

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Objeto del derecho. Forma de expresión. Marco conceptual.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Chile

ORGANISMO: 17° Juzgado Civil de Santiago

FECHA: 24-10-1995

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en copia del original.

OTROS DATOS: Sfeir y otros vs. Universidad de Concepción.

SUMARIO:

El derecho de autor *“destinado a proteger la inventiva, habilidad y trabajo del creador, desde un punto de vista práctico, sólo es posible protegerlo cuando adquiere una expresión formal o material de las ideas”*.

“... las ideas en sí mismas no están protegidas por el Derecho de Autor, sino las formas de expresión, la materialización de las mismas”.

COMENTARIO:

Mientras la obra se encuentre oculta en el pensamiento del autor no es susceptible de protección, de modo que la creación requiere exteriorizarse, cualquiera que sea la forma de expresión que se utilice para hacerlo, aunque la obra permanezca inédita. Aunque es cierto que en algunos casos la obra adquiere forma sin haberse incorporado todavía a un soporte material (como en las alocuciones, sermones y discursos no escritos ni grabados o también en las improvisaciones musicales), lo usual es que la exteriorización implique su materialización en un objeto físico: el papel donde se plasma la obra literaria; la partitura o la grabación sonora que contienen la obra musical; la película o la cinta que sirven para proyectar la obra audiovisual; el lienzo a través del cual se expresa la obra pictórica; los soportes magnéticos que permiten el uso del programa de ordenador, etc. Sin embargo, el objeto del derecho de autor es la obra exteriorizada y no el simple soporte que sirve como vehículo para que la creación sea conocida. © **Ricardo Antequera Parilli, 2007.**

TEXTO COMPLETO:

Vistos:

En estos autos, han comparecido don Miguel Angel Sfeir Younis, ingeniero, y don Jorge Eugenio Cardemil de Rurange, factor de comercio, por sí y en representación de “RACIONALIZACION Y MECANIZACION CHILE SOCIEDAD ANONIMA” o

“RACIMEC CHILE S. A.”, sociedad de explotación y prestación de servicios computacionales y de procesamiento de datos, todos domiciliados para estos efectos en Avda. Kennedy 5146 exponiendo que la I.C. de Apelaciones ha dictado sentencia declarando ajustada a derecho la medida prejudicial de exhibición decretada en autos y llevada a efecto con fecha 16 de Septiembre de 1993 y por ende permite

que conforme a las normas que regulan el procedimiento interponer la demanda de indemnización de perjuicios anunciada por su parte. Conforme lo anterior, acciona en juicio sumario de indemnización de perjuicios, derivados de la infracción a las normas sobre propiedad intelectual establecida en la ley 17.336 de 1970 y sus posteriores modificaciones contra la Universidad de Concepción, corporación de derecho privado, representada para estos efectos, por don UWE SCHOTTE SCHRODER, factor de comercio, domiciliados ambos en Carlos Antúnez 2462 de Santiago y calle Colo Colo 592 de Concepción, y contra de la sociedad “Serigráfica Chilena S. A.”, o “Serchi, empresa de servicios computacionales representada por don Claudio Fernández Madariaga y Rodrigo Fernández Vázquez, factores de comercio, todos domiciliados en calle Antonio Escobar Williams 176 comuna de Maipú dando como fundamentos; los demandantes son autores y creadores intelectuales de PROGRAMAS COMPUTACIONALES PARA EL DISEÑO GENERACION OPERACION Y CONTROL DE JUEGOS ABIERTOS AL PUBLICO Y SUS APUESTAS”, inscrito en el Registro Intelectual con el N°79403, en adelante, para estos efectos “los programas computacionales”. El sistema aludido fue creado para Racimec Chile S. A. sociedad de la cual los autores son sus únicos socios y representantes legales, reservándose los demandantes todos los derechos de propiedad intelectual conforme lo señalado en la Ley 17.336. La sociedad Racimec Chile S. A. es una empresa creada y dedicada al desarrollo y explotación de programas computacionales o softwares, líder en el rubro de programas destinados a su empleo en juegos y sorteos, con una larga trayectoria en el ramo, reconocida nacional e internacionalmente, reconocida incluso por Lotería de Concepción a través de su gerente en carta de 10 de Enero de 1991; los programas en cuestión fueron presentados a los ejecutivos de Lotería de Concepción en Junio 1990, preocupada por la competencia con el Bingo que implementa la Polla Chilena de Beneficencia. Al ser exhibidos a los ejecutivos de Lotería de Concepción fue acogido como un juego no conocido en el país ni en el extranjero, consistente en emitir computacionalmente una serie completa de cartones con números impresos, resultados de los programas

computacionales creados, sobre la base de una distribución de los números en forma aleatoria y que posteriormente mediante un sorteo, también controlado computacionalmente, se obtendría la determinación exacta del ganador, con certeza y transparencia, permitiendo enfrentar a su competencia en este tipo de negocios, iniciando Lotería de Concepción las gestiones y la autorización legal, la marcha blanca fue con fecha 16 de Septiembre de ese año a través de un sorteo sin venta de cartones y gratis. La autorización se obtuvo por Decreto Supremo 659 del 26 de Septiembre de 1990 del M.de Hacienda, procediéndose junto a Racimec a ejecutar el primer sorteo el 30 de Septiembre. Con fecha 17 de Diciembre de 1990 ante el Notario de Concepción don Francisco Molina se suscribió el contrato, en el cual la Universidad de Concepción en su carácter de administradora de su repartición Lotería de Concepción aceptó la oferta y contrató los servicios de Racimec Chile S. A. para la realización y prestación de diversos servicios computacionales que permitieran a Lotería la ejecución y puesta en funcionamiento de un sistema de sorteo de números que pasó a denominarse KINO empleando los softwares creados por los demandantes, precisándose en la cláusula cuarta que el contrato tenía vigencia retroactiva a partir del 30 de Septiembre de 1990 junto al primer sorteo autorizado.

La generación de este novedoso sistema computacional de apuestas propuesto por Racimec S. A. a la U. de Concepción consta de la documentación acompañada en el primer otrosí: documento titulado “Comparación entre las modalidades de Bingo 15/90 y 15/25 presentado a la demanda el 4 de Junio de 1990, proponiendo la realización de un juego nuevo diferente denominado KINO o TELEKINO. 2) Carta de 12 de Junio de 1990 en la que la demandada solicita una proposición de prestación de servicios computacionales para desarrollar el juego que había expuesto, conversaciones sostenidas con don Guy de Moras; 3) carta de 3 de Julio de 1990 en la que Racimec entrega el detalle de los servicios computacionales solicitados, la modalidad operativa y los costos, para la puesta en marcha del juego propuesto, en cuyo anexo se hace una descripción general del juego, del sistema computacional requerido

para su administración, modalidad de operación, implementación y costo del proyecto. 4) Carta de 26 de Julio de 1990 entregando la actora una nueva proposición de valores relativos al juego; 5) En el contrato antes aludido solo se regularon los servicios computacionales de la demandante para la L. de Concepción, 6) Para cumplir los objetivos señalados y conforme la estipulación sexta del contrato relativa a los aportes de las partes, se estableció expresamente para los efectos del cumplimiento de los servicios Racimec S. A. se obligaba especialmente a contar con el software y el hardware y demás bienes necesarios que se utilizarían en el correcto cumplimiento del contrato, única forma de realizar el sorteo en la forma conocida por el público directamente por televisión. 7) Por carta del gerente general de la Lotería de Concepción don Cecil Alvarez Uslar se reconoció el cumplimiento a cabalidad de dicha obligación por los demandantes dando óptimos resultados a la demandada. 8) Si embargo, con fecha 30 de Septiembre de 1992 se puso término al contrato, concluyendo también la autorización de uso de los programas computacionales creados por los actores siendo el último sorteo de Racimec S. A. el 27 de septiembre de 1992, concurso N° 105. 9) Habiendo concluido la relación comercial entre Racimec S. A. y la Universidad de Concepción, Lotería de Concepción se encontraba imposibilitada de continuar con la explotación del sistema de juego que fuera creado por su parte, por expiración de la licencia de uso y a que la titularidad de los derechos de autor sobre los programas computacionales empleados para su ejecución nunca se pactó ni se transfirió ni los equipos y demás implementos; 10) No obstante, la demandada continuo desarrollando el mismo juego KINO ininterrumpidamente, lo que es de público conocimiento; 10) Lo expuesto lleva a concluir a la demandante que se continúa haciendo uso no autorizado de dicho juego cuyos programas pertenecen a su parte, o copia o adaptación de los mismos, pues de lo contrario en apariencia y metodología habría variado sustancialmente; 11) La situación descrita motivó las medidas prejudiciales impetradas; 12) La cosa son los soportes materiales que pueden revestir la forma de un diskette, de un disco duro de un computador, de una cinta, los que siguen siendo utilizados actualmente para la explotación del concurso KINO y que parcial-

mente se encuentran ubicándose el domicilio de la sociedad Serigráfica Chilena S. A. de la cual es propietaria Lotería de Concepción, siendo sus directivos autoridades en la empresa de juegos. Esta última empresa es la encargada de elaborar semanalmente los cartones que participan en los sorteos encontrándose el poder de Lotería que los procedimientos y demás elementos del sistema de juegos KINO, entre ellos los demás programas computacionales que permiten su realización, lo que consta del acta del receptor que ejecutó la medida de exhibición de documentos, que solicita tener a la vista.

Se continúa exponiendo en la demanda, que la receptora encargada de la diligencia concedida como medida prejudicial, procedió a examinar en su ejecución práctica los programas de los diskettes y disco duro de los computadores pertinentes, la modalidad del programa, su etapas, productos que ingresan y salen, llegando al resultado que se trata del sorteo KINO sin que haya percibido por el público ninguna alteración para sostener que no existe alteración total o parcial del programa creado por su parte, se realizaron además, otras indagaciones para descartar que se trate de una copia del Kino; continúa exponiendo que el juego se realiza en base a un computador que permite un determinado proceso o resultado entre los ganadores, sin que existan diferencias sustanciales respecto del programa creado y proporcionado por Racimec S. A. resumiendo que el programa del KINO en su totalidad es un juego de azar numérico que opera sobre una serie del 1 al 25, elaborándose diferentes conjuntos de 15 números impresos en cartillas que se venden al público, identificándose cada cartón en forma única y se almacena en un equipo computacional para su control y desarrollo del proceso del juego; finalizada la venta se alimenta el sistema con la identificación de los números no vendidos y se determina el número exacto de cartones participantes del sorteo, lo que permite la obtención de los resultados casi en forma inmediata y la recaudación total obtenida, como así mismo las sumas a repartir entre los jugadores; de lo expuesto concluye que la configuración del juego se ha mantenido desde el primer sorteo hasta la fecha con idénticas características, lo que permite sostener que el sistema original ha sido usado en

la elaboración de los programas actualmente en uso, resultando que Lotería de Concepción se vale de un programa de computación con los mismos resultados que el programa creado por Racimec S. A..

Expone que el elemento a considerar de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5o. letra t) de la Ley 17.336, es que el conjunto de las leyes operadas inicialmente por su parte y actualmente por la demandada tiene como fin efectuar y obtener un mismo proceso y resultado, cuya creación le corresponde exclusivamente a su parte, copiado o adaptado por la demandada, lo que no corresponde a una casualidad porque Racimec en la elaboración del juego de azar su parte demoró un período superior a cuatro meses operando la demandada con una actividad en la que no tenía ninguna experiencia anterior invocando como antecedente la Carta Instrucción que menciona, remisión de los archivos Serchi, quien elaboró un programa igual o similar, contraviniendo las normas sobre propiedad intelectual, debiéndose considerar que es suficiente que se tome directa o indirectamente la totalidad o parte del programa para que se configure una copia, la que si no es autorizada por el titular del derecho de autor respectivo constituye copia ilícita con infracción de Ley, o bien se trata del mismo programa, lo que se desprende de la declaración del juego representante de Serchi reconociendo que la empresa opera el juego desde el concurso N° 106, concluyendo que la diligencia prejudicial de exhibición de los programas con que se opera actualmente el KINO, con la documentación entregada por la propia demandada y el análisis recién realizado, está comprobado que existe copia o imitación de los originales creados por los actores.

En cuanto al derecho sostiene que la ley 17.336 otorga a los autores la protección sobre las obras y sus derechos conculcados por Lotería de Concepción y empresa Serchi S.A., haciendo presente que los programas computacionales se encuentran inscritos a nombre de los demandantes bajo el No 79.403 quienes poseen la facultad exclusiva de un parcial o total, que haya existido ni exista ánimo de transferir, lo que debe constar en todo caso en el Registro respectivo, existiendo un delito civil por falta de autorización expresa de su titular: Sostiene que

lo actuado por la demandada ha ocasionado daños patrimoniales y morales, motivo por el cual solicita se indemnice a su parte de los daños y perjuicios derivados de la utilización no autorizada de los programas desde Septiembre de 1992 a la fecha, cuya cuantía se calculará en la etapa de cumplimiento de la sentencia o en otro juicio diverso; se disponga la no utilización de cualquiera forma del programa computacional referido, así como las copias del mismo o los programas que lo contengan total o parcialmente derivados de la incorporación de la totalidad o parte de sus instrucciones; la entrega o destrucción de los ejemplares de programas de computación elaborados en contravención a los derechos de la demandante; se publique la sentencia que acoja la demanda a su costa en forma íntegra o como el Tribunal disponga en la edición dominical del diario "El Mercurio" de Santiago; se la condena al pago de una multa ascendente a 50 Unidades Tributarias mensuales o la que el Tribunal fije por cada una de las infracciones cometidas, esto es, por cada una de las oportunidades en que se utilizó el programa o su copia sin autorización; en subsidio y de acuerdo al mérito del proceso, lo que el Tribunal determine conforme a derecho y se condene en costas.

En el primer Otrosí acompaña carta del Gerente general de la Lotería de Concepción de 10 de Enero de 1991, copia de inscripción del Registro de Propiedad Intelectual del Programa pertinente, escritura pública de 17 de Diciembre de 1990 ante el Notario de Concepción don Francisco Molina; escritura de personería para actuar en representación de la demandante; documento titulado Comparación entre las modalidades Bingo 15/90 y 15/25 presentado a Lotería de Concepción de 4 de Junio de 1990; carta de 12 de Junio de Lotería de Concepción a la demandante sobre proporciones respecto a la prestación de un servicio computacional del juego Kino; carta de 3 de Julio de 1990 proponiendo la demandante a la demandada el desarrollo del juego Tele Kino con anexo conteniendo una descripción general del juego de autos modalidad de operación, implementación del sistema y los gastos del proyecto; carta de 26 de Julio de 1990 con entrega de una nueva proporción de valores asociados a los servicios computacionales relativos al juego TELE-KINO.

A fs. 36 rola la notificación personal al representante de la U. de Concepción y representantes de Serigrafía Chilena S.A. se notifican tácitamente a fs. 39.

A fs. 56 comparece don Gonzalo Figueroa Yañes abogado, por la Universidad de Concepción señalando domicilio contestando la demanda en el otrosí, exponiendo que la representada para tener mayor cobertura de los juegos de azar y obtener un mejor financiamiento para su actividad académica imaginó un sistema de sorteo por medio de la venta de cartones de precio fijo e igual, determinándose el premio por medio de una combinación de números, sistema conocido y usado en otros países, solicita la Lotería una autorización expresa del gobierno concedida por Decreto Supremo 659 del M. de Hacienda de 17 de Agosto de 1990, facultando para elegir el nombre, que en definitiva quedó como Kino, y las combinaciones de números operados por los sistemas computacionales o impresos por los medios que Lotería estableciera; con la finalidad de operar el sistema computacional se celebró un contrato con Racimec S.A. encargando un conjunto de servicios detallados en la cláusula 2 en relación al juego KINO; en dicho contrato se estableció que el indicado juego le pertenece a la U. de Concepción y serán de su propiedad exclusiva los resultados, datos y en general los informes, antecedentes y demás productos relacionados con dicho juego y emanados de los servicios prestados por Racimec, lo expuesto por aplicación del art. 8 inc.3 de la Ley 17.336 vigente a esa fecha, norma recogida por el art. 70 de la Ley 19.039, sobre propiedad industrial. No obstante los demandantes Sfeir y Cardemil y Racimec misma no cumplieron con el contrato y procedieron a registrar el sistema a su nombre y los sistemas computacionales que Lotería de Concepción había encargado con más de cinco meses después de la firma del contrato. El contrato aludido se llevó a efecto hasta su término, pactado hasta el 30 de Septiembre de 1992 percibiendo Racimec los porcentajes y retribuciones convenidos sin que reclamara jamás por el uso del nombre ni por la utilización del sistema computacional, ocultando el hecho de que sus dos únicos socios inscribieron a su nombre los sistemas y programas computacionales no obstante la titularidad de su representada. Una vez que el contrato terminó la Universidad se

contactó con Serigráfica Chilena previa implementación de nuevos sistemas, para que la nombrada realizara la impresión de los respectivos cartones, diversos de los utilizados por Racimec, sin perjuicio de hacer presente que todos le pertenecen, situación que no pudo satisfacer a la demandante, la que demandó ante el jefe del Departamento de Propiedad Intelectual la nulidad de las marcas TV KINOLOTERIA, TV KINO, KINO LOTERIA y KINO registrados a nombre de su parte alegando que le pertenecían, inscribiéndose en el mismo contexto la presente demanda y encontrándose ya deducida la demanda por nulidad de registro de las mencionadas marcas la cuestión planteada en el presente juicio se encuentra sublite, renovándose bajo el supuesto de una contravención a la ley de propiedad intelectual; señala que los sistemas de computación implementados son diversos de los que se habían utilizado con la demandante, más veloces porque utilizan programas más modernos con nuevos sistemas que le pertenecen.

Expone que la demanda contiene tres graves problemas formales, a saber, confusión acerca de las personas que ejercitan la acción, a leerse la demanda se comprueba que los demandantes son don Miguel Angel Sfeir y don Jorge Eugenio Cardemil, ambos por sí y demás, la Sociedad Racimec Chile S.A. representada por los mismos nombrados; los autores serían los nombrados a título personal puesto que el registro se efectuó a su nombre, de lo que resulta que no se entiende como puede acogerse la acción de indemnización de perjuicios causados a Racimec, si los autores intelectuales son las personas naturales nombradas. Agrega que no se ha establecido previamente la comisión del ilícito que fundamenta la responsabilidad civil extracontractual, en este caso una supuesta contravención a la Ley de propiedad intelectual, siendo necesario que el ilícito esté previamente establecido, concluyendo que no se puede acoger la demanda instaurada por que no hay contravención previa. Agrega que no se señala el monto de los perjuicios cobrados, manifestando que la responsabilidad de autos requiere capacidad civil delictual o cuasidelictual, culpa o dolo, nexo casual entre éstos y el daño y finalmente, que existan los perjuicios; la reserva para el cumplimiento del fallo solo procede en el

caso de responsabilidad contractual e inaplicable en la extracontractual.

En cuanto al fondo, sostiene que no han existido perjuicios de ninguna especie, debiendo considerarse que el daño indirecto no es indemnizable, agrega que los juegos de azar en Chile están prohibidos de lo que resulta que no se puede suponer que Racimec ofrezca en el mercado el sistema y programa computacional que dice pertenecerle y la única manera que tienen de explotarlo es a través de Lotería o Polla, y aún más, el Decreto Supremo a que alude la demandante solo autoriza a Lotería de Concepción para comercializarlo.

En cuanto al análisis y naturaleza jurídica del contrato de 17 de Diciembre de 1990, sostiene que a la escritura pública de 17 de Diciembre de 1990 extendida en Concepción concurrió la Universidad de Concepción representada por don Cecil Alvarez Uslar, según personería, atribuciones y facultades que constan en la Ley 18.568 y su Reglamento y por la otra parte la sociedad Racionalización y Mecanización Chile S.A. representada por don Jorge Cardenil y don Miguel Angel Sfeir, los que no comparecieron por sí, dejándose constancia en la cláusula que Lotería había sido autorizada para administrar el sorteo Kino por D. Supremo 659, en la 2a se dejó constancia que este juego es de propiedad de la entidad legalmente autorizada, recalándose en la estipulación 28 que “Todos los resultados, datos y en general todos los informes, antecedentes y demás productos relacionados con el juego KINO y emanados de los servicios prestados por Racimec serán de propiedad exclusiva de Lotería, conforme la norma del art. 8 de la Ley 17.336 que radica los derechos de autor en quien encargó el servicio cuando se trata de programas computacionales producidos por encargo de un tercero, para ser comercializado por su cuenta y riesgo, haciendo hincapié en que las normas relacionadas con el sistema se aprobaron por ambas partes, expresándose en la cláusula 2a. que “Lotería encarga a Racimec un conjunto de servicios que allí se especifican”, por lo que podría ser un mandato o un arrendamiento de servicios inmateriales, y tratándose de un encargo de un tercero para ser comercializados por su cuenta y riesgo deben reputarse cedidos a éste los derechos de autor, salvo estipulación escrita en contrario, de todo lo

expuesto concluye que los derechos de autor no pudieron inscribirse ni a nombre de Racimec ni de sus dos socios, formulando reserva en un otrosí de las acciones civiles y criminales por apropiación indebida. Agrega que el sistema no es exclusivo de Chile y, en cuanto a la diligencia efectuada por la receptora el 16 de Septiembre de 1993, estima que no es la persona más competente para ello, diligencia que debió realizarse con asesoramiento de un perito a lo que debe agregarse que se hicieron afirmaciones que no correspondían encubriéndose una prueba documental y una confesión agregando diversas consideraciones sobre afirmación falsa, confesión improcedente, objetando el valor probatorio de dicha diligencia concluyendo que la demanda debe rechazarse y condenarse en costas a su contraparte.

Objeta esta parte la documentación acompañada conjuntamente con la demanda por falta de autenticidad en algunos casos, por emanar de la propia parte que lo presenta en otros, o por encontrarse firmado por persona alguna en otros, o por no haber sido puesta en conocimiento de su parte de manera legal para llegar a constituir prueba en su contra.

Acompaña fotocopia de las leyes 18.568 y 18.768 y Reglamento, hace reserva de acciones civiles y penales y objeta el valor probatorio de la diligencia de exhibición solicita como prejudicial.

A fs. 81 comparece don Alfredo Ugarte Soto abogado, domiciliado en Huérfanos 770, ofic. 1501 por Serigráfica Chilena S.A. representada por don Claudio Fernández Madariaga contestando la demanda, exponiendo que se adhiere a la contestación de la Universidad de Concepción en todas sus partes, agregando que su parte es una filial de la Universidad de Concepción lo que consta de la escritura de constitución y en esa calidad se le encargó la impresión para el juego de Lotería KINO y en cumplimiento de este cometido encargó a SERCHI S.A. la implementación de los sistemas y programas computacionales. En el primer otrosí objeta los documentos por falta de autenticidad, emanar de terceros, o de la parte que los presenta o por no estar suscritos de persona alguna o por haberse agregado sin la formalidad legal para tener valor en juicio objetando así mismo la diligencia de

exhibición realizada por la receptora como medida prejudicial.

A fs. 87 junto con solicitar la nulidad de lo obrado por demandante, en el tercer otrosí se objeta la documentación que la Universidad de Concepción acompañó conjuntamente con su contestación, la incidencia de nulidad se resolvió a fs. 110.

A fs.113 se recibe la causa a prueba fijándose como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos: 1) si alguno o algunos de los demandantes es efectivamente autor y creador intelectual de los programas computacionales que permitieron el funcionamiento del juego KINO entre el No 1 y No 105; si son propiedad de la Universidad de Concepción o de su Lotería; si Lotería de Concepción continuó haciendo uso de los programas computacionales con posterioridad al sorteo No 105 y si el mismo continúa hasta la fecha; si los programas de ambas fechas son similares constituyendo los segundos en una copia o adaptación de los primeros; existencia, naturaleza y monto de los perjuicios causados.

A fs. 200 se notifican en Secretaría cada uno de los apoderados de las partes del auto de prueba, y a fs. 201 de acuerdo fijan las audiencias de prueba que señalan.

A fs. 202 por la parte de la Universidad de Concepción se solicita se cite a las partes para la designación de un perito para determinar si el programa computacional a partir del sorteo No 106 es idéntico, similar o semejante al primero equivalente a los sorteos No 1 a 105, de manera que pueda afirmarse que el segundo es imitación, plagio, copia o adaptación del primero.

A fs. 204 se ofrece por la parte de Serchi S.A. prueba testimonial.

A fs. 207 se solicita por la demandante oficio de Contraloría General de la República a fin de informar sobre: los ingresos de la Lotería de Concepción sobre el juego Kino a contar de la fecha que señala y a fs. 208 se pide oficio al Departamento de Derechos Intelectuales para poner a disposición del Tribunal los programas computacionales para el diseño, generación, operación y control de los juegos abiertos al público y sus apuestas, inscrito bajo el No 79.403 y se informe el nombre de los autores,

A fs.210 se ofrece prueba testimonial por la demandante.

A fs. 212 se pide exhibición de cartones Kino desde el sorteo No 100, actas notariales de resultados de los sorteos No 105 de 27 de Septiembre de 1992 hasta el último sorteo con constancia de los cartones emitidos, devueltos y vendidos, monto total de premios a repartir y los asignados en cada oportunidad con los ingresos brutos por venta de cada uno de los sorteos mencionados, contrato de prestación de servicios entre la Lotería de Concepción y Serigráfica Chilena S.A. ; los libros y registros contables con los ingresos obtenidos a contar del sorteo No 106 hasta la fecha con constancia de los ingresos brutos, y los libros y registros contables con los pagos a Serigráfica Chilena S.A. por prestación de servicios para la ejecución y desarrollo del Kino.

A fs. 213 por la demandante se solicita absolución de posiciones al representante de Lotería y a fs. 214 se solicita respecto del representante de Serchi S.A.

A fs. 218 rola fotocopia de comunicación de don Guy de Moras Anguita a don Rafael Lorenzini jefe del Dpto. de Propiedad Industrial en la que se expresa que con fecha 11 de Mayo de 1990 se solicitó al M. de Hacienda el patrocinio para un juego de lotería denominado Lotería 1. En Junio se reiteró en conjunto con juego de Lotería 2, consistente en una especie de Bingo, buscando fórmulas alternativas se tomó contacto con Racimec S.A. quien propuso una fórmula de juego distinta en los primeros días de Junio de 1990 solicitando al día siguiente el gerente una proposición de costos y en forma paralela se inició estudio de factibilidad, siendo efectivo que el nuevo juego fue ofrecido por Racimec S.A.

A fs. 221 rola fotocopia de comunicación de don René Rodena Tapia al Jefe del Dpto. de Propiedad Industrial, señalando que se contrató como asesor de la Lotería de Concepción, encontrándose pendiente la solicitud de la autorización para un juego bingo nominado Lotería 2, siendo efectivo que asistió a una reunión de trabajo con ejecutivos de Racimec en Junio de 1990, en la que propusieron como alternativa un nuevo juego al que se refirieron como Kino o Telekino.

A fs. 222 rola carta de don Cecil Alvarez en fotocopia quien como Gerente General de Lotería de Concepción expresa que designó un equipo de profesionales y expertos encabezados por don Guy de Moras Amguita e integrado por don Roberto Prado y don René Rodenas para analizar las alternativas de nuevos juegos, su implementación y comercialización, tomando contacto con Racimec Chile S.A. para la iniciación de un nuevo juego sugerido por esta sociedad, el nuevo juego le fue presentado como Kino o Telekino.

A fs. 224 comparece don Ernesto Guy de Moras Anguita expresando que le consta que le ofrecieron como asesor de Lotería el juego completo de un conjunto armónico de extracción de 15 números de entre 25, con captación de apuestas mediante cartones preimpresos, haciéndoles Racimec una demostración del referido juego a él y a don René Rodena en la primera quincena de Junio de 1990, la combinación de 15 números diferentes entre tres millones y tantas posibilidades, agregando que conoció el contrato, que hubo larga discusión por la propiedad del programa y la discusión se resolvió omitiéndose toda referencia a programas.

A fs. 228 comparece el testigo Crescente Salazar Santander quien expone que no le consta quien es el autor material o intelectual de los programas computacionales, pero en la época en que se señala los programas eran de Racimec de quien recibió instrucciones de no ceder la propiedad del software.

A fs. 221 comparece Víctor René Rodena quien expone que trabajó en Lotería desde Junio de 1990 y fue invitado a una reunión con ejecutivos de Racimec a una demostración del juego Telekino y después en una segunda oportunidad en Santiago ante ejecutivos de Lotería de Concepción, demostración que se hizo con medios computacionales, después demostración verbal y que antes de las reuniones Lotería de Concepción no tenía ningún juego de este tipo reconociendo la fotocopia que se exhibe como la que él dirigió ateniéndose a lo que en ella se expresa.

A fs. 234 comparece Héctor Alvarez Contreras, exponiendo que los demandantes son los autores intelectuales del software, lo que le consta porque

participó en el desarrollo del sistema cuyas pautas generales las desarrollaron los demandantes y él participó a la cabeza del equipo que desarrolló los sistemas.

A fs. 237 declara don Carlos Aqueveque, quien expone que trabajó para la Universidad de Concepción como Gerente de Operaciones de Lotería Concepción, declarando que informó al Dpto. de Informática la decisión de Lotería de no renovar el contrato con Racimec y mediante un nuevo proyecto interno trabajaron Gastón Leiva y Domingo Basualto considerándose fundamental no producir modificación al formato del cartón disponiéndose que este nuevo sistema debería estar totalmente operativo antes de 4 de octubre de 1992 y ninguna de las personas que trabajó en este proyecto tuvo acceso o conocimiento del sistema computacional de RACIMEC.

A fs. 244 comparece el testigo Gastón Leiva Villagrán, quien en síntesis manifiesta que en la fecha que se le indica era jefe del departamento de informática de Lotería de Concepción y directamente recibió la petición de trabajar en el desarrollo de un nuevo sistema computacional asumiendo responsabilidad sobre este nuevo proyecto para lo cual designó un equipo de personas, los que pertenecían al mismo departamento, interviniendo personalmente la Gerencia General, participando en los análisis de diversas alternativas de software disponibles y sin que hubiera tenido posibilidad de conocer ningún aspecto del sistema computacional desarrollado por RACIMEC; a fs. 251 declara el testigo Cecil Alvarez expresando que el software y el sorteo denominado Kino data del sorteo 0 hasta la fecha en que expiró su mandato como Gerente General de la Lotería a mediados de enero de 1991, tomando conocimiento de sus asesores señores Guy de Moras, Roberto Prado, René Rodena del sorteo de números como creación de la empresa de servicios RAMICEC, cosa que no consta porque no era su responsabilidad asumir los contactos preliminares con dicha empresa, agrega que firmó un contrato de prestación de servicios con RAMICEC el 17 de diciembre de 1990 cuatro meses después de haberse iniciado el sorteo basado en la filosofía que este contrato era la implementación de una recíproca colaboración entre lotería de Concepción y dicha sociedad, agregando que como estilo

gerencial durante el ejercicio de su cargo siempre desarrolló contratos de colaboración; a fs. 256 comparece don Domingo Basualto quien señala que se desempeña como jefe de procesamiento de datos de Lotería de Concepción desde 1991.

A fs. 262 se solicita exhibición de los documentos que se singularizan en dicho escrito por la parte demandante y se pide la designación del perito.

De fs. 264 a fs.282 se acompañan fotocopias del Diario La Segunda del día 10 de septiembre de 1990 con el anuncio del lanzamiento del nuevo juego de azar llamado Kino, del Diario El Sur de Concepción con el mismo anuncio y 12 ejemplares de cartones Kino correspondientes a diferentes sorteos.

A fs. 287 rola diligencia de absolución de posiciones rendida por don Uwe Schotte Schroder, Gerente General de la Lotería de Concepción.

A fs. 293 corre diligencia confesional prestada por don Claudio Sebastián Fernández Madariaga.

A fs. 301 se realizó diligencia de exhibición de documentos de la que consta que se acompañaron fotocopias de las Actas de Eliminación de los boletos de Kino Nos. 117-93 a 127-93, y carta No 95-92 referida a la relación existente entre Lotería y Serchi, de 4 de septiembre de 1992 con dos anexos y copia de las facturas de Serigráfica Chilena S.A. Nos 454 y 455.

A fs. 325 se designó como perito especialista en informática a don José Pino Urtubia.

A fs. 331 rola oficio de la Contraloría General de la República por el que se acompaña informe de evaluación de ingresos de la Lotería de Concepción por el juego de Kino entre el 04 de octubre de 1992 y enero de 1995.

A fs. 339 y siguientes corre informe pericial evacuado por el perito nombrado en autos don José Pino Urtubia.

A fs. 405 se citó a las partes a oír sentencia.

CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LA OBJECION DE DOCUMENTOS.-

PRIMERO:- Que por la demandada en el segundo otrosí del escrito de contestación a fs.66 vta. se

han objetado los documentos agregados por la parte demandante con citación, por las razones que en cada caso señala : a.- Carta de fs.1 por falta de autenticidad; b.- documentos de fs 2, 3 y 4 por emanar de la propia parte que los presenta y no encontrarse firmado; c.- Carta de fs. 6 por emanar de la parte que presenta ; d.- Documento de fs. 7 a 14 por no estar suscrito ; e.- Carta fs.15 y 16 por emanar de la parte que la presenta ; f.- Carta Instrucción de fs.28 a 32 del cuaderno de medida prejudicial por no haber sido puesta en su conocimiento de manera legal para constituir prueba; g.- Carta de fs. 33 a 37 del cuaderno de medida prejudicial por el mismo fundamento anterior, y h.- Carta de fs. 38 del cuaderno de medida prejudicial por idéntica razón.

Que respecto de la carta signada con la letra a.- deberá rechazarse la impugnación en razón de que la misma demandada interrogó al suscribiente don Cecil Alvarez a fs. 254, de manera que esto es suficiente para probar su autenticidad.

Que las objeciones a los documentos signados con las letras b.-,c.-,d.- y e.- deben ser acogidas atendida la naturaleza de los mismos y considerando que no pueden tener valor como prueba documental, pero sin embargo dan base para que unidos a otros antecedentes sirvan para constituir una presunción judicial.

Que finalmente, respecto de las objeciones a los documentos de las letras f.-, g.- y h.- deben rechazarse en razón de que forman parte del diligenciamiento de la medida prejudicial decretada por el Tribunal y practicada por un Ministro de Fe en base a antecedentes proporcionados por la propia demandada.

EN CUANTO AL FONDO:-

SEGUNDO:- Que en autos y según lo desarrollado en la parte expositiva de la presente sentencia, los demandantes sres. Miguel Sfeir y Jorge Eugenio Cardemil por sí y en representación de Racionalización y Mecanización Chile S.A. "han deducido acción de indemnización de perjuicios por infracción a la Ley de Propiedad Intelectual en contra de la Universidad de Concepción representada por Uwe Schotte Schroder y de la sociedad

Serigráfica Chilena S.A. representada por don Claudio Fernández y don Rodrigo Fernández, por los daños y perjuicios derivados de la utilización no autorizada del programa computacional juego denominado KINO por Lotería de Concepción desde Septiembre de 1992 hasta la fecha, reservándose para la etapa de cumplimiento de la sentencia o en otro juicio diverso determinar la cuantía de los mismos; solicitan además, se condene a la demandada a no utilizar en cualquier forma el programa computacional referido, así como las copias o los programas que lo contengan total o parcialmente; la entrega o destrucción de los ejemplares que afecten los derechos de su parte, se disponga la publicación de la sentencia que se dicte acogiendo su demanda en la edición dominical del El Mercurio, se condene a la demandada al pago de una multa según lo propuesto en la demanda, en subsidio, y de acuerdo al mérito del proceso, lo que el Tribunal determine y finalmente se condene en costas.

Como fundamento de la acción impetrada sostiene que la propiedad del dominio KINO, esto es, los sistemas y programas computacionales que permitieron la ejecución y funcionamiento del referido sorteo, les pertenece de conformidad con las normas que citan sobre Propiedad Intelectual y no obstante que el 30 de Septiembre de 1992 terminaron sus servicios y el último sorteo que intervino dicha firma fue el concurso 105 d 27 del mismo mes, Lotería de Concepción siguió desarrollando el mismo juego en forma ininterrumpida, haciéndose por ende, uso no autorizado de los programas de propiedad de los demandantes o una copia de los mismos, o bien una adaptación de ellos, sin autorización de su parte.

TERCERO:- Que la parte demandada, ha sostenido en síntesis, que para ampliar la cobertura de los juegos de azar de Lotería de Concepción, la Universidad imaginó un sistema de sorteos por medio de la venta de cartones a precio fijo e igual, determinándose los premios por medio de una combinación de números, obteniendo una autorización expresa del Gobierno mediante Decreto 659 de 17 de Agosto de 1990 facultándosela también para definir el nombre de fantasía; con la finalidad de operar dicho juego celebró contrato con Racimec S.A. demandante de autor, por escritura pública de

17 de Diciembre de 1990 destinado a la prestación de un conjunto de servicios relacionados con el aludido juego, disponiéndose en la cláusula 1a que Kino conforme a la ley 18.568 es propiedad de la Universidad de Concepción, complementada con la cláusula 28a en cuanto señaló que “todos los resultados, datos y en general, los informes, antecedentes y demás productos relacionados con Kino y emanados de los servicios prestados por Racimec serán propiedad de la Universidad de Concepción”. No obstante, las estipulaciones reproducidas, los actores incumpliendo el contrato registraron a su nombre el sistema y los programas computacionales que se les había encargado. Sostiene asimismo, que su parte cumplió íntegramente el contrato pactado hasta su término fijado para el 30 de Septiembre de 1992; desde esa fecha la Universidad implementó nuevos sistemas de computación tomando contacto con Serigráfica Chilena S.A., los que son diversos de los utilizados con Racimec. S.A.

A su vez, la demandada Serigráfica Chilena S.A., sostiene que la Universidad de Concepción, de la que es empresa filial, le encomendó la impresión para el juego de Lotería denominado Kino, encargándole “la implementación de los sistemas y programas computacionales correspondientes, y que eran de su propiedad” y que “no ha copiado ni intentado imitar Programa Computacional alguno”.

Que la demandada Serigráfica Chilena S.A. , a fs. 81 se adhiere en todas sus partes a la contestación de la Universidad de Concepción y a todos sus fundamentos tanto de hecho como de derecho.

CUARTO: Que según lo precedentemente relacionado, en el caso sub-lite, la obra intelectual de que se trata, son sistemas y programas computacionales que permitieron la ejecución y funcionamiento de sorteo de números denominado KINO entre el sorteo No 1 de 30 de Septiembre de 1990 y el sorteo No 105 de 27 de Septiembre de 1992, los que son de su propiedad según la demandante, aportados al negocio común mientras el contrato de 17 de Diciembre de 1990 produjo sus efectos; mientras que la demandada sostiene que “todos los resultados, y en general, los informes, antecedentes y demás productos relacionados con el juego Kino y emanados de los servicios prestados por

Racimec S.A. son propiedad exclusiva de Lotería”, haciendo especial hincapié, que en dicho contrato, por ninguna de las partes con amplios conocimientos económicos, jurídicos y de computación, se destine ni siquiera una línea para señalar que la propiedad intelectual la aporta la parte actora, omitiéndose el aporte principalísimo relativo a la propiedad intelectual de Racimec, lo que ocurrió porque no era propietaria como pretende en la demanda, sino la Universidad de Concepción, por disposición de la Ley y del Contrato.

QUINTO; Que en autos, al recibirse la causa a prueba se fijaron como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los que señalan en la interlocutoria de fs.113, referidos en síntesis, a la autoría y creación intelectual de los programas computacionales relativos al Kino; propiedad de los mismos; si con posterioridad al sorteo No 105 de 27 de Septiembre de 1992 la demandada continuó haciendo uso de estos programas y hasta la fecha, o son una imitación, plagio, copia o adaptación de los primeros.

Que por la demandante fueron agregadas copias autorizadas de la inscripción No. 70.403 de 13 de Junio de 1991 del Registro de Propiedad Intelectual, rolante a fs. 14 y 20 del cuaderno de medida prejudicial; carta suscrita por el representante de Lotería de Concepción don Cecil Alvarez Uslar dirigida a Racimec de 12 de Junio de 1990 a fs. 31 de la causa principal; copias autorizadas de las declaraciones de los testigos señores Guy de Moras Anguita, René Rodena Tapia, y Cecil Alvarez Uslar que rolan a fs. 218, 221 y 222 prestadas en el expediente No 85.337 sobre nulidad de registro de marcas, seguido ante el Jefe del Departamento de Propiedad Industrial del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; diversas fotocopias del diario La Segunda de Santiago y El Sur de Concepción que rolan en los fs. 264 a 269 y 12 cartones de distintos sorteos del KINO que rolan de fs. 70 a 282; rindió además, prueba testimonial, haciendo comparecer a los deponentes señores Ernesto Guy de Moras Anguita a fs. 224, Crescente Salazar Santander a fs. 228, Víctor René Rodena Tapias a fs. 231, Héctor Alvarez Contreras a fs. 234; hizo comparecer a don Uwe Schotte Schroder a absolver posiciones a fs.287, como Gerente de

Lotería de Concepción a la fecha de acaecidos los hechos y según pliego de fs. 281; a fs. 293 hizo comparecer a don Claudio Fernández Madariaga como representante de Serigráfica Chilena S.A. a absolver posiciones según pliego rolante a fs.297; solicito además, la exhibición de los documentos que se acompañan según acta que rola a fs. 301.

Que por la demanda se hizo comparecer a fs. 237 a don Carlos Aqueveque Revelli, don Gastón Leiva Villagrán a fs. 244, don Domingo Basualto Quilodrán a fs. 256; por ambas partes se presentó a don Cecil Alvarez Uslar a fs. 251, finalmente se agregó a los autos el informe pericial suscrito por don José Alberto Pino Urtubia rolante a fs.339.

Que primeramente el Tribunal debe pronunciarse sobre los reparos que se formularon por la demandada a fs. 59 vuelta y 60 de su escrito de contestación relativa a que la demanda contiene tres gravísimos defectos formales, el primero relativo a la confusión acerca de las personas que ejercitan la acción, ya que los señores Sfeir y Cardemil accionan como personas naturales, ambos por sí, y además la sociedad Racimec Chile S.A. representada por los mismos señores Sfeir y Cardemil, y no cabe duda que los autores serían los dos nombrados a título personal puesto que el registro respectivo se efectuó a nombre de ellos, no divisándose la razón por la cual los perjuicios recaerían sobre Racimec; el segundo reparo, lo hace consistir en que no se señala el monto de los perjuicios que se cobran, agregando a continuación un análisis sobre los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual.

Que respecto al primer reproche, el hecho que los sres. Sfeir y Cardemil accionen por sí y como representantes de Racimec Chile S.A. no tiene la relevancia que se pretende por la parte demandada; en cuanto al segundo reparo, el fundamento de la acción en estudio tiene precisamente como finalidad el establecer si existe ilícito que fundamente la responsabilidad civil y consecuente indemnización de perjuicios; y en cuanto a la omisión de no señalarse el monto de los perjuicios que se cobran, por la demandante se ha expresado textualmente que además de pedir declaración de la indemnización de perjuicios derivados de los hechos que repro-

cha, ha manifestado que la cuantía se la reserva para discutirla en la etapa de cumplimiento de la sentencia o en otro juicio diverso, declaración que es suficiente.

SEXTO: Que para la acertada resolución del derecho de autor en estudio, debe tenerse presente que este derecho, destinado a proteger la inventiva, habilidad y trabajo del creador, desde un punto de vista práctico, solo es posible protegerlo cuando adquiere una expresión formal o material de las ideas; de lo expuesto, necesariamente se desprende, que la idea de haberse concebido el juego Kino, no goza “per se” de protección por el derecho de autor, pero si su expresión, esto es, el programa de computación creado y utilizado para la realización del juego.

Que para determinar la autoría de la obra intelectual de que se trata, se tiene presente, que el artículo 8 inc. 1º de la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual, presume autor de la obra a la persona que figure como tal en el Registro pertinente; que tocante a dicha inscripción, la demandante ha allegado a la causa las copias autorizadas de la inscripción No 79.403 de 13 de Junio de 1991 del Registro aludido, las que rolan a fs. 14 y 20 del cuaderno de medida prejudicial, de las cuales se desprende que los demandantes señores Jorge Eugenio Cardemil y Miguel Angel Sfeir figuran como propietarios del sistema de computacional titulado “Sistemas y programas computacionales para el diseño, generación, operación y control de juegos abiertos al público y sus apuestas”. Dichas copias debidamente autorizadas, emanan de un instrumento público cuyo mérito probatorio debe valorarse de conformidad con el artículo 342 No. 2 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 1700 del Código Civil, las que agregadas con los presupuestos procesales pertinentes, no han sido objeto de reparo alguno.

SÉPTIMO:- Que en consecuencia y para el caso de existir copia, plagio o adaptación del software concebido para la realización del juego, se transgredirían las normas contenidas en la Ley No 17.336, en cuanto señala al final de artículo 1º que “nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado, sin haber obtenido la autorización EXPRESA del titular del derecho de autor”, tipificándose un

ilícito, sujeto por lo menos, al deber de reparación, en consideración a que la apropiación de la idea del juego, sin duda provoca un daño, el que de no ser reparado daría lugar a una situación injusta; pero siempre y cuando en el sistema de juego creado, exista ORIGINALIDAD aún relativa, que lo distinga de otros juegos ya existentes.

Que además, el Tribunal debe distinguir dos situaciones distintas: la primera, si con independencia del uso indebido del “software”, ha existido o no aprovechamiento indebido del juego en si mismo; la segunda, si el programa computacional que desarrolla el juego, ha sido objeto o no de un aprovechamiento ilícito EN EL MARCO DEL DERECHO DE AUTOR, bien por su uso íntegro o parcial no autorizado, o por su copia, imitación o adaptación no consentidas.

OCTAVO: Que entre las fundamentaciones de la demanda, los actores han sostenido que crearon el sistema de juego llamado KINO, mientras que la demandada se excepciona expresando que “la Universidad de Concepción IMAGINO un sistema de sorteo...”, agregando a continuación que “en el juego no existía originalidad, puesto que tal sistema existe y se aplica en muchos países, como España...”; resultando que si la demandada IMAGINO el sistema, la idea original es de ella, lo que se contrapone con su última aseveración, apareciendo contradictoria la fundamentación de contestación de la demanda en esta parte.

Que además, de la presunción de autoría analizada y tendiente a determinar fehacientemente de quien surgió “la idea del juego KINO”, los testigos don Ernesto Guy de Moras que dispone a fs. 224, don Víctor René Rodena que lo hace a fs. 231, don Héctor Alfredo Alvarez Contreras a fs. 234 manifiestan en síntesis, que la autoría de los programas computacionales que permitieron la ejecución y funcionamiento del sorteo de números KINO entre el sorteo No 1 y el sorteo No 105, fue de los señores Cardemil Y Sfeir, agregando que conocieron el juego íntegro demostrado a través de un computador o con medios computacionales o demostración del software; expresando los testigos señores Salazar a fs. 228 y don Cecil Alvarez a fs. 251 que si bien no les consta la autoría, cuando se conversó el contrato, los programas existían y

eran de propiedad de Racimec S.A.; declaraciones más que suficientes para establecer, que la idea del juego KINO fue concebida en forma detallada por los demandantes, antes de presentarla a la consideración de la Universidad de Concepción, no existiendo en autos ningún elemento probatorio que conduzca a demostrar que la Universidad de Concepción “imaginó” dicho sistema de juego, siendo útil precisar, que este Organismo, como persona jurídica no puede hacerlo, toda vez que es atributo exclusivo de las personas naturales.

NOVENO: Que en cuanto a la originalidad del juego KINO, independientemente de la protección del software creado para su aplicación, don Ernesto Guy de Moras Anguita, funcionario de la Lotería de Concepción en la época pertinente, manifiesta que “en su experiencia de muchos años de juego, no conocía, antes de la presentación de los demandantes el juego KINO, precisando que su experiencia data desde 1975 en Polla Chilena y además, por su participación en el Decreto Ley y proyecto de la “Polla Gol” (fs. 225), agregando a fs.226 al ser repreguntado, que “ninguna revista especializada en juegos, de las que recibían, mencionaba nada parecido al juego KINO”; a su vez, el testigo don Víctor René Rodena, sostiene que “no había ningún juego similar anteriormente, no obstante haber prestado los servicios a la Lotería de la Concepción”, declaración coincidente con la del deponente Héctor Alfredo Alvarez, quien prestó servicios a la empresa Racimec.

Que sosteniendo la tesis opuesta de la falta de originalidad del KINO, ha comparecido el testigo Crescente René Salazar Santander a fs. 228, exponiendo que “en muchas revistas especializadas, se hace referencia a estos juegos y que la similitud está en una tómbola que contiene el número total de bolitas correspondientes a cada uno de los números que entran en la apuesta, dando como ejemplo el bingo del Casino de Viña del Mar, uno de Polla sin precisar su nombre, la Quiniela de Buenos Aires y el Tierce de Francia; tales afirmaciones son insuficientes para desvirtuar los dichos de los deponentes mencionados en el párrafo anterior, teniendo particularmente presente, que el testigo no ha explicado en que consisten los juegos extranjeros nombrados para rebatir la originalidad del KINO.

Que finalmente, se advierte por el Tribunal, la pasividad de la demandada en este punto, ya que pudo agregar como elemento probatorio de la ninguna originalidad del KINO, juegos idénticos o similares como conocedora de la especialidad por los sistemas de lotería que opera, lo que no hizo.

DÉCIMO: Que la valoración definitiva y concluyente en este punto, en correspondencia con los testimonios ya ponderados, se encuentra en la declaración de don Cecil Alvarez Uslar a fs. 251, considerándola en un doble aspecto, la experiencia que se le supone por haber sido Gerente General de la Lotería de Concepción y, muy particularmente por tratarse de un testigo promovido por ambas partes.

En efecto, al interrogársele SI CONOCIA EL JUEGO KINO antes de la presentación que le hizo Racimec, contesta textualmente, “Esta pregunta requiere conceptualizar, que como tal denominación, no tenía conocimiento previo de su existencia ni como algoritmo de apuestas, por otra parte deseo precisar, que aunque la ley distingue entre juego y apuesta, lo entiendo como un todo y como tal no conocía su existencia anterior”. Que este mismo testigo ha reconocido la carta de 12 de Junio de 1990, que rola a fs. 5 del cuaderno de medida prejudicial, que fuera exhibida en su comparecencia, que dirigió como representante de Lotería de Concepción al representante de Racimec don Jorge Cardemil, en la que solicita, “a fin de concretar acuerdos al respecto”, proposiciones respecto de la prestación de un servicio computacional que contemple la administración, explotación y posterior transferencia de los software necesarios para la emisión e impresión de cartones, control de juegos, listado de ganadores -o un medio afín-, control de pago de premios y emisión de balances finales ponderados, son coincidentes con lo que se expresa en las copias autorizadas rolantes a fs. 218, 221, y 222 por los deponentes señores de Moras, Rodena y Alvarez, presentadas en la causa Rol. 85.337 sobre nulidad de registro de marcas, ante el jefe del Departamento de Propiedad Industrial del Ministerio de Economía.

Finalmente, la originalidad en estudio, se encuentra corroborada por el perito don José Pino Urtubia en cuanto manifiesta en el informe, que “hay

aportes creativos de Racimec en la definición del juego KINO y sus consecuencias informáticas” (fs.346).

En definitiva y en concordancia con los razonamientos que se han expuesto, la originalidad del juego KINO, creado por las personas naturales demandantes, ha quedado suficientemente probada en el proceso.

UNDÉCIMO: Que resuelta la autoría del juego KINO, corresponde determinar si los derechos han sido o no legítimamente transferidos a la demandada o en su defecto, si existe o existió de parte de los titulares, autorización para que la Universidad de Concepción explote dicho juego, Que al respecto y desentrañando la verdadera intención de las partes al redactar el contrato, al expresarse que “el juego Kino, conforme a la ley citada, le pertenece a la Universidad de Concepción”, no significa que dicho juego como IDEA para instrumentar las apuestas, sea creación de dicha Institución, situación que ya ha sido analizada; establecido con los elementos probatorios ponderados anteriormente, que el software para el desarrollo del Kino, existía antes de toda contratación entre Racimec y Lotería, y que como lo expone la demandada en su escrito de contestación, que los juegos de azar están prohibidos, es obvio que el contrato fue celebrado conforme a las facultades y atribuciones conferidas por la ley 18.568 y su Reglamento, siendo de toda lógica, suponer que la expresión “CONFORME A LA LEY CITADA”, está referida expresamente al texto legal citado, y es en ese contexto como se establece la pertenencia del juego KINO a la Universidad de Concepción. De conformidad con la “ley citada” y su Reglamento, la Universidad de Concepción, a través de la repartición Lotería de Concepción, está autorizada para operar un sistema de juegos de lotería; el Decreto 659 de 17 de Agosto de 1990 autoriza a la Universidad de Concepción para que, de acuerdo a las atribuciones de la ley 18.568 administre el sistema de juego que conforme a su descripción en el mismo Decreto, se corresponde con el denominado KINO. De lo expuesto, fluye que la pertenencia del juego KINO, a que se refiere el párrafo uno, número 15 de la estipulación primera del contrato en referencia, no equivale “conforme a la Ley Citada” a la

titularidad de derechos sobre la idea materializada en el juego, sino a una autorización para operar esa apuesta; esta autorización no implica que el Organismo mencionado haya sido el creador o que tenga derechos sobre esta creación intelectual, o que su uso no esté sujeto a la autorización de sus creadores o que la autorización para su utilización no haya concluido con la terminación del contrato; o que vencida la relación contractual, sus creadores no puedan oponerse a la continuación de su uso o que no puedan licenciar el uso a operadores de apuestas en otros países o que la explotación no autorizada de esa “idea” no esté sujeta a una indemnización reparadora.

DUODÉCIMO: Que prosiguiendo con el encadenamiento lógico de los antecedentes que debe ponderar el Tribunal, corresponde analizar si ha existido una utilización total o parcial, de cualquiera de las formas de expresión del “software” originario. La demandada, en su escrito de contestación ha sostenido que el programa computacional KINO esta diseñado para operar un juego de azar que solamente ella o La Polla Chilena de Beneficencia están autorizadas para ejecutar y que Racimec no podría ofrecer en el mercado, de lo que deduce que no puede pensarse que la Ley de Propiedad Intelectual brinde protección a un sistema y programa computacional de juego, “cuyo autor jamás podrá explotar” y cuya sola existencia puede ser el inicio de un ilícito civil y penal”. Esta alegación carece de sustentación, toda vez que el derecho de autor protege a las obras de la inteligencia cualquiera que sea su destino, de lo que se deduce que si los juegos de azar están prohibidos o restringidos por una norma legal, esta restricción no alcanza al derecho que sus autores tienen para reclamar su paternidad o a oponerse a su modificación o transformación, o si lo estimaren, mantener el juego inédito o comercializarlo en el extranjero.

DÉCIMO TERCERO:- Que considerando, que la regla general de utilización de la creación intelectual es mediante el régimen de autorización o licencia para su uso, para atribuir la titularidad del programa KINO a la demandada, debió existir una relación de dependencia; en el caso en estudio, no existe ningún elemento que conduzca a probar que el programa computacional originario

del KINO haya sido creado por los demandantes manteniendo una relación de dependencia con la Universidad de Concepción, de lo que resulta que el supuesto previsto en el inciso 2o del artículo 8o de la Ley de Propiedad Intelectual no es aplicable al presente caso.

En cuanto a la alegación de la demanda de existir en su favor, la presunción de cesión que contempla el artículo 8o en su inciso 3o de la Ley sobre Propiedad Intelectual, referido a “los programas computacionales producidos por encargo de un tercero para ser comercializados por su cuenta y riesgo”, teniendo en cuenta que la regla general es que el autor sea el titular de los derechos exclusivos sobre su obra, la norma reproducida debe interpretarse en forma restrictiva, remitida al encargo de creación de obra “FUTURA” a cambio de una contraprestación económica; sin embargo, los testimonios de los señores Ernesto Guy de Moras Anguita, don Crecente René Salazar, don Víctor Rodena, don Héctor Alfredo Alvarez y don Cecil Alvarez no dejan lugar a dudas que el programa computacional diseñado para operar el juego KINO existía completo cuando la demandante lo presentó a Lotería de Concepción, antes que se suscribiera el contrato de 17 de Diciembre de 1990 y antes de sus efectos retroactivos fijados al 30 de Septiembre de 1990, conforme la estipulación. CUARTA del mismo; no existe ninguna prueba que convenza que entre las partes existió un contrato, en el cual la demandada encargará a Racimec la realización del programa computacional futuro para operar el KINO, apareciendo a todas luces que en el presente caso, no se dan los supuestos contenidos en la norma antes aludida para presumir la cesión.

DÉCIMO CUARTO: - Que tampoco puede sostenerse, según lo expone la demandada al contestar la demanda, que le fueron cedidos los derechos patrimoniales resultantes de la explotación del KINO, ya que en ese caso, ha debido consignarse por escrito, cuáles son los derechos cedidos, el plazo de duración, remuneración, etc.; a mayor abundamiento, el artículo 73 de la Ley 17.336 dispone que “la transferencia total o parcial de los derechos de autor o de derechos conexos a cualquier título, deberá inscribirse en el Registro dentro del plazo de 60 días, contado desde la fecha de celebra-

ción del respectivo acto o contrato”, lo que no ha ocurrido, ya que la voluntad de los sres, Sfeir y Cardemil no se ha manifestado de modo indubitable, transfiriendo los derechos de explotación a la Universidad de Concepción con las estipulaciones pertinentes en forma circunstanciada, expresas y por escrito, todo lo cual conduce a señalar que la ausencia de voluntad expresa, demuestra que no ha existido ni cesión, ni transmisión de derechos, reafirmada esta convicción con los dichos de los testigos antes nombrados, en el sentido que Racimec nunca aceptó transferir los derechos sobre el programa Kino, entendiéndose que solo existió licencia para su uso, cesando en sus efectos con el vencimiento del plazo de duración el 30 de Septiembre de 1992, fecha desde la cual su uso quedó sujeto a la autorización previa y expresa de los señores Sferi y Cardemil, bien sea en su forma originaria, o a través de copias, adaptaciones totales o parciales o modificaciones.

DÉCIMO QUINTO:- Que en cuanto a lo sostenido por la demandada conforme a la cláusula 28ª del contrato que “todos los resultados, datos y en general los informes, antecedentes y demás productos relacionados con el juego KINO y emanados de los servicios prestados por Racimec, serán de propiedad exclusiva de Lotería”, considerando que según lo antes establecido, el objeto del contrato no fue la creación de un programa computacional, por la sencilla razón que éste ya existía con anterioridad al 30 de Septiembre de 1990, fecha en la cual se comienza a utilizar por la Universidad cuando aceptó el ofrecimiento de usar el juego KINO, como tampoco lo fue la cesión de sus derechos de explotación, sin duda que esta estipulación está referida a los servicios necesarios para la realización del juego, vale decir, procesamiento, incorporación computacional de los cartones, listado de los ganadores, pago de premios, etc.; en consecuencia, la relación contractual de que da cuenta el contrato es una simple prestación de servicios, en las condiciones y por el plazo que indica dicho documento.

Los testigos de Moras, Alvarez y Salazar a fs. 224, 252 y 228 explican que la Universidad pidió la cesión de los derechos intelectuales sobre los programas de computación, lo que no fue aceptado

por los demandantes, omitiéndose en definitiva, toda referencia a tal cesión en el tantas veces mencionado contrato. El testigo sr. Alvarez como Gerente General de la Lotería en esa época, expuso que el tema de la “propiedad de los programas computacionales y el Software en algún instante lo tenían que reformar” y que “optaron por no hacer mayor caudal de esta propiedad porque no tenía mayor sentido para ellos entrar a valorar esta aportación, este software, en una actividad que era incierta”.

DÉCIMO SEXTO:- *Que en la demanda, se ha sostenido que el 30 de Septiembre de 1992 terminaron los servicios que Racimec prestaba a la Universidad de Concepción y el último sorteo en que intervino fue el concurso N° 105 de 27 del mismo mes, no obstante la Lotería de Concepción siguió desarrollando el mismo juego en forma ininterrumpida, de lo que deduce, que se continúa haciendo uso no autorizado de los programas de su propiedad, o una copia, o adaptación. La Universidad de Concepción, en cambio, ha sostenido que a partir del 30 de Septiembre de 1992, su parte implementó nuevos sistemas de computación, resolviendo tomar contacto con Serigráfica Chilena S. A. para que realizara la impresión de los respectivos cartones, y que los nuevos sistemas de computación implementados son diversos que aquellos que se habían utilizado con Racimec, son más veloces que aquellos porque utilizan programas más modernos, tardan 30 segundo en encontrar el ganador, en tanto los sistemas que se utilizaban con Racimec tardaban alrededor de 3 minutos; a su vez, la demandada Serigráfica Chilena ha expresado que la Universidad, de la que es filial, le encomendó la impresión para el juego de Lotería Kino encargándole la implementación de los sistemas y programas computacionales correspondientes y que eran de su propiedad, agregando que no ha copiado ni intentado imitar programa computacional alguno.*

DÉCIMO SEPTIMO:- *Que en lo que respecta a este punto y para sustentar esta afirmación, se promovieron los testimonios de don Carlos Alberto Aqueveque, don Gastón Oswaldo Leiva y don Domingo Basualdo a fs. 240, 248 y 260; sin embargo, del informe pericial que rola a fs. 339, se desprende que diversos elementos de los programas computacionales creados por los demandantes son*

usados por aquellos que emplea la demanda y que los conceptos básicos del sistema, que se determinan en la etapa de percepción de la necesidad, son abordados solo en el sistema de Racimec, por razones obvias, los desarrolladores de los otros dos sistemas no necesitaron pensar en los conceptos básicos del juego. (fs. 324), agregando que la organización de los sistemas en subsistemas es aproximadamente la misma en los tres casos analizados. Los procedimientos administrativos son también similares. (fs. 343).

Que por otra parte la velocidad de respuesta de un programa de computación en nada significa que no sea copia, imitación o modificación del programa original; igual situación se produce si ha existido cambio en el lenguaje de programación.

Que el informe pericial señala que el sistema incluye un conjunto coherente de programas, con elementos tales como los manuales, la documentación, estructura de archivo y los procedimientos para el uso, agregando a continuación que el sistema de Racimec está bien documentado mientras que el sistema de Serchi no posee ninguna documentación y el de Lotería solo alguno; que considerando la importancia y complejidad de los programas que se operan para el KINO, atendido su carácter de sorteo público sujeto a fiscalización, no parece pertinente aplicar el criterio que a continuación expresa el perito en su informe, en cuanto expone que en “algunos desarrollos de sistemas, especialmente los pequeños... algunos productos son omitidos, así por ejemplo, aunque no es recomendable, algunos desarrolladores de sistemas no generan documentación...”; la falta de documentación o solo existencia de alguna, permite suponer fundadamente que, de alguna manera, se ha aprovechado la documentación preexistente de propiedad de los demandantes, para elaborar los programas posteriores al sorteo N° 105, siendo útil precisar que para determinar una eventual copia está debe medirse por las semejanzas y no por las diferencias.

DÉCIMO OCTAVO:- *Que prosiguiendo con el análisis del informe pericial, en el Capítulo SEPTIMO, el perito manifiesta que “La organización de los sistemas en subsistemas es aproximadamente la misma en los tres casos analizados. Los procedimientos*

administrativos son también similares”, acotando a continuación, que “el diseño de un subsistema de ingreso de identificaciones de cartones no vendidos y el procedimiento administrativo correspondiente pueden considerarse en buena parte una creación de Racimec... También el subsistema de búsqueda de números de ganadores en línea inmediatamente después del sorteo es, según las evidencias examinadas, una creación de Racimec. Sostiene el perito a continuación que “las entradas y salidas de los TRES SISTEMAS son muy parecidas”.

Que en cuanto a las consideraciones de orden jurídico que expone el perito, debe tenerse presente que su contenido solo dice relación con su ciencia y no más allá, función que corresponde al sentenciador; en todo caso, la convicción antes expuesta se reafirma, aun cuando manifiesta que “no hay copia de los módulos de software ni organizaciones de archivos, en los dos eventos a que alude, con lo que expresa a continuación, cita que se transcribe textualmente, “pero existiría utilización sin autorización de desarrollos creativos de Racimec en la definición del juego, los que se reflejan directamente en la definición de los subsistemas y procedimientos, y estos pueden ser considerados como una parte del software desarrollado por Serchi y Lotería”.

Que bastarían los antecedentes probatorios analizados, para tener la certeza del aprovechamiento no autorizado de elementos originales de la obra preexistente “juego Kino”, por parte de la demanda; sin embargo, existen otros elementos que ponderados conducen a la misma convicción.

DÉCIMO NOVENO:- Que en efecto, los deponentes señores Aqueveque, Leiva y Basualto, que fueron presentados por la propia demanda, a fs. 238, 245 y 257, respondiendo a la quinta pregunta expusieron que “la intención precisa de la Universidad de Concepción - Lotería de Concepción, fue no modificar el formato del cartón del juego, para no influir en el público comprador con otra presentación”, lo que a todas luces revela copia o imitación en la presentación gráfica de un elemento integrante del programa computacional de los demandantes; conclusión nuevamente reafirmada con la confesional prestada a fs.287 y 288 por el representante legal de la Universidad de Concepción don Uwe

Schotte Schroder al tenor del pliego que rola a fs.291, quien luego de manifestar que el juego KINO no es un juego tan novedoso, que es del tipo loto conocido mundialmente, agrega que “lo novedoso del juego KINO que se aplicó en Chile es el diseño de los cartones de apuesta y su forma de comercialización”; que “el juego, como juego frente al público no ha tenido ningún cambio”, y que “los cartones tienen aparentemente para el público la misma presentación”. Fluye de su declaración que lo esencial del juego Kino y lo que ha tenido de novedoso, a continuado siendo usado por la Universidad de Concepción con posterioridad al cese de los servicios de Racimec el 30 de Septiembre de 1992.

VIGÉSIMO:- Que como conclusión de los razonamientos largamente expuestos en los apartados precedentes de esta sentencia, y teniendo presente que, las ideas en sí mismas no están protegidas por el Derecho de Autor, sino las formas de expresión, la materialización de las mismas; que la legislación positiva sanciona el uso indebido de las obras del ingenio; que la idea del Juego KINO pertenece a las personas naturales demandantes y su uso debe ser autorizado y remunerado; que la Universidad de Concepción tiene la autorización legal para operar el juego KINO, sin que haya sido su creadora ni titular de los derechos patrimoniales que emanan del mismo; que la protección del programa computacional abarca todos y cada uno de los elementos que conforman su forma de expresión y es independiente de la autorización legal para que pueda utilizarse; que la presunción legal de autoría del sistema computacional diseñado originariamente para instrumentar el juego Kino, en favor de los demandantes señores Sfeir y Cardemil no se ha desvirtuado; que los derechos patrimoniales sobre dicho sistema pertenecen a los demandantes; que el contrato celebrado entre Racimec y la Universidad de Concepción el 17 de diciembre de 1990 es de prestación de servicios y no de obra por encargo ni de cesión; que en autos existen suficientes elementos para concluir que los sistemas desarrollados por la parte demandante para la aplicación del juego KINO, contienen un conjunto de elementos pertenecientes al sistema desarrollado por los actores, autores originarios, cuyo aprovechamiento parcial o modificaciones

no ha sido autorizado, lesionando sus derechos patrimoniales, sólo cabe acoger la demanda en la forma que se señala en la parte resolutive de esta sentencia.

VIGÉSIMO PRIMERO:- Que en el libelo fs.17, se sostiene que el perjuicio que se ha causado a la parte demandante es enorme, pues no sólo se le ha impedido la percepción legítima de los derechos por el uso que la demandada ha hecho de su propiedad intelectual, sino que además, con su conducta, los demandados han contribuido a fomentar el menosprecio a la propiedad intelectual en general, y en particular a la suya, motivo por el cual solicitan la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la utilización no autorizada del programa computacional materia de autos, desde Septiembre de 1992 hasta la fecha, cuya cuantía acreditarán en la etapa de cumplimiento de la sentencia o en otro juicio diverso.

Que sin duda y atento a los razonamientos desarrollados precedentemente, el aprovechamiento no autorizado de elementos originales del sistema computacional desarrollado por los demandantes para la aplicación del juego KINO, tipifica un ilícito que lesiona los intereses de sus autores; que existiendo daño ha nacido para la demandada la obligación de repararlo en forma completa, responsabilidad que como persona jurídica le compete, toda vez que se halla constituida con arreglo a la ley y en las condiciones que ésta exige para que goce de personalidad y considerando que es personal y directamente responsable de los actos perpetrados por sus órganos en ejercicio de sus funciones.

VIGÉSIMO SEGUNDO:- Que junto con la indemnización, la parte demandante ha solicitado diversas peticiones signadas con los numerales 2 a 7 en lo pertinente del libelo de demanda.

Tocante a la no utilización en cualquier forma del programa computacional, copias o programas que lo contengan total o parcialmente, es de suyo pertinente, como igualmente lo es la entrega de los ejemplares elaborados en contravención a los derechos de la demandante; la publicación de la sentencia a costa del demandado, es una solicitud irrelevante sujeta a la decisión de la parte interesada en ello; en cuanto a la petición señalada en

el numeral 5º, relativa a la condena de una multa, el Tribunal no lo estima procedente, atendida la calidad de la entidad demandada y su prestigio; que en cuanto a la petición 6ª se le deberá negar lugar por improcedente, en atención a lo expuesto y a los razonamientos desarrollados a lo largo de esta sentencia.

POR ESTAS CONSIDERACIONES y visto lo dispuesto en los artículos 1562, 1563, 1564, 1698, 1700, 1702, 1706, 1712, 1713, 2314 y 2315 del Código Civil; 144, 160, 170, 341, 342, 346, 384 Nos. 1 y 3, 399, 425, 426, 428 y 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y Ley N° 17.336, se declara:

A.- Que se rechazan las objeciones formuladas por la demandada a los documentos signados con las letras a.-, f.-, g.- y h.-, con los fundamentos dados en el considerando primero de esta sentencia, y se acoge respecto a las objeciones de los documentos signados con las letras b.-, c.-, d.- y e.-, sin perjuicio de valorarlos como base de presunción judicial;

B.- Que se acoge la demanda deducida en lo principal del libelo de fs.17, sólo en cuanto se hace lugar a lo pedido en el N° 1, 2 y 3 del petitorio de la misma, rechazándose en lo demás;

C.- No se condena en costas a la demandada por estimársela con motivo plausible para litigar.