Ref: sentencia conflicto por asignación de nombre de dominio bneiisrael.cl

Partes: DAVID JULIUS LEVY SPIEGEL
SOC CULTURAL ISRAELITA

Santiago, once de marzo de dos mil nueve.

Vistos,

1° Que se iniciaron estos autos por oficio OF08915, de Nic Chile, por el cual se designó a la suscrita como árbitro para la resolución del conflicto por inscripción del nombre de dominio bneiisrael.cl, suscitado entre DAVID JULIUS LEVY SPIEGEL, RUT: 06.414.545-2, domiciliado en Yaguero 7769, Las Condes, Santiago y SOC CULTURAL ISRAELITA, RUT: 70.003.980-3, REP. Jose Luis Ramaciotti, domiciliado en Mar Jónico 8860, Vitacura, Santiago
2° Que a fojas 3 consta aceptación del arbitraje, juramento de rigor y citación a las partes a una audiencia de conciliación y/o fijación del procedimiento arbitral, lo que fue notificado a las partes como consta a fojas 4.
3° Que los mandatos de la segunda solicitante constan a fojas 9: Mandato Judicial otorgado por Leopoldo Drexler Glaesser y otro a favor del Abogado José Luis Ramaciotti Fracchia, y a fojas 7.
4° Que a fojas 15 consta realización de la audiencia decretada, con la sola comparecencia del segundo solicitante. Ante la ausencia del primer solicitante no se llamó a conciliación, procediéndose derechamente a fijar la pauta de procedimiento arbitral, notificándose personalmente a la presente y a la ausente por correo electrónico.
6° Que a fojas 17, don Rafael Pastor Besoain, en representación de la SOCIEDAD CULTURAL ISRAELITA, interpone demanda de oposición al registro de nombre de dominio bneiisrael.cl, argumentando que su representada tiene un mejor derecho sobre el nombre de dominio en disputa, en atención a las siguientes consideraciones de hecho y derecho: En cuanto a la historia de la Sociedad Cultural Israelita B´NEI ISRAEL, señala que los comienzos de B'nei Israel fueron bastante complejos, ya que en Chile existían varias familias judías provenientes de distintas partes de Europa y España, que si bien tenían líneas definidas, no se podía encontrar allí lo que los fundadores de su mandante se plantearon.
A fines de 1934 se creó el GEMEINDEBUND, una unión cultural que representaba los intereses judío-alemanes. Todo funcionaba correctamente hasta que en mayo de 1937 el GEMEINDEBUND se terminó por no poder encontrar una línea sinagogal concordante a todos.
A pesar de ello venían más inmigrantes y la idea de formar una comunidad Alemana no se perdió. Los inmigrantes pedían a gritos poder reunirse y participar en actos culturales y religiosos como en Alemania. Es así, que por resultado de varias reuniones nace B'ne Jisroel. El 27 de Junio de 1938 "B'ne Jisroel" se constituyó con el nombre de "Chewra", Comunidad de Cultura y Entierro y desde el veintiuno de Abril de mil novecientos cuarenta funciona con el nombre de "Sociedad Cultural Israelita "B'ne Jisroel" en forma legal en Chile. La organización centró sus objetivos en base a la educación del judaísmo, el culto, los entierros de acuerdo al rito judío y a la adaptación de los inmigrantes al país, además de organizar conferencias, veladas culturales y musicales, tendientes al perfeccionamiento cultural de sus socios, y practicar la beneficencia en cualquiera de sus formas, en la medida en que sus recursos económicos lo permitiesen.

Entre las décadas del 40 al 70, B'ne Jisroel creció a pasos agigantados, incluso nacieron publicaciones periodísticas de excelencia como fue la revista Presencia y el Boletín informativo. En 1947 la institución fue reconocida por el Council of protecction of jew from Germany. En la década del 60 se recibieron las primeras visitas de embajadores Alemanes y distintas autoridades diplomáticas. La inquietud de la cultura trajo a muchos representantes de la música, el teatro y la literatura, este fue el inicio del Instituto Cultural Chileno Israelí en 1942, el que derivó más tarde al Instituto Chileno de Cultura.

Las dependencias de B'nei Israel se encuentran ubicadas el día de hoy en la calle Mar Jonico 8860 en la comuna de Vitacura, y su presidente es el señor Fernando R. Freudenthal, quien junto con traducir B'ne Jisroel a lo que es la actual B'nei Israel, modificó los estatutos que se habían redactado hace más de 60 años y dio grandes pasos para lograr unificaciones comunitarias, es así como se da termino a la publicación del Boletín informativo de B'nei Israel, para dar vida a una publicación conjunta con comunidades hermanas, La Actual Revista Shalom, cuyo gestor fue su propio presidente. Es así, como hoy en día se sigue desenvolviendo la Sociedad Cultural Israelita dentro y fuera de la comunidad judía, como una sociedad con giro para desarrollar actividades religiosas sin fines de lucro.

En referencia a la titularidad del nombre de dominio en Chile señala que su representado actualmente posee intereses reales, efectivos y serios sobre el nombre de dominio en disputa BNEIISRAEL.CL, toda vez que es titular del nombre de dominio BNEISRAEL.CL.

Respecto a la identidad entre el nombre de dominio de su cliente y el nombre de dominio solicitado por el primer solicitante, sólo cabe manifestar que el mismo no ha hecho más que agregar la letra I", al nombre de dominio BNEISRAEL.CL de propiedad de su cliente. Es decir, este es un caso en que una persona distinta al dueño de un nombre de dominio, registrado con anterioridad, lo inscribe como nombre de dominio, simplemente agregando la letra "I" al mismo.

El hecho antes descrito claramente demuestra una ausencia de mejor derecho por parte del primer solicitante, quien se ha apropiado de un nombre de dominio ajeno, simplemente agregándole la letra "I".

Como argumentos DE DERECHO menciona que don Andrés Echeverría (Arbitro NIC Chile) manifiesta que: "...el nombre de dominio es una creación intelectual del solicitante, cuya reserva para uso exclusivo en Internet, en un determinado nivel, se obtiene mediante un contrato con una institución de administración delegada... Queda totalmente claro que tanto la Constitución Política como el Código Civil, reconocen en la creación intelectual una fuente originaria de propiedad; sin perjuicio de que leyes especiales la regulen porque pueden tener características específicas" es decir su representado es propietario de la creación intelectual correspondiente al nombre de dominio BNEISRAEL.CL, que es producto de la celebración de un contrato de adhesión, entre su mandante y NIC Chile. Sostiene al respecto que su representado al registrar el nombre de dominio BNEISRAEL.CL, celebró electrónicamente un contrato de prestación de servicios que, además, como ya se señaló precedentemente, es un contrato de adhesión con un prestador de servicios monopólico (NIC Chile). El servicio principal otorgado por NIC Chile consiste en el ingreso, registro y mantención de una cadena de caracteres alfanuméricos definida por el usuario, en una base de datos que vincula esta cadena al código numérico (número IP) correspondiente a un servidor conectado a la red Internet. Es decir, al solicitar el registro de un nombre de dominio, lo que se confirma es la celebración de un contrato de adhesión entre el solicitante y NIC Chile, del cual se crean entre las partes ciertos derechos personales y obligaciones correlativas, entre las que encontramos el derecho del solicitante de ser exclusivamente identificado en Internet bajo el nombre de dominio pedido, como asimismo, la obligación correlativa que esta establecida en el artículo 14 de la Reglamentación para el Funcionamiento del Registro de Nombres del Dominio CL, que hace exclusivamente

responsable al solicitante de un nombre de dominio, respecto al hecho que la inscripción del mismo, no contraríe las normas vigentes sobre abusos de publicidad, los principios de la competencia leal y de la ética mercantil, como asimismo, derechos válidamente adquiridos por terceros.

Agrega que si bien es efectivo que la inscripción de un nombre de de dominio no otorga un derecho real sobre el identificador registrado, no es menos cierto que sobre los derechos personales que emana del contrato de adhesión celebrado entre el solicitante y NIC Chile, sí existe una especie de propiedad, puesto que el artículo 576 del Código Civil de Chile, clasifica las cosas incorporales en derechos reales o personales y asimismo, el artículo 583 del mismo Código prescribe que: "Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo" En este sentido, se debe señalar que sobre los derechos personales (como lo que emanan de cualquier contrato) existe una especie de propiedad, por lo que su mandante es propietaria de una serie de derechos personales que emanan del contrato celebrado entre él y NIC, respecto al nombre de dominio o identificador BNEISRAEL.CL, entre los que se encuentra el establecido en el artículo 10 de la Reglamentación para el Funcionamiento del Registro de Nombres del Dominio CL, que otorga el derecho a terceros para oponerse a la inscripción de nuevos nombres de dominio.

Más aún, el artículo 584 del Código Civil establece: "Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. ", y artículo 19 número 25 inciso tercero de la Constitución Política del Estado de Chile consagra protección a: "El derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular. El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley. Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la Ley' es decir estas normas lo que hacen es consagrar y proteger la propiedad (sobre cosas incorporales, ya sean derechos reales o personales) respecto a ciertos creaciones intelectuales, como son los derechos personales sobre los nombres de dominio, que estén consagradas por Ley. Más aún, si tenemos en cuenta el hecho que según el artículo 1545 del Código Civil: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los con tratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales", se puede concluir que efectivamente los derechos personales a los que se alude poseen protección constitucional, puesto que son producto de la autonomía de la voluntad de las partes celebrantes, y por ende poseen rango legal entre las mismas.

Además, si se tiene en cuenta que los contratos deben ejecutarse en Chile de buena fe, y que obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino que a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella (artículo 1546 del Código Civil), resulta del todo claro que el primer solicitante no esta ejecutando de buena fe, la obligación establecida en el 14 de la Reglamentación para el Funcionamiento del Registro de Nombres del Dominio CL, en el sentido de respetar los derechos válidamente adquiridos por su mandante respecto al identificador BNEISRAEL.CL. Más aún, la naturaleza de esta obligación le exige al solicitante una debida negligencia (culpa leve, por ser un contrato que beneficia a ambas partes) al solicitar un nombre de dominio, que exige un cuidado mucho más diligente que el de simplemente agregar la letra "I", al nombre de dominio inscrito previamente a nombre de un tercero, que en la especie corresponde a su representado.

Así pues, el primer solicitante al actuar negligentemente, no ha cumplido con todas las obligaciones emanadas del contrato celebrado entre su persona y NIC Chile, mientras que su representada esta haciendo uso de un

derecho establecido justamente a su favor en el artículo 10 de dicho contrato de adhesión, en base a la existencia de su derecho de propiedad que emana de un contrato de adhesión, firmado entre el mismo y NIC Chile, que fue celebrado con anterioridad al que existe entre NIC Chile y el señor David Julius Levy Spiegel.

En consecuencia, y en vista a lo expuesto precedentemente no cabe duda que el nombre de dominio BNEISRAEL.CL, al ser una especie de propiedad incorporal a nombre de su representada, que se encuentra plenamente amparada por el artículo 584 del Código Civil, el artículo 19 número 25 inciso tercero de la Constitución Política del Estado de Chile, le otorga claramente a esta parte un mejor derecho sobre el nombre de dominio en conflicto BNEIISRAEL.CL.

Además, señala que el nombre de dominio BNEIISRAEL.CL, muy equivalente a BNEISRAEL.CL, es una expresión de fantasía, creada y desarrollada por su mandante, que alude directamente a las funciones en el ámbito educacional, espiritual, religioso y social, entre otras, que esta organización desarrolla para la colectividad judía en Chile. De esta manera, si se le asignara al demandado crearía confusión entre los usuarios de Internet.

Existe un prestigio que debe ser resguardado con gran intensidad, por lo que la designación del nombre de dominio en disputa, podría causar un daño irreparable a su representada, pero lo que es más grave, existe el potencial de engañar y defraudar a los socios, miembros, fieles y público en general que asocian de manera directa el nombre de B'nei Israel, con las actividades religiosas, sociales y culturales que son impulsadas por su mandante, las cuales gozan de un amplio prestigio entre la comunidad judía de Chile y se ligan directamente a los judíos-chilenos de descendencia Alemana.

Por lo demás, la imagen y trayectoria de su mandante no es la única que puede ser ampliamente afectada si se otorga el registro solicitado al primer solicitante, sino que existe detrás de ella una comunidad de carácter religiosa que se identifica a si misma con el nombre de B'nei Israel. Se hace imperativo aplicar el principio doctrinal de la "Dilución", ya que el público en general tendrá dudas sobre el origen de los servicios e información promocionados en la página de Internet BNEIISRAEL.CL, ya que se identifica plenamente con el dominio registrado por su mandante, lo que es contrario al orden público económico que debe imperar en el comercio.

Por otra parte, argumenta la mala fe del primer solicitante, ya que don David Julius Levy Spiegel, no es solo un miembro de la colectividad judía en Chile, sino que es un miembro activo de la comunidad Sociedad Cultural Israelita Bnei Israel, condición que no permite que desconozca la historia, obra, renombre, e importancia que su mandante posee dentro de la colectividad judía y de la sociedad chilena en general.

El señor David Julius Levy Spiegel procedió a inscribir el dominio de internet en disputa con el previo y reconocido conocimiento de la existencia y obra realizada por su mandante, y lo que es más grave aún, a sabiendas de la existencia del dominio de internet BNEISRAEL.CL a nombre de su mandante, ocupado por su mandante para difundir diferente tipo de información a la comunidad, tales como, actualidad, calendario de actividades religiosas, actividades y servicios para la juventud y la tercera edad, noticias de Israel, etc.

Esta conducta tendiente a apropiarse de un identificador dentro de la red, que es casi idéntico a un identificador previo, que se identifica con una colectividad ampliamente conocida, sumado al expreso reconocimiento del primer solicitante de estar al tanto de todo lo anterior debe catalogarse como un acto contrario a la buena fe, puesto que el mismo consiste en la utilización de un identificador que resulta no ser más que una copia exacta del nombre con el cual está renombrada colectividad es conocida entre sus miembros, la comunidad judía, y la sociedad chilena en general.

El derecho común se ha preocupado de sancionar la mala fe en toda clase de situaciones incluso las de la especie, por cuanto si bien son prácticas modernas derivadas de las nuevas tecnologías, son conductas que transgreden principios de todos los tiempos.
Tan cierto es lo anterior, que la buena fe es uno de los pilares o principios básicos que inspiran el derecho civil. Ahora bien, la única forma de entender la noción de la mala fe, implica delimitar bien el concepto de la buena fe, ya que es este principio general el que tiene existencia en sí, y no la mala fe que existe solamente de forma accidental, es decir, por que es el contraste o la negación de la noción de la buena fe.
Mencionar la buena fe es evocar la idea de rectitud, corrección o lealtad. Este principio esta consagrado en el artículo 1546 del Código Civil que prescribe a la letra lo siguiente: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella". La buena fe objetiva impone el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas desde el inicio de los tratos preliminares y hasta la terminación o consumación de la celebración de un acto jurídico. Ahora bien, que menos rectitud, corrección y lealtad puede haber (causa ilícita), en una empresa que copia literalmente un nombre de domino y marca ajena sobre las que no posee derecho alguno.
Cabe recordar que el otorgamiento de un nombre de dominio es producto de un contrato de adhesión, en este caso entre NIC CHILE y DAVID JULIUS LEVY SPIEGEL. Es decir, nos encontramos frente a un contrato de adhesión en el que una de las partes ha actuado de mala fe, solicitando como nombre de dominio un nombre idéntico a una marca ajena.
Lo manifestado en el párrafo anterior, implica el incumplimiento del principio básico que consagra la forma como deben ejecutarse los contratos en Chile, es decir, de buena fe. El obrar de DAVID JULIUS LEVY SPIEGEL ha estado y está totalmente desprovisto de rectitud, corrección y lealtad con NIC CHILE.
Tan cierto es lo anterior, que el artículo 14 de la Reglamentación para el Funcionamiento del Registro de Nombres del Dominio CL, prescribe que: "Será de responsabilidad exclusiva del solicitante que su inscripción no contraríe las normas vigentes sobre abusos de publicidad, los principios de la competencia leal y de la ética mercantil como asimismo, derechos válidamente adquiridos por terceros."
Concluye señalando que en este caso DAVID JULIUS LEVY SPIEGEL ha actuado negligentemente (al tenor de lo que prescribe el artículo 2314 del Código Civil), al solicitar un nombre de dominio que es casi idéntico al nombre de dominio de su mandante, y por el cual es conocido en la comunidad judía chilena, B'NEI ISRAEL, y que debido a ello ha infringido el derecho válidamente adquirido por su cliente, no cumplimento con la responsabilidad contractual que le impone el artículo 14 antes mencionado.
Por otra parte, hace referencia a la inaplicabilidad del principio doctrinal del "First come , first served". El principio en comento sólo debe ser aplicado cuando ninguna de las partes haya acreditado un mejor derecho sobre el nombre de dominio, de este modo es que debe ser aplicado en su calidad de "Ultima Ratio" o alternativa, por cuanto, no se logra acreditar ninguna de las circunstancias indicadas. Manifiesta que este principio ha dejado sustantivamente de ser aplicado por la Jurisprudencia arbitral, por cuanto el sólo hecho de "presentar con anticipación una solicitud de registro", no puede imperar sobre los principios generales del derecho.
Tan cierto es lo señalado que el señor Árbitro HÉCTOR BERTOLOTTO VILLOUTA en el fallo sobre asignación del dominio PORTALMELON.CL, señaló en su considerando sexto lo siguiente:
"SEXTO: Que la denominación "melón" de acuerdo a la documentación acompañada, se identifica plenamente y es asociada con el nombre de la empresa de la parte del segundo solicitante y de su producto "Cemento Melón

y en segundo lugar su uso se produjo con anterioridad a la fecha de presentación en Nic Chile de la solicitud del nombre de dominio de autos por la parte del primer solicitante.
SEPTIMO: Que lo anterior permite concluir que no se configura en la especie el principio doctrinario aplicable en este tipo de conflictos "first come, first served' por haber acreditado el segundo solicitante poseer un mejor derecho sobre el nombre de dominio en disputa "portalmelon. cl".
Se hace imperativo la aplicación de este criterio, por cuanto de otra manera se estarían violando los derechos generales de nuestra legislación, que con toda lógica hace prevalecer derechos previamente constituidos por terceros, por sobre la circunstancia de que un tercero solicite primero un dominio.
El segundo solicitante concluye que causa un perjuicio irreparable a su representado, el hecho que exista en la Red una página Web, que tenga un nombre de dominio idéntico al nombre de una comunidad cultural y religiosa judía de vasto conocimiento, y que se identifica a si misma en la red a través de un nombre de dominio casi idéntico al del solicitado en autos, B'nei Israel, la que será identificada con los servicios y actividades que presta su mandante.
En virtud a estos antecedentes, solicita se tenga por presentado escrito de mejor derecho, se la acoja a tramitación y en definitiva se resuelva el conflicto asignando el nombre de dominio a SOCIEDAD CULTURAL ISRAELITA, con expresa condena en costas a la contraria.
6° La segunda solicitante como apoyo a sus argumentos rindió la siguiente prueba documental: a) Copia de la página internet www.bneisrael.cl de propiedad de su mandante, de fojas 27, ocupada como medio de información para sus miembros y la comunidad en general. b) Copia de la página de Internet www.shalom.cl, de fojas 28, de propiedad de su mandante, que se utiliza para promocionar la revista del mismo nombre, publicada por su mandante, y que trata de diversas temas del acontecer de la comunidad judía chilena y mundial. c) A fojas 29 adjunta legajo que incluye las facturas entre su mandante y DCH COMUNICACIONES y NIC CHILE, por los servicios contratados en relación a la inscripción y funcionamiento del dominio de internet www.bneisrael.cl. d) A fojas 36 adjunta legajo que incluye una serie de afiches que dan cuenta de actividades religiosas, deportivas, culturales, debates, entre otras, organizadas y patrocinadas por su mandante, en todas ellas resulta evidente la alusión al nombre B'nei Israel con el cual su mandante se identifica en el patrocinio de estas actividades. e) A fojas 66, adjunta copia del diario LA PALABRA ISRAELITA, de circulación masiva en la comunidad judía de Chile, y en cuyas páginas interiores se ha marcado un aviso de una actividad cultura desarrollada y publicado por su mandante bajo el nombre de B'nei Israel. f) A fojas 75, adjunta una copia del manual de Hagadá de Pesai, distribuido por su mandante a los miembros de la colectividad, en cuyo interior se encuentran los rezos e instrucciones para el correcto proceder en las cenas de esta importante festividad judía. g) A fojas 96, adjunta legajo que incluye distinta papelería con la cual su mandante se desenvuelve en sus actividades diarias, estas incluyen, formularios para la compra de entradas para Yamim Noraim, sobres, papel carta del rabino titular, entre otros; todo lo anterior con el logo de su mandante, donde se ha marcado expresamente el término B'nei Israel como su nombre de identificación. h) A fojas 108, adjunta copia de la revista SHALOM, edición Junio 2008, publicada por distintas comunidades judías de Chile, incluyendo a su mandante, y en cuyo interior se han marcado las páginas donde se hace directa alusión a su representada a través del nombre B´nei Israel.
7° Que a fojas 132, el segundo solicitante presenta escrito solicitando se declare la rebeldía del primer solicitante, para lo cual manifiesta que de acuerdo a lo estipulado en las bases de procedimiento de este juicio arbitral, fijadas con fecha de fecha 20 de junio de 2008, ha vencido el plazo de su contraparte para hacer valer su mejor derecho sobre el nombre de dominio en disputa, por lo que solicita se tenga por evacuado dicho trámite en rebeldía de la parte solicitante, y se prosiga a dar curso progresivo a estos autos. Además, solicita se

tenga presente la reiterada Jurisprudencia en torno a la asignación del nombre de dominio en disputa a los segundos solicitantes, en la medida que el primer solicitante demuestre su falta de iniciativa en lo que respecta a la participación en el procedimiento arbitral y por tanto en la asignación del dominio, cuando no se presenta demanda de mejor derecho y/o contestación a la demanda de oposición presentada por su parte. La jurisprudencia arbitral manifiesta que el solicitante rebelde demuestra un absoluto desinterés en el nombre de dominio en conflicto, en la medida que no evacua los traslados conferidos. De este modo es que el principio doctrinal conocido como "first come, first served", admite una de sus excepciones, justamente en el caso de aquel primer solicitante que no demuestra un accionar destinado a hacer valer sus derechos e intereses sobre el nombre de dominio solicitado, tal como ocurre en el caso concreto. Es así como la sentencia dictada, por el árbitro Cristián Mir, el 01 de Marzo de 2004, puso fin al conflicto de nombre de dominio pulse.cl, adoptando justamente el referido criterio, bajo el siguiente detalle: "9.- Que, son hechos no controvertidos ni discutidos en la presente causa los siguientes: a) Que habiendo sido legalmente emplazada la primera solicitante, ésta ha demostrado un total desinterés en la presente causa para hacer valer sus derechos, desde el momento que no ha comparecido en gestión alguna, ni menos ha acompañado en autos prueba de ninguna especie tendientes a acreditar su mejor derecho, o desvirtuar la prueba acompañada por la parte de Mc Cann Erickson S.A. de Publicidad; b) Que si bien en materia de registros de nombres de dominio se aplica por regla general el principio de "first come, first served", el mismo no resulta ser una regla absoluta, menos tratándose de causas tramitadas en rebeldía del primer solicitante como es este caso. Precisamente, la excepción a este principio se ampara entre otros, en la validación o acreditación de un mejor derecho por alguna de las partes, de modo tal que corresponde generalmente aplicar el mismo cuando ninguna de las partes en conflicto respalda sus pretensiones o derechos, o bien ambas lo hacen encontrándose en semejantes condiciones. No obstante, en este caso ello no ocurrió, desde el momento en que sólo la parte de Mc Cann Erickson S.A. de Publicidad ha demostrado tener una legítima y válida pretensión"

Por otro lado, es importante destacar la sentencia de 5 de agosto de 2004, en que se asignó el dominio axebrazil.cl, al segundo solicitante. En este sentido es que el considerando décimo segundo, fue claro y categórico al establecer que:

"DÉCIMO SEGUNDO: Que, si bien es un principio generalmente reconocido en el derecho procesal que quien no comparece o guarda silencio no significa que acepte lo dicho en la demanda y que el demandante debe acreditar los hechos en que funda su acción; en esta contienda particular y, en general, en las referidas a la asignación de nombres de dominio,: resulta de toda lógica atribuir al rebelde un absoluto desinterés en la disputa planteada, por lo que los efectos preclusivos que su rebeldía acarrean deben tener una connotación aún más grave que la pérdida de la facultad procesal para evacuar dichos trámites. En apoyo a esta conclusión sobre la actitud procesal de las partes, obran los siguientes antecedentes de hecho y derecho:

a) La naturaleza misma de las disputas sobre nombres de dominio, las que se inician de manera distinta a otros conflictos sometidos a decisiones jurisdiccionales. En efecto, para que se produzca una controversia sobre nombres de dominio se necesita la manifestación de voluntad de ambos solicitantes al requerir en momentos distintos la inscripción de un nombre de dominio idéntico. No se trata, como en una acción civil, de la pretensión particular del actor que es puesta forzosamente en conocimiento del demandado, o como una acción criminal, en la cual es activado el aparato jurisdiccional mediante el ejercicio de una denuncia o querella e incluso de oficio por el juez, controversia que, en una primera etapa, no tiene contendor procesal. La resolución de conflictos por la asignación de un nombre de dominio es provocada por las voluntades contradictorias de dos o más solicitantes que, de acuerdo a la Reglamentación de NIC Chile, complementada por el procedimiento

arbitral de autos, pasan a ser dos o más demandantes o actores que litigan por un mismo objeto. De este modo, no puede menos que concluirse que si uno. de ellos decide no litigar, no lo hace para controvertir sino porque, como todo demandante ha permanecido inactivo, ha perdido el interés que inicialmente lo llevó accionar

b) El texto de la norma contenida en el. Artículo 8 del Reglamento para el Registro de Nombres del Dominio CL, en el cual es ratificada la tesis esbozada en la letra anterior. En efecto, la inasistencia de ambas partes a la audiencia de conciliación produce el efecto procesal de tener por abandonado el procedimiento por ambas partes y el efecto jurídico es la inmediata asignación del nombre de dominio a quien primero lo solicitó. Esta norma debe entenderse como una sanción procesal al segundo solicitante por no comparecer a la audiencia y es comprensible que así lo sea, dado que ha sido el segundo solicitante quien ha promovido el conflicto en un principio, al presentar una solicitud competitiva. Pues bien, si la norma sanciona la inactividad procesal del segundo solicitante, no cabe duda de que lo hace porque supone que su falta de comparecencia es indicativa de la pérdida del interés por el nombre de dominio, pese a que en un principio ha manifestado un interés ya que ha presentado una solicitud competitiva y ha solventado, los respectivos derechos pecuniarios asociados. Tal conclusión debe operar del mismo modo en sentido contrario, ya que el primer solicitante requerido por una demanda por mejor derecho a un nombre de dominio que no expresa sus defensas o intereses con relevancia jurídica es, sino palmaria de la pérdida de interés, al menos lo suficientemente sugestiva e indicativa.

c) La condición de árbitro arbitrador que permite a este sentenciador fallar de acuerdo a lo que su prudencia y equidad le aconsejen, es la que lo habilita para presumir con la libertad expresada, que los solicitantes de un nombre de dominio tienen ambos, sólo en. Un principio, un interés equivalente y contradictorio y que, si uno de ellos no exhibe el comportamiento procesal idóneo y necesario para sustentar dicho interés, debe en consecuencia tenerse por abandonada la pretensión que inicialmente exhibió.

d) El hecho de .que la inactividad procesal genera efectos preclusivos en contra de quien no ejerce oportunamente sus derechos, como lo ha manifestado este sentenciador en diversas causas, es una sanción procesal que sí se encuentra consagrada en diversas disposiciones de nuestro ordenamiento procesal tales como el artículo 201 del Código de Procedimiento Civil que dé clara la deserción del apelante que no comparece dentro de plazo; el artículo 435 del mismo Código, que tiene por reconocida la firma o confesada la deuda de la persona que, citada por el acreedor que no tiene título ejecutivo, no comparece; y, por último, los artículos 693 y 695 del cuerpo normativo señalado, relativos a Juicio de Cuentas, en que si el obligado a rendir la cuenta no la presenta dentro de plazo, puede ser formulada por la otra parte interesada, la que, si no es objetada dentro del término, se tendrá por aprobada.

e) Por último, y siguiendo con los razonamientos que la sana crítica y la prudencia otorgan a este sentenciador en su calidad de arbitrador, no cabe más que entender, como es el caso de autos, que sancionar al primer solicitante que no sólo no acredita un interés en el nombre de dominio sino que permanece en absoluta rebeldía durante todo el proceso, permite mitigar el indeseable efecto de la ciberocupación que tan gravosos perjuicios ha acarreado a determinadas personas jurídicas”:

En el caso concreto se presentan los mismos antecedentes, por cuanto existe una inactividad absoluta del primer solicitante, que hace concluir, que cede el criterio del “first come, first served”, respecto del legitimó interés de su mandante, fundado en su participación activa, además de los hechos y derechos en que se fundamenta su demanda de oposición en la especie.

El segundo solicitante concluye su escrito solicitando se tenga presente y a la vista los antecedentes planteados, por cuanto concurren los mismos antecedentes que en los casos detallados, siendo imperativo la asignación del dominio BNEIISRAEL.CL a su representada.

8° Como apoyo a sus argumentos, el segundo solicitante acompaña los siguientes documentos: a) A fojas 135, adjunta copia del fallo por arbitraje de dominio “pulse.cl”; b) A fojas 140, adjunta copia del fallo por arbitraje de dominio “axebrazil.cl”.

9° Que a fojas 148, el primer solicitante David Julius Levy Spiegel, solicita se niegue lugar a la demanda de mejor derecho sobre el nombre de dominio Bneiisrael.cl en virtud de los siguientes fundamentos: La denominación Beneiisrael a todas luces implica un término genérico, Benei palabra hebrea que en idioma español significa “hijos de” y en tanto la palabra Israel, su significado implícito. Por tanto, en cualquiera de sus formas de escritura Benei Israel, Bnei Israel, etc., significa Hijos de Israel. En tanto BNEISRAEL resulta ser una conjunción de las palabras Bnei e Israel. De tal manera y sólo a modo de ejemplo se puede decir que la misma situación acontece si se dice: jugadorápido o juegorganizado.

Manifiesta que su oponente según sus propios dichos e instrumentos acompañados constituyen una Corporación sin fines de lucro, de derecho privado de carácter cultural y religiosa denominada “Sociedad Cultural Israelita Bnei Israel” y como tal ha inscrito “Bneisrael.cl” sin que de tal conjunción nombre de dominio, constituya identificación alguna de dicha institución, como tampoco en caso alguno se desprende que se trata de una institución de carácter cultural y religioso que nació para agrupar a judíos avecindados en Chile de origen alemán como latamente se expusiera en la demanda de su contradictor; es decir de tal nombre lo único que se entiende, deduce y desprende es que se trata de “algo” relacionado con los hijos de Israel, lo que evidencia una vez más el carácter genérico y vago del término en cuestión. Es así que resulta de suyo audaz e intrépido arrogarse la exclusividad o monopolio de usar tal denominación, ya que el nombre Bneisrael en nada identifica, ni menos lo relaciona con el carácter cultural y religioso que constituye la esencia de su oponente; tanto es así que perfectamente podría tratarse de un club deportivo, o un equipo de fútbol, y el que efectivamente existe (google, beneisrael hattrick).

También resulta absolutamente relevante para la solución del conflicto sometido a resolución, el hecho que en cualquiera de sus formas de escritura Bneisrael o Bneiisrael, no se trata de una marca comercial, ni que con ella se pretenda lucrar.

Pues bien, es así como existen más de 20 inscripciones en Nic Chile con la denominación Israel, algunas iglesias evangélicas y otros, y si se utiliza algún buscador se encontrará en la Web varias con la denominación Bneiisrael así como por ejemplo Movimiento Sionista Bneiisrael (Méjico), Congregación Bneiisrael (Costa Rica), Congregación B’nai Israel (Filadelfia), Ieshiva Beneiisrael (ieshiva es una palabra hebrea y significa centro de estudios bíblicos), etc.

Concluye señalando que lo único que ha pretendido es adquirir un nombre de dominio DISPONIBLE, situación para la cual no existe impedimento alguno, de igual forma debe considerarse que los nombres de dominio constituidos por denominaciones genéricas pueden ser solicitados y concedidos a cualquier persona que lo pida, como lo ha establecido la abundante jurisprudencia que existe en esta materia.

En cuanto a la mala fe, señala que su oponente bajo el acápite de “Conclusiones” en su demanda atribuye que su solicitud le ocasiona un perjuicio irreparable ya que estima que el hecho de existir en la red una página Web que tenga un nombre que señala idéntico al que ha inscrito produciría confusión dado que “todos” identifican el referido nombre con los servicios y actividades que presta la sociedad cultural israelita Bnei Israel. Sin embargo, el referido irreparable perjuicio, no existe pues nadie, como ya se explico anteriormente, que identifique en forma inmediata y automática el concepto, conjunción o vocablo Bneisrael con dicha corporación.

Del mismo modo no existe en el ejercicio de un derecho como es el inscribir un nombre genérico como el tantas veces mencionado, mala fe de su parte, la que también su oponente le atribuye en reiterados pasajes de su

libelo en forma tan liviana, la que desde ya deberá acreditar, por cuanto en este ámbito es justamente la BUENA FE la que se presume y no la mala fe, que se le imputa, por tanto y de acuerdo al onus probandi, las fotocopias que en calidad de documental acompañara su contradictor en caso alguno acreditan el " abuso" o la " mala fe" por cuanto esta requiere la concurrencia de un elemento subjetivo de un "ánimo", "intención" o "propósito" ilegitimo ya sea de exclusivo lucro comercial con la venta del nombre de dominio; o que no se pretenda hacer un uso adecuado y acorde a los fines de aquel. De igual forma y si bien es cierto que la mala fe podría ser probada por presunciones, lo que no es permitido en caso alguno en nuestro ordenamiento jurídico sustantivo y adjetivo, presumirse a priori, como lo establece su oponente.

Señala que a fin de demostrar lo alejado de su actuar respecto de los términos que le imputa su contradictor, ha inscrito tal dominio para adjetivar una institución que siempre ha existido en su propósito fundar como es, un Museo en memoria de sus antepasados directos y de tantas víctimas del exterminio nazi , que denominará FUNDACION CULTURAL PARA EL RECUERDO MUSEO DEL HOLOCAUSTO BNEISRAEL ", museo que en muchos países ya existe, obra que resulta para el pueblo judío y la humanidad toda de suma importancia a fin de no olvidar hechos tan abominables y que Dios mediante jamás se vuelvan a repetir.

En relación al principio del "First come, first served, indica que la existencia y aplicación del principio básico enunciado es gravitante y de suma importancia en la materia, que establece que el primer solicitante se encuentra en mejor posición en relación al resto de los solicitantes en cuanto a la asignación del dominio, toda vez que ha demostrado con el sólo hecho de solicitarlo que el nombre de dominio reviste importancia para él.

Es así como se encuentra objetivamente en una situación de preferencia en relación a su oponente, el que siendo una institución de carácter cultural y religiosa que cuenta con la titularidad del dominio Bneisrael.cl, se debe destacar que el dominio Bneiisrael.cl, se encontraba disponible lo que demuestra abiertamente que el interés que ahora esgrimen no es tal, es así como en este conflicto el principio "FIRST COME, FIRST SERVED" tiene plena aplicación, tal como lo demuestran numerosos fallos al respecto; (1)Fallo teniendo como primer solicitante a don julio René Herrera Vega y como segundo solicitante a Farmacias Ahumada, en el que se concedió el dominio al primer solicitante; 2) fallo dictado por el Juez Arbitro don Pablo Canovas Silva, teniendo como primer solicitante a don Vicentius Heemsker y como segundo solicitante a Farmacias Ahumada se determinó: d). . ."este principio que sustenta Internet implica que existe una preferencia a favor del primer solicitante por el hecho de requerir en primer lugar la inscripción del nombre de dominio". El dominio fue asignado al primer solicitante; 3)fallo dictado por el Juez Arbitro don Ruperto Andrés Pinochet Olave teniendo como 1 solicitante a doña Edith María Saavedra Suárez y los oponentes Farmacias Cruz Verde S.A., Salcobrand S.A., Laboratorios Recalcine S.A. se expresa f).. "se destaca que el simple hecho de pedir un nombre de dominio no constituye infracción alguna sino que más bien que corresponde al ejercicio de los derechos que la propia Constitución Política del Estado otorga, que ni Cruz Verde ni Salcobrand pueden tener la exclusividad sobre el rubro farmacéutico, independiente de la fama y notoriedad que estas empresas puedan tener en le mercado"

El primer solicitante concluye indicando que de todo lo expuesto queda en evidencia que el único principio que se aplica al caso que nos ocupa es el "FIRST COME, FIRST SERVED", y agrega que no ha existido de su parte mala fe, la que tampoco logró acreditar su oponente.

10° Que a fojas 159 se provee las presentaciones de las partes en conflicto, lo que fue notificado a las partes como consta a fojas 160.

11° Que a fojas 161 el primer solicitante plantea como alegación de fondo la falta de legitimación activa, a fin de que se resuelva en la sentencia definitiva, la falta de representación o capacidad del Sr. Rafael Pastor Besoain, quien comparece demandando en estos autos en "Representación de Sociedad Cultural Israelita" mediante

mandato judicial que le otorgara don José Luis Ramaciotti, quien a su vez dice ser el mandatario de la referida sociedad, persona jurídica del tipo corporación de derecho privado sin fines de lucro, sin embargo como se desprende claramente de estos autos y específicamente de los propios documentos acompañados por su contraparte el Sr. Ramaciotti es representante de dos personas naturales los Sres. Telias y Drexler quienes al otorgar el mandato al Sr. Ramaciotti lo hacen POR SI, en ningún caso consta que estos representen a su vez a la persona jurídica Sociedad Cultural Israelita.

12° Que a fojas 166, el segundo solicitante solicita que se tenga presente las siguientes consideraciones de hecho y derecho con respecto a la prueba rendida en estos autos, que a continuación expone: Cabe destacar que resulta imposible, como se ha demostrado en autos, que el primer solicitante no haya tenido conocimiento previo del dominio BNEISRAEL.CL, propiedad de su mandante, y de la comunidad que esta representa. Por lo que resulta poco creíble que el primer solicitante haya actuado de buena fe en la inscripción del dominio BNEIISRAEL.CL.

Lo anterior, queda de manifiesto en primer término, a través del gran número artículos de papelería, publicaciones en medios de comunicación masivos, y copias del dominio BNEISRAEL.CL acompañados por esta parte, donde se elimina cualquier atisbo de duda en cuanto que a la expresión BNEISRAEL, fue creada y usada por su mandante desde una fecha muy anterior a la cual el demandado solicitó el dominio en disputa. En segundo término, es su propio contradictor quien ha expresado en su escrito de contestación su previo conocimiento de lo que representa el nombre BNEISRAEL en Chile a través de las actividades y gestiones llevadas acabo por su representada tanto dentro como fuera de la comunidad judía del país.

La mala fe y el hecho de que el dominio en disputa se preste para errores o confusiones, no solo se ha probado a través de los documentos acompañados en su demanda de mejor derecho, sino que más importante aún, se ha dejado constancia del manifiesto intento del primero solicitante en querer apropiarse de un nombre que goza de fama dentro de la comunidad judía chilena para llevar acabo actividades de la misma índole que las de su mandante.

La mala fe y la confusión que se dará entre los usuarios de internet quedó explícitamente expuesta a través de los dichos de su contradictor en su escrito de contestación, toda vez que resulta totalmente evidente que un miembro de la colectividad judía Chile al estar frente a un proyecto judaico que tiene por nombre BNEISRAEL, lo asociará inmediatamente a una nueva actividad impulsada por su mandante, que como se ha dejado en claro en su demanda de mejor derecho, ejerce sus actividades sociales y religiosas para la comunidad desde el año 1938.

Por último, señala el gran daño que se ocasionaría a los titulares de sitios webs en el caso de que el dominio de autos fuese asignado al primer solicitante, puesto que se estaría aceptando que el día de mañana terceros actuando de mala fe pudiesen inscribir a su nombre dominios tales como: embotelladorandina.cl en desmedro de embotelladoraandina.cl, o falabellauto en desmedro de falabellaauto.cl. A todas luces estas inscripciones por parte de un tercero serían de aquellas consideradas como hechas de mala fe, ya que la única diferenciación es el agregar o restar una letra que separa dos nombres. Lo anterior es exactamente igual a lo que sucede en el caso de autos, por lo que firmemente sostiene que se trata de un caso donde no solo se podría confundir a los usuarios de internet debido a un simple error o coincidencia en la inscripción de un dominio, sino que ese trata de un tercero que tenía total conocimiento BNEISRAEL (incluso es un miembro de la misma) y BNEISRAEL.CL.

13° Que a fojas 165, se provee la presentación del primer solicitante, y se corre traslado a la contraria, para efectuar observaciones a las pruebas rendidas en autos.

14° Que a fojas 166, se provee presentaciones y se cita a las partes a oír sentencia.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la Red Internet, por el grado de complejidad que ha alcanzado requiere la utilización de nombres de dominio que identifiquen de la manera más eficiente posible a sus titulares. Al efecto se ha diseñado un sistema jerárquico de designaciones a cargo de administradores nacionales y transversales. En lo que se refiere al conflicto de autos, se trata de registrar el nombre de dominio bneiisrael dentro de la base de datos administrada por Nic Chile. A todos los efectos, se considera que quien registra un nombre de dominio como TLD geográficos desea tener una vinculación especial con el medio a que ese identificador geográfico representa. En este caso, Chile. Es del caso que bajo el registro Chileno existe y se encuentra registrado el nombre de dominio bneisrael.cl, el cual es utilizado por la SOC CULTURAL ISRAELITA, encabezada por su rabino, Sr. Alejandro S. Bloch, cuyo directorio está integrado por los Sres. Leopoldo Drexler (presidente), y sus directores: Leonardo Perlroth, Carlos Grossmann, Sonia Dyvinetz, Claudio Fuchs, Rodrigo Andai, Daliah Haymann, Jacobo Groissman, Werner Apt y Rodrigo Segal. Conforme a esta información, quien otorga mandato para obrar en estos autos es precisamente el presidente de la referida sociedad cultural por lo que no cabrá acoger la alegación del primer solicitante en cuanto a la falta de personería del demandante.

SEGUNDO: Que el primer solicitante esgrime como fundamento de su pretensión de registro, que la expresión bneiisrael es una expresión genérica que significa los hijos de Israel, haciendo presente que en distintos países existen asociaciones que ocupan igual denominación. Asimismo señala que le asiste un interés legítimo, consistente en el ánimo de construir un museo memorial del Holocausto. De su parte señala que el conflicto de autos no puede ser resuelto en base al criterio marcario. Sin embargo, esta parte no rindió pruebas en autos que acrediten la efectividad de sus dichos. Asimismo, hasta la fecha el primer solicitante no ha activado el nombre de dominio, por lo que no ha sido posible a esta árbitro adquirir el conocimiento para formarse una convicción sobre el uso que se dará al nombre de dominio.

TERCERO: De su parte la segunda solicitante sostiene que es improbable que la primera solicitante no haya tenido conciencia del conflicto que se produciría entre ambos nombres de dominio porque siendo miembro de la comunidad israelita en Chile, participa activamente de la Soc. Cultural bneisrael. Asimismo hace presente que sus más de 70 años de existencia les lleva a sostener que los israelitas en Chile se confundirán, pensando que se trata de información proporcionada por esta Soc. Cultural, causándole un grave perjuicio si subsiste el nombre de dominio bajo la titularidad del primer solicitante. Para acreditar su mejor derecho esta parte acompañó numerosas pruebas documentales relativas a la actividad de la Soc. Cultural en Chile y su vinculación con la comunidad judía nacional, la cual no ha sido objetada de contrario. Asimismo ha acreditado un profuso uso del nombre de dominio, para la promoción de actividades de la comunidad israelita en Chile.

CUARTO: Que si bien puede sostenerse que la expresión bnei Israel es un término genérico, esta árbitro ha revisado en Internet aquellos mencionados por el primer solicitante y ha advertido que la expresión normalmente es utilizada por entidades semejantes a la Soc. Cultural que demanda en autos como segundo solicitante.

QUINTO: Que los conflictos por nombres de dominio, de acuerdo al reglamento de Nic Chile, habrán de resolverse de acuerdo a las reglas que rigen para los árbitros arbitradores, conforme a las cuales el árbitro deberá oír a ambas partes, agregar y analizar la totalidad de la documental acompañada y fallar de acuerdo a lo que su real saber y entender le dicte. En el caso de autos, esta árbitro no ha arribado a una convicción que le permita dar aplicación al principio first come first served, por cuanto ha estimado que a la segunda solicitante le asiste un mejor derecho para utilizar el nombre de dominio en disputa. Siendo así habrá de acogerse la demanda del segundo solicitante y asignarle a esta parte el nombre de dominio en disputa.

SEXTO: Que en todo caso no existen antecedentes en autos que induzcan a sostener que la primera solicitante haya obrado de mala fe por lo que habrá de resolverse que cada parte pague sus costas.
Y visto además lo dispuesto en el Reglamento para la Administración del Registro de Nombres de Dominio .cl, se resuelve:
Asignase el nombre de dominio bneiisrael.cl en disputa en estos autos a la segunda solicitante SOC CULTURAL ISRAELITA, quien ya ha sido individualizada en autos.
Cada parte pagará sus costas.
Notifíquese a las partes y a Nic Chile. Hecho, ejecútese la sentencia por Nic Chile.

Resolvió

Lorena Donoso Abarca

Arbitro

Carlos Reusser Monsálvez

Actuario

Firman como testigos de actuación

Manuela Ferrada Tapia

7.776.724-k

Diego Sepúlveda Salazar

16.386.315-4

Cc.: fallos@legal.nic.cl; levyspiegel@hotmail.com; ldonoso@uchile.cl; jlramaciotti@tie.cl, solecita400@hotmail.com; dominios@az.cl