

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2012
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

El daño moral. Elementos para su apreciación.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª

FECHA: 15-6-2011

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo a través del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Id Cendoj: 46250370092011100258.
Actualización: 11-8-2012.

OTROS DATOS: Recurso 305/2011. Sentencia 253/2011.

SUMARIO:

“Por la representación de la entidad CREA MEDICINA DE LA REPRODUCCIÓN SL se interpone recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de los de Valencia de 15 de febrero de 2011, desestimatoria de la demanda instada por la indicada mercantil contra la sociedad FECUNDACIÓN IN VITRO SLP SL en ejercicio de las acciones de cesación e indemnización de daños y perjuicios ejercitadas al amparo de la Ley de Propiedad Intelectual, por cuanto entiende la magistrada «a quo» que la entidad actora no ha acreditado debidamente su condición de autor en los términos que resultan de la expresada norma, al tiempo que declara que carece de protección el glosario de términos médicos contenido en la página web de la demandante por tratarse de definiciones habitualmente utilizadas en el sector, carentes de originalidad en la medida en que se basan en el contenido de la Ley de Reproducción Asistida. Con análisis del contenido de los textos controvertidos concluye en la falta de prueba de la condición de autor y de obra protegible, así como de los daños y perjuicios reclamados por lo que absuelve a la parte demandada de los pedimentos contra ella deducidas e impone las costas a la demandante por aplicación del principio de vencimiento”.

[...]

“En lo que al daño moral se refiere, el artículo 140 de la LPI ha sido interpretado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián ... en el sentido de que «... la norma deslinda el daño moral del patrimonial, de manera que los daños morales no son objeto de prueba en sí mismos, sino lo que debe probarse es el hecho generador del daño y las circunstancias de su producción, procediendo su indemnización aunque no se pruebe la existencia de perjuicio económico ...».”.

“Y añade que para determinar la cuantía del daño moral conviene ponderar las circunstancias a que se refiere la norma, a saber: las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra”.

“En el supuesto que se somete a nuestra consideración - y a diferencia de lo indicado en el apartado anterior -, entendemos que habiéndose probado el hecho generador del daño y estando exento de prueba el daño moral en sí mismo, la cantidad solicitada por la demandante es adecuada. Atendemos para ello a los siguientes parámetros: 1) al hecho del desconocimiento exacto del tiempo en que los textos copiados literalmente permanecieron en la página web con anterioridad al momento en que se detecta la infracción ... -, 2) al hecho relevante de que el ámbito de actuación profesional de ambas sociedades sea común y muy específico - la reproducción asistida -, y 3) a la circunstancia de que la difusión se haya producido a través de la red, que supone un importante porcentaje para la captación de clientes tanto nacionales como extranjeros para cada una de las sociedades en litigio”.

COMENTARIO: El artículo 140 de la Ley española de Propiedad Intelectual, contiene tres elementos a tomar en cuenta por el Juzgador para evaluar la cuantía del resarcimiento por el daño moral causado por la violación a uno cualquiera de los derechos del autor, pero no parece ser una enumeración taxativa, de modo que podrían considerarse también otros factores, de acuerdo a las características del caso concreto. En la doctrina, Cifuentes, aunque admite que es dificultosa la valoración del daño moral en materia de derecho de autor no es imposible, y que el Juez debe valorar las expresiones del espíritu y sus valores traducidos en dinero para la indemnización justa, y se pregunta, por ejemplo, cuánto vale un cuadro plástico, una actuación profesional de abogado, de médico, de arquitecto, un escrito científico, y en orden del derecho moral, desprendido de su faz material, la personalidad de su autor, la creación de su espíritu, etc., y a los efectos del resarcitorio del daño moral, pone algunos elementos de referencia, entre ellos, los siguientes: a) El tipo de obra; b) Las condiciones del lesionado, entre ellas su dedicación, pues padece más quien vive de su arte o de su ciencia, que aquel que ha creado como al pasar, sin que la creación sea el fin de su existir; c) La extensión o repercusión del hecho violador, porque, comenta textualmente: *“es más insoportable la difusión en los mass media, en los carteles publicitarios, por televisión, que en vidrieras o afiches aislados”*; d) La calidad de la obra y sus ofertas en otros bienes personalísimos, como el honor, también herido; e) La imagen personal puesta en la calle; f) En fin –concluye-, *“siempre tendrá el juez elementos diferenciadores acumulados: identificadores del dolor, de la trayectoria vital invadida. A ellos debe acudir”*¹. La jurisprudencia en la Argentina se ha ocupado varias veces del tema de la valoración del daño moral en materia de derecho de autor, al resolver por ejemplo que *“a fin de cuantificar el daño moral, debe efectuarse una razonable ponderación de las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión, el grado de difusión ilícita de la obra, así como la indefensión del titular para custodiar el objeto de su derecho, como consecuencia de la inmaterialidad de la obra que impide su custodia física por su dueño y a los medios tecnológicos que facilitan su apropiación, de modo que los titulares queden adecuadamente compensados y constituya un medio disuasivo eficaz con respecto al infractor”*². Y también que *“... el daño moral no tiene por qué fijarse en relación con el daño patrimonial, pues consiste en el ataque a bienes*

¹ CIFUENTES, Santos: *Daños. Cómo evaluar el resarcimiento por la utilización no autorizada de las obras. Su incidencia en la jurisprudencia (desde la perspectiva del magistrado)*, en el libro memorias del V Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales. Buenos Aires, 1990, pp. 307-308.

² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A. Fallo del 5-2-1996.

jurídicos extrapatrimoniales del damnificado y debe ser plenamente resarcido”³. En Brasil, con relación al plagio, se ha sentenciado que “el daño moral es un fenómeno subjetivo, imposible de medirse empíricamente (por medios ordinarios de prueba), de manera que el grado del plagio sugiere la misma extensión del daño, que ciertamente no es el mismo en el caso del plagio de una pequeña parte o de la totalidad de la obra”⁴. © Ricardo Antequera Parilli, 2012.

TEXTO COMPLETO:

Ilmos. Sres.:

D^a Rosa M^a Andrés Cuenca

D^a M^a Antonia Gaitón Redondo

D^a Purificación Martorell Zulueta

En la ciudad de Valencia, a 15 de junio de 2011.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a Purificación Martorell Zulueta, el presente Rollo de Apelación número 305/11, dimanante de los Autos de Juicio Ordinario 1318/09, promovidos ante el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Valencia, entre partes; de una, como demandante apelante, CREA MEDICINA DE LA REPRODUCCION, SL, representado por la procuradora Teresa Pérez Orero, y asistido por el letrado Antonio J. Martínez Boda, y de otra, como demandado apelado, FECUNDACION IN VITRO VALENCIA SLP, SL, representado por la procuradora Margarita Sanchis Mendoza, y asistido por el letrado Ricardo Pérez Garrigues.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada, pronunciada por el señor Juez de lo Mercantil número 2 de Valencia, en fecha 15 de febrero de 2011, contiene el siguiente FALLO: "Que desestimando totalmente la demanda interpuesta por la procuradora doña Teresa Pérez Orero, en representación la mercantil CREA MEDICINA DE LA REPRODUCCION,

SL, contra la entidad mercantil FECUNDACION IN VITRO VALENCIA SLP, SL, representada por la procuradora doña Margarita Sanchis Mendoza, debo absolver y absuelvo a la parte demandada de todos los pedimentos deducidos en su contra, con expresa imposición en costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, remitiéndose los autos a esta Audiencia, tramitándose la alzada, con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los de la resolución apelada sólo en lo relativo a las citas legales y de resoluciones judiciales.

PRIMERO.- Por la representación de la entidad CREA MEDICINA DE LA REPRODUCCIÓN SL se interpone recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de los de Valencia de 15 de febrero de 2011, desestimatoria de la demanda instada por la indicada mercantil contra la sociedad FECUNDACIÓN IN VITRO SLP SL en ejercicio de las acciones de cesación e indemnización de daños y perjuicios ejercitadas al amparo de la Ley de Propiedad Intelectual, por cuanto entiende la magistrada "a quo" que la entidad actora no ha acreditado debidamente su condición de autor en los términos que resultan de la expresada norma, al tiempo que declara que carece de protección el glosario de términos médicos contenido en la página web de la demandante por tratarse de definiciones habitualmente utilizadas en el sector, carentes de originalidad en la medida en que se basan

³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A. Fallo del 24-4-1985.

⁴ Novena Cámara Civil del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande Do Sul. Sentencia del 10-8-2011.

en el contenido de la Ley de Reproducción Asistida. Con análisis del contenido de los textos controvertidos concluye en la falta de prueba de la condición de autor y de obra protegible, así como de los daños y perjuicios reclamados por lo que absuelve a la parte demandada de los pedimentos contra ella deducidas e impone las costas a la demandante por aplicación del principio de vencimiento.

Contra la expresada Sentencia se alza la parte actora, quien formaliza su recurso de apelación al folio 237 y los siguientes del procedimiento alegando:

1.-Error en el Antecedente 3º de la Sentencia por cuanto que se dice en el mismo que la demandante ha desistido de la conducta ilícita por la retirada de contenidos verificada de adverso cuando no ha mediado desistimiento alguno. Lo que afirmó su representada en la Audiencia Previa es que había mediado un allanamiento parcial tras la presentación de la demanda y habiéndose aquietado la adversa al cese se delimitó el objeto a la indemnización en referencia a la utilización de elementos de la página web de la actora y a la atribución de la titularidad, debiéndose haber considerado este extremo a los efectos del correspondiente pronunciamiento sobre costas.

2.-Infracción del artículo 6.1 en relación con el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: interpretación errónea de la prueba practicada. Y dice:

2.1. No pretende proteger la información sino el contenido de la página web como tal ya que ella en su conjunto es lo que constituye la "obra" objeto de protección. Es cierto que no hay un plagio total sino sólo en referencia a determinados textos, pero si hay copia en cuanto a la forma de presentarlos, así como de su estructura. No hay recogida en la normativa una categoría de obra que se denomine "página web" pero ello no impide solicitar su protección como obra y lo cierto es que la página de la actora ha sido parcialmente plagiada por la entidad demandada en cuanto a sus contenidos.

2.1. En lo que se refiere a la condición de autor se ha de partir de la presunción de autoría de quien se identifica en la misma. La página es propiedad de CREA y aparece en ella el copyright lo que provoca una inversión de la carga de la prueba. Considera la recurrente que la Sentencia de instancia incurre en error de interpretación de la declaración de Abel y señala que Clemente no es más que un partícipe en la obra colectiva efectuada bajo la iniciativa y la titularidad de la actora. Añade a lo anterior que la entidad demandada no había cuestionado la paternidad o la titularidad sobre el contenido de la obra y por tanto la autoría no era hecho controvertido en el procedimiento.

3.-Exigencia de aportación de la obra original al proceso: no tiene sentido porque lo que hay aportar son las pruebas necesarias y suficientes para acreditar los hechos denunciados y el contenido de la página web y eso ha sido puesto de manifiesto a través de la prueba documental.

4.-Infracción del artículo 10 del TRLPI: el contenido de la página web de la demandante reúne los requisitos de obra legalmente exigidos porque se trata de una obra de creación humana, reúne los requisitos de originalidad y se ha expresado sobre soporte, sea éste tangible o intangible. En cuanto a la originalidad destacó que no está relacionada con el concepto de novedad sino con la visión personal que de la realidad tiene el autor de la obra. La Sentencia de instancia, en lo que al glosario se refiere, confunde originalidad y novedad. Lo que se denuncia es la copia literal de algunos conceptos del glosario incluidos en la página web. No se discute que se pueda incluir el concepto de aborto sino que se haga de forma literal respecto del concepto de aborto que aparece en la página web del demandante. Los glosarios aportados por la demandada no coinciden de la misma forma, mientras que la demandada ha plagiado los textos utilizados por CREA, y no sólo copió los textos, sino sus respectivas versiones en otros idiomas. También se pretende la protección de la forma en que se comunican los logros médicos alcanzados, respecto de los que se ha reconocido en juicio que la demandada nada

tuvo que ver con los mismos. Y cita las resoluciones judiciales que estima de aplicación al caso en sustento de la tesis que defiende.

5.-La entidad demandada ha plagiado parte del contenido de la página web de la demandante, tratándose de una copia burda y literal de parte de los contenidos.

6.-Procede la indemnización de los daños y perjuicios porque estos se han producido y porque se han fijado las bases de cuantificación en el hecho séptimo de la demanda. Y procede, bien en el importe reclamado, bien en los términos que modere el Tribunal.

7.-En cuanto a las costas de la Primera Instancia argumenta que medió un allanamiento parcial a la demanda derivado de la retirada de contenidos, que no debió suponer la imposición de costas a su representada.

Y termina por suplicar del Tribunal de alzada la revocación de la Sentencia apelada y que se dicte otra en la que se estime íntegramente la demanda presentada en su día, dando por cumplida la condena en cuanto al cese de la actividad defraudatoria y condenando a la entidad demandada al pago de la indemnización contenida en el suplico de la demanda, o a la que alternativamente pudiera fijar la sala en los términos solicitados en el otrosí primero de la misma, condenándola igualmente al pago de las costas causadas en la primera instancia, y en todo caso, si el recurso no fuere estimado se dicte sentencia en los términos contenidos en el motivo séptimo del mismo. La cantidad solicitada en concepto de indemnización en la demanda alcanza la cantidad de 15.000 euros en concepto de daños y perjuicios y 5000 euros más en concepto de daño moral.

Al expresado recurso de apelación se opone la representación de la parte demandada por las razones que se exponen al folio 257 y los siguientes de las actuaciones, alegando en síntesis: 1) la inexistencia de error en el

antecedente tercero de la sentencia por cuanto que la actora manifestó que no era objeto del proceso el cese de la conducta, al haberse retirado de la página web los contenidos señalados como vulneradores de su derecho de autor. 2) No fue aceptada la condición de autor ni la propiedad de la actora respecto de los contenidos, resultando de lo actuado que la autoría de los mismos se atribuye a Clemente, que no ha intervenido en el proceso como tampoco lo ha hecho Alicia. 3) No hay error de valoración de la prueba practicada por cuanto que no se han copiado textos de la propiedad de la actora, ni su forma de presentarlos ni la estructura de su página web, habiéndose discutido expresamente la titularidad en el hecho quinto del escrito de contestación a la demanda. 4) No hay infracción del artículo 10 del TRLPI por cuanto que no concurren los requisitos necesarios para su aplicación, haciendo referencia a meras definiciones médicas contenidas en un glosario que aparece en otras páginas web. La rectificación fue anterior a la presentación de la demanda y así ha sido reconocido en la misma. 5) No ha habido daño, no se ha acreditado la pérdida de clientes, que por el contrario, han aumentado. 6) No procede la modificación del pronunciamiento sobre costas porque la retirada de contenidos fue anterior a la presentación de la demanda. E interesa la desestimación del recurso con las consecuencias inherentes a tal pronunciamiento.

SEGUNDO.- Es doctrina reiterada del T.S. (SS 21.4 y 4.5.93 y 14.3.95) la de que los Tribunales de alzada tienen competencia no solo para revocar, adicionar, suplir o enmendar las sentencias de los inferiores, sino también para dictar respecto de todas las cuestiones debatidas el pronunciamiento que proceda, resultando del artículo 456, 1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 que "en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de primera Instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo

examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación."

Partiendo de cuanto se ha expuesto, este Tribunal ha procedido de nuevo al examen de las alegaciones oportunamente deducidas en relación con la actividad probatoria desplegada en la instancia y como consecuencia de tal examen revisor hemos llegado a la conclusión de que procede la estimación del recurso de apelación y la revocación de la Sentencia apelada, en los términos que se expondrán a continuación.

Punto de partida de nuestra reflexión es el relativo a los antecedentes fácticos obrantes en las actuaciones, resultando de las alegaciones de las partes y de la prueba practicada que: La sociedad actora CREA MEDICINA DE LA REPRODUCCIÓN SL se constituyó en el año 2004 y la sociedad demandada en mayo 2008, teniendo ambas entidades un ámbito de actividad común en el marco de las técnicas médicas de reproducción asistida, habiendo existido relación profesional entre uno de los socios de la demandada y la actora con anterioridad a la constitución de FUNDACIÓN IN VITRO VALENCIA SLP SL.

La entidad demandante es propietaria de la página web cuya dirección es www.crea.ws (a la que también se accede a través de www.creavalencia.com) y la demandada es propietaria de la página www.fiv-valencia.es.

Se ha aportado por la demandante acta notarial de 30 de julio de 2009 - folio 71 y los siguientes – de la que resultan los contenidos de los textos objeto de debate en el presente procedimiento correspondientes a cada una de las dos páginas web controvertidas. Resulta asimismo de la demanda - presentada el 3/11/2009 - y de la contestación que como consecuencia del requerimiento practicado a la demandada en el mes de octubre de 2009 - folio 92 de las actuaciones - para que procediera a la retirada de los pasajes que constituían copia literal de la página web de la demandante - entre otros aspectos -, aquella

procedió a retirar determinados párrafos y referencias en la versión en español. La parte demandada, aun sosteniendo en su escrito de oposición que los términos que la actora se irroga pertenecen al uso y conocimiento de los profesionales médicos (bien por tratarse de definiciones legales contenidas en la Ley de Reproducción Asistida, bien por tratarse de glosarios de términos médicos) admitió expresamente - folio 121 – haber procedido a eliminar todos los párrafos motivadores de la demanda "para evitar cualquier clase de conflictos" con la actora, aportando - en acreditación de lo expuesto - acta notarial de 2 de febrero de 2010 en la que se constata la retirada de textos, incluso en las versiones inglesa, alemana e italiana.

De los contenidos de los "pantallazos" de ambas páginas en conflicto incorporados a los folios 94 a 100 de las actuaciones se observa - con referencia a la fecha en que fueron realizados - la existencia de textos comparativamente idénticos en su redacción y disposición, del mismo modo que en el acta notarial de 30 de julio de 2009.

1.-En relación con el Antecedente Tercero de la Sentencia apelada respecto del cual la recurrente argumenta la magistrado "a quo" ha incurrido en error al tenerla por desistida de la pretensión de cese de la conducta ilícita por razón de los términos en que se desarrolló el trámite de la Audiencia Previa, se ha de estar a lo que resulta del soporte de grabación audiovisual que documenta el trámite.

Revisado dicho acto, resulta de la grabación que, a preguntas del magistrado que presidió la sesión, la parte actora destacó que a lo largo del desarrollo del procedimiento se han habido ido retirando por la demandada aquellos contenidos constitutivos de copia literal que motivaron la pretensión de cese en su utilización por la demandada, por lo que en lo relativo a tal pedimento entendía que ya se había cumplido de contrario y delimitaba su pretensión en el sentido de que teniendo por acreditados los hechos se dictará el pronunciamiento indemnizatorio derivado de ellos.

En el Antecedente Tercero de la Sentencia apelada se dice literalmente: "la audiencia previa se celebró el día señalado con la asistencia de ambas partes. No habiendo alcanzado acuerdo alguno, se abrió el acto, ratificando las partes sus respectivos escritos alegatorios; si bien la actora desistió de la pretensión de cese de la conducta ilícita, al haber retirado la demandada de su página web, todos los contenidos señalados como vulneradores de su derecho de autor."

Consideramos con la recurrente que el motivo de apelación debe prosperar pues propiamente no medió desistimiento de la pretensión de cese (y así se desprende de las propias alegaciones de la parte contraria al contestar al recurso - folio 258 de las actuaciones) sino que, tomando como punto de partida el hecho de la retirada por la demandada de los contenidos controvertidos - que la actora calificó como "cumplimiento" de lo pedido - solicitaba la condena al abono de las indemnizaciones interesadas en la demanda sin prescindir de la base fáctica necesaria para ello, sin que conste en momento alguno que renunciara a los pronunciamientos declarativos del suplico del escrito de demanda que antecede a los de condena y que rezan literalmente: "Se declare: 1. Que la entidad demandada, ha reproducido en su página web y puesto a disposición de los usuarios de la misma, textos e informaciones copiados literalmente de la página web de la entidad demandante, contenidos entre otros, en el acta notarial acompañada como doc.3 de la demanda, así como en los documentos del 17 al 23 de la demanda, cuya autoría y titularidad corresponde a la entidad CREA MEDICINA DE LA REPRODUCCIÓN SL. 2.- Que la entidad demandada se ha atribuido la autoría de los referidos textos copiados de la página web de la demandante y que ha reproducido en su página web y puesto a disposición de los usuarios de la misma."

Entendemos por ello que no medió propiamente un desistimiento en los términos que resultan del artículo 20 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino más bien una situación de satisfacción extraprocesal, parcial

y sobrevenida, al proceder la parte demandada a completar con posterioridad a la presentación de la demanda la retirada de contenidos iniciada tras el requerimiento operado en el mes de julio. Se destaca, al efecto, que la demanda se presentó en 3 de noviembre de 2009, el emplazamiento de la parte demandada operó el 12 de enero de 2010 y el acta notarial que plasma la retirada de los contenidos es de fecha 1 de febrero de 2010, momento en que se constata fehacientemente en el proceso la retirada de los contenidos.

No hay por tanto desistimiento sino delimitación de los aspectos sobre los que subsiste la controversia en el momento de la celebración de la Audiencia Previa.

2.-La entidad actora, en su demanda - Hecho Cuarto, páginas 6 y 7 del escrito - describió el marco de la protección que interesaba, al decir literalmente que "el contenido de la página web de mi representada, ha sido redactado, confeccionado, editado y divulgado, a partir de su iniciativa, bajo su coordinación y dirección, y por personal a su cargo, de tal manera que la titularidad íntegra de la misma y el resto de los derechos sobre ella, le corresponden" para seguidamente exponer que "parte del contenido de la página web de la demandada ha sido copiado literalmente" de la suya, procediendo seguidamente a relacionar comparativamente los textos que aparecían en una y otra, y concluir que la demandada se atribuyó – por razón de la copia literal de contenidos -logros médicos que no le correspondían y plagió contenidos literarios de una página de titularidad ajena, tanto en la versión en español como en las versiones en inglés, italiano y alemán.

La Sentencia apelada considera que no se ha aportado a las actuaciones la obra original - que es lo que constituye el objeto de protección en materia de propiedad intelectual - sino únicamente una serie de "pantallazos" de parte de la misma en la que aparecen los textos controvertidos, de manera que reputa insuficiente dicha prueba a los efectos de obtener la protección que se pretende, para

argumentar, seguidamente - con apoyo en la cita de diversas resoluciones judiciales - que el contenido respecto del cual se imputa el plagio viene referido a contenidos carentes de originalidad - definiciones médicas -, concluyendo que los textos incorporados a la página web de la entidad actora carecen de las notas necesarias para conceptualarlos como obras protegibles.

Este Tribunal no comparte las conclusiones que al respecto se contienen en la resolución apelada.

Conforme al contenido del Artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, debiendo destacar, en lo que ahora nos interesa, que la norma protege las concretas plasmaciones plásticas que por ser además originales sean susceptibles de ser consideradas obras en los términos de la anterior definición, entre las que se enumeran - como lista abierta - las relacionadas en el precepto. Nada obsta, por tanto, a la demanda de protección de los textos que se contienen en el ámbito de las páginas web cuando los mismos han sido objeto de plagio.

Consideramos que la actora ha cumplido con la carga de la prueba al aportar a las actuaciones las imágenes de pantalla de las respectivas páginas web obtenidas a presencia notarial en fecha 30 de julio de 2009, tras el proceso que se describe en la diligencia levantada al efecto, mediante el procedimiento de entrada en la red y visualización del contenido de las páginas web a través del ordenador, quedando constancia de dicho contenido con referencia al momento temporal en que se hacen tales comprobaciones por fedatario público y se procede, al mismo tiempo, a su impresión para plasmar sobre el papel el contenido digital de la información objeto de comprobación, como hiciera, a su vez, la parte demandada, para probar, en febrero de 2010, que había retirado los contenidos controvertidos de su página.

Cierto es que la sentencia se refiere especialmente a los documentos 17 a 23 consistentes en simples pantallazos impresos, pero lo que se ha venido a discutir sobre ellos en la primera instancia no es que no se correspondan con la realidad de lo existente en el momento de su impresión sino que los contenidos de los textos que aparecen en una y otra página (párrafos literales en muchos casos, o con pequeñas precisiones de referencia a cada de una de las respectivas entidades litigantes) sean susceptibles o no de protección desde la perspectiva de la Ley de Propiedad Intelectual, que es una cuestión distinta.

La Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de San Sebastián (Roj: SAP SS 812/2007; Pte. Sr. Peñalba Otaduy), en un supuesto en el que - como ahora - había existido una relación profesional previa entre los afectados, se había congado la identidad de textos en los contenidos de ambas páginas web y se había cuestionado - también como ahora - la concurrencia del requisito de la originalidad por tratarse de la enumeración y descripción de distintas actividades y atracciones propias de un mercado medieval, se afirma - con cita de la STS de 26 de noviembre de 2003 - que "lo relevante es la forma original de la expresión", y no tanto que la idea o los datos expuestos sean conocidos o novedosos, lo que supone "... que la originalidad concurre cuando, en términos de la SAP de Barcelona de 10 de marzo de 2000, "la forma elegida por el creador incorpora una especificidad tal que permite considerarla una realidad singular o diferente por la impresión que produce".

Y en el caso que ahora nos ocupa, entendemos, como entendiera la Audiencia de San Sebastián en el caso descrito, que los textos obrantes en la página web de la demandante son susceptibles de protección, congado en las actuaciones la práctica coincidencia literal de alguno de los párrafos contenidos en las respectivas páginas de los litigantes, y que tal situación puede valorarse desde la perspectiva del plagio en los términos en que se conceptúa en la sentencia de la Sala

Primera del Tribunal Supremo, de 26 de noviembre de 2003 (Pte. Sr. Corbal Fernández, LA LEY JURIS: 369/2004) que apreció su existencia argumentando que el concepto ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales, conforme a lo reiterado en resoluciones precedentes de la misma Sala.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 16 de mayo de 2000 (Pte. Sr. García del Pozo) declara que "... por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial, presentándose mas bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio. Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarlas de los ardidés y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creadora y esfuerzo ideario o intelectual ajeno. No procede confusión en todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva que surge de la inspiración de los hombres. Por todo lo cual el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales, y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales (SSTS. de 28 Ene. 1995, 17 Oct. 1997 y 23 Mar. 1999, entre otras)." Y en lo relativo a las ideas dice que "... hay que señalar que la doctrina es unánime al afirmar y mantener, con mayor o menor claridad, que lo que el derecho de autor protege no son las ideas relacionadas con la obra, inspiradoras o contenido de la misma, sino la forma en que las mismas aparecen recogidas en ella, ya que la libertad de utilización de ideas y conocimientos es esencial para el desarrollo social, cultural, económico y científico. Por ello, en la medida en que las

mismas son separables de la forma utilizada para su exteriorización, tales ideas y conocimientos carecen de protección jurídica, al menos a través del derecho de autor."

El argumento de que los textos controvertidos tengan su origen en algunos casos que no en todos - en la explicación de contenidos legales o de conceptos médicos conocidos no implica que no sean susceptibles de protección en lo que se refiere a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales de los párrafos literalmente coincidentes, sobre todo teniendo presente el hecho de que en la página web de la entidad demandada no se hizo referencia alguna a la procedencia u origen de la información - cita -. Por el contrario, es dato relevante y esencial el expuesto en la relación de antecedentes fácticos de esta resolución en orden a que la entidad demandada vino a acatar el requerimiento dirigido a eliminar de su página web los textos literalmente coincidentes con los existentes en la página de la demandante, para evitar el conflicto -que no obstante ya se había generado- que es el determinante de la indemnización que se pretende amparándose en aquella infracción del derecho de propiedad intelectual, que ha cesado actualmente, pero del que trae causa la indemnización que se postula. Y esto resulta tanto del interrogatorio del legal representante de la entidad demandada como del interrogatorio del testigo propuesto por la misma, al que se hará referencia más adelante.

Por otra parte, el testigo de la demandante Sr. Abel manifestó a preguntas del letrado de la parte demandada que aún siendo posible la existencia de otras páginas web con glosarios, no había coincidencia en las definiciones de los mismos porque estuvieron buscando en otras páginas tras el descubrimiento realizado y no las encontraron, y que lo que pudieron constatar es que sí que aparecían copias de sus textos en algunos foros de la red, lo que queda al margen de esta litis.

La existencia de las coincidencias entre las páginas de la actora y de la demanda resultan asimismo de las declaraciones del testigo de la demandada Sr. Jose Augusto, quien explicó

que recibido el requerimiento efectuado de adverso se le encomendó el trabajo de retirar los contenidos que le iba indicando el Dr. Anton, lo que le supuso varios días de trabajo. Manifestó el testigo que Don. Anton le dijo que tenía que eliminar ciertos párrafos y contenidos de su página web, lo que ocurrió en el mes de octubre de 2009, añadiendo el testigo que se demoró un poco en su trabajo por razón de la enfermedad de su esposa que estaba ingresada en el Hospital. A preguntas del letrado del actor indicó que tuvo varias reuniones con Don. Anton que le iba indicando los párrafos y secciones a eliminar y los contenidos concretos a suprimir, eliminando el testigo - encargado de ello - primero los textos en castellano y después en los demás idiomas (italiano, alemán e inglés). Esto coincide con el tenor de la demanda en cuanto a la secuencia temporal de rectificación de la página web de la parte demandada.

3.- La Sentencia de instancia parte de la premisa de no haber sido acreditada la autoría de los contenidos de la página web de la actora, sin tomar en consideración que en el hecho cuarto del escrito de contestación de la demanda no se negó que la demandante fuera la propietaria de la página web ni tampoco, propiamente, la autoría de los contenidos, sino que lo que vino a discutir fue, de una parte, la coincidencia literal de los textos (que se obtiene de las mera comparación entre ellos) y la protección reivindicada por la actora, al considerar que no podía atribuirse la propiedad de definiciones legales contenidas en la Ley de Reproducción Asistida, o definiciones médicas pertenecientes al conocimiento y uso de los profesionales médicos (folio 119), a cuyo fin aportaba (folios 139 y 141) una cita concreta de la Ley indicada contenida en dos páginas web de otras entidades médicas del mismo sector (Clínica Sagrada Familia y Centro Fiv León).

Al respecto se ha de destacar, en referencia a cuanto se ha expuesto anteriormente, que del examen de la documental aportada por la demandada para sustentar dicha afirmación, resulta una mera coincidencia puntual de esas

dos páginas - que no de estricta redacción como en el caso de las controvertidas - al carácter altruista de la donación de gametos y la compensación económica derivada de las molestias ocasionadas -que representaría sólo uno de los diversos textos objeto de comparación-.

Teniendo presente lo expuesto, concluimos que la Sentencia apelada no ha tomado en consideración la presunción de autoría que resulta del artículo 6.1 de la Ley en virtud del cual "se presumirá autor, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique" apareciendo en la página web de la demandante el anagrama de la sociedad, lo que permite apuntar la titularidad de los textos controvertidos en los términos que se destacan por la recurrente al formalizar su recurso y en la prosperabilidad del motivo de apelación, máxime cuando la autoría no se había discutido por la demandada, lo que incide obviamente en la prueba respectivamente propuesta por las partes en función de los hechos que se fijaron como controvertidos.

4.- Sentadas las bases precedentes, queda por determinar si procede o no conceder a la demandante la indemnización que postula al amparo de los artículos 138 y 140 de la LPI.

Dispone el artículo 140 en su apartado 2 que la indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios que relaciona, habiendo preferido la actora en el hecho séptimo de su escrito de demanda la opción relativa a las cantidades que estima ha dejado de obtener por razón de la actividad infractora - lucro cesante -, amén del daño moral, cuantificando su pretensión en un total de quince mil euros por el primero de los conceptos (equivalente a la cantidad que hubiera obtenido por el tratamiento prestado a tres potenciales clientes) y cinco mil euros por daño moral.

Procede examinar cada una de las indicadas peticiones por separado.

4.1. Sobre el lucro cesante.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1998 establece que " El lucro cesante tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto del de los daños materiales (así, Sentencia de 10 de mayo de 1993), [...] El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna. Por ello, esta Sala ha destacado la prudencia rigorista (así, Sentencia de 30 de junio de 1993) o incluso el criterio restrictivo (así, Sentencia de 30 de noviembre de 1993) para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar, como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización; se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir -lucro cesante- y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión. ...".

La cantidad de quince mil euros que se reclama por la actora en concepto de lucro cesante se sustenta exclusivamente en la declaración efectuada en el acto de juicio por el testigo Sr. Abel – asesor financiero y de la calidad de la entidad demandante - que empezó a desarrollar su actividad para la actora a partir de febrero de 2009 y quien vino a poner de manifiesto que en el año 2008 tuvieron 14.000 visitas a la página y en 2009 - a fecha de septiembre - habían tenido 22.000 visitas diferentes, y que tienen un sistema montado que les permite conocer la procedencia del cliente, de manera que han podido constatar que en el año 2008 un 4% de los clientes procedían de la página web y para el año 2009, situó ese porcentaje en el 6% lo que representó 60 ciclos de tratamiento generados con seguridad en un 100% por la página web. El testigo manifestó haber hecho

un estudio de precios de los tratamientos de infertilidad para ese tipo de ciclos de tratamiento, y que para lo que es su mercado (extranjero que accede por la página web) el precio estaría por encima de los cinco mil euros. A preguntas del letrado de la parte demandada manifestó que no había disminuido el porcentaje de clientes que llegaba a CREA a través de la web, que el precio indicado es el coste medio que abona el cliente y no el beneficio neto de la operación y que hay tratamientos más baratos para otro tipo de clientes, cuyo mínimo podría estar en los mil euros en la gama más baja.

Teniendo presentes las anteriores declaraciones - única prueba que se ha practicado en autos en relación con el perjuicio sufrido por la actora - no cabe sino la desestimación de la pretensión indemnizatoria solicitada en concepto de lucro cesante, por cuanto que de las manifestaciones de su asesor financiero se concluye: 1) un aumento de visitas a la página web y de clientes en 2009 - momento en el que se sitúa la infracción de su derecho - con respecto al año anterior, 2) se apunta que la cantidad reclamada por cliente eventualmente perdido es de 5.000 euros cuando tienen tratamientos cuyo coste para el cliente sitúa en 1000 euros, y 3) se afirma que esos importes no constituyen el beneficio neto de la operación.

Entendemos, por ello, que el lucro cesante no ha sido probado en ninguno de los aspectos que podrían dar lugar a su estimación, pues no consta la incidencia que la infracción haya podido tener en la eventual captación de clientes, ni la cuantificación del potencial beneficio dejado de obtener, por lo que no cabe conceder cantidad alguna por este concepto.

4.2. Daño moral.

En lo que al daño moral se refiere, el artículo 140 de la LPI ha sido interpretado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián citada anteriormente en el sentido de que "... la norma deslinda el daño moral del patrimonial, de manera que los daños morales no son objeto de prueba en sí mismos, sino lo

que debe probarse es el hecho generador del daño y las circunstancias de su producción, procediendo su indemnización aunque no se pruebe la existencia de perjuicio económico. Y a este respecto, para que haya violación del derecho moral basta que haya una divulgación inconsentida, como se considera acreditado en el supuesto de autos."

Y añada que para determinar la cuantía del daño moral conviene ponderar las circunstancias a que se refiere la norma, a saber: las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

En el supuesto que se somete a nuestra consideración - y a diferencia de lo indicado en el apartado anterior -, entendemos que habiéndose probado el hecho generador del daño y estando exento de prueba el daño moral en sí mismo, la cantidad solicitada por la demandante es adecuada. Atendemos para ello a los siguientes parámetros: 1) al hecho del desconocimiento exacto del tiempo en que los textos copiados literalmente permanecieron en la página web con anterioridad al momento en que se detecta la infracción - vistas las declaraciones realizadas por el testigo Sr. Abel que sitúa en el mes de julio de 2009 el descubrimiento de la coincidencia de los textos por parte de Clemente y las declaraciones del testigo de la demandada en relación al momento en el que se comienzan a eliminar los contenidos sin precisar exactamente el momento de finalización de tales tareas -, 2) al hecho relevante de que el ámbito de actuación profesional de ambas sociedades sea común y muy específico - la reproducción asistida -, y 3) a la circunstancia de que la difusión se haya producido a través de la red, que supone un importante porcentaje para la captación de clientes tanto nacionales como extranjeros para cada una de las sociedades en litigio.

5.-La parcial estimación de las pretensiones deducidas en el escrito de demanda implica, respecto de las costas de la primera instancia que conforme al contenido del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cada una de las partes soporte las causadas por su

intervención en el proceso y las comunes por mitad.

TERCERO.- La estimación parcial del recurso determina en relación al pronunciamiento sobre costas de la apelación y de conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que cada una de las partes soporte las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Consecuencia de la estimación del recurso es la restitución del depósito constituido por la apelante para recurrir en apelación.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

FALLO

PRIMERO.- ESTIMAR parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación de la entidad CREA MEDICINA DE LA REPRODUCCIÓN SL contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de los de Valencia de 15 de febrero de 2011, que se revoca.

SEGUNDO.- ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda formulada por la representación de la entidad CREA MEDICINA DE LA REPRODUCCIÓN SL contra la entidad FECUNDACION IN VITRO SLP SL, y en su consecuencia: 1) declaramos que la entidad demandada reprodujo en su página web y puso a disposición de los usuarios de la misma, textos e informaciones copiados literalmente de la página web de la entidad demandante, actualmente retirados, 2) Condenamos a FECUNDACION IN VITRO SLP SL a que abone a la entidad demandante la cantidad de CINCO MIL EUROS en concepto de daños morales derivados de la infracción de sus derechos de propiedad intelectual, más el interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución, debiendo soportar cada una de las partes las costas procesales derivadas de su actuación en el proceso y las comunes por mitad.

TERCERO. -Respecto de las costas de la apelación, cada una de las partes habrá de soportar las causadas a su instancia y las comunes por mitad, debiendo procederse a restituir a la apelante el importe del depósito constituido para recurrir en apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una vez transcurridos los plazos previstos, en su

caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin ulterior declaración, procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de esta misma resolución y el oportuno oficio al Juzgado de procedencia para constancia y ejecución, uniéndose certificación al Rollo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.