



Roj: **SAP PO 483/2018 - ECLI:ES:APPO:2018:483**

Id Cendoj: **36038370012018100067**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **10/05/2018**

Nº de Recurso: **300/2017**

Nº de Resolución: **57/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Pontevedra, núm. 2, 08-02-2017,
SAP PO 483/2018**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00057/2018

N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

PG

N.I.G. 28079 47 1 2014 0001152

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000300 /2017

Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 2 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000105 /2016

Recurrente: Sacramento , Bruno , Yolanda , Agustina

Procurador: RICARDO CANEDO IGLESIAS, RICARDO CANEDO IGLESIAS , RICARDO CANEDO IGLESIAS ,
RICARDO CANEDO IGLESIAS

Abogado: MARIA CRISTINA VIVERO BLAS, MARIA CRISTINA VIVERO BLAS , MARIA CRISTINA VIVERO BLAS ,
MARIA CRISTINA VIVERO BLAS

Recurrido: ESCUELA DE GESTION SANITARIA

Procurador: CARLOS VILA CRESPO

Abogado: CARLOS JORGE LUIS PALADINO PADIA

SENTENCIA Nº 57/18

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

D. FRANCISO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**



En PONTEVEDRA, a diez de mayo de dos mil dieciocho.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000105 /2016, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 2 de PONTEVEDRA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000300 /2017, en los que aparece como parte **APELANTE-DEMANDANTE**, Sacramento, Bruno, Yolanda, Agustina, representado por el Procurador de los tribunales, D. RICARDO CANEDO IGLESIAS, Y asistidos por el Abogado D^a. MARIA CRISTINA VIVERO BLAS, y como parte **APELADA-DEMANDADA**, ESCUELA DE GESTION SANITARIA, representado por el Procurador de los tribunales, D. CARLOS VILA CRESPO, asistido por el Abogado D. CARLOS JORGE LUIS PALADINO PADIA, sobre Procedimiento Ordinario, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Lo Mercantil núm.2 de Pontevedra, con fecha 8.0.17, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que estimo parcialmente la demanda formulada por el procurador de los tribunales don Ricardo Canedo Iglesias, en nombre y representación de doña Sacramento, don Bruno, doña Yolanda y doña Agustina, contra la mercantil Escuela de Gestión Sanitaria SL, y declaro que Doña Sacramento, Agustina, son autores bien individualmente o conjuntamente entre ellos de las siguientes obras:

- 1- "La labor del técnico en cuidados auxiliares de enfermería en la zona intraquirúrgica. Puesta al día".
- 2- "Actividades del técnico en cuidados auxiliares de enfermería en las técnicas diagnóstico terapéuticas en los servicios de intrahospitalarias, actualizaciones".
- 3- "Afrontamiento eficaz de la menopausia objetivo de la enfermería comunitaria".
- 4- "Actualización de conocimientos en técnicas y control hemodinámico para enfermería".
- 5- "Avances en comunicación terapéutica en los cuidados de enfermería".
- 6- "Nuevos enfoques terapéuticos en enfermería de los trastornos alimentarios".
- 7- "El modelo de cuadro de mando integral como herramienta actual para la gestión de la calidad sanitaria".
- 8- "Avances en farmacoterapia para enfermería clínica en el adulto".
- 9- "Guía terapéutica de enfermería en pacientes con ventilación mecánica".
- 10- "Nuevos enfoques del cuidado de las necesidades de personas dependientes por los técnicos en cuidados auxiliares de enfermería en un entorno domiciliario".
- 11- Actualización de conocimientos en los procesos de nutrición asistida".
- 12- "Riesgo de infección Noc absoluto paciente sin infecciones durante su estancia".
- 13- "Gestión de la calidad ciclo de aseguramiento continua. Aplicación en las unidades clínicas de enfermería".
- 14- "Puesta al día en alimentación y nutrición Innovaciones técnicas dispositivos y productos para la actuación de los técnicos auxiliares en cuidados de enfermería".
- 15- "Lenguaje saludable".
- 16- "Administración de medicamentos, un área de cuidados, nuevos retos para el técnico en cuidado auxiliares de enfermería".
- 17- "El problema de la infección nosocomial para el TCAE intervenir de forma segura la mejor prevención".

Condenando a la demandada Escuela de Gestión sanitaria SL, a estar y pasar por tal declaración. Absolviendo a la demandada del resto de las peticiones de la demanda. En materia de Costas procesales cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día 1.02.18 para la de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones legales, con excepción de las relativas a los plazos y términos procesales para el dictado y notificación de la presente resolución, debido a la huelga iniciada el 7 de febrero de 2018 por el personal de la Administración de Justicia.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La demanda inicial acumulaba diversas pretensiones, subjetivas y objetivas, en torno al hecho nuclear del encargo por parte de la demandada a los demandantes, Escuela de Gestión Sanitaria, S.L. (EGS, en lo sucesivo) a los demandantes, de diversas prestaciones ligadas con la creación intelectual. En esencia se trataba de la confección de un número determinado de manuales de enfermería para ser utilizados en los cursos ofertados por EGS, así como de la prestación de ciertas actividades complementarias de tutoría o dirección. La exacta determinación del encargo permanece como objeto de discusión en esta alzada.
2. En la tesis demandante, ECS encargó D^a Sacramento una actividad general de coordinación para la elaboración de material didáctico y el diseño de diversos cursos, ofrecidos en las modalidades on-line y a distancia; para ello, la Sra. Sacramento, -persona con amplia experiencia y reconocida reputación en el sector de la docencia en materia sanitaria-, contactó con los otros tres demandantes, a los que encargó la confección de diversos manuales destinados a servir de soporte a los cursos ofrecidos por ECS, y la asunción de funciones de tutoría de los alumnos que se matricularan en aquéllos. En ejecución del encargo, los cuatro actores elaboraron, -con diversa participación, unos individualmente, otros en coautoría-, un relevante número de manuales (se enumeran 25) y de material docente, y asumieron la tutoría de los cursos asignados.
3. Relataba la demanda que en concepto de retribución por sus servicios de coordinación, la Sra. Sacramento percibía una cantidad mensual de 1.200 euros, y que, independientemente de dicha función, los cuatro demandantes, (incluida la Sra. Sacramento), concertaron con ECS, mediante la firma de los respectivos contratos de edición, la cesión de las obras a cambio de una remuneración calculada en la forma que dichos contratos preveían (consistente, en esencia, en un 50% de los beneficios obtenidos por la venta de los manuales, y una cantidad fija por tutorías, que no se concretó definitivamente).
4. En ejecución de lo pactado, por tanto, la Sra. Sacramento vino percibiendo su remuneración por la coordinación durante los años 2010 y 2011 (posteriormente la cantidad mensual se duplicó, al asumir la Sra. Sacramento las funciones de otro de los coordinadores que dejó su cargo); sin embargo, ni la Sra. Sacramento, ni los otros demandantes percibieron las cantidades convenidas por la elaboración de los manuales, ni por el seguimiento de las tutorías correspondientes a los cursos asignados, actividad que se mantuvo durante el año 2012; finalmente, tras diversas reclamaciones, los codemandantes D. Bruno, D^a Yolanda, y D^a Agustina, percibieron, respectivamente, las sumas de 1.764,71 euros los dos primeros, y 1.500 euros la Sra. Agustina.
5. La demanda, por tanto, imputaba a ECS diversos incumplimientos de las obligaciones asumidas en los contratos de edición: a) el mencionado impago de las retribuciones de los autores; b) el incumplimiento de las obligaciones de información de datos que debían servir de base para el cálculo de aquéllas; c) la omisión de la obligación de registrar las obras en el Registro de la propiedad, depositarlas legalmente y darlas de alta en el ISBN; d) y la falta de entrega de los ejemplares gratuitos pactados con los autores. A estos incumplimientos siguieron otros derivados de la sustitución unilateral de los tutores, mientras que la demandada continuaba explotando los cursos correspondientes y utilizando con ello el material docente elaborado por los autores.
6. Finalmente, la demanda cuantificaba el alcance de las obligaciones incumplidas. Para ello acompañó la demanda con un dictamen pericial elaborado por un letrado especializado en la materia, -el Sr. Herminio-, que cuantificaba los importes adeudados por los materiales docentes y por la prestación de la actividad de tutoría, por un total de 96.605,87 euros (una vez descontadas las cantidades ya abonadas por la demandada). A dicha suma se añadía la reclamación de 1.000 euros para cada uno de los demandantes en concepto de perjuicios sufridos por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por la demandada. Finalizaba la demanda con un detallado relato de las comunicaciones entre las partes.
7. La súplica de la demanda concretaba las pretensiones ejercitadas: a) una acción declarativa de la condición de autores de las obras en cuestión; b) la condena a realizar el depósito legal y la correspondiente inscripción en el ISBN, entregar certificados de imprenta, 10 ejemplares gratuitos, la imposición de la prohibición de volver a publicar dichas obras, retirarlas del comercio y destruir los ejemplares que mantenga en almacén; y c) la condena al pago de las cantidades anteriormente mencionadas.
8. La representación de la empresa EGS se opuso a la demanda. La tesis esencial de la contestación partía de la negación del hecho de la existencia de los contratos de edición; en su lugar, la demandada afirmaba que los cuatro demandantes habían mantenido una relación de dependencia laboral por la que habían percibido un salario, sin que se adeudara cantidad alguna. Se rechazaba el hecho de que la Sra. Sacramento hubiera desempeñado actividades de coordinación y se insistía en que las cantidades ya abonadas cubrían en exceso lo convenido por las partes. La contestación a la demanda acompañaba su propio informe pericial, elaborado por el economista Sr. Lucio, en el que se cuantificaban las cantidades supuestamente adeudadas por unas cifras muy inferiores a las pretendidas de contrario, ofreciéndose un sistema alternativo de valoración de los trabajos que conducía a la misma afirmación de la ausencia de deuda alguna.



9. Además de la abundante documentación aportada por las partes, en el acto de la vista se oyó a diversos testigos, y se sometió al trámite de aclaraciones las dos opiniones periciales.

La sentencia de primera instancia.

10. Tras hacer resumen de las posiciones de las partes, la juez de lo mercantil dedica el fundamento jurídico segundo de la sentencia a analizar la naturaleza de la relación jurídica existente entre demandantes y demandada. La juez rechaza la tesis demandada de que se tratara de una relación laboral, al faltar la nota de la dependencia entre el supuesto empleador y los demandantes como trabajadores.

11. Seguidamente la sentencia analiza los contratos aportados por los demandantes, y concluye afirmando que dichos documentos no fueron firmados, por lo que no existe prueba de que lo pactado por las partes fuera lo expresado en los documentos. Esta constatación lleva a la sentencia a rechazar todos los pedimentos de la súplica de la demanda relacionados con un supuesto incumplimiento contractual, pues en la tesis de la juez de instancia, no se celebraron los contratos de edición.

12. La sentencia analiza a continuación la pretensión declarativa sobre la autoría de las obras. Tras transcribir el marco jurídico aplicable, la sentencia analiza el material probatorio y constata que algunos manuales eran de autoría de terceros. Y como quiera que la demandada aceptó la autoría de los 25 manuales relacionados en la demanda, la sentencia estima la pretensión. Por último, la sentencia analiza la pretensión de condena relativa a la retribución de las tutorías y concluye que la demandada abonó íntegramente la retribución correspondiente.

El recurso de apelación formulado por los demandantes.

13. No resulta fácil sistematizar los motivos del recurso, al exponerse sin la debida separación los argumentos de forma y de fondo que sustentan la petición apelante. En primer término, el recurso imputa a la sentencia haber errado en el proceso de valoración de la prueba, al no haber analizado la totalidad del material probatorio. El recurso insiste, -sobre la base de las declaraciones de los testigos y de las comunicaciones habidas entre las partes-, en que las cantidades percibidas por D^a Sacramento lo fueron exclusivamente por su función de coordinadora (se reconocen percibidos 20.500 euros), sin que percibiera cantidad alguna como autora o tutora de los cursos. La parte apelante igualmente reitera la tesis de que la relación entre las partes se documentó en los contratos de edición, y que, contrariamente a lo convenido, nunca se abonaron las cantidades pactadas, sino cifras muy inferiores que no cubrían ni la autoría de las obras ni tampoco los trabajos de tutoría ejecutados por los demandantes. El recurso sostiene que los manuales se utilizaron no solamente en cursos organizados por la demandada, sino también por otras entidades con las que ésta tenía acuerdos en tal sentido.

14. Supuesta la existencia de los contratos de edición, el recurso admite como hipótesis la ausencia de su formalización por escrito, e ilustra sobre las consecuencias de la falta de tal forma en la legislación de propiedad intelectual (el extenso fundamento jurídico del recurso de apelación reproduce, sin citarla, la argumentación del trabajo " *Invalidez e ineficacia en el contrato de edición* " de Mantecón Lacruz).

15. Partiendo de tal dato de hecho, -la existencia de contratos de edición entre las partes-, se reiteran las pretensiones de la demanda; sin embargo el recurso ofrece una argumentación alternativa para el caso de que se admitiera, -como se imputa a la sentencia-, que la demandada llevó a cabo la explotación de las obras sin autorización de los autores.

16. Finalmente, el recurso reitera la cuantificación de los perjuicios, sobre la base del dictamen aportado por la demanda y las aclaraciones del perito en el acto de la vista, y rechaza la tesis de la sentencia, -nuevamente con defectuosa sistemática-, respecto de la afirmación de que los demandantes percibieron cantidades en concepto de trabajos de tutoría.

Valoración de la Sala

17. La resolución del recurso exige, en primer término, la determinación de los hechos, a través de la valoración de los medios probatorios y su fijación procesal mediante la aplicación de las normas sobre distribución de la carga de la prueba. Esta tarea la asumirá la Sala con plena jurisdicción, después de haber analizado directamente todas las pruebas aportadas al proceso.

18. El pronunciamiento relativo a la autoría de los manuales por parte de los cuatro demandantes ha quedado consentido. Del mismo modo, la calificación de la naturaleza de su relación con la entidad demandada, -analizada en el fundamento jurídico segundo de la sentencia de primera instancia-, no ha sido discutida por la parte apelada, de manera que partimos también de tal pronunciamiento que, además, resulta plenamente compartido por la Sala, pues ningún dato permite calificar la relación entre las partes como de dependencia laboral. Por ello, la tesis fundamental del escrito de contestación ha quedado rechazada.



19. Partiendo de la autoría de los manuales por los demandantes, también consideramos probada su explotación por parte de EGS mediante su uso como soporte documental a la docencia en los cursos ofertados por la demandada. No se ha acreditado con precisión, -es esta una característica del presente litigio: la falta de precisión en los hechos y en sus consecuencias jurídicas-, los concretos cursos ofertados por ECS en los que se utilizaba cada manual. Sin embargo, tanto las declaraciones testificales, como diversos documentos aportados a los autos, convencen de la existencia de un encargo por parte de ECS para su confección; lo que, por otra parte, también resultaba asumido en la contestación a la demanda, si bien dentro del marco de una relación laboral que se ha demostrado inexistente.

20. Si así son las cosas, resulta contrario a su naturaleza que se encargue por parte de ECS la confección de los manuales y se comercialicen los cursos con dichos manuales como soporte docente, y no se retribuya a los autores por ello. Insistimos en que así ha sido reconocido por la demandada, cuando sostiene que retribuyó a los autores por la creación de las obras. Por tanto, admitir esta circunstancia supone entender que los cuatro autores han recibido sus remuneraciones por la creación de las obras; pero también consideramos probado que se realizaron trabajos de tutoría o seguimiento de los cursos, como parece desprenderse del propio escrito de contestación.

21. Igualmente, consideramos probada la realización de trabajos de coordinación por parte de D^a Sacramento . Esta afirmación la fundamentamos en las siguientes apreciaciones: de un lado, la asunción del hecho de la remuneración (la demandada reconoce haber abonado la suma de 39.600 euros) implica también asumir que se retribuyó una actividad diferente a la mera confección de los materiales docentes o del seguimiento de las tutorías, pues de otro modo no se justificaría la desproporción entre los ingresos abonados a cada uno de los demandantes, según los hechos reconocidos por la demandada; de otro, la valoración de la prueba testifical nos permite conformar un relato de hechos semejante al que propone la tesis recurrente.

22. En la vista de juicio fueron oídos seis testigos. Los testigos propuestos por la parte demandada fueron tachados; este acto procesal lo consideramos innecesario, al reconocer los testigos la cualidad de trabajadores dependientes de la demandada. Todos ellos tenían encomendadas tareas accesorias, de administración o de confección de materiales de encuadernación, por lo que sus testimonios resultaron prescindibles para conocer los detalles de la contratación (en particular, las concretas actividades encomendadas y las remuneraciones pactadas con la empresa). Por el contrario, la declaración de los testigos propuestos por los demandantes resultó contundente y ofrece un relato coherente y, -en el caso de los testigos D. Jose Pedro y D. Juan Luis -, de primera mano sobre el alcance de las obligaciones de las partes.

23. En efecto, D. Jose Pedro , -en un testimonio confirmado por D. Juan Luis -, sostuvo con claridad y convicción que EGS contactó con él, como prestigioso profesional del sector, para reorganizar la oferta de cursos ante el bajo retorno que venía percibiendo la empresa. Entre otras razones se apuntaba la insuficiente acreditación de los cursos y la obsolescencia de los materiales docentes, lo que redundaba en su deficiente comercialización. El testigo, siguiendo las instrucciones recibidas, constituyó un equipo de coordinación formado por él mismo, D. Juan Luis y D^a Sacramento , cuyas cualidades profesionales, -relacionadas en la demanda-, quedan fuera de la discusión. El testigo relató pormenorizadamente la tarea ejecutada y la división de los trabajos de los tres coordinadores (encargados de la planificación de la estructura de los cursos en orden a mejorar su acreditación, así como la realización de las gestiones necesarias para que ésta se incrementara), así como la retribución convenida, consistente en un fijo mensual, que, -como también reconoce la demandada-, en el caso de D^a Sacramento esta remuneración se duplicó como consecuencia del cese de D. Juan Luis en su cometido. El testigo afirmó que D^a Sacramento , además de asumir la coordinación, fue quien buscó un equipo de autores para elaborar los temarios (el testigo D. Eliseo así lo confirmó también), lo que culminó en la confección de los 25 manuales que la sentencia ha reconocido como de autoría de los demandantes. Por tanto, consideramos acreditado que D^a Sacramento realizó tareas de coordinación y que fue remunerada en tal concepto.

24. Declarada, en pronunciamiento firme, la realidad de la autoría de los manuales por los demandantes, el siguiente paso consistirá en determinar qué retribución se pactó y si ésta fue efectivamente abonada. Descartamos, por contraria a la lógica de las cosas, que la tarea hubiera sido asumida gratuitamente, como por lo demás la demandada asume. Probado que D^a Sacramento recibió su retribución como coordinadora, es evidente que su pretensión debe ser estimada, pues no consta que cobrara cantidad alguna en el concepto de retribución por la confección de los manuales. Y respecto de los otros tres demandantes, habrá que determinar si las sumas que EGS reconoce abonadas extinguieron su derecho a cobrar una remuneración.

25. Si el trabajo de los autores, -la confección material de la obra científica o técnica-, fue explotado por la demandada, es obvio que tiene que existir una relación jurídica subyacente que habilite para tal actividad (la cesión de los derechos de explotación) a cambio de un precio. De lo contrario, -como propone el recurso-, se estaría ante una actividad ilícita de usurpación que ha quedado descartada a lo largo del litigio, según se



sigue de las alegaciones de las partes. Y en defecto de la existencia de otros hechos que permitan calificar la transmisión de los derechos de explotación de otra forma, deberá convenirse que si los autores cedieron mediante compensación económica el derecho a reproducir y distribuir sus obras, se está en presencia de varios contratos de edición, al menos tantos como partes litigan como demandantes en el presente procedimiento. También las declaraciones testificales permiten corroborar tal situación de hecho.

26. Sin embargo, no puede afirmarse como probado que los contratos se celebraran por escrito. Como advierte la sentencia, la falta de firma, -como signo que supone la asunción de su autoría y la vinculación a su contenido-, así como de otros datos necesarios en las copias que presentaron los demandantes, situaba a los actores ante la exigencia de suplir esta insuficiencia probatoria. La declaración de los testigos no llena esta laguna, pues tan solo se ha contado con el testimonio de un testigo, -D. Jose Pedro -, que además se refirió al modo normal de actuar con todos los profesores o autores de manuales, sin referencia específica a los contratos presuntamente suscritos por los cuatro demandantes. Los contratos no cuentan con ningún signo o sello que permitiera construir un razonamiento presuntivo, completado con otros medios de prueba (por ejemplo, las comunicaciones entre las partes o la evidencia de que los contratos estuvieron en ejecución).

27. Ello así, -no probada la existencia material de los documentos contractuales-, se llega al punto de razonar sobre la validez de unos contratos de edición concertados verbalmente entre las partes. La demanda ilustra sobre la polémica doctrinal al respecto, lo que resulta un hecho notorio. En la tesitura de dotar de carácter *ad solemnitatem* a la forma escrita, en interpretación literal del artículo 61 de Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, la Sala opta por la interpretación que proponen los recurrentes. La exigencia de la forma con carácter constitutivo constituye una excepción en nuestro Derecho contractual, y en el particular relativo al contrato de edición se consagraría un resultado antijurídico, pues el autor habría cedido la explotación de la obra mediante un acuerdo con el editor, que la explota, sin retribución de ninguna clase, pues el pacto habría de reputarse ineficaz. De esta manera, atendiendo a la finalidad de la esfera de protección de la norma, operamos con un criterio sistemático que armoniza los efectos derivados de la transmisión consensual de la cesión de los derechos de autor (argu. ex art. 45 LPI), criterio que entendemos mayoritario en la doctrina, y del que se ha hecho eco la jurisprudencia (cfr. STS 1.2.1995, SAP Madrid 24.11.2003, entre otros). No nos resulta admisible que el cesionario, que ha explotado la creación del autor, pueda invocar una nulidad por no haber enviado los documentos firmados. Del mismo modo, sería contrario a toda lógica jurídica que el cesionario invocara en su favor una nulidad derivada, por ejemplo, de la omisión de otras menciones mínimas del contrato, a las que la literalidad de la ley también se refiere como causante de la nulidad (incumplimiento de la edición de un número máximo y mínimo de ejemplares, constancia de la retribución, por ejemplo). En cualquier caso, la ejecución de la prestación consistente en tutorizar los cursos nos parece también acreditada, tal como se sigue de las comunicaciones entre las partes.

28. El editor, cesionario de los derechos, ha incumplido su obligación de pago, del mismo modo que sucede con el arrendamiento de servicios con objeto en la tutorización de los cursos. Ello determina, en aplicación de lo dispuesto en el art. 1124 del Código Civil y en los arts. 64 y 68 TRLPI, la procedencia de la acción de resolución de los contratos, con derecho de los cedentes a la indemnización de los daños y perjuicios causados, comprensivos del daño emergente y del lucro cesante (art. 1106 Código Civil).

29. Se llega así al problema más espinoso del presente litigio, consistente en determinar la retribución que corresponde a los autores, tanto por la edición de las obras y su explotación, como por los trabajos de tutoría como indemnización de los daños y perjuicios. La cuestión se complica por el relativo fracaso de los esfuerzos probatorios de la parte actora, que no ha conseguido acreditar, -por ejemplo, mediante la aportación de los contratos utilizados por otros profesores que desempeñaran idéntica función, o mediante el uso de los medios que la ley procesal pone a disposición de los demandantes de infracciones de la propiedad intelectual; tampoco se han aportado bases de cálculo para determinar las cantidades dejadas de percibir en concepto de tutorías, lo que no aparentaba una excesiva dificultad-, con claridad cuál deba ser el método de cálculo adecuado del perjuicio indemnizable; el hecho admitido de que el perito preste servicios para la misma asociación que la letrada demandante no facilita las cosas, como es de evidencia. Paralelamente, entendemos que la falta de colaboración de la cesionaria en la aportación de datos que permitan determinar la cuantía de la remuneración justa, no puede beneficiar su posición. Pero la carga de la prueba de la exacta cuantificación de la indemnización correspondía a quien alegaba el perjuicio, de modo que el fracaso de en la atención del *onus probandi* habrá de repercutir necesariamente en la definitiva determinación de las cuantías, por más que el tribunal pueda utilizar un criterio basado en su legítimo arbitrio en la cuantificación de la indemnización justa.

30. El dictamen aportado por la parte demandante con el escrito rector del proceso, propone dos criterios de valoración alternativos, ante la imposibilidad de utilizar un método de cálculo basado en los beneficios netos de la explotación de las obras; así, en primer lugar se propone una remuneración a tanto alzado para

cada obra, partiendo de unos criterios de valoración que, aunque incorporan un componente de subjetividad importante (el hecho de que se trate de una obra encargada, con exclusividad, la reputación del autor, o la calidad del mercado destinatario, así como el número de páginas), pudieran servir de base para el cálculo. Sin embargo consideramos que las explicaciones del perito cuando invoca la " *experiencia colegial* " como único razonamiento para llegar a la suma de 67.000 euros, resultan notoriamente insuficientes.

31. El segundo criterio del dictamen atiende al número de ejemplares de venta anual, sobre la base de unos ingresos para el autor del 10%, que no se justifica tampoco en ningún dato objetivo. La alusión a que se venden 100 ejemplares al año por " *conversaciones con los autores* ", resulta también manifiestamente improbable. Por ello, la cifra de 3.000 euros por obra tampoco puede servir como base para que la Sala fije criterios de cálculo plausibles.

32. El perito del demandado sí aportó, en cambio, algunos datos objetivos relevantes, que no entendemos cuestionados suficientemente y que, en otros casos, aparecen documentados en el litigio: así sucede con el número de cursos ofertados por la demandada (se alude a 223 online y 230 a distancia, en cifras similares a las manifestadas por el testigo D. Jose Pedro), con la referencia al total de cursos en los que intervienen los actores (17), y con respecto a los porcentajes de participación en la indemnización en función de la autoría de los manuales de cada demandante (43,75% para D^a Sacramento , 25% D. Bruno , y 15,63% para D^a Yolanda y D^a Agustina), dato que consideramos esencial para distribuir entre los demandantes el perjuicio efectivamente sufrido. Como no aceptamos como hecho probado que se alcanzaran los pactos contenidos en los contratos, el primer método de valoración del perito demandado también lo rechazamos.

33. Por ello optamos por partir del segundo de los métodos de valoración alternativo que propone el dictamen presentado por la representación demandada, aclarado en el acto de la vista por su autor. En relación con tales criterios, nos parece convincente valorar, -de forma aproximada y prudente, con un imprescindible componente de legítimo arbitrio judicial-, un porcentaje del 6,6% para los autores, así como partir de los precios que se ofrecen de los cursos en el dictamen (se alude a 50 y 30 euros). En suma, la cifra que se propone de 4.167,49 euros por derechos durante 5 años aparenta resultar razonable, en tanto que soportada por datos objetivos, pero nos parece más adecuado duplicar el período de cómputo a efectos de determinar la indemnización, en línea con la duración máxima que prevé el art. 69 TRLPI , como criterio más ajustado para obtener una indemnización justa.

34. Con base en estos criterios obtenemos las siguientes sumas:

D^a Sacramento : 3.647

D. Bruno : 2.803

D^a Yolanda y D^a Agustina : 1.302 euros

35. La infracción del pago de los derechos de explotación incorpora un daño moral, *in re ipsa* , (art. 140 TRLPI) cuya cuantificación en 1.000 euros, tal como propone la demandante, nos parece prudente, por lo que las sumas anteriores se incrementarán en dicha cantidad. Optamos por no deducir ninguna suma de las ya percibidas, por entender que resultan imputables a la actividad de seguimiento de las tutorías.

36. Como se ve, se trata de cantidades notablemente inferiores a las pretendidas en la demanda. Reiteramos que la falta de prueba sobre la existencia de los contratos y la falta de aportación de un dictamen pericial convincente sobre la valoración de los daños derivados de la resolución contractual, así como la ausencia de aportación de criterios alternativos, o de razonamientos fundados que hubieran permitido cuantificar el perjuicio de otro modo, explican la decisión de la Sala.

37. La pretensión de inscripción en el ISBN la consideramos una consecuencia directa del reconocimiento de la autoría. El éxito de la acción de cesación es consecuencia de la infracción de las obligación de remunerar la cesión (art. 138 LPI): resuelto el contrato, la demandada carece de título para continuar con la explotación de las obras. Igualmente procede la prohibición de reanudar la explotación y la retirada de las obras que el autor mantenga en su poder. También procede la destrucción de las obras que la demandada tenga en su poder, en tanto que constituyen un material susceptible de continuar siendo utilizado de forma ilícita. No estimamos el resto de peticiones que derivaban de obligaciones consignadas en los documentos contractuales que no hemos considerado acreditados.

38. El recurso, en consecuencia, prospera en forma parcial. En su consecuencia, optamos por la no imposición de costas.

Vistos los preceptos citados y demás de necesaria y pertinente aplicación,

**FALLO**

Que estimamos parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación de DOÑA Sacramento , DON Bruno , DOÑA Yolanda y DOÑA Agustina , contra la sentencia dictada el día 8 de febrero de 2017 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra , resolución que revocamos, manteniendo el pronunciamiento declarativo de la autoría de los demandantes de las obras relacionadas en el fallo de la recurrida, y además:

- a) declaramos la resolución de los contratos de edición concertados respectivamente entre los demandantes y la entidad demandada;
- b) condenamos a ESCUELA DE GESTIÓN SANITARIA, S.L. a realizar el depósito legal de las obras cuya autoría ha reconocido la sentencia de primer grado;
- c) condenamos a la demandada a inscribir en el ISBN y a depositar legalmente las obras indicadas, que no resulten todavía depositadas o inscritas;
- d) condenamos a la demandada a cesar en la explotación de dichas obras, a retirar del comercio y a destruir las que estén en su poder;
- e) condenamos a ESCUELA DE GESTIÓN SANITARIA a indemnizar a los demandantes en las siguientes cantidades: D^a Sacramento : 4.647; D. Bruno : 3.803; D^a Yolanda y D^a Agustina : 2.302 euros.

No se efectúa pronunciamiento en costas en la alzada. Procédase a la restitución del depósito constituido.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se pondrá testimonio en lo autos principales, con inclusión del original en el libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes haciéndoles saber que no es susceptible de recurso ordinario, sin perjuicio de que contra ella puedan interponerse, si concurriere alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , los recursos extraordinarios de casación o por infracción procesal, ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente al de su notificación. Todo ello previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.