

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2010  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

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

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Juzgado de lo Mercantil No. 1 de Alicante

**FECHA:** 14-07-2006

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Comercial)

**FUENTE:** Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>

**OTROS DATOS:** Sentencia 149/2006

### SUMARIO:

*“Se formula por la Editorial REUS SL demanda por infracción de los derechos de propiedad intelectual de la obra «Vida ejemplar y heroica de Miguel de Cervantes Saavedra con mil documentos hasta ahora inéditos y numerosas ilustraciones y grabados de época» de Luis Astrana Marín, de cuyos derechos de explotación es titular por haberlos adquiridos a sus herederos, por parte de la Universidad de Alicante y la Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes Saavedra por la distribución y comunicación pública de la misma, sin autorización, a través de la página Web [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com) ...”.*

[...]

*“... las demandadas, sin autorización del legítimo titular de los derechos de propiedad intelectual, proceden a digitalizar la obra y colocarla en su página o sitio Web, a disposición de una pluralidad indeterminada de personas, que en cualquier momento pueden acceder a la misma y obtener copias de todo o parte de ella, sin necesidad para ello de especiales conocimientos sino los propios de cualquier usuario de la red, ... Se produce, pues, una infracción del derecho exclusivo que tiene el titular de la obra a explotar su obra en cualquier forma, ... en cuanto a la reproducción, distribución y comunicación pública ...”.*

*“El que la página Web donde se lleva a cabo esta actuación corresponda a una Fundación y a una Universidad y que se trate de entidades sin ánimo del lucro, no es causa justificativa, ya que tal naturaleza de las entidades titulares de la página Web no les exonera de cumplir la legislación vigente en materia de propiedad intelectual. El que tengan ánimo de lucro o no, no quiere decir que no tengan que abonar los correspondientes derechos de propiedad intelectual a los autores (o sus legítimos sucesores) de aquellas obras que «cuelgan» en su página en la red, si éstas no están en el dominio público, como satisfacen al resto de proveedores los servicios y materiales de los que se sirven”.*

[...]

*“Acreditada la infracción procede, por tanto, la declaración interesada en el suplico y la condena a que se destruya, ante presencia notarial y con preaviso previo a la actora con cinco días de antelación, del soporte digital de que dispongan de la obra objeto de indebida explotación, así como de sus copias ... Y ello porque para instar el cese de la actividad ilícita, entre las que se comprende la inutilización de los elementos empleados para la explotación no autorizada, y la indemnización de daños y perjuicios ...”*

### **TEXTO COMPLETO:**

*Vistos por mí, D. Rafael Fuentes Devesa, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil núm.1 de Alicante, los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 849/05 promovidos a instancia de Editorial REUS SA representado/a por el/la Procurador/a Sr./a. Esteban López Minguela y defendido/a por el/la letrado/a Sr./a. José Antonio Magdalena Anda contra Universidad de Alicante y la Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes Saavedra, representado por el/la procurador/a Sr./a. Esther Pérez Hernández y defendido/a por el/la letrado/a Sr./a. Luis Berenguer Giménez, sobre infracción de derechos de propiedad intelectual.*

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

*PRIMERO. -Que la meritada representación de la parte actora formuló demanda arreglada a las prescripciones legales en la cual, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimo pertinentes, solicitaba que se dictara sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos:*

*"a) declare que la Universidad de Alicante y la Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes Saavedra infringieron los derechos de propiedad intelectual que corresponden a Editorial REUS SA sobre la obra "Vida ejemplar y heroica de Miguel de Cervantes Saavedra con 1000 documentos hasta ahora inéditos y numerosas ilustraciones y grabados de época" del autor don Luis Astrana Marín, al haber puesto a disposición del público dicha obra en la página Web [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com) sin autorización de Editorial REUS SA.*

*b) condene solidariamente a Universidad de Alicante y la Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes Saavedra a destruir o a*

*entregar a Editorial REUS SA el soporte digital de que disponen de la obra "Vida ejemplar y heroica de Miguel de Cervantes Saavedra con 1000 documentos hasta ahora inéditos y numerosas ilustraciones y grabados de época " del autor don Luis Astrana Marín, y de todas las copias de que dispongan de dicho soporte.*

*c) condene solidariamente a la Universidad de Alicante y la Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes Saavedra a indemnizar a Editorial REUS SA por el concepto daños y perjuicios en la suma de 96.733 € o subsidiariamente la suma que se determine conforme a las bases concretas y los criterios establecidos en el informe pericial aportado como documento núm. 20 de la demanda.*

*d) condene solidariamente a la Universidad de Alicante y la Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes Saavedra a publicar a su costa, el fallo condenatorio que recaiga en estos autos en dos periódicos de difusión nacional, excluidos los periódicos deportivos.*

*e) con éste se condenan costas a las demandadas"*

*SEGUNDO. -Que admitida a trámite, se dispuso el emplazamiento de la/s parte/s demandada/s para que en el término legal, compareciere/n en autos y contestara/n aquélla, verificándolo en tiempo y forma, mediante la presentación de escrito de contestación, en el que solicito la desestimación de la demanda, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables.*

*TERCERO. -Precluido el trámite de contestación a la demanda, se convocó a las partes personadas a la audiencia previa al juicio prevista en el art. 414, que tuvo lugar el día y hora señalado, con la asistencia de la parte actora y demandada/s personada/s, sin*

que se lograse acuerdo, y no suscitadas cuestiones de orden procesal, se interesó por las partes la práctica de las pruebas documental, interrogatorio, testifical y pericial que se admitieron, señalándose la celebración del juicio.

CUARTO. -El día y hora señalados tuvo lugar el juicio, en el que se practicaron las diligencias probatorias declaradas pertinentes y tras el trámite de informe y conclusiones, se dio por concluido el acto y visto para sentencia.

QUINTO. -En la sustanciación del presente juicio se han observado las prescripciones legales y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se formula por la Editorial REUS SL demanda por infracción de los derechos de propiedad intelectual de la obra "Vida ejemplar y heroica de Miguel de Cervantes Saavedra con mil documentos hasta ahora inéditos y numerosas ilustraciones y grabados de época" de Luís Astrana Marín, de cuyos derechos de explotación es titular por haberlos adquiridos a sus herederos, por parte de la Universidad de Alicante y la Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes Saavedra por la distribución y comunicación pública de la misma, sin autorización, a través de la página Web [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com) e interesa, al amparo de los artículos 17 y siguiente de la Ley de Propiedad Intelectual (RCL 1996, 1382) en relación con el artículo 140 que se declare dicha infracción y se condene solidariamente a las demandadas a entregar o destruir el soporte digital de la obra citada y de las copias que contengan dicho soporte, que indemnicen en la suma de 96.733 € o con arreglo a las bases establecidas en el informe pericial aportado y la publicación del fallo en dos periódicos de difusión nacional, excluidos los periódicos deportivos.

En las contestaciones a la demanda, ambas básicamente idénticas, se oponen a las pretensiones formuladas por entender, en esencia, que la obra del Sr. Astrana se encuentra desde hace tiempo descatalogada, no siendo su precio el de 900€ como se dice en

la demanda sino de 126, tratándose la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes Saavedra de un proyecto científico de finalidad exclusivamente cultural, que se realiza de forma gratuita y sin ánimo del lucro alguno, habiendo retirado en marzo 2004 del portal de la BIBLIOTECA VIRTUAL la obra referenciada, sin que haya existido negligencia ni falta de profesionalidad por parte de las demandadas en su actuación, discrepando de la cuantificación de daños y perjuicios reclamada, al considerar que nos han producido tales daños y perjuicios, e invocan como fundamento de su defensa, desde el punto de vista jurídico material, la buena fe del artículo 7.1 CC (LEG 1889, 27).

SEGUNDO. -Son hechos relevantes no controvertidos fijados en audiencia previa al amparo del artículo 428 [LECiv \( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) y por ello no precisados de prueba los siguientes: i) que la Editorial Reus SL es titular de los derechos de propiedad intelectual correspondientes a la obra del autor Luís Astrana Marín "Vida ejemplar y heroica de Miguel de Cervantes Saavedra con mil documentos hasta ahora inéditos y numerosas ilustraciones y grabados de época", obra de referencia en los estudios cervantinos, que consta de siete tomos; ii) que al menos desde el 29 de diciembre de 2003 figuraba en la página Web [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com) dicha obra, a disposición del público de forma gratuita; página de la que es copropietaria la Universidad de Alicante y la Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes Saavedra; iii) que el 29 de diciembre de 2003 constaban un número de consultas de 39.031 desglosadas de siguiente manera: 33.226 al Tomo I; 1487 al Tomo II; 888 al Tomo III; 920 al Tomo IV; 886 al Tomo V; 552 al Tomo VI y 1092 al Tomo VII; iv) que el 17 de marzo de 2004 y recibido por la Universidad de Alicante al día siguiente, se denunció la vulneración del derecho de propiedad intelectual y se requirió para regularizar la distribución y comunicación pública indebida de la obra citada, siendo contestado el 27 de marzo por los abogados de la Universidad en el que se ofrecían disculpas por el uso indebido realizado, alegando haber actuado de buena voluntad y v) que fue retirada del sitio Web la obra, informando de la

*existencia de un master o soporte digital de la misma.*

*Estos hechos ponen de relieve la existencia de la infracción denunciada, ya que las demandadas, sin autorización del legítimo titular de los derechos de propiedad intelectual, proceden a digitalizar la obra y colocarla en su página o sitio Web, a disposición de una pluralidad indeterminada de personas, que en cualquier momento pueden acceder a la misma y obtener copias de todo o parte de ella, sin necesidad para ello de especiales conocimientos sino los propios de cualquier usuario de la red, como consta en el informe pericial aportado por la actora (documentos núm. 20, que reúne todos requisitos para ser catalogado como tal y del que sólo se impugnó su contenido probatorio, siendo extemporánea la manifestación al respecto referida por el letrado de las demandadas en el acto del juicio) y ratifica el perito en el acto del juicio. Se produce, pues, una infracción del derecho exclusivo que tiene el titular de la obra a explotar su obra en cualquier forma, consagrado en el artículo 17 TRLPI (RCL 1996, 1382) y desarrollado, en cuanto a la reproducción, distribución y comunicación pública, en los artículos 18, 19 y 20.*

*El que la página Web donde se lleva a cabo esta actuación corresponda a una Fundación y a una Universidad y que se trate de entidades sin ánimo del lucro, no es causa justificativa, ya que tal naturaleza de las entidades titulares de la página Web no les exonera de cumplir la legislación vigente en materia de propiedad intelectual. El que tengan ánimo de lucro o no, no quiere decir que no tengan que abonar los correspondientes derechos de propiedad intelectual a los autores (o sus legítimos sucesores) de aquellas obras que "cuelgan" en su página en la red, si éstas no están en el dominio público, como satisfacen al resto de proveedores los servicios y materiales de los que se sirven. La propia Ley de Propiedad Intelectual en el art. 157 al prever que las tarifas generales de las entidades de gestión establezcan una reducción para las entidades culturales que carezcan de ánimo de lucro confirma lo anterior. En este sentido, y con relación a una reclamación efectuada por una entidad de gestión frente una asociación*

*cultural por el uso de obras (en ese caso musicales) sin autorización, la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Octava, en sentencia de 5 /10/2005 confirma la condena dictada en primera instancia por este Juzgado.*

*Y tampoco concurre el supuesto del artículo 37 del Texto Refundido en la redacción dada por el [Real Decreto 1/1996 del 12 de abril \(RCL 1996, 1382\)](#), anterior a la reforma operada por la reciente Ley 23/2006, de 7 de julio (RCL 2006, 1386) (al ser aquella la aplicable) ya que no nos encontramos ante reproducciones realizadas exclusivamente para fines de investigación (art. 37.1) ni el caso de préstamos (art. 37.2) y en todo caso al respecto sólo se refiere a la hipótesis de reproducción (art. 18) y al caso concreto del préstamo (art. 19), no a las demás formas de explotación previstas en el artículo 17 en relación con el artículo 19 y 20, aquí concurrentes.*

*La propia actuación previa de las demandadas pone de relieve la existencia de la infracción desde el momento en que se produce el reconocimiento en la comunicación epistolar entre los letrados (hecho reconocido en la audiencia previa) así como tácitamente por la inmediata retirada de la página Web de dicha obra.*

*Acreditada la infracción procede, por tanto, la declaración interesada en el suplico y la condena a que se destruya, ante presencia notarial y con preaviso previo a la actora con cinco días de antelación, del soporte digital de que dispongan de la obra objeto de indebida explotación, así como de sus copias al amparo dispuesto del artículo 138 y 139.1 TRLPI, sin que sea atendible el motivo de oposición consistente en que la actuación de las demandadas ha sido de buena fe. Y ello porque para instar el cese de la actividad ilícita, entre las que se comprende la inutilización de los elementos empleados para la explotación no autorizada, y la indemnización de daños y perjuicios (sobre la que nos ocuparemos más adelante) no exige el artículo 138 la existencia de dolo o culpa del infractor, sin que, en todo caso, la actuación de las demandadas puede ser calificada como diligente. Las investigaciones previas que realizó para*

averiguar la existencia de titulares de los derechos de autor sobre las obra referida que digitalizó y puso a disposición del público en la página Web, sin su autorización y sin ser de dominio Público, no pueden catalogarse como tales desde el momento en que solicitan información sobre los derechos de explotación sobre las traducciones de obras realizadas por este autor (documentos núm. 3 de la contestación de la universidad de Alicante) pero aquí no se trata de un traducción, por lo que la información es irrelevante, reconociendo en el propio informe el letrado de las demandadas que hubo error en la petición; error que no es compatible con una actuación adecuada a las exigencias del caso, o dicho de otra manera, pone de relieve la falta de diligencia. Tampoco basta con decir que se desconocían los herederos del autor (documentos número 4 y 5), pues el Registro General de Propiedad Intelectual es mero declarativo y facultativo (art. 145), sobre todo teniendo, finalmente, en cuenta que consta reconocido que desde el año 1972 en el registro ISBN figura la obra como publicada por la Editorial REUS SL, sin que ningún momento conste acreditado que se dirigieran a ésta con carácter previo a digitalizar y "colgar" en la página Web la obra publicada por este editorial; editorial que es conocida de forma notoria, sobre todo en el mundo jurídico, y por tanto por ello, por la Universidad de Alicante, con la que mantiene relaciones comerciales (documentos aportados en la audiencia previa, documentos número 9, 10, 11, 12).

TERCERO.- El titular de los derechos que nos ocupan no solo puede instar el cese de la actividad ilícita del infractor sino también exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados (art. 138 [TRLPI \[ RCL 1996, 1382 \]](#)), que se determinan estos últimos en los términos previstos en el artículo 140, que en la redacción vigente en el momento de los hechos rezaba: "El perjudicado podrá optar, como indemnización, entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación.

En caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se

atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra" que ha sido objeto de reciente modificación por la Ley 19/2006, de 5 de junio (RCL 2006, 1141), por la que se produce la transposición de la [Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 \(LCEur 2004, 2330, 3332\)](#), relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

Son dos los sistemas de cálculo establecidos por la Ley antes de la reforma para fijar la indemnización: los beneficios que hubiere obtenido en ausencia de infracción o la remuneración por regalía hipotética. Y concede al perjudicado la facultad de elegir una u otra, habiendo optado por esta última, respeto de la que el Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de julio de 2002 (RJ 2002, 7146), al interpretar el idéntico y precedente artículo 125, primer párrafo, segundo inciso, de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (RCL 1987, 2440) indica que "La remuneración -como la otra opción, de lucro cesante- se funda en el acto ilícito que ha causado el daño al derecho de autor y tiene por función el atribuir al titular de éste los beneficios que ha obtenido el infractor y, al tiempo, evitar el enriquecimiento injusto de éste que se aprovecha del bien ajeno sin autorización y sin contraprestación. La acción de resarcimiento es la reclamación de cantidad, que se debe basar en los usos de comercio, normales o razonables en el ramo artístico en que se ha producido la infracción; se produce una inevitable mezcla de criterios objetivos y subjetivos, que no permiten que su cuantía sea fijada con un criterio puramente aritmético, sino que se debe basar en criterios de razonabilidad". Se trata, pues, de un criterio cuantificador que no responde exclusivamente a las pautas tradicionales de la indemnización del lucro cesante (al que obedece la otra opción) sino que incorpora elementos propios de enriquecimiento injusto. Así lo viene a manifestar la doctrina al interpretar este precepto y los correlativos de otros cuerpos legales reguladores de derechos de exclusiva en materia de propiedad industrial, de la que se hace eco los tribunales, entre otros la SAP de Barcelona de 24 de febrero de 2005 (AC 2005, 1094) que afirma que este criterio de cuantificación "se apoya en una

*ficción jurídica, representada por una situación hipotética: que el titular del derecho vulnerado ha otorgado una licencia al infractor que le permite llevar a cabo la actuación que, en realidad, ha supuesto una vulneración del derecho de exclusiva.*

*Pese a ser manifestación más propia del enriquecimiento injusto (en su vertiente de enriquecimiento negativo o *damnum cessans*), cumple también una función indemnizatoria: de un lado impide al infractor disfrutar del beneficio que resulta del ahorro de la regalía o canon que hubiera debido pagar y, de otro, representa también una ganancia dejada de percibir por el titular, pues se parte de que el mismo no hubiera concedido una licencia gratuita a favor de un tercero" hasta el punto que determinadas resoluciones entienden que esta modalidad de resarcimiento "tiende, según una pacífica doctrina, a la reparación de un daño insito en la esencia misma de la infracción y que, como tal, no precisa de una puntual acreditación (en contra de la tradicional doctrina jurisprudencial relativa a la exigencia de probar la existencia y la cuantía del daño para que pueda ser indemnizado), pues se tiene la íntima convicción de que el titular de los derechos de autor hubiere percibido una remuneración (cualquiera que ésta fuese) de haber permitido la utilización de los que lo fueron sin su consentimiento y que, por tanto, ha dejado de obtener una suma que, en otras condiciones, habría percibido" (sentencia de 19 de diciembre de 2001 [ JUR 2002, 68318] de la misma Audiencia). Distinto es el régimen en caso de elegir la otra opción -el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita- en cuyo caso al ir encaminado a indemnizar el lucro cesante sí es de plena aplicación la doctrina jurisprudencial relativa a esa forma del daño (STS 26 de junio de 1998 [ RJ 1998, 5019] ) que se orienta en el sentido de exigir para su estimación probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ventajas, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas.*

*Estas consideraciones conllevan la desestimación de la oposición planteada al respecto por las demandadas, apoyadas en un informe pericial que propiamente excede en el fondo de lo que debe ser el objeto de la pericia*

*cuál es aportar conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos relevantes en el asunto (artículo 335 LECiv [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892] ) ya que plantea cuestiones de orden jurídico, ajenas a la cualificación del informante y en todo caso, cuya determinación corresponde al juzgador. No se trata aquí de fijar sí la editorial hubiera obtenido beneficios (y en qué cuantía) si no se hubiera producido el hecho de colgar en Internet la obra, a disposición de terceros para su consulta y descarga (que responde más a la idea de lucro cesante) ya que al criterio no es elegido, sino que, lo relevante es cuál sería la remuneración o canon que hubiera percibido el titular de los derechos si hubiera autorizado la explotación. En todo caso, lo que parece evidente es que la actuación de las demandadas es causante de daños a la actora, que ha visto como su derecho de exclusiva se ve quebrantado y cualquier persona, a través de Internet, ha podido obtener libremente la obra sin ningún tipo de contraprestación a cambio, y por tanto sin necesidad de adquirirla en soporte no digital, produciéndose una difusión generalizada que tampoco se adecua a la propia naturaleza de la obra, como obra especializada y de acceso limitado, lo cual también supone un desvalor para los ejemplares impresos, no siendo cierto encontremos ante una obra descatalogada y fuera del mercado, y por tanto la actuación de las demandadas no es generadora de daño alguno, ya que es una obra que se comercializa aun precedente al público actual de 975, por lo que la estimación efectuada la demanda de 900 € al entenderse como correcta, a la vista de los documentos aportados en la audiencia previa (art. 426 y 265 LECiv) reveladora de que se ofrece al público en librerías especializadas, siendo extemporánea la impugnación de tales documentos en el acto del juicio cuando no se efectuó tal impugnación en la audiencia previa, y en todo caso estar corroborados con certificaciones de Ministerio de Cultura que prueban la adquisición de un ejemplar por ese importe.*

*CUARTO.- Para fijar la remuneración hipotética le corresponde a la parte acreedora aportar datos que justifiquen la petición, sin que se*

aprecie impedimento alguno en su determinación a través de una pericial (como ocurre en un supuesto de infracción de marcas en sentencia del TS de 17 de marzo de 2000 [RJ 2000, 2017] ), que no es vinculante, pero sí ilustrativa de determinados factores a tener en cuenta para esta fijación. Y si de ordinario es compleja y dificultosa esta determinación, más lo es en el caso que nos ocupa ya que se trata de fijar la licencia por la explotación de un libro en Internet, medio de enorme variedad, flexibilidad, especialmente cambiante, sin que se existan pautas consolidadas acerca de la explotación de los libros electrónicos y ello agravado con varias circunstancias específicas concurrentes como son el carácter gratuito del acceso a la página Web explotada por las demandadas, y la naturaleza especializada y singular de la obra, que no está dirigida al público general sino los estudiosos de la obra de Cervantes, así como su volumen, superior a las 4000 páginas en siete volúmenes, con un precio de venta al público de 900 € (al tiempo de la interposición de la demanda), habiendo adquirido la editorial los derechos de edición, publicación y venta a los herederos del autor en octubre del 2004 por importe de 3.000 € (documento número 8).

Se apunta en la demanda que la comercialización de libros electrónicos (o conocidos también e-books) da lugar en unos casos a retribuciones porcentuales (entre 30%-50%) sobre las consultas/descargas realizadas por Internet (sistema empleado por la actora para la explotación electrónica de revistas jurídicas, documento núm. 18) y otros casos se establecen importe fijo (0,075 €) por cada página digitalizada puesta a disposición del usuario, multiplicada por el número de usuarios potenciales del recurso informático (sistema empleado por CEDRO, documento número 19).

Nos encontramos aquí no ante una obra de divulgación o difusión general sino especializada, dirigido a unos usuarios muy concretos y específicos, circunstancia que no puede ser olvidada, sin que se comparta íntegramente la estimación contenida en el informe pericial de la actora que efectúa una traslación automática de visitas a descargas individuales, sin que parezca haber tenido en cuenta la posibilidad de que muchas de las

visitas puedan haber sido efectuadas por la misma persona para consultar diversos extremos o particulares de la obra, ya que no se puede equiparar visitas necesariamente a descargas. El que sea posible que al acceder al sitio Web, y dentro de él, a la obra digitalizada, se proceda también a "descargarla" a su ordenador no permite afirmar, sin más, que las 39.031 consultas hayan sido efectivamente 39031 descargas. Por otra parte, aunque se apunta, no hay que perder de vista el carácter gratuito de la visita o consulta, y no escapa a nadie que si la misma fuera previo pago, el número sería considerablemente inferior, teniendo en cuenta, además, que precisamente el tratamiento informático de una obra tan extensa es un mayor atractivo para la consulta, pues se facilita el acceso al contenido de la obra, ya que no parece descabellado concluir que el número de consultas a un libro de estas características en formato electrónico será mayor que el número de consultas a un libro en soporte papel por las facilidades y conexiones que permite el tratamiento informático.

Ateniendo a este conjunto de circunstancias, puestas en relación con las desglosadas en el fundamento anterior, no parece ajustada la cifra reclamada de 96.733 €, desproporcionada a la propia valoración económica de los derechos de explotación efectuada en el contrato de compra de derechos suscrito en 2004, pues hay que recordar que nos encontramos ante una obra muy especializada, cuyo mercado es también reducido, sin que puede ser equiparado al de la revistas jurídicas o al de las enciclopedias generales. Aunque no se aportan datos por la actora (ni tampoco han sido interesados por las demandadas) de cuáles han sido las ventas de esta obra en los últimos años a fin de poder establecer una cifra ponderada del público destinatario, y que todo caso por ser una obra de referencia las emisiones en papel se puede presumir que no van a desaparecer, parece más prudente y ajustado, a la vista del conjunto de datos expuestos, estimar la cifra de 20.000, tomando como referencia el sistema de cálculo seguido por CEDRO (que arroja un total de 329,93 € por obra) cuyas tarifas están sujetas a control administrativo, considerando el carácter reducido del público destinatario, que no se

*trata de una explotación parcial de la obra (no desvirtuado ello porque le falten algunos gráficos en una obra que supera las 4000 paginas) y que la exposición en la red inconsentida tuvo una duración probada de varios meses (diciembre 2003 a marzo 2004) si bien es cierto que la posibilidad de descargar el documento en el ordenador personal permite ulteriores e ilimitadas copias realizadas por el usuario a cualquier persona, al no haberse probado que dispusieran de sistema de protección, lo cual tampoco ha de ser obviado, por lo que el lapso temporal es un dato de importancia relativa en estos casos, pues el entorno digital conlleva que las copias digitales puedan propagarse mucho mas, con el consiguiente mayor impacto económico al no ser controlables.*

*Finalmente, y retomando lo dicho anteriormente, el que las demandadas sean entidades sin ánimo de lucro no es motivo para considerar no aplicable el criterio legal de la remuneración hipotética, ya que, a pesar esa naturaleza, las entidades demandadas actúan en el tráfico mercantil y si se sirven o quieren servirse de productos o servicios (en este caso, la exposición en su página o sitio Web de la obra que nos ocupa para incrementar su valor o prestigio o por cualquier fin) deben concertar el correspondiente contrato. Y si no lo hacen, como aquí ocurre, someterse a sus consecuencias, y entre ellas, la equiparación legal de los perjuicios por su actuación a la contraprestación que hubiesen tenido que pagar por el uso legítimo, sin que se considere de aplicación la tesis que afirmar que no cabe el criterio de la regalía hipotética porque se trata de una hipótesis que en la realidad no se produce. Tal tesis parte del supuesto de que el titular de los derechos no otorga licencias, cuestión que aquí no se acreditada (y se aporta documentación en sentido contrario, doc. núm. 18), y que es distinto a lo planteado. Y ello al margen de que tal tesis es objeto de críticas ya que la Ley no condiciona la elección del criterio a que efectivamente el titular de los derechos de exclusiva otorgue licencias; cuestión distinta es la valoración de la regalía hipotética en ese caso, más dificultosa, pero no imposible a través de la prueba correspondiente.*

*QUINTO. -Resta por analizar la petición de publicación del fallo en dos periódicos de difusión nacional. Si bien es cierto que el artículo 139 [TRPLI \( RCL 1987, 2440\)](#) no lo contempla expresamente, como sí aparece en el art. 18 [LCD \( RCL 1991, 71\)](#) o en el artículo 41 de [LM \( RCL 2001, 3001\)](#), el término "podrá" del artículo 139 permite considerar enumerativa las acciones previstas en dicho precepto; numerus apertus que se confirma si se pone en relación con el artículo 138 y por tanto tiene cabida en éste. Ahora bien, trayendo a colación al respecto la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la [sentencia de 29 de abril de 2002 \( RJ 2002, 5701\)](#) (en materia de marcas) que determina que esa publicación no es automática, no se aportan datos que justifiquen aquí que el resultado del litigio se difunda en dos diarios de tirada nacional, cuando desde marzo de 2004 se descolgó la obra de la Web.*

*SEXTO. -Las costas procesales se imponen a las partes demandadas, pues aunque no se acuerde la publicación y se reduzca la cuantía de la indemnización con relación a la petición, hay que concluir que la pretensión de indemnización si ha sido estimada, y por tanto, no debe la actora soportar los gastos a los que ser visto obligada por la actuación de las demandadas, al considerarse esencialmente estimada la demanda.*

*En todo caso, y aunque se entendiese parcial la estimación, se considera totalmente justificada esta imposición por la oposición frontal de las demandadas a la totalidad de la demanda, negando la existencia de infracción cuando con carácter previo había realizado actos y manifestaciones de reconocimiento, por lo que sería en todo caso de aplicación lo dispuesto en el artículo 394. 2 in fine, ya que sí entendía que no procedía la publicación o la indemnización, o que esta era desorbitada, lo justificado era limitar su oposición a tal pretensión.*



Vistos los preceptos legales y de más de aplicación al caso

### **FALLO**

Que estimando la demanda interpuesta por Editorial REUS SA contra la Universidad de Alicante y la Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes Saavedra debo declarar que las demandadas han infringido los derechos de propiedad intelectual que corresponden a Editorial REUS SA sobre la obra "Vida ejemplar y heroica de Miguel de Cervantes Saavedra con 1000 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 de que dispongan de la obra

referida, así como de sus copias y b) a indemnizar a Editorial REUS SA en la suma de 20.000 €.

Las costas causadas se imponen a las demandadas.

Contra esta sentencia cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Alicante a preparar ante este Juzgado en el plazo de cinco días.

Así por esta sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

El Magistrado Juez

**PUBLICACIÓN.**-Se ha dado la publicidad prevista en las leyes. Doy fe.