



Roj: **SAP M 4266/2017 - ECLI: ES:APM:2017:4266**

Id Cendoj: **28079370282017100129**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **06/02/2017**

Nº de Recurso: **76/2015**

Nº de Resolución: **54/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0033087

Recurso de Apelación 76/2015

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 05 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 678/2008

APELANTE: D. Martín

Procurador D. Ángel Rojas Santos

Letrado D. Antonio Salazar Pauner

APELADO: D. Victorino

Procurador D. Manuel Infante Sánchez

Letrado D. Luis Felipe de los Ríos Camacho

UNIDAD EDITORIAL SA

Procuradora Dña. María Luisa Montero Correal

Letrada Dª Cristina Peña Carles

S E N T E N C I A nº 54/2017

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)

D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA

D. IGNACIO ZARZUELO DESCALZO

En Madrid, a 6 de febrero de 2017.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ, Don JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA y Don IGNACIO ZARZUELO DESCALZO, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo



76/15 interpuesto contra la Sentencia de fecha 27/03/2013 dictada en el procedimiento ordinario número 678/08 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, la demandante, siendo apelada la parte demandada, ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 16/10/2008 por la representación de D. Martín contra D. Victorino y contra la mercantil RECOLETOS GRUPO DE COMUNICACIÓN, SA, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba "... dicte sentencia por la cual:

1.- Se declare que los demandados, el Señor Victorino y la compañía RECOLETOS GRUPO DE COMUNICACIÓN, S.A. han infringido los derechos morales y patrimoniales existentes sobre la obra "LA PESETA. CATÁLOGO BÁSICO", de titularidad exclusiva, como autor y editor de la misma, del Señor Martín ; condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración.

2.- Se condene a los demandados al cese de su actividad ilícita de usurpación de los referidos derechos de propiedad intelectual del Señor Martín ; y en concreto, se acuerde a su costa:

La suspensión (con prohibición de reanudar) la explotación infractora, que respectivamente haga cada uno de los demandados, de elaboración, impresión, edición, distribución y venta del libro "LA PESETA. HISTORIA DE UNA ÉPOCA".

La retirada del comercio de los mismos y su inutilización, corriendo de cuenta solidaria de los demandados el coste de su recuperación respecto de terceros de buena fe,

3.- Se condene a los demandados de forma solidaria, al pago al demandante de los daños y perjuicios (materiales y morales) causados como consecuencia de la actividad ilícita de usurpación de los derechos de propiedad intelectual del demandante en la cantidad de CIENTO SESENTA MIL (160.000.- €) euros;

4.- Se publique a costa de los dos demandados solidariamente los datos de identificación y el fallo de la Sentencia que se dicte en los diarios de tirada nacional "EL PAÍS" y el propio diario "EXPANSIÓN".

5.- Se condene a los demandados al pago de los intereses legales de la cantidad establecida en la Petición 32 desde la fecha de presentación de esta demanda hasta el abono de la cantidad reclamada.

6.- Se condene a las demandadas al pago de las costas del procedimiento.

SEGUNDO .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo mercantil número 5 de Madrid dictó sentencia con fecha 27/03/2013 cuyo fallo es del siguiente tenor : " Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador de los tribunales don Ángel Rojas Santos, en nombre y representación de DON Martín contra DON Victorino y RECOLETOS GRUPO DE COMUNICACIÓN "UNIDAD EDITORIAL SA", debo absolver y absuelvo a los demandados de todos los pedimentos deducidos en su contra, todo ello con expresa condena en costas a la parte actora."

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 2 de febrero de 2017.

TERCERO .- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Don Martín , autor de la obra "LA PESETA. CATÁLOGO BÁSICO", publicada en el año 1997, interpuso demanda contra la mercantil RECOLETOS GRUPO DE COMUNICACIÓN S.A. (hoy UNIDAD EDITORIAL S.A.) en su condición de editora de la obra titulada "LA PESETA. HISTORIA DE UNA ÉPOCA" publicada en seis entregas a lo largo del mes de abril de 2002 junto con el periódico "EXPANSIÓN". La demanda se hizo extensiva a quien en dicha obra aparece como su director, Don Victorino .

La demanda se fundó en que la segunda de las obras citadas habría plagiado a la primera, con lo que se habrían vulnerado, además de los derechos de explotación que al demandante corresponden sobre su obra,



los derechos morales contemplados en los apartados 3º y 4º del Art. 14 de la Ley de Propiedad Intelectual (derecho al reconocimiento de la paternidad y derecho a la intangibilidad de la obra).

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y, disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza Don Martín a través del presente recurso de apelación.

SEGUNDO .- Tanto RECOLETOS GRUPO DE COMUNICACIÓN S.A como Don Victorino adujeron en la instancia precedente -y reproducen en esta alzada por vía de oposición- su falta de legitimación para soportar pasivamente una acción fundada en el plagio de la obra del actor al negar su condición de autores de la obra calificada de plagaria: la primera, por su condición de simple editora que había subcontratado la confección de la obra que publicó con una tercera entidad que le habría garantizado su pureza intelectual; el segundo, por su mera condición de director de la obra que habría sido designado para asumir dicha función por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, organismo para el que trabaja.

Tales objeciones no toman en consideración que cuando se trata de aplicar las normas jurídicas llamadas a tutelar los derechos de exclusiva, en nuestro caso el derecho de autor del demandante, el sujeto pasivo natural de las correspondientes acciones lo es "*el infractor*" (Art. 139 L.P.I.), figura jurídica que, en presencia de una demanda por plagio, abarca desde luego al autor de la obra plagaria pero no se agota en él. Debe tenerse en cuenta a este respecto que el Art. 65-2 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta , que trata de la responsabilidad civil derivada de comportamientos antijurídicos no punibles cometidos a través de cualquier clase de publicación impresa, incluye dentro del círculo de obligados solidarios no solo al autor del texto infractor sino también al director de la publicación en que dicho texto se ha incluido y al editor de la misma (además de al impresor y al importador). Precepto legal que, pese a su carácter preconstitucional, ha sido considerado compatible con el Art. 20-2 de la Constitución por nuestro Tribunal Constitucional (SSTC de 12 de noviembre de 1990 y 21 de diciembre de 1992) por entender que se trata de una simple norma de atribución de responsabilidad por culpa "in eligendo" o "in vigilando" que toma por base el hecho de que ni quien edita ni quien dirige lo editado son ajenos a los contenidos publicados (en similar sentido, la S.T.S. de 17 de diciembre de 2013 y las que en ella se citan, sentencias núm. 147/2000, de 15 de febrero , 704/2004, de 30 de junio , y 201/2012, de 26 de marzo).

No ha de prosperar, pues, dicho argumento de oposición al recurso.

TERCERO .- En las páginas 13 a 22 (ambas inclusive) de su demanda, el Sr. Martín expone por vía comparativa los fragmentos de ambas obras en los que detecta la presencia del plagio que denuncia. Al inicio de tal exposición (pag. 13) nos indica que los elementos que examina tienen carácter meramente ejemplificativo, y al concluirla (pág. 23) invita al tribunal, en el ánimo -dice- de no dilatar en exceso el escrito rector, a la íntegra lectura de uno y otro libro así como de los informes periciales acompañados a la demanda con el fin de pueda captar en su integridad la envergadura de la infracción cometida.

Pues bien, ese pretendido carácter ejemplificativo es inadmisibles porque, en contra de los postulados que emanan del principio dispositivo, implica encomendar al tribunal la tarea de complementar la demanda acudiendo por su propia cuenta al análisis de partes o fragmentos de la obra calificada de plagaria que el demandante no ha considerado oportuno mencionar ni censurar, y ello con la indeseable consecuencia de que el órgano judicial pudiera encontrar motivos de reproche allí donde ni siquiera el propio demandante los encuentra. Tampoco cabe acudir, para complementar la demanda, a una remisión global a los informes periciales a ella acompañados. Los informes periciales son medios de prueba y, en cuanto tales, su misión se agota en servir de soporte a las alegaciones vertidas en la demanda. Por tal motivo, si existieran en dichos informes datos que el demandante no ha considerado oportuno invocar o hacer valer en su demanda de cara a fundamentar el plagio que denuncia, no puede encomendar al tribunal la tarea de seleccionar, eventualmente en contra del criterio del propio demandante, aquellos que puedan parecerle convincentes y conducentes al éxito de su acción. En consecuencia, el análisis que subsigue tendrá por objeto examinar, única y exclusivamente, aquellos elementos de confrontación entre las dos obras en litigio que el propio demandante ha tenido a bien exponer en las páginas 13 a 22 de su demanda, elementos que no podemos considerar simples ejemplos: se trata de auténticos fundamentos -y de fundamentos únicos- de las acciones ejercitadas.

Dentro de dicha exposición, nos detendremos inicialmente en una primera parte (páginas 13 a 17) en la que se denuncia la copia literal de párrafos enteros. El actor se auxilia de una tabla comprensiva de celdas en las que encierra aquellos fragmentos de una y otra obra que considera dignos de confrontación (en la columna izquierda, fragmentos de su obra "LA PESETA. CATÁLOGO BÁSICO"; en la columna derecha, fragmentos de la obra "LA PESETA. HISTORIA DE UNA ÉPOCA"), siendo de destacar que no ha sido controvertida en el litigio la fidelidad de los textos transcritos respecto de cada una de las dos obras con las que se hacen corresponder en dicha tabla. La tabla se compone de un total de 10 filas que hemos numerado de modo correlativo (de la fila 1 a la fila 10) para facilitar nuestra exposición:



1.- En la *Fila 1* se transcribe el siguiente texto de la obra del actor: *"Con la reforma de la peseta se reanudó la centenaria tradición de hacer constar en cada moneda las iniciales de los responsables del grabado, y la precisión en el peso y la buena ley de los metales, que había que aplicarse en 1850 (...) en el anverso, en el corte del cuello, las iniciales del nombre y primer apellido del Grabador. En el reverso, a la izquierda del valor, la inicial del primer apellido de los dos Ensayadores, responsables de la exactitud en la aleación del metal; a la derecha del valor la inicial del Fiel de Balanza, que garantizaba la precisión en el peso de cada moneda (sólo en monedas de plata y oro)"*. El texto correlativo de la obra calificada de plagaria es el siguiente: *"...con la Reforma de 1868 se reanudó la centenaria costumbre de hacer constar, en cada moneda, las iniciales de los responsables del grabado y de la calidad material de la misma, el peso y la ley (...) en el anverso (...) en el corte del cuello del personaje retratado aparecieran las iniciales del nombre y primer apellido del grabador, mientras que en el reverso, a la izquierda del valor, figuran la inicial del primer apellido de los dos ensayadores responsables de la exactitud en la aleación del metal, y a la derecha del mismo, la inicial del fiel de balanza, que era el encargado de garantizar, en las acuñaciones de plata y oro, el peso correcto de cada moneda"*.

2.- En la *Fila 2*, si dejamos al margen la transcripción de un texto legal, se lee en la obra del actor lo siguiente: *"Con estas palabras, el restaurador borbónico Antonio Cánovas del Castillo, en el artículo 1º del decreto promulgado el 6 de enero de 1875, restablecía los símbolos monárquicos, tanto en la moneda como en la bandera, estandartes, sellos y documentos oficiales. La corona real reemplazaba a la mural de las monedas del Gobierno Provisional"*. Correlativamente, en el texto de las demandadas se lee: *"De esta manera, el artículo primero del Decreto de 6 de enero de 1875 restablecía los símbolos borbónicos. Tanto en la moneda como en la bandera, estandartes, sellos y documentos oficiales. La Corona Real reemplazó definitivamente a la mural de las monedas del Gobierno Provisional"*.

3.- En la *Fila 3*, la obra del actor contiene el siguiente texto: *"Con la llegada de Alfonso XII en 1875 se volvió a incorporar el escusón de la Casa de Borbón en el centro del escudo de España, permaneciendo en el reverso de todas las monedas de Alfonso XII y Alfonso XIII (...) Los falsificadores (...) encontraron grandes dificultades en dividir la diminuta superficie del fondo de la excusón, en un número de líneas exacto al de la moneda auténtica; y optaron por hacerlo aproximadamente. Por tanto conocer el número de líneas horizontales que componen el fondo del escusón, en cada caso, puede ser un buen elemento de juicio para diferenciar las monedas originales de las falsificaciones. El Anjou, o escusón Borbónico, estaba incluido entre los elementos más importantes a tener en cuenta para diferenciar la "moneda falsa", pues en muchas de estas el número de líneas horizontales era distinto al de las monedas auténticas"*. En el texto de la obra litigiosa se lee: *"Con la llegada de Alfonso XII volvió a incorporarse el escusón de la Casa de Borbón en el centro del escudo de España, permaneciendo en el reverso de todas las monedas de plata y oro hasta Alfonso XIII (...) el Escusón Borbónico (...) Los falsificadores encontraron grandes dificultades en dividir la diminuta superficie del fondo de la anjou (...) en un número de líneas exacto al de la moneda auténtica, por lo que optaron por hacerlo de forma aproximada. Conocer, por tanto, el número de líneas horizontales (ente 14 y 25) que en cada caso componían el fondo de azur era un buen método para diferenciar las posibles falsificaciones (...) incluido entre los elementos a tener en cuenta por especialistas y usuarios para diferenciar la "falsa moneda" de plata, pues en muchas de estas el número de líneas horizontales era irremediabilmente distinto al de las originales"*.

4.- En la *Fila 4* el texto del actor digno de destacar a los efectos que nos ocupan es del siguiente tenor: *"A lo largo de casi tres cuartos de siglo, numerosas leyes intentaron en vano desmonetizar y fundir las antiguas perras de 1870, que, sin embargo, seguían circulando y se sumaban a las monedas que iban siendo emitidas por los sucesivos gobernantes"*. En el correlativo de la obra litigiosa se lee: *"A lo largo de casi tres cuartos de siglo, numerosas disposiciones legales habían intentado desmonetizar y fundir las antiguas piezas de 10, 5, 2 y 1 céntimos de 1870 y de Alfonso XII, que, sin embargo, siguieron circulando y a las que se fueron sumando las monedas que se emitieron por los sucesivos gobiernos"*.

Pues bien, este tribunal aprecia la existencia de plagio en cada uno de los fragmentos de la obra "LA PESETA. HISTORIA DE UNA ÉPOCA" que acabamos de transcribir en concordancia con los fragmentos correlativos de la obra "LA PESETA. CATÁLOGO BÁSICO". No consideramos relevante a este respecto que algunas de las palabras del texto plagiado sean sustituidas por sinónimos, o que ocasionalmente se alteren los tiempos verbales, que se invierta el orden de las palabras componentes de algunas expresiones cortas, o, en fin, que el texto plagario intercale oraciones subordinadas no presentes en el plagiado. Tampoco consideramos que represente un obstáculo para la apreciación de la infracción la circunstancia de que se utilicen en el texto plagiado palabras pertenecientes al argot particular de la especialidad histórica de que se trata y que son de obligado empleo por cualquier tratadista que aborde la misma temática. Lo importante no es la identidad exacta de todas y cada una de las palabras. Lo importante es la secuencia con que las palabras se encuentran imbricadas en la construcción de las oraciones, y hemos de decir que en los casos que acabamos de examinar esa secuencia es prácticamente la misma: consideramos insignificante o nula la probabilidad estadística de que, en el desarrollo autónomo de su cometido, los redactores de la obra "LA PESETA. HISTORIA DE UNA



ÉPOCA" desarrollasen de forma azarosa unos textos cuya estructura sintáctica -así como la mayor parte de sus vocablos- es idéntica a la del texto preexistente.

Disentimos del parecer de la sentencia apelada cuando acoge el argumento de la parte demandada con arreglo al cual serían los propios textos del Sr. Martín precedentemente examinados los que carecen de originalidad -y por tanto de susceptibilidad de protección- por haber sido copiados, a su vez, de otros textos preexistentes pertenecientes a otros autores. Dicho argumento se funda en el informe pericial del Profesor Florencio presentado por la parte demandada, en cuyas páginas 13 y ss. (folios 983 y ss. de las actuaciones) se establece -también por el sistema de celdas- una comparativa entre los textos del Sr. Martín que anteriormente hemos examinado y los textos de otros trabajos históricos que precedieron en el tiempo a la obra de este. Pues bien, si efectuamos la oportuna confrontación, no vemos la menor similitud en la redacción o forma de expresión utilizada en uno y otros textos: lo que hay es simple comunidad de objeto en la temática tratada y en las ideas transmitidas, pero esta circunstancia no priva de originalidad a la obra del demandante desde el momento en que, como es bien sabido, lo que protegen los derechos de autor no son las ideas o contenidos sino su modo de expresión. Por la misma razón, e incluso "a fortiori", carecen del menor interés las fuentes de las que se nutriera en su día el Sr. Martín para elaborar su obra o la circunstancia de que entre esas fuentes se encuentren los fondos bibliográficos del museo que dirige el codemandado Sr. Victorino y que este habría puesto a su disposición.

No advertimos, en cambio, similitud de trascendencia plagaria en los fragmentos que el demandante relaciona en las Filas 5, 6, 7, 8, 9 y 10 (pags. 15 "in fine" a 17 de la demanda). En estos casos la coincidencia se advierte solamente en palabras o en expresiones cortas cuya dispersión o distanciamiento hace que no captemos la presencia de estructuras sintácticas homólogas y que, consiguientemente, no podamos descartar, desde el punto de vista estadístico, la posibilidad de que los textos de la obra litigiosa, aun tratando idéntica temática que la abordada en su obra por el Sr. Martín y bebiendo presumiblemente en fuentes comunes, hayan sido objeto de redacción o creación genuina.

La parte apelada ha insistido en que, exigiendo la doctrina jurisprudencial para la apreciación de plagio que la copia llevada a cabo por la obra plagaria tenga carácter "sustancial" (S.T.S. de 18 de diciembre de 2008 y las que en ella se citan), dicha característica no concurriría en nuestro caso en vista del escaso número de fragmentos en los que se advierten coincidencias. Pues bien, tampoco compartimos dicho punto de vista. La sustancialidad de la copia es una característica que se encuentra referida al examen del concreto fragmento o parte de la obra que en cada caso se examina dentro de su entorno natural, de tal suerte que pueda decirse que la copia de esa concreta porción ha sido relevante en lo que se refiere a la estructura y elementos de los que ese entorno se compone. No se refiere esa sustancialidad, en cambio, a una mera correlación cuantitativa entre la extensión de lo copiado y la extensión total de la obra plagada. De no entenderse ello así, nunca sería posible la apreciación de "plagio parcial", figura comúnmente admitida, y solo en raras ocasiones resultaría posible apreciar la existencia de plagio como tal.

Aclarado este punto, hemos de indicar que el juicio de sustancialidad ha de ser necesariamente el resultado de un análisis de tipo contextual, y que todo análisis contextual requiere un proceso comparativo entre dos elementos imprescindibles: el texto y el contexto. Del texto, lógicamente, disponemos, pues se trata de cada uno de los fragmentos que acabamos de examinar, pero más difícil resulta, en cambio, perfilar el contexto una vez que hemos descartado que este pueda identificarse con la totalidad de la obra. Si nos encontrásemos en presencia de una obra donde cada uno de los textos examinados fuera una simple pieza del engranaje de un desarrollo argumental completo y más amplio, podríamos examinar, tanto cuantitativa como cualitativamente, el mayor o menor grado de relevancia del fragmento analizado en el seno del argumento integral del que formase parte y que operaría, a estos efectos, como contexto. Sin embargo, lo que ahora nos ocupa es una obra del género histórico donde cada uno de los fragmentos controvertidos se limita a narrar un hecho o conjunto de hechos históricos que es independiente -y no diferenciable jerárquicamente- de los hechos históricos narrados en los fragmentos que le preceden y en los fragmentos que le siguen, los que, por ello mismo, nunca podrían servirnos de contexto. O dicho de otro modo: en relación con cada uno de los acontecimientos históricos que se relata en una obra de estas características, texto y contexto se identifican dificultando la emisión de un juicio relativo o juicio de sustancialidad. Tan es así que ninguno de los demandados ha llegado siquiera a sugerir, en relación con cada uno de los pasajes objeto de análisis, cuál podría ser ese perímetro más amplio que definiera, en cada caso, un contexto particular dentro del cual el plagio de aquellos fragmentos pudiera ser considerado insustancial.

CUARTO .- Disentimos de otros aspectos en los que la demanda rectora del litigio detecta la presencia de plagio. Son los siguientes:

1.- Se dice que la obra litigiosa copia incluso determinados errores en los que habría incurrido la obra del Sr. Martín (Filas 11, 12, 13 y 14, pags. 17 "in fine" a 20 de la demanda). Ahora bien, en tanto que acción



desacertada, el error nunca es fruto del espíritu creador de quien en él incurre, sino más bien manifestación del fracaso o claudicación de esa cualidad humana. Siendo ello así, la palabra o fragmento erráticos no pueden considerarse técnicamente como "obras" o creaciones originales en el sentido definido por el Art. 10 de la Ley de Propiedad Intelectual ni, por lo tanto, pueden aspirar a la protección característica de los derechos de autor. Cuestión distinta será que la copia de errores, sin constituir por sí misma un plagio, pueda cumplir una función probatoria de esa clase de infracción en la medida en que permita reforzar la tesis de que el redactor de la obra cuestionada ha evidenciado, de un modo más general, la tendencia a incurrir en dicha práctica respecto de la obra genuina. Sin embargo, en lo tocante a los fragmentos examinados en el precedente ordinal en los que hemos apreciado la presencia de plagio, ese refuerzo probatorio ni siquiera lo juzgamos necesario porque el mimetismo o concordancia improbable se nos presenta allí con un elevado grado de evidencia a partir de la mera confrontación de los textos respectivos. En definitiva, el hallazgo de fragmentos en los que se ha producido un seguimiento de ciertos errores en que incurrió en el demandante (entrecomillados improcedentes, cita del diccionario Corominas, etc...) no desempeña un papel relevante para la decisión del presente litigio.

2.- Se nos dice que la obra cuestionada copia tecnicismos y cultismos presentes en la obra del actor. Sin embargo, el informe pericial del Profesor Florencio (folio 1010) pone de relieve que se trata de terminología propia de la materia objeto de tratamiento y, por lo tanto, de forzosa utilización para todo aquel que aborde idéntica temática. Y hemos de indicar que se trata de un punto de vista que, al provenir de un historiador, lo consideramos prevalente sobre el parecer de los peritos Don Raimundo y Doña Florinda, filólogos en quienes no nos consta que concurren específicos conocimientos relativos a la historia de las monedas.

3.- Finalmente, con base en el mismo informe de Don Raimundo y Doña Florinda, se nos dice también que hubo copia de los títulos de los capítulos. Ahora bien, confrontados los seis supuestos en los que concurriría tal circunstancia, no compartimos en absoluto las conclusiones de tal informe. Así, no vemos la menor similitud entre el título "El nombre (de la peseta)" y "De peseta y peseteros", como no sea por la presencia en ambos de la palabra "peseta". Tampoco entre el título "La ceca de las monedas de Carlos VII" y "La casa de la moneda carlista" o entre "El derecho de monedaje" y "Monedaje y señoreaje", "Las patillas del rey" y "Bigote y patillas", etc... En definitiva, las coincidencias ocasionales de palabras obedecen, con toda probabilidad, a la coincidencia de los contenidos o materias a tratar que los propios títulos o epígrafes anuncian, lo que ninguna relación guarda -obvio es decirlo- con los derechos de autor.

QUINTO .- La apreciación de la infracción denunciada en los supuestos especificados con los numerales 1, 2 3 y 4 del Fundamento de Derecho Tercero de la presente resolución hace prosperables, desde luego, los pedimentos declarativos, cesatorios y publicitarios identificados con los números 1, 2 y 3 de la súplica de la demanda de acuerdo con el Art. 139 de la Ley de Propiedad Intelectual, si bien consideramos que la pretensión de carácter publicitario se puede satisfacer razonablemente con la publicación de la parte dispositiva de la presente resolución en el diario "EXPANSIÓN" por ser con dicha publicación con la que se distribuyó la obra infractora y representar, por ello, una buena medida del grado de difusión alcanzado por esta.

Más espinosa se nos presenta la cuestión de cuantificar la indemnización correspondiente a la naturaleza y entidad de la infracción cometida. Resulta destacable el hecho de que en su contestación a la demanda el codemandado Don Victorino no planteó con carácter subsidiario objeción alguna ni a la indemnizabilidad en abstracto del supuesto examinado para el caso de que se apreciase la existencia de infracción ni, en concreto, a los criterios de cálculo manejados por el actor en su demanda. Por su parte, la demandada RECOLETOS GRUPO DE COMUNICACIÓN S.A. tampoco manejó argumentos específicos en relación con esos criterios de cálculo, limitándose a poner en cuestión, en abstracto, la indemnizabilidad misma del hecho por falta del prueba del daño.

Pues bien, hay que tener en cuenta que el actor optó, como criterio de cálculo del daño patrimonial, por el conocido como "regalía hipotética" y previsto en el Art. 140-2,b) de la Ley de Propiedad Intelectual, esto es, por "La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión". Y en este terreno resulta difícilmente prosperable la objeción genérica planteada por RECOLETOS GRUPO DE COMUNICACIÓN S.A. en relación con la probanza del quebranto patrimonial ya que, como ha señalado la S.T.S. de 2 de marzo de 2009, en criterio poco después reiterado por la de 18 de noviembre de 2010, "...la llamada regalía hipotética responde a la necesidad de que no quede sin protección por la dificultad que normalmente representa probar en el proceso los beneficios obtenidos por el infractor con la lesión del derecho del perjudicado. Se trata, al fin, de un perjuicio evidente o necesariamente derivado de la infracción -manifiesta non egent probatione.." (citando al respecto las S.T.S. de 21 de abril de 1.992, 23 de febrero de 1.998, 28 de septiembre y 10 de octubre de 2.001, 1 de junio de 2.005 y 5 de febrero de 2.008). Y más recientemente, la S.T.S. de 19 de febrero de 2016 ha declarado que "Precisamente la jurisprudencia ha configurado la regalía hipotética como opción para solventar los problemas de prueba y



asegurar una indemnización sin necesidad de probar en concreto el daño causado. Por tanto, elegido este criterio indemnizatorio y reconocida y declarada la existencia de infracción, procederá la condena a indemnizar".

Para acometer los cálculos del daño estrictamente patrimonial, no nos parece incorrecto el punto de partida utilizado por el demandante: nos habla de dos obras suyas de similar temática a la ahora plagiada, "HISTORIA DE LA PESETA" y una participación en la obra "EURO, TODO LO QUE USTED NECESITA SABER SOBRE LA MONEDA ÚNICA EUROPEA", obras por cuyos derechos de reproducción obtuvo, respectivamente, las sumas de 42.000 € y 81.000 €. También nos habla de una indemnización pactada por razón de plagio que obtuvo de determinada empresa editorial por importe de 60.000 €.

Debemos indicar que en ningún momento cuestionaron los demandados la realidad de esos cobros ni tampoco su aptitud para erigirse en base del cálculo de la regalía hipotética. Tampoco impugnaron, ni en sus escritos de contestación ni en el acto de la audiencia previa, las facturas y demás soportes documentales acompañados a la demanda para justificar la realidad de tales devengos. Por tal motivo, se trata de aspectos del litigio que debemos considerar completamente pacíficos, siendo extemporánea cualquier objeción que haya pretendido introducirse fuera de la fase alegatoria del proceso.

Ahora bien, dicho esto, el problema que se nos plantea consiste en que el demandante no nos facilita los cálculos que le conducen a solicitar por razón de daño patrimonial una indemnización de 100.000 €, cifra ésta que supera a la mayor de las antedichas y que, lógicamente, supera también a un simple promedio de las tres. De esas tres cifras, la que nos parece más indicativa a los efectos que ahora nos ocupan es la de 81.000 € por tratarse de la cantidad que abonó el diario EL PAÍS por la cesión de los derechos de explotación correspondientes, precisamente, a la obra que ahora nos ocupa, esto es, a "LA PESETA. CATÁLOGO BÁSICO" (folios 176 a 178), no siendo relevante a estos efectos cuál pueda haber sido la extensión con la que dicho diario hizo uso de los derechos de explotación adquiridos con ocasión de la publicación de "EURO, TODO LO QUE USTED NECESITA SABER SOBRE LA MONEDA ÚNICA EUROPEA" (folios 147 y ss.), pues en todo caso lo que el actor cedía a dicho diario, a falta de otra especificación, eran los derechos de explotación sobre la totalidad de la obra sobre la que se sustenta la presente demanda, es decir, "LA PESETA. CATÁLOGO BÁSICO" pues así lo indica él mismo en la facturación que emitió.

Ahora bien, aclarado este punto, el otorgamiento de una indemnización coincidente con la suma satisfecha por EL PAÍS (81.000 €, en ningún caso 100.000 €) solamente podría tener lugar en el supuesto de que la obra cuestionada en el presente litigio, "LA PESETA. HISTORIA DE UNA ÉPOCA", hubiera plagiado a la obra "LA PESETA. CATÁLOGO BÁSICO" en el 100 % de su extensión, o, al menos en una magnitud próxima a ese porcentaje máximo. Sin embargo, siendo esta precisamente -copia de la totalidad de su obra- la idea que el actor ha sustentado de una manera un tanto difusa, ya aclaramos en el Fundamento de Derecho Tercero de la presente resolución las razones por las que, dentro del material que nos resultaba posible examinar por respeto al principio dispositivo, únicamente apreciábamos la existencia de plagio en los fragmentos relacionados bajo los numerales 1, 2, 3 y 4 de dicho apartado. Y, siendo "LA PESETA. CATÁLOGO BÁSICO" una obra compuesta de 271 páginas (Documento 14 de la demanda), lo cierto es que, los fragmentos plagarios no alcanzan, en un cálculo aproximado y suficientemente generoso, más que a unas 20 páginas de dicha obra. Por lo tanto, la aplicación de una sencilla regla aritmética nos conduce a indemnizar por el plagio de esas 20 páginas, manteniendo el mismo criterio estimativo propuesto por el propio demandante, en la mucho más modesta cantidad de 6.000 €.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, pese a anunciar el actor que solicitaría, como cantidad adicional a la de 100.000 €, el importe de los informes periciales acompañados a su demanda, lo cierto es que finalmente dicha pretensión no trascendió a la súplica del escrito rector, por cuyo motivo ningún comentario habremos de efectuar en relación con su procedencia o improcedencia.

Finalmente, consideramos totalmente verosímil, atendiendo a máximas de la experiencia, el padecimiento por el actor de un quebranto o aflicción de naturaleza moral al contemplar la publicación infractora. Y, no habiendo sido cuestionada por ninguno de los demandados la procedencia de tomar en consideración para su cálculo los criterios propuestos por el Sr. Martín (el conocimiento de su persona dentro del sector de que se trata, conocimiento de su obra y escasez de obras análogas, etc...), son esos mismos criterios estimativos los que, en atención a la extensión cuantitativa de la infracción y asumiendo este tribunal el carácter voluble que siempre revisten los cálculos de esta naturaleza, nos conducen a fijar la indemnización por razón de daño moral en la cantidad de 3.000 €.

Planteamientos los precedentes que determinan, en su conjunto, el éxito parcial del recurso y, con él, el de la demanda.

SEXTO .- Estimándose parcialmente el recurso de apelación, no es procedente efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada de conformidad con el número 2 del Art. 398 de



la L.E.C., como tampoco en relación con las originadas en la instancia precedente de acuerdo con lo previsto en el Art. 394-2 de la misma ley.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

1.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Martin contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.

2.- Revocamos dicha resolución y, estimando -como estimamos- parcialmente la demanda interpuesta por Don Martin contra RECOLETOS GRUPO DE COMUNICACIÓN S.A. (hoy UNIDAD EDITORIAL S.A.) y Don Victorino, efectuamos los siguientes pronunciamientos:

-Declaramos que los demandados RECOLETOS GRUPO DE COMUNICACIÓN S.A. (hoy UNIDAD EDITORIAL S.A.) y Don Victorino han infringido derechos morales y patrimoniales del demandante Don Martin sobre su obra "LA PESETA. CATÁLOGO BÁSICO".

-Condenamos a dichos demandados a suspender, con prohibición de reanudar, la actividad infractora de elaboración, impresión, edición, distribución y venta del libro "LA PESETA. HISTORIA DE UNA ÉPOCA", así como a proceder, a su costa, a la retirada del comercio y a la inutilización de dicha obra.

-Condenamos a los demandados solidariamente a publicar la parte dispositiva de la presente resolución en el diario "EXPANSIÓN" así como a indemnizar a Don Martin en la suma de NUEVE MIL EUROS y su interés legal desde la interposición de la demanda.

3.- No efectuamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en ninguna de las dos instancias.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procédase a la devolución del depósito consignado para recurrir.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.