

Antofagasta, a veintinueve de julio de dos mil diecinueve.

VISTOS:

En esta causa del Tercer Juzgado de Letras en lo Civil de Antofagasta, por sentencia de treinta de noviembre de dos mil dieciocho, se rechazó la demanda en juicio sumario por infracción a la Ley de Propiedad Intelectual por uso no autorizado y público del proyecto de obra de confección de una balsa para el balneario municipal interpuesta por don Ramón Madariaga Mora en contra de la I. Municipalidad de Antofagasta.

En contra del fallo la parte demandante dedujo recurso de casación y apelación subsidiaria, fundando el primero en la existencia de los vicios previstos en el artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, esto es, en haber sido pronunciada con omisión de los requisitos enumerados en el artículo 170 N°s 4 y 6 del mismo Código.

CONSIDERANDO:

EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA:

PRIMERO: Que el motivo de casación formal invocado por el recurrente, esto es, haber sido pronunciada la sentencia incurriendo en los vicios previstos en el artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los N°s 4 y 6 del artículo 170 del mismo cuerpo legal, se basa en que la sentencia habría omitido las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia y, la decisión del asunto controvertido.

Sostiene que el agravio sufrido por el actor consiste en que al omitirse el análisis jurídico en la sentencia se perjudican los intereses reclamados en la demanda y que se entienden protegidos por la Ley 17.336 y las otras normas aludidas, por la vía de fortalecer las exigencias de la adecuada fundamentación de la sentencia, causando perjuicio al actor al no acoger sus pretensiones jurídicas y por cuanto las razones que fundamentan el rechazo no se encuentran explicadas ni fundamentadas, por lo



que se vulneran sus derechos garantizados en la Constitución.

Añade que los vicios denunciados afectan lo dispositivo del fallo, debido a que no se resolvió un incidente de objeción de documentos, los cuales al no constar que se encuentran incorporados al juicio, impiden demostrar que el proyecto que se alega como obra del actor sea tal o que consta que su existencia es anterior a las propuestas públicas hechas por la demandada que contenían las bases y especificaciones técnicas del actor. Señala que de haberse rechazado tal objeción, no cabría duda que el análisis de tales instrumentos hubiese permitido acceder a la demanda de autos.

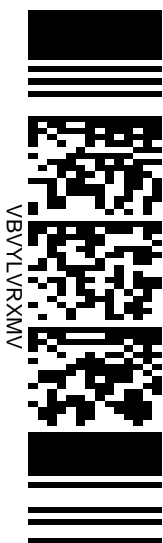
El otro vicio que denuncia es la ausencia de un análisis o de las consideraciones de derecho para fundar el fallo, lo que impidió al juez fallar en su favor.

Sostiene que tales vicios implican que el sentenciador ha dejado de aplicar la norma infringida al caso regulado, el artículo 768 N° 5, en relación al artículo 170 N°s 4 y 6 del Código de Procedimiento Civil.

Solicita que se acoja el recurso de casación, que se tengan por configurados los vicios denunciados y en consecuencia, se invalide la sentencia y se dicte otra de reemplazo, con costas del recurso.

SEGUNDO: Que para que el recurso de nulidad formal prospere es necesario que el vicio en el cual se fundamenta haya ocasionado un perjuicio reparable solo con la declaración de nulidad que por su interposición se solicita.

TERCERO: Que del mérito del recurso consta que el impugnante de nulidad dedujo apelación en contra del mismo fallo, la que sin perjuicio de sus alegaciones se fundamenta en hechos que sustentan su pretensión invalidatoria, que por lo demás están referidos al valor probatorio de la prueba rendida, facultad privativa del sentenciador y es en esos términos que la sentencia en los considerandos segundo y tercero se refiere a ello, por lo que no concurre en la especie el requisito referido en el motivo que antecede, en



cuanto de concurrir el yerro que se denuncia, éste puede ser enmendado a través del recurso ordinario de apelación, por lo que no puede prosperar.

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN:

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de los considerandos decimosegundo, decimotercero, decimocuarto, decimoquinto y decimosexto, que se eliminan.

Y SE TIENE EN SU LUGAR, ADEMÁS, PRESENTE:

CUARTO: Que la parte demandante dedujo recurso de apelación en contra de la sentencia que rechazó la demanda, con el objeto que se revoque y se acoja en todas sus partes, con costas.

Sostiene que su parte interpuso demanda en juicio sumario en contra de la Ilustre Municipalidad de Antofagasta, por infracción a la Ley de Propiedad Intelectual, al hacer uso no autorizado y público del proyecto de obra de confección de una balsa para el balneario municipal, utilizando el diseño, plano y especificaciones técnicas contenidas en la presentación cuya creación intelectual hizo el demandante para la I. Municipalidad de Antofagasta, a solicitud expresa, y obteniendo un beneficio por esa conducta ilegal.

Indica que el sentenciador expone en su sentencia, en los considerandos 12° y 13°, los argumentos por medio de los cuales, rechaza la demanda, los cuales se transcriben a continuación: "*DÉCIMO SEGUNDO. Que, conforme a lo señalado en el motivo precedente, la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual, protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, y los derechos conexos que ella determina. El Derecho de Autor, como se dijo, comprende los derechos patrimoniales y morales, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de una obra, sin embargo, necesario es, que el autor de ella haya inscrito en los*



registros respectivos, amparados por la Ley de Propiedad Intelectual N° 17.366.

Por otra parte, en este caso en cuestión, debió el actor haber probado que la balsa de que se trata se construyó en base a su proyecto, lo que no hizo y tampoco probó que su obra esté inscrita en el registro respectivo sobre propiedad intelectual, como de su dominio, todo lo cual debió hacerlo en aplicación del artículo 1698 del Código Civil, en su inciso primero, que establece que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas. Es así como el principio general y amplio del artículo antes citado, es que impone al litigante que alega un hecho en su favor que es contrario a las pretensiones de su contendor el deber o el peso de probarlo. Así, correspondía a la parte demandante acreditar que el proyecto de obra de confección de una balsa para el Balneario Municipal, es de su autoría y que el mismo se encuentra debidamente registrado e inscrito a su nombre en el Registro de Propiedad Intelectual, que está regulado en la Ley 17.366. Que, del mérito de autos, y pruebas rendidas por el actor, no se acreditado que dicha obra sea de su autoría, ni rindió prueba que acreditará que el proyecto denominado "proyecto de obra de confección de una balsa para el balneario municipal", se encontraba debidamente inscrito a su nombre en los Registros de Propiedad Intelectual.

DÉCIMO TERCERO. Que, la parte demandada alegó en su favor también que el actor carecía de legitimación activa para demandar, fundada en que debió acreditarse por parte de actor la autoría de la creación de las bases técnicas de la propuesta pública ID 2430-58-LP (desierta) y de la ID 2430-72-LP17 (segundo llamado), que fue adjudicada a la empresa Servisub, negando también que las bases técnicas hayan sido creadas por el actor, debiendo ser carga de él acreditarlo, que no existe en el libelo ningún antecedente que dé cuenta que el actor de autos inscribió o registró la supuesta obra intelectual que dice ser de su propiedad en el Registro de Propiedad Intelectual que establece y regula la ley 17.366,



entendiendo, dice, que las bases técnicas de ambas propuestas públicas no fueron creadas por el demandante desapareciendo el presupuesto más importante de la ley 17.366, que en definitiva lo legitimaría para incoar la presente acción en contra de la demandada o cualquier otro, por lo que carecería de legitimación activa."

El sentenciador luego de estos razonamientos, en el considerando 14°, resumió los dos principales argumentos jurídicos para rechazar la demanda, en los siguientes términos: *"DÉCIMO CUARTO. Que, consecuente con lo expresado y razonado en los motivos precedentes, especialmente de conformidad con el artículo 1698 del Código de Civil, que obliga al actor a probar los fundamentos de su demanda y también la condición jurídica de legítimo propietario de la obra en que se funda la acción, necesariamente, a este sentenciador no le permite otra determinación que rechazar la demanda de don Ramón Adrián Madariaga Mora en contra de la Ilustre Municipalidad de Antofagasta, uno, por no haber logrado probar los fundamentos de ella, debiendo hacerlo y por otra parte, además, por estimar que carece de legitimación activa para accionar en esta causa, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia."*

Refiere que se acreditó en autos que el proyecto denominado NUEVA Balsa BALNEARIO MUNICIPAL ANTOFAGASTA, fue preparado por Ramón Madariaga Mora, por su empresa con nombre de fantasía TecnoSolución en febrero del 2017 y que las Bases y especificaciones técnicas contenidas de las propuestas públicas denominadas "Adquisición e Instalación Nueva Balsa Balneario Municipal", ID 2430-58-LP17 y "Adquisición e Instalación Nueva Balsa Balneario Municipal, Segundo llamado", ID 2430-72-LP17; según se expresaron en el proyecto de autoría denominado "Nueva Balsa Balneario Municipal Antofagasta" fueron presentados a la demandada el día 7 de marzo del año 2017 por escrito a petición expresa de la Alcaldesa, y este contenía el resumen de cotización de las alternativas para construir una balsa; Especificaciones



técnicas; 3 Cotizaciones detalladas en la misma; planos de diseño de cada alternativa; carta Gantt; 4 Maquetas de diseño a escala, por las alternativas de una nueva balsa.

Añade que en la demanda, no así en la sentencia, se hizo un expreso y detallado análisis de 4 constancias de copia de las bases y especificaciones técnicas del proyecto del actor en las bases y especificaciones técnicas, que se materializa en las licitaciones o propuestas públicas denominadas "Adquisición e Instalación Nueva Balsa Balneario Municipal", ID 2430-58-LP17 y "Adquisición e Instalación Nueva Balsa Balneario Municipal, Segundo llamado", ID 2430-72-LP17, ya aludidas y que las dos primeras constancias se refieren a que se repitió y hubo un aprovechamiento de lo desarrollado por el actor en su proyecto e incluso transcripciones exactas del proyecto del demandante, y que se trata de una burda copia, que incluso se equivocaron en las dimensiones de cada elemento de fondeo, dado que al copiar la información de una balsa de 8 x 8 metros de superficie, donde indican tamaños de pesos muertos de hormigón de 70 x 70 x 1.00 metros; no obstante, que en la licitación se cambió y se propuso una dimensión de 10 x 10 metros, por lo que debieron aumentar proporcionalmente un poco más del 20% para obtener mayor volumen de los pesos muertos.

Alega que el plano transcrito en su parte inferior derecha contiene el Logo y las especificaciones de TECNOSOLUCIÓN, con indicación de los datos del demandante como celular, correo electrónico y se enfatiza, su contenido: diseño, dibujo RAMÓN MADARIAGA M. FECHA 14 -FE-2017, aprobó KAREN ROJO VENEGAS, sin fecha.

Señala que en la sesión ordinaria del 15 de noviembre del año 2018, presidida por el concejal Gonzalo Santolaya, el consejo municipal aprobó el contrato de "Suministro, confección, adquisición e instalación de una balsa en el balneario Municipal de Antofagasta". Segundo llamado.", ID 2430-72-LP17, entre el municipio y la empresa Servicios Submarinos Ingenieros Limitada o SERVISUB Ltda., por un costo de \$80.000.000, en la misma los concejales



manifiestan verbalmente sus dudas respecto al pago de los honorarios por la autoría de los diseños gráficos que aparecen en las especificaciones técnicas del proyecto que es parte del contrato de adjudicación que en dicha sesión se debía aprobar, dado que en los mismos aparece el nombre del compareciente.

Hace presente que las argumentaciones vertidas por los concejales, demuestran que los diseños que se exhibieron como parte de las especificaciones técnicas del contrato de adjudicación a aprobar en esa sesión, eran de exclusiva autoría del actor. Tan es así que los directivos municipales afirman reconociendo que es la misma estructuración de la balsa, los mismos materiales, lo que permite deducir de forma lógica que en la licitación del segundo llamado de la propuesta, fue tomada en forma textual de su obra, consecuencia de su creación.

Señala que no se analizó la prueba rendida, olvidando el sentenciador el texto del artículo 1° de la ley 17.366, que textualmente señala: "Artículo 1°- La presente ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina.

El derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra".

Añade que el artículo reproducido conceptúa clara y sin lugar a dudas lo que se entiende por propiedad Intelectual, esto es, el conjunto de derechos, que corresponden a los autores y a otros titulares respecto de las obras, que son producto de su creación intelectual. Así como también, de su lectura, se desprende que lo protegido por la citada norma son los derechos que, por el sólo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras literarias, artísticas y científicas, como asimismo los



derechos conexos que ella precisa, para disponer luego en el inciso 2°, que el derecho de autor comprende derechos patrimoniales y morales, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra.

Sostiene que la ley protege el derecho patrimonial del autor, el cual según el artículo 17 de la Ley N° 17.336, que confiere a su titular las facultades de utilizar directa y personalmente la obra, de transferir, total o parcialmente, sus derechos sobre ella y de autorizar su utilización por terceros. Por otra parte, el artículo 14 de la Ley N° 17.336 consagra el derecho moral del autor, el cual se traduce en la posibilidad de reivindicar la paternidad de la obra; oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación hecha sin su expreso y previo consentimiento; mantener la obra inédita; entre otras prerrogativas.

En base a lo anterior, frente a la disyuntiva de determinar cuál es el bien jurídico protegido por los delitos o faltas establecidas en los artículos 79 y siguientes de la Ley N° 17.336, en relación con los artículos 17, 18 y 19 de ese cuerpo legal, sostiene que lo que se tutela es el derecho de propiedad intelectual, a la luz de la misma Constitución y de la Ley de Propiedad Intelectual, que protege al autor de los derechos sobre su creación, incluyendo los derechos conexos a éste.

Dicho cuerpo legal precisa también que se entienden por creaciones y se transcriben del artículo 3° de la Ley, aquellas que son pertinentes a esta presentación: "Artículo 3°- Quedan especialmente protegidos con arreglo a la presente ley: 9) Los proyectos, bocetos y maquetas arquitectónicas y los sistemas de elaboración de mapas; 17) Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos, constituyan creaciones de carácter intelectual. Esta protección no abarca los datos o materiales en sí mismos, y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación".



Dice que su parte es la creadora de las bases y especificaciones técnicas de su proyecto entregado al municipio, a petición expresa de ésta, y la misma la empleo, sin ninguna autorización, para sus dos licitaciones o propuestas mencionadas precedentemente.

De ahí, manifiesta que resulta sorprendente que habiéndose rendido prueba en el sentido explicado, la misma no se haya considerado para efectos de cuestionar o refutar la excepción de falta de legitimación activa de su representado para demandar las peticiones contenidas en la demanda.

Por otra parte la ley citada, es clara al señalar: "Artículo 4°.- El título de la obra forma parte de ellas y deberá ser siempre mencionado junto con el nombre del autor, cuando aquélla sea utilizada públicamente.

No podrá utilizarse el título de una obra u otro que pueda manifiestamente inducir a engaño o confusión, para individualizar otra del mismo género."

Tal exigencia se cumplió a cabalidad ya que en el proyecto entregado al municipio, se indicó claramente quien era el autor de este y se incluyó, además en el plano de la balsa más planos de otras alternativas contenidas en el proyecto, lo que se discutió en las sesiones del concejo ya referidas.

Además en el segundo párrafo de dicho considerando, estima como "necesario" que dicha obra o proyecto que el Sr. Madariaga Mora elaboró, debió haberla inscrito en el registro de propiedad intelectual, sin mencionar en que el artículo de la Ley N° 17.336, aparece tal exigencia, contradiciendo lo que dispone el inciso 1° del artículo 1° de la ley citada, pues no reconoce los derechos del autor por el solo hecho de la creación, cuestión que implica vulnerar el artículo 19 N° 25 de nuestra constitución.

Asimismo, dice que la doctrina nacional al respecto, es conteste en el sentido que el objeto y contenido del Derecho de Autor está expresado en la Ley N° 17.336. Ella



otorga protección por el "solo hecho de la creación de la obra" y adquieren los autores de "obras de la inteligencia" en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina, comprendiendo un derecho dual: los derechos patrimoniales que protegen el aprovechamiento y los derechos morales que protegen la paternidad y la integridad de la obra. Indica que el Derecho de Autor concede, por el sólo hecho de la creación, todos los derechos que la ley otorga, desvinculando su adquisición del hecho material de su inscripción en un registro y difiere del modelo inmediatamente anterior regulado en el Decreto Ley 345 de 1925 que disponía que la propiedad intelectual se constituía por su inscripción en el registro que llevaba la Biblioteca Nacional. Desde ese momento se constituía el derecho y la ley franqueaba las herramientas para su resguardo. Consecuencia de la eliminación de formalidades, ipso iure se otorga protección legal.

Refiere que llama la atención que el considerando citado de la sentencia, confunda el derecho de autor que alega el actor y la inscripción en el registro de propiedad, como cuestiones consustanciales, en circunstancias que la ley no les da ese carácter, pues la inscripción en el registro de propiedad es meramente formal y es para acreditar la propiedad, sin embargo, no es una cuestión exclusiva, por ello debe dejarse constancia que la propiedad del proyecto u obra que presentó el demandante al municipio, se encuentra acreditado a su favor con toda la prueba documental rendida y con el simple cotejo de su contenido con las bases y especificaciones técnicas de las propuestas o licitaciones públicas ya individualizadas.

Dice que el marco general normativo está en el inciso 2° del artículo 38 de la Constitución de la República, en el sentido de que "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades (como en la especie), podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley



(ídem), sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”, y el fallo no se pronuncia tampoco en la Ley N° 19.039, denominada Ley de Propiedad Industrial, en especial los dos primeros incisos del artículo 62 de la misma que precisa: “Bajo la denominación de diseño industrial se comprende toda forma tridimensional asociada o no con colores (las maquetas presentadas el 7 de marzo de 2017), y cualquier artículo industrial o artesanal que sirva de patrón para la fabricación de otras unidades y que se distinga de sus similares, sea por su forma, configuración geométrica, ornamentación o una combinación de éstas, siempre que dichas características le den una apariencia especial perceptible por medio de la vista, de t al manera que resulte una fisonomía nueva.

Señala que el fallo adolece de fundamentación jurídica a la hora de resolver, no refiriéndose al bien jurídico afectado por la demandada al actor, pues la ley protege por un lado el derecho patrimonial del autor, el cual según el artículo 17 de la Ley N° 17.336, que confiere a su titular las facultades de utilizar directa y personalmente la obra, de transferir, total o parcialmente, sus derechos sobre ella y de autorizar su utilización por terceros.

Por otra parte, el artículo 14 de la Ley N° 17.336 consagra el derecho moral del autor, el cual se traduce en la posibilidad de reivindicar la paternidad de la obra; oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación hecha sin su expreso y previo consentimiento; mantener la obra inédita; entre otras prerrogativas.

Sostiene que lo que se tutela es el derecho de propiedad intelectual, a la luz de la misma Constitución y de la Ley de Propiedad Intelectual, que protege al autor de los derechos sobre su creación, incluyendo los derechos conexos a éste. Dicho cuerpo legal precisa también que se entienden por creaciones y se transcriben del artículo 3° de la Ley (N°9, N° 12 y N°17), aquellas que son pertinentes como los



proyectos, bocetos y maquetas arquitectónicas y los sistemas de elaboración de mapas; Las esculturas y obras de las artes figurativas análogas, aunque estén aplicadas a la industria, siempre que su valor artístico pueda ser considerado con separación del carácter industrial del objeto al que se encuentren incorporadas; y las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos, constituyan creaciones de carácter intelectual.

Argumenta que el fallo no protege el derecho de autor de su representado sobre su proyecto u obra ya referida, ante las vulneraciones realizadas a ese derecho por parte de la demandada, lo que redundaría en una pérdida patrimonial y una afectación a su derecho moral de su obra proyecto, pues se rechazó en la sentencia, todas y cada una de las pretensiones contenidas en la parte petitoria de la demanda de autos.

Solicita que se revoque la sentencia y se acoja la demanda de autos en todas y cada una de sus partes, con expresa condena en costas.

QUINTO: Que el artículo primero de la Ley 17336 sobre Propiedad Intelectual señala que: "...protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra adquieren los autores de obras de la inteligencia...", cuestión que no importa sino, que para que un autor de una obra adquiriera derechos sobre ella, amparados por el cuerpo normativo antes dicho, no hace falta inscripción ni formalidad alguna, pues ellos y su legítima protección surgen desde la creación misma de la obra.

SEXTO: Que por su parte el artículo 8° de la Ley 17.336, de Propiedad Intelectual señala: "Se presume autor de una obra, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal al divulgarse aquella, mediante indicación de su nombre, seudónimo, firma o signo que lo identifique de forma usual, o aquel a quien, según la respectiva inscripción, pertenezca el ejemplar que se registra...".

De la redacción de ambas disposiciones legales, es



posible concluir que la inscripción de la obra no es obligatoria para el autor, más aún que esta última norma emplea la conjunción "o", no "y" al señalar a quien se presume autor de una obra.

SÉPTIMO: Que el demandante ha sustentado sus pretensiones en su calidad de titular del derecho de autor del proyecto de obra de confección de una balsa para el Balneario Municipal, utilizando el diseño, planos y especificaciones técnicas contenidas en la presentación cuya creación intelectual realizó para la I. Municipalidad de Antofagasta, a su solicitud expresa y obteniendo un beneficio para esa conducta, la que sin su permiso ni autorización expresa se publicó y utilizó oficialmente con fines de lucro y para provecho municipal.

OCTAVO: Que el proyecto de Nueva Balsa Balneario Municipal de Antofagasta, preparado por el demandante don Ramón Madariaga Mora, de la empresa Tecnosolución, una vez requerido fue presentado en la Oficina de Partes de la I. Municipalidad, y aparece recibido por ésta, según timbre de fecha 7 de marzo de 2017, información contenida en la carátula.

A lo anterior se refiere la prueba de la parte demandante consistente en: gestión preparatoria de vía ejecutiva caratulada Madariaga con I. Municipalidad de Antofagasta Rol C-4962-2017 en la que citada a confesar deuda por concepto de honorarios la Alcaldesa de Antofagasta doña Karen Rojo Venegas no reconoció deuda alguna; las transcripciones en primer lugar de la entrevista de la Sra. Alcaldesa de Antofagasta doña Karen Rojo Venegas en un canal de televisión de esta ciudad; los correos electrónicos incorporados en la causa, como también las siguientes actas notariales:

a) Acta de fecha 10 de enero de 2018, de la Notario Público suplente doña Ximena Garrido Granada, que corresponde a una descripción y transcripción escrita del audio del video proporcionado por el requirente, don Ramón



Adrián Madariaga Mora.

b) Acta de fecha 15 de noviembre de 2017, de la Notario Público María Soledad Lazcar Merino, que corresponde a la transcripción parcial de la Sesión N° 32 del Concejo Municipal de Antofagasta, sobre aprobación del contrato de suministro, confección, adquisición de una nueva balsa para el balneario municipal de Antofagasta. Segundo llamado ID 2430-72-LP-17.

c) Acta de fecha 10 de febrero de 2017, de la Notario Público suplente doña Ximena Garrido Granada, que corresponde a la Sesión N° 6 del Concejo Municipal de Antofagasta, sobre reinstalación provisoria de balsa en el Balneario Municipal.

En la primera transcripción correspondiente al extracto de transmisión televisiva de canal Antofagasta TV, de fecha 10 de enero de 2018, se indica, en lo que interesa que en la parte inferior de la pantalla aparece con letras negras el nombre "Karen Rojo", Alcaldesa de Antofagasta, cuyas primeras palabras son de agradecimiento frente a la disposición y ofrecimiento del Sr. Madariaga para ayudar a buscar una pronta solución, indicando que se tomará contacto con él para reunirse y estudiar cuáles son sus ofrecimientos, decisión que se tomará con el Concejo municipal.

Posteriormente se señala que la situación comenzó a ocurrir luego que la balsa instalada en el balneario municipal el año pasado quedara a la deriva, obligando la planificación de una nueva, para lo que se aceptó la asesoría, planos y bases técnicas de Ramón Madariaga, el cerebro detrás de la tradicional balsa instalada en 1986 y que estuvo por más de treinta años en la playa.

Se agrega que el escenario es totalmente distinto, pues luego de la instalación de la nueva balsa un equipo de abogados en representación de Madariaga, autor del proyecto original, estaría pensando en presentar acciones legales por diversas irregularidades que se pueden resumir en una supuesta violación a la propiedad intelectual del proyecto.

Asimismo, se transcribe la declaración de la



persona cuya imagen señala Ramón Madariaga, el actor quien indica que le agradaría cooperar con la municipalidad y ver qué se puede hacer al respecto, agregando que son sus sentimientos porque lleva muchos años viviendo acá, del año 80 y eso queda, hay que aportar a la ciudad.

En otra imagen se transcriben los dichos de la Concejala de la Municipalidad de Antofagasta, Doris Navarro, quien señala que es una falta de respeto a don Ramón, que él haya sido el iniciador del diseño de la balsa en la cual no se le respetó, llevó información, proyecto, maqueta y se dio por hecho que él iba a hacer la construcción de la balsa, sin embargo se llevó una licitación "sin ser considerado" y en ese sentido, opina que él tiene derecho a exigir por haber sido el intelectual de proyecto en sí, porque él inició la antigua.

Se transcribe asimismo los dichos del Concejal de la Municipalidad de Antofagasta, Luis Aguilera, persona que señala que el día de la votación del Concejo que se efectuó el 15 de noviembre de 2017, se entregaban diseños, planos de don Ramón Madariaga, de fecha febrero de 2017 y en el mismo Concejo él consultó quién era la figura legal de los planos que llegaban a la mesa para poder ser evaluados y en definitiva, cuál era la figura contractual de Ramón Madariaga con la I. Municipalidad.

En la transcripción parcial de la Sesión N° 32 de fecha 15 de noviembre de 2017, del Concejo Municipal de Antofagasta, se refieren en el punto N° 3 de la tabla a la aprobación del contrato de suministro, confección, adquisición de una nueva balsa para el balneario municipal de Antofagasta, segundo llamado, ID 2430-72-Lp17, expone el director de asesoría jurídica, don Christian Flores, tema que fue tratado por todos los integrantes del Concejo, señalando el Concejal Luis Aguilera que cuando se trató el tema de la balsa anterior había un compromiso de poder trabajar con el caballero que construyó la balsa, a quien se le podría invitar para que la empresa de "Ricardo" se asesore también



con este caballero.

Al momento de efectuar la votación el Concejal Camilo Kong manifiesta una duda por cuanto en el gráfico que se muestra dice que el diseñador y dibujante es Ramón Madariaga, persona que según entiende es quien hizo la anterior, que fue aprobada por la Alcaldesa.

Por su parte el Concejal Luis Aguilera consulta cuál fue la figura del caballero "que entiende que no trabaja en la municipalidad", para que diseñe algo y se traiga a licitación, porque no presta servicios para la municipalidad, y consulta cuál fue la figura para que él diseñara lo que se licita, preguntando si es legal.

El director de SECOPLAC don Dante Novoa, sostiene que corresponde al diseño que se utilizó para la construcción de la balsa anterior, por eso se presenta para licitación porque la única modificación es que bajo ese mismo tipo de estructuración y armado crece porque es un módulo, esa es la única diferencia.

Al momento de las votaciones, el Concejal Camilo Kong sostuvo que para ser precavido se abstiene de votar.

Por su parte el Concejal Luis Aguilera señala que para la segunda vez, los documentos tienen su nombre, y él entiende que no presta servicios a la municipalidad, tampoco hay una licitación por medio de la cual haya un subcontrato con esta persona y se está utilizando el nombre de Ramón Madariaga para entregar la información al Concejo y tomar una decisión.

Al momento de votar la concejala Doris Navarro, manifiesta su preocupación de tener la idea y mostrarla y no es partícipe, por lo que puede demandar al municipio por el uso del diseño, refiriéndose a la propiedad intelectual y a este respecto, hace una consulta al director del Departamento Jurídico, quien afirma que para alegar el derecho de autoría, debe estar inscrito un producto en el registro de la propiedad intelectual, por el contrario, de no ser así, no se puede atribuir la autoría.

Por su parte el director de SECOPLAC Dante Novoa



sostiene que en rigor una modulación de uno por uno, no es la misma, pero sí la misma estructura y la idea porque son dos módulos más grandes por cada costado y agrega que en rigor, no es exactamente una copia, pero si obviamente, al mismo tipo de estructuración de la balsa y los materiales que se incorporaron.

Luego de los puntos de vista planteados precedentemente, la concejala Doris Navarro se abstiene de votar no por oposición al tema de la balsa, sino que porque si la empresa que postuló podría haberse creado un boceto de lo que ellos pretendían hacer, de las balsas y medidas y a nombre de ellos, habría sido más factible, pero señala que no viene de esa forma.

Asimismo se abstiene de votar el concejal Luis Aguilera, indicando que la información que se debía entregar debería ser la que se está aprobando ahora y no la del diseño de antes, y además, no debería venir con el nombre de una persona que por lo demás, no ha prestado ningún servicio, no hay subcontrato, contrato desde la municipalidad o un subcontrato con terceros.

Como corolario se indica que hubo seis votos a votar, tres abstenciones para el acuerdo del contrato de suministro, confección y adquisición, instalación de una balsa para el balneario municipal de Antofagasta. Segundo llamado, por lo que se entendió aprobada la moción por haber mayoría simple.

En la transcripción parcial de la Sesión N° 6 de 10 de febrero de 2017, efectuada por la Notario Suplente doña Ximena Garrido Granada, a solicitud de don Ramón Adrián Madariaga, se deja constancia de las intervenciones de la Sra. Alcaldesa doña Karen Rojo Venegas, del Administrador Municipal don Héctor Gómez y de los concejales Gonzalo Santolaya, Andrea Sosa, Gonzalo Dartagnan y Félix Acori, oportunidad en la que se trató sobre la reinstalación provisoria de balsa en el balneario municipal, la adjudicación de la misma y las características de ésta,



refiriéndose a los elementos que fueron parte de la licitación.

Refieren la reunión sostenida con el Sr. que construyó la balsa anterior el Sr. Madariaga, a quien se le habría señalado que el único modo de que él fuera a construir la balsa o participar como HITO, como contraparte técnica en la construcción, es a través de la Corporación del Deporte.

Se pide la autorización de los concejales para poder instalar la balsa.

Se señala que la empresa de Ricardo Rojas, de Servisub es de mucha experiencia en la materia, y ya revisó la balsa.

A continuación se señalan el procedimiento a efectuar de modo tal que se impida la intervención por parte de alguna persona.

Se refiere a la situación ocurrida en cuanto a que la balsa llegó a la orilla y que eso fue por acto de terceros.

Se indica además que la balsa no cumple con la expectativa de la comunidad, por lo que se debe buscar otra con mejores condiciones que la que existía anteriormente y que quien debe trabajar en eso es SECOPLAN.

NOVENO: Que en consecuencia se está en presencia de un cúmulo de antecedentes que dan cuenta que la I. Municipalidad requirió a don Ramón Adrián Madariaga Mora para efectuar el proyecto arquitectónico correspondiente a la balsa del Balneario Municipal, en atención a su experticia. Es así que en la referida sesión de 15 de noviembre de 2017, a través de la intervención de los concejales, se advierte que éstos repararon en que los diseños exhibidos como parte de las especificaciones técnicas del contrato de adjudicación a aprobar eran del actor, indicando que era su proyecto y que lo ejecutará otra persona.

Del mismo tenor es la declaración de los testigos, la prueba instrumental acompañada por el demandante "Proyecto Nueva Balsa Balneario Municipal de Antofagasta", I. Municipalidad de Antofagasta. Preparado por Ramón Madariaga



Mora. TecnoSolución, febrero de 2017, permite colegir que existen coincidencias evidentes entre éste y el llamado a propuesta pública generada por la I. Municipalidad de Antofagasta, denominado "adquisición e instalación nueva balsa balneario municipal" en su primer y segundo llamado, según se indica. Algunas de éstas son las siguientes:

En el punto 1 de la página 4 "Perfil Misión Balsa Balneario Municipal de Antofagasta" se indica "el propósito de esta balsa, estará destinada a recibir abordó en cubierta, un sinnúmero de bañistas, especialmente en épocas estival y durante todo el año". La frase anterior aparece literalmente transcrita en las especificaciones de la I. Municipalidad de Antofagasta, en las generalidades en párrafo segundo de la página 1 de las mismas.

En el punto 6 se refiere a la Capacidad de Carga, y se señala: "tendrá capacidad de soportar a bordo sobre cubierta, a 256 personas de 80 kg. Cada una, considerando cuatro personas por metro cuadrado en una superficie de 64 m² significando un peso total de carga viva de 20,48 toneladas y su capacidad máxima de carga es sobre 25 toneladas". La frase textual aparece transcrita en las especificaciones técnicas de la I. Municipalidad de Antofagasta en las generalidades y la letra B Balsa párrafo tercero página 3 se aumenta el número de personas a 400, porque se agrandó la superficie de 64 a 100 m² y se amplió la capacidad de carga de 25 toneladas a 35 toneladas.

En la página 5 N° 7. Material de construcción se indica "el casco vivo de flotabilidad, se construirá en acero naval alta calidad, que corresponden a Plancha Naval Norma A.S.T.M.-A-131 Grado A (Cert. Lloyd's). Frase textual, transcrita en las especificaciones técnicas de la I. Municipalidad de Antofagasta, en las generalidades usando la letra B Balsa N° 6.1, primer párrafo del mismo, base flotante, página 3.

Asimismo se transcriben otros textos adaptados y transcritos en las especificaciones técnicas usados por la I.



Municipalidad de Antofagasta, referidos a temas como planchas de acero naval, acero para la estructura soporte cubierto y coronamiento, tubo, espesor coronamiento perímetro y espesor escala a cubierta, iluminación propia reflectante, tacha solar cuadrada; protección granallado y pintura caso flotante, cuyo subtítulo es proceso de granillado a metal caso flotante.

Además en otro acápite aparece copiada una frase referida a la profundidad del arenado o granallado, que se estima en un tercio del espesor final del revestimiento; pintura anticorrosiva de protección, que se adapta al Título Pintura Anticorrosiva Casco Flotante. En cuanto a las características técnicas de la madera a utilizar en carpintería de maderas encubiertas, se transcribe también en la licitación de la I. Municipalidad de Antofagasta, madera cubierta 2x8x4 metros.

En cuanto a "protección de la madera", ésta se debe considerar como algo natural, sin olvidar que casi todos los materiales necesitan una protección. La frase se conserva textualmente en el llamado a licitación la cual se adapta.

Bajo el título de proyecto de arquitectura e ingeniería, en el que se indican requerimientos de construcción, en el parte de proyecto de la licitación se eliminan dos frases, y se incluye el mantenimiento el párrafo citado de manera literal, omitiéndose la frase "desde hace treinta años a la fecha".

Así también al señalar Proyecto de Arquitectura e Ingeniería, también se mantiene el párrafo de manera literal en la parte de proyecto en la licitación, eliminando dos frases e incluyendo en el punto 4 página 2.

En cuanto a los Elementos de Amarre y FONDEO, existen dos nuevos subtítulos: fabricación de pesos muertos y cadena con mallete grado UD20mm. Indica que se trata de cambios meramente formales y en resto se utiliza literalmente el proyecto, tanto en su finalidad como en sus condiciones de navales de construcción.

DÉCIMO: Que en consecuencia conforme se estableció



la I. Municipalidad de Antofagasta, hizo uso no autorizado y público del Proyecto de Ingeniería Naval de Obra de Confección de una Balsa para el Balneario Municipal, utilizando información coincidente con el diseño, plano y especificaciones técnicas contenidas en la presentación cuya creación intelectual realizó el demandante don Ramón Adrián Madariaga Mora para la I. Municipalidad de Antofagasta, a su solicitud expresa y obteniendo un beneficio por tal conducta, lo que ocurrió con ocasión del primer y segundo llamado a propuesta pública generada por la I. Municipalidad de Antofagasta denominada "Adquisición e Instalación Nueva Balsa Balneario Municipal ID 2430-58-LP17 y posterior ID2430-72-LP17", cerrada la primera de ellas el 29 de septiembre de 2017 y posteriormente declarada desierta y, la segunda con fecha de vencimiento el 03 de noviembre de 2017, siendo adjudicada a la persona jurídica de RUT:79.571.410-3 conocida como SERVISUP LIMITADA, según Decreto Alcaldicio N° 1593 del 20 de noviembre del año 2017, suscrito por la representante legal de la demandada y por don Miguel Garcés Rivera, Secretario Municipal.

Lo anterior, ocurrió sin autorización previa del demandante, correspondiéndole hacerlo, lo que evidentemente ha ocasionado un perjuicio patrimonial a su titular, al verse privado de los derechos que legítimamente le correspondían por utilizar en parte la obra confeccionada por éste, de modo que procede acoger la demanda en cuanto por ella se solicita a título de indemnización el pago de las prestaciones que se indicarán.

UNDÉCIMO: Que en esta materia el artículo 19 de la Ley 17.336 dispone en su inciso primero que: "Nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor". Autorización que de acuerdo al artículo 20 de la misma Ley es "El permiso otorgado por el titular del derecho de autor, en cualquier forma contractual, para utilizar la obra de alguno de los modos y por alguno de los medios que



esta Ley establece”.

DUODÉCIMO: Que en cuanto a los perjuicios alegados, corresponde señalar que la indemnización demandada por el actor está referida al daño emergente, lucro cesante y daño moral.

En cuanto al daño emergente ha sido definido como “el empobrecimiento real y efectivo padecido por quien pide que se le indemnice”. Por su parte, la Excma. Corte Suprema ha señalado que este tipo de daño consiste en un “desmedro real y efectivo en su patrimonio” y; la prueba del daño, corresponde al demandante, por aplicación de la regla general de que debe probar los hechos en que se funda la existencia de una obligación quien la alega, conforme lo dispone el artículo 1.698 del Código Civil.

En este caso, la prueba rendida en cuanto a los perjuicios materiales, sobre la base de los antecedentes existentes en autos, resultaron insuficientes, por lo que se rechazará la demanda respecto del daño emergente.

En cuanto al lucro cesante, éste se encuentra referido específicamente a las ganancias a las que no tuvo acceso el actor y a las que sí tenía derecho, atendido a que se está frente a una disminución sufrida en su patrimonio al no haberse cumplido con sus expectativas a futuro en la materia y que tuvo su origen en el uso no autorizado y público del proyecto de obra de confección de una balsa para el Balneario Municipal, utilizando el diseño, plano y especificaciones técnicas contenidas en la presentación cuya creación intelectual hizo para la I. Municipalidad de Antofagasta a solicitud expresa de ésta y obteniendo un beneficio por ello.

En relación con lo anterior, se debe recordar que el lucro cesante constituye... “la utilidad que deja de percibirse” (René Abeliuk, “Las obligaciones...”, año 1983) o “La utilidad o beneficio que ordinaria y razonablemente habría percibido el ofendido y que deja de obtener como consecuencia de un hecho ilícito”... debiendo determinarse este perjuicio de acuerdo a la situación del afectado y estimando



prudencialmente la probabilidad del beneficio esperado ("La responsabilidad objetiva", Patricio Lagos Narváez, 1990).

En definitiva, se trata de las ganancias que hubiere obtenido al ejecutar el proyecto convertido en propuesta pública por la demandada en el llamado a licitación, tomando en consideración la creación del actor contenida en el mismo.

Para fijar el monto correspondiente al lucro cesante, se deben estimar las sumas que el actor dejó de percibir más las utilidades que le habría representado la ejecución del proyecto nueva balsa balneario.

Para dicho efecto se tendrá argumentará sobre la cotización más baja incluida en el proyecto de la nueva balsa balneario municipal de Antofagasta I. Municipalidad de Antofagasta, preparado por Ramón Madariaga Mora. Tecnosolución febrero de 2017.

Se considerarán los siguientes ítems correspondientes a: estudios previos, y entre éstos investigación y aplicación de nuevas tecnologías de materiales, planos de diseño y bocetos, tiempo de creación varias formas, maqueta, especificaciones técnicas; además de los planos y entre éstos planos de arquitectura en autocad, planos de fabricación en autocad y planos de montaje en autocad, gastos que suman un total de \$1.245.000. Asimismo se adicionan gastos correspondientes a otras gestiones consistentes en obtención de antecedentes, permisos, cotización de materiales, honorarios de ingeniero naval, que arrojan la suma de \$1.420.000. A lo anterior se agrega la utilidad estimada en \$6.451.524, correspondiente al 18% de los gastos en que hubiere incurrido de haberse ejecutado el proyecto referido conforme a la cotización N° IMA-1 contenida en el mismo, lo que suma la cantidad de \$9.116.524.

En lo relativo al daño moral, es el que afecta los atributos o facultades espirituales del individuo. Es el sufrimiento, dolor, pesar, angustia y molestias psíquicas que experimenta una persona en sus sentimientos como



consecuencia de una acción u omisión que pueda estimarse lesiva. En cuanto a la fijación de su monto *-quantum-* no existen pautas claras en la jurisprudencia, la cual ha atendido a factores tan variados como los siguientes: 1° La entidad, naturaleza y gravedad del suceso o acto que constituye la causa del daño; 2° La clase de derecho o interés extrapatrimonial agredido; 3° Las consecuencias físicas, psíquicas, sociales o morales que se derivan del daño causado; 4° Su duración y persistencia que impliquen convertirlo en un perjuicio moral futuro; 5° La culpabilidad empleada por la víctima y 6° Las condiciones personales de la víctima entre otros.

La indemnización por este concepto no tiene un carácter reparatorio, ya que el pago de una indemnización en dinero no borra el daño y atendido que su existencia y consiguiente regulación, por su naturaleza, de carácter eminentemente subjetiva y su fundamento se encuentra en la propia naturaleza de la psicología afectiva del ser humano, de tal manera que ese daño se produce siempre que un hecho externo afecte la integridad física o moral de un sujeto, y para su determinación, se debe tener presente lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 85 E de la Ley 17.366 que establece que para tal efecto se deberá considerar las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión, el menoscabo producido a la reputación del autor y el grado objetivo de difusión ilícita de la obra y, en este caso fue el actor quien confeccionó el proyecto de la nueva balsa balneario para la I. Municipalidad de Antofagasta, un trabajo de relevancia frente a la contingencia vivida en el momento, en el que la balsa anterior duró un escaso tiempo, de manera que el trabajo revestía una gran importancia para la municipalidad y la comunidad en ese entendido, y él tenía la esperanza de que lo iba a hacer, dada su experticia en la confección de la primera balsa del Balneario Municipal, conforme a la creación intelectual que presentó a la municipalidad y, no obstante ello su proyecto fue empleado por esta última en el llamado a licitación para la



confección de la referida balsa, que fue adjudicado a un tercero, lo que sin duda afectó su honor, autoestima, causándole un perjuicio en el plano personal y profesional.

Es por tanto desde esa perspectiva que debe valorarse el daño moral que afectó al demandante en una suma de \$10.000.000.-

Para decidir la cuestión, se ha tenido presente que la indemnización no puede ser objeto de ganancias, sino solo de reparación.

DECIMOTERCERO: Que por otra parte, acreditado como ha sido la infracción a la Ley 17.336 en su artículo 19, corresponde de conformidad a lo dispuesto en el artículo 78 de la citada ley, la imposición de una multa, por lo que se procederá a aplicar dicha sanción a la demandada, en el monto que se indicará en lo resolutivo del fallo.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes, 764 y 772 del Código de Procedimiento Civil, se declara que:

I. SE RECHAZA el recurso de casación en la forma deducido por el abogado Rolando Lorca Silva, en representación del demandante en contra de la sentencia de fecha treinta de noviembre de dos mil dieciocho, dictada en causa Rol C-280-2018 del Tercer Juzgado de Letras en lo Civil de Antofagasta.

II. SE REVOCA con costas del recurso, la sentencia apelada antes referida, en cuanto rechazó la demanda deducida en contra de la I. Municipalidad de Antofagasta, y en su lugar se declara que **SE ACOGE Y SE CONDENA** a la demandada I. Municipalidad de Antofagasta, al pago de las siguientes prestaciones:

a) La suma de \$9.116.524 (nueve millones ciento dieciséis mil quinientos veinticuatro pesos) por concepto de lucro cesante.

b) La suma de \$10.000.000 (diez millones de pesos) por concepto de daño moral.

c) Multa de 20 (veinte) Unidades Tributarias



Mensuales.

III. Se prohíbe a la persona jurídica demandada, Ilustre Municipalidad de Antofagasta, a contar de la fecha en que la sentencia se encuentra firme y ejecutoriada el uso o utilización o difusión o comunicación pública y/o el uso de las bases y especificaciones técnicas contenidas en el proyecto "Nueva Balsa Balneario Municipal de Antofagasta I. Municipalidad de Antofagasta. Preparado por Ramón Madariaga Mora. Tecnosolución febrero de 2017".

Rol 68-2019 (CIV)

Redacción de la Ministro Titular Sra. Virginia Soublette Miranda.





VBVYLVRXMY

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Antofagasta integrada por los Ministros (as) Virginia Elena Soubllette M., Dinko Franulic C. y Abogada Integrante Macarena Silva B. Antofagasta, veintinueve de julio de dos mil diecinueve.

En Antofagasta, a veintinueve de julio de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 07 de abril de 2019, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.