

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2009  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## Transmisión digital. Derecho patrimonial. Uso indebido de obra.

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª

**FECHA:** 9-1-2007

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Comercial)

**FUENTE:** Base de datos de Jurisprudencia del Instituto de Derecho de Autor, por

<http://www.institutoautor.org/>

**OTROS DATOS:** Sentencia: 3/2007. Recurso: 506/2006.

### SUMARIO:

*“... como concluye el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de julio de 2000 «El derecho de explotación se integra, pues, en el contenido patrimonial, junto con otros, de la propiedad intelectual, frente al contenido moral. Es decir, destaca una primera premisa derecho de explotación no es lo mismo que derecho de propiedad intelectual, sino que es un derecho que forma parte de su contenido», todo lo cual viene a situar, fuera de toda polémica jurídica aceptable, la conducta de la Universidad de Alicante y de la Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes Saavedra en el ámbito de la infracción de los derechos de explotación que correspondían a la Editorial Reus S.A. en virtud de un antiguo contrato de edición, suscrito ... con el autor de la obra litigiosa, D. Luis Astrana Marín, y ello como consecuencia de haber incluido las demandadas en su catálogo de obras digitalizadas, de libre y gratuito acceso a los usuarios habituales o esporádicos de la página web, la obra del autor ya indicado, «Vida ejemplar y heroica de Miguel de Cervantes Saavedra con 1000 documentos hasta ahora inéditos y numerosas ilustraciones y grabados de época», ... disposición pública de la obra hecha, como expresamente se reconoce, sin autorización de la editora titular de los derechos de explotación ni de los herederos del autor, falta de autorización que no queda disculpada por ninguno de los argumentos que en su recurso oponen las codemandadas pues la infracción del derecho no se encuentra condicionado por la existencia de un dolo específico o especial, ni siquiera por su concurrencia ...”.*

[...]

*“Señalaremos a mayor abundamiento que tras producirse el requerimiento de la parte actora, y reconocido el uso indebido, la obra infringida fue retirada del catálogo de la página web, lo que supone un acto propio fácilmente reconocible como sabedor de la infracción cometida ...”.*

**COMENTARIO:** La extracción no autorizada de la obra de una página web en la Internet implica por sí misma una infracción al derecho de reproducción, que conforme lo aclara la “Declaración Concertada” al artículo 1,4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT), comprende el

almacenamiento electrónico, lo que en verdad no reviste ninguna novedad, respecto del Convenio de Berna, cuando su artículo 9,1 reconoce el derecho exclusivo de reproducción “por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”. A su vez, si el contenido extraído es puesto a disposición de terceros, por ejemplo, en otra página web, se infringe también el derecho de comunicación al público, pues de acuerdo al artículo 8 del TODA/WCT, “... los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”. Nótese que aun antes de la aprobación del TODA/WCT, muchas legislaciones nacionales reconocían un derecho amplio de comunicación pública, ésta entendida como la difusión, por cualquier medio o procedimiento, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes. © Ricardo Antequera Parilli, 2009.

### TEXTO COMPLETO:

*En la ciudad de Alicante, a nueve de enero del año dos mil siete La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario sobre reclamación de cantidad, seguido en instancia ante el Juzgado de lo Mercantil número uno de los de Alicante con el número 849/05, y de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado tanto por la parte actora, la Editorial Reus S.A., representada por el Procurador D. Esteban López Menguela y dirigida por el Letrado D. José Antonio Magdalena Anda; como por la parte demandada integrada por la Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes y por la Universidad de Alicante, representadas ambas por el Procurador Da. Esther Pérez Hernández y dirigidas por el Letrado D. Luis Berenguer Giménez, habiendo presentado ambas partes escrito de oposición a la apelación del contrario.*

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de lo Mercantil número uno de los de Alicante, en los referidos autos tramitados con el núm. 849105, se dictó sentencia con fecha 14 de julio de 2006, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por Editorial Reus S.A. contra la Universidad de Alicante y la Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes Saavedra, debo declarar y declaro que las demandadas han infringido los derechos de propiedad intelectual que

*corresponden a Editorial Reus S.A. sobre la obra "Vida ejemplar y heroica de Miguel de Cervantes Saavedra con 9000 documentos hasta ahora inéditos y numerosas ilustraciones y grabados de época" del autor don Luis Astrana Marín y debo condenar y condeno a las demandadas solidariamente a: a) destruir, ante presencia notarial y con preaviso previo a la actora con cinco días de antelación, del soporte digital que dispongan de la obra referida, así como de sus copias y b) a indemnizar a Editorial Reus S.A. en la suma de 20.000 E Las costas causadas se imponen a las demandadas.':*

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia se preparó recurso de apelación por las partes arriba referenciadas; y tras tenerlo por preparado, presentaron el escrito de interposición del recurso, del que se dio traslado a las demás partes, presentándose los correspondientes escritos de oposición. Seguidamente, tras emplazar a las partes, se elevaron los autos a este Tribunal con fecha 27 de noviembre de 2006 donde fue formado el Rollo número 5061M146106, en el que se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 9 de enero de 2007, en el que tuvo lugar.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el litro Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El punto de partida para decidir sobre la existencia de infracción del derecho autor no es otro que el artículo 17 de la Ley de Propiedad Intelectual, regulador del derecho exclusivo de explotación y de sus modalidades. Dicho precepto atribuye sin paliativos, siguiendo la estela del artículo 428 del Código Civil, los derechos de explotación y disposición al autor de la obra protegida, entre las que se encuentran las creaciones originales literarias, artísticas o científicas bajo el formato de libro art 10.1a).

Pues bien, el citado derecho de explotación que se integra, señala el mismo artículo 17, por los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, derechos de naturaleza esencialmente económica, pueden ser objeto de transmisión tanto mortis causa art 42 como a través de actos inter vivos art 43, encargándose la propia norma de definir y describir cada acto de explotación. Así se define el derecho de reproducción art 18 como "la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias", derecho que constituye, desde la perspectiva de este Tribunal, la modalidad de explotación incontestada llevaba a cabo por las demandadas de forma más evidente junto al de distribución de los contenidos de forma electrónica art 19 y al de la comunicación pública a que se refiere el artículo 20, precepto que describe como actos de comunicación pública, entre otros, la puesta a disposición del público de obras, permitiendo que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija (art 20.2 i) y, señaladamente por lo dispuesto en el art 20.2 j, que califica de acto de comunicación pública el acceso público de una obra incorporada a una base de datos como sin duda debe calificarse, atendida la definición que la propia Ley de Propiedad intelectual nos da de lo que constituye una base de datos art 12.2, el contenido de la página web, de acceso público y gratuito [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com) que se integra con una colección de obras dispuestas de manera sistemática, haciéndolas accesibles

individualmente por el medio electrónico oportuno, mediante el correspondiente motor de búsqueda de los títulos que se encuentran digitalizados y accesibles en dicha página web.

En suma, y como concluye el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de julio de 2000 "El derecho de explotación se integra, pues, en el contenido patrimonial, junto con otros, de la propiedad intelectual, frente al contenido moral. Es decir, destaca una primera premisa derecho de explotación no es lo mismo que derecho de propiedad intelectual, sino que es un derecho que forma parte de su contenido.", todo lo cual viene a situar, fuera de toda polémica jurídica aceptable, la conducta de la Universidad de Alicante y de la Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes Saavedra en el ámbito de la infracción de los derechos de explotación que correspondían a la Editorial Reus S.A. en virtud de un antiguo contrato de edición, suscrito en su día (doc nº 6 demanda) con el autor de la obra litigiosa, D. Luis Astrana Marín, y ello como consecuencia de haber incluido las demandadas en su catálogo de obras digitalizadas, de libre y gratuito acceso a los usuarios habituales o esporádicos de la página web, la obra del autor ya indicado, "Vida ejemplar y heroica de Miguel de Cervantes Saavedra con 1000 documentos hasta ahora inéditos y numerosas ilustraciones y grabados de época", identificada con ISBN 84.294.0944.2, disposición pública de la obra hecha, como expresamente se reconoce, sin autorización de la editora titular de los derechos de explotación ni de los herederos del autor, falta de autorización que no queda disculpada por ninguno de los argumentos que en su recurso oponen las codemandadas pues la infracción del derecho no se encuentra condicionado por la existencia de un dolo específico o especial, ni siquiera por su concurrencia, surgiendo la infracción de su objetiva comisión, señalando expresivamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1996 que "El artículo 17 de la Ley especial 22/1987 consagra el derecho del autor a la explotación exclusiva de su obra, de tal manera que no pueden realizarse sin su consentimiento actividades que representen reproducción, distribución, transformación y comunicación pública de lo creado por su talento e inspiración artística.", actividades que

en el caso sí tuvieron lugar. Señalaremos a mayor abundamiento que tras producirse el requerimiento de la parte actora, y reconocido el uso indebido, la obra infringida fue retirada del catálogo de la página web, lo que supone un acto propio fácilmente reconocible como sabedor de la infracción cometida, de la vulneración en suma de la protección de los derechos que al autor que otorga de la manera más genérica el artículo 2 de la Ley de Propiedad Intelectual que abarca, dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc 15ª de 20 de diciembre de 2005 "cualquier tipo de explotación de la obra... incluso la explotación de la obra al margen de los derechos y facultades expresamente enumerados en el primero de los preceptos citados, formará parte de la tutela del derecho de autor".

Procede en consecuencia desestimar el recurso formulado por las codemandadas, sin que pueda apreciarse incongruencia entre el razonamiento de la Sentencia de instancia y su parte dispositiva ya que la conducta desarrollada por los codemandados en relación al autor, editorial y obra indicadas, es constitutiva de infracción del derecho de autor a que se refiere el artículo 2 y 17 y concordantes de la Ley de Propiedad Intelectual, en las modalidades que en esta resolución hemos concretado, pero que se traducen en formas de infracción y no en infracciones individuales diferentes en relación a la protección del autor referida en los indicados artículo 2 y 17, confiriendo por ello derecho a la titular de aquellos derechos a accionar el cese de la actividad ilícita con los efectos prevenidos en los artículos 139 y concordantes de la misma.

**SEGUNDO.-** El segundo de los motivos de impugnación de los demandados resulta coincidente en su calificación con el argumento principal del recurso que formula Editorial Reus S.A., de lo que constituye, para ser más exactos, su primer motivo impugnatorio, a saber, lo relativo a la cuantificación y fijación del importe indemnizatorio dimanante de la infracción denunciada.

Su adecuada decisión exige recordar, como punto de partida, que en lo que hace a la

respuesta frente a la infracción de un derecho como el de propiedad intelectual, constituye la acción indemnizatoria una de las principales de las que integran el conjunto de las defensas del derecho de autor porque sólo el completo resarcimiento de los titulares restituye a estos en sus derechos al tiempo que actúa de elemento disuasorio.

Es por ello que el artículo 138 de la Ley de Propiedad Intelectual confiere expresamente el derecho de resarcimiento al titular de los derechos protegidos, señalando que "El titular de los derechos reconocidos en esta Ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados", concretando el artículo 140 que " 1. La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho.", configurándose en el artículo una alternativa que constituye una opción indemnización a cargo del legitimado activamente en el ejercicio de la acción.

El precepto vigente a la fecha de los hechos (modificado recientemente por el artículo 2.4 de la Ley 1912006, de 5 de junio), atribuye al perjudicado una opción entre el beneficio que habría obtenido de no mediar el uso ilícito, y la remuneración que habría percibido en caso de haber autorizado la explotación, (criterios ambos que encierran formas de lucro cesante), siendo así que en el caso que nos ocupa la editorial actora, Reus S.A., optó expresamente por la segunda modalidad, es decir, por ser indemnizado en atención al precio o remuneración que habrían satisfecho las demandadas de haber hecho uso del derecho con la autorización de su titular, lo que sin duda hace, como es común, en atención a los medios de prueba de que dispone, criterio no criticable dado que la ley confiere el derecho de opción sin condición o razón.

Pero es que es cierto también que esta modalidad indemnizatoria suele tener parámetros de fijación más concretos que la primera ya que en ésta, basada en las

consecuencias negativas en la actividad del perjudicado, se exige de la averiguación de en qué medida, la actividad ya conocida del infractor ha incidido en la menor actividad del titular del derecho y, cuantificada la incidencia de la infracción en la actividad de la titular del derecho, es preciso concretar qué ganancias le habrían supuesto.

Es en este caso en el que, posiblemente, la valoración comparativa de los ejercicios económicos de la reclamante y de la comercialización de la obra (como pretenden ahora los demandados), podría tener algún sentido, del que sin embargo carece en la opción ejercitada donde lo que se pone en juego es la realidad de la disposición de un bien ajeno y el precio de dicha disposición, que en estos casos se ha de fijar a posteriori como consecuencia del uso ilícito previo por disposición no autorizada. No obstante, también la segunda modalidad presenta rasgos indeterminados e indefinidos, ya que salvo cuando media habitualidad de explotación en relación al derecho infringido, en la modalidad de que se trate, resulta preciso para determinar la indemnización procedente definir con antelación, los criterios económicos de contratación del uso lícito que hipotéticamente habrían sido los alcanzados con el infractor.

Pues bien, precisamente en esta cuestión se encuentra el primero de los motivos que genera el recurso de apelación ya que, aunque como bien señala la Sentencia de instancia, no existen "pautas consolidadas acerca de la explotación de los libros electrónicos", la resolución de instancia, tras establecer varios parámetros de atención para la fijación de la cuantía, acoge como criterio preferente el sistema de cálculo de CEDRO (basado en la recaudación de 0,075 euros por cada página digitalizada, multiplicada por el número de usuarios), no obstante lo cual fija aleatoriamente una cuantía, la de 20.000 €. El Tribunal considera sin embargo más oportuno el sistema que resulta de la propia contratación de la actora en relación al tratamiento o acceso por red de sus productos doc n° 18 de la demandado que sin duda, refleja de manera más acertada los criterios de contratación de quien tiene derecho a la reparación pretendida y ejercita la opción basada en la remuneración

de lo que habría percibido de haber mediado contratación con la infractora. Por ello, y siguiendo el razonamiento contenido en el informe pericial de la actora folio 72, y considerando que el precio en el mercado de la obra es de 900 euros se acredita de manera documental un precio de venta actual de hasta por 975 €, que consecuentemente el precio de cada uno de los siete tomos que integra la obra sería de 128 euros, que el precio de descarga que podría percibir por cada una la cesionaria de la obra suministrada (siguiendo el media del mercado) podría fijarse en un 20% del precio de cada tomo y por tanto, de 25,6 euros, precio del que correspondería un 30% es el precio pactado en el contrato que integra el documento n° 18 de la demanda la editorial que lo percibiría por visita, descarga o consulta como remuneración por la cesión de los derechos para la reproducción, distribución y comunicación Pública de la obra en la página web de la cesionaria, resta para determinar el importe indemnizatorio, fijar el número de descargas, visitas o consultas valorables de cada tomo.

**TERCERO.** - Hay constancia pericial de que la obra se encontraba a disposición del público en el sitio web desde primeros del mes de abril de 2003. Así resulta de la fecha de creación de los archivos, manteniéndose hasta el día 17 de marzo de 2004 en que la obra es retirada de la dicha página.

Durante ese periodo, el número de consultas (hecho no controvertido) que se hicieron a dicha obra fueron, por tomo, las siguientes:

«Vida ejemplar y heroica de Miguel de Cervantes Saavedra con 1000 documentos hasta ahora inéditos y numerosas ilustraciones y grabados de época»

TOMO (y paginas html)	N° CONSULTAS
I (7 pág html)	33.226
II (5 pág html)	1.487
III (8 pág html)	888
IV (7 pág html)	920

V (8 pág html)	866
VI (8 pág html)	552
VII (8 pág html)	1.092

La cuestión radica en determinar si cada consulta supone la descarga de una página html y, por tanto si, atendidas el número de páginas de formato html que configuran cada tomo, si en efecto el número de tomos completos descargados sería, como propone el perito de la actora, de 5.598.

La resolución que se critica afirma que no, diferenciando entre la mera visita a la obra y la descarga. La pericial de la actora pone de relieve que sin embargo, desde un punto de vista técnico, toda visita supone una descarga.

Sin embargo el Tribunal considera que es preciso diferenciar entre la descarga desde un punto de vista técnico y la descarga del usuario como medio de acceso permanente, poniendo en su poder y disposición; el contenido de que se trate.

En efecto, si bien el acceso al navegador para el acceso de un determinado contenido es una descarga, es decir, un procedimiento técnico que permite el acceso a la página web, la perspectiva del usuario es doble. De un lado el usuario puede articular dicha acción informática bien mediante una mera visita, de acceso al contenido, visualización y consulta "en red" (acción típica de la "navegación" por Internet), o por el contrario, puede llevar a cabo lo que se conoce como una "descarga" o "bajada" de información, es decir, el traspaso de la información desde la página web a su propio disco duro o extraíble o dispositivo similar. La diferencia es tan relevante como para que quien hubiera limitado su consulta a la mera visita en los términos expuestos, haya perdido la capacidad de acceso gratuito a la obra desde el momento en que la obra es retirada de la web. Por el contrario, quien hubiera llevado a cabo la "descarga", dispone permanentemente de ella, cualquiera que sea la voluntad de los infractores en relación a la reparación de la infracción.

Ahora bien, aunque no tenemos información diferenciada de dichas actividades, entendemos que en realidad dicha diferenciación no resulta útil a la concreción de la indemnización ya que desde la perspectiva del usuario, resultaba inútil dado que el acceso a la obra en la página web era total y completamente gratuito, como también desde la perspectiva del cesionario, que cede un contenido por precio con independencia de que los usuarios o suscriptores se limiten a visitar la página y sus contenidos o, además, a llevar a cabo una actividad de descarga de contenidos.

Lo auténticamente relevante es que los datos demuestran que el interés del usuario en el acceso a la obra infringida se sustentaba en buena parte en la gratuidad de la visita y consulta. Así resulta del dato relativo a las diferencias en las consultas entre tomos, que es más que notoria, coincidiendo que el número más elevado de consultas se produce en relación al primer tomo, hecho que entendemos indicativo del carácter exploratorio de buena parte de las consultas.

Esta circunstancia tiene una muy particular relevancia, al punto que nos hace entender que no se habrían producido en el número de que disponemos caso de no haber sido un acceso gratuito. Por tanto es necesario establecer un criterio que nos indique qué accesos se habrían producido en caso de haberse tratado de una página onerosa pues consideramos que la indemnización no puede superar la hipótesis sobre la base del número de usuarios en las condiciones base de la remuneración, que se sustenta sobre la onerosidad del acceso, ya que de lo contrario se produciría un claro desajuste en los criterios constructivos de la tesis indemnizatoria que constituye la opción del actor.

Pues bien, ante la falta de un dato que objetive de manera más acertada el dato que reclamamos, entiende el Tribunal que el método más acertado para fijarlo es aquél que relacione las consultas sobre el conjunto de la obra, conducta en la acción del internauta que demostraría el interés por la obra y, por tanto, un acceso que se habría producido incluso en condiciones de onerosidad.

Si observamos, constatamos el dato ya expuesto. El número de consultas sobre el Tomo I es desproporcionadamente superior al resto. Por tanto sí, como sostenemos, ello se debe al carácter meramente exploratorio de los internautas en una aproximación a la obra respecto de la que, o bien no tenían información, o simplemente accedían por mera expectativa o atracción, el método para fijar cuál habría sido el número de descargas que se habrían producido caso de ser exigible un pago nos obliga a examinar el conjunto de visitas al resto de tomos, y en particular, para alcanzar una referencia numérica, a fijar el número de visitas "valorables" al primer tomo, descontadas las que calificamos de exploratorias o derivadas de una mera expectativa o atracción, lo que entendemos, resulta de la referencia del número de visitas del siguiente tomo más visitado, en este caso el Tomo II, con 1.487 consultas ya que para fijar un dato ponderado, ni indicativo resulta el dato del Tomo 1 como tampoco el dato del Tomo menos visitado.

Pues bien, y partiendo de que sólo habrían accedido a una consulta onerosa quienes al menos han consultado el Tomo II, estamos ya en disposición de fijar los siguientes datos: "Vida ejemplar y heroica de Miguel de Cervantes Saavedra con 1000 documentos hasta ahora inéditos y numerosas ilustraciones y grabados de época"

TOMO	PAG HTML	Nº VISITAS	TOMOS DESCARGADOS
I	7	1487	212
II	5	1487	297
III	8	888	111
IV	7	920	131
V	8	866	108
VI	8	552	69
VII	8	1092	136

Alcanzamos con este sistema lo que entendemos sería el número real de consultas

valorables, que en el caso es de 7.287 y, siguiendo el criterio marcado por la pericial de la actora en los términos que antes expusimos, la conclusión que se alcanza es que el número de tomos descargados fue de un máximo de 1064, con lo que, siendo el valor atribuido a cada tomo de 25,6 euros, el importe que habría percibido los demandados habría sido, por las citadas descargas, de 27.238,4 euros, cuantía de la que en un porcentaje del 30%, sería la remuneración de la editorial, lo que nos da la cuantía a indemnizar de 8.171,52 euros, cuantía que entendemos está ponderada a los dos datos maestros que hemos de atender, a saber, uno, la naturaleza altamente especializada de la obra, excluyente de un acceso "popular" o masivo a la misma y, dos, el tiempo breve de exposición pública de la obra en la página web de la Universidad de Alicante.

**CUARTO.-** Argumentan los codemandados, que entre otros criterios debería tomarse en consideración el contenido en el artículo 157 de la Ley de Propiedad Intelectual cuyo apartado b) prevé reducciones de tarifas "para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa." como lo es la Fundación cotitular de la página web y la propia Universidad de Alicante. Sin embargo tal criterio no es de aplicación al supuesto que nos ocupa, ya que se trata de vislumbrar el perjuicio dimanante de una infracción de un derecho de autor particular, no gestionado por entidad gestora alguna a las que se dirige el precepto indicado. Se trata, acudiendo a la opción de la regalía hipotética, de establecer una indemnización tomando en consideración dos partes en el mercado, en el que una de ellas, por razón de su carácter benéfico, no puede imponer una tarifa diferencial más allá del caso de concurrencia con la voluntad del cedente titular de los derechos de autor. Es por ello que el propio precepto, en el punto 3 señala que "Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a la gestión de los derechos relativos a las obras literarias, dramáticas, dramática musicales, coreográficas o de pantomima, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular".

Obviamente, como se señaló al reconocer la infracción del derecho, no estamos ante contravenciones vinculadas a formas de dolo o culpa, sino ante hechos objetivos que vulneran derechos de naturaleza moral y económica, de modo que, de un lado, el daño es real y, de otro, la infracción y el daño se producen más allá de la condición subjetiva del infractor. La naturaleza no lucrativa del infractor, la función social que pueda desempeñar y la buena fe que pretenda demostrar, constituyen meras alegaciones que en absoluto pueden disolver la infracción y su resultado, por ser ajenas a la protección de derechos del titular de los mismos.

**QUINTO.-** Constituye el segundo y último motivo del recurso de apelación articulado por la editorial Reus S.A. la desestimación de su pretensión (véase suplico de la demanda, apartado d) de publicación del fallo condenatorio, a costa de los demandados, en dos periódicos de difusión nacional, excluidos los periódicos deportivos, pretensión que carece de fundamentación alguna en la demanda principiante del procedimiento pero que trae causa legal en el inciso último del párrafo 1° del artículo 138 de la Ley de Propiedad Intelectual que autoriza al titular de los derechos infringidos a "instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor".

La sentencia de instancia, advirtiendo la falta de fundamentación de la pretensión en los términos que este Tribunal acaba de señalar, indica con acierto que no es una decisión consecuencial a la infracción sino una acción independiente, que carece de justificación en el caso cuando consta que la infracción concluyó en marzo de 2004.

El recurrente viene ahora dar las razones que justifican la petición de publicación y sostiene que el hecho de acceso libre y gratuito a un libro digitalizado por parte de una multitud de usuarios de la página web de los codemandados que ignoran la existencia de la infracción, poseen la capacidad basada en la Ignorancia, de difusión y reproducción de la obra descargada ampliando los daños de la editorial. Un segundo argumento se emplea por

el recurrente, el de la trascendencia de la controversia enjuiciada.

Pues bien, y obviando el segundo de los argumentos que se ofrecen por el recurrente, que es puramente publicitario y con trazos de una pretendida "prevención general" ante infracciones de la naturaleza de la que aquí descrita, desde luego, ajenos a las razones legales que se desprenden del artículo 138 de la Ley de Propiedad Intelectual, que por el contrario, parece vincular dicha acción a la reparación misma del derecho infringido con un doble efecto, como una forma de resarcimiento in natura junto con una forma de cese de los efectos de la infracción, nos encontramos ante una perspectiva desde la que difícilmente puede aceptarse la pretensión ejercitada en el caso de publicación de la sentencia ya que no se advierte de qué modo con la publicación cesarían los efectos de una infracción ya cedida por voluntad expresa, preprocesal, del infractor, no pudiendo aceptarse que con ella se puedan prevenir futuras infracciones de terceros ajenos al procedimiento, ya que la publicación que refiere la ley lo es en relación al derecho infringido, desde la relativa perspectiva del autor infractor, y por tanto, en relación a los efectos que dicha publicación habría de producir en esa relación, pero no respecto de terceros indeterminados, ya que en estos casos, pesaría más el carácter sancionador al infractor, atribuyéndole una conducta infamante muy por encima de los objetivos que la acción pretende que, como hemos señalado, son la reparación y el cese de la infracción.

En el caso, tanto lo uno como lo otro, ya se ha producido y a sus efectos, resulta inútil la publicación de la sentencia.

Procede en consecuencia desestimar el motivo impugnatorio.

**SEXTO.-** En cuanto a las costas procesales se ha de señalar lo siguiente. En primer término, disputan los codemandados el criterio adoptado por el Juez de la instancia en su fundamento jurídico sexto en virtud del cual, se les condena al abono de las costas procesales de la primera instancia, no obstante haberse desestimado varias pretensiones de las



*ejercitadas por la actora, y en particular, la de publicación de la sentencia y la indemnizatoria en lo que hace a la cuantía reclamada, sustancialmente reducida.*

*El Juez de instancia acude a dos razones para sustentar la condena en costas, a saber, el de la estimación sustancial y el de la temeridad en el litigio. El motivo ha de estimarse.*

*De un lado, es cierto que la estimación de la demanda es parcial por cuanto que una de las acciones, la de publicación, no es estimada y, de otro, la cuantía reclamada es objeto de rebaja de manera sustancial, siendo doctrina consolidada en la jurisprudencia SSTS de 1-7-1993, 11-2-1995, 12-7-1999 que el criterio de la estimación sustancial como equivalente a la estimación íntegra resulta de procedente cuando no se elude ni limita la razón fundamental de la causa de pedir del actor lo que a nuestro juicio ocurren cuando no se estima una de las acciones y se reduce de manera principal la pretensión cuantitativa, variando los criterios conferidos por el accionante, estimación por tanto parcial que debe conllevar la declaración de que cada parte abone las cosas causadas a su instancia y las comunes por mitad conforme lo prevenido en el artículo 394, procediendo en relación a las costas de esta alzada no efectuar declaración respecto de ninguno de los apelantes dado que en relación a ambos, ha habido estimación parcial.*

*Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.*

### **FALLAMOS**

*Que estimando parcialmente el recurso de apelación entablado tanto por la parte actora, Editorial Reus S.A., representada por el Procurador D. Esteban López Menguela; como por la parte demandada integrada por la Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes y por la Universidad de Alicante, representadas ambas por el Procurador D°.*

*Esther Pérez Hernández, recursos formulados contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de los de Alicante el día 14 de julio de 2006, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución modificando a la baja la cuantía indemnizatoria, que se reduce hasta 8.171,52 euros, y declarando en relación a las costas de la primera instancia que cada parte abonará las cosas causadas a su instancia y las comunes por mitad; y sin que haya lugar a efectuar declaración sobre las costas de esta alzada.*

*Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.*

*Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. "D. Enrique García-Chamón Cervera, D. Luis Antonio Soler Pascual y D. Francisco José Soriano Guzmán. Firmado y Rubricado".*

*Y para que conste y sirva de notificación a las partes, se expide la presente, advirtiéndose a las mismas, que contra la precedente sentencia, procederá el recurso de casación, en los términos establecidos en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el recurso extraordinario por Infracción procesal, respecto de aquellas resoluciones que sean susceptibles de casación.*

*Sólo podrá presentarse el segundo recurso, sin formular el de casación, en los supuestos en que esta última sea admisible, en los casos previstos en los números 1º y 2º del apartado segundo del artículo 477 mencionado.*

*De dichos recursos conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Dn. Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y deberán prepararse ante esta Sección en el término de cinco días siguientes a la notificación.*