), los que a su juicio son coincidentes en cuanto a la causa del siniestro y por eso insisten en alegar, que hubo caso fortuito al punto que en las diligencias de incendio promovidas por Las Cascadas S.A. de C.V. y Operadora Del Sur, S.A. de C.V., se consideró que el incendio se debió al caso fortuito en mención, sin reprochársele responsabilidad a la última ni a sus empleados, dichos abogados transcribieron el romano VII del Fallo que la titular del Juzgado Primero de lo Civil y Mercantil de San Salvador pronunció y se adjuntó certificación de las diligencias judiciales marcadas bajo la referencia 3-DVM-01-15 constando de 290 folios, lo que presentaron como Anexo III. Además, en un segundo expediente de diligencias de incendio promovido por Operadora Del Sur, S.A. de C.V. ante la jueza suplente del Juzgado de lo Civil de Santa Tecla, marcadas con referencia 13-DV-15amg, ésta señaló que no existió ni

el mínimo indicio que Operadora Del Sur S.A. de C.V., sus dependientes o empleados hayan participado en la producción del siniestro (prueba que incorporan como Anexo IV).

Asimismo, los abogados de la parte demandada alegaron ausencia de autoría de Operadora Del Sur, S.A. de C.V. en la causa del siniestro, como presupuesto necesario para responder civilmente por daños y perjuicios; argumento que esgrimieron en caso que no se accediera a la improponibilidad y al caso fortuito. Que según el informe del Cuerpo de Bomberos y de la ATF, su representada no debe responder por el hecho, porque el siniestro fue causado por una falla en el sistema eléctrico instalado por la propietaria de la bodega arrendada a su representada, específicamente sucedió en el cableado y conectores internos de uno de los tomacorrientes. Insisten en que hubo caso fortuito. En dichos informes no se hizo constar ninguna autoría por parte de su representada. Que la parte actora intenta forzar la atribución de la autoría de su representada, para lo que adjuntaron a la demanda, un peritaje eléctrico y el otro de seguridad ocupacional, con lo que se intenta alegar infracción de normas técnicas. Que el contenido de esos peritajes no es útil ni suficiente para atribuir autoría a su representada, aunque fuesen ciertas las infracciones técnicas y que en el supuesto que se hubieran infringido, ello derivaría en una sanción administrativa y no en una responsabilidad civil a cargo de su representada. Que las eventuales infracciones administrativas son irrelevantes.

Los abogados de la parte demandada observan que los demandantes alegaron, sobre la base de los peritajes, ocho infracciones a normas técnicas, tres referidas al sistema eléctrico y cinco a la seguridad ocupacional y al respecto contra argumentan: que el peritaje parte de la premisa errónea de que el diseño y construcción de las instalaciones eléctricas de la bodega fue construida por orden de su representada y bajo esa premisa concluye atribuir responsabilidad a la misma. En contra de tal aseveración, dichos abogados transcriben apartados del “contrato de construcción y arrendamiento” con los que pretendieron comprobar que la propietaria corrió con cargo de construir y entregar el local a la arrendataria, para lo que se empleó el contrato “Llave en mano” buscando entregar las instalaciones funcionando completamente y en ese sentido, la propietaria se obligó a cumplir con las leyes y normas establecidas por las autoridades gubernamentales de El Salvador, según cláusula cuarta del contrato, planos de construcciones que la propietaria entregó a la OPAMSS, en la que se incluye la bodega. Citan declaraciones públicas hechas por el señor FP, propietario e inversionista de Las Cascadas. Además, el perito de parte realizó su cometido, sin ni siquiera tener a la vista el tomacorriente por el cual se originó la falla,

porque éste se encontraba en resguardo y embalado en el Cuerpo de Bomberos de El Salvador (fs. 928-929 de 5 pieza). Contra argumentan que el perito de parte concluyó, que la parte demandada debió correr con el mantenimiento del sistema eléctrico. Citan disposiciones del Código Civil con las que pretendieron argumentar, que su representada no tenía obligación de mantener el sistema eléctrico sino por el contrario, corría por cuenta de la propietaria, parte actora en este proceso.

Asimismo, los abogados de la parte demandada manifestaron, que la falla eléctrica en el tomacorriente ubicado en la bodega ocupada por su representada, se originó por la ausencia de un sistema de tierras idóneo, por defectos de construcción en las instalaciones eléctricas, punto en el que coincide el peritaje de parte presentado por la parte actora y el peritaje realizado por el Ing. JAZC (agregado al Anexo VII), contratado por su cuenta -la parte demandada- y que únicamente difieren en la atribución de la responsabilidad y transcriben lo que dicho profesional concluyó: que Operadora del Sur no es responsable del incendio, atribuido a vicios ocultos existentes en el sistema de tierras desde el proceso de construcción, por lo que DICASA debe asumir la responsabilidad por haberlo construido. Reiteran que se construyó “Llave en mano” (fs. 931).

En cuanto al peritaje de seguridad ocupacional que la parte actora presentó, los abogados de la parte demandada insistieron en que si su infracción fuese cierta derivaría en una sanción administrativa y no en determinación de responsabilidad civil y que tal punto carece de relevancia. Adjuntan peritaje realizado por el Ing. EMMC, adjunto al Anexo VIII (fs. 932). Este profesional manifestó en síntesis que se registraron simulacros para reaccionar ante emergencias habiendo sido el último el 25 de octubre de 2014, que la administración del Centro Comercial Hipermall Las Cascadas no actuó eficientemente porque, según personal brigadista de Walmart, nunca se les comunicó la presencia de una brigada que pudiera atender emergencias del centro comercial, no recibieron apoyo del personal del centro comercial para combatir las emergencias de fuego, ni para la evacuación de los clientes y que por parte del centro comercial jamás se ejecutaron simulacros de incendio, ni recibieron información de algún plan de evacuación y lamentaron la escasa importancia prestada a la “solución de la baja presión del sistema fijo de protección contra incendios (Boca de Incendio). El material de fácil combustión constituyó un factor que propagó el incendio. Que hubo acumulación de productos en los pasillos de las bodegas de Walmart, pero que esto no constituyó un obstáculo para evacuar eficazmente al personal. Concluyó que personal de Walmart reportó al Centro Comercial deficiencias en la presión de agua que alimentaba el sistema fijo de protección contra incendios, consistente en las

Bocas de Incendio Equipadas y que es un sistema de mangueras colocadas en gabinetes especiales a disposición de ser empleados en caso de emergencia y que fueron identificadas por pruebas efectuadas a “dos de las mangueras precisamente instaladas en la zona de la bodega” (fs. 933).

La parte demandada alegó ausencia de conducta u omisión negligente o culposa en la producción del siniestro. En caso de no ser acogidas las anteriores consideraciones, pidió se tenga por acreditado que no actuó por culpa, ni sus empleados, porque el siniestro se originó por fallo en el cableado y conectores internos de uno de los tomacorrientes; tal como la Juez Suplente del Juzgado de lo Civil de Santa Tecla lo resolvió. Nuevamente, la parte demandada alegó ausencia de nexo causal entre el daño y la actuación de Operadora Del Sur, S.A. de C.V.; insisten en: que por el caso fortuito no hay autoría ni relación causal, y “...de no llegar a considerarse que existe un caso fortuito, ya ha sido comprobado que los daños y perjuicios provocados por la falla en el sistema eléctrico de la bodega arrendada a nuestra mandante, resultan ajenos a su obrar, siendo tales perjuicios de exclusiva responsabilidad de LAS CASCADAS, como constructora de la bodega y de las instalaciones eléctricas del inmueble, y por lo tanto, obligada a las medidas de seguridad y protección necesarias en las conexiones eléctricas, incluyendo el sistema de tierras para evitar incendios como el que tuvo lugar.”(fs. 936)

Además, la parte demandada alegó autoría por omisión de la presunta víctima como origen verdadero del perjuicio, al incumplir la obligación legal y contractual de instalar rociadores como mecanismo de extinción de incendios y por defectos de la construcción del sistema eléctrico del inmueble arrendado, fs. 936-937. Dijo: “El origen verdadero de los efectos perniciosos provocados por el incendio no solo deriva de los vicios o defectos constructivos en las instalaciones eléctricas del inmueble arrendado por LAS CASCADAS a nuestra mandante en los términos que nos hemos permitido señalar en los párrafos que preceden, sino también, deriva de la omisión e incumplimiento de LAS CASCADAS en instalar rociadores en el edificio arrendado a OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V. como mecanismo de extinción de incendios, edificio arrendado a OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V. como mecanismo de extinción de incendios, incumpliendo con ello no solo una obligación legal o si se quiere, reglamentaria, sino también, incumpliendo con ello una obligación contractual, a lo cual nos referimos en el presente apartado.” (fs. 937). Citan el art. VI.37 de las disposiciones generales del Reglamento de OPAMSS, para sostener que existe obligación de instalar rociadores y a los

cuadros números VI-2 y VI-3 del Reglamento y en especial el cuadro número VI-2, que contiene la obligación de contar con rociadores como mecanismo de extinción de incendios para locales mayores de tres mil metros cuadrados de área o con tres o más niveles dedicados a venta. Que tal como consta en el contrato de construcción y arrendamiento, cláusula primera, dice: “**LA PROPIETARIA** construirá el Local Ancla con un área de ventas de aproximadamente SEIS MIL QUINIENTOS METROS CUADRADOS (...)”. Por tanto, el inmueble arrendado debió contar con rociadores para extinguir incendios. Que la obligación de cumplir con normas de seguridad contenidas en el Reglamento de la OPAMSS recae en el constructor de la obra, art. 01., y lo transcribe y resalta en lo pertinente, que los constructores deben cubrir requisitos de construcción y diseño de la obra. (fs. 937 vto.). En ese orden de ideas, se incorporó como ANEXO IX, copia certificada de la resolución de la OPAMSS número 0090-2002 de fecha dieciocho de febrero de dos mil dos, con certificación de fecha veintisiete de abril de dos mil quince, por la que se confirió a DICASA “calificación de lugar” para proyectar el Centro Comercial en terreno propio y en la obligación número treinta se le indicó que “Se deberán tomar todas las medidas preventivas que sean necesarias tendientes a evitar fuegos y explosiones, instalando sistemas de detención, alarmas y equipos y/o sistemas de extinción de incendios, de acuerdo a lo establecido en los cuadros N° VI-2 y VI-3 del Reglamento, Art. VI 37 y Art. VI, 36”. Asimismo, por resolución número 0030-2002 de fecha veinte de marzo de dos mil dos, incorporada como ANEXO X, OPAMSS confirió a DICASA revisión vial y zonificación del centro comercial y que debía cumplir con la obligación número doce que en síntesis se refiere a lo establecido en el art. VI. 36 y art. VI. 37 relativa a la regulación de previsión de incendios y aprobación del Cuerpo de Bomberos de las medidas de seguridad y evacuación de proyectos. La parte demandada sobre este punto agrega que: <<La obligación de cumplir con el Reglamento de OPAMSS no era únicamente legal, o si se prefiere reglamentaria, ya que en el contrato de construcción y arrendamiento citado, en la cláusula “CUARTA: CUMPLIMIENTO DE LEYES Y OBTENCIÓN DE LICENCIAS”, se pactó: “**LA PROPIETARIA** se obliga a cumplir con: a) Los requisitos establecidos por la Oficina de Planificación del Área Metropolitana de San Salvador y Municipios Aledaños (OPAMSS); b) Las Leyes y normas establecidas por las autoridades gubernamentales de El Salvador (...)>> No instalar rociadores automáticos en el edificio constituyó in incumplimiento reglamentario y contractual, constatado en el número 19 del informe de investigación que la ATF efectuó (fs. 938 vto.).

Que en concordancia, con lo vertido en el peritaje técnico de parte sobre Seguridad Ocupacional presentada por los demandantes, elaborado por el señor WADLR, en la página 6, reconoce que el inmueble no contaba con rociadores automáticos contra incendios, como mecanismo de su extinción. En torno a esto la parte demandada alega: “Dicho incumplimiento y omisión de instalar rociadores es trascendental en el presente caso, pues se exige a nuestra mandante responder como presunta responsable de los daños y perjuicios derivados del incendio, sin embargo, resulta que de haberse instalado un sistema de rociadores automáticos en local arrendado a nuestra mandante, dicho sistema habría contenido el incendio, evitado su propagación dentro de la bodega arrendada a nuestra mandante y hacia afuera de la misma, sin que se hubieran generado los daños y perjuicios que aducen las demandante, así como los daños y perjuicios que sufrió nuestra mandante como arrendataria de dicho inmueble y terceros inquilinos en dicho Centro Comercial.” Para demostrarlo, adjuntaron el Anexo XI de la contestación a la demanda: dictamen pericial que el Ing. LJR de la empresa Telgian Corporation. La parte demandada considera, que su instalación constituía una obligación a cargo de DICASA, ahora Las Cascadas, devenida del contrato de construcción y arrendamiento por tenerse que cumplir los requisitos de la OPAMSS, Reglamento de la OPAMSS según cuadro VI-2, por lo que -la parte concluye preliminarmente- que hubo no solo un vicio o defecto en el proceso constructivo del sistema de tierras de las instalaciones eléctricas, sino también por omisión en la instalación de rociadores como mecanismo de extinción de incendios.

Que sobre la base de este último peritaje, se concluye que el daño no habría sido superior a 371.61 metros cuadrados de haberse contado con un sistema automático de rociadores. Al anterior peritaje coincidió con otro ordenado por la misma parte demandada, esta vez, a cargo del Ing. RALG, Ingeniero eléctrico y especialista certificado en sistemas contra incendio, al decir de dicha parte. (fs. 939-940).

Asimismo, en la contestación se recalca, que este último perito incluyó una falta más a cargo de Las Cascadas consistente en que había una “deficiencia en la memoria de cálculo hidráulica del edificio, al advertirse deficiencias de diseño en las consideraciones de capacidad de caudal y reserva de agua de incendio de acuerdo al tipo de riesgo a proteger, para la utilización del sistema de bombeo que alimentaba las mangueras, considerando dicho experto, que tal deficiencia estaba presente desde la etapa de construcción del edificio, por lo que concluyó, que LAS CASCADAS no consideró las normas de NFPA, que son las que recomienda el Cuerpo de

Bomberos para hacer su diseño; dicha omisión, aunado al hecho de que el inmueble arrendado no contaba con un sistema de rociadores automáticos, redujo notablemente la capacidad de Walmart Las Cascadas de combatir el fuego en sus etapas iniciales.”

Argumentan que por todo esto, Las Cascadas es la responsable del incendio, como propietaria, constructora y diseñadora del centro comercial. Que como ANEXO V, agregaron certificación registral que acredita la representación del señor FP, en la sociedad Las Cascadas, a quien adjudican que reconoció que todos los sistemas de seguridad contra incendio podían mejorarse (fs. 940). Adjuntaron ANEXO XIII, de copia de noticia publicada el lunes 12 de enero de 2015, de La Prensa Gráfica.

La demandada recapitula y dice, que se interrumpe la supuesta autoría achacada en su contra y la relación causal y pide la absolución de responsabilidad civil, por ser en todo caso responsabilidad de la parte actora, como constructor, propietario y arrendante del inmueble incendiado: los defectos en el sistema de tierras de las instalaciones eléctricas que produjo la falla en el sistema eléctrico de la bodega arrendada; la omisión de la instalación de sistema de rociadores contra incendios en el inmueble arrendado, es lo que originó cuantiosos daños, la “deficiencia en la memoria de cálculo hidráulico del edificio, al advertirse deficiencias de diseño en las consideraciones de capacidad de caudal y reserva de agua de incendio de acuerdo al tipo de riego a proteger, para la utilización del sistema de bombeo que alimentaba las mangueras contra incendios, lo cual estaba presente desde la etapa de construcción del edificio, advirtiéndose que Las Cascadas no consideró las normas NFPA, que son las que recomienda el Cuerpo de Bomberos para hacer su diseño, ...”. (fs. 940-941).

La parte demandada, a través de su abogados también alega, un eximente de responsabilidad contractual por haberse acordado la distribución de los riesgos entre los propietarios de locales y los propietarios de los establecimientos comerciales como arrendatarios, mediante la contratación de pólizas de seguro del edificio y de los productos y para eso sostiene: que la circunstancia incierta y futura de suceder un incendio que destruyera el inmueble arrendado fue prevista en el contrato de construcción y arrendamiento, así como la manera en que se resarcirían, según cláusulas quinta, décima primera y décima sexta.

Agrega, que las Cascadas debía pagar a la aseguradora para que ésta cubriera daños por incendio, contra todo riesgo que el Centro Comercial pudiera sufrir y por otra parte, Operadora Del Sur, S.A. de C.V. debería ser cubierta por los daños en las mercaderías, con arreglo al

contrato de construcción y arrendamiento, de tal suerte que los riesgos estaban distribuidos (fs. 942-943).

Dicha parte, adjunta correspondencia, en la que se hace constar, que el contrato se encontraría suspendido mientras duraba la reconstrucción, que la reconstrucción del local se realizaría con la indemnización que recibiría y que esto mismo fue reconocido por el señor FP públicamente, Anexo XVI. Que también, la distribución y asunción de los riesgos se dio en el Reglamento de Administración del Condominio, ANEXO XVII. Fs. 944.

La segunda de las demandantes, los propietarios del inmueble sometido al régimen de la Ley de Propiedad inmobiliaria por Pisos y Apartamentos denominado condominio Centro Comercial Hipermall Las Cascadas, como terceros que sufrieron daños por haberse propagado el fuego, sucede, que con arreglo al Reglamento citado, todo propietario estaba obligado a contratar una póliza de seguro que garantizara la propiedad a fin de que en caso de siniestro la aseguradora indemnizara por los daños. Por eso los terceros propietarios de locales comerciales adyacentes al arrendado al propio-de la demandada- carecen de acción alguna en contra de ésta última, por la misma razón que Las Cascadas no la tiene como propietaria del inmueble que arrendó a nuestra mandante. Y en la demanda se transcribe: «Y es que, debemos reiterar, todo propietario de local comercial en el Centro Comercial debe contratar una póliza de seguro contra todo riesgo, siendo la indemnización que habría de pagarse por la Aseguradora contratada la que habría de resarcir todo y cualquier daño proveniente de un siniestro como el que nos ocupa, y no solo respecto de su propio local o edificio, sino también, sobre las cosas comunes del Condominio, lo anterior, en virtud de así disponerse en la cláusula **“ARTÍCULO DICIESIETE. PAGO DE CUOTAS PARA COBERTURA DE GASTOS COMUNES.”** Del Reglamento de Administración del Condominio,” y se transcribió el art. 16, lit. e) del Reglamento citado, que establece el pago de las primas de seguro obligatorio contra todo riesgo y responsabilidad civil de su local y kiosco. Que los daños que AIG reparó, son los que reclaman a la parte demandada en este proceso.

La parte demandada expresa, que debe aplicarse el art. 1429 del Código Civil en cuanto a que solamente sería responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo de contratar, si no hay dolo y cita doctrina extranjera. Se han resarcido los daños provocados por el incendio al inmueble arrendado y por eso mismo los perjuicios que para su parte fueron previsibles al momento de celebrar el contrato de arrendamiento, también lo han sido.

a-) La parte demandada solicita se rechace el reclamo indemnizatorio pedido por Las Cascadas por supuesto daño emergente por la cantidad de Un millón seiscientos ochenta y un mil trescientos diecinueve dólares de los Estados Unidos de América quince centavos de dólar, \$1, 681, 319.15; que incluye el costo por esta pagado en consultoría para reclamo a la compañía de seguros de la póliza INC 50.858 e INC-50.859, readecuación de las instalaciones del Local L-1 arrendado, gastos extraordinarios de cofinanciamiento de promoción comercial de arrendatarios de febrero 2015- enero 2017. Los gastos de consultoría deben ser asumidos por Las Cascadas, porque son consecuencia de los defectos de construcción del inmueble arrendado y de los sufridos los terceros propietarios y arrendatarios del centro comercial, inclusive los propios. No se observa perjuicio alguno por la readecuación del Local L-1 a tres anclas menores, porque la reconstrucción del local puede absolver tal costo cubierto, por cierto, con la indemnización que AIG pagó (fs. 948).

Los gastos extraordinarios en concepto de promoción del centro comercial no proceden porque devienen de la omisión de Las Cascadas a cumplir las normas de construcción, sumado a la deteriorada imagen por la competencia que otros centros comerciales aledaños impusieron. Que además, la afluencia de público al Centro Comercial se explicaba por la presencia de Walmart. El Centro Comercial jamás por sí solo atrajo a muchas personas, debido a la falta de inversión en publicidad y renovación de la imagen (fs. 949).

b-) El reclamo de lucro cesante por la cantidad de Tres millones cuatrocientos seis mil novecientos cincuenta y siete dólares de los Estados Unidos de América, que se compone de: b.1) rentas no percibidas de locales comerciales y kioscos de la zona dañada, de enero 2015 a enero 2017 reclama Dos millones cuatrocientos cincuenta y cuatro mil ciento veinticuatro dólares ochenta y seis centavos de dólar de los Estados Unidos de América; b.2) rentas no percibidas de locales comerciales y kioscos en la zona no dañada, para la segunda quincena de enero de 2015 reclama Diecisiete mil doscientos ochenta y nueve dólares seis centavos de dólar de los Estados Unidos de América; y b.3) ingresos no percibidos por interrupción de suministro de aire acondicionado al Centro Comercial de enero 2015 a enero 2017, la cantidad de Novecientos cuarenta y cinco mil quinientos cuarenta y tres dólares cincuenta y cinco centavos de dólar de los Estados Unidos de América (fs. 949). Todo ello, considera la parte demandada, que no procede, porque debieron estar cubiertos por el seguro que Las Cascadas debió contratar, con arreglo al Reglamento de Administración del Condominio y su modificación y de lo ya expuesto hasta

ahora; de ahí, que los riesgos se distribuyeron. “Los anteriores perjuicios no habrían tenido lugar si el edificio arrendado a nuestra mandante hubiera sido construido en cumplimiento a las leyes y normas correspondientes...” (fs. 949).

Solicita asimismo, se desestimar el reclamo por pérdida de oportunidad de Las Cascadas, S.A. de C.V. por Novecientos cuarenta y cinco mil quinientos cuarenta y tres dólares con cincuenta y cinco centavos de dólar de los Estados Unidos de América, por rentas no percibidas de los locales que resultaron con daños o no y por la pérdida de ingreso por suministro de aire acondicionado, además que la pérdida de oportunidad no cuadra con el lucro cesante y daño emergente conforme al Código Civil.

c) Pide además, que se desestime el reclamo indemnizatorio del condominio por la cantidad de Tres millones ochenta y siete mil quinientos sesenta y cinco dólares cincuenta y seis centavos de dólar de los Estados Unidos de América, por daño emergente que comprende: c.1) gastos por combate de las consecuencias inmediatas del incendio durante el mes de enero de 2015, este reclamo debe rechazarse porque es consecuencia de las omisiones provocadas por Las Cascadas porque el inmueble tenía vicios de construcción, omisiones del sistema de extinción de incendios por rociadores e incumplimientos al reglamento y contrato citados antes; c.2) honorarios de ingenieros y arquitectos para rediseñar y obtener permiso de construcción de noviembre de 2015 a enero 2016; c.3) costos de supervisión de la reconstrucción de octubre de 2015 a noviembre de 2016; en cuanto a los dos rubros anteriores, también deben rechazarse, porque la reconstrucción del edificio fue cubierta con la indemnización pagada por AIG, tal como el perito que emitió dictamen financiero lo reconoció; c.4) recuperación de imagen y tráfico de personas del Centro Comercial de enero de 2016 a diciembre de 2017 y c.5) gastos extraordinarios en cofinanciamiento de promoción comercial de arrendatario de febrero de 2015 a enero de 2017; estos dos últimos rubros, se solicita desestimarlos, porque la imagen deteriorada del Centro Comercial no solo obedece al incendio sino también a deficiencias de los mecanismos de extinción de incendios, por la cobertura periodística del mismo; quedando en evidencia, que el edificio carecía de sistema de emergencias coincidente con los defectos de construcción del inmueble, mismo que reconoció el señor FPA y el mismo peritaje presentado por la parte actora, además, que ya venía en decadencia (fs. 950-951).

d-) Que se desestime el reclamo del condominio por supuesto lucro cesante en la cantidad de Un millón trescientos cincuenta y cuatro mil doscientos diecisiete dólares de los Estados

Unidos de América con noventa y nueve centavos de dólar en concepto de: a) rentas no percibidas por espacios comerciales y kioscos en zona dañada por el incendio, de septiembre de 2015 a enero 2017; b) rentas no percibidas por espacios comerciales kioscos en zona no dañada por incendio, para la segunda quincena de enero de 2015, c) pérdida de cuota de mantenimiento en zona dañada por incendio, de septiembre 2015 a enero 2017, y rentas no percibidas por espacios publicitarios en Centro Comercial por incendio de enero 2015 a enero 2017. Estos reclamos, afirma la parte demandada, son improcedentes, no solo por ser daños indirectos del incendio, sino porque los propietarios del Condominio debían estar asegurados con una póliza contra todo riesgo, según el Reglamento de Administración de Condominio y su modificación. Si no se contemplaron en la póliza los rubros reclamados son omisiones imputables a los propietarios del Condominio.

e-) La parte demandada pide desestimar el reclamo del Condominio por la pérdida de oportunidad en la cantidad de doscientos setenta y seis mil trescientos treinta y ocho dólares treinta y un centavos de dólar de los Estados Unidos de América: e.1-) pérdida de oportunidad por honorarios de ingenieros y arquitectos para rediseñar y obtener permisos de reconstrucción de noviembre de 2015 a enero de 2016, pérdida de oportunidad por costos de supervisión de construcción de octubre 2015- noviembre 2016, e.3) pérdida de oportunidad por recuperación de imagen y tráfico de personas en el Centro Comercial desde enero de 2016 a diciembre de 2017; pérdida de oportunidad por rentas no percibidas por espacios comerciales y kioscos en zona dañada por incendio de septiembre de 2015 a enero de 2017, pérdida de oportunidad de cuotas de mantenimiento en zona dañada de septiembre de 2015 a enero 2017, pérdida de oportunidad por rentas no percibidas en espacios publicitarios en el Centro Comercial de enero 2015 a enero 2017, pérdida de oportunidad por rentas no percibidas por espacios comerciales y kioscos en zonas dañadas y no dañadas de enero a agosto de 2015 y pérdida de oportunidad por cuotas de mantenimiento no percibidas en zonas dañadas y no dañadas de enero a agosto 2015.

f-) Se desestime el reclamo de indemnización por daño moral del Condominio por Dos millones trescientos treinta y un mil ochenta y nueve dólares cincuenta y ocho centavos de dólar de los Estados Unidos de América. La demandada considera, que no puede resarcirse una imagen que no existía. El mismo peritaje que la actora presentó, demuestra que cualquier reputación que el Centro Comercial pudo tener, era producto de la ubicación de Walmart, siendo el único atractivo del lugar. Si algún daño hubo a la reputación comercial del Centro Comercial solo

puede imputarse a su administración, por falta de renovación de su imagen, opacado por la competencia aledaña.

SÍNTESIS DEL CASO

La parte demandante pidió la declaración de la existencia de daños patrimoniales y extra patrimoniales y su consecuente indemnización, por considerar que la parte demandada incumplió con la normativa reguladora de la instalación eléctrica del local arrendado, por cuya razón se originó el incendio y además, incumplió normativa relativa a la seguridad ocupacional, lo que propició el alcance de los daños derivados del referido siniestro. Aparte, la demandada considera que no ha incurrido en falta alguna que justifique su condena, que más bien ha sido la parte actora la que sí incurrió en faltas a la normativa técnica coligada con el contrato y que explica la causa y la extensión del siniestro.

1.-EXISTENCIA DEL SINIESTRO

A folios 1067-1075, corre agregado el informe final FCB0P-01/R:0 del Cuerpo de Bomberos de El Salvador. Específicamente a fs. 1069, se hace constar que los bomberos no pudieron constatar los daños que sufrieron los locales detallados en el anexo III que constan a fs. 1070 vto. -1071. A fs. 1072, se relata el siniestro y las acciones que el Cuerpo de Bomberos realizara en el momento del siniestro y con posterioridad para determinar su causa, esto en compañía de la Fiscalía General de la República, Policía Nacional Civil, Ministerio de Obras Públicas, y 13 personas de la Oficina de Alcohol, Tabaco, Armas de Fuego y Explosivos, ATF de los Estados Unidos de América. El inmueble donde el incendio se originó está compuesto por un solo nivel, de 967 metros cuadrados, utilizado como bodega general de la tienda WalInnart. Las tiendas Walmart y Office Depot fueron consumidas totalmente por el fuego. Además, 16 locales sufrieron daños parciales y tres daños totales. Fs. 1072-1073.

En el peritaje específicamente se estableció, que hubo cortocircuito, mismo que se confirmó con las grabaciones de las cámaras de seguridad instaladas en el interior de la bodega de la tienda Walmart y por las entrevistas realizadas a personas que vieron el fuego. Es. 1075-1076. En las diligencias de traducción del informe de causa y origen del incendio sucedido y que fue elaborado por la ATF, se concluyó por todos los investigadores, que el incendio se originó en la pared poniente de la bodega de Walmart; un fallo en el tomacorriente doble horizontal montado en la pared, el tomacorriente había generado calor suficiente para subir la temperatura de los combustibles contiguos hasta llegar a un estado de ignición y devino en una combustión de

llama abierta. No se conoce el fallo específico en el tomacorriente doble, pero que las condiciones ambientales y las operaciones de la bodega e impactos mecánicos fueron posibles condiciones agravantes, siniestro calificado de accidental, fs. 300-359, de la pieza dos.

A fs. 1821-1835 corre agregado, informe pericial de la Sección de Delitos Informáticos de la Policía Nacional Civil, en el que se concluye, que en los videos de las cámaras de vigilancia del almacén se visualizó primeramente humo y luego fuego.

La evidencia de la Fiscalía General de la República, División de la Defensa de los Intereses de la Sociedad, Oficina Fiscal de Santa Tecla, caso marcado con referencia veintidós UDPP de 2015 y la evidencia como DPTC: doscientos ochenta y ocho pleca dos mil quince, constando de tres USB, álbum fotográfico, en el que, según la juzgadora que lo reprodujo en la audiencia probatoria, se pudo apreciar el interior de las instalaciones de Walmart y de su bodega, se pudo apreciar la evacuación de las personas del lugar y vista la bodega desde diversos ángulos, se vio que salía fuego a sus extremos, que se cubría de humo, así como la reacción del personal que cargaba los extintores y los descargaba contra el incendio. Las investigaciones fiscales llevaron a la conclusión que hubo un accidente, debido a fallas en el sistema eléctrico y que no hubo accionar delictivo.

El informe pericial elaborado por el ingeniero electricista JAZC de fecha once de marzo de mil dieciséis, en el que concluyó que el siniestro se produjo por problemas devenidos del sistema de tierras que ocasionaron una inadecuada protección de las protecciones de los circuitos eléctricos, lo que impidió su apertura, antes de producir arqueo y que la Operadora del Sur no es la responsable del incendio sucedido, atribuido a vicios ocultos existentes en el sistema de tierras propio del proceso de construcción, fs. 1408- 1474 de la pieza ocho. En su declaración, el referido profesional en síntesis dijo: que el tomacorriente no se encontraba polarizado porque si esto hubiera sido así, el sistema de protección se hubiera activado e impedido el paso de corriente. Esta declaración guarda cierta relación con probables defectos en la construcción del sistema eléctrico, que no corresponden a la parte demandada.

Dictamen pericial realizado por LJR, ingeniero de protección de incendio que labora en la empresa TELGIAN CORPORATION, de fecha 22 de febrero de 2016, del cual en síntesis resaltamos: que para el espacio de la instalación la NFPA 13 proporciona varias opciones de protección, la instalación de un sistema de extinción de incendios por rociador adecuadamente diseñado, instalado y mantenido hubiese probablemente mantenido la temperatura máxima del

techo a cierto grado centígrado conservando la integridad estructural del edificio y limitando o esperando que el daño por el fuego directo hubiese sido inferior a 37.16 metros cuadrados, con daño de exposición ligero limitado a 74.32 metros cuadrados y aproximadamente 371.61 metros cuadrados de daño por fuego indirecto debido al uso de agua, por el humo y subproductos. Fs. 1548-1616 de las piezas ocho y nueve.

El dictamen pericial efectuado por el ingeniero eléctrico y especialista certificado en sistemas contra incendio, RALG, de fecha ocho de marzo de dos mil dieciséis, concluyó, que el edificio arrendado a Walmart debió contar con un sistema de rociadores automáticos como mecanismo de extinción de incendios, que correspondía su instalación a Las Cascadas por ser la constructora, propietaria y arrendante del inmueble. Las instalaciones carecían de paredes y puertas corta fuego que muestra deficiencias y que hubiesen retardado y aminorado el impacto del daño; además dicha empresa debió cumplir con el Reglamento de la OPAMSS; que la memoria de cálculo hidráulico del edificio muestra deficiencias de diseño en la capacidad de caudal y reserva de agua para cubrir el riesgo de este tipo. Las Cascadas no consideró las normas NFPA, que son las que el Cuerpo de Bomberos recomienda para realizar este diseño. Es. 1618-1670 de la pieza nueve.

El ingeniero electricista JMQR, por dictamen de fecha 14 de diciembre de 2015 dijo, que el siniestro se debió a violaciones en la normativa vigente, a falta de mantenimiento y riesgos a los que las instalaciones eléctricas estuvieron sometidas y a cargo de Walmart, que el riesgo pudo haberse evitado si se hubiera dado adecuado mantenimiento. Luego, en interrogatorio que se le formuló en la audiencia preparatoria, él declaró, que no tuvo acceso al contrato de construcción y arrendamiento, que no vio el tomacorriente en el que se originó el incendio y por eso tampoco se percató si estaba polarizado. Finalmente declaró, que Las Cascadas como constructor debía velar por el cumplimiento de normas de construcción lo que incluía la instalación de tomacorrientes y que por eso también le correspondía la conexión del toma a tierra, esto a razón del conainterrogatorio, fs. 2144, es decir, este facultativo emitió conclusiones sin conocer el contenido del contrato que establecía las obligaciones del constructor y propietario del inmueble, a quien le correspondía encargarse de las instalaciones eléctricas.

Por nota de periódico del Grupo Dutriz, de fecha 12 de enero de 2015, que contiene la declaración del señor FP, representante de Las Cascadas S.A. de C.V., se recibió el elemento indiciario consistente en que el día del incendio los bomberos solicitaron apagar la planta

eléctrica de emergencia, lo que detuvo el sistema de bombeo de agua y con ello se dificultó luchar contra el incendio, lo que el alguna medida guarda relación con lo vertido en esta sentencia en cuanto a que para dicha edificación la parte propietaria del inmueble, por anuencia principalmente del Cuerpo de Bomberos y de la OMPASS, esperaba que un recurso humano utilizase mangueras y la bomba de agua, como máximo estándar de seguridad de extinción contra incendios, es decir, que se arriesgaran vidas para controlar una fuerza ingente de la naturaleza: “el fuego”; cuando contrariamente, no se hubiese tenido que descansar las esperanzas en esta expectativa si se hubiera cumplido con el Reglamento de la OPAMSS, que preceptivamente dispone la instalación de un sistema automático de detención de incendios y también la activación igualmente automática del rociador, aspecto relacionado también en otra parte de esta sentencia.

En cuanto al monto reclamado, se presentó peritaje financiero de daños causados por el incendio, suscrito por el ingeniero y licenciado RVZH, tanto de parte del Condominio como por parte de Las Cascadas Multiservicios. Al declarar en la audiencia probatoria, el facultativo en síntesis afirmó: que fue contratado por Las Cascadas para asesorarlo en materia de seguros y administrar el reclamo contra la aseguradora, es decir, documentarlo y dirigir el grupo de trabajo encargado de esta tarea. Aclaró, que tanto Las Cascadas y la Administradora del Condominio, S.A. de C.V. lo contrataron para presentar el reclamo a la Compañía Aseguradora. Que como experto en materia de seguros, una póliza contra todo riesgo cubre éstos y los servicios que la aseguradora ofrece y que son fiscalizados por la Superintendencia del Sistema Financiero, con ciertas limitaciones. Que no adjuntó facturas que acreditaran gastos a su informe pericial e insistió, que participó en las negociaciones del cobro del seguro ante la Compañía Aseguradora, y que se recibió lo ofrecido por la aseguradora porque hubo presiones financieras por pérdida de clientes, abandono de arrendatarios y la necesidad de la aseguradora de cobrar el reaseguro, fs. 2145 vto. En ese sentido, como puede comprobarse, no hubo documentos que acreditaran cómo fue que el facultativo liquidó los daños y además, que evidentemente sus declaraciones están coligadas con las mismas presiones financieras que dice, pasaron sus contratantes.

La parte demandada solicitó a la jueza a quo requiriera a la compañía AIG Seguros, El Salvador, S.A. lo que la funcionaria autorizó y dio como resultado la incorporación de un documento titulado: “Informe Final de fecha 17 de septiembre, 2015”, elaborado por Servicios Generales de Ajustes, S.A. de C.V., que contiene el informe del ajustador del siniestro

relacionado con las pólizas 50-859 y 50.858 del asegurado Administradora de Condominios S.A. de C.V. y/o(sic) Las Cascadas Multiservicios, S.A. de C.V. En relación a la póliza número 50.859 las reclamantes solicitaron el pago de \$7,911,953.65 a la aseguradora, lo que luego de negociaciones y ajustes se concluyó que la cantidad indemnizable era **\$6,826, 697.16** y neto indemnizable incluyendo IVA: \$ 6, 814, 134.66. (fs. 814-836). Aparte, en relación a la póliza número 50.858 suscrita por las mismas aseguradas, reclamaron \$ 2, 749, 919.27 y se determinó que el total de pérdida ajustada era \$ 1,888,477.84 y que por eso el valor neto indemnizable era: \$ 1,862,477.84 (fs. 864).

A fs. 866-879, corre agregada escritura pública de finiquito en la que se demuestra que la Administradora de Condominios, S.A de C.V. recibió cantidad de dinero en concepto de indemnización por el siniestro por parte de AIG Seguros, El Salvador, S.A. de C.V. y dice literalmente así: “II PAGO DE INDEMNIZACIÓN. El primero de los Comparecientes declara que en esta fecha, su representada, LA ASEGURADA, acepta como pago de indemnización global a su entera satisfacción de AIG SEGUROS la suma de SEIS MILLONES OCHOCIENTOS VEINTISEIS MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SIETE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, con DIECISEIS CENTAVOS DE DÓLAR cantidad que corresponde a la pérdida global sufrida por el siniestro reclamado, a valor de reposición y el respectivo impuesto al valor agregado IVA, de aquellos rubros que por ley deben incorporarlo a los costos, suma a la que se le ha descontado los siguientes montos: a) la cantidad de un mil dólares de los Estados Unidos de América, como deducible de daños materiales; b) la cantidad de dos mil cuatrocientos sesenta y dos dólares de los Estados Unidos de América con cincuenta centavos de dólar, como deducible por pérdida de renta de tres días; c) la cantidad de nueve mil cien dólares de los Estados Unidos de América, como deducible de pérdida de cuotas de tres días; d) la cantidad de dos millones doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América que corresponde a los anticipos arriba relacionados, entregados el ocho y el veinticinco de mayo del presente año; de lo que resulta como monto líquido a recibir en este acto, por LA ASEGURADA, la cantidad de CUATRO MILLONES SEISCIENTOS CATORCE MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, con SESENTA Y SEIS CENTAVOS DE DÓLAR, en concepto de indemnización total por las pérdidas sufridas a consecuencia del incendio ocurrido el tres de enero del presente año en el referido Centro Comercial, de propiedad de LA ASEGURADA. Monto que las partes declaran es resultante de

los ajustes globales realizados y de los acuerdos alcanzados, y así la ASEGURADORA lo entrega a la ASEGURADA por medio de cheque del BGanco Citibank de El Salvador, S.A., número (...), por la referida cantidad y esta lo recibe a su entera satisfacción. Es entendido entre las partes, que no existe a esta fecha, saldo pendiente de pago, ni cantidad a reclamar por la ASEGURADA a AIG en el concepto indicado; por lo consiguiente, el reclamo indemnizatorio arriba relacionado, se encuentra total y absolutamente extinguido, por acuerdo entre las partes; por tanto, LA ASEGURADA por este medio otorga el presente finiquito que libera y por siempre exonera de toda responsabilidad, de la manera más completa e irrevocable a AIG SEGUROS, EL SALVADOR, SOCIEDAD ANONIMA, a sus subsidiarias, afiliadas, directores, exdirectores, asesores, administradores, gerentes y sub-gerentes, en lo sucesivo los “Exonerados”, de todas y cualesquiera clase de acciones, causas de acción, demandas, pretensiones o reclamaciones que LA ASEGURADA haya tenido, tenga o pueda llegar a tener contra todos o cualquiera de los Exonerados, por causa o con motivo de cualquier derecho u obligación relacionado o que pudiera haber emanado del siniestro ya cubierto, y que se refiere a la póliza de seguro identificada bajo el número CINCUENTA MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE (...)” Exoneración a regirse por la leyes salvadoreñas (fs. 871-873).

Más adelante, corre agregada de fs. 880- 893 otra escritura de finiquito, esta vez, suscrita por Las Cascadas Multiservicios, S.A. de C.V. a favor de AIG Seguros, El Salvador, S.A. de C.V. relacionada con la póliza número 50858 y dijeron: “II PAGO DE INDEMNIZACIÓN. El primero de los Comparecientes declara que en este fecha, su representada LAS CASCADAS, acepta como pago de indemnización global a su entera satisfacción de AIG SEGUROS la suma de UN MILLON OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, CON OCHENTA Y CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR cantidad que corresponde a la pérdida sufrida por el siniestro reclamado, al valor de reposición y el respectivo impuesto al valor agregado IVA, de aquellos rubros que por ley deben incorporarlo a los costos, suma a la que se le ha descontado los siguientes rubros: a) la cantidad de UN MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, como deducible de daños materiales; b) la cantidad de DIECISEIS MIL QUINIENTOS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, como deducible por pérdida de renta de tres días; c) la cantidad de OCHO MIL QUINIENTOS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, como deducible de interrupción de negocios de tres días;

d) la cantidad de OCHOCIENTOS VEINTINCINCO MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, que corresponde al anticipo entregado el veintisiete de abril del presente año; de lo que resulta como monto líquido a recibir en este acto por Las cascadas, la cantidad de UN MILLON TREINTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, con ochenta y cuatro centavos de dólar, EN CONCEPTO DE INDEMNIZACION GLOBAL POR LAS PERDIDAS SUFRIDAS A CONSECUENCIA DEL INCENDIO OCURRIDO EL TRES DE ENERO DEL PRESENTE AÑO EN EL REFERIDO Centro Comercial, de propiedad de LA ASEGURADA. Monto que las partes declaran es resultante de los ajustes globales realizados y de los acuerdos alcanzados, y así la ASEGURADORA lo entrega a la ASEGURADA por medio de cheque del Banco Citibank de El Salvador, S.A., número (...), por la referida cantidad y esta lo recibe a su entera satisfacción.

Las declaraciones testimoniales de los señores JCCM y RMV, básicamente consistieron en que se percataron del incendio y no son concluyentes para determinar responsabilidad alguna.

La compañía de seguros también adjuntó un cuadro comparativo de valor reclamado, valor pagado y la diferencia entre ambos (Es. 913).

Tal como se hizo constar en el proceso, el personal de Walmart reaccionó ante el incendio, aunque esto no fue suficiente ni efectivo a criterio de la parte actora. Las imágenes constatan que el personal sí tomó acciones. Debemos considerar, por experiencia, que el fuego rápidamente cobra vitalidad, más aún si es alimentado por material combustible, como el que naturalmente se encuentra en un supermercado. Y ante la propagación del humo y el fuego, el temor se apodera velozmente de las personas, quienes se enfrentan al dilema de salvar su vida o los bienes al alcance del fuego. Solamente quien no ha vivido de cerca un incendio puede fría y calculadoramente juzgar desfavorablemente la reacción humana de quienes se enfrentaron al mismo. Y el riesgo se amplifica, si se toma en cuenta que su apareamiento en zona frecuentada por público o como en un centro comercial del cual se trata en este proceso; instalaciones en las que si no se elevan los estándares de seguridad contra riesgos, como los incendios, lejos de constituir un lugar de esparcimiento y sana diversión, pueden convertirse en trampas mortales. Por eso, en alguna medida debe considerarse favorable que sí hubo reacción del personal al grado que no se ha tenido que lamentar pérdidas humanas.

No se ha acreditado certeramente cuál fue la causa del cortocircuito aunque sí la existencia de varias hipótesis. Si bien es cierto la prueba no requiere demostrarse certeramente

sino con probabilidades, sin embargo, los elementos de prueba no son suficientes para atribuir la responsabilidad pedida.

Las partes al terminar la relación contractual no se hicieron reclamos.

2.-RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL (CRITERIO DIFERENCIADOR)

La parte recurrente en casación, que figura como parte actora en este proceso, alegó que no se discutió en el mismo la calificación de contractual o extra contractual. Al respecto, y como argumentaremos más abajo al tratar el tema de aplicación del art. 1429 del Código Civil y el principio de “previsibilidad contractual de los daños”, lo cierto es que la parte recurrente, a fs. 1722, de la pieza 9 de primera instancia, en ocasión de responder una audiencia que le fue conferida por la jueza que conocía de la causa, en ocasión de tramitar el incidente originado por la petición de improponibilidad de la demanda, esgrimida por la parte demandada, dijo: <<10. En ese sentido, estamos en presencia de una multiplicidad de daños, por un lado los que ya indemnizó la aseguradora AIG, de los cuales mis mandantes ya no reclaman a la aseguradora (por ello el finiquito global de ambas pólizas), y por otro lado los daños que no fueron indemnizados por AIG y que aún no han sido resarcidos por la responsable del siniestro.(...) 11. Lo que se reclamará en la demanda son otros rubros no indemnizados por el seguro, como **por ejemplo**, las rentas dejadas de percibir desde el noveno mes después de ocurrido el siniestro hasta la fecha de la disponibilidad de los locales después de la reconstrucción del Centro Comercial.” Y citan el art. 1401 del Código de Comercio.

Lo anterior evidencia que desde que se interpuso la improponibilidad de la demanda, sí se abordó el tema de la calificación de los daños.

Dada la importancia de la determinación de la naturaleza de los daños, abordaremos el tema desde la doctrina:

Hinestrosa considera, que “cuando entre víctima y agresor no existía nexo concreto alguno, cuando entre ambos no mediaba relación específica y su acercamiento se funda exclusivamente en el acto dañino, se tiene responsabilidad abstracta, y en el caso de que el hecho se produzca con ocasión y en desarrollo de un vínculo previo entre las partes, responsabilidad concretar” (Hinestrosa, Fernando, Conferencias de Derecho Civil Obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1964, pág. 330).

La argumentación de la doctrina nos ayuda a entender, en este caso, que entre las partes sí hubo una relación específica coligada con el contrato de construcción y arrendamiento, que puede derivarse en una responsabilidad concreta fundada en un antecedente de la previa relación suscitada entre ambos. Contrario si entre ellas no hubiese ningún nexo, en cuyo supuesto todo vínculo previo se diluye y la responsabilidad parece más abstracta en atención a la falta del mismo. Siendo así las cosas, la solución que debe aplicarse a la responsabilidad civil que pudiera reclamarse por un daño debería buscarse preferentemente, en los antecedentes de la relación suscitada entre las partes y dejar de buscar explicaciones más etéreas y ajenas, que no arrojarían suficientes elementos para explicar lo sucedido.

Para centrar la calificación del tema, podemos echar mano de varios recursos, las fuentes del derecho. En ese sentido, siguiendo al profesor Llamas Pombo, quien afirma: “Cuando el discurso se centra en el Derecho de Daños, a tales reflexiones ha de añadirse el tópico de su construcción esencialmente jurisprudencial”, lo que señala a cuenta de reivindicar el análisis articulado de las fuentes del derecho, incluyendo fundamentalmente la jurisprudencia entendida en relación a los hechos y el derecho dimensionados en toda su extensión (Llamas Pombo, Eugenio, “Problemas actuales de responsabilidad civil. Módulo de formación de jueces y magistrados, del Plan de formación de la Rama Judicial del Consejo Superior de la Judicatura”, Colombia, extracto del prólogo a la obra Informes de jurisprudencia, La Ley, Madrid, 2006, en el acápite 1.2 titulado: “La jurisprudencia, pilar del derecho de daños”).

2.1- CALIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La calificación de la responsabilidad civil supone, entre otras cosas, un problema de encuadramiento de los hechos a una disposición jurídica relativa a la regulación que da lugar a su reclamo; pero esto es parte del trabajo que debe realizarse, ya que abarca mucho más, exige un discernimiento mucho más profundo, nada fácil ha sido efectuarlo para las Cortes en el mundo occidental. Por eso, en el presente caso, a las partes y a los jueces de primera y segunda instancia les ha supuesto emprender el esfuerzo por distinguir la responsabilidad civil en contractual por el solo hecho de que existe un pacto por escrito, postura a la que los jueces se adscribieron y aparte, los demandantes de calificarla como extracontractual por el hecho de que se incumplan ciertos deberes devenidos de una reglamentación administrativa, como han podido ser las reglas técnicas de infraestructura de sistemas eléctricos y leyes de seguridad ocupacional, medidas de higiene y seguridad en el trabajo e incluso, el deber de no dañar a otro. En igual sentido, los recurrentes en

casación han discrepado con los titulares de aquellas instancias por haber calificado los daños expuestos en la demanda.

Al respecto, oportuno resulta citar la sentencia del Tribunal Supremo Español, que se ha referido a un caso exactamente idéntico a éste y la crítica que parte de la doctrina española autorizada ha señalado, esto es lo que a continuación mencionaremos:

[a) Primeramente, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, en Derecho de Daños, Madrid: Civitas, 1999, pág. 252-253, introduce la sentencia expresando: <<2. Los daños a las cosas en relaciones contractuales. ---Aún cuando en los supuestos mencionados la delimitación podía resultar dificultosa por la dificultad de separar los deberes contractuales y los extracontractuales que se tienen como consecuencia de un contacto social, o por entender que la vida y la integridad física no son en rigor objeto de contrato, la extensión del campo de aplicación de la responsabilidad extracontractual a supuestos de daños en las cosas que prima facie debían considerarse como contractuales parece tener una justificación mucho menor aunque ha planteado también problemas.>>, luego el autor se refiere a la sentencia así: <<En el caso que decidió la S TS (sentencia del Tribunal Supremo —español-) de 24 de julio de 1969, el actor había arrendado un pabellón industrial en que el arrendatario instaló una fábrica de plásticos que había sido calificada como industria peligrosa, teniendo en cuenta que se utilizaban materias primas de fácil combustión. Se produjo un incendio que, pese a todos los intentos para sofocarlo, destruyó totalmente el edificio. El actor demandaba indemnización y alegaba el artículo 1.902 CC como base de su derecho. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia de Pamplona revocó la sentencia apelada y desestimó totalmente la demanda, entendiendo que la responsabilidad tendría que ser de carácter contractual. El demandado no había alegado ninguna excepción en este sentido y éste es, entre otros, un argumento decisivo en la sentencia. Para esta sentencia, existen dos clases de acciones, que además se califican como *acciones distintas*, señalando, asimismo, que, aún cuando existieran entre los contendientes un contrato de arrendamiento, siempre sería aplicable el artículo 1.902, toda vez que “los daños ocasionados por los supuestos de culpabilidad y negligencia del demandado *son extraños a la materia y al contenido del contrato*”. Como señalé en su momento, según esta sentencia hay responsabilidad contractual si se cumple un doble requisito: que entre las partes exista un contrato o una relación contractual y que los daños sean debidos a un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de lo que es estrictamente materia del contrato, siendo en cambio la responsabilidad extracontractual

cuando, con total independencia de obligaciones de cualquier otro tipo que existen entre las partes, se produce por violación de deberes generales de conducta o, como ha dicho el Tribunal Supremo, de la regla general *alterum non laedere*, aunque el problema vuelva a ser si la existencia del contrato y de la relación contractual crea también especiales deberes de conducta que en el caso contrato de un arrendamiento de cosas conciernen a las cosas arrendadas, que es, además, algo previsto en la regulación del arrendamiento en el Código Civil.>>

El autor citado, *ob.cit.*, pág. 265-266, más adelante se refiere nuevamente a la sentencia y la crítica, veamos lo que se dijo: “(...) en las sentencias del Tribunal Supremo en la que restringe la órbita de la responsabilidad contractual para dar mayor cancha a la extracontractual.---En la sentencia de 24 de junio de 1969, más arriba citada, el Tribunal Supremo entendió que la responsabilidad extracontractual o aquiliana se aplica cuando se trata de daños <<extraños a la materia y contenido del contrato>>, que en aquel caso concreto, como vimos, era un incendio de un pabellón industrial arrendado. La misma tesis ha sido después repetida a través del tópico o de la fórmula que habla de la «órbita estricta de lo pactado>>. Esa forma de pensar puede entenderse partiendo de que sólo es contrato <<lo expresamente pactado>>, que sería la órbita estricta. El artículo 1.258 CC deja claro que los deberes accesorios derivados de la buena fe o de los usos de los negocios, como pueden ser los deberes de información o deberes de protección, son también deberes contractuales cuya violación genera una responsabilidad que es estrictamente contractual, lo que denota, sin más, la falta de solidez del punto de vista comentado.---La consecuencia de todo ello es que cualquier intento de fundar la distinción de los dos tipos de responsabilidad, sobre la naturaleza de las obligaciones incumplidas, colocando a un lado las obligaciones dimanantes de lo estrictamente pactado que sería una responsabilidad contractual y otra, la extracontractual, formada por la infracción de los deberes de conducta que, sin pacto expreso de las partes y como deberes accesorios que se integran en el contrato como consecuencia de la buena fe o de los usos, es un intento baldío. **Por eso, hay que entender que cualquier incumplimiento de estos deberes accesorios integrados en la relación contractual genera también una responsabilidad contractual. Entre estos deberes accesorios de conducta, integrados en la relación contractual se encuentran, muy especialmente, los llamados deberes de información y los deberes de protección. (...) Con el nombre de «deberes de protección>> conoce la doctrina moderna aquellos que tienen por objeto evitar los riesgos o la eventualidad de daños que, en la ejecución de la protección contractual puedan**

producirse entre una de la partes contratantes (p.ej., medidas de higiene y seguridad en el trabajo) o en el posterior uso de la presentación una vez que haya sido ejecutado.” (El resaltado es nuestro).

En el presente proceso, buscando entender la discrepancia sucedida entre la parte actora y los titulares de ambas instancias podemos decir, que además de la dificultad que entraña en ocasiones calificar la responsabilidad civil, el problema al que como hemos visto los tribunales en el mundo occidental se han enfrentado, podemos manifestar, que la discrepancia de opiniones jurídicas ha debido suceder porque es de los calificados por la doctrina como fronterizo e incluso, “casos difíciles” (al tenor de lo afirmado por Díez Picazo, ob.cit., pág. 250, 266 y 267), otorgándose un “sistema opcional” de reclamación de indemnización por daños, consistente en que si un acto lesivo genera efectos al mismo tiempo en una obligación contractual y en un deber general, de no dañar a otro, sucede una yuxtaposición de responsabilidades y con ello nacen a favor de la víctima, acciones distintas que pueden interponerse alternativamente. La respuesta que el prestigioso autor dio a este “sistema opcional” la transcribiremos por la claridad y precisión de la idea: <<Al sistema denominado opcional, se le pueden —y se le deben— oponer dos tipos de reparos. **Ante todo, que cuando entre las partes ha existido una relación obligatoria, la mejor manera de establecer la culpa es analizar las reglas de conducta que de dicha relación obligatoria dimanaban sin buscar especiales deberes generales de comportamiento del tipo del llamado *alterum non laedere*, de los que la mayor parte de las veces no pueden obtenerse conclusiones seguras. No obstante, la objeción más grave frente al sistema opcional es que esta solución no puede funcionar en aquellos casos, que ciertamente no son extraordinarios, pero que no son escasos, en los que el régimen contractual, que es el querido por las partes, contiene reglas de específica distribución de los riesgos derivados de la ejecución del contrato o, incluso, específicamente reglas contractuales sobre la distribución de los daños.---**(...) VII. Conclusiones.---**En nuestra opinión, la única manera correcta de resolver el problema de la concurrencia de las normas de la responsabilidad contractual y de la extracontractual, es considerar que siempre que entre las partes existe una relación contractual y el daño es consecuencia del cumplimiento defectuoso o del incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales que de dicha relación derivan, sean obligaciones expresamente pactadas o deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe, o de los usos de los negocios, la responsabilidad es de**

carácter contractual y los tribunales deben declararlo así haciendo uso en lo necesario de la regla iura novit curia una vez despejado el camino a través de la llamada tesis sustancialista en materia procesal.>> el profesor Diez Picazo, quien fuera connotado doctrinario se refiere a lo que decía el también conocido profesor Reglero Campos, quien asimismo señaló, pero que en palabras de Diez Picazo retomaremos: “*causa petendi* está conformada sólo por los hechos sobre los que la pretensión se funda”, (Reglero Campos, ob.cit., pág. 260), vid. Crespo Mora, Ma. Del Carmen, tema 12 La responsabilidad civil extrapatrimonial en Santos Morón, Ma. José Coord., Lecciones de Derecho Civil Patrimonial, 2a ed., Madrid: Tecnos, 2017, págs. 252 y 253.

b) En ese sentido, de lo expuesto por el tribunal español y comentado críticamente por dicha doctrina, consideramos que la calificación de la responsabilidad civil o extracontractual supone discernir qué es el contrato y más específicamente cuáles son los deberes de conducta que a las partes pueden exigírseles, sobre la base de lo estrictamente escrito más la integración de todo aquello que viene siendo aplicable al contrato por los deberes accesorios, como la buena fe y los usos en el sector del comercio. Esto dicho en otras palabras y según el Código Civil de El Salvador lo establece literalmente: <<**Art. 1417.-** Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.>>

De modo que las partes están obligadas a que cumplir con la “ley” lo que incluye el Reglamento de la OPAMSS, reglas técnicas de la SIGET, normas de seguridad ocupacional y de instalaciones eléctricas o de prevención de incendios y todas aquéllas que sean exigibles en el sector del comercio al que se dediquen.

Por eso, el pretender calificar la responsabilidad civil como extracontractual por la fuente normativa supuestamente infringida, no constituye una directriz fiable a seguir, porque el reclamo contenido en la demanda, por supuesto incumplimiento de reglas de seguridad ocupacional, de instalación y mantenimiento de la seguridad eléctrica puede ser comprendida dentro de las obligaciones propias de las partes en el contrato de arrendamiento, en el caso del arrendador para mantener el edificio en buen estado de habitabilidad y garantizar el uso y goce del bien y por la parte del arrendatario, que deberá correr con las reparaciones locativas propias del uso que le dé al inmueble, art. 1715, 1728, 1735 y 1758 del Código Civil. Más adelante ahondaremos sobre este aspecto al tratar el tema de “la integración de normas técnicas y reglamentos al contrato”.

2.2- LA CALIFICACIÓN DEL TIPO DE DAÑOS:

La calificación de los daños se ha practicado en tribunales de diverso orden jerárquico y distintas latitudes. A manera de ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay en su caso resolvió: “En suma, se concluye que el daño reclamado es resarcible, pero bajo el rubro de daño patrimonial - recalificación que es de iure y se hace por aplicación del principio *tura novit curia*-.” Responsabilidad Civil, daños y perjuicios, Corte Suprema de Justicia, República del Paraguay, Asunción: Intercontinental editora, 2008, pág. 43.

Ya nos hemos referido a este tema, restando por precisar, que en el presente caso confirmamos las calificaciones que practicaran la Jueza Segundo de lo Civil y Mercantil y los Magistrados de la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro.

Por último, es recomendable que todo juez de primera instancia al calificar la admisión de la demanda y su competencia, prevenga a la parte que figure en calidad de actora que aclare su pretensión, ya que la determinación de una u otro tipo de responsabilidad civil tiene implicaciones en la calificación de la competencia judicial. De no ser así, en la audiencia preparatoria puede discurrirse este aspecto. Calificar sin generar indefensión, que en este caso no sucede, por cuanto existen contables elementos y hechos para analizar la causa. Dado lo compendioso del caso y por economía procesal lo más aconsejable es que se proporcione una solución final a este proceso. Esto redundaría en la economía de las relaciones contractuales, ya que las partes sabrán hasta qué punto son responsables. La discrepancia por la calificación de los daños, como sucedió en este caso no puede servir de óbice para negarse a conocer y conferir los daños, debe respetarse el debido proceso, el acceso a la justicia material, ésta supone el reconocimiento de la protección frente a los daños (Corte Suprema de Justicia, once horas y diez minutos del dieciséis de octubre de dos mil catorce, referencia: 60-COM-2014).

3.-CONTRATO DE SEGURO DE INCENDIO

Nuestra jurisprudencia ha entendido el contrato de seguro de incendios en el sentido siguiente: “es conveniente dilucidar que los fundamentos técnicos del seguro, comprenden la aportación de un sustitutivo económico, cuando el riesgo crea una necesidad económica que por el interés repercute en un patrimonio dado, el seguro implica como contrapartida otro elemento, que es la aportación inmediata económica de la necesidad patrimonial creada, ya que el carácter del contrato de seguro obliga mediante una prima, a resarcir un daño, estimado en abstracto o en concreto, al verificarse la eventualidad prevista en el convenio.” Sala de lo Civil, sentencia de

fecha tres de marzo de dos mil diecisiete con referencia 278-CAM-2016, que retomó lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, que resolvió un conflicto de competencia entre jueces relativo a quién conocería de las diligencias de incendio, con referencia: 201-D-2011.

Haber asegurado el inmueble incendiado, trasladó este riesgo que se actualizó cuando sucedió, a la aseguradora, dejando de estar en la situación jurídica de algún supuesto hecho culposo. Y es que tal como ya la doctrina lo viene reconociendo desde hace mucho tiempo, la tendencia a asegurar bienes por posibles daños, llevó a los estudiosos del derecho a considerar la llamada “crisis de la responsabilidad civil”, porque ésta dejaría de tener sentido para establecerse en contra del supuesto responsable porque para ello respondería su aseguradora (ALPA Y BESSONE, *La responsabilidad civil*, págs. 433-439 y 478-482, citado por DE Ángel Yagüez, Ricardo, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, pág. 150.

4.-DILIGENCIAS DE INCENDIO

La parte demandada expresó en su contestación que no es responsable de pagar los daños reclamados, porque hubo caso fortuito y para eso presentó certificaciones de las dos diligencias de incendio tramitadas cada uno en diferentes tribunales.

En razón de lo anterior, cabe preguntar: ¿cuáles son los efectos del resultado de las diligencias de incendio y si lo resuelto en las mismas incide en la pretensión promovida en este proceso, considerando que sí en aquellas no se determinó malicia de una parte, entonces no habría lugar a reclamar indemnización en este proceso?

Antes de responder, debemos examinar lo acontecido en las dos diligencias de incendio:

A fs. 1076-1373, la Jueza del Juzgado Primero de lo Civil y Mercantil de San Salvador resolvió: “A) SE AUTORIZA A LA SOCIEDAD AIG SEGUROS, EL SALVADOR, SOCIEDAD ANONIMA, que se abrevia AIG SEGUROS EL SALVADOR, S.A., QUE PAGUE a las sociedades LAS CASCADAS MULTISERVICIOS, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE que se abrevia LAS CASCADAS MULTISERVICIOS, S.A. DE C.V. y ADMINISTRADORA DE CONDOMINIOS, SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITAL VARIABLE que se abrevia ADMINISTRADORA DE CONDOMINIOS, S.A. DE C.V. en su calidad de asegurados de las pólizas contra incendio número 50.858 y póliza número 50.859 con sus modificaciones y renovaciones respectivamente; LA INDEMNIZACION por el siniestro acaecido el día tres de enero del año en curso en el inmueble ubicado en CONDOMINIO CENTRO COMERCIAL HIPERMALL LAS CADADAS SITUADO EN CALLE JERUSALÉN

Y CARRETARA PANAMARICANA DE ANTIGUO CUSCATLÁN, DEPARTAMENTO DE LA LIBERTAD.”

A Fs. 1374-1375, consta certificación del acta y decisión de la Jueza suplente del Juzgado de lo Civil de Santa Tecla que resolvió: <<Vista, leída y estudiada la prueba aportada por los abogados demandantes, la cual queda relacionada. Se advierte de las mismas, que dentro de las presentes diligencias no existe el mínimo indicio de que el asegurado OPERADORA DEL SUR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, sus dependientes o empleados, hayan tenido participación o culpa en la producción del siniestro ocurrido como a las diez horas del día tres de enero del presente año, en el centro comercio Hiper Mall las Cascadas (sic), (...) sino que por el contrario, en el informe del cuerpo de Bomberos antes relacionado se establece como causa del siniestro, la hipótesis de que el siniestro se originó en uno de los toma corrientes eléctricos que se encontraban colocados al costado nor poniente de la bodega, cuyo cableado y conectores internos, presentan rasgos de haber sufrido cortocircuito el cual generó recalentamiento y chispas, que al hacer contacto directo con materiales de fácil combustión como papel, con telas, plásticos, pinturas y cosméticos, dieron origen al siniestro, consecuentemente, se decide otorgar la autorización para que la aseguradora AIG SEGUROS EL SALVADOR, SOCIEDAD ANONIMA, realice el pago en la cuantía a que asciendan los daños sufridos por el bien asegurado bajo la póliza cincuenta punto novecientos trece, (...)”

4.1-SU OBJETO Y NATURALEZA

El art. 1415 C.Com. es una disposición aplicable a las diligencias, la que interpretada por esta Sala prescribe que: “En el caso que nos ocupa, el legislador, al promulgar el Art. 1415 C.Com., ha previsto para los seguros contra incendios una serie de obligaciones por parte del asegurado, los cuales estriban en imponer de información a la empresa Aseguradora a través de la documentación respectiva que fundamente su reclamación, aunado a que, como condición sine qua non, la indemnización debida debe requerirse con posterioridad al acto previo de procedibilidad de autorización judicial de pago, estatuida en la disposición legal objeto de análisis, y que conforme a la doctrina, también forma parte de la información necesaria para la acreditación de la pretensión del pago de la póliza.” Sala de lo Civil, sentencia de fecha tres de marzo de dos mil diecisiete con referencia 278-CAM-2016.

Asimismo, ya hemos dicho al respecto: <<El objeto de la denotada autorización radica, en asegurar los datos relacionados con el origen y la causa del incendio, que encajen con los

supuestos bajo los cuales las pérdidas o daños se han producido o relacionado, con la responsabilidad de la Compañía al importe debido por ésta en razón de los bienes asegurados. Asimismo, ante la posibilidad de dilación del trámite extrajudicial o judicial para la obtención (por parte del asegurado) o denegación (respecto de la aseguradora) de la autorización de la cancelación de dicha póliza, el trámite en comento -en algunos casos-, también tiene como finalidad la preservación íntegra o fiable del estado de los bienes asegurados objeto de datos, que se encuentran situados en el lugar en el que ha tenido ocurrencia el siniestro, es decir, a través de la producción de anticipos de prueba, peritajes o inspecciones judiciales (...). En este punto, cabe observar, que la exigencia previa de carácter procesal del trámite no contencioso de autorización a que se ha hecho referencia, tiene su fundamento en el establecimiento de la ocurrencia del siniestro y de las circunstancias acaecidas en éste; asimismo, que el incendio tuvo lugar dentro de los términos acordados en las cláusulas que rigen el contrato de seguro.» Sala de lo Civil, sentencia de fecha tres de marzo de dos mil diecisiete con referencia 278-CAM-2016.

4.2-SU CARÁCTER DE ADMINISTRATIVAS EN SEDE JUDICIAL Y SIN CONTRADICTORIO

En relación al carácter administrativo de las diligencias de incendio tramitadas en sede judicial se ha resuelto: <<Es de precisar, que no tiene lugar a discusión que el aludido trámite de autorización, bajo la normativa adjetiva civil y mercantil aplicable al caso objeto del recurso de que se trata, no cuenta con una serie de normas procesales que indiquen en forma delimitada o pormenorizada el procedimiento a seguir por parte del Juzgador en las diligencias en comento; >> Sala de lo Civil, sentencia de fecha tres de marzo de dos mil diecisiete con referencia 278-CAM-2016.

Asimismo se ha razonado lo siguiente: <<no obstante, debe remontarse a la finalidad de las mismas, en el sentido que dicha autorización no se refiere a un proceso contencioso, sino que indubitablemente, estamos ante una jurisdicción no contenciosa, que constituye un presupuesto procesal previo a la incoación de la pretensión de pago de la póliza de seguro, según lo estatuido en el Art. 17 Inciso 2º del Código Procesal Civil y Mercantil, que en lo pertinente dice: 1.1 Las diligencias judiciales no contenciosas se tramitarán de acuerdo a lo previsto en la respectiva ley de la materia,, de no existir procedimiento se aplicarán las disposiciones del proceso abreviado, en lo que fueren aplicables>> Sala de lo Civil, sentencia de fecha tres de marzo de dos mil

diecisiete con referencia 278- CAM-2016 y también la Corte Suprema de Justicia, sentencia de competencia con referencia: 201-D-2011.

4.3-LA DECISIÓN NO CONSTITUYE COSA JUZGADA

Esta SALA, a las quince horas cinco minutos del dieciséis de marzo de dos mil diez, en recurso de casación con referencia 38-CAC-2010, declaró la improcedencia del mismo y dijo: “Que tratándose de diligencias de jurisdicción voluntaria, el recurso de casación por Infracción de Ley, requiere para su procedencia, que no sea posible entablar nueva acción sobre la misma materia, según lo prescribe el Art. 5, Inc. 2° de la Ley de Casación. Y es que, en el caso sub-judice, es posible entablar nueva acción sobre la misma materia en juicio contencioso, ya que la resolución pronunciada en tales diligencias, sólo autorizan para que la empresa de seguros realice el pago de la indemnización, la cual deberá hacerse efectiva, conforme a la póliza de seguro mediante el juicio correspondiente.”

Por último, también esta Sala en otro caso marcado bajo la referencia: 293- CAM-2009, de fecha dos de junio de dos mil diez, declaró improcedente el recurso de casación en las diligencias de incendio y dijo:

<<Las diligencias sujetas a un procedimiento mercantil especial -entre ellas las que nos ocupan-, constituyen una secuencia de actos de investigación sobre aspectos relativos al beneficiado o al objeto litigioso, con el fin de que se emita una autorización judicial de pago de la póliza del seguro en cuestión, que de no verificarse su cancelación puede derivar eventualmente en el respectivo juicio ejecutivo, cuya acción que causo la ejecución puede perfectamente ordinariarse. De ahí resulta, que estas diligencias no son propiamente un “juicio”, por lo que, lo resuelto en ellas no puede causar cosa juzgada, ésta se da en aquellos procesos en los que se controvierte el asunto principal de la cuestión litigiosa.>>

En el presente caso confirmamos los argumentos jurisprudenciales que antes expresamos, considerando que las dos resoluciones que las juzgadores de primera instancia pronunciaron en las diligencias de incendio en cuestión, no causan cosa juzgada. Es cierto que las mismas gozan de firmeza y validez, pero debe reconocerse que la decisión no ha surgido de un proceso contradictorio, dejando a salvo que si existiese algún hecho nuevo que indique la presencia de un comportamiento doloso pueda deducirse en juicio. Es por estas razones, que la demanda presentada no es improponible.

5.-LA REPRESENTACIÓN DE LAS CASCADAS

A fs. 1379-1382, corre agregada certificación registral del poder general administrativo mercantil conferido por Las Cascadas Multiservicios, Sociedad Anónima de Capital Variable a favor del señor FPA.

Este dato resulta de utilidad, porque demuestra la vinculación del señor PA y la persona jurídica, Las Cascadas Multiservicios, S.A. de C.V. y contribuirá a explicar el alcance de las declaraciones que aparecieron en periódicos nacionales.

5.1-DECLARACIONES PÚBLICAS EN PERIÓDICOS

Corre agregado a fs. 1646, pieza 9 de primera instancia, copia de un rotativo nacional, por el que se citan palabras del señor FP, en calidad de propietario e inversionista del Centro Comercial Las Cascadas Multiservicios S.A. de C.V. y según la periodista dijo: <<<“Yo creo que todos los incidentes como estos dejan muchas lecciones a todos tanto a los propietarios de los comercios, como a nosotros que hicimos el diseño y construcción como a las autoridades”, reconoció P.>> Que en la reconstrucción del Centro Comercial buscarían mejorar los sistemas de respuesta a incendios, que contaban con mangueras, cisterna y sistema de bombeo que fueron usados por el personal el día que sucedió el incendio y que forman parte de exigencias legales. El sistema de bombeo de agua del Centro Comercial se detuvo, porque los bomberos lo solicitaron, ya que se alimentaba con diésel y podría constituir otro factor de riesgo, y agregó que “hay que pensar de otra manera”, quiso decir: debió pensarse de otra manera.

Como ya hemos tenido oportunidad de referirnos a esto, en el punto 1 titulado: “Existencia del siniestro”, el constructor y propietario del inmueble arrendado y siniestrado optó por emplear mecanismos de lucha contra incendios cuyo estándar de calidad no correspondía con la norma técnica recogida en el Reglamento de la OPAMSS, que exige un sistema automático de detención de incendios e igualmente automático un rociador ubicado fijamente en el inmueble, que contaba con un espacio de más de seis mil metros cuadrados, cuando la disposición reglamentaria establece que los espacios de venta de tres mil metros cuadrados deben contar detención y rociador automáticos para repeler incendios (ver el punto número 6.2 de esta sentencia, titulado: “integración de normas técnicas y reglamentos en el contrato”); es decir, que el espacio de venta del inmueble contaba con más del doble del área comercial que requería la implementación de dicha regla técnica de seguridad humana e inmobiliaria. Obviamente que el empleo de un sistema automático no requiere del actuar humano. El no haberse acatado esta reglamentación constituye un factor que cabe dentro del campo de conocimiento del constructor,

que aunado a que previó que un incendio podría suceder, nos lleva a pensar que asumió el riesgo como posible y prefirió asumir los costos. Esto equivale a una autopuesta en peligro, también del personal que laboraba en las instalaciones y de los visitantes. A esta conclusión puede llegarse cuando el señor P dice que “(...) los incidentes como estos dejan muchas lecciones (...)”.

A fs. 1648-1649, se incorporó copia de un rotativo nacional que contiene entrevista rendida por el empresario FP que dijo: “¿Cuáles fueron las causas del incendio? Lo que sucede es que cada aseguradora lo asume, punto. Allí termina para mí la historia, usted asegura y cada aseguradora asume su pérdida. Y luego las aseguradoras (sic) es como cuando usted paga su vehículo y se accidenta con alguien más; su aseguradora le paga a usted y luego mira quién tuvo la culpa o si usted tuvo la culpa le paga a usted porque para eso tiene seguro. Son las aseguradoras las que después recurren con alguien más para recuperar, pero uno debe pensar en su aseguradora que para eso se asegura.” Las copias de los periódicos están certificadas por el rotativo que las emitió.

De esta declaración se obtiene, al menos, un elemento indiciario, referente a que las partes del contrato de construcción y arrendamiento previeron el riesgo y se lo distribuyeron, por eso se suscribieron posteriormente pólizas de incendio, que finalmente fueron pagadas por la compañía aseguradora. A su vez, esto nos lleva a pensar el motivo por el que Las Cascadas Multiservicios, S.A. de C.V. ha pretendido obtener las indemnizaciones sin encontrar suficiente justificación hasta el momento.

6.-CONTRATACIÓN MODERNA

Dos aspectos principales destacaremos en este acápite respecto de la contratación moderna; el primero, relativo a la integración del contrato de arrendamiento y las relaciones jurídicas que de éste nacen para las partes de este proceso y aparte, la integración de aspectos administrativos y reglas técnicas en los contratos de derecho comercial, estos a su vez nos ayudará a convalidar la disposición ya contenida en la legislación contractual de nuestro Código Civil y que nos ilustrará en la calificación de la responsabilidad civil que se reclama, decantándonos desde ya, por la contractual.

1-) Las partes contractuales que a la vez figuran como partes procesales, suscribieron un contrato de construcción y arrendamiento de local. La parte actora demandó a la arrendataria por responsabilidad extracontractual, le achaca en síntesis, que es culpa suya que el incendio se haya originado y extendido. Por otro lado, la parte demandada señala entre muchos aspectos, que su

responsabilidad si la hubiese, debería limitarse a lo establecido en el art. 1429 del Código Civil y por eso califica la responsabilidad de contractual. Esta disposición únicamente es aplicable a la responsabilidad contractual. Desde este punto, no es cierto que no existe algún elemento del debate procesal que se haya referido a la responsabilidad contractual, como la parte actora de este proceso lo ha mencionado en el recurso de casación.

Después de reiterar esa aclaración, vemos indispensable referirnos, a que los hechos de este caso deben considerarse en la correcta proporción de una ya no tan novedosa realidad económica, de masificación en el intercambio de productos y servicios, de la conformación de grandes plazas comerciales y por eso, debemos también interpretar las relaciones jurídicas de las partes, en lo que se denomina por la doctrina: “shopping center”. Estos, comúnmente y sin tomar los aspectos virtuales, constituyen en nuestra sociedad centros de servicios de todo tipo y distribución de productos; frecuentados masivamente por las personas, que consumen o pasean. El propietario del centro comercial o shopping center es un “empresario sofisticado”, que planifica de antemano las estrategias de mercado a seguir, que diseña o encarga diseñar cada uno de los espacios, v.gr. parqueos, salas de cines, kioscos, salas de comida, con la consideración de los costos, del movimiento probable de visitantes, etc. No estamos en presencia de un propietario solitario, que divide su inmueble en parcelas que después da en arriendo sin un sentido preciso. Por otra parte, el arrendatario es también un empresario que desea participar de ese proyecto, que será común. Es decir, no es simplemente un sujeto solitario que pretende usar y gozar del local. Disfrutar de la estrategia empresarial del shopping implica para los arrendatarios, participar también de los riesgos, horarios, entre otros aspectos. Por eso, Lorenzetti sentencia: <<Naturalmente, alquilar un local para instalar un negocio es un hecho económicamente distinto si se lo hace en un shopping o fuera de él. El hacerlo dentro del hipermercado significa participar de una empresa común. Surge así un vínculo asociativo que se superpone con la relación de cambio para el uso o tenencia, modificando algunos de sus aspectos.>> (Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los contratos, tomo 1, Rubinzal Culzoni pág. 701). Lo que se persigue es que el shopping funcione como sistema y se proteja a terceros. En este tipo de contratos, como el del caso que nos ocupa, se presentan etapas, la primera, consiste en la planificación de la construcción del lugar al cual pueden participar los futuros inquilinos, como en efecto sucedió en el proceso, al punto que se le confirió un lugar estratégico a la parte demandada en el Local Ancla. Posteriormente, se alquilan los locales y es posible que el arrendante además de conferir el

uso y goce del inmueble también preste servicios extras, como en efecto sucedió en este caso, que la parte arrendante alquiló el local y prestó servicios de aire acondicionado, esto último se evidenció con la escritura pública de aportación del sistema de aire acondicionado, otorgado en la ciudad de Guatemala, a las nueve horas del veinte de noviembre de dos mil trece, sistema que era propiedad de Las Cascadas Multiservicios, S.A. de C.V. Así las cosas, doctrinariamente, estaríamos en presencia de contratos mixtos, de arrendamiento del inmueble y arrendamiento de servicios (Lorenzetti, ob.cit., págs. 702 y 705).

Asimismo, en el presente caso, la propietaria y arrendante del inmueble también cumplía el rol de organizadora del Centro Comercial, con la que otros empresarios guardaban relación; ver folio 108- en el que consta “la mecánica del negocio”.

El organizador común, en este caso el encargado de administrar el Centro Comercial, del quehacer de su publicidad y de hacer que los demás arrendatario participen del proyecto común, permite que el sistema empresarial organizado funcione para todos, aunque esto no significa, que adquiere una obligación de obtener un resultado de éxito, pero sí de implementar los medios que conduzcan a ello (Lorenzetti, ob.cit., pág. 709).

Dentro de este esquema contractual, el arrendatario tiene la obligación de colaboración devenida del sistema que conforma el Centro Comercial, ya que el contrato de arrendamiento está integrado a esa red comercial y contractual que dirige el propietario del inmueble. En ese sentido, esta obligación del arrendatario se relaciona con la de cuidar la cosa dada en arriendo. Si no la cuida debidamente y genera un peligro común, podrá también poner en riesgo el negocio, v.gr. cuando un inquilino no confiere un uso adecuado al inmueble por introducir explosivos. La doctrina ha considerado que entre estas obligaciones accesorias, se encuentra la de participar en horarios extendidos, involucrarse en campañas de precios, publicidad, participar del diseño interno que converja con el paseo de compras del Centro Comercial.

En el presente caso, como muestra de este proyecto común comercial, tenemos que en el contrato de construcción y arrendamiento, figuran cláusulas que regulan la competencia entre los propietarios e inquilinos de centros comerciales proporcionando una exclusividad de venta al rubro al que se dedica Operadora Del Sur, S.A. de C.V., como arrendataria del Local Ancla (cláusula novena), también que ésta entregó en depósito \$6000,000.00 a la arrendante; por eso mismo, en la misma medida se distribuyó el costo de la cobertura de los seguros contra riesgos tal como consta en la cláusula décimo primera; para ser más precisos, el primer tipo de cláusula

relacionada dice así: <<V. DEPOSITO DE SEGURIDAD: LA ARRENDATARIA entregará en calidad d depósito a LA PROPIETARIA la cantidad de SEISCIENTOS MIL DOLARES DE LOS EATADOS UNIDOS DE AMERICA (USD \$ 600, 000.00). Este depósito se entregará a la PROPIETARIA contra la firma del presente contrato, adquiriendo LA PROPIETARIA las obligaciones que por ley le corresponden a los depositarios. LA PROPIETARIA debitará de la cantidad entregada en calidad de depósito...(...) NOVENA: DESTINO: OPERADORA DEL SUR destinará el local arrendado para la instalación de un negocio que tenga como actividad el establecimiento, desarrollo y promoción de supermercado, hipertienda, cualquier club de compras, tienda de abarrotes al por mayor o menor, tienda de comida al por mayor o menor. Es la intención de las partes que LA PROPIETARIA no pueda instalar en locales vecinos, negocios que sean competencia del principal negocio que se instale u opere en el local arrendado. En esa virtud LA PROPIETARIA se obliga a no permitir, ni operar, ni arrendar, ni dar en uso, usufructo, ni vender, ni dar el uso o disposición de cualquier manera un área de terreno o local que sea de su propiedad, de su AFILIADA o esté bajo su control, dentro del Centro Comercial para que se instale algún negocio o comercio que compita con el principal negocio que LA ARRENDATARIA instale en el local arrendado, por tal motivo LA ARRENDATARIA cuenta con exclusividad. En virtud de lo anterior, no deben funcionar dentro del Centro Comercial ningún negocio de los denominados: “Dollar Stor”, “Nueve Noventa y Nueve”, “Catorce por Noventa y Nueve” o similares, (por similares se entiende cualquier tienda, negocio o comercio que se dedique o tenga el mismo concepto de las tiendas antes mencionadas) así como Price mart, Despensa de Don Juan, Super Selectos, Hiper Europa y otros supermercados o cadenas de supermercados, salvo tiendas de conveniencia, negocios de comida rápida, delicatessen y restaurantes instalados dentro del Centro Comercial. Para los efectos de esta cláusula se hacen las definiciones siguientes. A) COMPETENCIA: es cualquier supermercado, hipertienda o tienda que venda entre otras cosas abarrotes, productos alimenticios en auto servicio o venta de productos alimenticios perecederos, dentro de un perímetro de dos kilómetros del local arrendado, en un área de terreno, local o inmueble que sea propiedad de PROPIETARIA o de su AFILIADA. (...) DECIMA PRIMERA. SEGUROS: El Centro Comercial y especialmente el Local Ancla deberá estar asegurado contra todo riesgo. La cuota de seguro del Local Ancla correrá por cuenta de LA PROPIETARIA; la cuota de seguro de mercadería y mobiliario del negocio que se instalen en Local Anda correrá por cuenta de LA ARRENDATARIA. LA

PROPIETARIA se obliga a suministrar a LA ARRENDATARIA dentro del primer mes de cada año una copia de la póliza de seguro vigente.>> (fs. 83 de la primera pieza).

Todos los contratos constituyen modernamente, un proyecto común, en donde las partes contractuales deben cooperar y no obtener el mayor provecho a costa del sacrificio sin razón de la contraparte. En la relación contractual de las partes que tuvieron las que hoy litigan, esa cooperación es aún más, tal como ya lo explicarnos y por integrarse a un proyecto común, es más razonable pensar en la distribución de los riesgos, como el caso del incendio.

2-) La contratación moderna reconocida por la doctrina y jurisprudencia internacional que aplica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUCCIM), ha recogido la imbricación del contrato comercial y leyes administrativas. La teoría del contrato en ella contenida, puede aplicarse a otros contratos. Prueba de ello, el art. 35.1 CNUCCIM, ha sido interpretado y aplicado en el sentido que establece, que las partes puede acordar que el bien presente características especiales o el cumplimiento de cierta normativa, que para el procedimiento de su conformación se respeten determinadas reglas técnicas y leyes laborales, el respeto de los Derechos Humanos de las mujeres trabajadores de “maquilas”, etc. También puede suceder, que las partes no hayan acordado expresa y literalmente una regla a cumplir, pero que su exigencia sea conocida o debía haber sido conocida por constituir una directriz aplicable a un sector del comercio en un lugar determinado, art. 9 CNUCCIM (Corte Suprema de Austria, 27 de febrero de 2003, «caso del pescado congelado» y Corte Suprema, Alemania, 8 marzo de 1995 (caso de los mejillones de Nueva Zelanda).

En este punto nos preguntamos: ¿quién de las partes contractuales estaba en mejor condición cognitiva para cumplir los deberes que la normativa administrativa exigía para prevenir y extinguir incendios? Es evidente que el arrendador, que a la vez era propietario y constructor del bien, además, se comprometió a construir “Llave en Mano” en el que parece ser del tipo de contrato denominado diseño y construcción (*“design and build”*). El dominio de la información de los hechos como premisa para deducir responsabilidad a los contratantes y principalmente al propietario ha sido considerado por esta Sala en la sentencia con referencia: 493-CAC-2016, de fecha: veintiocho de abril de dos mil diecisiete en el apartado titulado: <<DEL PRONUNCIAMIENTO QUE CORRESPONDE>>.

En el presente caso, las partes contractuales pactaron expresamente que debía cumplirse con la normativa administrativa de la OPAMSS, entre otras.

6.1-CLÁUSULAS CONTRACTUALES RELATIVAS AL LITIGIO

El contrato de construcción y arrendamiento consta a fs. 75-90, según escritura pública número veintinueve, celebrada ante los oficios notariales de Rafael Alberto Mendoza Calderón, en la ciudad de Guatemala, habiendo comparecido el señor FPA, comerciante y del domicilio de Guatemala, de nacionalidad guatemalteca, representante legal de la sociedad Desarrollos Inmobiliarios Las Cascadas, Sociedad Anónima de Capital Variable, del domicilio de San Salvador, asimismo, la señora CLPTDE, empresaria del domicilio de Guatemala y de nacionalidad guatemalteca, en calidad de gerente general y representante legal de la entidad Asesoría y Consultoría Técnica, Sociedad Anónima estando autorizada para afianzar las obligaciones a cargo de la sociedad primeramente mencionada y por otra parte, el señor JCPR, empresario, del domicilio de Guatemala, de nacionalidad guatemalteca y representante legal de la sociedad Operadora Del Sur, Sociedad Anónima de Capital Variable del domicilio de San Salvador; contratos que contienen cláusulas, entre las cuales destacan a la pertinencia de este conflicto, las siguientes: <<PRIMERA: A) ANTECEDENTES Y DESCRIPCIÓN DEL INMUEBLE: Manifiesta el señor FPA en representación de la entidad DESARROLLOS INMOBILIARIOS CASCADAS, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, a quien en lo sucesivo se denomina LA ARRENDANTE o LA PROPIETARIA, que es dueña y actual poseedora de un inmueble inscrito a su favor (...) B) En el inmueble descrito, Desarrollo Inmobiliarios Cascadas, Sociedad Anónima de Capital Variable, desarrollará y construirá un Centro Comercial compuesto de aproximadamente de ciento veinte locales comerciales, más oficinas y kioscos, áreas de circulación peatonal, oficinas administrativas, bodegas de mantenimiento y áreas de estacionamiento de vehículos. Las bases iniciales para el desarrollo y construcción del centro comercial denominado “Hiper Mall las Cascadas” se encuentran contenidas en el documento denominado “Hiper Mall Cascadas”, el cual consta en veintidós hojas, que forman el Anexo número uno, y que forma parte de esta escritura y que ambas partes firman en este momento en original y duplicado. C) LA PROPIETARIA ha convenido con la entidad OPERADORA DEL SUR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, en lo sucesivo en este instrumento denominada simplemente OPERADORA DEL SUR o LA ARRENDATARIA, darle en arrendamiento un local comercial a ser construido por LA PROPIETARIA, e identificado como Local Ancla ubicado en el primer nivel comercial (...) Dicho local, para los efectos de este contrato, se denominará como el “bien arrendado” o el

“Local Ancla”. LA PROPIETARIA construirá el Local Ancla con un área de ventas de aproximadamente SEIS MIL QUINIENTOS METROS CUADRADOS, bajo las especificaciones contenidas en el Anexo número dos denominado “Especificaciones Generales Hiper P El Espino Llave en Mano”. El literal E) establece el propósito de regular las condiciones por las que la propietaria construirá el centro comercial y el Local Ancla además de las condiciones de su arrendamiento. Para mayor fidelidad de la información transcribiremos las cláusulas pertinentes al litigio: <<III) DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN: LA PROPIETARIA contratará todos los trabajos de diseño, cálculo y construcción con quien considere apropiado y aceptará la supervisión de OPERADORA DEL SUR con respecto al área que ésta ocupará en arrendamiento.(...) CUARTA: CUMPLIMIENTO DE LEYES Y OBTENCIÓN DE LICENCIAS: LA PROPIETARIA se obliga a cumplir con: a) Los requisitos establecidos por la Oficina de Planificación del Area Metropolitana de San Salvador y Municipios Aledaños (OPAMSS); b) Las leyes y normas establecidas por las autoridades gubernamentales de El Salvador; y c) Los permisos y licencias necesarias para la ejecución del desarrollo del Centro Comercial. OPERADORA DEL SUR apoyará a LA PROPIETARIA a obtener todas las licencias necesarias para llevar a cabo la ejecución del desarrollo del centro comercial en su totalidad, siendo por cuenta de LA PROPIETARIA los gastos de dichas licencias. LA PROPIETARIA Y OPERADORA DEL SUR declaran por medio de sus representante que si posterior a la firma de esta instrumento se requiere cualquier otra licencia, permiso, o autorización necesaria para la construcción del Centro Comercial, se comprometen a que de forma conjunta harán sus mejores esfuerzos para que LA PROPIETARIA obtenga los nuevos permisos para la construcción de dicho centro comercial. Lo anterior es en el entendido que cualquier costo relacionado con la obtención de los nuevos permisos para la construcción de dicho centro comercial será cubierto por partes iguales entre LA PROPIETARIA Y LA ARRENDATARIA. (...) DECIMA: MANTENIMIENTO, MEJORAS Y ADECUACIÓN: I) MANTENIMIENTO: LA ARRENDATARIA queda obligada a efectuar las reoperaciones locativas y las provenientes del deterioro causado por el uso normal del Local Ancla. Los vicios ocultos que pudiere tener el Local Ancla, serán reparados por LA PROPIETARIA. (...) DECIMA PRIMERA: SEGUROS: El Centro Comercial y especialmente el Local Ancla deberá estar asegurado contra todo riesgo. La cuota de seguro del Local Ancla correrá por cuenta de LA PROPIETARIA; la cuota de seguro de mercadería y mobiliario del negocio que se instalen en Local Ancla correrá por cuenta de LA

ARRENDATARIA. LA PROPIETARIA se obliga a suministrar a LA ARRENDATARIA dentro del primer mes de cada año una copia de la póliza de seguro vigente. DECIMA SEGUNDA: OBLIGACIONES: I) DE LA ARRENDATARIA: LA ARRENDATARIA tomará las medidas normales de precaución por el uso de materias inflamables, explosivas o corrosivas que venda o se utilicen dentro del Local Ancla. LA ARRENDATARIA podrá vender cohetes o fuegos artificiales únicamente en el área (...) II) DE LA PROPIETARIA: Además de las obligaciones que en el cuerpo de este contrato adquiere LA PROPIETARIA, se obliga a: f) A entregar el Régimen e Propiedad Horizontal a que se someterá el Centro comercial así como el respectivo Reglamento que contenga las normas de convivencia antes de la fecha de la inauguración; para que LA ARRENDATARIA proceda a su debida revisión y así poder darle a LA PROPIETARIA las recomendaciones que crea conveniente. Ocho meses después de la fecha de firma del presente contrato, LA PROPIETARIA se obliga a entregar a cada uno de los propietarios e inquilinos del Centro Comercial, una copia del Reglamento que contenga las normas de convivencia. (...) DECIMA SEXTA: Los comparecientes convienen que en el eventual supuesto de que el inmueble arrendado se incendiara o en cualquier otra forma fuese destruido totalmente o se perdiera por cualquier razón, o cuando el inmueble necesite reparaciones indispensables para mantener su estado de habitabilidad o de seguridad, el contrato de arrendamiento no se dará por terminado, sino: a) que el inmueble que se construirá en el área arrendada deberá ser reconstruido con el producto de las indemnizaciones que para ese propósito paguen las correspondientes aseguradoras; b) que durante el tiempo en que el inmueble esté desocupado por causa de la reconstrucción, LA ARRENDATARIA no pagará ninguna de las rentas mensuales, en el entendido que el plazo del contrato se suspenderá durante todo el tiempo que dure la reconstrucción, y ese lapso no será tomando (sic) en cuenta para efectos del cómputo del plazo>>

Asimismo, por escritura de rectificación de contrato de arrendamiento, celebrada ante los oficios notariales de Cristina Hernández de Olazabal, en fecha seis de febrero de dos mil tres, las partes manifestaron que aclaraban y especificaban que el Local Ancla es el mismo Local L-UNO, ubicado en el primer nivel del condominio Centro Comercial Hipermall Las Cascadas y que tiene un área total de nueve mil ciento setenta y cuatro cero un metros cuadrados y un área de ventas de aproximadamente seis mil quinientos metros cuadrados y que todas las demás cláusulas del contrato de construcción y arrendamiento quedan en pleno efecto y vigor, fs. 128-133.

Además, por escritura pública número treinta y cuatro, de fecha nueve de noviembre de dos mil cuatro, ante los oficios de Ricardo Guillermo Castaneda, las partes ampliaron el contrato de arrendamiento, en el sentido que extendieron el área de ventas del Local-UNO a seis mil setecientos setenta y cinco metros cuadrados. Modificaron la renta y además, pactaron que todas las demás cláusulas del contrato de arrendamiento primigenio permanecerían vigentes. Folios 134-137.

Escritura de Modificación del contrato de arrendamiento, celebrada ante los oficios notariales de Miguel Tomás Contreras Vásquez, en fecha treinta y uno de octubre de dos mil once, fs. 138-141, las partes manifestaron que ampliarían el área del bien arrendado. También a fs. 143-152, consta otra modificación del contrato, en la que se hizo relación que DICASA cedió la totalidad de derechos y obligaciones que le correspondían derivados del contrato de arrendamiento a Las Cascadas incluyendo los relativos al Local Ancla. Que DICASA transfirió a LAS CASCADAS la propiedad y el gravamen hipotecario del inmueble en el que se encuentra el Centro Comercial HiperMall Las Cascadas, siendo ésta la nueva propietaria, se modificó el plazo del contrato a cuarenta años de vigencia, que el Arrendante reconoce que la arrendataria pertenece a un grupo internacional de sociedades dedicadas a la venta de diversos productos y servicios con sede en Estados Unidos de América.

6.2-INTEGRACIÓN DE NORMAS TÉCNICAS y REGLAMENTOS EN EL CONTRATO

Las partes contractuales que figuran también como partes en este proceso, suscribieron un contrato que llamaron: “construcción y arrendamiento”. La parte actora ha reclamado en su demanda la responsabilidad extracontractual fundada en el incumplimiento de normas técnicas de instalación de la electricidad emitidas por la SIGET e incumplimiento de normativa de seguridad ocupacional en la empresa, en síntesis. La parte demandada achaca lo mismo a la contraria.

Cabe preguntar: ¿pueden los deberes contenidos en disposiciones administrativas o reglas técnicas formar parte de una “deber de cuidado” de un local arrendado y a la vez ser parte de la obligación del arrendatario de preservarlo? Al respecto, primeramente debemos referirnos a qué se entiende por reglas técnicas y posteriormente, explicar la imbricación de éstas como particulares formas de configurar una obligación contractual, cuando ha sido así pactado o cuando forma parte de los estándares de seguridad que el sujeto obligado a cuidar la cosa debió haber sabido para cumplir su cometido; en este supuesto, el ejemplo más claro lo encontramos en

la jurisprudencia Vienesa, es decir, la jurisprudencia que aplica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, a la que en otra parte de esta sentencia nos referimos.

6.2.1-REGLAMENTO DE LA OPAMSS

La parte demandada en su defensa ha alegado, que la parte actora omitió cumplir con normativa administrativa que de haberse acatado, no se hubieran extendido los daños, específicamente se refirió, a la instalación de mecanismos de extinción de incendios.

Por tal razón, cabe preguntar: ¿era preceptiva la instalación de un sistema de rociadores como mecanismo de extinción de incendios en un centro comercial y específicamente en el Centro Comercial Las Cascadas? Si la respuesta es afirmativa, ¿cómo es que dicho Centro Comercial operó sin contar con esa medida de seguridad y protección para sus visitantes? Esta pregunta es obligatoria porque la protección y funcionamiento de este tipo de establecimiento constituye un interés general, dado que es visitado por multitud de personas.

Reglamento y decisiones administrativas de la OPAMSS integradas al contrato dicen:

a- A fs. 1520-1522, de la pieza 8 del expediente de primera instancia, corre agregada certificación de la resolución de calificación del lugar número 0090-2002 emitida por la OPAMSS, de fecha 18 de febrero de 2002, por la que dicha entidad confirió “Calificación de lugar” para proyectar un Centro Comercial en terreno propiedad de Desarrollos Inmobiliarios Cascadas, S.A. de C.V., bajo condiciones entre las cuales se encuentra: «Deberá atender todas las normas exigidas por el Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social para este tipo de proyecto. ---30. Se deberán tomar todas las medidas preventivas que sean necesarias tendientes a evitar fuegos y explosiones, instalando sistemas de detención, alarmas y equipos y/o sistemas de extinción de incendios, de acuerdo con lo establecido en los cuadros N° VI-2 y VI-3 del Reglamento, Art. VI.37 y Art. VI36.---31. En el trámite de Permiso de Construcción deberá anexar aprobación del Cuerpo de Bomberos, de las medidas de seguridad del proyecto.>>

b- Asimismo, a fs. 1523-1524, de la pieza 8 de primera instancia, consta certificación de la resolución emitida por la OPAMSS número 0030-2002 de fecha veinte de marzo de 2002, por la que se confiere conceder revisión vial y zonificación para proyectar el Centro Comercial bajo condiciones entre las que se encuentran: <<12. Se deberá cumplir con lo establecido en los Art. VI.36 y VI37 referentes a la regulación y disposiciones generales respecto a la previsión contra

incendios. Además al momento de solicitar el Permiso de Construcción se deberá anexar la aprobación por parte del Cuerpo de Bomberos del El Salvador de las medidas de seguridad y evacuación del proyecto. 16. Siguen en vigencia las demás notas establecidas en la resolución a la Calificación de Lubar N/ 0090-2002 de fecha 18 de febrero del 2002.>>

El Reglamento contiene el siguiente apartado: “TITULO TERCERO: PREVISION CONTRA INCENDIOS Art. VI.36 Regulación Art. VI.37 Disposiciones Generales”. La primera disposición dice: <<Art. VI. 36 Regulación La OPAMSS de común acuerdo con los organismos correspondientes, que mediante normas legales tengan atribuciones en materia de prevención y control de incendios, coordinarán sus actividades a fin de aplicar las regulaciones pertinentes en esa materia. Para tal efecto los proyectos incluirán las disposiciones sobre protección contra riesgos de incendios, especificaciones, cálculos, memoria descriptiva, etc., a fin de reducir los riesgos de propagación de fuegos en las distintas edificaciones, de acuerdo con las recomendaciones del profesional responsable. A los efectos de este Artículo el Cuerpo de Bomberos verificará su aplicación recomendando lo que corresponda.>>

La segunda disposición reza: <<Art. VI. 37 Disposiciones Generales En todo local de trabajo, edificios multifamiliares, y en todas aquellas modificaciones donde concurra público con fines recreativos, asistenciales, educacionales, cívicos o de otra índole, se tomarán las medidas preventivas que sean necesarias, tendientes a evitar fuegos y explosiones, instalando sistemas de detección, alarmas y equipo y/o sistemas de extinción de incendios, de acuerdo con los cuadros Nos. VI-2 y VI-3, que podrán ser portátiles o fijos, automáticos, mecánicos o manuales, y tendrán fácil acceso y clara identificación, sin objetos que obstaculicen su uso inmediato, con instrucciones sobre mantenimiento, uso y operación en forma visible y en idioma castellano.>>

En ese sentido, esta Sala, siguiendo la lectura de la última disposición observa que en el cuadro N° VI-2 del Reglamento citado aparece, entre otras cosas, que según el tipo de ocupación, se regla una clase de sistema de detección y alarma y también un sistema de extinción de incendio. En concreto, para el caso del tipo de ocupación: locales mayores de 3, 000 m² (tres mil metros cuadrados) de área o con tres o más niveles dedicados a venta, el sistema de detención y alarma debe ser automático con señal previa. Asimismo, para el mismo tipo de local corresponde el sistema de extinción debe ser: a) un extintor portátil o móvil, b) sistema de extinción fijo con hidrante con bomba propia y b.1-) fijo con rociador. Sin embargo, en certificación que emitió el ingeniero José Ricardo Meda, Mayor de Bomberos e Ingeniero, de fecha 24 de abril de 2003, se

relacionó la verificación de las medidas de seguridad contra incendio a implementar en el Centro Comercial, y que se comprobó, que se habían cumplido las recomendaciones realizadas en inspección ejecutada previamente, fs. 1798, de la pieza 9 y además, copia certificada de la recepción parcial de la obra por parte de la OMPASS, fs. 1799, de la pieza 9 y por último, certificación de la recepción final de la obra, fs. 1802, pieza 10.

En ese mismo sentido, la disposición VI. 37 remite al cuadro N° VI-3 en el que se informa, ofrece soluciones similares.

En relación a tales disposiciones técnicas, tenemos, que el inmueble objeto del contrato de construcción y arrendamiento tiene un área de ventas de más del doble del área contemplada en el reglamento de la OPAMSS y en consecuencia de ello, debió ser instalado un sistema de extinción de incendios fijo con rociador, el que por el aumento de la temperatura derivada del incremento de la potencia de fuego hubiese detectado el mismo, activado automáticamente la alarma y también de la misma manera, el rociador. La manera de su empleo puede fácilmente encontrarse en internet, en vídeo, al punto, que cualquier persona que desee investigar su uso puede informarse del mismo sin necesidad de ser un perito en sistema de incendios. De modo que cualquier persona medianamente informada puede tener una idea de su utilidad y eficacia para extinguir incendios. De manera que sobre la base de esta experiencia, el cumplimiento de esta exigencia estaba al alcance de una persona medianamente informada y aún más, de un empresario bien informado, por contar con el apoyo de consultores, ingenieros en construcción, debió tener más pericia para saber que debió cumplirse con este requerimiento de seguridad de la infraestructura.

La parte actora en su condición de organizador del negocio, propietaria y constructora del inmueble arrendado y que fue objeto del siniestro, estaba ligeramente en mejor condición que la parte arrendataria para conformar su consentimiento en cuanto al cumplimiento de este tipo de medida de seguridad, así como de las consecuencias de su incumplimiento. Por esta razón no es posible achacarle a la parte demandada absoluta responsabilidad por efecto expansivo del fuego. Si la parte actora, como propietaria y constructora hubiese cumplido con esta medida, posiblemente los daños no hubieran alcanzado las dimensiones que tuvieron. En ese orden, haber cumplido con esa exigencia reglamentaria, de carácter técnico, hubiese guardado relación con la prevención de daños e incluso, su puesta en práctica en el momento del origen del siniestro hubiese permitido el cumplimiento del principio de mitigación del daño y a la vez, hubiera

permitido al propietario del inmueble cumplir con su deber de garantizarle al arrendatario usar y gozar de la infraestructura en condiciones idóneas. Mencionamos estas situaciones, porque cuadran con las pruebas y con los argumentos vertidos en la contestación de la demanda, en respuesta a los hechos sustento de la pretensión indemnizatoria contenida en la misma.

Bajo esta línea de argumentación, la parte actora, mediante la omisión en la instalación del sistema de extinción de incendios a través de rociadores asumió el eventual riesgo de la amplificación de los daños, lo que tuvo que haberle reportado más réditos que el solo hecho de cumplir la normativa que exige su colocación. Su instalación en el edificio, seguramente generaría costos económicos nada despreciables para el propietario del bien. Bajo esta perspectiva, el riesgo contractual fue asumido por la parte actora, aunque, por otra parte, la trasladó a la Compañía Aseguradora, que finalmente, la indemnizó. Así las cosas, no vemos justificación para que la parte demandada deba asumir responsabilidad civil alguna.

Aunque no es objeto directo de este proceso deducir todas las responsabilidades a otros agentes relacionados con el incumplimiento de la normativa contra incendios contenida en el Reglamento de la OPAMSS, de la forma en que sucedieron los hechos, nos exige no dejar de mencionar, que si la edificación funcionó porque fue recibida en supuesta forma por la autoridad administrativa y por el Cuerpo de Bomberos, no significa que su omisión no haya constituido un hecho compartido que explica algún grado de participación en el desenlace fatal del siniestro. Y es que, es evidente que si los sistemas de protección contra incendios hubiesen funcionado óptimamente, a lo mejor no hubiese ni siquiera sucedido un conato de incendio. Lo visto da lugar, a que por interés público, debería librarse oficio a las entidades vigilantes de la seguridad de estos establecimientos para beneficio de sus visitantes, a fin de prevenir que siniestros de este tipo vuelvan a suceder, lo que supone, que el personal de las entidades no pasen por alto estándares de seguridad que permitan salvar vidas humanas.

El incendio constituye y constituyó para las partes un riesgo previsible. Bien pudo haberse aminorado el daño si se hubiese cumplido a cabalidad los estándares de seguridad establecidos en las normas técnicas. Bajo esta perspectiva, no vemos que nos encontremos en un caso fortuito o de fuerza mayor. Hay otro factor que parece ser, nadie ha considerado y es que los fabricantes de productos desde hace un par de años, han disminuido los estándares de calidad y resistencia de éstos, v.gr. productos defectuosos como teléfonos que explotan, lo que aumenta los riesgos. Por eso, no se puede afirmar en un cien por ciento, que un incendio no pueda suceder en algún lugar.

6.2.2-REGLAS TÉCNICAS DE LA SIGET (Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones)

La parte actora reclama responsabilidad civil extracontractual a la demandada, arrendataria del inmueble, por haber supuestamente infringido normas técnicas de la SIGET destinadas a regular las instalaciones eléctricas.

La parte demandada alega en su defensa, que el incumplimiento de reglas administrativas solamente debería llevar a responder en esta forma y no debería derivar a establecer la responsabilidad civil, tal como la parte actora lo exige, porque ésta consideró que aquella incumplió las reglas técnicas emitidas por la SIGET.

La parte actora, en su calidad de propietaria del inmueble arrendado y constructora de éste, de planificadora y ordenadora del diseño, Llave en Mano, es la responsable del cumplimiento de estas reglas técnicas. Por eso, en los acuerdos emitidos por la OPAMSS se resolvió en ese sentido. Es cierto que la arrendataria, como parte del contrato de construcción y arrendamiento, del Local Ancla, tenía interés en que la edificación fuese sólida y tenía derecho a emitir opinión sobre el diseño. Pero esto, solo lleva a considerar, una corresponsabilidad civil que no invalida la responsabilidad, que al constructor le corresponde.

Por esta razón, tampoco vemos que el supuesto incumplimiento de este tipo de regla, derive en responsabilidad civil a cargo de la demandada.

Dado que el origen del siniestro devino de un defecto en el sistema eléctrico y éste dependía del propietario y constructor del bien arrendado, no vemos motivo para que se responsabilice civilmente a la demandada.

La norma técnica 250.8 NEC indica, que el tomacorriente de 120v debe utilizar el terminal de puesta en tierra de las partes metálicas, procedimiento que se inobservó en el tomacorriente que tuvo corto circuito y por el número de empalmes y cables en la caja metálica que infringió la NEC 2011 en la sección 314.16. Ahora bien, la cláusula segunda del contrato de construcción y arrendamiento establece, que la propietaria del inmueble es la responsable del diseño y construcción de las instalaciones. Desde este punto de vista, no puede atribuirse responsabilidad a la demandada.

6.2.3-SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE SEGURIDAD OCUPACIONAL

El peritaje técnico sobre seguridad ocupacional que el ingeniero WADLR realizó, fechado seis de diciembre de dos mil quince, concluye, que la cantidad de extintores no era la suficiente

en cuanto a potenciales de extinción, capacidad, número, peso y volumen de la carga de fuego presente en la bodega, que nunca se usaron las mangueras contra incendio instaladas en la entrada norte hacia la bodega y la ausencia de extintores en puntos de marcación dejados a ese propósito, que evidenció la falta de un estudio de valoración de riesgos presentados en el almacén e interior de la bodega, violentándose, así, los artículos 117, 123 del Decreto 89 y el artículo 49 del Decreto 86; que el comportamiento por parte del personal presente en el momento del incidente fue incorrecta; que el tomacorriente colocado en el pasillo de la jaula dos, presentaba un riesgo alto por las condiciones ambientales, la agresión por impactos mecánicos y la negligente acción de dejar tarima con mercadería a su proximidad, violentando las distancias de seguridad establecidas en el artículo 58 del Decreto 89; el desorden en pasillos, muelle de carga y bodega principal, fue una situación constante, incumpliendo los artículos 84, 85 del Decreto 89, porque los pasillos de circulación no conservaron un mínimo de ancho exigido en el art. 7 del Decreto 89, faltando señalización de no dejar mercadería en pasillos y de mantener la bodega ordenada, en contravención al artículo 100 del Decreto 89. En fin, no se cumplieron los parámetros de seguridad de los artículos 6, 37, 40 y 42 del Decreto 89 y los artículos 10 y 12 del decreto 254, según informe de folios 502-529, de la pieza tres.

El señor WADLR, por declaración provocada por el contrainterrogatorio afirmó, que no conocía el área total de la bodega donde sucedió el siniestro, dato que no lo consideró, porque no le interesaba realizar un estudio de carga de fuego, que sí deseaba analizar las distancias lineales para determinar la actuación y control del incendio. No pudo determinar el número de extintores que se necesitaba para combatirlo. La información que vertió, no explica la responsabilidad de la demandada e incluso, la jueza al analizar su deposición, le restó credibilidad por falta de objetividad e inclinación a los intereses de la parte actora que lo propuso, fs. 2144 vto.

Según dictamen emitido por el ingeniero industrial EMMC, según documentos, Walmart cumple con el Programa de Gestión de Prevención de Riesgos Ocupacionales, observó la programación de entrenamientos y listas de asistencia que corroboraba la participación de los empleados en simulacros, para reaccionar a posibles emergencias dentro de Walmart, realizados dos veces al año; por otra parte se evidenció, según el profesional, deficiencias por parte de la administración del Centro Comercial en relación a la prevención y atención de emergencias, porque nunca se comunicó la existencia de una brigada para atender las mismas, no se hicieron simulacros de incendio en conjunto, ni recibieron información sobre plan de emergencias, que

personal de Walmart comunicó al personal de Las Cascadas las deficiencias en seguridad y que explicaron la imposibilidad para usar las mangueras durante el suceso en cuestión. Hubo acumulación de productos en pasillos en las bodegas de Walmart, pero eso no impidió evacuar al personal el día que sucedió el incendio. Que el personal actuó correctamente ese día, lo que permitió su evacuación, así como de los clientes, sin presentar víctimas fatales, fs. 1475-1542 de la pieza ocho.

El testigo SAGM en síntesis declaró, que el personal de Walmart bajó las válvulas de gas del tanque principal cuyas tuberías pasaban precisamente en el área de bodega, ayudaron a evacuar a las personas que se encontraban ahí, bajaron térmicos, y usaron mecanismos de extinción de incendios. Por su parte, el testigo JFGC en síntesis dijo, que participó en labores de extinción del incendio, intentó neutralizarlo mediante el uso de extintores; pero ante las dimensiones del fuego, optó por evacuar el edificio; que como empleado de Walmart recibió capacitaciones para afrontar esa situación. De forma similar declaró el testigo RVCG.

6.2.4-REGLAMENTO DEL CONDOMINIO

A fs.1650-1670, corre testimonio de la modificación del Reglamento de Administración del “Condominio Centro Comercial HIPERMALL LAS CACADAS”, de fecha veinticuatro de octubre de dos mil catorce, al art. cinco se define el Local L-UNO como Local Ancla del Centro Comercial por ser el que atrae un número considerable de clientes, al punto que se le confiere un tratamiento diferente en el Reglamento. En éste se confieren derechos y obligaciones a los propietarios, etc. Dicho documento forma parte de la certificación registral de la inscripción de la modificación del mismo Reglamento y sus antecedentes que corre de fs. 1650- 1703.

Más adelante, en el apartado dedicado al “Propietario del Proyecto” se explicarán otros aspectos técnicos y normativa pública que le fue impuesta al propietario.

7.-PREVISIBILIDAD DE LOS DAÑOS CONTRACTUALES

A continuación, expondremos diversos aspectos relativos a demostrar que las partes en un contrato, pueden acordar los límites por los cuales se adentran en una relación contractual, por el cual invierten y esperan obtener réditos. Que en la misma medida desean anticiparse a los efectos que el contrato puede generar, previendo los riesgos y distribuyéndolos entre ellos.

7.1- EL CONTRATO DE SEGURO DE INCENDIO INTEGRADO AL CONTRATO PRINCIPAL, COMO PARTE DE LOS RIESGOS ASUMIDOS Y DISTRIBUIDOS POR LOS CONTRATANTES

Primeramente, debemos aclarar, que hubo dos contratos celebrados por las partes, el de construcción y el de arrendamiento.

La historia humana, de la economía y del Derecho nos recuerda que el fuego es uno de las fuerzas que consume la materia. De hecho, uno de los primeros incendios descomunales que la historia humana registró sucedió en el año 1666 en Londres, se le conoce como “El Gran Incendio de Londres”, donde el fuego abrazó doce mil trescientas viviendas, ochenta y siete iglesias, miles de personas quedaron sin comida ni techo. Lo que inspiró la constitución de seguros, en especial, el seguro contra incendios. En ese contexto social, la previsibilidad consiste básicamente, en la consideración que cada persona tiene de lo que podría suceder sobre la base de las máximas de experiencias que el pasado y el presente le aconsejan seguir o prever. Es previsible que sucedan siniestros, entre esos, los incendios.

Por eso, en el caso de autos, las partes que acordaron la construcción y arrendamiento del inmueble, contemplaron el posible riesgo de daños en el mismo.

7.2-CLÁUSULAS 11° Y 16° DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN Y ARRENDAMIENTO

A f. 1647, de la pieza 9 de la primera instancia se encuentra incorporado, correspondencia privada que la señora GG, apoderada administrativa de Walmart de México y Centroamérica envió a Las Cascadas Multiservicios, S.A. de C.V. de fecha 27 de enero de 2015, y que en esencia expresa que en relación a la petición que la última les efectuase de considerar cubrir los daños ocasionados a la infraestructura del inmueble arrendado y la restitución total así como las rentas no percibidas por Las Cascadas Multiservicios mientras dure la restitución a cargo de la póliza de seguro contratada por Operadora Del Sur, S.A. de C.V.; que Walmart de México y Centroamérica procederá con arreglo al contrato de arrendamiento vigente y a la legislación aplicable, que dichas circunstancias están previstas en el contrato de construcción y arrendamiento de fecha 7 de junio de 2002, específicamente en las cláusulas décima primera, referente a que la cuota de seguro del Local Ancla corre por cuenta de la propietaria y décima sexta, que Operadora Del Sur no deberá pagar ninguna renta mensual, mientras esté suspendido el contrato de arrendamiento en ocasión de la reconstrucción del inmueble, ni deberá cobrarse conceptos a cargo del condominio.

A fs. 1648, corre agregada carta suscrita por el señor JMI, Administrador Único Propietario de Las Cascadas Multiservicios, S.A. de C.V. dirigida a la señora GG, de Operadora

Del Sur, S.A. de C.V., de fecha 14 de marzo 2015, por la que informan, que de conformidad con la cláusula décimo sexta del contrato de arrendamiento de fecha 7 de junio de 2002, se procederá a reconstruir el área arrendada con el producto de la indemnización que pague la aseguradora y que dicho contrato continúa vigente, sin que el período que dure la reconstrucción sea contabilizado en el plazo que falta transcurrir del contrato de arrendamiento y sus modificaciones.

Con la anterior carta se demuestra que desde un inicio la parte actora estaba de acuerdo en reconstruir el edificio con el dinero que la aseguradora le entregaría y el Contrato de Construcción y Arrendamiento debía regular las relaciones entre ambas partes. Esta misma postura expresó el representante de Las Cascadas, ante un rotativo nacional.

7.2.1-CLÁUSULAS DE PREVISIBILIDAD DE DAÑOS EN EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN Y ARRENDAMIENTO

Como muestra de que las partes contemplaron la previsibilidad en su contrato como directriz a tener en cuenta, tenemos que dispusieron: <<En caso de que LA PROPIETARIA no entregue a LA ARRENDATARIA el Local Ancla el día en que está obligada a entregarlo, deberá pagar a LA ARRENDATARIA por cada día de atraso la cantidad equivalente a SEIS MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. La multa máxima será la multa calculada hasta por noventa días; por lo que al vencimiento de dicho término LA PROPIETARIA deberá cancelar la cantidad correspondiente a dicha multa a LA ARRENDATARIA sin necesidad de cobro o requerimiento alguno>>, lo que consta a fs. 77 vto, de la pieza uno de primera instancia. Esta cláusula penal supone la previsión de un incumplimiento y consecuente daño al arrendatario, por parte del arrendante.

En el contrato de arrendamiento y construcción se reguló que los propietarios e inquilinos de locales comerciales del Centro Comercial pagarían como cuota común el costo de contratar seguro contra todo riesgo, que aquel pudiera sufrir, fs. 78 vto. y 79.

7.3- EL ART. 1416 CÓDIGO CIVIL DE EL SALVADOR

El artículo 1416 del Código Civil establece, que el “contrato legalmente celebrado, es obligatorio para los contratantes, y sólo cesan sus efectos entre las partes por el consentimiento mutuo de éstas o por causas legales.”

Las partes del presente proceso celebraron un contrato de construcción y arrendamiento, por el que proyectaron participar en impulsar el éxito de un Centro Comercial y que ganaría un

fondo de comercio. Invirtieron dinero y esfuerzo. Cifraron anticipadamente sus inversiones y el alcance de su relación; incluso, pactaron el mecanismo arbitral como solución de sus diferencias contractuales. Asumieron riesgos y costos, como que en caso de suceder un incendio el contrato no se terminaría sino que se suspendería, cuando por su parte el Código Civil establece, que el contrato de arrendamiento se concluye por destrucción total de la cosa arrendada, art. 1738 del Código Civil. Más adelante veremos cuáles fueron los límites y riesgos que asumieron en relación al siniestro, que sucedió y que anticiparon.

7.4- EL ART. 1429 CÓDIGO CIVIL DE EL SALVADOR, LA PREVISIBILIDAD CONTRACTUAL DE LOS DAÑOS ALEGADA POR LA PARTE DEMANDADA VS. EL RECLAMO EXTRA CONTRACTUAL (ART. 74 DE LA CNUCCIM)

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia, por sentencia de fecha nueve de diciembre de dos mil diez, caso con referencia C-1008 (vid, en base de datos *CISG-spanish* en internet) conoció de la petición de inconstitucionalidad del art. 1616 del Código Civil colombiano, que en su primera parte dice: <<**ARTICULO 1616. Responsabilidad del deudor en la causación de perjuicios.** Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.>>. El tribunal en síntesis resolvió que no había inconstitucionalidad de la disposición, que el artículo era esencial en el andamiaje de responsabilidad contractual y que la misma idea era recogida en el art. 74 de la CNUCCIM y los Principios de UNIDROIT. Es más, por la riqueza del argumento lo transcribimos: “7. En conclusión, la Corte encuentra que el inciso primero del artículo 1616 del Código Civil no vulnera ninguno de los preceptos superiores invocados por los demandantes, toda vez que como lo ha señalado de manera consistente y reiterada la jurisprudencia de esta corporación, corresponde al Congreso de la República, en desarrollo de su libertad de configuración política, regular el régimen de la responsabilidad, las modalidades del daño y todo lo relacionado con los medios para cuantificarlo. La norma acusada no despoja al contratante cumplido de la tutela resarcitoria en la medida que de acuerdo con ella, todo deudor incumplido, doloso o culposo, responde de los daños que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, aunque limite los daños por los que responde el no doloso a aquellos que podían preverse al momento de contratar. Esta limitación, no resulta irrazonable ni caprichosa, toda vez

que se fundamenta en criterios de justicia y equidad contractual, en la tradición culpabilista en que fundamenta la responsabilidad civil contractual, y encuentra respaldo en referentes internacionales como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercancías y los Principios UNIDROIT, lo que reafirma su razonabilidad.”

Esta disposición, contenida en varios cuerpos legales extranjeros, así en el common law, el criterio de previsibilidad se remonta a la sentencia inglesa *Hadley V. Baxendale*, la que continua guiando la jurisprudencia anglosajona (Kozolchyk, Boris, La contratación comercial en el derecho comparado, Madrid: Dykinson, National Law Center for Inter-American Free Trade, editorial de publicaciones científicas y profesionales, UCIIM, pág. 464); el profesor Honnold sostuvo que el Código Comercial Uniforme de Estados Unidos de América limita la responsabilidad por daños del “comprador” con arreglo a la sentencia *Hadley* y que sean previsibles en forma similar a como lo regula el art. 74 de la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUCCIM o por sus siglas en inglés CISG); que las Cortes Inglesas están vinculadas al caso *Hadley*, pronunciado en el año 1854, en el cual se hizo mención especial al art. 1150 del Código Civil francés, que contenía la regla de previsibilidad del daño (Honnold, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, edited and updated by Harry M. Flechtner, 4° ed., Netherlands: Wolters Kluwer, pág. 576-582*).

Por su parte, la doctrina chilena al comentar el art. 1558 del Código Civil que recoge la misma regla de la legislación salvadoreña (art. 1429 CC), considera, que lo previsible es la causa de los perjuicios y no su cuantía y agrega: <<La diferencia entre el deudor de buena fe y el deudor de mala fe resulta así de la comparación de los términos que constituyen la primera y la segunda parte del primer inciso del art. 1558. Cuando la inejecución proviene sólo de culpa del deudor, de la falta de cuidado que ha debido prestar, insignificante, mediano o esmerado, sin que se le pueda imputar dolo, el deudor solamente responde de los daños y perjuicios previstos o que se han podido prever en el momento del contrato.>> (Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Volumen V, de las Obligaciones, tomo décimo, Santiago: editorial jurídica de Chile, pág. 755-756*). Lo mismo sucede en el nuestro, art. 1429 del Código Civil de El Salvador, debe corresponderle una misma interpretación, para unificar el principio de la responsabilidad contractual, lo que a su vez dota de seguridad jurídica a los justiciables y por

eso ahondaremos en ello a renglón seguido, al referirnos al art. 7.4.4 de los Principios de UNIDROIT.

También resulta útil reconocer que en ocasiones, en atención al tipo de daños y la pretensión que se formule, no es procedente que los daños sean calculados de manera exacta, o como lo señala el Consejo Asesor de la CISG al interpretar el art. 74 : <<**La parte perjudicada por el incumplimiento debe probar la pérdida sufrida con un grado razonable de certeza. La parte perjudicada debe también probar la extensión de la pérdida, pero no está obligada a hacerlo con exactitud matemática.**>> Consejo Asesor sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“CISG-AC”), Opinión Consultiva No. 6, Valoración de los Daños y Perjuicios conforme al Artículo 74 de la CISG. punto número dos y pág. 21, punto 7.3. Debe entonces examinarse la demanda en relación al tipo de pretensión, el derecho subjetivo coligado. Ya esta Sala lo ha reconocido en la sentencia 1193-CAM-FAM-S.S, A LAS QUINCE HORAS DEL NUEVE DE MAYO DE DOS MIL DOCE.

7.5-PRINCIPIOS DE UNIDROIT, ART. 7.4.4

El art. 7.4.4 de los reconocidos Principios de UNIDROIT (Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales versión 2010 ó 2016) constituye también un referente importante para entender la problemática objeto de análisis. Estos principios recogen la previsibilidad del daño contractual, idea que se corresponde al art. 74 de la CNUCCIM y la legislación nacional. El art. 7.4.4, bajo el epígrafe: “previsibilidad del daño”, literalmente dice: **“La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato.”** Los principios se acompañan de comentarios y ejemplos que tienen la finalidad de aclarar su significado. El comentario correspondiente al artículo expresa: *“La parte incumplidora no debe cargar con la reparación de perjuicios que no pudo prever al momento de celebrar el contrato, ni con los riesgos que, por esa razón, no pudo contemplar cubrir con un seguro. (...) La previsibilidad del daño se refiere a la naturaleza del daño y no a su amplitud, a menos que ésta sea tal, que transforme un perjuicio por otro de naturaleza diferente. En todo caso, la noción de previsibilidad es lo suficientemente flexible como para dejar al juez un amplio margen de discreción. Lo que era previsible será determinado con referencia al momento de celebración del contrato y con respecto a la parte incumplidora en sí misma (incluyendo sus dependientes o mandatarios). El criterio determinante consiste en identificar lo que pudo*

razonablemente prever una persona normalmente diligente como consecuencia del incumplimiento en el curso ordinario de las cosas y conforme a las circunstancias peculiares del contrato, tales como la información revelada por las partes o los negocios previos que hayan celebrado.” (resaltado fuera de texto).

(Consejo Asesor sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“CISG-AC”), Opinión Consultiva No. 6, Valoración de los Daños y Perjuicios conforme al Artículo 74 de la CISG).

Al realizar un examen comparativo de la legislación nacional y la CNUCCIM y los Principios de UNIDROIT los jueces y magistrados contribuyen a dotar de más certeza jurídica las decisiones, porque se allana una interpretación que es común a un universo de destinatarios y más cuando la decisión, como la presente, tiene visos de constituir un caso internacional, porque el Contrato de Construcción y Arrendamiento se celebró en Guatemala para surtir efectos en El Salvador, el poder general administrativo y mercantil del representante de la parte demandada se otorgó en Guatemala a favor de personal domiciliado en la misma República, fs. 1379, pieza 7' de la primera instancia, en fin, las partes parecen tener intereses transnacionales y en este tipo de casos, la Corte Suprema de Justicia y esta Sala han resuelto, que los casos internacionales deben de resolverse con estándares internacionales, lo que implica la confrontación de datos transnacionales como los acotados.

8.-EL ARTÍCULO 1401 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y EL DERECHO DE LA ASEGURADORA A SUBROGARSE EN LOS DERECHOS Y ACCIONES DEL ASEGURADO COMO PREMISA PARA DISCERNIR EL PLANTEAMIENTO DE UN RECLAMO SIN JUSTA CAUSA DEL ASEGURADO

La parte recurrente en casación, actora en el proceso, por escrito que corre agregado a fs. 1721-1723, específicamente al folio 1722 justificó su pretensión indemnizatoria ante la alegación de su improponibilidad por parte de la contraria, para tal efecto dijo, que la pretensión contenida en la demanda tenía por base el art. 1401 del Código de Comercio. Para mejor inteligencia del artículo se transcribe:

<<El asegurador que pague la indemnización se subrogará hasta el límite de la cantidad pagada, en todos los derechos y acciones que por causa del daño sufrido correspondan al asegurado, excepto en el caso de que, sin haber sido intencional el siniestro, el obligado al resarcimiento fuese el cónyuge, un ascendiente o un descendiente del asegurado.---Si el daño

fuere indemnizado sólo en parte, el asegurado podrá hacer valer sus derechos en la proporción correspondiente a la parte no indemnizada.>>

Sobre la base del inciso dos de dicha disposición, la parte actora considera que tiene derecho a reclamar indemnización de la parte que no fue cubierta por la aseguradora.

Al respecto, en legislación comparada, el art. 111 de la Ley sobre el Contrato de Seguro (que contiene su última reforma y publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 04-04-2013), dice así:

<< Artículo 111.- La empresa aseguradora que pague la indemnización se subrogará hasta la cantidad pagada, en todos los derechos y acciones contra terceros que por causa del daño sufrido correspondan al asegurado.--- En el seguro de caución, la aseguradora se subrogará, hasta el límite de la indemnización pagada, en los derechos y acciones que por razón del siniestro tenga el asegurado frente al contratante del seguro y, en su caso, ante otros responsables del mismo.--- La empresa podrá liberarse en todo o en parte de sus obligaciones, si la subrogación es impedida por hechos u omisiones que provengan del asegurado.--- Si el daño fue indemnizado sólo en parte, el asegurado y la empresa aseguradora concurrirán a hacer valer sus derechos en la proporción correspondiente.--- El derecho a la subrogación no procederá en el caso de que el asegurado tenga relación conyugal o de parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado o civil, con la persona que le haya causado el daño, o bien si es civilmente responsable de la misma.»

Asimismo, el art. 1386 del Código de Comercio que se citará más abajo tiene su par en el art. 85 de la ley mexicana. En relación al art. 111 de la legislación extranjera, la jurisprudencia mexicana ha resuelto: << RESPONSABILIDAD CIVIL. PARA RESOLVER SOBRE EL MONTO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO RESPECTO DE LAS MERCANCÍAS TRANSPORTADAS, CUANDO ESA ACCIÓN SE DEDUCE CONTRA EL PORTEADOR POR LA EMPRESA ASEGURADORA COMO SUBROGATARIA DEL ASEGURADO EN VIRTUD DE UN CONTRATO DE SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE, DEBE ATENDERSE A LO PACTADO AL RESPECTO EN EL CONVENIO DE TRANSPORTACIÓN Y, A FALTA DE ELLO, A LO PREVISTO EN LA LEY APLICABLE SUPLETORIAMENTE (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 111 Y 143 DE LA LEY SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO).>> La línea jurisprudencial trate como antecedente, que la compañía aseguradora pagó indemnización al asegurado y la primera se subrogó en las

acciones del segundo contra la empresa de transporte. Se dijo, que la subrogación debía primeramente limitarse a lo dispuesto en el contrato de transporte suscrito entre la empresa que presta este servicio y la asegurada, de no disponerse nada en este contrato, se aplicaría supletoriamente el art. 111 de dicha ley (1013273. 674. Primera Sala. Novena Época. Apéndice 1917-Septiembre 2011. Tomo V. Civil Primera Parte - SCJN Tercera Sección - Mercantil Subsección 1 - Sustantivo, Pág. 732.), es decir, la compañía aseguradora se subroga en los derechos del asegurado contra la compañía de transporte en los términos y límites contractuales celebrados entre estos dos últimos.

Ahora bien, la ley mexicana en la parte que dice: « **Si el daño fue indemnizado sólo en parte, el asegurado y la empresa aseguradora concurrirán a hacer valer sus derechos en la proporción correspondiente**»>> supone, que la subrogación puede ser total o parcial, si la subrogación es total, la aseguradora perseguirá por sí sola el monto de la indemnización; si la subrogación es parcial porque se pagó la indemnización de esta forma, la compañía aseguradora y la asegurada deben concurrir a ejercer sus acciones contra el responsable del siniestro. En ese sentido, se busca que una conducta dolosa o culposa, en su caso, generadora de responsabilidad civil no quede impune, al conferirse una subrogación legal a favor de la aseguradora, se posibilita que sea esta compañía la que ejercite un derecho a recuperar lo que pagó por cuenta de la indemnización y a la vez se evita que el asegurado, ya indemnizado, obtenga una segunda indemnización a cargo del tercero generador del daño, es decir, que la subrogación, vista así, evita que el asegurado se enriquezca sin causa. También evita el encarecimiento de las primas al incrementarse los riesgos y el costo de cobertura de los mismos por parte de las aseguradoras; todos estos aspectos son conocidos en doctrina.

Esta misma regla se contiene el art. 43, inciso tres de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro de España, «BOE» núm. 250, de 17/10/1980, que más adelante transcribiremos para evidenciar la similitud entre las reglas jurídicas extranjeras y la propia.

El art. 43 de la ley de Contrato de Seguro de España dice:

<<El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente las personas responsables, del mismo, hasta el límite de la indemnización.---El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su

derecho a subrogarse.---El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. **En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato.**---En caso de concurrencia de asegurador y asegurado frente a tercero responsable, el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés.>>

Al respecto, Broseta Pont, Manuel; Martínez Sanz, Fernando, Manual de Derecho Mercantil, contratos mercantiles, derecho de los títulos-valores, derecho concursal, Vol. II, 13 ed., Madrid: tecnos, 2006, pág. 362, al comentar el art. 43 de la ley española citada sostienen: <<La subrogación busca conseguir varios objetivos. De una parte, trata de garantizar que el asegurado no pueda conseguir un lucro injustificado en forma de doble indemnización por un mismo daño; una, por vía contractual, del asegurador; otra por vía extracontractual, del responsable del daño. (Y citan a Sánchez Calero, F.)>>.

En doctrina de este país, se hizo mención a la exposición de Motivos del Código de Comercio de 1885 que decía: “Satisfecho el asegurado de cualquiera de los modos indicados, es de estricta justicia que, como consecuencia de este acto, quede subrogado 'ipso' jure el asegurador en todos los derechos del asegurado, contra los terceros que sean responsables del incendio, por cualquier título o concepto; pues ni el asegurado, una vez percibida la indemnización, puede exigir de estos otra cosa, lo cual constituiría un lucro o beneficio, en oposición con la naturaleza fundamental del mismo contrato, ni los terceros quedan libres de su responsabilidad en virtud del seguro, como acto ajeno a ellos, siendo, por el contrario, muy ventajosa esta subrogación al mismo asegurado, que obtendrá por ella alguna rebaja en la cuantía del premio del seguro”. (Paniagua Manchado, Juan, 2E1 derecho de subrogación de las aseguradoras en el seguro de daños”, en revista de responsabilidad civil y seguro, Asociación Española de abogados especialistas en responsabilidad civil y seguro, pág. 53)

Ahora bien, el art. 1401 del Código de Comercio no indica contra quien debe ejercerse esa pretensión, en otras palabras el legislador calló, en apariencia, respecto de quién es el sujeto que debe soportar el riesgo. Lo cierto es que el artículo debe interpretarse sistemáticamente y de ello

resultará la identificación del sujeto llamado a ello. El art. 1386 del Código de Comercio establece, que cualquier interés económico de una persona en que no se produzca un siniestro puede ser cubierto por un contrato de seguro contra daños; que el asegurador responderá de los daños si se hubiese convenido y se prueba la realidad y cuantía del lucro o provecho esperado.

Esta disposición como las otras, tratan del régimen jurídico del contrato de seguro de daño, en cuyo caso, la aseguradora constituye el sujeto llamado a figurar como obligado en el contrato de seguro, a pagar la indemnización que corresponda con arreglo al contrato mismo. De ahí, que el artículo 1401 del Código de Comercio entendido en la manera en que la parte recurrente lo ha hecho, puede inferirse que se ejerce contra la compañía de seguros por la parte que no ha pagado con base a un reclamo por las vías del proceso ejecutivo o del proceso común, según fuese procedente.

Además, también puede significar, que el asegurado podrá perseguir el pago de la indemnización contra el tercero supuesto causante del daño, como lo ha hecho en este caso, pero dentro de los límites del Contrato de Construcción y Arrendamiento y por ende, con arreglo al principio de previsibilidad contractual o en su caso, si hubiese dolo, por todo lo imprevisible, lo que no se ha alegado en este proceso. Por el contrario, interpretar que se tiene el derecho a cobrar una indemnización más allá de lo contratado, sería atentar contra la economía del contrato y contra el principio de previsibilidad del daño; esto debe entenderse en relación al principio de reparación integral del daño.

Esta sala considera, que una aseguradora que pague una indemnización por daños al asegurado se subroga en los derechos y acciones que éste tiene contra quien cause el daño y en los límites que tales derechos hubiesen nacido, ya sea en virtud de un contrato y en caso supletorio, de la ley, art. 1401 del Código de Comercio.

9.- PROPIETARIO DEL PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN

A fs. 1377, corre agregado certificación de planos expedida por la Directora Ejecutiva de la Oficina de Planificación del Área Metropolitana de San Salvador (OPAMSS), consta sello que contiene permiso de construcción expedido por la OPAMSS en fecha 29 de abril de 2002, con razón que dice: “Permiso otorgado bajo la responsabilidad del propietario y de los profesionales que firman y sellan estos planos”, firma del arquitecto constructor, razón social del constructor y la identificación de arquitectos, identificación de la propietaria: DICSA o Desarrollo Inmobiliario Las Cascadas, S.A. de C.V., así como nota PC-305-2002 correspondiente al permiso otorgado,

que contiene descripción de la infraestructura que compone el “HIPER MALL LAS CASCADAS”, en el número 16 reza: <<Permiso Otorgado para la construcción del Proyecto denominado Centro Comercial “HIPER MALL LAS CADADAS”, Ubicado en los lotes 9, 10, 11, 12 y 13 de la Urbanización Corporativa Turística y Residencial, EL ESPINO propiedad de DESARROLLOS INMOBILIARIOS CASCADAS S.A. de C.V. (---) El titular del proyecto deberá cumplir con las recomendaciones hechas por el personal técnico de la Unidad de Prevención de Incendios del Cuerpo de Bomberos de El Salvador, el (sic) certificación de fecha 2 de abril de 2012. (...) Las disposiciones aquí establecidas son de aplicación obligatoria y general en todo el territorio nacional.(...) 19. A la finalización de la ejecución del proyecto deberá solicitar la Recepción de las (sic) Construcción de conformidad al Art. VII. 30 del Reglamento a la Ley de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Área Metropolitana de San Salvador (AMSS) y de los Municipios Aledaños. 20. Para efectos de solicitar recepción (sic) las obras de construcción del proyecto el interesado deberá anexar a la solicitud la Recepción La siguiente documentación: (---) Constancia extendida por la Unidad de Prevención de Incendios del cuerpo de bomberos de El salvador de haber realizado la verificación de cumplimiento de las recomendaciones de seguridad para la extinción de Incendios. 23. Este permiso no exige al titular del proyecto de obtener las demás autorizaciones que establece las leyes de nuestro estado para la ejecución del referido proyecto. (...) 26 Permiso se registrá por lo estipulado en el Reglamento a la Ley de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del AMSS de los Municipios Aledaños y al reglamento para la seguridad estructural de las construcciones.>>

Lo anterior demuestra que el constructor, propietario y a la vez arrendante del inmueble siniestrado siempre tuvo conocimiento de los aspectos que debía cumplir en relación a las condiciones de seguridad del inmueble.

9.1-“LLAVE EN MANO”

A fs. 114-122, consta documento titulado: <<Especificaciones generales Hiper P “El Espino” Llave en mano>>, que contiene especificaciones de la edificación, instalaciones eléctricas, servicio de agua potable, etc. Esto significa que quien construye las instalaciones es quien tiene más conocimiento de la estructura de la misma y tendría que correr con más responsabilidad en cuanto a lo que le incumbe. En este caso, la parte actora figuró como constructora y se comprometió a entregar la edificación a la parte demandada. Dado este antecedente resulta difícil sostener la responsabilidad de la última.

10.- EL RECLAMO DE LA INDEMNIZACION POR DAÑOS MORALES

El licenciado PLMM, elaboró peritaje de imagen y tráfico de personas del condominio, fechado veintidós de diciembre de dos mil quince, concluyó, que la población entrevistada identifica el Centro Comercial, que proyecta una imagen diferente al de su competencia cercana, al grado que lo perciben como destino de personas de menor adquisición económica, que los entrevistados coincidieron en estar conocedores del incendio, aduciendo con extrañeza que no contaba con los niveles de seguridad apropiados. Que esto afectó la imagen del establecimiento, aunado a que los negocios anclas, Walmart y Office Depot, resultaron afectados, los que favorecían el tráfico de visitantes. Finalmente, Walmart se retiró. Ello llevó a que perdiera atractivo, fs. 658-717 de la pieza 4. El facultativo en su declaración en síntesis dijo: que la imagen de un centro comercial no depende necesariamente del Local Ancla, porque hay otros locales comerciales. En definitiva, no se observa medición de la imagen por publicidad realizada, ni números que indicasen la cantidad de visitantes, asimismo, el retiro de Walmart fue por consenso.

A fs. 78 vto, que corresponde al Contrato de Construcción y Arrendamiento, se dispuso, que la cuota de publicidad consiste en el pago de ésta y la promoción del Centro Comercial, entendida como un gasto común entre los propietarios e inquilinos de los locales del Centro Comercial, vinculados por el régimen de propiedad horizontal.

11.-PROHIBICIÓN DE DOBLE COMPENSACIÓN

Tal como ya lo hemos esbozado en líneas anteriores, un asegurado no puede recibir una doble indemnización por el daño sufrido. De hecho, a vía de ilustración, en el último Anteproyecto de Ley del Código Mercantil español, en su artículo 582-2, bajo el epígrafe: “Principio indemnizatorio”, establece: “1. El seguro no puede dar lugar a un enriquecimiento injusto para el asegurado”.

El Condominio alega, que sufrió daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Al respecto y como ya lo anticipamos, del peritaje financiero presentado se observa que no se presentó ningún respaldo documental. No se individualizan los montos reclamados por propietario.

12.-OBITER DICTUM

Otras consideraciones: el proceso que nos ocupa, se inició el veinte de enero de dos mil dieciséis, fecha en que se presentó la demanda de reclamo de indemnización por daños; cabe acotar, que “el caso del incendio” se originó judicialmente cuando la Jueza Primero de lo Civil y

Mercantil de San Salvador conoció de las diligencias de incendio. Al realizar un examen breve de la respuesta judicial proporcionada en relación a la atribución constitucional encomendada a la Corte a través de esta Sala, de vigilar porque se administre pronta y cumplida justicia, se observa que este caso es complejo y complicado para las partes y la administración de justicia. Como reflejo de esto, tenemos, que la jueza que conoció la sentencia de primera instancia, con el propósito de dar respuesta a la demanda, dedicó 311 páginas tamaño oficio, letra número 10 u 11 a uno o uno y medio espacio; el acta de la audiencia probatoria consta de 180 páginas, y las dimensiones de su contenido probablemente son: exacto, letra nueve, pieza número diez. Asimismo, el tribunal de segunda instancia ocupó 133 páginas tamaño oficio, doble espacio y letra presumiblemente número doce o trece. Las cantidades litigadas son millonarias. La ubicación espacial de los hechos ocurridos, el número de sujetos interesados o titulares del derecho ha sido numerosa, las propiedades involucradas también. La cantidad de agencias nacionales e internacionales que en algún momento determinado participaron en tareas relacionadas al esclarecimiento de los hechos, también ha sido considerable.

En relación al orden del expediente, se observó que los documentos que contienen la escritura de finiquitos solamente contienen escritura al frente y dado que el expediente judicial debe ser continuo, folio frente y vuelto, las páginas vuelto debieron ser marcadas, de tal suerte que quedara claro que no se documenta nada en ello y evitar la incorporación posterior de información.

La misma parte recurrente a fs. 1722 vto., de la pieza nueve, reconoció, que el proceso es voluminoso. Los procesos se vuelven complejos y conflictivos al punto que como en este caso, la jueza de primera instancia por resolución de fs. 1734, previno a las partes que actuaran en el proceso con debido respeto a la contraria, ciñéndose al principio de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal, art. 13 CPCM y que recibió la anuencia de algunos abogados, fs. 1737. La complejidad del caso también se reconoció por resolución de fs. 1790.

Vista la experiencia suscitada en la jurisdicción Penal nacional e internacional tendente a instaurar tribunales cuyos titulares sean competentes para conocer de procesos complejos, con multitud de imputados e imputaciones, actuación delictiva complicada, entre otras razones de igual o similar importancia, debería emularse o al menos estudiarse dicha iniciativa en el orden de la jurisdicción privada. El rebalse que algunos casos pueden provocar en un despacho judicial, puede derivar en que no sean examinados meticulosamente como ameritan. Esto no debe

entenderse en ningún caso como causa de justificación para demorar la resolución de los mismos. Pero sí como una reflexión de cara a la modernización de la estructura del aparato judicial y a la vez justificación del presupuesto encomendado al mismo para su no disminución. De modo que los recursos a éste atribuidos nunca son suficientes para las crecientes necesidades que se encuentran sobre la base de la experiencia descubierta o por descubrir y para salvaguardar un máximo valor: la justicia, sin la que no habría democracia. En ese sentido, la desconcentración de servicios jurisdiccionales para resolver casos complejos como complicados y atribuirlos a entes competentes, mejoraría los tiempos de respuesta sin menoscabo a la calidad de los razonamientos, que pasan por valorar cada una de las pruebas con arreglo al art. 416 del Código Procesal Civil y Mercantil. Que el juez vea cada una de las pruebas exige que invierta tiempo, horas hombre, recursos logísticos, investigación, lo que a su vez supone invertir nuevamente tiempo, personal, dinero, etc.

13. SOBRE LA CONDENA EN COSTAS

Tal como ya se razonó arriba, no se procederá a condenar en costas a la parte recurrente, debido a que no sería equitativo condenarlo a su pago, cuando procede casar por un motivo y disposición infringida, pero la ley manda a desestimar el recurso de casación si esta Sala observa que la decisión impugnada es la correcta conforme a Derecho, art. 538 del Código Procesal Civil y Mercantil.

POR TANTO: De conformidad a los razonamientos expuestos, disposiciones legales citadas y al art. 538 CPCM, esta Sala en nombre de la República de El Salvador FALLA: **1-** Declárase no ha lugar a casar la sentencia recurrida por el motivo de inaplicación de ley, en relación a los artículos 11 Cn., 2, 4, 339, 341 y 416 inciso dos del Código Procesal Civil y Mercantil. **2-** Sin lugar la condena en costas a la parte recurrente. Devuélvase los autos al tribunal de origen, con certificación de esta sentencia para los efectos de ley correspondientes. **3-** Líbrese oficio al Cuerpo de Bomberos de El Salvador y a la Oficina de Planificación del Área Metropolitana de San Salvador y de los Municipios Aledaños para que tomen nota en lo que a sus competencias concierne, para lo cual adjúntese la certificación de esta sentencia.

NOTIFÍQUESE.

M. REGALADO.-----O. BONILLA. F.----- A. L JEREZ----- PRONUNCIADO POR LOS
MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN----- KRISSIA REYES ----- SRIA. INTA.-----
RUBRICADAS.