

Valdivia, siete de abril de dos mil veintidós.

VISTO:

Que el señor Ulises Marcelo Cerda Pecarevic, abogado, en representación del demandado Marco Andrés Merino Gerlach, en los autos sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios, caratulado “Macías Flores, Damaris con Sociedad de Servicios Médicos y Odontológicos Merino & Zapata Limitada y otro”, Rol N° C-1582-2018, seguido ante el Primer Juzgado Civil de Valdivia, dedujo recurso de casación en la forma en contra de la sentencia de nueve de junio de dos mil veintiuno, que declara:

1°. Que SE RECHAZAN las tachas deducida por el demandado en la audiencia de fecha 4 de septiembre de 2019 en contra de la testigo doña Claudia de la Carmi Wehbi, así como la tacha opuesta en la audiencia de 24 de mayo de 2019 en contra del testigo don Claudio Enrique Veliz Aravena, así como las tachas deducidas en contra de los testigos doña América Paz Estay Navarrete, doña Paula Andrea Domínguez Hidalgo y don Andrés Antonio Díaz Cárdenas.

2°. Que se RECHAZA la tacha opuesta por la parte demandante en contra del testigo presentado por la parte demandada doña Andrea Verónica Guzmán Uribe.

3°. Que se RECHAZAN las objeciones documentales planteadas por la parte demandada el 17 de junio de 2019, folio número 2 del cuaderno de objeción de documentos (número 3); el 25 de junio de 2019, folio número 2 del cuaderno de objeción de documentos (número 4); y, el 25 de junio de 2019, folio número 2 del cuaderno de objeción de documentos (número 5).

4°. Que SE RECHAZA la excepción perentoria de caso fortuito o fuerza mayor, así como la alegación o excepción subsidiaria fundada en la aplicación del artículo 2330 del Código Civil, si cabe, para reducir los perjuicios, dado que la actora no se expuso imprudentemente al daño.

5°. Que SE ACOGE la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta en lo principal del folio número 1, por doña Damaris Eunive Macías Flores en contra del demandado don Marco Andrés Merino Gerlach; y, en consecuencia, se le condena a pagar las siguientes cantidades:



A) La suma de \$55.000 (cincuenta y cinco mil pesos), por concepto de daño emergente; y

B) La suma de \$25.000.000 (veinticinco millones de pesos) por concepto de daño moral.

Las sumas anteriores deben reajustarse y devengar el interés corriente para operaciones reajustables desde la fecha en que la sentencia quede ejecutoriada hasta su total pago.

6°. SE OMITIRÁ PRONUNCIAMIENTO respecto de la demanda indemnizatoria subsidiaria extracontractual dirigida en contra de la sociedad de servicios médicos y odontológicos Merino y Zapata limitada por ser incompatible con lo resuelto precedentemente.

7°. Que se condena al demandado al pago de las costas por haber resultado totalmente vencido.

La causal que autoriza el recurso es la del artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, esto es, por haber sido pronunciada la sentencia con omisión de los requisitos enumerados en el artículo 170 del mismo Código, concretamente en su número 4, ya que carece de las consideraciones de hecho y de derecho que le sirven de fundamento.

En recurso también lo sustenta en la causal del artículo 768 N°1 del Código de Procedimiento Civil, esto es, en haber sido la sentencia pronunciada por un tribunal incompetente o integrado en contravención a lo dispuesto por la ley, que se configura por la infracción de los artículos 109, 110, 111 y 112 del Código Orgánico de Tribunales, en particular, respecto de lo acontecido con la prueba testimonial de su parte, rendida por exhorto ante el Juzgado de Letras de Colina.

Añade la causal del artículo 768 N° 9 en relación a la infracción del artículo 795 N° 6 del mismo Código, esto es, el haberse faltado a un trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad. Sostiene que la demandante pidió un informe pericial y el tribunal accedió a lo solicitado, sin más trámite, por lo que su parte repuso, apelando en subsidio, pues se ordenó el informe pericial, sin



citación, cuando la norma ordena la citación cuando se trata de una diligencia de prueba.

Agrega la causal del N° 4 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, esto es, en haber sido dada ultrapetita, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal. El recurrente lo hace consistir en que el juez condena por el incumplimiento de una supuesta “obligación de resultado”, sin haber sido aquello probado por el actor, por lo que otorga de manera evidente más de lo pedido, lo que resulta gravoso, atento a los montos que ordena indemnizar.

Pide se acoja el recurso, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo, que acoja la reclamación en todas sus partes, con costas.

Conjuntamente, deduce recurso de apelación en contra de la misma sentencia, con el fin se la revoque y, en su lugar, se rechace la acción. En subsidio, en el caso de confirmación, pide se rebaje el monto que se ordena pagar, por concepto de indemnización del daño moral, sin costas, porque tuvo motivos plausibles para litigar.

En contra de la misma sentencia, el apoderado de la parte demandante dedujo recurso de apelación, a fin a fin de que este tribunal, conociendo el presente recurso, enmiende con arreglo a derecho el fallo citado y en definitiva lo confirme, con las siguientes declaraciones, con costas del recurso:

- 1) Que se aumenta el monto concedido por concepto de daño moral, a la suma de \$100.000.000.
- 2) Que se aumenta el monto concedido por concepto de daño emergente, a la suma de \$1.500.000.

Y TENIENDO PRESENTE:

En cuanto al recurso de casación.

Primero: Que el señor Ulises Marcelo Cerda Pecarevic, abogado, en representación del demandado Marco Andrés Merino Gerlach, dedujo recurso de casación en la forma en contra de la sentencia de nueve de junio de dos mil veintiuno, que rechazó las tachas, la objeción documental, como la excepción



perentoria de caso fortuito o fuerza mayor, así como la alegación o excepción subsidiaria fundada en la aplicación del artículo 2330 del Código Civil, para reducir los perjuicios, y acoge la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta por doña Damaris Eunive Macías Flores en contra del demandado don Marco Andrés Merino Gerlach y le condena a pagar las sumas que se detallaron al inicio.

Segundo: La primera causal que sustenta el recurso es la del artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, esto es, por haber sido pronunciada la sentencia con omisión de los requisitos enumerados en el artículo 170 del mismo Código, concretamente en su número 4, ya que carece de las consideraciones de hecho y de derecho que le sirven de fundamento. El vicio lo hace consistir en que la sentencia no cumple tales exigencias, cuando acoge la acción y determina la existencia del daño moral, no considerando el alcance de otras pruebas, como la declaración de ciertos testigos, lo cual queda en evidencia en el contraste de los motivos 21° y el 40°, pues al analizar la versión de los hechos de la testigo Paula Domínguez Hidalgo, la desvirtúa para determinar el quantum del daño moral, dejando fuera otros elementos que acreditan lo contrario.

Añade, en cuanto su argumento defensivo de abandono intempestivo del tratamiento de la paciente, que la sentencia no aborda ni trata esta circunstancia, fundadamente; y es un factor decisivo de éxito o fracaso del tratamiento.

Tercero: No obstante los argumentos de quien recurre, aquel vicio concurre cuando la sentencia carece de las consideraciones de hecho y de derecho que le sirven de fundamento, mas no tiene lugar cuando aquellas existen, pero no se ajustan a la tesis postulada por la reclamante. En efecto, la parte recurrente hace descansar esta aparente omisión, específicamente, en la falta de fundamentación de la decisión de acoger la demanda de indemnización de perjuicios. Sin embargo, de la lectura atenta de la sentencia impugnada, queda en evidencia que la misma contiene todas las consideraciones y fundamentos que se echan en falta. No está demás señalar que el párrafo cuarto del motivo 36° de la sentencia se hace cargo del abandono intempestivo del tratamiento y lo descarta, circunstancia que



-además- no influye en lo dispositivo de la sentencia, razones que permiten desestimar el recurso en este acápite.

Cuarto: La segunda causal que sustenta el recurso es la del artículo 768 N°1 del Código de Procedimiento Civil, esto es, en haber sido la sentencia pronunciada por un tribunal incompetente o integrado en contravención a lo dispuesto por la ley, que se configura por la infracción de los artículos 109, 110, 111 y 112 del Código Orgánico de Tribunales, en particular, respecto de lo acontecido con la prueba testimonial de su parte, rendida por exhorto ante el Juzgado de Letras de Colina, finalmente anulada o dejada sin efecto por el Juez del Primer Juzgado Civil de Valdivia, según consta de resolución de 20 de mayo de 2020, folio 292 del cuaderno principal.

Quinto: Que la decisión anulatoria, pronunciada por el juez a quo, es del siguiente tenor:

Advirtiendo el Tribunal, de un nuevo estudio de autos, que se ha incurrido en un error de hecho en la substanciación de estos, toda vez que el Tribunal exhortado se excedió de las facultades concedidas en la carta rogatoria despachada en su oportunidad. Y en uso de las facultades correctoras del procedimiento concedidas por el legislador en el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, dejase sin efecto lo obrado en el Exhorto E-3816, folios números 41 y 43, además de lo obrado en el Exhorto E-2048-2020, folio número 4.

Y en su lugar se resuelve para la presentación del actor de fecha 17 de octubre de 2019, rolante en el Exhorto E-3816-2019, lo que se dirá:

Visto el mérito de las alegaciones vertidas, y teniendo en especial consideración que en el exhorto E-3816-2019, no consta el que se hubiese dado cumplimiento con la notificación ordenada el 3 de octubre de 2019. Y atendido lo dispuesto en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve, ha lugar a la nulidad impetrada. En consecuencia, dejase sin efecto la audiencia testimonial verificada el 15 de octubre de 2019, folio número 36, rolante en el Exhorto E-3816-2019.



Sexto: Como se observa, el vicio y la indefensión que se denuncian no son tales, pues lo que ocurre es que el tribunal a quo, en uso de sus facultades legales, recupera la competencia para resolver sobre una cuestión de fondo, como era determinar si se había recibido o no una prueba testimonial con ausencia de emplazamiento de una de las partes, situación que fue corregida, lo que permite desestimar el recurso, en este acápite.

Séptimo: La tercera causal que sustenta el recurso es la del artículo 768 N° 9 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 795 N° 6 del mismo Código, esto es, la citación para una diligencia de prueba. El artículo 414 del Código de Procedimiento Civil dispone en forma expresa que para designar un perito, se debe citar a las partes a una audiencia. Añade que de acuerdo con el tenor del artículo 795 del Código de Procedimiento Civil, se trata de un trámite o diligencia esencial; y dicha omisión le sirve de fundamento para el recurso de casación.

Octavo: Al respecto, por resolución de 24 de junio de 2019, de folio 85, se resuelve como se pide al peritaje pedido por la demandante y se cita a una audiencia para la designación del perito, en los términos del artículo 414 del Código de Procedimiento Civil. La audiencia respectiva se hizo en rebeldía de la demandada y el tribunal quedó en resolver. Después, el de 30 de Agosto de 2019, en descuerdo de las partes, el tribunal, designó el perito señor Cisternas Lagomarsino, circunstancias que demuestran que hubo citación y, en consecuencia, no se configure la omisión que se reclama.

Noveno: La cuarta causal que sustenta el recurso es la del N° 4 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en haber sido dada ultrapetita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal. El recurrente la hace consistir en que el juez condena por el incumplimiento de una supuesta “obligación de resultado”, sin haber sido aquello probado por el actor, por lo que otorga de manera evidente más de lo pedido, lo que resulta gravoso, atento a los montos que ordena indemnizar.



Décimo: La sentencia en cuestión, al inicio del motivo 28° señala: “Con independencia de si la obligación del demandado ha sido de medios o de resultados, el hecho generador de la responsabilidad es el incumplimiento.”. Y en el motivo 34° concluye que el demandado “no probó haber cumplido con las obligaciones que les imponían el respectivo contrato de prestaciones médicas celebrados con la actora, esto es, no acreditó que obró con diligencia o cuidado (como el que debe emplear un buen padre de familia), tanto porque practicó un tratamiento ortodóncico sin atender la condición dental preexistente de la actora, y que podría derivar, como sucedió, en la tantas veces mencionada consecuencia de la Reabsorción Radicular Externa Apical severa; cuanto porque tampoco probó el haber informado a ésta que podía producirse dicha consecuencia atendida, la ya mencionada circunstancia preexistente, ni que le hayan planteado la posibilidad, frente a ello, de tratamientos alternativos”.

“Así las cosas, la conducta culposa, en cuestión, está vinculada causalmente con el resultado producido, puesto que éste habría sido previsible y, por tanto, evitable si se hubiere actuado con la debida prudencia o diligencia, y no negligentemente, como en la especie aconteció.”.

Undécimo: La demandante dedujo demanda de indemnización de perjuicios y en el juicio la acción prosperó, por cumplirse con los requisitos para su procedencia, de manera que no es posible afirmar que la sentencia se extendió a puntos no sometidos a su decisión, lo que también fluye de lo resolutivo, motivo que se estima suficiente para rechazar el recurso de casación en la forma, por este vicio de ultra petita, que no es tal.

En cuanto al recurso de apelación de la parte demandada.

Se tiene por reproducida la sentencia en alzada, previa eliminación de los motivos 39° y 41°.

Duodécimo: Conjuntamente, deduce recurso de apelación en contra de la misma sentencia, con el fin se la revoque y, en su lugar, se rechace la acción. En subsidio, en el caso de confirmación, pide se rebaje el monto que se ordena

DBBKVPXP



pagar, por concepto de indemnización del daño moral, sin costas, porque tuvo motivos plausibles para litigar.

Decimotercero: El agravio lo hace consistir en la indefensión, por cuanto el juez impuso una condena de carácter pecuniario, basada en elementos que estaban fuera de la fase de discusión del juicio y no fueron materia del debate ni de probanza alguna. Afirma que el informe del perito señor Cisternas es apreciado en forma incorrecta por el juez.

El recurso de apelación de la parte demandante.

Decimocuarto: En contra de la misma sentencia, el apoderado de la parte demandante dedujo recurso de apelación, a fin a fin de que este tribunal, conociendo el presente recurso, enmiende con arreglo a derecho el fallo citado y en definitiva lo confirme, con las siguientes declaraciones, con costas del recurso: 1) Que se aumenta el monto concedido por concepto de daño moral, a la suma de \$100.000.000; y 2) Que se aumenta el monto concedido por concepto de daño emergente, a la suma de \$1.500.000.

Decimoquinto: Como se observa, en el primer recurso de apelación el apoderado de la parte demandada se mantiene en su trinchera jurídica, está por que se revoque el fallo en su integridad y se rechace la acción con costas porque, en su concepto, no hubo perjuicios. El demandante, desde el inicio pretende un pago que supera los cien millones de pesos. La sentencia apelada da al actor un poco más de veinticinco millones de pesos y, aún así la demandada, en subsidio del rechazo, pide se disminuya prudencialmente el monto de la indemnización, sin pagar costas.

Decimosexto: Que no obstante los argumentos y circunstancias invocados por la primer apelante, la sentencia atribuye responsabilidad al demandado, en los términos señalados más arriba, y le condena al pago del daño emergente y daño moral.

La sentencia arriba a una conclusión pormenorizada con los antecedentes probatorios y legales que se tuvieron en cuenta, y si bien no consigna una a una las probanzas que echa en menos la demandada, no se percibe que pudiera



aquello influir, pues la responsabilidad del demandado Marco Andrés Merino Gerlach se encuentra bien asentada en este juicio, decisión que es compartida por esta Corte, razones que se estiman suficientes para confirmar la sentencia en alzada, como se dirá.

Decimoséptimo: En el segundo recurso de apelación, el apoderado de la demandante sostiene que el monto de dinero que la sentencia ordena pagar al demandado no resulta suficiente para resarcir el daño moral sufrido por su representada, quien seguirá sufriendo por toda su vida.

Afirma que en el juicio quedó acreditado, tanto de la prueba pericial, documental y testimonial, que su representada sufrió un daño psicológico irreparable y daño físico consistente en dolor permanente 'por pérdida de funcionalidad de 12 piezas dentales en el proceso de masticación, "existe pérdida de la funcionalidad total de los dientes centrales superiores (6 dientes superiores y 6 dientes inferiores), circunstancias que justifican aumentar el monto de lo que se ordena pagar por concepto de daño moral, parecer que es compartido por esta Corte y, en consecuencia dicha petición que será acogida.

Decimoctavo: En cuanto al daño emergente, corresponde a la demandante acreditar la efectividad de sus afirmaciones. Si bien existe prueba documental que da cuenta de la realización de una serie de exámenes y consultas médicas efectuadas en orden a sobrellevar la afección ocasionada, aquella debe tener correlación con el pago de aquellos servicios.

Decimonoveno: Antes de la vista del recurso, el apoderado de la demandante pidió exhibición de documentos que estaban en poder del demandado, a fin de acreditar los pagos. Se fijó una audiencia y, en el día fijado el apoderado de la demandada, en cumplimiento de lo ordenado, acompañó los siguientes:

- 1.- Boleta N° 011166, de 27 de noviembre de 2014, detalle "Damaris Macías- Evaluación de ortodoncia", por un valor de \$30.000.
- 2.- Boleta N° 011392, de 19 de enero de 2015 , detalle "Damaris Macías- Cuota mes Enero", por un valor de \$200.000.



- 3.- Boleta N° 011651, de 17 de marzo de 2015, detalle “Damaris Macías-Febrero / Marzo ”, por un valor de \$675 .000.
- 4.- Boleta N° 1270, de 18 de enero de 2016 , detalle “Consulta - Segundo año de tratamiento ”, por un valor de \$875.000.
- 5.- Boleta N° 3142, de 12 de enero de 2017 , detalle “Consulta-Control Enero” por un valor de \$55.000.
- 6.- Boleta N°3334, de 14 de febrero de 2017, detalle “Consulta–Pago Febrero”, por un valor de \$55.000.
- 7.- Boleta N° 3438, de 14 de marzo de 2017, detalle “Consulta–Pago Marzo”, por un valor de \$55.000.
- 8.- Boleta N° 3632, de 13 de abril de 2017, detalle “Consulta-Pago Abril”, por un valor de \$55.000.
- 9.- Boleta N° 3769, de 17 de mayo de 2017 , detalle “Consulta-Pago Mayo”, por un valor de \$55.000.
- 10.- Boleta N° 3951, de 15 de junio de 2017 , detalle “Consulta-Pago Junio ”, por un valor de \$55.000.
- 11.- Boleta N° 4112, de 18 de julio de 2017, detalle “Consulta-Pago Julio”, por un valor de \$55.000.

Vigésimo: Que estos documentos permiten inferir un detrimento patrimonial efectivo y la suma de todos estos es superior a la suma que se demanda por concepto de daño emergente y, en consecuencia, solo es posible acoger la indemnización que se reclama por este concepto, con un tope de \$1.500.000, como se dirá en lo resolutivo.

Vigesimoprimero: Y atento a lo que se decidió sobre el daño emergente, se desestima la objeción documental, que refiere a los acompañados en el folio 11 por el apoderado de la demandante, pues para determinar el monto a indemnizar solo se consideraron los documentos que se exhibieron en la audiencia realizada en esta Corte antes de la vista. Finalmente, la diligencia de absolución de posiciones del demandado, también realizada antes de la vista, dice relación con el reconocimiento de la documental sobre los pagos, recién detallados, lo que



permite reforzar la decisión de acoger la acción indemnizatoria, como se dirá a continuación.

Por estos motivos y lo dispuesto por los artículos 764, 765, 766 y 768 del Código de Procedimiento Civil **se rechaza el recurso de casación en la forma** deducido por el abogado don Ulises Marcelo Cerda Pecarevic, en representación del demandado Marco Andrés Merino Gerlach, en contra de la sentencia de nueve de junio de dos mil veintiuno, pronunciada por don Edinson Lara Aguayo, Juez Titular del Primer Juzgado Civil de Valdivia.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 227 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza la objeción documental intentada en esta instancia por el apoderado de la parte demandada y **se confirma la sentencia en alzada** referida al inicio, que le condena al demandado al pago, con las siguientes declaraciones:

- A) Debe pagar a la demandante la suma de \$1.500.000 (un millón quinientos mil pesos) por concepto de daño emergente; y
- B) Debe pagar a la demandante la suma de \$30.000.000 (treinta millones de pesos) por concepto de daño moral.

Notifíquese, regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Titular señor Juan Ignacio Correa Rosado.

Rol 614 – 2021 CIV.



Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Valdivia integrada por Ministros (as) Juan Ignacio Correa R., María Elena Llanos M., quien no obstante haber concurrido al acuerdo del fallo no firma por encontrarse con licencia médica y Samuel David Muñoz W. quien no obstante haber concurrido al acuerdo del fallo no firma por encontrarse con permiso de conformidad al artículo 347 del Código Orgánico de Tribunales. Valdivia, siete de abril de dos mil veintidós.

En Valdivia, a siete de abril de dos mil veintidós, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 02 de abril de 2022, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>