

NOMENCLATURA : 1. [40]Sentencia
JUZGADO : 15° Juzgado Civil de Santiago
CAUSA ROL : C-15942-2014
CARATULADO : OJEDA / RIFFO

Santiago, veintisiete de Junio de dos mil dieciocho

VISTOS:

A fojas 1, corregida a fojas 63, comparecen doña Denis Carolina Ojeda Segovia, ingeniero comercial, don Pablo Enrique López Ormeño, licenciado en ciencias económicas, quien lo hace por sí y en representación de don Íñigo Vicente López Ojeda, estudiante, padres y hermano respectivamente del menor Borja Sebastián López Ojeda, domiciliados en calle Huérfanos N° 1373, oficina 1311, comuna y ciudad de Santiago, interponiendo acción de responsabilidad civil contractual por incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de prestación de servicios de transporte en juicio ordinario, la que se dirige en forma solidaria en contra de: a) doña Eugenia Elizabeth Rizzo Tapia, educadora de párvulos, domiciliada en Avenida Jaime Guzmán Errázuriz N° 3253, depto. 304, comuna de Ñuñoa; b) doña Gisela Andrea Herrera Ávalos, educadora de párvulos, domiciliada en calle Camino del Roble N° 1484, casa N° 61, Condominio Casares de Huechuraba, comuna de Huechuraba; c) doña Verónica Paulina Lazo Baracá, educadora de párvulos, domiciliada en calle Rosario Norte N° 410, depto. 31, comuna de Las Condes; y, d) doña María Gabriela Laval Zaldívar, educadora de párvulos, por sí y como representante legal de la sociedad Jardín Infantil Mandarin Limitada que explota el establecimiento educacional homónimo y del cual es directora, ambos con domicilio en Avenida Pedro Fontova N° 8077, comuna de Huechuraba.

En virtud de la acción deducida, los demandantes solicitan la indemnización de los daños y perjuicios morales derivados del incumplimiento enunciado y que ascienden a la suma de \$300.000.000.-, más las costas que el juicio origine.

Refieren que durante el año 2009 y por razones laborales inscribieron a su hijo menor, Borja Sebastián López Ojeda, hoy fallecido, en el régimen de media jornada en el horario de la tarde del Jardín Infantil Mandarin, ubicado en la comuna de Huechuraba, y donde desde ya algún tiempo concurría su hijo mayor Íñigo. Así, Borja era cuidado en su casa por una empleada particular durante las mañanas y por las tardes concurría al señalado recinto preescolar, en horario de 13:30 a 17:00 horas.

Durante 2010 y por medio de su directora, doña María Gabriela Laval Zaldívar, el jardín infantil ofreció una prestación adicional de transporte de párvulos a todos los apoderados que lo requirieran, la cual sería ejecutada por las



propias educadoras en sus vehículos particulares. Los padres de Borja accedieron a contratar dicho servicio sólo de ida, es decir, para que su hijo menor fuera retirado aproximadamente a las 13:00 horas desde su hogar y con rumbo al Jardín. A la hora de salida el menor era retirado del recinto por su abuelo, don Jorge Edmundo Ojeda Silva.

Precisan que el contrato de transporte se acordó de manera consensual con la directora del establecimiento y, por ende, el señor López y la señora Ojeda no pudieron sino concluir que se trataba de una facilidad otorgada por el Jardín Infantil Mandarino; inclusive se encontraba tratado en el Reglamento del recinto educacional, el cual disponía que cualquier información pertinente podía ser recabada en una oficina ubicada en las mismas dependencias de Mandarino.

El reglamento de transporte informal, redactado por la directora y las docentes, disponía que los pagos mensuales por el servicio –que en el caso de los López Ojeda ascendía a \$25.000. –se hicieran llegar al Jardín conjuntamente con la mensualidad que se pagaba al Centro Educativo Mandarino por las actividades de docencia en cheques en blanco respecto del beneficiario de los mismos. Los apoderados podían enviar dichos títulos de crédito al Jardín en la libreta de comunicaciones, también podían notificar su envío por escrito, o bien, podían entregarlos directamente a la docente que cumplía con la labor de transporte, todo ello dentro de los cinco primeros días de cada mes. Los cheques entregados por los López Ojeda fueron cobrados por distintas y diversas personas, entre ellas la demandada Riffo Tapia.

De esta suerte, Borja comenzó a ser retirado desde su residencia particular por distintas educadoras del Jardín Infantil Mandarino durante el año 2010. Sin embargo, ya entrado el año la educadora y demandada Riffo Tapia, a quien los padres de Borja ya conocían por haber sido profesora de su otro hijo, comenzó a brindar el servicio de manera regular.

El 19 de octubre de 2010, el menor Borja López Ojeda fue retirado desde su domicilio aproximadamente a las 13:15 horas por doña Eugenia Riffo Tapia, quien conducía su automóvil particular, un Chevrolet, modelo Aveo, año 2011, tipo sedán de cuatro puertas. La docente ubicó al niño en el asiento posterior del copiloto y lo dispuso en un alzador con cinturón de seguridad, colocando su mochila bajo sus pies en el suelo del vehículo. Luego de recogido Borja, la señora Riffo Tapia pasó a retirar a tres menores más los que, excluyendo al hijo y hermano de los demandantes, sumaron cuatro junto con su propia hija, quien viajaba en el asiento delantero. A eso de las 13:30 horas llegaron al establecimiento Mandarino.



Ya estacionado el Chevrolet, la docente bajó a casi la totalidad de los niños que transportaba, pues de manera inexplicable y trágica olvidó sacar del automóvil a Borja, quien permaneció en su interior expuesto a una temperatura muy elevada desde las 13:30 horas y hasta el fin de la jornada, es decir, hasta las 17:10 horas aproximadamente. El abuelo del menor concurrió al establecimiento educacional a eso de las 17:00 horas para retirarlo, de modo que ingresó a su sala de clases y al inquirir a una de las profesoras por el niño, ésta le señaló que Borja no había concurrido ese día, pero el señor Ojeda Silva sabía que esto no era efectivo. Así las cosas, se dirigió al domicilio de los demandantes, que queda a sólo unas cuadras de Mandarino, y al interrogar a la asesora particular pudo confirmar que su nieto había ido al Jardín ese día. Volvió entonces al establecimiento a las 17:20 horas y al llegar vio a Borja en el hall central del recinto, tendido en una colchoneta con una docente haciéndole maniobras de reanimación, completamente mojado y morado, con vómitos en sus cabellos, con su mano derecha agarrotada y sin signos vitales. Posteriormente llegó Carabineros y lo trasladaron en vehículo policial hasta el SAPU en donde los intentos por reanimarlo fueron infructuosos, pues Borja había fallecido en el vehículo de doña Eugenia Riffo Tapia.

Las casi cuatro horas que el niño estuvo encerrado en el vehículo, bajo un sol abrasador, provocó su fallecimiento a eso de las 15:50 horas por asfixia debido a un edema pulmonar agudo. La necrosis reveló intensa cianosis periférica, aspecto desecado de las mucosas, congestión y cianosis visceral, presencia de abundantes petequias en las serosas e importante edema encefálico, todo explicable por su permanencia en un lugar caluroso y que, además, explica que el menor haya convulsionado y vomitado sin antes tratar de soltarse de la silla donde lo dejaron olvidado, de lo que es palmario que su muerte fue muy sufrida y desesperante.

Como consecuencia de estos hechos se inició una investigación por parte del Ministerio Público la que dio origen a un proceso penal por el cuasidelito de homicidio, incoado ante el 2° Juzgado de Garantía de Santiago en la causa RIT N° 12491-2010 donde, en un procedimiento abreviado resuelto por sentencia de 26 de abril de 2011, doña Eugenia Riffo Tapia fue condenada a la pena de un año de reclusión menor en su grado mínimo y recibió el beneficio de remisión condicional de la pena, dada su irreprochable conducta anterior.

Los demandantes señalan que el fallecimiento de su hijo y hermano menor produjo dolor, sufrimiento y una debacle al interior de su grupo familiar que hasta el día de hoy no pueden superar. Las atroces condiciones en que ocurrió la muerte de Borja; las declaraciones de todos los involucrados en el proceso penal, tratando de deslindar responsabilidades sólo en la demandada Riffo Tapia; la corta edad de



su hijo son factores que han amplificado la dolorosa y cruel pérdida, debida únicamente a la suma negligencia o culpa lata de la demandada en el deber de cuidado que tenía para con el menor y de sus asociadas con respecto al contrato de prestación de servicios de transporte acordado.

Exponen que, como familia, han debido acudir a la ayuda de profesionales para mantenerse unidos en estos tiempos aciagos. En efecto, la pérdida de Borja produjo un dolor y duelo aún no superados, como también rupturas al interior de las relaciones familiares, debido a recriminaciones mutuas y distanciamientos. Para evitar la separación y destrucción familiar debieron tratarse como padres y cónyuges a nivel psiquiátrico y psicológico durante más de dos años a la fecha, sin perjuicio de la medicación a que han sido sometidos por depresión mayor reactiva. Además, este escenario ha repercutido de manera grave y perjudicial en su hijo superviviente Íñigo quien, junto con su propio dolor y duelo, se ha visto afectado por la nueva dinámica familiar. El menor también ha recibido tratamiento profesional en los mismos niveles de sus padres por estrés, angustia y cuadro depresivo mayor; asimismo ha recibido medicación y eso ha repercutido en su comportamiento y rendimiento académico.

En cuanto al Derecho, los actores conceptualizan el contrato de transporte celebrado con las demandadas en tanto empresarias particulares de conducción como un arrendamiento de transporte al decir del artículo 2013 del Código Civil y 166 del Código de Comercio. A continuación razonan que el marco regulatorio del contrato materia de autos y que fuera incumplido por las educadoras se encuentra, además de las normas precitadas, en el artículo 2021 del Código Sustantivo y 171 del Código de Comercio; todo ello sin perjuicio de la plena aplicación de las normas generales de derecho común contenidas en el Código Civil que regulan la responsabilidad civil contractual y la indemnización de los daños por incumplimiento del contrato, en tanto se trata de normas no modificadas por ley especial.

La parte demandante desarrolla que el contrato *sub lite* es de tipo bilateral al imponer obligaciones a ambos contratantes: al acarreador o transportista, en cuanto debe transportar él mismo u otro por él a los pasajeros con el deber de cuidado que la naturaleza de dicha obligación impone, sobre todo tratándose de menores de edad; y al consignante o contratante del transporte, quien debe pagar el precio o flete del mismo. La bilateralidad del referido contrato impone al transportista un nivel de diligencia y cuidado que importa su responsabilidad por culpa leve, tal y como lo establece el artículo 1547 del Código Civil y la prueba de ese cuidado o diligencia corresponde al que ha debido emplearlo, conforme el inciso 3° de la misma disposición legal. Este grado de culpa, sigue, como la falta



de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios está implícita y expresamente establecido en los artículos 2015 y 2016 del Código de Bello, así como en el 207 del Código de Comercio.

La demandante infiere de su exposición que existía un deber de cuidado respecto del infante fallecido y que fue transgredido por el accionar de las docentes y transportistas, por cuanto ese cuidado suponía el deber de llevar a Borja López Ojeda, de 2 años y 7 meses de edad, sano y salvo a la sala de clases del Jardín Infantil Mandarin. Además, cita jurisprudencia que demostraría que desde muy antiguo se ha aceptado la existencia de daño moral generado por el incumplimiento del contrato de prestación de servicios de transporte y la idea de que tal vínculo no sólo obliga al traslado del pasajero, sino también a transportarlo con la debida diligencia y cuidado hasta su lugar de destino. Estas nociones encontrarían otro sustento normativo en el artículo 1546 del Código Civil.

Luego, la actora explica que la solidaridad impresa en su acción se fundamenta en que el contrato le fue ofrecido a los padres de Borja por la señora Laval Zaldívar personalmente y al amparo de la dirección del establecimiento educacional, para ser ejecutado por las educadoras de párvulos en sus automóviles particulares. El servicio fue utilizado por varios otros apoderados del Jardín durante el transcurso de varios años, de modo que estaba dotado de una regularidad que daba claros visos de una verdadera sociedad en que participaba cada una de las demandadas. Así, entre las codemandadas ha operado una sociedad de transportes nula que da derecho a los terceros de buena fe que contrataron con ellas para accionar solidariamente contra todas y cada una de las asociadas por las operaciones de la sociedad de hecho.

Desarrolla la tesis de la nulidad de la sociedad indicando que las sociedades nulas por vicios de fondo son aquellas que se han celebrado con prescindencia de alguno o algunos de los requisitos esenciales a todo acto o contrato, como ser el consentimiento sin vicios, la capacidad de las partes, objeto y causa lícitos. Luego y de acuerdo con el artículo 350 del Código de Comercio, la formación de las sociedades de transportes debe constar en escritura pública y cualquier defecto relativo a su contenido no se considerará mero vicio formal, sino de fondo si implica la privación de algún elemento esencial al concepto de sociedad o algún vicio de carácter sustancial de general aplicación en los contratos. Esta nulidad absoluta no tiene efecto retroactivo, comoquiera que la premisa fundamental que el legislador ha tenido a la vista para regularla ha sido la protección a todo evento de los terceros de buena fe y, además, da origen a una comunidad en la que sus miembros responden de forma solidaria, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 356 del Código de Comercio.



En cuanto a la naturaleza del daño que se reclama, la actora sostiene que la discusión de si la responsabilidad civil contractual da o no origen a la reparación de daño moral se encuentra hoy superada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, sobre todo en lo relativo al contrato de prestación de servicios de transporte, que fue justamente aquel que abrió paso a dicha indemnización. Ello se fundamentaría, además de la interpretación de las disposiciones que reglan la materia, en la vocación de tutela de la persona que observa el concepto de daño moral, más que en la existencia o no de un vínculo jurídico previo entre la víctima y el responsable; en la especie, expresan los demandantes, corresponde el pago de una indemnización satisfactiva que mitigue en parte el pesar o desconsuelo producido por el trágico fallecimiento del ser querido, por la ruptura de la íntima convivencia y de los lazos de afecto, en suma, por el doloroso vacío que dejó la muerte del pequeño Borja.

A objeto de determinar el *quantum* del daño moral, los reclamantes distinguen tres aspectos a considerar, a saber, el tipo de incumplimiento de que se trata con el grado de culpa que ha incidido en el mismo; el derecho o interés lesionado; y, por último, la calidad y condición de la víctima y el victimario.

Respecto del tipo de incumplimiento y su grado de culpa los demandantes desarrollan la siguiente distinción: la gravedad objetiva del atentado y la posición subjetiva del autor del daño, en donde se aprecia un incumplimiento al deber de cuidado de un infante por parte de una educadora de párvulos que lo transportaba al jardín infantil y que derivó en un fallecimiento cruento, lento y desesperante, cuya única explicación es la negligencia grave o lata; y, en segundo término, la externalidad del acto y sus consecuencias sociales y familiares, a cuyo respecto se asiste a un cuasidelito de homicidio e incumplimiento contractual que estuvo prácticamente durante más de un año en noticiarios y distintos programas televisivos, lo que provocó una grave y permanente exposición pública de los padres del niño, quienes con ello han sido doblemente victimizados con el nacimiento de nuevos conflictos.

En lo que toca al derecho o interés lesionado, señalan que su naturaleza en el caso *sub lite* es, por supuesto, la atroz muerte de un hijo de tan sólo 2 años de edad; a continuación, se refieren a la proyección permanente de ese daño en el tiempo.

En cuanto a la calidad y condición de la víctima y del victimario, identifican dos factores, a saber, el grado cultural del dañador y sus condiciones personales, donde recalcan que quien incurrió en el incumplimiento contractual es precisamente una persona profesional en el cuidado de infantes y que se encontraba en posición de garante de su hijo menor; y, por último, las



características de la víctima, un infante de sólo 2 años de edad que, naturalmente, dependía por entero del accionar de la señora Riffo Tapia.

En definitiva, los demandantes solicitan se acoja el libelo reseñado en todas sus partes, condenando a las demandadas al pago solidario y total de los perjuicios ocasionados con motivo del incumplimiento contractual descrito, esto es, a la suma de \$300.000.000.- (trescientos millones de pesos), desglosados a fojas 66v en \$140.000.000.- para doña Denis Carolina Ojeda Segovia, \$140.000.000.- para don Pablo Enrique López Ormeño y \$20.000.000.- para don Íñigo Vicente López Ojeda, todo con expresa condena en costas.

A fojas 33 y siguientes se leen los atestados receptoriales que dan cuenta de la notificación personal subsidiaria del libelo pretensor a cada uno de los demandados.

En tanto, a fojas 131 doña María Gabriela Laval Zaldívar por sí y en representación de la sociedad Jardín Infantil Mandarin Limitada contesta el libelo incoado en su contra, solicitando su rechazo con costas.

Los patrocinantes de la educadora y del jardín infantil niegan que sus representados tengan responsabilidad alguna en los hechos en que se funda la demanda, comoquiera que la lamentable muerte de Borja es imputable únicamente a una involuntaria pero inexcusable negligencia de la señora Eugenia Riffo Tapia en la realización de una actividad propia, como es el transporte de menores, y que era totalmente ajena al recinto educacional. A mayor abundamiento, sostienen, no era deber de sus representadas supervigilar tal labor y menos hubieran podido evitar su fatal desenlace; en consonancia con esta postura, niegan tajantemente la existencia de un contrato de prestación de servicios de transporte en que hubieren participado sus mandantes y la conformación de una sociedad de hecho entre las educadoras. Acto seguido pasan a enunciar y desarrollar una serie de excepciones perentorias que justifican su rechazo a las pretensiones de la actora, a saber:

(i) Como adelantaron, no existe un servicio de transporte en que hubieren participado la señora Laval Zaldívar ni el Jardín, y es que los párvulos eran trasladados en parte por las demás educadoras, los apoderados, la locomoción colectiva formal, buses escolares y diversas líneas de taxis, pero no por sus representados. Precisan que lo que se imputa como transporte de Mandarin no es tal, sino una práctica de muy larga data en virtud de la cual algunas educadoras acordaban el transporte de los menores con algunos apoderados, pero de manera totalmente independiente a la directiva y orgánica del establecimiento; por su parte, la única injerencia del jardín infantil se habría manifestado en el suministro de un canal de información o coordinación que diera seguridad a los apoderados



del establecimiento y que en caso alguno podría transformarlo en prestador de servicios de transporte. Es más, añaden, con motivo de una fiscalización desplegada por la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI) el 29 de enero de 2014, la autoridad solicitó al recinto educacional la incorporación en sus reglamentos de un numeral que explicitara que no prestaba servicio de transporte y que lo que en ese sentido acordasen los apoderados con el personal dependiente de Mandarinó constituía un acuerdo privado que no lo obligaba; de este modo, el jardín infantil no asumía responsabilidad directa ni indirecta por dicha prestación, cuyo respaldo formal fue confeccionado por las propias “tías” bajo la denominación “Reglamento de Transporte Informal”; este documento establecía textualmente: “En caso de solicitar transporte fuera de la jornada estipulada, deberá cancelarse como transporte extra a las tías de dicha jornada”.

En consecuencia, ni la señora Laval Zaldívar ni Mandarinó fueron remunerados ni recibieron comisión o ingreso alguno por el transporte que algunas docentes brindaban. A su turno, la mensualidad que el establecimiento cobraba no incluía pago por dicho concepto y los cheques que los apoderados hicieran llegar eran recibidos por las docentes y nunca fueron cobrados por el Jardín.

Arguyen también que, con motivo del fallecimiento de Borja, se dictó una sentencia –hoy ejecutoriada –por el Juzgado de Policía Local de Huechuraba el 20 de enero de 2011 en la causa Rol 215.452-G, que absolvió a Mandarinó respecto de la denuncia que buscaba sancionarlo por, precisamente, desarrollar servicios de transporte sin la correspondiente patente comercial.

(ii) Aducen que no se han cumplido en autos los requisitos de existencia de toda sociedad, desde que sus representadas no han realizado aporte alguno para el fin económico de la supuesta sociedad de hecho; no han participado en ningún reparto de beneficios ni tampoco han soportado alguna pérdida; y, además, no existió *affectio societatis*. A más de ello, precisan que para que exista una sociedad de hecho es menester que ésta haya actuado en la comunidad con la apariencia de una verdadera sociedad –lo que supone nombre, domicilio, gerente, letreros, entre otros –y tal tampoco ocurrió.

(iii) Aun si hubiera existido una sociedad de hecho, los demandantes no cumplen con los requisitos que exige la ley para demandar a sus supuestos socios, dado que carecen de buena fe y de que ninguno de los pretendidos miembros de la sociedad actuó a su nombre y en su interés. La ausencia de buena fe descansa en que no concurren hechos públicos, notorios y conocidos que permitan definir a los actores como terceros a quienes asistía una razonable convicción de que estaban contratando con una sociedad. Lo cierto es que los reclamantes contrataron el transporte con la codemandada Riffo Tapia como



persona natural, no en cuanto representante de una pretendida sociedad. Así las cosas, la aseveración de la demanda de que el servicio fue contratado directamente con la directora del establecimiento es derechamente negada.

(iv) La muerte del pequeño Borja es inimputable a sus representadas, al haber sido causada por actos de terceros que malamente aquellas hubieran podido evitar. Además, el régimen legal naturalmente aplicable –artículos 2320 y 2322 del Código Civil –no fue invocado como fundamento de la demanda.

(v) No existe causalidad entre el daño producido por la muerte de Borja López Ojeda y los actos realizados por el Jardín y la señora Laval Zaldívar.

(vi) Todos los demandantes carecen de legitimación activa, en consideración a que ninguno de ellos fue quien acordó con la señora Eugenia Riffo Tapia el transporte de Borja. Precisan al efecto que Íñigo López Ojeda, quien figura como demandante, es sólo un niño pequeño que lógicamente no podría haber concurrido a la celebración de un contrato de prestación de servicios de transporte; además, habría sido el abuelo de los menores, don Jorge Edmundo Ojeda Silva, quien contactó a las educadoras para que trasladaran a Borja desde su casa al recinto educacional.

(vii) Por último y en subsidio de todas las excepciones de fondo ya planteadas, si bien el dolor de la familia demandante es lamentable, el monto reclamado es excesivo y es que la cifra no sólo se aleja de la práctica jurisprudencial, sino que además las demandadas han obrado de buena fe y no tienen fortuna.

A fojas 150 se lee la contestación de doña Verónica Lazo Baracat, quien solicita el rechazo íntegro de la demanda y expresa condena en costas.

Comienza su presentación controvirtiendo todos los hechos de la demanda, salvo aquellos que expresamente admita en su contestación. Así pues, reconoce haber prestado servicios bajo subordinación y dependencia en calidad de educadora de párvulos en el Jardín Infantil Mandarin, además de haber atestiguado el fallecimiento del menor Borja López Ojeda, estando bajo el cuidado de su compañera de trabajo, doña Eugenia Riffo Tapia. Luego desglosa las apreciaciones que justifican su rechazo como sigue:

(i) En primer lugar, la señora Lazo Baracat invoca la excepción de falta de legitimación pasiva, negando cualquier vinculación contractual con los demandantes y haciendo presente que el libelo pretensor no indica relación alguna entre el supuesto contrato de prestación de servicios de transporte y la forma, calidad o participación que en él le cupo.

(ii) En subsidio de la primera defensa, alega la improcedencia de la acción impetrada por falta de requisitos legales, toda vez que no existiría vínculo



contractual alguno que la ligue con los actores y, en consecuencia, no tiene obligación de reparar los daños causados por incumplimiento contractual en solidaridad con las demás demandadas.

(iii) Aun en subsidio de lo ya señalado, arguye que el artículo 1556 del Código Civil limita la indemnización de perjuicios en sede contractual al daño emergente y al lucro cesante, de modo que el daño moral no es indemnizable cuando se le hace provenir de ese tipo de responsabilidad y, en tal sentido, lo demandado es improcedente.

(iv) En su última alegación subsidiaria exige que, como el daño moral debe acreditarse en todo caso, se rechacen los montos solicitados y se rebajen sustancialmente, de acuerdo a la estimación que efectúe esta sentenciadora en definitiva.

A fojas 157 rola la contestación de doña Gisela Herrera Ávalos, quien igualmente solicita el rechazo de la acción incoada con expresa condena en costas.

Tal como la señora Lazo Baracat, inicia su presentación controvirtiendo todos los hechos de la demanda, salvo aquellos que expresamente admita en su contestación y, al efecto, reconoce haber prestado servicios bajo subordinación y dependencia en calidad de educadora de párvulos en el Jardín Infantil Mandarin, además de haber atestiguado el fallecimiento del menor Borja López Ojeda, quien se encontraba bajo el cuidado de su compañera de trabajo, doña Eugenia Riffo Tapia. Luego desglosa las apreciaciones que justifican su rechazo como sigue:

(i) En primer lugar, la señora Herrera Ávalos invoca la excepción de falta de legitimación pasiva, negando cualquier vinculación contractual con los demandantes y haciendo presente que el libelo pretensor no indica relación alguna entre el supuesto contrato de prestación de servicios de transporte y la forma, calidad o participación que en él le cupo.

(ii) En subsidio de la primera defensa, alega la improcedencia de la acción impetrada por falta de requisitos legales, toda vez que no existiría vínculo contractual alguno que la ligue con los actores y, en consecuencia, no tiene obligación de reparar los daños causados por incumplimiento contractual en solidaridad con las demás demandadas.

(iii) Aun en subsidio de lo ya señalado, arguye que el artículo 1556 del Código Civil limita la indemnización de perjuicios en sede contractual al daño emergente y al lucro cesante, de modo que el daño moral no es indemnizable cuando se le hace provenir de ese tipo de responsabilidad y, en tal sentido, lo demandado es improcedente.



(iv) En su última alegación subsidiaria exige que, como el daño moral debe acreditarse en todo caso, se rechacen los montos solicitados y se rebajen sustancialmente, de acuerdo a la estimación que efectúe esta sentenciadora en definitiva.

A fojas 164 se tuvo por contestada la demanda por los codemandados María Gabriela Laval Zaldívar, Jardín Infantil Mandarin Limitada, Verónica Lazo Baracat y Gisela Herrera Ávalos; en tanto, se tuvo por contestada en rebeldía de doña Eugenia Riffo Tapia.

A fojas 172 consta la réplica, donde la parte demandante ratifica expresamente todo lo expuesto en su escrito inicial y sólo agrega como nuevo aspecto que la oferta del mentado servicio de transporte fue formulada a los apoderados por la señora Laval Zaldívar como directora o por la subdirectora del establecimiento, personaje este último que no individualiza.

En tanto, a fojas 178 la demandada Eugenia Riffo Tapia evacúa la dúplica, solicitando el total rechazo de la demanda y expresa condena en costas de sus contradictores.

En sustento de su postura aduce que no existe incumplimiento contractual alguno que le sea imputable, y es que no celebró ningún contrato de prestación de servicios de transporte con los demandantes y ello guardaría consonancia con la propia redacción de la presentación de fojas 1, que sindicaba a la directora del Jardín como la persona con quien los padres del menor fallecido celebraron la referida convención.

A fojas 185 duplica la demandada Laval Zaldívar por sí y en representación de la sociedad Jardín Infantil Mandarin Limitada y lo hace ratificando expresamente todas las consideraciones hechas valer en su contestación.

A fojas 196 se lee la dúplica de la demandada Herrera Ávalos, quien reitera todas las consideraciones expuestas en su contestación.

En tanto, a fojas 195 y 198 se tuvieron por evacuadas la réplica de los demandantes y las dúplicas de las demandadas Riffo Tapia, Laval Zaldívar, la sociedad Jardín Infantil Mandarin Limitada y Herrera Ávalos. En consecuencia, se tuvo por evacuada la dúplica en rebeldía de la demandada Lazo Baracat.

A fojas 328 se efectuó la audiencia del artículo 262 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, que contó con sólo la asistencia de los apoderados de las demandadas. En concordancia con la rebeldía de la parte demandante, no se produjo conciliación.



Luego, a fojas 329 –rectificada a fojas 826 por resolución de la I. Corte de Apelaciones de Santiago –se recibió la causa a prueba, rindiéndose la que consta en autos.

A fojas 761 la parte demandante formuló sus observaciones a la prueba.

Finalmente y encontrándose la causa en estado, se citó a las partes para oír sentencia a fojas 927.

CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LAS TACHAS:

PRIMERO: Que a fojas 619 la parte demandada de doña María Gabriela Laval Zaldívar y Jardín Infantil Mandarinó Limitada dedujo tacha de inhabilidad en contra de la testigo Marcela Viviana Miranda Valenzuela fundada en la causal del artículo 358 N° 7 del Código de Procedimiento Civil, ya que sus respuestas darían a entender que carece de la suficiente imparcialidad para que su declaración tenga pleno valor probatorio, toda vez que habría evidenciado resentimiento y enemistad para con el recinto educacional y sus responsables al contar que su hija –quien también asistió a Mandarinó –vivió episodios traumáticos en aquel período, que implicaban haberse visto encerrada en el auto de la educadora que la transportaba mientras ésta compraba colaciones en el supermercado del sector o derechamente almorzaba en aquel recinto, mientras los menores sufrían los embates del calor encerrados en el vehículo.

SEGUNDO: Que la parte demandante, al evacuar el traslado conferido, solicita el rechazo de la tacha deducida, atendido que la única razón que sustentaría el cuestionamiento a la testigo es el hecho de que se haya conmovido con la muerte del menor Borja López Ojeda. Razona la demandante que dicha reacción es del todo natural, más si –como indicó –la deponente estuvo cerca de pasar por la misma experiencia funesta con su propia hija. Por lo demás, apunta, la tacha formulada debe ser manifestada o acreditada por hechos graves que el tribunal calificará según las circunstancias y nada de eso se ha hecho valer en autos.

Evacuado el traslado respectivo, se dejó la tacha para resolver en definitiva.

TERCERO: Que conforme a lo dispuesto por el artículo 356 del Código de Procedimiento Civil el principio general aplicable a las declaraciones de testigos es que estos son hábiles para tal efecto, salvo en aquellos casos que la ley declare lo contrario, de lo cual se concluye que las causales que permiten impedir que una persona pueda deponer válidamente en juicio deben ser interpretadas en forma restrictiva y esto, por supuesto, se aplica a todas las tachas que se resolverán en el presente acápite.



CUARTO: Que en su declaración la señora Miranda Valenzuela expresa que su hija experimentó dificultades en la época en que concurrió al Jardín Infantil Mandarin y, producto de aquello, la retiró del establecimiento dos meses después de haberla matriculado, en septiembre de 2009.

Lo cierto es que han transcurrido 7 años desde que terminó el vínculo entre la deponente y el establecimiento educacional y no se aportó antecedente alguno que permitiese deducir que han mantenido contacto luego de que la menor Sofía Salas Miranda fuera retirada del recinto.

En la comprensión de esta sentenciadora, una enemistad que pudiere hacer inútil la declaración de un testigo debe haber superado el umbral del mero disgusto y ha de manifestarse en una constante animadversión que suponga la exteriorización del malestar. En vista de que nada en autos demuestra que exista una relación de esa naturaleza entre la señora Miranda Valenzuela y el Jardín Infantil Mandarin y sus responsables, no es posible citar ningún hecho grave que configure la causal invocada y, naturalmente, ella será rechazada en lo dispositivo.

QUINTO: Que a fojas 672 la parte demandante formula la tachada contemplada en el artículo 357 N° 4 del Código de Procedimiento Civil en contra de la testigo Roxana Gutiérrez Garrido, por cuanto ésta refiere que trabajó en Mandarin entre 1998 y 2004 como secretaria de la directora del establecimiento preescolar. La demandante sostiene que de su relato se extrae que la deponente carece del sentido necesario para percibir los hechos declarados al tiempo de verificarse estos, ya que se habría enterado de la situación objeto del pleito a través de la prensa.

SEXTO: Que, evacuando el traslado conferido, la parte demandada de doña María Gabriela Laval Zaldívar y el Jardín Infantil Mandarin Limitada solicita rechazar la tachada impetrada, por cuanto al estatuirlo el legislador se refiere a una imposibilidad fáctica privativa de percibir de manera correcta la realidad, lo que no se circunscribe al escenario descrito por la declarante.

Evacuado el traslado respectivo, se dejó la tachada para resolver en definitiva.

SÉPTIMO: Que la tachada deducida por la demandante se clasifica entre aquellas inhabilidades absolutas para declarar, vale decir, las que afectan a todas las personas que se encuentran en determinadas condiciones (RODRÍGUEZ Papic, Ignacio. "Procedimiento civil. Juicio ordinario de mayor cuantía". 7ma edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2005. Pág. 183). A objeto de precisar qué significa carecer del sentido necesario y existiendo ya inhabilidades referidas a la demencia y a la privación de la razón por ebriedad u otra causa, habrá de concluirse que la tachada invocada supone que el testigo presentado adolece de algún impedimento o invalidez física o psicológica que le impide percibir por sus



sentidos los hechos por los cuales viene a declarar, esto es, sufre de alguna limitación en sus capacidades sensoriales que al alejarlo de la posibilidad de conocer y apreciar los hechos lo hace indigno de fe.

En el caso concreto, la parte demandante pretende que el hecho de que la deponente haya dejado de trabajar en Mandarin años antes del fallecimiento del menor Borja López Ojeda la hace indigna de fe, pero no acreditó que la afectara impedimento sensorial alguno. A más de ello, durante la interrogación de tachas la señora Gutiérrez Garrido afirmó estar en posición de aportar antecedentes referidos al debatido contrato de prestación de servicios de transporte. Así las cosas, la tacha no se ha configurado y habrá de ser desestimada en lo resolutive.

OCTAVO: Que a fojas 718 la parte demandante formula la tacha contemplada en el artículo 358 N° 4 del Código de Procedimiento Civil en contra de la testigo Lily Bravo Moya y es que, según su propio testimonio, ella sería trabajadora dependiente de la parte que la presenta, a saber doña María Gabriela Laval Zaldívar y el establecimiento Mandarin, prestando habitualmente servicios retribuidos a ambas personas.

NOVENO: Que, evacuando el traslado conferido, la parte demandada de doña María Gabriela Laval Zaldívar y el Jardín Infantil Mandarin Limitada solicita rechazar la tacha impetrada, por cuanto la causal no concurre en la especie. Razona que quien presenta a la testigo es sólo la señora Laval Zaldívar en su calidad de persona natural y que, además, no es ella sino Mandarin el empleador de la declarante. Por lo demás, añade, su contraparte incurrió en un yerro al invocar el numeral 4° del precepto, comoquiera que es el numeral 5° el que se refiere a los trabajadores dependientes como inhábiles para prestar declaración.

Evacuado el traslado respectivo, se dejó la tacha para resolver en definitiva.

DÉCIMO: Que si bien la demandante incurrió en una errata al tachar a la testigo, de los términos de su formulación se extrae claramente que quiso invocar el artículo 358 N° 5 del Código Adjetivo.

La testigo cuestionada figura en el escrito que rola a fojas 393 y de su lectura se aprecia claramente que fue presentada por la señora Laval Zaldívar y por el recinto preescolar, de modo que la alegación de la demandada en cuanto a que es sólo testigo de la directora del establecimiento como persona natural es inatendible.

Resolviendo derechamente la tacha, debe tenerse en consideración que la norma en que ésta se funda pretende evitar una declaración que eventualmente pueda ser objeto de presión, la que se daría sobre los trabajadores dadas las características propias de la relación laboral, a saber subordinación, dependencia y retribución económica; sin embargo, el actual desarrollo del derecho laboral



contempla una serie de restricciones y sanciones para el caso en que se produzca una presión indebida o una amenaza de despido basado en la declaración de una persona y por ello se estima que no se configuran los presupuestos de la tachá impetrada, que será rechazada en definitiva.

UNDÉCIMO: Que a fojas 728 la demandante tachá a la testigo María Andrea Angélica Sepúlveda de la Cruz con base en el artículo 358 N° 5 del Código de Procedimiento Civil por ser, según su propio testimonio, trabajadora dependiente de la parte que la presenta, a saber doña María Gabriela Laval Zaldívar y el establecimiento Mandarinó, prestando habitualmente servicios retribuidos a ambas personas. También reclama que la posible defensa de la demandada en cuanto a que la declarante sería presentada sólo por la señora Laval como persona natural no es más que un subterfugio para evitar la tachá, puesto que tanto el Jardín como su directora son los empleadores de la señora Sepúlveda de la Cruz.

DUODÉCIMO: Que, evacuando el traslado conferido, la parte demandada de doña María Gabriela Laval Zaldívar y el Jardín Infantil Mandarinó Limitada solicita rechazar la tachá impetrada, por cuanto la causal no concurre en la especie. Razona que quien presenta a la testigo es sólo la señora Laval Zaldívar en su calidad de persona natural y que, además, no es ella sino Mandarinó el empleador de la declarante; agrega que no existe norma que prohíba que sólo la directora del establecimiento la presente como testigo, aun cuando la presentación de fojas 393 se plantea como conjunta entre ambos demandados; y finaliza aludiendo a una resolución anterior de este tribunal que rechazó la tachá deducida con base en la protección de los trabajadores que en la actualidad informa los principios del Derecho del Trabajo.

Evacuado el traslado respectivo, se dejó la tachá para resolver en definitiva.

DÉCIMO TERCERO: Que la testigo cuestionada figura en el escrito que rola a fojas 393 y de su lectura se aprecia claramente que fue presentada conjuntamente por la señora Laval Zaldívar y por Mandarinó, de modo que la alegación de la demandada en cuanto a que es sólo testigo de la directora del establecimiento como persona natural es inatendible.

Resolviendo derechamente la tachá y como ya adelantara la reclamada, debe tenerse en consideración que la norma en que aquella se funda pretende evitar una declaración que eventualmente pueda ser objeto de presión, la que se daría sobre los trabajadores dadas las características propias de la relación laboral, a saber subordinación, dependencia y retribución económica; sin embargo, el actual desarrollo del derecho laboral contempla una serie de restricciones y sanciones para el caso en que se produzca una presión indebida o



una amenaza de despido basado en la declaración de una persona y por ello se estima que no se configuran los presupuestos de la tacha impetrada, que será rechazada en definitiva.

DÉCIMO CUARTO: Que a fojas 772 la actora formula la tacha del artículo 358 N° 6 del Código de Procedimiento Civil en contra de la testigo Marcia Jofré Leyton, ya que al ser consultada sobre las circunstancias de la muerte del pequeño Borja sindicó como responsable a doña Eugenia Riffo Tapia, lo que significaría que carece de la imparcialidad necesaria pues tendría un interés directo o indirecto en el pleito.

DÉCIMO QUINTO: Que al evacuar el traslado la parte demandada de la señora Laval y el jardín infantil reclama que la tacha en análisis constituye el cuarto incidente promovido por los reclamantes y de conformidad a lo estatuido por el artículo 88 del Código de Procedimiento Civil correspondía que depositaran una determinada suma de dinero para su sola interposición, lo que no hicieron. En otro orden de cosas, aduce que la testigo carece de cualquier interés en el pleito y es que no ha manifestado nada que permita conjeturar aquello, además de que la jurisprudencia está conteste en que dicho interés debe ser pecuniario y no es posible determinar de qué manera ella recibiría un beneficio económico por sólo señalar a la señora Riffo como responsable del fallecimiento del menor Borja López Ojeda.

Una vez evacuado el traslado, se reservó la tacha para ser resuelta en definitiva.

DÉCIMO SEXTO: Que según el artículo 88 del Código de Procedimiento Civil, que establece la sanción a la pérdida de incidentes, es el tribunal el llamado a fijar el monto del depósito a que se refiere la parte que presentó a la testigo, de modo que para que se haga efectiva la sanción a que alude se requiere de resolución previa y ello no sucedió. Así las cosas, la alegación de la reclamada es inatendible.

Ahora bien, en el marco de las preguntas para tachas, la señora Jofré Leyton fue consultada sobre quién cree es la responsable de la muerte de Borja, a lo que respondió que se trató de un lamentable olvido de la demandada Eugenia Riffo; a continuación, expresó que su conocimiento sobre el establecimiento educacional se remite a la experiencia de haber sido apoderada del mismo por espacio de ocho años.

De lo declarado por la testigo no es posible advertir interés alguno y, por lo demás, el proceso penal en contra de doña Eugenia Riffo Tapia recibió suficiente cobertura mediática para poder contestar la pregunta de tacha que se le formuló como ella lo hizo; a más de ello existe una sentencia penal ejecutoriada que la



condena como autora de cuasidelito de homicidio respecto del menor Borja López Ojeda. De esta manera no sólo carece de lógica desoír el testimonio de la deponente, sino que además no aparece de lo dicho por ella el menor indicio de que su declaración podría reportarle algún beneficio, sea económico o de otra naturaleza.

Corolario de las reflexiones que anteceden, la tacheta será desechada en lo dispositivo.

EN CUANTO AL FONDO:

DÉCIMO SÉPTIMO: Que a fojas 1, corregida a fojas 63, comparecen doña Denis Carolina Ojeda Segovia y don Pablo Enrique López Ormeño, quien lo hace por sí y en representación de don Íñigo Vicente López Ojeda, padres y hermano respectivamente del menor fallecido Borja Sebastián López Ojeda, interponiendo acción de responsabilidad civil contractual por incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de prestación de servicios de transporte en juicio ordinario, la que se dirige en forma solidaria en contra de doña Eugenia Elizabeth Riffo Tapia, doña Gisela Andrea Herrera Ávalos, doña Verónica Paulina Lazo Baracat y doña María Gabriela Laval Zaldívar, por sí y como representante legal de la sociedad Jardín Infantil Mandarin Limitada que explota el establecimiento educacional homónimo, todos debida y suficientemente individualizados en autos.

Al efecto cimentaron sus pretensiones en los fundamentos de hecho y argumentos de derecho reseñados en la parte expositiva de esta sentencia.

DÉCIMO OCTAVO: Que, durante el período de discusión, las demandadas -con excepción de Riffo quien se tuvo por contestada en rebeldía- solicitaron el rechazo del libelo incoado en su contra y expresa condena en costas, en atención a los antecedentes igualmente reproducidos en lo expositivo.

DÉCIMO NOVENO: Que son hechos no controvertidos por las partes que:

A) Los demandantes Denis Carolina Ojeda Segovia, Pablo Enrique López Ormeño e Íñigo Vicente López Ojeda son padres y hermano respectivamente del menor Borja Sebastián López Ojeda.

B) Desde el año 2009 Borja Sebastián López Ojeda asistía al Jardín Infantil Mandarin en el régimen de media jornada en el horario de la tarde de 13:30 a 17:00 horas y donde también asistía el hijo mayor de los actores, Íñigo.

C) Durante el año 2010 para ir al jardín el menor Borja López Ojeda era retirado desde su casa por distintas docentes del establecimiento, quienes lo llevaban en sus vehículos particulares en conjunto con otros niños. A mediados de año la educadora que regularmente ejecutaba dicha labor fue la demandada Eugenia Riffo Tapia. En tanto, a la hora de salida, esto es, a las 17:30, Borja López era retirado por su abuelo.



D) El 19 de octubre de 2010 Borja López Ojeda, de 2 años y 11 meses de edad a esa época, fue retirado desde su domicilio ubicado en calle Coliqueo N° 6908, comuna de Huechuraba por Eugenia Riffo Tapia aproximadamente a las 13:15 horas en su automóvil particular marca Chevrolet, modelo Aveo, año 2011, tipo Sedán de cuatro puertas, ubicándolo en el asiento posterior del copiloto sobre un alzador con cinturón de seguridad, colocando su mochila bajo sus pies en el piso del auto. Luego, la demandada pasó a retirar a tres menores más, llevando también a su propia hija y así trasladarlo al Jardín Infantil Mandarin, ubicado en Avenida Pedro Fontova N° 8077 de la misma comuna. Al llegar a este último sitio, la educadora ya nombrada bajó sólo a cinco de los seis niños, quedando Borja López Ojeda encerrado en el automóvil, circunstancia de la que se percataron a la hora de salida, con lo que encontraron al menor asfixiado y sin signos vitales, falleciendo producto de la falta de aire y elevada temperatura que se concentró al interior del vehículo (más de 50° Celsius).

E) Por los hechos descritos en el literal que antecede mediante sentencia de 26 de abril de 2011 dictada por el 2° Juzgado de Garantía de Santiago en los autos RIT 12491-2010 en el marco de un juicio abreviado, Eugenia Elizabeth Riffo Tapia fue condenada como autora del cuasidelito de homicidio de Borja López Ojeda a la pena de 1 año de reclusión menor en su grado mínimo con las accesorias legales y sin costas, otorgándosele el beneficio de remisión condicional de la pena de conformidad al artículo 4° de la Ley N° 18.216.

VIGÉSIMO: Que, por el contrario, se encuentra controvertida la existencia de un contrato de prestación de servicios de transporte de personas que vincule a los actores con los demandadas respecto del traslado de Borja López Ojeda desde su hogar al jardín, sus términos y obligaciones, para luego examinar si acaso existió un incumplimiento culpable del mismo por parte de las demandadas que causó la muerte de Borja López al interior del vehículo de Eugenia Riffo.

Asimismo es materia de la discusión la vinculación de las demandadas entre sí para prestar el servicio de transporte, lo que determinará, en caso de proceder, la forma en que deban concurrir a la reparación de los daños.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, a objeto de acreditar sus asertos, la actora aparejó en autos los siguientes instrumentos, libres de observaciones y objeciones de contrario:

1) copia autorizada de la sentencia condenatoria dictada en procedimiento abreviado con fecha 26 de abril de 2011 por el 2° Juzgado de Garantía de Santiago, y por la cual se condenó a la demandada, doña Eugenia Riffo Tapia,



como autora del cuasidelito de homicidio cometido en contra del menor Borja López Ojeda;

2) copia autorizada del certificado de ejecutoria de la sentencia condenatoria antedicha, de fecha 2 de junio de 2011;

3) certificado de nacimiento del menor Íñigo Vicente López Ojeda, emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación, con fecha 25 de julio de 2014;

4) certificado de 24 de septiembre de 2015, emitido por doña Adriana Palacios Rojas, Jefa Nacional del Área Clínica y Terapéutica del Centro Nacional de la Familia (CENFA), por el cual se acredita que la demandante Denis Ojeda asiste a terapia psicológica individual a dicho recinto desde el 21 de octubre de 2014;

5) informe médico de diciembre de 2012, emitido por la psiquiatra infantil doña Paz Valenzuela Puchulu, el cual enuncia que el menor Íñigo López Ojeda ha sufrido algunos trastornos psicológicos como consecuencia del fallecimiento de su hermano menor, lo que ha derivado en la necesidad de proporcionarle un tratamiento neurológico que incluye medicación y supondrá otro proceso de apoyo psicológico;

6) certificado de salud de 9 de octubre de 2015, emitido por el psiquiatra infantil y del adolescente don Bruno Giavio U., por cuyo medio dice atender al menor Íñigo López Ojeda como parte de una terapia que lleva en conjunto con sus padres desde 2010 y que incluye psicoterapia individual, coaching y control médico;

7) certificado de 11 de agosto de 2014, emitido por el psicólogo clínico don Erich von Bischoffshausen, que da cuenta de la atención psicológica proporcionada a los padres de Borja desde octubre de 2010 y por el lapso de un año, donde el profesional pudo advertir los profundos daños emocionales que les dejó la muerte de su hijo menor; y,

8) copia simple de la carpeta investigativa correspondiente al RUC 1000968150-2, investigación desplegada por la Fiscalía Metropolitana Centro Norte y que concluyó en la condena de la señora Riffo Tapia como autora del cuasidelito de homicidio cometido en contra del menor Borja López Ojeda.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, además, los reclamantes hicieron comparecer en estrados a los testigos Marcela Miranda Valenzuela, Andrea Elías Ahumada, Marisela Alfaro Cerda, Paz Valenzuela Puchulu, Erich von Bischoffshausen Ángel y María Soledad Bertoglio Salazar, quienes debidamente juramentados, legalmente examinados y sin tacha declararon en los siguientes términos:

Presentada a los puntos de prueba 1° y 3° de fojas 329, la testigo y antigua apoderada Marcela Miranda Valenzuela declara que al momento de matricular a



su hija en el Jardín Infantil Mandarin, la directora del establecimiento le ofreció un servicio adicional consistente en el transporte de párvulos y que se encontraba estipulado en una especie de contrato que señalaba los horarios de transporte y los valores, los cuales variaban dependiendo de si el traslado era sólo de ida, ida y vuelta o si contemplaba a uno o más infantes. Añade que una vez que aceptó, documentó el pago con un cheque y que ciertamente existía un contrato entre el Jardín y los apoderados a este respecto.

Ante las repreguntas, la testigo precisa que quienes trasladaron a su hija no fueron siempre las mismas docentes y tampoco los mismos vehículos; señala también que la prestación que se discute constaba en el reglamento interno del establecimiento educacional y que, a mayor abundamiento, en la libreta de comunicaciones se adjuntaba un oficio con indicaciones sobre el servicio para los apoderados; al efecto, reconoció la copia del Reglamento Interno del Jardín Infantil que se le exhibió en la audiencia. Continuando con las repreguntas, expone que a través del tratamiento psiquiátrico y psicológico a que sometió a su hija logró averiguar que una vez que la niña era retirada de su casa por el transporte de Mandarin, la educadora de turno no la llevaba de inmediato al Jardín, sino que enfilaba al supermercado Santa Isabel de la Avenida Pedro Fontova, donde compraba colación o almorzaba mientras los lactantes permanecían al interior del vehículo con las puertas y los vidrios cerrados, en muchas ocasiones a merced del calor; reitera a continuación que la directora del Jardín le ofertó los servicios y si bien ignora cómo se coordinaban, dice que le consta que ella era quien estaba a cargo de la administración de las prestaciones ofrecidas por Mandarin.

Contrainterrogada, la deponente dice no recordar los nombres de las docentes que transportaron a su hija, pero asegura que eran más de tres, incluyendo a quien trasladaba a Borja; también dice ignorar si los vehículos eran de propiedad de las educadoras y señala que nunca las contactó telefónicamente para coordinar el transporte. Seguidamente afirma que existía una sociedad entre los cinco demandados de autos, pero ignora por qué no habrían participado de la misma otras trabajadoras del Jardín. A objeto de proporcionar sustento a sus dichos en cuanto a que operaba una sociedad, afirma que la directora de Mandarin recibía los cobros por concepto de transporte; sin embargo, luego reconoce que la supuesta sociedad no contaba con elementos identificadores, como timbres, logo, correo electrónico ni otros similares. Por último se le exhibe el Reglamento de transporte informal, el cual desconoce.

Presentada a los puntos de prueba 1° y 3° de fojas 329, la testigo y también ex apoderada del Jardín, Andrea Elías Ahumada, expone que cuando matriculó a su hijo en Mandarin se le ofreció el servicio de transporte, que debía ser pagado



junto con la mensualidad del mes siguiente. En cuanto a la existencia de una sociedad de hecho dice ignorarlo, pero agrega que en el papel de la matrícula figuraba dicha prestación y que incluso le enviaban informativos, por ejemplo cuando había cambios de horario.

Repreguntada, la señora Elías declara que su hijo fue alumno del establecimiento entre 2009 y 2010; que quien le ofreció el servicio de locomoción escolar fue la directora, de nombre Gabriela; que hizo uso del mismo sólo en ocasiones puntuales; que quienes desplegaban la labor eran las propias educadoras en sus autos particulares; afirma que el servicio era ofertado por el propio establecimiento, de modo que otros apoderados también lo habían contratado y el mismo Jardín era responsable por la seguridad y el cumplimiento de lo ofrecido. Luego reconoce el documento que contiene el Reglamento interno del recinto.

Contrainterrogada no recuerda los nombres de quienes trasladaban a su hijo; indica que no existía un grupo organizado que se identificara con timbres, correo electrónico, logos o símiles, sino que todo el contacto necesario para coordinar el traslado de los menores se hacía con la dirección de Mandarino. Al exhibírsele el documento “Reglamento y funcionamiento de nuestro Jardín Infantil” la deponente lo desconoce por cuanto el instrumento consigna que el establecimiento no ofrece transporte escolar y eso es falso, además que el reglamento interno que ella vio sí lo explicitaba. Finalmente, reconoce que nunca firmó algún documento escrito para el traslado de su hijo.

Presentada a los puntos 4° y 5° de fojas 329, la testigo Marisela Alfaro Cerda, psicoterapeuta de la demandante Denis Ojeda Segovia, se refiere al profundo daño emocional que la muerte de Borja ha tenido en su paciente, quien no logra establecer vínculos afectivos, sino sólo formales y funcionales y presenta sintomatología específica del cuadro depresivo severo vinculado a desesperanza por el futuro, dificultades para disfrutar de la vida y creencia de que no puede hacer nada por cambiar las circunstancias de su existencia.

Repreguntada acerca de los pormenores del cuadro depresivo de la señora Ojeda Segovia, la psicóloga puntualiza que su paciente sufre de jaquecas recurrentes y a veces inhabilitantes, insomnio y tensiones musculares. En términos emocionales está constantemente triste, con baja energía y autoestima. Alerta que este escenario podría desembocar en un cuadro depresivo mayor, pues cumple con al menos tres de los cuatro criterios de la descripción de ese trastorno conforme el Manual de Psiquiatría DSM-V. A través de las entrevistas psicológicas mantenidas, la profesional tratante ha podido conocer indirectamente sobre el daño emocional experimentado por el hijo sobreviviente, Íñigo, quien ha llegado a



verbalizar fantasías suicidas y sobre la separación física de la señora Ojeda Segovia y su marido.

Contrainterrogada, puntualiza que no ha tratado a Íñigo López Ojeda ni a Pablo López Ormeño.

A continuación se presenta a la testigo Paz Valenzuela Puchulu, psiquiatra de Denis Ojeda, a los puntos de prueba 4° y 5° de fojas 329 y al efecto declara tratar a la paciente por sintomatología depresiva, caracterizada por insomnio importante, angustia intensa, cefaleas, cansancio excesivo, irritabilidad, pesimismo, tristeza, disminución del estado de ánimo, de la capacidad para disfrutar, del apetito, de las capacidades de atención, concentración y memoria, todo producto de la muerte de su hijo Borja. El diagnóstico fue de trastorno depresivo mayor y duelo complicado, que fueron abordados con tratamiento farmacológico (antidepresivos y ansiolíticos) e indicación de apoyo psicoterapéutico. Agrega que antes de su primera consulta la paciente había renunciado a su trabajo de 10 años y donde había sido reconocida por su buen rendimiento; tiempo después, en abril de 2013, había sido despedida de otro pues la angustia le impedía trabajar y concentrarse. Ya en enero de 2016 habría presentado leves mejorías, pero la tristeza, la cefalea y los síntomas angustiosos persisten.

Repreguntada, la psiquiatra reconoce el informe médico rolante a fojas 408 como emitido por ella. Además señala haber atendido al menor Íñigo López Ojeda con posterioridad a los hechos que fundan la demanda y que el niño presentaba una desregulación emocional severa con episodios de descontrol que lo hacían disruptivo en su casa y en su colegio. En cuanto al tiempo que tomará a la madre y al hijo sobreviviente para elaborar la experiencia de pérdida, la médico tratante admite que es difícil poder predecir algo así, pero que suele tratarse de procesos duros y de largo aliento.

Contrainterrogada, declara no haber atendido individualmente a Pablo López Ormeño.

Presentado a los puntos 4° y 5° de fojas 329, el deponente Erich von Bischoffshausen Ángel, psiquiatra de Denis Ojeda y Pablo López, declara que como médico tratante del matrimonio advirtió un cuadro grave de depresión mayor con sintomatología ansiosa severa en el señor López Ormeño y que ello afectó sus capacidades cognitivas, tales como su capacidad de tomar decisiones, de mantener un foco, de resolver problemas y de visualizar un futuro pacífico para sí mismo y su familia. A nivel emocional, en tanto, el paciente acusa intensas oscilaciones e inestabilidad, alto nivel de estrés y episodios de aplanamiento afectivo acompañados de ideas de muerte e intenciones suicidas. Todo ello,



relata, transcurría a la par de una crisis de pareja que puso en cuestión todo el proyecto familiar, lo que incidió además en el desempeño laboral del padre de Borja. En lo que concierne a Denis Ojeda, el psiquiatra advirtió angustia, desconcierto, sentimientos de culpa irracionales, episodios depresivos recurrentes, estados de confusión y un cuestionamiento al proyecto familiar, no obstante que previo a la muerte de su hijo menor mantenía una relación de pareja satisfactoria y saludable.

Repreguntado, el señor von Bischoffshausen expresa que la muerte de Borja sencillamente destruyó el sentido de vida de sus pacientes, para quienes de ahora en más la existencia es algo que deben soportar más que disfrutar. Apunta que es muy probable que experimenten episodios depresivos recurrentes con intervalos asintomáticos lenta pero progresivamente mayores a lo largo de toda su vida. Luego de reconocer la emisión del certificado de fojas 410, advierte un pronóstico más bien negativo para la relación de pareja, comoquiera que la muerte del hijo menor ha significado rabia, impotencia y dolor que han nublado sus conciencias, generado desencuentros graves y, en suma, ha derivado en una ruptura muy profunda.

Contrainterrogado, el psiquiatra refiere que desde octubre de 2010 sostuvo en promedio una sesión semanal con el matrimonio por espacio de un año; luego, en 2014 atendió al señor López por dos meses y ya en 2016 comenzó a reunirse con él desde el mes de marzo.

Finalmente, es presentada como testigo la ex apoderada de Mandarin, doña María Soledad Bertoglio Salazar, quien declara al punto 1° de fojas 329 modificado a fojas 826 que tuvo conocimiento de una oferta de transporte que se desarrollaba en los años en que sus hijas asistieron al Jardín demandado, esto es, entre 2003 y 2008. Complementa que era la directora del recinto, Gabriela Laval, quien daba a conocer el servicio como un *plus* de la labor docente desplegada en Mandarin. Agrega que pagaba por el transporte a principios del mes siguiente junto con la colegiatura y que si bien ella lo usó en ocasiones puntuales, le consta que se desarrolló de forma continua en los cinco años en que fue apoderada.

Repreguntada, la señora Bertoglio dice haber estado en conocimiento de la existencia de un reglamento interno del Jardín en donde figura la cláusula "Transporte particular realizado por el personal del jardín y/o sala cuna".

Contrainterrogada, la deponente precisa que el transporte fue efectuado por diferentes educadoras del Jardín Infantil Mandarin y siempre se utilizaron vehículos particulares. También aclara que el servicio se contrataba eventualmente y se solicitaba telefónicamente al Jardín, por lo que no se pagaba



al momento de la matrícula ni junto con las mensualidades, sino que en forma aparte y directamente a Gabriela Laval.

Presentada al tercer punto de prueba de fojas 329 y modificado a fojas 826, la señora Bertoglio dice desconocer la existencia de una sociedad, ya que el servicio de transporte fue siempre ofrecido directamente por la directora del establecimiento como un adicional.

Contrainterrogada, expone que nunca vio logos ni algún nombre ficticio que publicitara alguna sociedad que funcionara al interior de Mandarin y transportara a los párvulos.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, a objeto de acreditar sus asertos, los codemandados Laval Zaldívar y Jardín Infantil Mandarin Limitada aparejaron en autos los siguientes instrumentos:

1) copia de las actas de “Informe Técnico de Salas Cunas y/o Jardín Infantil Particulares”, emitidas por el Departamento Técnico de la Dirección Metropolitana de Santiago perteneciente a la Junta Nacional de Jardines Infantiles, de fechas 29 de enero de 2004, 4 de agosto de 2005, 28 de diciembre de 2005, 11 de mayo de 2006, 16 de octubre de 2008 y 28 de mayo de 2009;

2) copia simple del documento “Reglamento y funcionamiento de nuestro Jardín Infantil”, correspondiente al Jardín Infantil Mandarin Limitada;

3) copia simple del “Reglamento y funcionamiento de nuestra Sala Cuna”, del Jardín Infantil Mandarin Limitada;

4) copia simple del “Reglamento Interno del Jardín Mandarin”;

5) copia simple del “Reglamento de transporte informal”;

6) copia simple del acta de la audiencia testimonial celebrada el 27 de octubre de 2010 en la causa rol 215.452-G, seguida ante el Juzgado de Policía Local de Huechuraba y que cuenta las declaraciones de Verónica Lazo Baracat, Lilibet Acuña Jofré, Marcia Jofré Leyton y Paula Alessandri Prats;

7) copia simple de la sentencia de 20 de enero de 2011, dictada por el Juzgado de Policía Local de Huechuraba en la causa Rol 215.452-G y que absuelve al jardín infantil de la denuncia infraccional enderezada en su contra por incumplimiento de la Ley de Rentas Municipales;

8) certificado emitido el 29 de octubre de 2010 por el señor Ramón Franco Naval, quien como contador de Mandarin declara que la sociedad no presta servicios de transporte a los párvulos y que tampoco ha percibido ingresos directa ni indirectamente por medio de contratos con otras personas en razón de ese tipo de servicio;

9) copia simple de correo electrónico enviado el 21 de octubre de 2010 desde la casilla papasmandarino@gmail.com a la casilla



ce.mandarino@gmail.com, el cual reenvía un correo electrónico de igual fecha, dirigido por la apoderada Francisca Díaz Díaz a la casilla alcaldia@huechuraba.cl;

10) copia simple de la colilla correspondiente al “Reglamento de transporte informal” firmada por la señora Denis Ojeda Segovia, de fecha 11 de marzo de 2010, a propósito de su hijo Íñigo;

11) copia simple de contrato de trabajo de educadora de párvulos suscrito entre la señora Eugenia Elizabeth Rizzo Tapia, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarin Limitada, en calidad de empleador, con fecha 1 de marzo de 2007;

12) copia simple de contrato de trabajo de ayudante de párvulos suscrito entre la señora Graciela Moneta Zúñiga, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarin Limitada, en calidad de empleador, con fecha 1 de marzo de 2007;

13) copia simple de contrato de trabajo de educadora de párvulos suscrito entre la señora María Soledad Aguirre Llosa, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarin Limitada, en calidad de empleador, con fecha 1 de marzo de 2007 y su respectivo “Endoso de contrato”, de 3 de marzo de 2008 y celebrado entre las mismas partes;

14) copia simple de contrato de trabajo de educadora de párvulos suscrito entre la señora Andrea Sepúlveda de la Cruz, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarin Limitada, en calidad de empleador, con fecha 1 de marzo de 2007 y su respectivo “Endoso de contrato”, de 3 de marzo de 2008 y celebrado entre las mismas partes;

15) copia simple de contrato de trabajo de educadora de párvulos suscrito entre la señora Yocelyn Arce Contreras, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarin Limitada, en calidad de empleador, con fecha 1 de marzo de 2007 y su respectivo “Endoso de contrato”, de 1 de marzo de 2009 y celebrado entre las mismas partes;

16) copia simple de contrato de trabajo de educadora de párvulos suscrito entre la señora Lily Bravo Moya, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarin Limitada, en calidad de empleador, con fecha 3 de marzo de 2008;

17) copia simple de contrato de trabajo de co-educadora de párvulos suscrito entre la señora Laura Valenzuela Lobos, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarin Limitada, en calidad de empleador, con fecha 1 de octubre de 2008;

18) copia simple de contrato de trabajo de educadora de párvulos suscrito entre la señora Gisela Andrea Herrera Ávalos, en calidad de empleada, y el Jardín



Infantil Mandarinino Limitada, en calidad de empleador, con fecha 3 de marzo de 2008;

19) copia simple de contrato de trabajo de educadora de párvulos suscrito entre la señora Daniela Dreiman Marín, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarinino Limitada, en calidad de empleador, con fecha 3 de marzo de 2008;

20) copia simple de contrato de trabajo de educadora de párvulos suscrito entre la señora María Paz Paredes Aguirre, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarinino Limitada, en calidad de empleador, con fecha 3 de marzo de 2008;

21) copia simple de contrato de trabajo de educadora de párvulos suscrito entre la señora Claudia Galarce Miranda, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarinino Limitada, en calidad de empleador, con fecha 3 de marzo de 2008;

22) copia simple de contrato de trabajo de auxiliar de párvulos suscrito entre la señora Valeria de la Fuente Rossel, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarinino Limitada, en calidad de empleador, con fecha 3 de marzo de 2008;

23) copia simple de contrato de trabajo de educadora de párvulos suscrito entre la señora Paula Robles Garcés, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarinino Limitada, en calidad de empleador, con fecha 3 de marzo de 2008;

24) copia simple de contrato de trabajo de ayudante de párvulos suscrito entre la señora Mónica del Pilar Mardones Soto, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarinino Limitada, en calidad de empleador, con fecha 1 de marzo de 2007;

25) copia simple de contrato de trabajo de educadora de párvulos suscrito entre la señora Marcela Soledad Toro Lobos, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarinino Limitada, en calidad de empleador, con fecha 1 de marzo de 2009;

26) copia simple de contrato de trabajo de auxiliar de párvulos suscrito entre la señora Yocelyn Valeria Marcos Díaz, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarinino Limitada, en calidad de empleador, con fecha 1 de marzo de 2009;

27) copia simple de contrato de trabajo de auxiliar de párvulos suscrito entre la señora Estibaliz Soledad Martínez Vargas, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarinino Limitada, en calidad de empleador, con fecha 1 de marzo de 2009;

28) copia simple de contrato de trabajo de educadora de párvulos suscrito entre la señora Romina Begoña Mena Oliva, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarinino Limitada, en calidad de empleador, con fecha 1 de marzo de 2009;



29) copia simple de contrato de trabajo de auxiliar de párvulos suscrito entre la señora Elizabeth Ester Órdenes Villalobos, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarin Limitada, en calidad de empleador, con fecha 1 de marzo de 2009;

30) copia simple de contrato de trabajo de auxiliar de párvulos suscrito entre la señora Paula Alejandra Alcapio Flores, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarin Limitada, en calidad de empleador, con fecha 1 de marzo de 2009;

31) copia simple de contrato de trabajo de co-educadora de párvulos suscrito entre la señora Natalia Zúñiga Espinoza, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarin Limitada, en calidad de empleador, con fecha 1 de marzo de 2009;

32) copia simple de contrato de trabajo de auxiliar de párvulos suscrito entre la señora Noelia Zúñiga Espinoza, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarin Limitada, en calidad de empleador, con fecha 1 de marzo de 2009;

33) copia simple de contrato de trabajo de auxiliar de párvulos suscrito entre la señora Denisse Valenzuela Bustos, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarin Limitada, en calidad de empleador, con fecha 1 de junio de 2009;

34) copia simple de contrato de trabajo de auxiliar de párvulos suscrito entre la señora Abigaíl Miranda Garay, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarin Limitada, en calidad de empleador, con fecha 3 de marzo de 2008;

35) copia simple de contrato de trabajo de auxiliar de párvulos suscrito entre la señora Lilibet Alexandra Acuña Jofré, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarin Limitada, en calidad de empleador, con fecha 1 de marzo de 2009;

36) copia simple de contrato de trabajo de auxiliar de párvulos suscrito entre la señora Marcela Fuentes Órdenes, en calidad de empleada, y el Jardín Infantil Mandarin Limitada, en calidad de empleador, con fecha 1 de abril de 2010;

37) copia simple de la página 23 del diario de circulación electrónica "Ojonoticias", de 22 de octubre de 2010, titulada "Corte de Apelaciones revisará libertad de parvularia (*sic*)", respecto de doña Eugenia Rizzo Tapia;

38) copia simple del documento denominado "Sala Cuna y Jardín Infantil Mandarin", correspondiente a la cotización solicitada para Sala Cuna (valores 2009);

39) copia simple del documento denominado "Sala Cuna y Jardín Infantil Mandarin", correspondiente a la cotización solicitada para Sala Cuna (valores 2010);



40) copia simple de boleta N° 05746, emitida por el Jardín Infantil Mandarino Limitada el 1 de octubre de 2009, por concepto del pago tanto de la mensualidad del mes de octubre de la alumna Sofía Salas Miranda, como del pago de la matrícula del segundo semestre de aquel año;

41) copia simple de boleta N° 006023, emitida por el Jardín Infantil Mandarino Limitada el 3 de noviembre de 2009, por concepto del pago de la mensualidad de aquel mes y año de la alumna Sofía Salas Miranda;

42) copia simple de la boleta N° 006376, emitida por el Jardín Infantil Mandarino Limitada el 4 de diciembre de 2009, por concepto de mensualidad de la alumna Sofía Salas Miranda;

43) copia simple de la boleta N° 006547, emitida por el Jardín Infantil Mandarino Limitada el 4 de enero de 2010, por concepto de pago de la mensualidad de la alumna Sofía Salas Miranda;

44) copia simple de la boleta N° 006721, emitida por el Jardín Infantil Mandarino Limitada el 1 de febrero de 2010, por concepto de pago de la mensualidad de la alumna Sofía Salas Miranda;

45) copia simple de la boleta N° 006965, emitida por el Jardín Infantil Mandarino Limitada el 10 de marzo de 2010, por concepto de pago de la mensualidad de la alumna Sofía Salas Miranda;

46) copia simple de la boleta N° 007263, emitida por el Jardín Infantil Mandarino Limitada el 15 de abril de 2010, por concepto de pago de la mensualidad de la alumna Sofía Salas Miranda;

47) copia simple de la boleta N° 007437, emitida por el Jardín Infantil Mandarino Limitada el 6 de mayo de 2010, por concepto de pago de la mensualidad de la alumna Sofía Salas Miranda;

48) copia simple de la boleta N° 007632, emitida por el Jardín Infantil Mandarino Limitada el 4 de junio de 2010, por concepto de pago de la mensualidad de la alumna Sofía Salas Miranda;

49) copia simple de la boleta N° 007830, emitida por el Jardín Infantil Mandarino Limitada el 5 de julio de 2010, por concepto de pago de la mensualidad de la alumna Sofía Salas Miranda;

50) copia simple de la boleta N° 008034, emitida por el Jardín Infantil Mandarino Limitada el 4 de agosto de 2010, por concepto de pago de la mensualidad de la alumna Sofía Salas Miranda; y,

51) copia simple de la boleta N° 008182, emitida por el Jardín Infantil Mandarino Limitada el 31 de agosto de 2010, por concepto de pago de la mensualidad de la alumna Sofía Salas Miranda.



VIGÉSIMO CUARTO: Que, asimismo, las codemandadas hicieron comparecer en estrados a los testigos Roxana Gutiérrez Garrido, Ramón Franco Naval, Francisca Díaz Díaz, Paula Alessandri Prats, Lily Bravo Moya, María Andrea Sepúlveda de la Cruz y Marcia Jofré Leyton, quienes legalmente examinados, debidamente juramentados y sin tacha, depusieron a los puntos de prueba como pasa a detallarse:

Presentada al primer punto de prueba de fojas 329, la testigo Roxana Gutiérrez Garrido, quien fuera secretaria de la demandada Laval Zaldívar entre 19998 y 2004, declara que las partes concernidas en el mencionado contrato de prestación de servicios de transporte eran las docentes y los apoderados, sin ninguna participación del Jardín; ello le consta porque también fue transportista y se coordinaban con los padres de los alumnos de manera personal. Añade que los vehículos utilizados para entregar el servicio eran de propiedad de cada educadora. A continuación, admite haber atestiguado la creación del servicio de transporte de la mano de Laval Zaldívar, quien consultaba a las trabajadoras del Jardín acerca de su disponibilidad para desarrollar dicha labor adicional; no obstante ella jamás recibió ningún dinero por ese concepto, que correspondía enteramente a quienes trasladaban a los menores. Expresa también que se redactó un contrato informal con la finalidad de aclarar a los usuarios que el Jardín no era parte del servicio; así, los padres lo pagaban aparte de la matrícula y las mensualidades.

Contrainterrogada, la testigo aclara que nunca ha abandonado totalmente su trabajo en Mandarin y, de hecho, mantiene un trato laboral esporádico a través de boletas de honorarios. Destaca que cada enero y durante algunos meses de cada año vuelve al recinto educacional a ejercer como secretaria. También puntualiza que a la época en que se creó el servicio de transporte no existía reglamento interno del Jardín; a mayor abundamiento, la prestación largamente debatida nació en 1998, pero dice ignorar en qué año se elaboró el reglamento interno. Al exhibírsele el documento que contiene el Reglamento interno de Mandarin y que reza “Transporte particular realizado por el personal del jardín y/o sala cuna”, indica que la comunidad del establecimiento estaba al tanto del servicio, pero que la función de Mandarin se reducía a sólo informar. En este contexto, según su relato, la señora Laval Zaldívar no ofrecía la prestación a los apoderados, sino que a través del “boca a boca” estos acudían a ella para interiorizarse y decidir, mientras Laval aclaraba que se trataba de un servicio independiente del trabajo docente propio del Jardín.

Presentada al punto N° 3, la deponente dice estar al tanto de que el centro educacional no tiene vinculación con el servicio de transporte porque ella, al ser



secretaria de la directora, creó el sistema de pago para el establecimiento en una planilla de Excel. Además, como fue transportista, dice que le consta que los pagos por ese adicional se enteraban directamente a las trabajadoras que trasladaban a los párvulos. Incluso afirma que cuando los apoderados se equivocaban y enviaban cheques para el pago de la mensualidad junto con el del transporte ella los devolvía, a veces rotos. Frente a otra consulta, responde que no existían elementos identificadores de un grupo organizado, sino sólo un grupo de mujeres que se coordinaban para ir por sector a dejar a los niños a sus casas y que no incluía a Gabriela Laval.

Contrainterrogada respecto de por qué el Reglamento de transporte informal menciona que “el pago del transporte puede ser enviado al jardín en la libreta, notificando su envío por escrito” si no había vínculo con el Jardín, contesta que eso se debía a que las docentes se comunicaban por medio de la libreta de comunicaciones y entre ellas se entregaban los cheques de forma interna una vez revisadas las libretas dentro de la jornada.

Luego comparece el testigo Ramón Franco Naval, quien se presenta como ex contador externo del establecimiento, cargo que ostentó hasta 2014. Presentado al punto N° 3 dice desconocer la existencia de alguna sociedad de hecho al interior del Jardín y asegura que Mandarin no participaba en ninguna sociedad con otras personas, jurídicas o naturales.

Al repreguntarle, la actora le exhibe el documento que rola a fojas 598 y el deponente lo reconoce. Dice que le consta la veracidad de lo que consigna aquel instrumento por el conocimiento que adquirió de los antecedentes contables de la sociedad Mandarin y niega la existencia de ingresos por concepto de transporte en la contabilidad del establecimiento preescolar.

Contrainterrogado, el señor Franco Naval señala que no le consta la existencia de un servicio de transportes del jardín infantil y tampoco conoció el reglamento interno de la institución.

Comparece a continuación la ex apoderada de Mandarin y testigo Francisca Díaz Díaz, quien declara al primer punto de prueba que no existía contrato escrito de transporte, sino sólo un acuerdo de palabra entre educadoras y apoderados. Esto le consta pues sus hijos ocupaban aquel servicio.

Repreguntada, precisa que los vehículos utilizados para la labor eran propiedad de las docentes a cargo y que se coordinaba con ellas, sin mediación de Mandarin, a través de llamadas telefónicas. En cuanto al pago, lo enteraba en efectivo a la “tía” que hubiera efectuado el transporte. Acto seguido reconoció el documento de fojas 608 que se le exhibiera y precisó que fue apoderada del establecimiento entre octubre de 2008 y fines de 2011; refiere que la razón de ser



de aquel correo electrónico fue su buena experiencia con Mandarin y su disconformidad con el cierre del jardín infantil luego de la muerte de Borja.

Contrainterrogada, manifiesta no recordar la existencia de un reglamento interno del jardín infantil, aun cuando se le exhibe, y señala que el pago del transporte era un concepto distinto del de las mensualidades.

Presentada al tercer punto, desconoce la existencia de una sociedad de hecho en los términos planteados por la demandante.

Repreguntada niega haber visto elementos identificadores (tales como timbres, logos u otros) que dieran cuenta de la existencia de una sociedad como la que la actora plantea al interior del centro preescolar.

Seguidamente la parte demandada presenta a la testigo Paula Alessandri Prats, también antigua apoderada de Mandarin, quien presentada al primer punto de prueba señala no tener conocimiento de la existencia de contrato de prestación de servicios de transporte alguno.

Repreguntada, refiere que nunca utilizó el servicio de traslado aun cuando por sus visitas al Jardín estaba en conocimiento de que sí existía y que era informal, por cuanto se celebraba verbalmente entre las profesoras y los apoderados.

Contrainterrogada, señala no recordar la existencia de un reglamento interno.

Presentada al punto N° 3 dice no tener conocimiento de que haya existido ninguna sociedad ni legalmente constituida ni de hecho.

Repreguntada, manifiesta nunca haber advertido elementos distintivos que pudieran servir para identificar a un grupo organizado de transporte.

En audiencia separada depone doña Lily Bravo Moya, quien se desempeña como educadora de párvulos en Mandarin. Presentada al punto N° 1 de fojas 329, declara que trabaja en el Jardín desde 2007 y al tiempo de haber ingresado se enteró de la existencia de un servicio de transporte de párvulos que era desarrollado por otras docentes. Se refiere a la existencia de un contrato de prestación de servicios de transporte que estipulaba que se trataba de un acuerdo entre apoderados y educadoras; los valores eran establecidos por estas últimas y los pagos se hacían directamente con la encargada del traslado vía libreta de comunicaciones.

Repreguntada, aclara que la persona encargada de recibir el pago no tenía relación con el jardín infantil y que, más aún, la organización del servicio se hacía en horarios libres de modo de no perjudicar el funcionamiento en aula. También puntualiza que el contacto entre apoderados y transportistas se efectuaba en forma telefónica, que los vehículos dispuestos para cumplir con la facilidad



descrita eran particulares y que la señora Laval Zaldívar no tenía injerencia alguna en la actividad.

Contrainterrogada, reconoce la existencia de un reglamento interno y al referirse a su contenido sostiene que aun cuando el documento menciona la existencia de un sistema de transporte, no dice en ninguna parte que las educadoras deban transportar a los párvulos, junto con su trabajo docente; además, si bien el instrumento dice que la dirección del establecimiento debía llevar una lista de los niños y las responsables de llevarlos, en la práctica esa labor era desplegada por las profesoras.

Presentada al tercer punto de prueba, asevera que no existía una sociedad de hecho entre los demandados.

Repreguntada, aduce que le consta lo expresado en razón de su relación laboral con ellos. En cuanto al pago por concepto de transporte, niega haber efectuado aporte económico alguno al Jardín; en contrapartida, tampoco recibió mejorías en su remuneración ni ningún otro beneficio. Por otra parte, y en consonancia con lo declarado hasta el momento, sostiene que el pago del servicio de locomoción era aparte del de las mensualidades. Por último, la encargada de transporte no rendía cuenta alguna a la dirección del establecimiento.

Seguidamente comparece la testigo María Andrea Angélica Sepúlveda de la Cruz, quien se desempeña como educadora de párvulos en el Jardín Infantil Mandarin. Presentada al primer punto de prueba, declara que existía un contrato informal entre los padres y las docentes que transportaban a los infantes. El mecanismo contemplaba la inclusión de los números telefónicos de las profesionales y colillas con el nombre del párvulo y el teléfono de su apoderado.

Repreguntada, dice que le consta lo que ha informado pues participó de la confección de dichos instrumentos en tanto transportista. También concuerda con los testimonios anteriores respecto de que los vehículos utilizados para trasladar a los niños eran particulares de las docentes que participaban del sistema y en que la dirección del centro educacional no tenía injerencia alguna en la prestación debatida. Ante la exhibición, reconoce el Reglamento de transporte informal y, referida a sus estipulaciones, señala que en un principio se pagaba a la “tía” que había ejecutado la labor de transporte, pero con el tiempo se sugirió que una persona determinada estuviera a cargo de la recolección de los dineros y su reparto equitativo entre las prestadoras del servicio; en cuanto a esa gestión, fue categórica en indicar que no se rendía cuenta a la directora. Cualquier intervención del Jardín al respecto obedecía sólo a funcionar como una vía de información.



Contrainterrogada, expresa que según su conocimiento la señora Laval no ofrecía el servicio de transporte a los apoderados. Seguidamente reconoce la existencia del Reglamento interno del jardín infantil y en cuanto a su mención del transporte y de cómo el Jardín llevaba una lista de los niños que usaban ese servicio, indica que se imagina era por asuntos de orden.

Ante el punto N° 3 de fojas 329, la declarante niega la existencia de una sociedad de hecho. Dice que eso le consta pues conoce a las demandadas del presente litigio.

Repreguntada, asevera que no recibía bonificación alguna por prestar servicios de transporte y tampoco debía pagar comisiones o símiles a Mandarin; los pagos se enteraban directamente a la educadora que efectuaba el traslado a través de efectivo o por medio de cheque y se trataba de un concepto enteramente diferenciado de la mensualidad.

Contrainterrogada, refiere que los padres tomaban conocimiento del contrato pues ante su petición las docentes lo remitían vía cuaderno. Asimismo, precisa que la encargada de recaudar los pagos cambiaba mensualmente. Al referirse a la organización entre las trabajadoras de Mandarin para transportar a los niños utiliza las palabras “sociedad informal”, pero reconoce no estar segura de esa denominación.

Finalmente, comparece la testigo Marcia Jofré Leyton, ex apoderada de Mandarin, quien presentada al primer y tercer punto de prueba desconoce la existencia de una sociedad entre los demandados, más allá de su relación laboral.

Repreguntada, expone que el servicio de transporte era ofrecido por las docentes u otras apoderadas. También se muestra de acuerdo en que los vehículos utilizados al efecto eran de propiedad de las educadoras, en que la señora Laval no tenía injerencia alguna en la actividad, en que el pago por el traslado se hacía directamente a la funcionaria que lo había efectuado y que se trataba de un concepto separado de la mensualidad. Asimismo niega haber visto carteles, logos, oficinas u otros que le permitiesen conjeturar la existencia de una sociedad de transportes al interior del establecimiento educacional.

Contrainterrogada, afirma que se enteró de esta prestación conversando con otras apoderadas. Igualmente recuerda la existencia del reglamento interno del Jardín y que pese a que presentara una cláusula referida al transporte de los párvulos esto no era responsabilidad de Mandarin.

VIGÉSIMO QUINTO: Que las demás demandadas no aportaron prueba alguna al proceso.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, con el mérito de la prueba rendida y analizada de conformidad con los artículos 342, 346 y 384 del Código de Procedimiento Civil en



relación con los artículos 1700 y 1702 del Código Civil, es posible asentar los siguientes hechos:

a) Que el Jardín Infantil Mandarin, a través de su directora María Gabriela Laval Zaldívar, ofrecía a los apoderados como prestación adicional a los servicios educacionales uno de transporte de los párvulos, el cual era ejecutado por aquellas educadoras que, junto con ser empleadas del establecimiento, contaban con automóvil particular. El recinto educacional además coordinaba toda la información y comunicación entre los padres y las tías que iban a retirar a los niños desde sus hogares y/o llevarlos de vuelta a estos, mediante mensajes en la libreta de comunicaciones o telefónicamente. Este servicio, que era ejecutado por las docentes, estaba en conocimiento del Jardín, tanto así que lo consignó y reguló en distintos reglamentos.

b) Las condiciones en cuanto a recorridos, horarios y aviso en caso de ausencias, como también los precios del servicio de transporte se encontraban regulados en el documento denominado “Reglamento de Transporte Informal”. En relación al precio, éste era pagado directamente a las tías del jardín ya sea en forma presencial o mediante el envío de un cheque en la libreta de comunicaciones y eran ellas quienes aprovechaban en forma exclusiva el pago. Tal monto debía pagarse conjuntamente con la mensualidad.

c) Si bien el retiro o regreso de los niños era realizado indistintamente por cualquiera de las educadoras que participaban en éste, al menos desde mediados del año 2010 en el caso de Borja López Ojeda, éste era realizado exclusivamente por Eugenia Riffo Tapia.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que para tener por acreditados los hechos detallados en el motivo precedente se ha tomado en especial consideración el Reglamento y funcionamiento del Jardín Infantil, acompañado por ambas partes, así como el Reglamento de Transporte informal y las piezas en que constan las declaraciones prestadas ante Policía de Investigaciones en el contexto de la causa penal que motivó el deceso de Borja López Ojeda. Asimismo, se han considerado los testimonios aportados por los actores de los testigos Marcela Miranda Valenzuela, Andrea Elías Ahumada, Marisela Alfaro Cerda, Paz Valenzuela Puchulu, Erich von Bischoffshausen, Ángel y María Soledad Bertoglio Salazar, quienes no obstante ser menor en número que los testigos presentados por los demandados se preferirán por estar mejor instruidos de los hechos y hallarse sus declaraciones más conforme con las otras pruebas del proceso, tal como lo permite el artículo 384 regla tercera del Código de Procedimiento Civil.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, de conformidad al artículo 2013 del Código Civil, el arrendamiento de transporte es un contrato en que una parte se



compromete mediante cierto precio o flete a transportar o hacer transportar una persona o cosa de un paraje a otro.

De acuerdo a los hechos asentados y la definición recién transcrita es posible concluir la existencia de un contrato de transporte de personas entre los demandantes Denis Carolina Ojeda Segovia y Pablo Enrique López Ormeño con Eugenia Elizabeth Riffo Tapia y el Jardín Infantil Mandarin Limitada, representado por María Gabriela Laval Zaldívar, en virtud del cual la demandada Riffo Tapia se comprometió a transportar al hijo de los actores, Borja López Ojeda de 2 años y 11 meses de edad, desde su hogar al jardín infantil ya nombrado. Este contrato, además de las obligaciones que impone la ley, encuentra sus estipulaciones en el documento denominado “Reglamento de Transporte Informal” que se lee a fojas 121 de estos autos.

Ahora bien, este contrato de transporte reviste ciertas particularidades ya que aunque no se encargaba del transporte propiamente tal ni obtenía alguna ganancia en dinero respecto de éste, descartándose de esta forma que tenga la calidad de empresario de transporte o de alguna de las otras que define el artículo 2013 ya citado, lo cierto es que el jardín infantil demandado, a través de su representante y directora, tenía participación al realizar funciones de promoción de esta prestación como adicional a los servicios educacionales que prestaba, así como también coordinaba toda la información y comunicación entre los padres y las educadoras a cargo del transporte tal como se estableció en el motivo vigésimo sexto. Estas funciones, aun cuando no proporcionaban una utilidad en dinero, suponían un servicio adicional para los apoderados del jardín en cuya virtud se les aseguraba que los infantes serían conducidos por las propias docentes del establecimiento y en forma directa hasta la misma sala de clases, lo que obviamente otorgaba tranquilidad y seguridad a los padres, tal como reconoce en su contestación. De esta manera es posible arribar a la conclusión que el Jardín Mandarin también forma parte del contrato materia de este juicio.

Así entonces se desestimará la alegación de este demandado sobre la falta de vinculación en el servicio de transporte. El documento acompañado por la demandada consistente en una copia de la sentencia dictada por el Juzgado de Policía Local de Huechuraba que se lee a fojas 165 y siguiente en nada altera la conclusión a la que se ha arribado, toda vez que dicho proceso versó sobre la denuncia de una infracción a la normativa de rentas municipales y por lo demás se desestimó por falta de antecedentes probatorios y no porque no existiera vínculo alguno entre los actores de este juicio y el jardín infantil respecto al traslado de su hijo menor.



VIGÉSIMO NOVENO: Que, en concordancia con lo anterior, se desestimaré la demanda en contra de María Gabriela Laval Zaldívar en cuanto persona natural toda vez que su participación fue exclusivamente en calidad de directora y representante legal del Jardín Mandarin.

Asimismo se rechazará la demanda respecto de las educadoras Gisela Andrea Herrera Ávalos y Verónica Paulina Lazo Baracat, pues si bien de la prueba documental ha podido establecerse que ellas formaban parte del grupo de parvularias que trasladaban niños, no ha podido asentarse que trasportaban a Borja López Ojeda, pues la única referencia concreta que se ha podido comprobar en el juicio es respecto de la demandada Riffo.

TRIGÉSIMO: Que, para finalizar el análisis sobre la existencia del contrato de prestación de servicios de transporte y sus partes, resulta pertinente referirse a la excepción de falta de legitimidad activa que han deducido los demandados Laval y Jardín Mandarin respecto de los tres demandantes. En cuanto a los padres de Borja López la alegación será desestimada, toda vez que no se ha aparejado prueba que sustente los dichos de la parte demandada de que fue el abuelo del niño quien los contactó, en tanto que no se ha desconocido que los padres demandantes eran los apoderados en el centro educativo, circunstancia a partir de la cual puede presumirse que estos no sólo se encargaban del pago del colegio sino también del servicio de transporte.

No se arriba a la misma conclusión respecto del hermano de Borja y también demandante Íñigo López Ojeda, quien es sólo un niño, sin que conste que haya participado en el acuerdo sobre el transporte de Borja ni siquiera a través de sus representantes legales, razón por la cual este actor no se encuentra legitimado para entablar la demanda por responsabilidad contractual al no ser parte del contrato que liga a las partes.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, establecida la existencia del contrato y sus partes, procede analizar las obligaciones que éste impone a las demandadas y verificar si existe un incumplimiento culpable de ellas. En concordancia procede rechazar la alegación sobre régimen aplicable.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que ya en el artículo 2013 del Código Civil aparece que el acarreador está encargado de transportar una persona o cosa de un paraje a otro. El artículo 2016 del mismo Código en tanto precisa que el acarreador es obligado a la entrega de la cosa en el paraje y tiempo estipulados, salvo que pruebe caso fortuito o fuerza mayor. Agrega que no podrá alegarse por el acarreador la fuerza mayor o caso fortuito que pudo con mediana prudencia o cuidado evitarse. Si bien esta última disposición hace referencia a la entrega de cosas, lo cierto es que el Código Civil al regular el arrendamiento de transporte lo



hace en las hipótesis de que se trate de una persona o cosa de manera que puede concluirse que tratándose del transporte de una persona resulta igualmente aplicable.

Por otra parte, aun cuando tanto el centro educacional como las educadoras denominaron el traslado de niños como “transporte informal” a fin de eximirse de la normativa que regula el transporte de escolares, lo cierto es que ésta era la actividad que las educadoras del Jardín Mandarinino realizaban, situación de la cual el jardín estaba en conocimiento permitiéndola e involucrándose en la forma ya expuesta en el motivo vigésimo octavo, razón por la cual a pesar de lo expresado en el reglamento tantas veces nombrado esta actividad se rige por la Ley N° 18.290, la Ley N° 19.831 y su reglamento, y el Decreto N° 38 de 14.03.1992 que contiene el Reglamento del transporte remunerado de transportes.

Sin perjuicio de las responsabilidades infraccionales o administrativas que pudieran corresponder a las demandadas por el incumplimiento de tal normativa en relación a los requisitos del vehículo y del conductor y a la inscripción en el registro creado para tal efecto, en lo que interesa a este juicio debe tenerse presente lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3° del Reglamento del transporte remunerado de escolares: “Los conductores de los vehículos deberán velar por la seguridad de los menores desde su recepción en el vehículo hasta su entrega en el establecimiento educacional o en su casa o domicilio, según sea su destino.” En el inciso segundo exige que para el caso de niños de niveles pre-básicos en cantidad superior a cinco, además del conductor exista un acompañante adulto quien asumirá la obligación ya expuesta con especial énfasis en el cuidado del menor al descender del vehículo e ingresar al establecimiento educacional o a su casa o domicilio.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que a partir de las normas señaladas en el motivo que precede como también del principio de buena fe que consagra el artículo 1546 del Código de Bello, puede establecerse que sobre la demandada Eugenia Riffo Tapia en cuanto transportista de Borja López Ojeda desde su hogar al Jardín Mandarinino pesaba el deber de entregar al niño en el paraje y tiempo estipulados, esto es, en el establecimiento educacional al inicio de la jornada de la tarde, debiendo velar por su seguridad durante todo el trayecto hasta la entrega del niño en el jardín, y es que atendida su corta edad exigía que la demandada lo cuidara mientras descendía del vehículo, como también que ingresara al recinto. Sobre este último aspecto, debe tenerse en consideración que la conductora desempeñaba labores como educadora en el Jardín Mandarinino de manera que ingresar al niño al jardín implicaba entregarlo directamente a las tías -docente o



asistente- encargadas del nivel medio menor al que pertenecía Borja. Esto último se desprende a partir de las declaraciones efectuadas por las educadoras ante Policía de Investigaciones con ocasión del proceso penal en que se investigó la muerte del infante.

Examinados los antecedentes que obran en el proceso y los hechos asentados tanto en el considerando décimo noveno como en el vigésimo sexto cabe concluir que Eugenia Riffo Tapia no dio cumplimiento a la obligación principal para la que fue contratada y que se detalla en el párrafo anterior pues Borja López Ojeda no fue entregado en el Jardín Infantil al que asistía, infringiendo además el deber de seguridad que tanto la ley como el contrato le imponían atendida la corta edad del menor al no percatarse que éste no descendió del vehículo en el que era transportado y que por el contrario permaneció en él durante varias horas, circunstancia que provocó su deceso por asfixia y que derivó en la condena de la demandada Riffo Tapia por cuasidelito de homicidio tal como consta en la sentencia de 26 de abril de 2011 dictada por el 2° Juzgado de Garantía de Santiago.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que en relación al demandado Jardín Infantil Mandarinó se ha señalado que su función en el contrato versaba sobre labores de promoción de servicio de transporte para los alumnos del establecimiento y de coordinación de la información y comunicación entre los padres y las educadoras a cargo del mismo.

A partir de los propios documentos acompañados por la demandada denominados “Reglamento y funcionamiento de nuestro jardín infantil”, “Reglamento interno del Jardín Infantil Mandarinó” y “Reglamento de transporte informal” que se leen a fojas 112, 117 y 121 respectivamente y no obstante los términos utilizados pretendiendo eximirse de cualquier responsabilidad –lo que será analizado más adelante- aparece que el establecimiento exigía a las educadoras una lista de los niños y las responsables de llevarlos como también las personas responsables a quienes dirigirse en caso de información o cambios de último minuto, lo cual resulta del todo necesario para poder coordinar adecuadamente el transporte de los párvulos. Por su parte, de acuerdo a lo consignado en el tercero de los reglamentos indicados se les solicitaba a los apoderados avisar oportunamente la ausencia del niño, lo que también dice relación con la adecuada coordinación del transporte. Estos avisos –según aparece de la testimonial de la demandante- en el caso de efectuarse los recibía el centro educativo precisamente en cumplimiento de la función de que se ha venido hablando. Por lo tanto el demandado tenía la información suficiente para



contrastar quiénes tenían contratado el servicio y quienes llegaban diariamente lo que resultaba útil para una mejor distribución del mismo.

No se ha demostrado que los apoderados de Borja López Ojeda hayan informado que el día de los hechos éste no asistiría y tampoco consta que la codemandada Riffo haya dado cuenta de su llegada al inicio de la jornada de la tarde, que por alguna razón no retiró al niño ese día, o bien, que al llegar a su domicilio le hayan indicado que éste no iría a clases.

En consecuencia, no se ha comprobado la existencia de algún motivo que permitiera al jardín demandado inferir que Borja no había utilizado el transporte el día 19 de octubre de 2010, razón por la cual atendido el deber que tenía el establecimiento educativo en este contrato el cual implicaba de su parte un mayor celo por involucrar a niños de muy corta edad debía haber verificado que se haya prestado el servicio contratado lo que en la especie implicaba constatar que el niño hubiese llegado a su sala de clases o, en caso contrario, informar dicha situación a los padres y/o a la docente transportista, lo que no hizo. Esta falta de diligencia permitió que Borja López permaneciera en el automóvil de Eugenia Riffo durante varias horas sin que se haya percatado, circunstancia que produjo la muerte del niño. Los dichos de las educadoras que declararon ante Policía de Investigaciones en la causa penal sobre la práctica del jardín infantil de sólo llamar a los apoderados cuando el párvulo se ausenta por tres o más días no altera la conclusión anterior, primero porque ello dice relación con la forma de ejecución del contrato de prestación de servicios educacionales, el que no es el contrato objeto de este juicio y, segundo, porque una práctica así no puede eximir del cumplimiento de las obligaciones pactadas.

De esta forma, se aprecia que el Jardín Infantil Mandarin no cumplió con las obligaciones que le imponía el contrato.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que el demandado Jardín Infantil Mandarin ha negado la participación en un servicio de transporte indicando siempre que tal servicio era independiente del establecimiento educacional. Ya se ha señalado que este demandado sí se encontraba vinculado al servicio de transporte que se ofrecía a los apoderados del jardín, pero resulta pertinente analizar la cláusula contenida en los diversos reglamentos que constan en el proceso a fojas 112, 117 y 121, en particular el primero de ellos al haberse consignado que tal documento fija las estipulaciones especiales pactadas por las partes en el contrato de prestación de servicios de transporte y determinar si ésta lo exime de responsabilidad.

En efecto, en el Reglamento de transporte informal se lee que “*el centro educativo Mandarin y Gabriela Laval Zaldívar, no mantienen ni ofrecen*



servicios de transporte escolar para sus alumnos, razón por la cual el servicio que acordaren los apoderados con el personal dependiente de este centro educativo, constituye un acuerdo privado que no obliga “Centro educativo Mandarin”, establecimiento que no se asume responsabilidad directa ni indirecta por dicho servicio”. En los otros reglamentos constan cláusulas de similar tenor y con el mismo fin.

En relación a este tipo de cláusulas que buscan exonerar de responsabilidad, la doctrina en general las acepta por encontrar su fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad que rige en materia contractual, pero con algunas limitaciones. El profesor Fernando Fueyo Laneri en su obra "Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones" (Editorial Jurídica de Chile. 3ª edición. 2004. Pág. 574) explica eso sí que en este tema existen restricciones que niegan licitud a estos pactos señalando, entre otras, las siguientes: a) cuando la ley lo prohíbe expresamente; b) si el daño es inherente a la persona o a los bienes y derechos de la personalidad; c) si la responsabilidad que se trata de exonerar comprendiera el caso de dolo o culpa grave. Las mismas excepciones son reseñadas por el profesor René Abeliuk Manasevich en su tratado sobre “Las obligaciones” (Editorial Legal Publishing. Tomo II. 6ta edición. 2014. Págs. 997 y 998).

El daño a las personas se justifica como límite a las cláusulas de irresponsabilidad, como también suelen denominarse, porque “la persona está fuera del comercio humano, no se puede disponer de ella ni aun con su consentimiento. La conveniencia pública, exige, además, que así sea. La sociedad tiene un interés manifiesto en proteger la integridad física y la vida de sus miembros. Este tipo de cláusulas serían contrarias al orden público y a la moral. Son, así, inválidas las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad por daños ocasionados a las personas (muerte o lesiones)”. Como nota al pie se señala precisamente el contrato de transporte como ejemplo. (GONZÁLEZ Castillo, Joel. “Las cláusulas limitativas, exonerativas o agravantes de responsabilidad en material contractual. Validez y límites”. Revista Chilena de Derecho. Volumen 38 N° 1. Pág. 95. En línea. Revisado el 25 de junio de 2018 en el enlace <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v38n1/art05.pdf>).

En virtud de lo anterior, cualquier estipulación que el Jardín Infantil Mandarin haya consignado en el reglamento, el cual se entiende como parte del contrato *sub lite* no resulta válida.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que establecida la existencia de un incumplimiento por parte de los demandados en su obligación de prestar el servicio contratado, éste se presume culpable por aplicación del principio establecido en el artículo



1547 del Código Civil, norma que señala que “(...) la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega (...)”. Así, no habiéndose demostrado que los demandados actuaron con la debida diligencia ni habiéndose demostrado la concurrencia de una causal de exoneración, el incumplimiento anotado trae aparejada la obligación de resarcir los perjuicios a los reclamantes.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que en relación con el daño, presupuesto necesario para que surja la obligación de indemnizar los perjuicios, ha de señalarse que a pesar de su naturaleza particular, el daño moral debe ser probado por quien lo reclama, toda vez que éste constituye un presupuesto para el origen de la responsabilidad civil, por tanto, aquel que intente beneficiarse de la concurrencia de la misma tendrá la carga probatoria de demostrar su existencia.

Así, la indemnización del daño moral requiere que el mismo sea cierto, vale decir, que sea real y no hipotético y deberá ser demostrado por los medios de prueba legalmente establecidos por nuestro ordenamiento jurídico.

El daño moral consiste, equivale y tiene su fundamento en el sufrimiento, dolor o molestia que el hecho ilícito ocasiona en la sensibilidad física o en los sentimientos o afectos de una persona. Se toma el término “dolor” en un sentido amplio, comprensivo del miedo, la emoción, la vergüenza, la pena física o moral ocasionados por el hecho dañoso.

También puede ser entendido, tal como lo hace el profesor René Abeliuk Manasevich, como un menoscabo de un bien no patrimonial, en cuanto dolor, pesar, angustia y molestias psíquicas que sufre una persona en sus sentimientos, consecuencias del hecho ilícito; un hecho externo que afecta la integridad física o moral del individuo.

“El daño moral consiste en la lesión a los intereses extrapatrimoniales de la víctima, que son aquellos que afectan a la persona y lo que tiene la persona pero que es insustituible por un valor en moneda, desde que no se puede medir con ese elemento de cambio” (DÍEZ Schwerter, José Luis. “El daño extracontractual”. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 88).

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que, sobre este punto, los actores han expresado en su libelo que los incumplimientos anotados que causaron el fallecimiento de su hijo menor de tres años, quien tenía toda una vida por delante, produjo “un dolor, un sufrimiento, una debacle al interior de nuestro grupo familiar que hasta el día de hoy no hemos podido superar”. Agregan que esta pérdida tan dolorosa se ha incrementado al conocer las condiciones de muerte de su hijo, como también por las declaraciones de todos los involucrados en el proceso penal que buscaban limitar la responsabilidad en los hechos sólo en la demandada Riffo Tapia.



La muerte de Borja, explican adecuadamente, ha generado desavenencias familiares y un cuadro psicológico y psiquiátrico que los ha afectado en forma permanente. Además, la exposición pública del caso amplificó la victimización en los actores.

TRIGÉSIMO NOVENO: Que, de acuerdo a la prueba rendida por la parte demandante que ha sido individualizada en los motivos vigésimo primero números 4 y 7 –que rolan a fojas 407 y 410 respectivamente- y vigésimo segundo, se concluye que los demandantes Pablo López y Denis Ojeda han debido asistir durante este período a terapias psicológicas y también psiquiátricas en el caso de Ojeda, siendo las de esta última permanentes en el tiempo, mientras que las del padre al menos por 1 año con el fin de elaborar el duelo por la muerte de su hijo Borja, pues quedaron emocionalmente devastados teniendo en consideración la muerte violenta del niño y la lógica alteración del ciclo de vida normal de un ser humano.

Lo anterior, unido a la entidad, naturaleza y gravedad del hecho que produjo el resultado de muerte de Borja, la corta edad del niño y el dolor inherente que significa para un padre la pérdida de un hijo que necesariamente trae consecuencias psíquicas y emocionales difíciles de sobrellevar permiten conformar la convicción a esta sentenciadora en el sentido de que los actores experimentaron un daño moral que debe ser reparado.

CUADRAGÉSIMO: Que, establecidos los elementos de hecho que hacen procedente acceder al daño moral y que éste sea susceptible de ser indemnizado, ha de determinarse el *quantum*, cuestión que no es otra que la traducción económica de los perjuicios extrapatrimoniales y que se ve reflejada en una suma de dinero de carácter compensatorio, que tiene por objetivo mitigar los sufrimientos inmateriales provocados por los demandados y éste habrá de fijarse prudencialmente en la suma de \$80.000.000.- para cada uno de los padres.

CUADRÁGESIMO PRIMERO: Que al haberse determinado en esta sentencia la indemnización que debe satisfacer el demandado, la suma regulada se reajustará conforme la variación del Índice de Precios al Consumidor entre la fecha de esta sentencia y el mes que preceda al pago y con intereses desde que la sentencia quede ejecutoriada.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Que la parte demandante ha solicitado que los demandados sean condenados en forma solidaria al pago de las indemnizaciones solicitadas y que ya han sido determinadas en los considerandos precedentes. Lo anterior lo fundamenta en que la forma en que se prestaba el servicio demostraba la existencia de una sociedad entre el jardín infantil, su representante legal y las educadoras de párvulos que participaban en el transporte



de los niños. Señala que esta sociedad al tener por objeto un asunto comercial cuando es desarrollada como empresa debe constar en escritura pública, lo que en el caso de autos no ocurre, por lo que ésta deviene en una sociedad nula que otorga a los terceros de buena fe que han contratado con ella acciones de carácter solidario en contra de todos los asociados por las operaciones de la sociedad cuando la misma ha existido de hecho de conformidad al artículo 2058 del Código Civil.

La existencia de esta sociedad ha sido negada por el jardín infantil demandado.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Que el artículo 2053 del Código Civil establece que la sociedad o compañía es un contrato en que dos personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan. En tanto, el artículo 2055 del mismo Código indica que no hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, como tampoco hay sociedad sin participación de beneficios, comprendiendo en estos sólo aquellos apreciables en dinero.

A partir de aquellas normas, la doctrina ha establecido como requisitos esenciales del contrato de sociedad: a) el aporte de los socios, b) la participación en las utilidades y pérdidas, y c) la intención de formar sociedad o *affectio societatis*. Este último elemento se traduce en la intención de los contratantes claramente orientada a formar una sociedad, gozando en común de los beneficios que la actividad social arroje y de compartir, también en común, las pérdidas que de ella se sigan” (JEQUIER Lehuedé, Eduardo. “Curso de Derecho Comercial”. Volumen 1. Editorial Legal Publishing. 1era edición. 2014. Págs. 59 a 96).

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Que, como se ha dicho, el Jardín Infantil Mandarinino ha negado la existencia, en tanto la demandada Eugenia Riffo ha estado en rebeldía durante el juicio, lo que tiene como efecto controvertir todos los hechos que fundamentan la acción deducida.

En este contexto, los actores han fallado en demostrar la concurrencia de todos los elementos reseñados para entender que exista una sociedad entre los demandados, pues al respecto la prueba rendida por su parte es insuficiente para concluir que existía entre estos un ánimo de formar una sociedad. Los testigos presentados en este punto son imprecisos al respecto y se basan en sus propias apreciaciones y parecer de la situación. Por lo demás, si bien se ha demostrado que ambas partes reciben un beneficio a partir del transporte de los niños, estos son independientes sin que se observe que cada una de ellas participe en la utilidad que recibe el otro.



En consecuencia, no procede aplicar la norma invocada en la demanda para condenar en forma solidaria a los demandados, como tampoco estos la han pactado expresamente conforme lo exige el inciso final del artículo 1511 del Código Civil, de manera que estos concurrirán al pago de las sumas a las que son condenados en los términos planteados en el inciso primero de la norma ya citada, esto es, simplemente conjunta. Al ser dos partes, cada uno responderá entonces por la suma de \$80.000.000.- con los intereses y reajustes ya determinados.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Que la demás prueba aportada y que no ha sido analizada en nada altera los razonamientos efectuados en los motivos anteriores.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Que, al no ser totalmente vencidos, los demandados no serán condenados en costas.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 44, 1545, 1546, 1511, 1547, 1556, 1557, 1558, 1698, 1702, 1712, 2013, 2016, 2053 y 2055 del Código Civil; 144, 343, 346, 356, 357, 384 y 426 del Código de Procedimiento Civil, Decreto N° 38 de 14 de marzo de 1992, Ley N° 19831 y su reglamento, y las demás normas pertinentes, se declara:

I. Se rechazan las tachas deducidas a fojas 672, 718 y 728 por la parte demandante, así como aquella deducida a fojas 619 por los demandados María Gabriela Laval y Jardín Infantil Mandarin Limitada.

II. Se acoge la excepción de falta de legitimación activa opuesta por los demandados María Gabriela Laval y Jardín Infantil Mandarin respecto del demandante Íñigo López Ojeda.

III. Se acoge la demanda deducida en lo principal de fojas 1 sólo en cuanto se condena a los demandados Eugenia Rizzo Tapia y Jardín Infantil Mandarin Limitada, representado por María Gabriela Laval Zaldívar, a pagar en forma simplemente conjunta a los demandantes Denis Ojeda Segovia y Pablo López Ormeño la suma de \$80.000.000.- (ochenta millones de pesos) para cada uno de ellos a título de indemnización por daño moral, suma que será reajustada y con los intereses señalados en el motivo cuadragésimo primero.

IV. En virtud de lo anterior, se rechaza la demanda en contra de Gisela Herrera Ávalos, Verónica Lazo Baracat y María Gabriela Laval Zaldívar en cuanto persona natural.

V. Cada parte pagará sus costas.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol N° C-15.942-2014



Pronunciada por doña Carolina Taeko Montecinos Fabio, Juez Titular del
Décimo Quinto Juzgado Civil de Santiago.

Autoriza doña Janet Herman Cornejo, Secretaria Subrogante.

Se deja constancia que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final
del art. 162 del C.P.C. en **Santiago, veintisiete de Junio de dos mil dieciocho**

