



Roj: **SAP M 7490/2016 - ECLI: ES:APM:2016:7490**

Id Cendoj: **28079370282016100163**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **06/06/2016**

Nº de Recurso: **333/2014**

Nº de Resolución: **217/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0086613

Recurso de Apelación 333/2014

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 08 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 76/2012

Apelante:: D. /Dña. Carlos Antonio

PROCURADOR D. /Dña. MARIA DOLORES MARTIN CANTON

Apelado:: D. /Dña. Ángel Daniel

PROCURADOR D. /Dña. RAQUEL OLIVARES PASTOR

NEVERLAND EDICIONES, S.L. (EDICIONES ATLANTIS S.A.)

PROCURADOR D. /Dña. MARIA ESPERANZA ALVARO MATEO

**SENTENCIA nº 217/2016**

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)

En Madrid, a seis de junio de dos mil dieciséis.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don ENRIQUE GARCÍA GARCÍA, Don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ y Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 333/14 interpuesto contra la Sentencia de fecha 17.2.2014 dictado en el proceso ordinario número 76/2012 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 8 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 3.2.12 por la representación de D. /Dña. Carlos Antonio contra D. /Dña. Ángel Daniel y NEVERLAND EDICIONES, S.L. (EDICIONES ATLANTIS S.A.), en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba que "... dicte en su día Sentencia,

estimando las acciones interpuestas por esta parte y: declarando : 1.- Que el demandante DON Carlos Antonio es coautor de la obra literaria "Las Siete Rosas", al igual que el demandado DON Ángel Daniel .

2.- Que el demandante DON Carlos Antonio , como coautor de la obra en colaboración citada en el punto 1, es también titular de los derechos morales y de explotación sobre la misma, al igual que el otro coautor, DON Ángel Daniel .

3.- Que las actuaciones realizadas por los demandados constituyen actos de infracción de derechos de autor del demandante sobre la citada obra; concretamente:

-Las actuaciones de DON Ángel Daniel consistentes en atribuirse en exclusiva la titularidad de la obra literaria "Las Siete Rosas" y de los derechos de autor sobre la misma inscribirla en el Registro de Propiedad Intelectual como exclusivo autor; comunicar su autoría como exclusiva; negar la coautoría del demandante; divulgar la obra, modificarla hasta realizar un plagio de la misma; formalizar un **contrato de edición** con Ediciones Atlantis S.A para la publicación, reproducción y distribución del libro, para lo que cedió éstos y quizá también otros derechos de explotación de la obra.

- Las actuaciones de EDICIONES ATLANTIS S.A. consistentes en formalizar un **contrato de edición** con DON Ángel Daniel , sin el consentimiento ni conocimiento del demandante, coautor de la obra literaria "Las Siete Rosas"; la reproducción, publicación y distribución de un libro que es un plagio de aquella obra original; continuando con el anuncio, ofreciendo para la venta y comercialización del libro, tras conocer la coautoría del demandante, y sin reconocerla misma.

4.- Que la obra inscrita en el Registro de la Propiedad Intelectual (número de asiento registral 16/2011/6915), como la obra literaria "Las siete rosas", es un plagio de la obra original citada en el punto 1; y subsidiariamente , que ha sido inscrita sin el consentimiento del coautor de la obra original, Don Carlos Antonio , quien no figura como autor en la inscripción

5.- Que el libro "Las siete rosas" publicado por los demandados es un plagio de la obra original citada en el punto 1.

6.- Que los demandados deben cesar en sus actuaciones ilícitas.

7.- Que las actuaciones de los demandados han causado daños y perjuicios morales y materiales al demandante.

8.- Que procede la nulidad y cancelación de la inscripción registral de la obra literaria con ilustraciones, bajo el título "Las siete rosas", número de asiento registral 16/2011/6915, en el Registro de la Propiedad Intelectual, mediante el mandamiento oportuno.

CONDENANDO A LOS DEMANDADOS:

1.- a estar y pasar por la anteriores declaraciones.

2.- Al cese de la actividad ilícita; concretamente:

- A la suspensión de la actividad ilícita; concretamente, la suspensión de la comunicación de la autoría como exclusiva de Don Ángel Daniel de la obra literaria "las Siete Rosas"; la suspensión del uso de cualquier derecho de explotación sobre dicha obra: publicación, reproducción, distribución y transformación.

- A la prohibición de reanudar la actividad infractora.

- A retirar del comercio todos los ejemplares del libro "Las siete rosas" publicado por los demandados, así como cualquier anuncio, artículo, documento o producto en el que se haya materializado la infracción, también en internet, procediendo a la destrucción de los mismos a su costa.

3.- A resarcir los daños y perjuicios morales y materiales causados al demandante por las cantidades que se concreten en el curso del presente procedimiento, conforme a las bases fijadas en la demanda.

4.- A la publicación íntegra de la sentencia condenatoria, a costa de los demandados, en los diarios "El País" y en " El Mundo".

5.- Al pago de las costas del presente procedimiento".

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid dictó sentencia con fecha 17.2.14 cuyo fallo es del siguiente tenor : "1.- Con desestimación de la demanda interpuesta por Carlos Antonio , debo declarar y declaro o haber lugar al pronunciamiento de sus pretensiones, y debo absolver y absuelvo a Ángel Daniel y a EDICIONES ATLANTIS SA de los pedimentos deducidos contra él en aquella demanda.



II.- Debo condenar y condeno al pago de las costas procesales generadas en la presente instancia a Carlos Antonio , según tasación de las mismas que se realice en incidente promovido al efecto".

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandada 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 junio de 2016.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Don Carlos Antonio interpuso demanda contra Don Ángel Daniel en ejercicio de diversas acciones (declarativas, cesatorias e indemnizatorias) fundadas en la infracción de diversos derechos que corresponderían al actor al amparo de la Ley de Propiedad Intelectual sobre la obra literaria "LAS SIETE ROSAS". En particular, se fundan dichas acciones en la coautoría del demandante sobre dicha obra, a la que considera como una obra en colaboración del Art. 7 de dicha ley, y en el hecho de que el demandado la registró como propia y exclusiva y la editó, publicó y distribuyó comercialmente en esa misma condición, así como en la circunstancia de haber introducido en la obra común modificaciones no consentidas por el actor en el texto finalmente publicado.

La demanda se hizo extensiva a NEVERLAND EDICIONES S.L. en tanto que editora y comercializadora de dicha obra con quien el demandado formalizó un **contrato de edición**.

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

Con carácter previo al examen del fondo del asunto, debemos rechazar el alegato del apelante con arreglo al cual la sentencia apelada habría incurrido en vicio de incongruencia al abstenerse de examinar su pretensión relativa a la existencia de plagio en la obra finalmente publicada, toda vez que, más allá del mayor o menor acierto que quepa atribuir a la reflexión efectuada en el Fundamento Jurídico 5º de dicha resolución, lo cierto es que en el Fundamento Jurídico 15º se aborda finalmente dicha cuestión, es decir, la cuestión fundada en "...la alteración o adenda de algunos capítulos..." que habría llevado a cabo el demandado. Y se aborda para concluir el juzgador -con toda lógica, por lo demás- que, al no haberse acreditado la coautoría del actor sobre la obra literaria en cuestión, esa clase de reproche carecería de fundamento o de soporte sobre el que apoyarse. Cuestión distinta, que es la que se identifica con el fondo del asunto, será que se comparta o no la premisa -ausencia de prueba sobre la coautoría- sobre la que dicha conclusión se cimenta.

SEGUNDO.- La sentencia apelada comienza examinando pormenorizadamente la prueba de carácter indiciario para negarle en su conjunto el valor presuntivo previsto en el Art. 386 de la L.E.C ., y pasa a analizar a continuación la prueba directa, en particular la testifical y la documental concretada en el contenido de una determinada misiva atribuida al demandado (Documento 22 de la demanda, complementado por el Documento 5 aportado por el actor en la audiencia previa).

Pues bien, por razones sistemáticas cuyo fundamento enseguida se verá explicitado, consideramos oportuno invertir orden o secuencia seguido en el tratamiento de dichas cuestiones y, por lo tanto, comenzar por el examen del resultado de la prueba directa, en particular por el análisis del valor probatorio atribuible a la referida misiva, ya que se trata de un documento fundamental que, de reputarse auténtico, acreditaría que el demandado Sr. Ángel Daniel reconoció extraprocesalmente la coautoría del Sr. Carlos Antonio sobre la obra "LAS SIETE ROSAS".

La sentencia apelada, partiendo del hecho de que el demandado había negado ser autor de dicho escrito, de suyo carente de firma, concluyó que no podía atribuirse al mismo valor probatorio alguno al no haberse acreditado su autenticidad ni su origen. Consideramos, pues, oportuno examinar con detenimiento dicha cuestión siguiendo paso a paso el análisis de la totalidad de los documentos que conforman la relación epistolar mantenida entre los litigantes con anterioridad al inicio del presente proceso:

1.- Goza de plena justificación el alegato del demandado con arreglo al cual, en respuesta a la misiva del actor de 27 de octubre de 2011 por la que le exigía el reconocimiento de la coautoría (Documento 20 de la demanda, folio 500), él le remitió un burofax con acuse de recibo fechado el 11 de noviembre de 2011 en el que de manera aséptica se limita a negar la certeza de las imputaciones que se le hacían. Y consta que dicho burofax fue impuesto en la oficina de correos precisamente en el mismo día de su fecha, es decir, el 11 de noviembre de 2011 con número de origen NUM000 (Documento 66 de la contestación, folio 947).



2.- En su contestación a la demanda el Sr. Ángel Daniel niega la autoría de la misiva ahora controvertida acompañada a la demanda como Documento 22 (folio 507) alegando que lo único que él remitió al actor fue el burofax al que nos acabamos de referir en el párrafo precedente. Ahora bien, hay que tener en cuenta que junto a la referida misiva, carente de firma, a la demanda se acompañaba también un sobre (folio 513, incluido dentro del Documento 23 de la demanda) dirigido a Don Carlos Antonio en el que figura como remitente Don Ángel Daniel, documento en cuyo anverso figura el sello de la oficina de Correos con la fecha 14 de noviembre de 2011 (tres días posterior a la fecha de imposición del burofax), apareciendo remitido por correo certificado con acuse de recibo y con número de origen NUM001.

3.- Resulta, pues, evidente que el envío postal al que nos acabamos de referir (carta certificada con acuse de recibo impuesta en la oficina de Correos el 14 de noviembre de 2011 con número de origen NUM001) no puede ser el mismo envío postal que aquel al que se refiere el demandado en su contestación a la demanda (burofax con acuse de recibo impuesto en la oficina de correos el 11 de noviembre de 2011 con número de origen NUM000).

4.- Pese a esa evidencia, que resulta de un examen superficial de ambos documentos, el demandado, que negó la autoría y autenticidad de la misiva acompañada en la demanda como Documento 22, nunca negó en cambio que él hubiera remitido al actor una carta certificada con acuse de recibo -cualquiera que fuere su contenido- el día 14 de noviembre de 2011, que es precisamente lo que en apariencia acreditaba el sobre postal incluido dentro del Documento 23 de la demanda. Y ello es así porque en su escrito de contestación no realizó la menor alusión a dicho sobre: ni para cuestionar su autenticidad ni para explicar cuál pudiera ser su posible contenido, contenido que, fuere cual fuere, nunca podría identificarse, por obvias razones, con el contenido del burofax que había sido remitido tres días antes y bajo diferentes parámetros postales (numeración de origen). Se trata, por lo tanto, de un silencio de naturaleza evasiva al que cabe atribuir el valor de admisión tácita, cuando menos, del hecho de haber efectuado el demandado un envío postal al actor de contenido incierto pero en todo caso diferente y adicional al burofax tantas veces mencionado. Todo ello de acuerdo con lo previsto en el Art. 405-2 de la L.E.C. a cuyo tenor "En la contestación a la demanda habrán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor. El tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales".

5.- Llegados al trámite de la audiencia previa, no fue distinta la actitud observada por el letrado del demandado en torno al controvertido sobre postal. Volvió a negar la autenticidad de la carta (Documento 22) pero guardó absoluto mutismo en torno al sobre (incluido dentro del Documento 23). En vista de los términos en que se había producido la contestación a la demanda en torno a la misiva, le fue admitida al actor -con buen criterio a juicio de este tribunal- la aportación en el acto de la audiencia previa de un documento complementario del sobre postal, documento consistente en una certificación emitida por la Oficina de Correos y Telégrafos en la que se informaba de que, en efecto, bajo el número de origen NUM001 (el mismo que figura en el sobre aportado dentro del Documento 23 de la demanda) había sido impuesta el 14 de noviembre de 2011 (la misma fecha que aparece en el anverso del mismo sobre) una carta certificada cuyo remitente era Don Ángel Daniel siendo Don Carlos Antonio su destinatario (Documento 5 de la audiencia previa, folio 1088). Pues bien, enfrentado el letrado del demandado al contenido de este documento e invitado por el juez a explicar lo que tuviera por oportuno al respecto, se limitó a reiterar que lo que su cliente había enviado era el burofax, pero, nuevamente, se abstuvo de brindar la menor explicación al hecho -que resultaba evidente, como se ha venido indicando- de que se trataba de un envío postal completamente diferente de dicho burofax.

Tampoco en el trámite de resumen oral de pruebas volvió a referirse la asistencia letrada del demandado a dicha cuestión.

Ha de indicarse, además, que ni en la contestación a la demanda ni en el acto de la audiencia previa se efectuó tampoco, en consonancia con esa generalizada actitud silente en torno al controvertido sobre postal, la menor alusión a la autoría de la letra manuscrita que aparece tanto en dicho documento (que el demandado tenía a su disposición desde el origen del litigio) como en impreso de correos adjunto a la referida certificación (folio 1084), no llegando a negarse su pertenencia al demandado hasta un momento procesal tan tardío y avanzado del proceso como lo fue la prueba de interrogatorio de este llevada a cabo en el curso de juicio oral: momento procesal en el que le resultaba ya imposible al actor proponer la prueba pericial caligráfica correspondiente.

6.- Es también de interés resaltar que el 22 de noviembre de 2011 la abogada del actor Doña CARMEN PERIS RIERA remitió un burofax al demandado (incluido en el Documento 23 de la demanda, folio 509) al que este no dio respuesta alguna y en el que hacía determinadas referencias a la misiva remitida al actor por parte del Sr. Ángel Daniel. Pues bien, no se trató de referencias inespecíficas que pudieran conducir al demandado al equívoco de que se trataba de una réplica a su burofax de 11 de noviembre de 2011 (es decir, al Documento 66 de la contestación, folio 947). Por el contrario, en dicha misiva la mencionada letrada expresa al demandado el rechazo de su cliente "...a todo el contenido de dicha carta, y expresamente, a la oferta del 15 % de participación



en los derechos sobre el libro "Las Siete Rosas"... (énfasis añadido). Pues bien, esa oferta del 15 % de participación no se contiene en absoluto en el burofax del demandado del 11 de noviembre y sí únicamente en el controvertido Documento 22 de la demanda, que es la misiva cuya autoría se rechaza por parte de éste. En definitiva, nos encontramos con que el Sr. Ángel Daniel recibe un burofax en el que se le atribuye haber ofrecido al actor el 15 % de participación y, lejos de responder a su remitente para desmentir ese hecho, se limita a guardar, como lo ha hecho con posterioridad en el presente litigio, total y absoluto silencio en torno a la cuestión. No se trata, desde luego, de un hecho concluyente por sí mismo pero sí de un hecho que viene a ilustrar la evasiva actitud mantenida a este respecto por el demandado.

TERCERO.- El precedente análisis de la conducta procesal observada por el demandado en torno a un documento fundamental como lo era el sobre postal obrante al folio 513 nos conduce a una primera conclusión, a saber, la de que, en respuesta al requerimiento del demandante, el demandado le efectuó no uno sino dos envíos postales:

-un burofax con acuse de recibo en el que de manera aséptica se limitaba a negar la certeza de las imputaciones que se le hacían y que, según refirió en el acto del juicio, fue remitido por consejo de su abogado; este burofax fue impuesto en la oficina de correos el 11 de noviembre de 2011 con número de origen NUM000 (Documento 66 de la contestación, folio 947), y

-una carta certificada con acuse de recibo impuesta en la oficina de correos el 14 de noviembre de 2011 con número de origen NUM001 .

Por lo tanto, la incógnita que quedaría por despejar sería la consistente en determinar cuál era el contenido de este segundo envío, esto es, de la carta certificada. Pues bien, a este respecto consideramos que, atendiendo a las reglas de distribución de la carga probatoria del Art. 217 L.E.C., el actor ha suministrado toda la prueba que le incumbía al haber logrado acreditar que el demandado no le efectuó -como sostenía- un solo envío postal sino dos envíos postales sucesivos con un intervalo de tres días entre uno y otro. Sin embargo, le resultaba por completo imposible, atendiendo a la propia naturaleza y formato propio de una carta certificada, acreditar que el contenido del sobre remitido era precisamente la misiva que acompaña como Documento 22. En dicho trance, si ese contenido hubiera sido otro distinto del que el demandante invoca, al demandado le hubiera bastado con suministrar una copia de la misiva que, con arreglo a su propia tesis, hubiera introducido en ese sobre postal que remitió con el carácter de carta certificada, o, cuando menos, caso de no conservar copia alguna (hecho este poco verosímil en vista de la animosidad que se había generado entre los otrora amigos y hoy litigantes), podría haber suministrado una versión alternativa del contenido remitido a través de dicho soporte. Por lo tanto, no habiendo hecho una cosa ni la otra, entendemos que debe prevalecer desde el punto de vista probatorio la versión suministrada por el actor que no es otra que la de que el contenido de la carta certificada es el tan reiterado Documento 22 de la demanda.

Pues bien, si atendemos al propio tenor de dicha misiva, observamos que a través de ella Don Ángel Daniel vino a reconocer a Don Carlos Antonio, bien que de modo airado y haciendo patente su molestia por la naturaleza y los términos del conflicto surgido, que este había contribuido a la obra literaria objeto de litigio en un 15 %, siendo esa misma la proporción en la que le proponía participar de los ingresos de su explotación (se dice en la misiva, entre otras cosas, "Dado que -moralmente- yo considero que tu aportación vale un 15 por ciento, estoy dispuesto a reconocer, en el hipotético caso de que la obra diera algún tipo de beneficio, un reparto para ti de ese 15 por ciento..."). Lógicamente, ninguna relevancia cabe atribuir al hecho de que en otra parte del texto de la misiva el demandado infravalore la calidad literaria de la aportación del actor (le dice que cualitativamente vale un 0%) pues se trata de una mera opinión personal carente de trascendencia e incapaz de empañar el hecho constatado de que, pese a todo, le reconoce una participación del 15 %.

Desde luego, una participación del 15 % representa un porcentaje muy superior al que sería predicable de simples apoyos puntuales o meramente accesorios como aquellos respecto de los cuales el demandado proclamó públicamente su agradecimiento al actor, porcentaje que, por su entidad, autoriza desde luego a hablar de coautoría. Asiste, por lo tanto, la razón al actor cuando invoca que la obra literaria "LAS SIETE ROSAS" constituye una obra en colaboración de las previstas en el Art. 7 de la Ley de Propiedad Intelectual a cuyo tenor "Los derechos sobre una obra que sea resultado unitario de la colaboración de varios autores corresponden a todos ellos".

Ahora bien, acreditado que el demandado reconoció extraprocesalmente la coautoría del actor, tampoco podemos considerar definitivo o determinante el hecho de que él haya decidido unilateralmente asignar a la participación del demandante en la obra tan solo un porcentaje del 15 % cuando, por obvias razones, es claro que nunca llegó a un acuerdo con él en torno a este extremo. Debe tenerse en cuenta a este respecto que, a tenor del apartado 4 del mismo precepto legal, "Los derechos de propiedad intelectual sobre una obra en colaboración corresponden a todos los autores en la proporción que ellos determinen. En lo no previsto en esta



Ley, se aplicarán a estas obras las reglas establecidas en el Código Civil para la comunidad de bienes" (énfasis añadido). No existiendo, pues, acuerdo entre los interesados por el que ellos mismos hubieran determinado su respectiva participación en la creación de la obra, resulta de aplicación al caso, por directa remisión del referido precepto legal, el Art. 393 del Código Civil a cuyo tenor "El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas. Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad" (énfasis añadido).

En consecuencia, asiste también la razón al actor en torno a este punto, debiendo ser considerado como coautor de la obra en colaboración, siendo la cuota de cada copartícipe del 50 %.

Expuestas las conclusiones que anteceden en tanto que directamente derivadas del análisis del Documento 22 y concordantes de la demanda, debemos también señalar que, aunque insuficiente como medio probatorio autónomo, sí contribuye a apuntalar dichas conclusiones el resultado de la prueba testifical. Los testigos propuestos por el actor, Cecilia , Conrado y Eulalia , todos ellos pertenecientes al círculo de amistades de los hoy litigantes en su adolescencia, fueron coincidentes al indicar que con frecuencia les veían trabajar juntos mediante un ordenador en la confección de la obra hoy litigiosa y que ambos les hacían asiduamente comentarios en relación con la marcha de la misma. Es cierto, como señala la sentencia apelada, que se trata de personas ligadas por vínculos de amistad, pero la amistad existía no solo con el demandante sino también con el demandado, de manera que su decisión de acudir al proceso para apoyar la versión del demandante se habría llevado a cabo con un coste personal, es decir, con asunción responsable del sacrificio que supone la siempre dolorosa pérdida de una amistad. Es significativo a este respecto lo indicado por dos de ellos al responder a las preguntas generales de la ley: Conrado indicó en relación con el del actor "soy su amigo" y respecto del demandado "he sido su amigo"; por su parte, Eulalia señaló: " Carlos Antonio es amigo mío" y "con Ángel Daniel tuve una relación cordial por algún tiempo".

Por lo demás, es de hacer notar que su testimonio no puede considerarse contradictorio con el de los testigos propuestos por el demandado Benjamín y Melisa , ya que lo que estos aseguraron (que nunca vieron a los litigantes trabajar juntos en la confección de la obra) no es incompatible ontológicamente con el hecho que aseguraron haber presenciado los testigos del actor (que sí les vieron trabajar juntos en la confección de la obra). Y la razón de ello no puede ser más clara: la ausencia de percepción por parte de un testigo de un tipo de hecho que puede producirse en cualquier momento no es prueba de la inexistencia de ese hecho a no ser que su contacto con la fuente capaz de producirlo haya sido -lo que no sucede en el caso- incesante e ininterrumpido durante todo el periodo de tiempo contemplado.

CUARTO.- Establecido cuanto antecede, no consideramos atendible, por el contrario, la pretensión del apelante de que se declare que el demandado incurrió en plagio. Como acertadamente ha expuesto en diversos lugares el Sr. Carlos Antonio , lo que se conoce con el nombre de plagio no constituye un tipo de infracción legalmente previsto sino que se asigna dicha denominación a un precipitado de infracciones de derechos reconocidos por la Ley de Propiedad Intelectual, singularmente el derecho al reconocimiento de la paternidad de la obra, el derecho a la intangibilidad de la misma y el derecho de reproducción. Actos de infracción que, como también ha puesto de relieve el apelante, se llevan a cabo sobre la obra ajena. Por lo tanto, casaría mal con dicho concepto la eventual realización por parte del demandado de modificaciones en el texto definitivamente consensuado con el demandante en tanto que coautor al hallarse ausente de dicha conducta la referida nota característica del plagio, a saber, la de la ajeneidad de la obra.

Gozaría, por ello, de mayor precisión técnica la solicitud de un pronunciamiento por el que, además de la infracción del derecho de paternidad, se declarase, siempre que hubiere lugar a ello, que, al alterar el texto definitivo consensuado con el actor, el demandado incurrió en infracción del principio de intangibilidad especialmente previsto por el Art. 7-2 de la Ley de Propiedad Intelectual para las obras en colaboración en la medida en que requiere, para modificar la obra, el consentimiento de todos los coautores.

Ahora bien, siendo ese y no otro el fundamento del reproche que se vierte en la demanda, el problema que se nos plantea no es un problema meramente terminológico (si a la referida conducta la denominamos plagio o de otra manera jurídicamente más precisa). Y es que, en efecto, para que dicho reproche goce de solidez sería absolutamente imprescindible poder comparar el texto de la obra "LAS SIETE ROSAS" consensuado por los dos autores como texto definitivo con el texto finalmente publicado. Sin embargo, de esos dos términos imprescindibles para la comparación únicamente contamos con el segundo (el texto publicado) pero no con el primero: por más que el actor albergue en su ordenador o tenga en su poder una determinada versión de la obra y, con independencia de que esa posesión sea o no útil para acreditar su coautoría (cuestión a la que ya hemos llegado por otras vías), lo que resulta absolutamente meridiano es que no contamos en el presente litigio con elemento probatorio alguno capaz de acreditar que en algún momento se llegara a producir entre demandante y demandado un acuerdo por el que ambos hubieran consentido en dotar precisamente a ese material en poder del actor del carácter de "texto definitivo" atribuible a la autoría de ambos.



Es por tanto la imposibilidad -imposibilidad lógica, se entiende- de acometer esa labor de comparación la que nos impide alcanzar la conclusión de que, al decidir la publicación del texto que efectivamente se publicó, el demandado hubiera introducido modificaciones o alteraciones en el texto que ambos confeccionaron de consuno. Alteraciones o modificaciones que, por lo demás, es el propio Sr. Carlos Antonio quien reconoce que, en todo caso, fueron mínimas.

QUINTO.- Resultando, en consecuencia, procedente efectuar los pronunciamientos declarativos -salvo los relativos al plagio- que se solicitan en la demanda en relación con el Sr. Ángel Daniel , no consideramos, en cambio, reprochable la conducta observada por la editorial NEVERLAND EDICIONES S.L. ni, consiguientemente, entendemos justificada la realización en su contra de tales pronunciamientos. En efecto, dicha entidad se limitó a publicar la obra litigiosa por virtud de un **contrato de edición** celebrado por quien se presentaba ante ella como autor exclusivo, cualidad esta última que gozaba de presunción favorable en aplicación del Art. 145-3 de la Ley de Propiedad Intelectual , toda vez aquel figuraba inscrito con tal carácter en el Registro de la Propiedad Intelectual. No resultaría, en tales circunstancias, exigible de la editorial una conducta de automático acatamiento del requerimiento cesatorio que le fue dirigido por un señor que, sin la menor acreditación, se limitaba a afirmar que él era coautor de la obra cuando ha sido necesario el desarrollo de un intrincado proceso judicial y de una intensa y compleja actividad probatoria para que finalmente haya quedado desvelada la aludida condición. Todo ello sin perjuicio de que deban recaer también sobre dicha entidad los pronunciamientos cesatorios y de remoción (estos últimos a costa del codemandado) de acuerdo con el Art. 138 de la Ley de Propiedad Intelectual a cuyo tenor "Tanto las medidas de cesación específicas contempladas en el artículo 139.1.h) como las medidas cautelares previstas en el artículo 141.6 podrán también solicitarse, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley , aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción...".

SEXTO.- En el aspecto indemnizatorio, tres son los conceptos solicitados en la demanda:

#### 1.- Daño patrimonial.-

En la demanda, el actor optó por el criterio indemnizatorio previsto en el Art. 140-2 a) de la Ley de Propiedad Intelectual consistente en los beneficios obtenidos por el infractor. Teniendo en cuenta que, por las razones anteriormente expuestas, no podemos considerar como infractor a la entidad NEVERLAND EDICIONES S.L., los beneficios a tomar en consideración habrán de ser los obtenidos de la explotación de la obra por parte del Sr. Ángel Daniel y, por tal motivo, no cabe computar la venta de los 100 primeros ejemplares cuyo precio él mismo satisfizo al constituir un requisito contractualmente impuesto para que la distribución de la obra tuviera continuidad. Por lo tanto, ascendiendo tan solo a 8 el número de ejemplares vendidos al público al precio de 23,08 € (folio 1.410), los ingresos totales derivados de la explotación comercial de la obra ascendieron a 184,64 €, de los que el Sr. Ángel Daniel obtuvo el 10% contractualmente pactado, esto es, la suma de 18,46 €. El 50 % de dicha suma es 9,23 € en la que habrá de concretarse, por tanto, la indemnización.

Reclama también el apelante diversos conceptos al amparo del Art. 140-1 a cuyo tenor "La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial...". Sin embargo, si bien consideramos justificada la inclusión en dicho capítulo los gastos de adquisición de la propia obra litigiosa, de requerimientos en reclamación de información y los de obtención de certificación del Registro de la Propiedad Intelectual, lo que totaliza la cantidad de 98,35 €, no juzgamos, en cambio, pertinente incluir los 190,37 € que costó el levantamiento del acta notarial acompañada a la demanda ya que ninguna finalidad de investigación cabe atribuir a una iniciativa del actor que, de suyo, no procuraba otra cosa que la fehaciencia del hecho y de la fecha de haber acudido el actor al fedatario público estando en posesión de determinado material informático, sin que dicho acta notarial añadiese al referido material mayor grado de autenticidad del que ya poseyera por sí mismo.

#### 2.- Daños morales.-

Por este concepto se solicita en la demanda una indemnización de 20.000 €. Es, desde luego, presumible el padecimiento por parte del actor de daño moral, daño que no es, por definición, susceptible de prueba directa sino únicamente de un tipo de prueba presuntiva donde, a partir de la realidad observada, el tribunal pueda inferir razonablemente, ya por empatía o por generalización de experiencias comunes, que en el caso examinado resulta altamente verosímil que a consecuencia de la conducta examinada el agraviado pueda haber padecido una aflicción que no esté obligado a soportar o tolerar. A eso y no a otra cosa es a lo que se refiere la S.T.S. de 12 de junio de 2007 cuando razona que la presencia del daño moral no precisa de más prueba "...cuando la apariencia crea el convencimiento de su existencia ..". Aun cuando la indemnización por este concepto no pueda tener objeto la compensación de una conducta de plagio que, por lo ya razonado, no



ha resultado acreditada, sí nos parece verosímil que la vulneración del derecho de paternidad del actor, quien veía como se publicaba como de la exclusiva autoría del Sr. Ángel Daniel una obra que había sido fruto del trabajo conjunto desarrollado por ambos a lo largo de varios años, provocara en el Sr. Carlos Antonio un grado comprensible de frustración y de amargura. Ahora bien, tomando en consideración, además de la inexistencia de plagio (unos de los elementos valorados por el actor para cuantificar su pretensión por este concepto), la circunstancia de que la proyección pública del agravio hubo de ser prácticamente simbólica (8 libros vendidos) y quedar circunscrita al ámbito familiar y al círculo de amistades del actor, entendemos, aun reconociendo la volubilidad característica de esta clase de cálculos, que la reparación del quebranto de la aludida naturaleza padecido por el actor puede lograrse mediante la muchos más discreta cantidad de 5.000 €.

3.- Publicación de la sentencia en los diarios "El Mundo" y "El País".-

Tal y como venimos razonando, la escasísima trascendencia pública de la infracción cometida hace que también consideremos injustificada esta pretensión ya que la publicación de la sentencia en los dos diarios de mayor tirada de la nación no perseguiría, en tales circunstancias, una finalidad propiamente reparadora del agravio sino más bien una finalidad punitiva concretada en los gravosos costes que dicha condena habría de representar, finalidad ajena a la previsión legal contenida en el Art. 138, párrafo 1º, de la Ley de Propiedad Intelectual. Consideramos, por tal motivo, suficiente con la inclusión de la parte dispositiva por espacio de 30 días en la página web de la codemandada NEDERLAND EDICIONES S.L., lo que se llevará a efecto, cual establece el mencionado precepto, a costa del Sr. Ángel Daniel si dicha publicación generase para la mencionada entidad alguna clase de gasto.

SÉPTIMO.- 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., y lo propio sucede en relación con las originadas en la instancia precedente de acuerdo con lo previsto en el Art. 394-1 de la misma ley al conducir dicha estimación parcial del recurso a la estimación, también parcial, de la demanda.

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

## FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Carlos Antonio contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.

Revocamos dicha resolución y en su lugar, estimando -como estimamos- parcialmente la demanda interpuesta por Don Carlos Antonio contra Don Ángel Daniel y NEVERLAND EDICIONES S.L.,

-Declaramos:

1.- Que el demandante Don Carlos Antonio es coautor de la obra literaria "LAS SIETE ROSAS" con el demandado Don Ángel Daniel y, en dicha condición, es titular de los derechos morales y de explotación correspondientes.

2.- Que el demandado Don Ángel Daniel infringió tales derechos al atribuirse en exclusiva la titularidad de la obra, inscribiéndola de ese modo en el Registro de la Propiedad Intelectual y divulgándola con dicho carácter tras la formalización de un **contrato de edición** con NEVERLAND EDICIONES S.L. para la reproducción y distribución de la misma.

-Condenamos a Don Ángel Daniel a indemnizar al actor Don Carlos Antonio en la cantidad de CINCO MIL CIENTO SIETE EUROS CON CINCUENTA Y OCHO CÉNTIMOS.

-Condenamos a Don Ángel Daniel y a NEVERLAND EDICIONES a cesar -con prohibición de reanudarla- en la realización de actos de reproducción y distribución de la obra "LAS SIETE ROSAS" o de comunicación de autoría exclusiva del referido codemandado, así como a retirar del comercio y destruir, a costa del Sr. Ángel Daniel, los ejemplares del libro "LAS SIETE ROSAS" y los anuncios o documentos que hagan referencia al mismo. Igualmente, deberá publicarse en la página web de NEVERLAND EDICIONES S.L. la parte dispositiva de la presente resolución por espacio de TREINTA DÍAS, asumiendo Don Ángel Daniel los gastos que, en su caso, ocasione dicha publicación.

Firme esta resolución, líbrese mandamiento al Registro de la Propiedad Intelectual para la cancelación de la inscripción causada en favor de Don Ángel Daniel de la obra literaria "LAS SIETE ROSAS".





No efectuamos especial pronunciamiento en relación con 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ