

Santiago, veintinueve de abril de dos mil veinticuatro.

**VISTO:**

En estos autos ingreso Rol N° C-22825-2018 sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios, seguidos ante el 22° Juzgado Civil de Santiago, caratulados “Concha Vargas Paula con Inmobiliaria, Administradora y Comercial Mall Sport S.A. y Otro”, comparece Paula Isidora Concha Vargas y deduce demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual en contra de la sociedad Chileclimbers de Servicios Limitada y, por responsabilidad extracontractual, en contra de la sociedad Inmobiliaria, Administradora y Comercial Mall Sport S.A. solicitando que se acoja la demanda, condenando a las demandadas solidariamente o en subsidio, como el Tribunal determine, a pagar la suma de \$5.500.000 (cinco millones quinientos mil pesos) por concepto de daño emergente por los gastos médicos; \$4.000.000 (cuatro millones de pesos) por concepto de lucro cesante, señalando que producto del accidente que sufrió dejó de percibir lo que ganaba trabajando como promotora de Corona; y, \$40.000.000 (cuarenta millones de pesos) por concepto de daño moral, o la suma que prudencialmente determinare con el mérito del proceso, todo, con reajustes e intereses.

Cuenta que el día 8 de marzo de 2017 celebró un contrato con el operador de la atracción deportiva “La Ola”, con el objeto de poder practicar el deporte acuático denominado “Flowboard”; en el cual no se habría respetado el nivel de potencia solicitado, a saber, el nivel 3 (nivel para “no profesionales”) dándosele la señal de ingresar en circunstancias de que La Ola estaba en la máxima potencia, a saber, el nivel 7 (nivel para profesionales), hecho por el cual se produjo su caída lo que le significó la fractura de su fémur. En cuanto al vínculo, sostiene que pagó la suma de \$6.000 a Chileclimbers, según voucher que adjunta, para efectos de practicar flowboard, y que el incumplimiento deriva del hecho de haber solicitado que el nivel de La Ola fuera nivel 3 y habiendo recibido el visto bueno para entrar a ésta, haya operado a nivel 7, el de mayor potencia. Dicho incumplimiento, menciona, sería imputable al deudor, manifestándose tal hecho al constatar que quien operaba La Ola no tenía experiencia ni la expertise necesaria para ello, y se encontraba más atenta a su celular que al devenir de ésta, lo que configurar, asevera, un actuar culposo. En cuanto a Mall Sport su responsabilidad, indica, deviene por cuanto no ha ejercido supervisión ni control alguno en la operación de uno de los espacios físicos de su Centro Comercial y cita al respecto los artículos 2314 y 2319 del Código Civil.

Contestando la demanda Chile Climbers solicitó su rechazo, sostiene que no existe relación de causalidad atribuible a dolo o culpa de su parte en los perjuicios alegados. Subsidiariamente pide que se obligue a la parte demandante a solventar



el máximo de los daños que reclama, por haberse expuesto voluntariamente y a sabiendas al mismo, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2330 del Código Civil, y además, que se rebaje considerablemente la valoración de dichos daños a cifras razonables y prudentes. Por su parte, Mall Sport pide también el rechazo, alegando que no es dueña de las instalaciones en donde se produjo el accidente. Puntualiza que es la propia demandante la que establece que ella sola se cayó y nunca habla de fallas en la estructura o en La Ola misma. Menciona que todo lo anterior se habría producido el día miércoles 8 de marzo de 2017, aproximadamente a las 20:30 horas, durante la realización de un evento denominado Miércoles de Actitud, el cual consiste en clases gratuitas para mujeres, para que posteriormente las participantes con mayor experiencia puedan practicar lo aprendido o ahondar en sus capacidades. Cuenta que tal como sería la tónica para esta actividad, el funcionamiento de La Ola se mantuvo en el nivel 3, especialmente al tratarse de un evento en que solamente participan mujeres. Según ofrece acreditar, la hermana de la demandante, Mariana Concha fue contratada por la empresa Wavehouse, en donde se desarrolló antes del accidente como operadora de La Ola, dándole acceso a su hermana a las instalaciones y enseñándole en más de una oportunidad, por lo que no puede alegar desconocimiento en el uso y funcionamiento de la misma, o de los distintos riesgos que puede enfrentar durante la práctica de dicha actividad. Expone que surge el cuestionamiento del porqué si la demandante conocía La Ola, había utilizado sus instalaciones anteriormente y era familiar con los riesgos del deporte que se prestaba a realizar, decidió de igual manera hacerlo, y cuál es la relación con su parte, salvo haber subarrendado un local comercial, pese a que la demandante tendrá la carga de probar que su parte no cumplió con alguna medida de seguridad que le fuera exigible bajo el marco de la responsabilidad extracontractual, estatuto elegido por ella para dirigirse en su contra.

La jueza a quo por sentencia de treinta y uno de diciembre de dos mil diecinueve rechazó la demanda.

Apelado dicho fallo, una sala de la Corte de Apelaciones de esta ciudad por determinación de catorce de febrero de dos mil veintitrés, lo confirmó.

En contra de esta última resolución, la demandante dedujo recurso de casación en el fondo.

Se ordenó traer los autos en relación.

#### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que el recurso de nulidad sustancial denuncia que el fallo cuestionado ha infringido los artículos 384, 399 y 425 del Código de Procedimiento Civil, conjuntamente con los artículos 1545, 1546, 1547, 1556, 1557, 2314, 2329, 1702 y 1713, del Código Civil; todos ellos en relación al artículo 1698 del mismo



cuerpo legal. Por cuanto éste invirtió la carga de la prueba y desconoció el valor probatorio de la prueba que se produjo en el proceso.

Aduce que el fallo casado no le asigna el peso o la fuerza probatoria que corresponde al informe pericial evacuado en autos, el cual, además de acreditar la gravedad de las lesiones sufridas por su parte, prueba fehacientemente que la lesión es concordante con el mecanismo de alta energía a la que se refiere; energía (fuerza) que implicó la fractura de uno de los huesos humanos más duros, el fémur. Enseguida indica que el fallo recurrido determinó que efectivamente existió un vínculo contractual entre su parte y Chileclimbers, pero precisa que no se contaría con antecedentes respecto de las obligaciones y derechos pactados por las partes, más allá de la facultad de uso de La Ola, conclusión, que aduce, es el resultado de la infracción a las normas reguladoras de la prueba, toda vez que sí se demostró, en el marco del juicio, que La Ola tiene diferentes niveles de potencia y que a su parte al momento de practicar la actividad denominada “flowboard” le aplicaron una potencia que no se condecía con su nivel.

Expone que el hecho de que la Ola tenga distintos niveles de potencia, específicamente del 1 al 7, fue expresamente reconocido por la demandada Chileclimbers. En efecto, consta en autos la confesión de don Pablo Ignacio Ravanal García, en su calidad de representante legal de Chileclimbers, en el acta de folio 128 del expediente de primera instancia, en la posición N°12, y que se cita textualmente a continuación: “Para que diga el absolvente, cómo es efectivo y le consta, que la piscina generadora de olas funciona en diversos niveles de potencia, que van del 1 al 7 y que de este nivel depende la potencia con la que se expulsa el agua que termina formando las olas y determina el tamaño de las mismas”, a lo que respondió: “Sí, así es”. Asevera que si el fallo impugnado no hubiese desatendido dicha confesión –infringiendo el artículo 399 del Código de Procedimiento Civil–, habría tenido por acreditado la existencia de los 7 niveles de potencia, siendo el mayor de ellos lógicamente para expertos.

Luego, dice, que el hecho de que La Ola se encontraba en el máximo nivel de potencia cuando se le instruyó a su parte a ingresar fue reconocido expresamente por el testigo señor Raúl Salgado López, quien fue presentado por la demandada Chileclimbers. Sin embargo, y en infracción a lo dispuesto en el artículo 384, numeral 1; y, el artículo 426, ambos del Código de Procedimiento Civil, el fallo recurrido omite dicha declaración judicial que resulta particularmente relevante para acreditar la negligencia de Chileclimbers. En efecto, manifiesta que el señor Salgado declaró y reconoció que su parte pagó \$6.000 para realizar “flowboard”, agregando que con posterioridad a las 20:00 horas solo ingresaban a la Ola, y en forma gratuita, los expertos. Sin embargo, a su parte, que pagó su



ticket, la hacen ingresar a la Ola con posterioridad a las 20:00 horas, y la potencia que le aplican es la máxima, de expertos, accidentándose.

No obstante lo anterior, refiere que en cualquier caso, habiéndose acreditado la existencia del contrato, la culpa del deudor se presume. Así, el hecho de que el fallo recurrido haya exigido a su parte acreditar la culpa y la falta de capacitación de los operadores de La Ola, significa que el fallo recurrido, desconociendo los principios básicos de la responsabilidad civil contractual, invirtió la carga de la prueba. A lo que agrega que tampoco fue acompañado por las demandadas el supuesto documento que su parte habría firmado en donde se le informaban de los riesgos. Expone que resulta tan manifiesto que la sentencia impugnada invirtió la carga de la prueba, que en el considerando Décimo Quinto dispuso que era su parte quien debía acreditar la culpa del demandado en la operación de La Ola y la falta de capacitación.

Por último, refiere existir error de derecho al oponer a su parte una cláusula de indemnidad pactada en un instrumento privado celebrado entre las demandadas.

**SEGUNDO:** Que, la sentencia cuestionada, que confirmó en todas sus partes la de primera instancia, tuvo por establecidos los siguientes hechos:

1.- Que la demandante el 08 de marzo de 2017, sufrió una caída en el lugar donde funciona la denominada Ola, donde se practica el deporte de riesgo de surf, en una ola artificial, que contiene diferentes potencias de fuerza del agua, en una escala de 1 al 7, dependiendo de la expertis y capacitación de la persona que las utiliza, por la que se cobra un precio.

2.- Que conforme al voucher que acompañó la demandante, ésta el día de su caída pagó la suma de \$6.000 por acceder al uso de La Ola, actividad que es operada y ofrecida al público por Chileclimbers, generándose un contrato al efecto, desconociéndose, por falta de prueba, cuáles eran las obligaciones y derechos de una u otra de las partes contratantes..

3.- Que el lugar donde está ubicada La Ola es administrado y operado por la demandada principal, y que éste funciona en un espacio que subarrienda Chileclimbers dentro del denominado Mall Sport.

4.- Que producto de la caída, la demandante sufrió fractura de fémur de una de sus piernas, fue hospitalizada, intervenida quirúrgicamente, con rehabilitación y con recuperación de un periodo aproximado de seis meses. Además de ello, padeció afecciones psicológicas que fueron tratadas.

Luego de asentar dichos presupuestos fácticos, el fallo impugnado se hace cargo, como primera cuestión, de la solicitud de condena solidaria, rechazándola por haberse demandado por dos hechos ilícitos distintos a cada demandada.



Enseguida se refiere a la demanda por responsabilidad contractual deducida en contra de Chileclaimers, la cual rechaza por no existir constancia de la existencia de la obligación que se le imputa haber incumplido (que La Ola tenía que estar nivel 3 pero estaba nivel 7), a lo que agrega que si bien se acompañó un documento denominado Manual de Operación de La Ola, dentro del cual el fabricante sugiere que las personas usuarias de las olas firmen un documento en que declaren conocer los riesgos inherentes a ella y ese documento no se acompañó por la demandada, aquella, dice, no fue una imputación que se haya realizado al deducirse la demanda. A lo que añade que, la práctica del flowboard se enmarca dentro de los denominados deportes de alto riesgo, por lo que la actora, conocedora del riesgo inherente de la práctica de dicho deporte, lo asumió, no pudiendo luego desconocer tal actitud para fundar una acción resarcitoria. Haciendo además presente el fallo que tampoco hay ninguna prueba de la cual se pueda desprender que La Ola al momento de meterse la actora estaba en nivel 7 y no en nivel 3, así como tampoco la falta de capacitación de la persona encargada al momento del accidente de operar La Ola. Concluye que la actora erró en su estrategia procesal, puesto que prescindió de la acreditación de los fundamentos más básicos de su pretensión indemnizatoria, al no haber demostrado la existencia de la obligación incumplida por parte de la demandada Chileclaimers, ya que de su propio relato, y ante la ausencia de prueba que demostrare lo contrario, solo es posible concluir que la actora se puso en una situación de riesgo, la cual fue asumida por ella y que por razones que se desconocen, sufrió la lamentable caída. A lo que agrega que, si bien, se presentó prueba para acreditar que sufrió perjuicios, no así prueba para acreditar que el lucro cesante ascendió a cuatro millones de pesos y que el daño moral ascendió a cuarenta millones de pesos.

Por último, rechaza la demanda por responsabilidad extracontractual deducida en contra de Mall Sport pues señala que la demandante aceptó como tolerable la producción del accidente, por lo que no vislumbra de qué forma podría imputarse responsabilidad a aquél, más aún cuando el hecho dañoso acusado no es el accidente mismo, sino la falta de fiscalización de dicho ente respecto al desarrollo o funcionamiento en óptimas condiciones de La Ola, precisando que con el mérito de las declaraciones de los testigos se descarta el mal funcionamiento de los mecanismos de La Ola. A lo que añade que dentro de los antecedentes que aportó dicha demandada, figura el contrato de subarriendo entre Mall Sport y Chileclaimers, pactándose entre otras cláusulas la de irresponsabilidad del primero por los accidentes que puedan producirse con motivo de la explotación u operación de la ola, así como la obligación del último de defender y mantener indemne a Mall Sport frente a cualquier reclamo. De su mérito menciona que se evidencia que el vínculo contractual existente entre ambos demandados limita expresamente la



responsabilidad de Mall Sport frente a daños de los que puedan ser víctimas terceros por la operación de La Ola. Agregando que, más allá de dicha cláusula liberatoria de responsabilidad, la falta de fiscalización que se imputa, no se encuentra acreditada.

**TERCERO:** Que abordando el examen del recurso en revisión aparece que las alegaciones del impugnante persiguen establecer supuestos fácticos fundamentales que no fueron asentado por los sentenciadores. Concretamente, en este caso, pretende que se establezca, en cuanto a la demanda de responsabilidad contractual, los derechos y obligaciones que surgen del contrato celebrado entre la demandante y Chileclimbers, que conforme a dicho contrato La Ola tenía que estar en nivel 3 y que efectivamente, en los hechos, lo estaba en nivel 7. Y, en relación a la demanda de responsabilidad extracontractual, que existió falta de supervisión y vigilancia en el funcionamiento de La Ola por parte de Mall Sport.

**CUARTO:** Que, ahora bien, mirando los basamentos del arbitrio de casación, es manifiesto que conciernen a la esfera probatoria de la contienda, circunstancia que hace necesario recordar que, en general, la doctrina y la jurisprudencia han caracterizado a este medio de impugnación como uno de índole extraordinaria, que no constituye instancia jurisdiccional, pues no tiene por finalidad propia revisar las cuestiones de hecho del pleito ya tramitado, sino antes que ello, se trata de un recurso de derecho, puesto que la resolución del mismo debe limitarse en forma exclusiva a examinar la correcta o incorrecta aplicación de la ley en la sentencia que se trata de invalidar, respetando los hechos que vienen dados en el fallo, que habrán sido fijados soberanamente por los jueces sentenciadores. En ese sentido, por disposición de la ley, el examen y consideración de tales hechos y de todos los presupuestos fácticos previos en que se apoya la decisión que se revisa, escapan al conocimiento del tribunal de casación.

Como se sabe, esa limitación a la actividad judicial de esta Corte se encuentra legalmente contemplada en el artículo 785 del Código de Procedimiento del ramo, en cuanto dispone que la Corte Suprema, al invalidar una sentencia por casación en el fondo, dictará acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, la sentencia que zanje el asunto que haya sido objeto del recurso, de la manera que crea conforme a la ley y al mérito de los hechos, tal como se han dado establecidos en el fallo recurrido. Sin embargo, en forma excepcional, es posible conseguir la alteración de los hechos asentados por los tribunales de instancia en caso que la infracción de ley que se denuncia en el recurso responda a la transgresión de una o más normas reguladoras de la prueba, mas no respecto de alguna de aquéllas que reglan la apreciación de las probanzas que se hubiesen rendido, cuya aplicación es facultad privativa del juzgador.



**QUINTO:** Que esas reglas que rigen la prueba, cuya infracción hace posible que en sede de casación varíen los hechos de la causa se condicen con aquellas directrices que constituyen normas fundamentales encargadas de determinar los diferentes medios probatorios; el procedimiento y la oportunidad en que debe ofrecerse, aceptarse y rendirse las probanzas; la fuerza o valor de cada medio y la manera como el tribunal debe ponderarlos, importando verdaderas obligaciones y limitaciones dirigidas a ajustar las potestades de los sentenciadores en dicho ámbito y, de esta forma, conducir a una correcta decisión en el juzgamiento.

Empero, sólo a algunas de las normas tocantes al ámbito en referencia se les reconoce el carácter de esenciales respecto de la actividad probatoria y son aquéllas que estatuidas objetivamente en la ley, esto es, sin referir al criterio o decisión subjetiva de los magistrados que aquilatan los antecedentes y, precisamente, en ese entendido, justifican la intervención del tribunal de casación.

Ahora bien, en la medida que los jueces del fondo respeten esas pautas elementales de juzgamiento, son soberanos para apreciar la prueba y, en consecuencia, sus decisiones no son susceptibles de ser revisadas por la vía de la casación, tanto en cuanto se basen en la justipreciación de los diversos elementos de convicción. De este modo, queda excluido de los contornos de la casación, lo atinente a la ponderación comparativa de una misma clase de medio probatorio o la apreciación que se realiza en conjunto de todas las probanzas; salvedad que se apoya en el componente básico de prudencia en la decisión que exhibe la actividad jurisdiccional, por cuanto las determinaciones que adoptan los jueces, si es que acatan estos preceptos que rigen la prueba, les otorgan libertad para calibrar los diversos elementos de convicción; quehacer situado al margen del examen que se realiza por la vía de casación de fondo.

**SEXTO:** Que, siguiendo esta línea de razonamiento se ha alegado vulneración al artículo 1698 del Código de Bello, norma que se infringe si se altera el onus probandi, esto es, cuando se obliga a una de las partes a probar un hecho que le corresponde acreditar a su contraparte, lo que en este caso no ha ocurrido, ya que era carga probatoria de la demandante no sólo acreditar la existencia del contrato suscrito entre las partes, sino también los derechos y obligaciones que emanaban de aquel, en especial que La Ola debía estar en nivel 3, así como también la veracidad del hecho fundamental alegado por su parte y en los cual se funda la demanda, a saber, que cuando la actora ingresó a La Ola está se encontraba en nivel 7 y no 3. Y en cuanto a la demanda de responsabilidad extracontractual tocaba a ésta, tal como se exigió por el fallo cuestionado, acreditar sus presupuestos.

Que, tampoco se vislumbra la infracción que se ha denunciado respecto del artículo 1702 del Código Civil, toda vez que del análisis del fallo recurrido se colige



que los jueces del fondo no negaron el valor de instrumentos públicos a aquéllos instrumentos privados acompañados en la causa y que fueron reconocidos por la parte a quien se oponen, así como tampoco, le otorgaron dicho valor a instrumentos privados que no cumplían con aquel requisito, no restándoles el valor probatorio que ellos pudieran tener.

Respecto a la transgresión del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, en reiteradas ocasiones se ha sostenido por este tribunal, que dicha disposición no tiene el carácter de ley reguladora de la prueba, por ser una regla que no impone forzosamente una valoración probatoria, siendo una facultad su apreciación por los jueces del fondo, afirmación que deriva de una interpretación que emana de la historia fidedigna del precepto, conforme lo consignado en la segunda parte del artículo 19 del Código Civil. Misma situación que ocurre con el artículo 399 de dicho cuerpo legal, el cual no regula el valor probatorio de la confesión, sino que, se remite al artículo 1713 del Código de Bello.

En cuanto a la supuesta vulneración al artículo 425 del Código de Enjuiciamiento Civil, esta Corte Suprema ha sostenido invariablemente que la apreciación del mérito de un informe de peritos constituye una cuestión de hecho cuya estimación corresponde en forma soberana a los jueces de la instancia y no queda sujeta, en consecuencia, al control del tribunal de casación. La sana crítica a que se refiere el precepto citado debe entenderse que dice relación con un proceso eminentemente subjetivo de aquel que analiza una opinión expuesta por otro -en este caso un perito-, sin sujeción a parámetros rígidos o preestablecidos en normas jurídicas. Es por ello una materia de apreciación y, por lo mismo, de hecho, privativa de los jueces llamados a valorar la prueba y no de aquéllos llamados a controlar la legalidad de la valoración. No obstante lo señalado, tampoco se observa como el informe pericial podría haber hecho variar lo resuelto por el fallo recurrido, desde que se trata de un informe emitido por un médico traumatólogo que informó acerca de la lesión sufrida por la actora, y no así respecto a las circunstancias que rodearon el accidente, ni menos al hecho de si La Ola estaba operando en su máxima potencia al momento de ingresar a ella la actora, como lo plantea ésta en su recurso.

Por último, en cuanto al artículo 1713 del Código Civil, su infracción se basa en no haberse considerado el reconocimiento efectuado por el apoderado de Chileclimbers respecto a que La Ola tendría 7 niveles, sin embargo cabe precisar que el fallo recurrido no niega dichas circunstancias, es más, la reconoce como un hecho acreditado en la causa.

**SÉPTIMO:** Que del análisis realizado en las reflexiones que anteceden se puede concluir que los sentenciadores del grado no han incurrido en los yerros de derecho que se han señalado - no han rechazado pruebas que la ley admite ni han





aceptado otras que la ley rechaza, ni han desconocido, tampoco, el valor probatorio de las distintas probanzas producidas en autos-; de lo que se advierte que la demandante más propiamente está atacando la ponderación que los jueces del grado -dentro del ámbito de sus potestades- han realizado de tales probanzas, que la equivocada aplicación de los preceptos indicados, circunstancia que impide revisar la actividad desarrollada por ellos en relación a la prueba, y variar, por este Tribunal de Casación, los supuestos fácticos determinados y sobre los cuales recayó la aplicación del derecho sustantivo que se dice vulnerado.

**OCTAVO** Que, en atención a lo razonado, este recurso de casación en el fondo será desestimado.

Por estas consideraciones y de conformidad además con las facultades previstas en los artículos 767, 781 y 782 del Código de Procedimiento Civil, **se rechaza** el recurso de casación en el fondo deducido por el abogado Nicolás Marinovic Vial, en representación de la parte demandante, en contra de la sentencia de catorce de febrero de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

**Regístrese y devuélvase vía interconexión.**

Redacción a cargo de la Abogada Integrante señora María Angélica Benavides C.

**Nº 34.807-2023.**

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros señor Juan Eduardo Fuentes B., señor Arturo Prado P., señora María Angélica Repetto G., señora María Soledad Melo L., y la Abogada Integrante señora María Angélica Benavides C.

No obstante, haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, no firman los Ministros señor Fuentes B. y señor Prado P., por estar con permiso.





En Santiago, a veintinueve de abril de dos mil veinticuatro, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

