

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2013  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## Plagio. Apreciación en concreto. Guía turística.

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 5ª

**FECHA:** 20-7-2011

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Civil)

**FUENTE:** Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Id Cendoj: 07040370052011100310. Actualización: 22-6-2013.

**OTROS DATOS:** Recurso 571/2010. Sentencia 265/2011.

### SUMARIO:

*“Formulada demanda de juicio ordinario en ejercicio de defensa de los derechos de propiedad intelectual ... y en solicitud de cesación de la actividad infractora e indemnización de daños y perjuicios, y por daños morales, por parte de la entidad «Digital Grafic Ibiza, SL» contra D<sup>a</sup>. Melisa, en suplico de que se dicte sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda, se acuerde:*

*A) Que la demandada ha plagiado la obra «Isla Blanca Ibiza Guide», cuyo autor es la mercantil Digital Grafic Ibiza, S.L.*

*B) Ordenar a la demandada suspender la actividad infractora.*

*C) Retirar del comercio y destruir los ejemplares ilícitos de la obra «Ibiza Update Tourist Guide», publicada por la demandada, tanto los correspondientes a la del 2008/2009, como los que estén a punto de salir al mercado (en mayo de 2009) para el período 2009/2010, incluso si aparecieran con otro nombre, o con personas físicas o jurídicas interpuestos, pero con características similares a la anterior.*

*D) Destrucción del material empleado por la reproducción.*

*E) Condenar a la demandada a pagar los daños y perjuicios y daños morales causados a mi representada, como consecuencia del plagio de su obra y posterior publicación de la obra «Ibiza Update Tourist Guide», tal y como se ha descrito a lo largo del cuerpo de esta demanda, y que se cifra en la cuantía de 46.170,00 € (Cuarenta y Seis Mil Ciento Setenta Euros).*

*F) Condenar a la demandada a pagar a su costa la publicación de la sentencia que se obtenga en este procedimiento en los medios de comunicación locales de mayor difusión.*

G) Condenar a la demandada al pago de las costas procesales devengadas en el presente procedimiento.

H) Condenar a la demandada al pago de intereses de la cuantía antes mencionada desde la resolución judicial por la que se estima la presente demanda ...”.

[...]

“... la publicación «Isla Blanca Ibiza Guide» debe considerarse como obra, precisamente colectiva por las diversas contribuciones (fotos diseño, estructura, maqueta), de creación novedosa y coordinada ... Y la originalidad deviene en el sentido objetivo, ... en tanto la publicación de la actora es diferente de las acompañadas ... en el mismo ámbito geográfico, en tamaño, estructura o forma y clientela futura, a través de su diseño gráfico, composición de portada, contraportada y páginas, y secciones, por materias frente a tipos de clientes seleccionados, que la diferencian de las restantes publicaciones-guías, y ello más allá de su contenido y anuncios, o de su posible analogía entre éstos últimos, y con independencia de donde se comercialicen ambas guías y a quienes vayan dirigidas, o si se publicitan, o no, en diversas guías”.

“En definitiva, la guía diseñada y editada por la entidad demandante reviste originalidad y creatividad, mereciendo protección”.

[...]

“El plagio consiste en la copia fraudulenta de una obra, con ocultación de su verdadero autor. Esta actividad infractora tiene diversos grados, que pueden ir desde la mera transposición a la obra propia, de una frase o idea contenida en la obra de otro autor, sin invocación de su identidad; hasta la apropiación íntegra de una obra ajena, haciéndola aparecer como propia”.

[...]

“En el caso, tras comparar ambas publicaciones resulta evidente el plagio llevado a cabo por la demandada, respecto de la obra de la actora, en la mayor parte, aprovechándose de la labor estructural y del esfuerzo intelectual, sin ofrecer otra creación novedosa la de la Sra. Melisa («Ibiza Update- 2008/2009») sino mera reproducción de la primera, en gran parte, según lo desgranado en el fundamento jurídico anterior, en su forma y diseño gráfico sobretodo, tanto exterior como interior, índice, secciones y composición gráfica, para dirigirla también a futuros anunciantes y composición gráfica, para dirigirla también a futuros anunciantes y mismidad de actividades. No desvirtúa lo anterior, que las subsecciones estén diferenciadas por colores o títulos, o se incorpore alguno más, o se condensen algunos espacios, o se incorpore o elimine algún que otro signo”.

“Se insiste: basta contrastar los documentos ... para observar las coincidencias, semejanzas y/o similitudes de portada, configuración, presentación, índice (contents), secciones y nº de páginas, sectores comerciales (restaurantes, Black restaurants, cafés y bares, «nigthlife», «Free

*Time», «Boat Sales & amp; Charter», «Hotels & amp; Agroturism», mapas varios, índice y categorías, y contraportada final; y en cambio falta en la primera la introducción, diferenciación en tipo de restaurantes; y en la segunda la sección de «Gourmets y Delicatessen»; y en la primera la «Classica exclusive fashion & amp; accesorios»; en la segunda la de «Body & amp; Beauty Wellness»; en la primera la de «Urban fashion & amp; accesorios» y «Delicatessen/Wines & amp; more»; en la segunda la de «Art & amp; Culture»; en la segunda las secciones de «Boutiques & amp; Shopping» y de «Complements & amp; Shoes»; en la primera no hay la de «Health & amp; Beauty» ni un separado para «Formentera», y «Other Services»; y en la segunda no hay la de «House & amp; Garden Furniture» ni «Real Estate», ni «Service Agencies», pero que son encuadrables fácilmente en una u otra sección ...».*

[...]

*“Por otra parte, la diseñadora de la guía de la actora, testigo Sra. Ofelia, fue contundente al manifestar que diseñó la de los años 2008 y 2009, que considera que hay plagio, que maqueto la de la actora en septiembre-06, que la guía de la demandada es idéntica y no aportaba creatividad; y el testigo Sr. Bienvenido, quien diseñó la primera guía de la demandada, manifestó que el proyecto nuevo estaba basado en la maqueta original de «Digital Grafic Ibiza», que la demandada le ofreció acabar su diseño, que le advirtió que los productos no podían ser exactamente iguales (temas, índices, productos, anunciantes, estilo, fotos, textos, diseño y estructura), que las dos guías producen confusión a los clientes, y sólo hay que verlas ...”.*

[...]

*“... condenamos a la demandada a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios irrogados, y por daños morales, como consecuencia del plagio y posterior publicación de la obra «Ibiza Update Tourist Guide» ...”.*

**COMENTARIO:** Sin perjuicio de que conforme al análisis de las pruebas, las cuales de acuerdo al texto del fallo resultan concluyentes en cuanto a la ocurrencia del plagio, llama la atención que el accionante, una persona jurídica, invocara su supuesta condición de “autor” de la guía turística plagiada y que el fallo no haya reparado en ello, a pesar de que conforme a la legislación española “se considera autor a la **persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica**” (énfasis añadido). Otra cosa hubiera sido que el demandante alegara su condición de titular de los derechos de explotación y, de ser el caso, actuara también en representación de los verdaderos autores de la mencionada obra por lo que se refiere a los derechos de orden moral, entre ellos el de paternidad. Todo ello a menos que dicha obra pudiera calificarse como “colectiva” y el reclamante pudiera fundamentarse en la disposición por la cual “salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre”, entendida la obra colectiva como “la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada”. © Ricardo Antequera Parilli, 2013.

## TEXTO COMPLETO:

En PALMA DE MALLORCA, a veinte de Julio de dos mil once.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de PALMA DE MALLORCA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000447 /2008, procedentes del JUZGADO DE LO MERCANTIL N. 2 de PALMA DE MALLORCA, a los que ha correspondido el Rollo de Sala RECURSO DE APELACION (LECN) 0000571 /2010, en los que aparece como parte demandada apelante, D<sup>a</sup>. Melisa, representada por el Procurador de los tribunales, D. ANTONIO COLOM FERRÁ, y asistida por el Letrado D. MARIANO RAMÓN SUÑER, y como parte demandante apelada, la entidad DIGITAL GRAFIC IBIZA, S.L., representada por la Procuradora de los tribunales, D<sup>a</sup>. MARÍA JOSÉ ANDREU MULET, y asistida por la Letrado D<sup>a</sup>. ANA MARÍA FOLCH SEGÚ.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Seguido el juicio por sus trámites legales ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL N. 2 de PALMA DE MALLORCA, por el mismo se dictó sentencia con fecha 17 de mayo de 2010, cuya fallo dice:

“Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por Digital Grafic Ibiza, SL, contra D<sup>a</sup>. Melisa,

1) Debo declarar y declaro que la demandada ha plagiado la obra “Isla Blanca Ibiza Guide”, cuyo autor es la mercantil Digital Grafic Ibiza.

2) Ordenando a la demandada suspender la actividad infractora.

3) Ordenando a la demandada que retire del comercio y destruya los ejemplares ilícitos de la

obra “Ibiza Update Tourist Guide”, publicada por la demandada, tanto los correspondientes a la del 2008/2009 como los que estén a punto de salir al mercado para el período 2009/2010, incluso si aparecieran con otro nombre, o con personas físicas o jurídicas interpuestas, pero con características similares a la anterior.

4) Ordenando a la demandada la destrucción del material empleado para la reproducción.

5) Y debo condenar y condeno a la demandada a pagar los daños y perjuicios y daños morales causados a la actora como consecuencia del plagio y posterior publicación de la obra “Ibiza Update Toruist Guide”, que se valoran en la suma de Cuarenta y Seis Mil Ciento Setenta Euros (46.170 euros).

6) Condenando a la demandada a pagar a su costa la publicación de la sentencia en el periódico de comunicación local de mayor difusión.

7) Condenando a la demandada al pago de las costas procesales devengadas y los intereses del art. 576 LEC sobre la referida cantidad desde la fecha de la presente resolución.”.

**SEGUNDO.-** Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 12 de julio del corriente año, quedando el recurso concluso para Sentencia.

**TERCERO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Formulada demanda de juicio ordinario en ejercicio de defensa de los derechos de propiedad intelectual, y de competencia desleal, y en solicitud de cesación de la actividad infractora e indemnización de daños y perjuicios, y por daños morales, por parte de la entidad “Digital Grafic Ibiza,

SL” contra D<sup>a</sup>. Melisa, en suplico de que se dicte sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda, se acuerde:

A) Que la demandada ha plagiado la obra “Isla Blanca Ibiza Guide”, cuyo autor es la mercantil Digital Grafic Ibiza, S.L.

B) Ordenar a la demandada suspender la actividad infractora.

C) Retirar del comercio y destruir los ejemplares ilícitos de la obra “Ibiza Update Tourist Guide”, publicada por la demandada, tanto los correspondientes a la del 2008/2009, como los que estén a punto de salir al mercado (en mayo de 2009) para el período 2009/2010, incluso si aparecieran con otro nombre, o con personas físicas o jurídicas interpuestos, pero con características similares a la anterior.

D) Destrucción del material empleado por la reproducción.

E) Condenar a la demandada a pagar los daños y perjuicios y daños morales causados a mi representada, como consecuencia del plagio de su obra y posterior publicación de la obra “Ibiza Update Tourist Guide”, tal y como se ha descrito a lo largo del cuerpo de esta demanda, y que se cifra en la cuantía de 46.170,00 # (Cuarenta y Seis Mil Ciento Setenta Euros).

F) Condenar a la demandada a pagar a su costa la publicación de la sentencia que se obtenga en este procedimiento en los medios de comunicación locales de mayor difusión.

G) Condenar a la demandada al pago de las costas procesales devengadas en el presente procedimiento.

H) Condenar a la demandada al pago de intereses de la cuantía antes mencionada desde la resolución judicial por la que se estima la presente demanda; fue contestada y opuesta por ésta última y, tras la

práctica de las pruebas propuestas y admitidas, incluida la pericial caligráfica, la demanda fue íntegramente estimada en la instancia por Sentencia de fecha 17-mayo-2010, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: “Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por Digital Grafic Ibiza, SL, contra D<sup>a</sup>. Melisa,

1) debo declarar y declaro que la demandada ha plagiado la obra “Isla Blanca Ibiza Guide”, cuyo autor es la mercantil Digital Grafic Ibiza.

2) Ordenando a la demandada suspender la actividad infractora.

3) Ordenando a la demandada que retire del comercio y destruya los ejemplares ilícitos de la obra “Ibiza Update Tourist Guide”, publicada por la demandada, tanto los correspondientes a la del 2008/2009 como los que estén a punto de salir al mercado para el período 2009/2010, incluso si aparecieran con otro nombre, o con personas físicas o jurídicas interpuestas, pero con características similares a la anterior.

4) Ordenando a la demandada la destrucción del material empleado para la reproducción.

5) Y debo condenar y condeno a la demandada a pagar los daños y perjuicios y daños morales causados a la actora como consecuencia del plagio y posterior publicación de la obra “Ibiza Update Tourist Guide”, que se valoran en la suma de Cuarenta y Seis Mil Ciento Setenta Euros (46.170 euros).

6) Condenando a la demandada a pagar a su costa la publicación de la sentencia en el periódico de comunicación local de mayor difusión.

7) Condenando a la demandada al pago de las costas procesales devengadas y los intereses del art. 576 LEC sobre la referida cantidad desde la fecha de la presente resolución.”.

Contra la indicada resolución se alza la

*representación procesal de D<sup>a</sup>. Melisa, alegando una indebida admisión de documentos y peritaje por parte de la actora con posterioridad a la demanda, que no se ha acreditado que la guía “Isla Blanca” sea una obra original protegible por la Ley de Propiedad Intelectual, que la guía de la que es titular la demandada no constituye un plagio de aquélla, que no se han realizado actos de engaño ni de denigración, que no procede conceder indemnización, siquiera por daños morales, a falta de probanza sobre los presupuestos y la cuantía solicitada, por todo lo cual interesa que se revoque la sentencia dictada en la instancia por desestimación íntegra de la demanda deducida en su contra.*

*La representación procesal de la entidad “Digital Grafic Ibiza, SL” se opone al recurso formalizado de adverso, alegando que los documentos fueron presentados antes de la audiencia previa y son de fecha posterior a la demanda y que ello sólo va referida al documento nº 8, y la caligráfica a tenor del contenido de la contestación a la demanda para contrastar ambas guías, que la guía “Isla Blanca” es original en su planteamiento, forma, contenidos y estructura, y que la de la demandada es exactamente coincidente con la misma, que la conducta de la Sra. Melisa es constitutiva de engaño a los empresarios que se publicitan, acompañada de actos de denigración, que la indemnización ha sido fijada en atención a pérdidas reales, descuentos obligados, descrédito, y de forma proporcional a la infracción de los derechos de la actora, por todo lo cual interesa la confirmación íntegra de la sentencia recurrida.*

**SEGUNDO.-** Como indicaba este Tribunal en la reciente Sentencia de fecha 18-febrero-2011: “.- Con carácter general procede reseñar que conviene traer a colación la doctrina general, en torno a la competencia desleal, recogida entre otras, en Sentencias de esta Audiencia Provincial de fecha 14 de marzo de 2003 y 29 de mayo de 2007, que refieren que conforme señala la STS de 17 de julio de 1997, la Ley 3/1991, desarrolla y complementa la recta ordenación del principio de libertad de empresa atendiendo a su Preámbulo, que explica

*debidamente, la necesidad de evitar situaciones de prácticas concurrenciales ilícitas y desleales, lo que no significa precisamente un desarrollo restrictivo de los principios de ejercicio de libre iniciativa empresarial y libertad de competencia, ya que, al contrario, se encauzan y refuerzan en cuanto se establecen mecanismos precisos tendentes a mantener la plena efectividad de dichos principios, e impedir que los mismos puedan verse alterados y falseados por prácticas desleales, susceptibles eventualmente de interferir en el orden que debe presidir el funcionamiento competitivo del mercado, por lo que se precisa la necesaria armonía del interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el público del Estado, mediante el mantenimiento de un sistema concurrencial debidamente saneado de perturbaciones abusivas.*

*“Cada empresario tiene derecho a ampliar el ámbito de sus negocios y el círculo de sus clientes, aunque con ello perjudique a otros, pero la ley procura que esa competencia no se desarrolle de modo incorrecto en perjuicio del mercado ... La disciplina de la competencia desleal se presenta así, cada vez mas, como una exigencia general de ordenación del mercado que, desde luego, reprueba la deslealtad frente al competidor; pero también frente al consumidor y, en general, frente al orden concurrencial del mercado que debe ser específicamente tutelado para que no sea falseado por los comportamientos de los operadores económicos.*

*La ley establece una doble condición para poder hablar de acto de competencia desleal: que el acto se realice en el mercado y que se realice con fines concurrenciales, especificando, acto seguido, que se presume dicha finalidad cuando el acto sea subjetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o las de un tercero (art. 2).*

*La ley delimita conceptualmente la competencia desleal, acudiendo, por una parte, a la formulación de una cláusula general prohibitiva y por otra, a una extensa tipificación de los actos de competencia*

desleal.

*La cláusula general aparece formulada en los siguientes términos “Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe” (art. 5) ... cláusula general que no formula un principio abstracto que es objeto de desarrollo y concreción en las normas siguientes, en las que se tipifican los actos de competencia desleal en particular. Al contrario, establece una norma jurídica en sentido técnico, esto es, una norma completa de la que se derivan deberes jurídicos precisos para los particulares, tal y como por lo demás sucede con el artículo 7.1 del Código Civil, cuya infracción, por lo tanto, constituye también un acto de competencia desleal y puede servir de base para el ejercicio de la acción de competencia desleal.*

*La cláusula general tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que han merecido un tipo específico en el catálogo de actos de competencia desleal recogido en los artículos 6 a 17 de la Ley de Competencia Desleal. Así las cosas, la prohibición general de la competencia desleal no dispone un ilícito que deba o pueda aplicarse general e indiscriminadamente de forma conjunta o acumulada a las normas que tipifican actos de competencia desleal en particular. La conculcación de una de estas normas no constituye fatalmente, al mismo tiempo y per se una violentación de la cláusula general. Por el contrario, la aplicación de la cláusula general debe hacerse de forma autónoma respecto de los tipos (entre aquella y estos media la relación propia de las normas generales y especiales) y procede, en especial, para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han encontrado acomodo entre los supuestos de hecho comprendidos en el catálogo de actos de competencia desleal objeto de un tipo específico”.*

*Y que: “conviene igualmente tener presente que, como nos recuerda la STS de 13 de mayo de 2002, la Ley de Competencia Desleal considera como tal determinados actos y prácticas comerciales,*

*pero siempre desde la finalidad superior de una “protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado”, objeto de dicha Ley según su artículo 1, que se corresponde con las razones de su Exposición de Motivos cuando ésta declara, acerca precisamente de la finalidad de la Ley, que la redacción de sus preceptos “ha estado presidida por la permanente preocupación de evitar que prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales” (apartado III. 2, párrafo último), que al perfilar los elementos generales del ilícito concurrencial se ha seguido “un criterio marcadamente restrictivo” (apartado III.2, párrafo segundo), que la Constitución hace gravitar nuestro sistema económico sobre el “principio de libertad de competencia”, reforzado por el de “protección del consumidor, en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado” (apartado II, párrafo último) y, en fin, que el Derecho de la competencia desleal “deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores, para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado”, siendo así portadora dicha Ley “no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo”; tales principios tienen su adecuado reflejo en los concretos preceptos de la Ley que describen los actos constitutivos de competencia desleal, no solo mediante la expresa mención del consumidor o consumidores en los artículos 6, 7, 8, 11, 16 y 17, sino también mediante excepciones a la ilicitud del acto fundadas en la libertad de competencia, cual sucede en el apartado 1 del artículo 11 al declararse libre la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley, en el párrafo segundo del apartado 2 del mismo artículo cuando excluye la deslealtad de prácticas imitativas en función de su inevitabilidad o, en fin, en su apartado 3 cuando condiciona a determinados fines y excesos la ilicitud de la imitación sistemática de prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor.”*

Y que: “la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 29 de mayo de 2007 (Sección 5ª: “En una primera etapa, la disciplina jurídica de la competencia desleal se ha ajustado a un modelo de carácter profesional, dirigido a ofrecer protección frente a la eventual deslealtad en la lucha entre empresarios y se articulaba en torno al establecimiento de una cláusula general prohibitiva, en la que el parámetro que se utilizaba para apreciar la deslealtad era la consideración como desleal de todo acto de competencia contrario a “las normas de corrección y buenos usos mercantiles”. Esta cláusula general se completaba con la enumeración de una serie de conductas empresariales que tradicionalmente se han venido considerando como desleales: actos de confusión, actos de denigración, falsas indicaciones de procedencia y falsas denominaciones de origen. Pero la moderna doctrina, superando ese marco, estrictamente profesional de la competencia desleal, amplía aquella noción extendiéndola a cualquier abuso en el ejercicio del derecho a la libre iniciativa económica dentro del mercado y a la protección de cuantos intereses concurren en él. La disciplina de la competencia desleal se presenta así, cada vez más, como una exigencia general de ordenación del mercado, pero también frente al consumidor y, en general, frente al orden concurrencial del mercado, que debe ser especialmente tutelado para que no sea falseado por los comportamientos de los operadores económicos”.

La ley delimita conceptualmente la competencia desleal, acudiendo, por una parte, a la formulación de una cláusula general prohibitiva y, por otra, a una extensa tipificación de los actos de competencia desleal. Y es dentro de esta tipificación donde se sitúan los actos contrarios a los intereses de los consumidores y, entre ellos, los actos de confusión que son los que en este caso se plantean.

Así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 7 de junio de 2007 (Sección 5ª) se afirma que la conducta enjuiciada “implica una competencia desleal en relación con las entidades actoras, incardinable en los artículos 5, 6 y 12 de

la Ley de Competencia desleal, así constituye un comportamiento que resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe; existencia de unos actos idóneos para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos; y con un muy elevado riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación...”.

Lo que la normativa sobre competencia desleal reprime es la conducta incorrecta, porque distorsiona el mercado. Por tanto para la prohibición de la conducta incorrecta no es requisito necesario ni la mala fe de su autor ni el hecho de que se pruebe que esa conducta ha causado un perjuicio cierto. Estos datos serán normalmente relevantes para la eventual acción de indemnización de daños y perjuicios, pero no para la de cesación.

El artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal prohíbe los actos de confusión: “todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos”. Siguiendo a Segundo, los actos de confusión van dirigidos contra el derecho básico a la autoafirmación de todo competidor en el mercado. Los actos de confusión están prohibidos.”

Y, este Tribunal ya expresaba en la Sentencia de fecha 29 de mayo de 2007, en otro supuesto sobre competencia desleal que: “Conviene precisar con carácter previo, a la luz de la mejor doctrina, que sin perjuicio de la libertad de concurrencia, la lucha por la conquista del mercado tiene que ser leal. Cada empresario tiene derecho a ampliar el ámbito de sus negocios y el círculo de sus clientes, aunque con ello perjudique a otros, pero la ley procura que esa competencia no se desarrolle de modo incorrecto en perjuicio del mercado.

En una primera etapa, la disciplina jurídica de la competencia desleal se ha ajustado a un modelo de carácter profesional, dirigido a ofrecer protección frente a la eventual deslealtad en la lucha entre empresarios.



*Ese modelo, consagrado en los artículos 10 bis y 10 ter del Convenio de la Unión de París de 1883 y todavía presente en algunas legislaciones extranjeras, tenía como principal finalidad la tutela de los intereses de los empresarios frente a las actuaciones desleales de sus competidores, y se articulaba en torno al establecimiento de una cláusula general prohibitiva, en la que el parámetro que se utilizaba para apreciar la deslealtad era la consideración como desleal de todo acto de competencia contrario a “las normas de corrección y buenos usos mercantiles”. Esta cláusula general se completaba con la enumeración de una serie de conductas empresariales que tradicionalmente han venido siendo tipificadas como desleales: actos de confusión, actos de denigración, falsas indicaciones de procedencia y falsas denominaciones de origen. Pero la moderna doctrina, superando ese marco estrictamente profesional de la competencia desleal, amplía la noción de competencia desleal, extendiéndola a cualquier abuso en el ejercicio del derecho a la libre iniciativa económica dentro del mercado y a la protección de cuantos intereses concurren en él.*

*La disciplina de la competencia desleal se presenta así, cada vez más, como una exigencia general de ordenación del mercado, que, desde luego, reprueba la deslealtad frente al competidor; pero también frente al consumidor y, en general, frente al orden concurrencial del mercado, que debe ser especialmente tutelado para que no sea falseado por los comportamientos de los operadores económicos.*

*La Ley establece una doble condición para poder hablar de acto de competencia desleal: que el acto se realice en el mercado y que se realice con fines concurrenciales, especificando, acto seguido, que se presume dicha finalidad cuando el acto sea objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o las de un tercero (art.2).*

*La Ley delimita conceptualmente la competencia desleal, acudiendo, por una parte, a la formulación de una cláusula general prohibitiva y, por otra, a una*

*extensa tipificación de los actos de competencia desleal.*

*La cláusula general aparece formulada en los siguientes términos: “Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe” (art. 5).*

*En función de los intereses jurídicos protegidos, se pueden clasificar los actos de competencia desleal de la siguiente forma:*

*A) Actos contrarios a los intereses de los competidores:*

*- Actos de denigración.*

*- Actos de imitación.*

*- Actos de explotación de la reputación ajena.*

*- Actos de violación de secretos: Aunque los inventos no patentables son de dominio público y los inventos no patentados no gozan de una especial protección jurídica, sin embargo, el divulgarlos sin autorización o el apropiarse de ellos o llegar a conocerlos por medios incorrectos, tales como la utilización de informaciones confidenciales, el espionaje industrial o la actuación de un trabajador infringiendo el deber de fidelidad para con su empresa, constituyen actos de competencia desleal (art. 13).*

*En este precepto se distinguen, sin embargo, dos tipos diversos de comportamientos que se consideran ilícitos: la obtención de datos por medios ilegítimos (como el citado espionaje) y la divulgación de secretos industriales y comerciales a los que se ha tenido acceso legítimamente, pero con la obligación de guardar reserva sobre los mismos (infracción del deber de secreto). El legislador ha sido consciente, en este punto, de que la mayoría de estos actos no tienen una finalidad anticompetitiva, aunque de su divulgación se pueden derivar ventajas importantes para los competidores y, por ello, y muy especialmente para desincentivar su realización, les ha exonerado de la concurrencia*

de los requisitos establecidos en el artículo 2 para su calificación como actos de competencia desleal, que son sustituidos por la exigencia de una especial intencionalidad: que la violación de secretos haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho propio o de un tercero o de perjudicar al titular del secreto.

- Actos de inducción a la infracción contractual: Se trata de una categoría de actos que generalmente se presenta bajo dos diferentes manifestaciones: de un lado, la referida a contratos personales de trabajo o de arrendamiento de servicios; y, de otro, la relativa a contratos empresariales de obra, prestación de servicios o suministros. Por lo que respecta a estas modalidades de comportamientos, hay que tener en cuenta que, en un mercado libre, ningún operador económico tiene un derecho a retener a sus empleados, clientes o proveedores, antes al contrario, éstos pueden acudir al reclamo de unas mejores condiciones contractuales.

La atracción por parte de un empresario de trabajadores, directivos o clientes es lícita siempre, claro está, que para ello no se utilicen procedimientos incorrectos, como, por ejemplo, el soborno, la incitación a la ruptura del contrato en vigor o la obtención de secretos industriales o comerciales. Sin embargo, la inducción a la ruptura del contrato o el aprovechamiento de una infracción contractual será desleal cuando tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o comercial, o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor u otras análogas (art. 14).

B) Actos contrarios a los intereses de los consumidores:

- Actos de confusión.

- Actos de engaño.

- Actos de entrega de obsequios, primas y supuestos análogos.

- Actos de comparación.

- Actos de discriminación.

C) Actos contrarios al mercado:

- Actos de violación de normas.

- Actos de explotación de la situación de dependencia económica.

- Actos de venta con pérdida.

Y previene el artº 13 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal que: "1.- Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14. 2.- Tendrán asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo. 3.- La persecución de las violaciones de secretos contempladas en los apartados anteriores no precisa de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 2. No obstante, será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto; y el Artº 14. sobre inducción a la infracción contractual. 1.- Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. 2.- La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas".

En definitiva, en la regulación tradicional de la

*competencia desleal se trataba de proteger a los empresarios frente a las actuaciones incorrectas de sus competidores directos que pudieran perjudicarles.*

*Por demás, según el “Antitrust”, no es que el empresario tenga derecho a competir, sino que tiene obligación de competir.*

*El mantenimiento de un sistema competitivo de economía de mercado. Ello significa que no es que los empresarios tengan derecho a competir, sino que tienen obligación de hacerlo para que el mercado funcione correctamente. Porque el criterio fundamental no es ya la protección del empresario competidor, sino la protección del funcionamiento competitivo del mercado.*

*Hay que obligar a competir a los empresarios, pero no basta con eso. Hace falta, además, impedir que al competir se utilicen medios que desvirtúen el sistema competitivo, al permitir atraer a la clientela mediante actuaciones incorrectas.*

*La protección contra la competencia desleal surge históricamente como una expansión de la protección a las distintas modalidades de la propiedad industrial, especialmente las marcas. De ahí la estrecha vinculación que siempre ha existido entre competencia desleal y propiedad industrial. Esa vinculación aparece consagrada en el propio Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial que regula, junto a los derechos exclusivos de la propiedad industrial, la protección contra la competencia desleal, a la que dedica el artículo 10 bis.*

*Ahora bien, hay que hacer notar que las fronteras entre la protección de los derechos exclusivos de propiedad industrial y la protección contra la competencia desleal no son inmutables, sino que están sujetas a alteraciones. De manera que en ocasiones el legislador puede hacer que actos considerados como de competencia desleal pasen a integrarse en el ámbito de protección de los derechos exclusivos y viceversa.*

*Así ocurre, que algún típico de competencia desleal, como el aprovechamiento indebido de la reputación de otros signos registrados, pasa a tener relevancia para el ámbito de protección del derecho exclusivo sobre la marca en la Ley de Marcas al incluir esos supuesto entre las prohibiciones relativas del registro. E igualmente, un caso que podía considerarse de competencia desleal, como es la utilización de la marca ajena en la publicidad, se incluye también por la misma Ley dentro del contenido del derecho de marca.*

*Por otra parte, lo que la normativa sobre competencia desleal reprime es la conducta incorrecta, porque distorsiona el mercado. Por tanto, para la prohibición de la conducta incorrecta no es requisito necesario ni la mala fe de su autor ni el hecho de que se pruebe que esa conducta ha causado un perjuicio cierto. Estos datos serán normalmente relevantes para la eventual acción de indemnización de daños y perjuicios, pero no para la cesación.*

*Y tal como indicaba este Tribunal, ad exemplum en la Sentencia de fecha 25-octubre-2005: “Siguiendo la mejor doctrina, la protección contra la competencia desleal surge históricamente como una expansión de la protección a las distintas modalidades de la propiedad industrial, especialmente las marcas. De ahí la estrecha vinculación que siempre ha existido entre competencia desleal y propiedad industrial. Esa vinculación aparece consagrada en el propio Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial que regula, junto a los derechos exclusivos de la propiedad industrial, la protección contra la competencia desleal a la que dedica el artículo 10 bis.*

*El simple hecho de utilizar una marca ajena para un producto competidor constituye una violación del derecho exclusivo sobre la marca, sin tener que entrar a considerar las circunstancias del caso. Lo que se plantea es la violación del derecho absoluto que tiene el titular de la marca para utilizarla en relación con productos o servicios determinados.*

*En los supuestos de competencia desleal, por el*

*contrario, no se viola ningún derecho absoluto. Lo que ocurre es que en determinados casos, debido a circunstancias concretas que rodean una actuación competitiva determinada, esa actuación competitiva, por sus circunstancias específicas, es un acto incorrecto, es un acto de competencia desleal.*

*Por tanto, es imposible juzgar la existencia de un acto de competencia desleal desligado de las circunstancias concretas, porque son esas circunstancias las que atribuyen al acto su carácter de deslealtad.*

*Puede decirse que la protección de los derechos exclusivos de propiedad industrial y la protección contra la competencia desleal forman dos círculos concéntricos. El círculo interior, el más pequeño, es el que protege los derechos absolutos. Y el más amplio representa la protección contra la competencia desleal. Ello significa que el empresario tiene su núcleo de protección más fuerte en los derechos exclusivos de propiedad industrial, en los derechos que le otorgan sus patentes o sus marcas.*

*Ahora bien, hay que reseñar que las fronteras entre la protección de los derechos exclusivos de propiedad industrial y la protección contra la competencia desleal no son inmutables, sino que están sujetas a alteraciones. De manera que en ocasiones el legislador puede hacer que actos considerados como de competencia desleal pasen a integrarse en el ámbito de protección de los derechos exclusivos y viceversa.*

*Así ocurre, en algún supuesto típico de competencia desleal, como el aprovechamiento indebido de la reputación de otros signos registrados, pasa a tener relevancia para el ámbito de protección del derecho exclusivo sobre la marca en la Ley de Marcas al incluir ese supuesto entre las prohibiciones relativas de registro. E igualmente, un caso que podía considerarse de competencia desleal, como es la utilización de la marca ajena en la publicidad, se incluye también por la misma Ley dentro del contenido del derecho de marca.*

*Desde el punto de vista subjetivo no sólo están sujetos a estas normas los empresarios, sino todos los que participan en el mercado ofreciendo bienes o servicios (art. 3.1 LCD).*

*La regulación legal no trata de proteger solamente al competidor directo, sino también a los consumidores y al propio funcionamiento correcto del sistema competitivo, no es ya preciso que una actuación se produzca dentro de una relación de competencia entre varios empresarios para que pueda considerarse incorrecta y, por tanto, constitutiva de competencia desleal (art. 3.2 LCD). Para que esa deslealtad exista basta que la actuación en cuestión sea incorrecta y pueda perjudicar a cualquiera de los participantes en el mercado, por ejemplo a los consumidores, o pueda distorsionar el funcionamiento del propio sistema competitivo.*

*Por otra parte, lo que la normativa sobre competencia desleal reprime es la conducta incorrecta, porque distorsiona el mercado. Por tanto, para la prohibición de la conducta incorrecta no es requisito necesario ni la mala fe de su autor ni el hecho de que se pruebe que esa conducta ha causado un perjuicio cierto. Estos datos serán normalmente relevantes para la eventual acción de indemnización de daños y perjuicios, pero no para la cesación.*

*Tradicionalmente, el criterio utilizado en las leyes para delimitar lo que se considera como competencia desleal se ha referido a las buenas costumbres, los usos honestos o las normas de corrección en materia industrial o comercial. De manera que se considera como constitutivo de competencia desleal cualquier acto que sea contrario a las buenas costumbres, o a los usos honestos, o a las normas de corrección en materia industrial o comercial. [Pueden verse en este sentido los arts. 10 bis.2 del Convenio de la Unión de París para la protección de la Propiedad Industrial -Acta de Estocolmo de 1967 -, y 6 b) de la LGPub].*

*Se adopta como criterio general delimitador de la competencia desleal la referencia a la buena fe objetiva inspirada en el Derecho suizo. En concreto,*

*el artículo 5 dispone que: <<Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Las referencias a la <<buenas costumbres o los <<usos honestos tienen una mayor carga tradicional, por cuanto difícilmente pueden existir usos o costumbres cuyo objeto sean las nuevas modalidades de actuación en el mercado. A través de esos usos honestos o buenas costumbres habrá que llegar a conocer los criterios sobre lo que debe considerarse correcto. Y la buena fe objetiva sirve para expresar la confianza que legítimamente tienen todos los que participan en el mercado en que todos los que actúan en él tendrán una conducta correcta. Por ello puede actuarse contra la buena fe objetiva sin que exista mala fe subjetiva (STS 16 junio 2000); porque puede violarse la legítima confianza de los participantes en el mercado en que se actuará correctamente, sin necesidad de que quien viola esa confianza en el comportamiento correcto actúe subjetivamente de mala fe.*

*A la buena fe en sentido objetivo se había referido ya la jurisprudencia del TS (Sala 1ª), al declarar (STS 8 de julio de 1981) que es un principio fundamental del derecho <<el de la buena fe en sentido objetivo (art. 7.1 CC), es decir, el de una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y avenimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena (se reitera esa moción de la buena fe objetiva en la STS de 6 de abril de 1988, entre otras).*

*Parecería, portanto, que la expresión más adecuada para la cláusula general sería la de las <<normas de corrección que deben regir en el tráfico económico. No puede olvidarse que la LGPu (art. 6 b)) declara la posibilidad desleal la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles. Por esa razón declara la STS de 7 marzo 1996 que <<se reputa competencia desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, entendida como buena*

*fe extracontractual y por lo tanto “será desleal el comportamiento que no observe las normas de corrección y los buenos usos mercantiles”.*

*Cualquiera que sea la cláusula general, la calificación de un comportamiento como competencia desleal no exige que se haya producido con mala fe subjetiva de su autor. Por eso las cláusulas generales que se refieren a la buena fe, lo hacen en sentido objetivo. Ello no impide reconocer que, en la práctica, la inmensa mayoría de los actos de competencia desleal se realizan con mala fe subjetiva. Y la deslealtad es independiente también de que se produzca o no un perjuicio.*

*Por tanto, aquello cuya corrección se enjuicia es el comportamiento en sí mismo considerado, prescindiendo de su motivación subjetiva (buena o mala fe de su autor) y de sus efectos (eventuales perjuicios). Ello no significa, por supuesto, que esos elementos -buena o mala fe y carácter perjudicial- no sean jurídicamente relevantes. Son incluso requisitos imprescindibles para el ejercicio de determinadas acciones, como la de indemnización de daños y perjuicios (artº 18.5ª LCD). Pero no son requisitos para que un acto pueda ser calificado como desleal”.*

*Y que “en nuestro Derecho positivo vigente el criterio general de deslealtad es la objetiva disconformidad de la conducta concurrencial con las exigencias de la buena fe.*

*En la Ley de Competencia Desleal, la deslealtad se funda, por lo tanto, en la trasgresión de las exigencias del principio de buena fe objetiva tal y como rige en relación con el desarrollo de una actividad económica de producción o mediación de bienes o servicios en el mercado o, si se prefiere, en la trasgresión de las normas objetivas de conducta que emanan directamente del principio de competencia económica y pesan sobre todos agentes que desarrollan una actividad económica en el mercado, y no en la incompatibilidad con unos usos o costumbres de clase que deslegitiman el daño que pueda producirse a los terceros con ocasión del desarrollo de una actividad competitiva.*

*En consonancia con este planteamiento, el ilícito de deslealtad concurrencial se ha generalizado e institucionalizado: es el abuso de la competencia como institución que gobierna todos los sectores de la actividad económica.*

*La cláusula general basada en la objetiva contravención de las exigencias de la buena fe no priva de toda relevancia a los buenos usos y prácticas en la determinación de la ilicitud concurrencial de las conductas enjuiciadas.*

*La cláusula general, por lo demás, asume en el interior del entero sistema de la represión de la competencia desleal, y de modo particular en el seno de la Ley de Competencia Desleal, un doble cometido: de un lado, fija los caracteres generales del acto de competencia desleal como ilícito objetivo, de peligro y de naturaleza extracontractual y, de otro lado, establece una norma sustantiva, suficiente para determinar la deslealtad de las conductas que la contravengan.*

*El reproche de deslealtad concurrencial no se hace depender de la presencia de ningún requisito de orden subjetivo. La deslealtad concurrencial, en efecto, no depende del dolo o la culpa del sujeto agente. El reproche de deslealtad concurrencial tampoco se condiciona al conocimiento de las circunstancias de hecho en que se funda la deslealtad.*

*Como ilícito de peligro, el reproche general de deslealtad concurrencial tampoco se hace depender de los resultados prácticos del acto enjuiciado. Y ello tanto en relación con la verificación de los efectos en que, en particular, se encarna la deslealtad de una determinada conducta (confusión o asociación, inducción a error, menoscabo del crédito en el mercado...), pues simplemente basta con el riesgo de que la conducta realizada o preparada resulte objetivamente idónea para ocasionar tales efectos, como en relación con la producción de un daño o lesión competitiva, esto es, de una efectiva alteración de la estructura del mercado o distorsión de la normal formación y desenvolvimiento de las*

*relaciones económicas en el mercado, ni tampoco en relación con la producción de un daño o lesión patrimonial, que sólo es relevante como elemento estructural de la responsabilidad civil derivada de los actos de competencia desleal.*

*Finalmente, la ilicitud de los actos de competencia desleal nace, como ya se señalara anteriormente, de la contravención de deberes generales de conducta, y no del quebrantamiento de una relación contractual que vincule a la persona que la realiza con aquella a cuyos derechos e intereses afecta la actuación considerada.*

*La cláusula general del art. 5 de la Ley de Competencia Desleal no formula un principio abstracto que es objeto de desarrollo y concreción en las normas siguientes, en las que se tipifican los actos de competencia desleal en particular. Al contrario, establece una norma jurídica en sentido técnico, esto es, una norma completa de la que se derivan deberes jurídicos precisos para los particulares, tal y como por lo demás sucede con el art. 7.1 del Código civil, cuya infracción, por lo tanto, constituye también un acto de competencia desleal y puede servir de base para el ejercicio de la acción de competencia desleal.*

*La cláusula general tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que han merecido un tipo específico en el catálogo de actos de competencia desleal recogido en los arts. 6 a 17 de la Ley de Competencia Desleal. Así las cosas, la prohibición general de la competencia desleal no dispone un ilícito que deba o pueda aplicarse general e indiscriminadamente de forma conjunta o acumulada a las normas que tipifican actos de competencia desleal en particular. La conculcación de una de estas normas no constituye fatalmente, al mismo tiempo y per se una violentación de la cláusula general. Por el contrario, la aplicación de la cláusula general debe hacerse de forma autónoma respecto de los tipos (entre aquella y estos media la relación propia de las normas generales y especiales) y procede, en especial, para reprimir*

conductas o aspectos de conductas que no han encontrado acomodo entre los supuestos de hecho comprendidos en el catálogo de actos de competencia desleal objeto de un tipo específico”.

Por otra parte, y a modo de adelanto en relación con la captación de clientela, como elemento básico a la hora de determinar el valor del fondo de comercio de una empresa, la relación existente entre un empresario o profesional y sus clientes no es objeto de ninguna clase de derecho de exclusiva que permita a aquél impedir a los terceros y, en particular, a sus ex empleados y excolaboradores dirigirse y contratar con ellos.

Aún más, la concepción y puesta en práctica de estrategias de captación de la clientela ajena es, en principio, una conducta no sólo lícita, sino esperable y deseable en un sistema de competencia económica. Los actos tendentes a la captación de clientela, por tanto y en línea con lo anteriormente señalado, no pueden constituir per se actos desleales por expolio o aprovechamiento del esfuerzo ajeno al amparo del art. 5 de la Ley de Competencia Desleal. Esta calificación debe reservarse para aquellos supuestos (distintos de aquellos en los que intervienen conductas merecedoras de un tipo propio, como la confusión, el engaño, la denigración o la inducción a la ruptura contractual) en los que la captación de clientela se ha efectuado valiéndose precisamente de los medios materiales y humanos de esta empresa y sirviéndose del conocimiento y acceso a su clientela que la relación que tiene con la empresa afectada presta a quien lleva a cabo esta conducta.

Así, se ha considerado desleal la captación de clientela efectuada por parte de trabajadores en el marco de los servicios prestados para su nuevo principal y por parte de éste valiéndose de listas de clientes del antiguo empleador, por parte de trabajadores que ulteriormente se establecen por su cuenta pero contactan con la clientela cuando todavía prestan sus servicios para su antiguo empleador y lo hacen precisamente desde el interior y con los medios de la empresa que se proponen

abandonar.

Circunstancia que, esencialmente desde la perspectiva de las exigencias ético-jurídicas también relevantes en el ámbito de la cláusula general, no puede dejar de considerarse en estos casos, y sin perjuicio de una eventual violación de de secretos, es el abuso de confianza que pueda haber detrás de aquellas conductas, como que se advierte especialmente en la fundamentación del reproche de deslealtad formulado en relación con un supuesto de desviación de clientela desde el interior de la empresa para la que todavía se trabaja.

No se ha considerado constitutiva de un acto de competencia desleal la captación de clientela, en cambio, cuando ha sido realizada por el antiguo principal tras la extinción del contrato de distribución exclusiva en la zona objeto de la antigua exclusiva.”; y ello al igual que en las de fechas 30-julio-10, 29-mayo-07; y STS de 11-febrero-11, 6-mayo-09, 3-febrero-05, 26-11-03, y 23-3-99; entre otras; en relación con las modificaciones de los art. 1 a 11 de la Ley 3/1991 que ha realizado la Ley 29/2009 y concordantes.

Por lo que se refiere a los documentos y a la pericial presentados por la parte demandante, cierto es que el dictamen del Sr. Donato no debió admitirse como pericial, pero, como colaborador de la diseñadora Sra. Ofelia, como testigo ofreció datos objetivos, sin influencia por sí solas y decisivamente en el fallo, sino que éste se basa en una valoración conjunta de la prueba practicada, con incidencia con las más relevantes, amén de que las documentales fueron presentadas a 2- marzo-09, con anterioridad al acto de la audiencia previa, y con simultánea política agresiva de ventas de la demandada.

**TERCERO.-** Sobre la consideración de obra este Tribunal ya se ha pronunciado en el sentido de que el objeto de la propiedad intelectual es la OBRA.

Se considera OBRA, toda creación humana original que se exteriorice en una forma novedosa por cualquier medio o soporte, tangible o intangible,

actualmente conocido o que se invente en el futuro (art. 10.1 L.P.I.).

Quedan excluidos del ámbito de la producción de la propiedad intelectual las ideas que se plasman en la obra ni el estilo seguido o creado por el autor (STS de 26.10.92).

La LPI enumera como obras: los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra, y otras de la misma naturaleza; las composiciones musicales, con o sin letra; las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y las obras teatrales; las obras cinematográficas y otras obras audiovisuales; las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía, historietas gráficas, tebeos o cómics, así como ensayos o bocetos y demás obras plásticas; los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería, los gráficos, mapas y diseños topográficos, geográficos y en general, científicos; las obras fotográficos y análogas; los programas de ordenador; los títulos de obras, las traducciones y adaptaciones; las revisiones, actualizaciones y anotaciones; los compendios, resúmenes y extractos; los arreglos musicales; las transformaciones de una obra literaria, artística o científica y las colecciones antológicas (art. 10 a 12).

Y no son objeto de P.I. las disposiciones legales o reglamentarias, sus proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los Organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores (art. 13).

Ni lo son las piezas, por ejemplo, de joyería (o primigenias) modelo para producción en serie por medios mecánicos, de orfebrería, bisutería si NO son creaciones originales en su sentido subjetivo (cuando refleja la peculiaridad del actor y su esfuerzo creativo, y objetivo (novedad), a falta de novedad y altura inventiva (STS de 26.10.92).

La Ley española de propiedad Intelectual no establece ningún principio ni criterio para valorar la originalidad. El artículo 10 de dicha ley se limitaba a enumerar una lista larguísima de soportes posibles que pueden servir como medio para expresar una idea: folletos, impresos, coreografías, planos, maquetas, fotografías, litografía, cine, etc. Esta minuciosidad no aclara nada, ya que puede haber planos, maquetas o películas de cine que carezcan de originalidad por completo. El medio no determina la existencia de originalidad y no todo libro es un objeto de propiedad intelectual.

Al hablar de derechos de autor (títulos de propiedad intelectual) se piensa en los libros, en el cine y en los discos. Sin embargo existen muchas otras obras intelectuales que pueden ser protegidas en base a su originalidad literaria, artística o científica. Incluso si se realiza una mera recopilación de datos o citas y se procede a ordenarlos, el resultado final queda automáticamente protegido. Para que se cree un título de propiedad intelectual no es necesario que dichas citas (materia prima) sean originales. Las citas pueden pertenecer a otra persona o personas, pero su recopilación y clasificación ordenada (producto elaborado) representa un nuevo título de propiedad intelectual que se superpone (overlapping) a las citas originales.

En general este principio es aplicable a todo tipo de recopilación (enciclopedias, guías de teléfono, anuarios industriales, repertorios de jurisprudencia, compendios, etc.). Cuando la recopilación conlleva una labor excesivamente simplona y fácil, que cualquiera puede realizar rápidamente, entonces no existirá originalidad y por lo tanto dicha información será de dominio público. Las listas de mailing (direct marketing data bases) también están protegidas por la ley de propiedad intelectual, tanto si constituyen la actividad central de la empresa como si son una actividad auxiliar.

Idem según el art. 2 del Instrumento de Ratificación del Tratado de la OMPI sobre derechos de Autor que establece:



*“1) Los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.*

*1) Sin embargo, quedar reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material.*

*2) Estarán protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística.*

*3) Queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de determinar la protección que han de conceder a los textos oficiales de orden legislativo, administrativa o judicial, así como a las traducciones oficiales de estos textos.”<sup>1</sup>; idem en la de 30-julio-10; y STS de 26-11-03, entre otras.*

*Y sobre si la obra es original y protegible por la Ley de Propiedad Intelectual, que: Por otra parte, establecen los art. 10 y 11 de la LPI que:*

<sup>1</sup> En verdad el fallo no reproduce el texto del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, sino el del artículo 2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (nota del compilador).

*Art. 10. Obras y títulos originales.*

*1. 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, comprendiéndose entre ellas:*

*a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza...;*

*y 2. El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella.*

*y (Art. 11) Obras derivadas:*

*Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual:*

*1º. Las traducciones y adaptaciones*

*2º. Las revisiones, actualizaciones y anotaciones.*

*3º. Los compendios, resúmenes y extractos.*

*4º. Los arreglos musicales.*

*5º. Cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica.*

*Por otra parte, el art. 12 que:*

*Colecciones. Bases de datos.*

*1. También son objeto de propiedad intelectual, en los términos del Libro I de la presente Ley, las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes como las antologías y las bases de datos o de otros elementos independientes como las antologías y las bases de datos que por la selección o disposición de sus contenidos constituyen creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos.*

*La protección reconocida en el presente artículo a estas colecciones se refiere únicamente a su estructura en cuanto forma de expresión de la selección o disposición de sus contenidos, no siendo extensiva a éstos.*

*2. A efectos de la presente Ley, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, se consideran bases de datos las colecciones de obras, de datos, o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma.”*

*Y que, “Ahora bien, lo que es susceptible de propiedad intelectual, y por tanto de protección a través de la referida Ley, es la obra literaria, artística y científica expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible (art.10.1), pero no las ideas, los conocimientos o la información expresadas a través de tales obras.*

*Aunque la creación científica (en la que habría que encuadrar en todo caso la obra de la actora, por exclusión de la literaria y la artística) se relaciona esencialmente con la obtención de información, el descubrimiento de teorías, sistemas, métodos, esta parte esencial es precisamente la que carece de protección a través de la propiedad intelectual, que protege solamente la forma utilizada para su exteriorización en la medida en que la misma, y sólo ella, constituye una creación original. Esta exigencia de originalidad requiere un mínimo nivel de singularidad y novedad, de altura creativa suficiente (STS 24-06-2004).*

*Precisamente, el requisito de “originalidad “ que ha de darse en la creación literaria, artística o científica para ser objeto de propiedad intelectual ha sido entendido por la doctrina en dos sentidos diferentes, subjetivo y objetivo. En sentido subjetivo se entiende por obra original cuando refleja la personalidad del autor y desde el punto de vista objetivo que considera la “originalidad” como “novedad objetiva” cuando puede afirmarse que nos encontramos ante una creación original. En relación*

*con lo expuesto, no se protege lo que puede ser patrimonio común que integra el acervo cultural o que está al alcance de todos (en este sentido, STS 20-02-1992, 26-10-1992, 17-10-1997, 26-11-2003). Sin embargo, tal y como expresa la STS de 26 de noviembre de 2003, lo relevante es la forma original de la expresión, no tanto si la idea o 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.*

*Como recoge la SAP Barcelona de 25 de septiembre de 2005, entrando en el estudio de dicho requisito y mas en concreto sobre la discusión doctrinal existente en torno a si esa originalidad ha de ser subjetiva (singularidad, no haber copiado una obra ajena) u objetiva (novedad, haber creado algo distinto a lo ya existente), refiere “si bien tradicionalmente imperó la concepción de originalidad subjetiva por parecer criterio aceptable para las obras clásicas (literatura, música, pintura, escultura,...) ya que la creación implica cierta altura creativa, hoy día, sin embargo, debido a que los avances técnicos permiten una aportación mínima del autor (hay obras en las que no se advierte un mínimo rastro de la personalidad de su autor) y unido al reconocimiento del autor de derechos de exclusiva, la tendencia es hacia la idea objetiva de originalidad, que precisa una novedad en la forma de expresión de la idea.*

*Esta concepción objetiva permite destacar el factor de reconocibilidad o diferenciación de la obra, imprescindible para atribuir un derecho de exclusiva, lo que requiere, al fin, que la originalidad tenga una relevancia mínima, pues no resulta adecuado conceder derechos de exclusivas a creaciones que constituyen parte del patrimonio cultural común de la sociedad.”. Y, en la de fecha 30-julio-2008 que “Por otra parte, y siguiendo la mejor doctrina mercantilista: Sin menoscabo de su tradicional configuración como un atributo de la personalidad, cuyo titular tiene derecho a proteger, oponiéndose a la usurpación, el plagio, la desfiguración, etc.,*

*hoy se abre paso la tendencia a considerar la obra literaria, artística o científica como un bien patrimonial con cuya explotación comercial, el autor -bien directamente o por cesión onerosa de sus derechos- puede obtener una legítima ganancia.*

*Presenta como característica diferencial más acusada, respecto a la propiedad industrial, la de su especial vinculación con la persona del titular originario. Esta naturaleza personalista explica algunas peculiaridades respecto a signos e invenciones: el nacimiento del derecho por la mera creación (art. 1 LPI) y no por el registro, característico de la propiedad industrial, o por la divulgación (art. 4 LPI) y la trascendencia de los derechos morales del autor (art. 14 LPI), que le permiten, incluso, oponerse a la difusión de su obra, cuando ha experimentado cambio en sus convicciones personales.*

*De este modo, la propiedad intelectual tiene una naturaleza híbrida, en cuanto integrada por facultades (o derechos en la terminología de la Ley) de carácter personal y patrimonial. Ahora bien, en cuanto su esencial contenido estriba en atribuir al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley (art. 2 LPI), puede decirse que nos hallamos ante una modalidad de propiedad, ante una propiedad especial en el sentido del Código Civil (arts 428 y 429). El artículo 3 de la Ley declara la compatibilidad de protección del derecho de autor (propiedad especial) con el derecho de propiedad sobre el soporte al que se incorpora la obra, la compatibilidad con los derechos de propiedad industrial (lo que cobra especial relevancia en materia de derecho sobre diseños) y otros derechos de propiedad intelectual.*

*De acuerdo con el artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual, se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica. Sólo con carácter excepcional (respecto de las obras colectivas) puede legalmente considerarse autor a una persona jurídica.*

*Pueden ser objeto del derecho de autor todas las*

*obras originales, entendiéndose por tales las que se han <<originado en el autor y no son fruto de la copia o imitación de una obra ajena.*

*Los derechos de autor tienen una doble naturaleza: patrimonial (derechos de explotación y derechos de remuneración) y personal (derechos morales)."*

*Y que: "Pueden ser objeto del derecho de autor todas las obras originales, entendiéndose por tales, las que se han "originado" en el autor y no son fruto de la copia o imitación de una obra ajena. No constituye requisito para la protección a través del derecho de autor que la obra haya alcanzado un determinado nivel de "calidad" o "mérito".*

*La Ley enumera con carácter no exhaustivo supuestos de obras protegidas por el derecho de autor (art. 10 LPI): libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra; composiciones musicales, con letra o sin ella; obras dramáticas y dramático-musicales, coreografías, pantomimas, o cualesquiera obras teatrales; obras cinematográficas o audiovisuales; esculturas, pinturas, dibujo, litografías, historietas, ensayos, bocetos y obras plásticas; proyectos, planos, maquetas, diseños de obras arquitectónicas o de ingeniería; gráficos, mapas, diseños relativos a la geografía; obras fotográficas y análogas; programas de ordenador. El carácter abierto de esta enumeración se manifiesta en el propio artículo 10.1 de la Ley de Propiedad Intelectual que alude a la protección en general de cualquier obra literaria, artística o científica expresada por cualquier medio o soporte actualmente conocido o que se invente en el futuro. Tienen también el concepto de obra a efectos de ser objeto de protección, las obras derivadas: traducciones, revisiones, actualizaciones, anotaciones, compendios, resúmenes, extractos, arreglos musicales o, en general, la transformación de una obra (art. 11 LPI); en estos supuestos es necesario contar con el consentimiento del autor de la obra originaria.*

*Quedan excluidas de la protección por la propiedad*

*intelectual el texto de las disposiciones legales o reglamentarias, los proyectos normativos, resoluciones de órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de Organismos públicos (art. 13 LPI).”. Idem en las de 30-julio; y a sensu contrario las de 25-enero-10 y 30-julio-08; y de 22-enero-08; y del TS de 26-11-03 y 23-10-01, entre otras.*

*En el caso, se concuerda con el Juzgador de instancia que la publicación “Isla Blanca Ibiza Guide” debe considerarse como obra, precisamente colectiva por las diversas contribuciones (fotos diseño, estructura, maqueta), de creación novedosa y coordinada, y -como se verá- original en el planteamiento, concediéndose al editor los derechos de autor, ahora demandante, quien abonó las facturas de aquéllos colaboradores o reconoció la participación de la demandada, ad exemplum en la de 2.007, y traducida a soporte tal creación es protegible según lo ordenado por la Ley de Propiedad Intelectual. Y la originalidad deviene en el sentido objetivo, antes explicitado, en tanto la publicación de la actora es diferente de las acompañadas (12, como documentales) en el mismo ámbito geográfico, en tamaño, estructura o forma y clientela futura, a través de su diseño gráfico, composición de portada, contraportada y páginas, y secciones, por materias frente a tipos de clientes seleccionados, que la diferencian de las restantes publicaciones-guías, y ello más allá de su contenido y anuncios, o de su posible analogía entre éstos últimos, y con independencia de donde se comercialicen ambas guías y a quienes vayan dirigidas, o si se publicitan, o no, en diversas guías.*

*En definitiva, la guía diseñada y editada por la entidad demandante reviste originalidad y creatividad, mereciendo protección.*

**CUARTO.-** *Y sobre el plagio y los actos de imitación, este Tribunal ha señalado que: “Actos de imitación son aquellos por los que un empresario copia o se apropia de las iniciativas o prestaciones empresariales de los competidores. En principio, la imitación es libre y, por consiguiente, todo*

*empresario puede imitar las iniciativas de los otros. Ahora bien, los actos de imitación dejarán de ser ilícitos y se reputarán desleales cuando vulneren los derechos de exclusiva otorgados por una Ley (es el caso, de las patentes o de las marcas), cuando puedan producir confusión en los consumidores o cuando supongan el aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno (art. 11).*

*Sobre las iniciativas de un competidor, podrán ser calificadas de desleales cuando constituya una estrategia empresarial para tratar de impedir la consolidación en el mercado de un competidor o cuando exceda de lo que pueda ser una respuesta natural del mercado.*

*Los actos de engaño pueden ser definidos como la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sean susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza y características de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas (art. 7). Estos actos, a diferencia de los anteriores, no alcanzan realmente notoriedad y trascendencia hasta la generalización de la actividad publicitaria en el mundo empresarial.*

*Y, establece el art. 5 de la Ley 29/2009 que:*

*1. Se considera desleal por engañosa conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos:*

*a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio.*

*b) La existencia o la naturaleza del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o su siniestro, su entrega, su*

*carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio.*

*c) La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones.*

*d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio con objeto de un patrocinio o una aprobación directo o indirecta.*

*e) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio.*

*f) La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación, y la modificación del precio inicialmente informado, salvo que exista un pacto posterior entre las partes aceptando tal modificación.*

*g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de su propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido.*

*h) Los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr.*

*2. Cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios.*

*Y, establece el art. 11 de la ley 29/2009 que:*

*Actos de imitación.*

*1. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley.*

*2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.*

*La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.*

*3. Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias reputarse una respuesta natural del mercado.*

*Y, establece el artículo 25 de la Ley de 29/2009 que:*

*Prácticas engañosas por confusión.-*

*Se reputa desleal por engañoso promocionar un bien o servicio similar al comercializado por un determinado empresario o profesional para inducir de manera deliberada al consumidor o usuario a creer que el bien o servicio procede de este empresario o profesional, no siendo cierto.*

*Y sobre los actos de explotación de la reputación ajena, se trata de una modalidad especial de los actos de engaño o confusión, que consiste en el aprovechamiento indebido de las ventajas de una reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otra persona en el mercado (art. 12). En particular, se encuadran en esta clase de actos el empleo de signos distintivos ajenos, denominaciones*

*de origen falsas, indicaciones inexactas sobre la naturaleza y cualidades del producto o sobre homologaciones o marcas de calidad, o el uso de expresiones tales como “modelo”, “sistema”, “tipo”, “clase” y similares.*

*Y, otro de los supuestos frecuentes en los que un competidor trata de aprovecharse del esfuerzo de otro participante en el mercado es cuando trata de explotar la reputación de éste. Esta explotación de la reputación ajena se produce ciertamente en los casos de confusión o de riesgo de asociación.*

*Pero lo que caracteriza al supuesto autónomo de aprovechamiento de la reputación ajena consiste en que no se crea un riesgo de confusión, ni tampoco un riesgo de asociación, pero sí que se utiliza la referencia al producto o servicio ajeno, especialmente al signo distintivo que lo caracteriza, para promocionar el producto propio. Así ocurre cuando se hace publicidad de un producto poniendo de manifiesto que es de la misma clase, tipo, modelo, o sistema que otro producto ajeno que está en el mercado y que ha adquirido reputación en él.*

*En ocasiones, si el signo distintivo del producto ajeno cuya reputación pretende explotar está protegido como marca, la utilización de esa marca en la publicidad, sin autorización de su titular, constituirá un supuesto de violación del derecho exclusivo [art. 321.2d) LM ].*

*Y que: El art. 4. de la Ley 29/2009 establece que:*

*Cláusula General.*

*1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.*

*En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las*

*prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.*

*A los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:*

- a) La selección de una oferta u oferente*
- b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso de qué manera y en qué condiciones contratarlo.*
- c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier forma de pago.*
- d) La conservación del bien o servicio.*
- e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.*

*Igualmente, a los efectos de esta ley se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado.*

*2. Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio.*

*Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios*

*especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran por presentar una discapacidad por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá, sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal.”; y en la de fecha 30-julio-10 que: “Y el plagio es aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial, y se estime en situaciones tanto las de identidad como las que encubren, pero que descubren al despojarlas de ardidés y ropajes, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual ajeno.*

*No puede confundirse con 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.*

*Ha de referirse a las coincidencias estructurales, básicas y fundamentales, y no a las accesorias o añadidas (STS de 28-1-95).*

*El plagio consiste en la copia fraudulenta de una obra, con ocultación de su verdadero autor. Esta actividad infractora tiene diversos grados, que pueden ir desde la mera transposición a la obra propia, de una frase o idea contenida en la obra de otro autor, sin invocación de su identidad; hasta la apropiación íntegra de una obra ajena, haciéndola aparecer como propia.*

*La razón de penalizar esta conducta es porque se hace aparecer una obra como propia cuando la misma se ha creado con el esfuerzo intelectual de otra persona. El perjuicio patrimonial del verdadero autor puede no producirse, si por ejemplo la nueva obra no llega a tener suficiente éxito, pero la conducta seguiría siendo punible, ya que precisamente esta conducta afecta más bien al derecho moral del autor a exigir que sea reconocido como tal en las obras que se deban a su ingenio.*

*Y siguiendo con la Sentencia de este Tribunal, de fecha 25-enero-2010: “La mas elemental vulneración de los derechos reconocidos en la LPPI a los autores, y que es precisamente la que se denuncia con la demanda que nos ocupa, es el denominado plagio, que ha venido siendo definido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, destacando entre las más recientes la de fecha 26 de noviembre de 2003, en el sentido de que “por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se presenta más 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 despojarse 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 creativa y esfuerzo ideario o intelectual. No produce confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y el conocimiento de todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino más bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta, pura y total invención, desnuda de toda aportación posterior. Por todo lo cual, el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superfluas o modificaciones no trascendentales. Esta doctrina se reitera literalmente en las Sentencias de 17 de octubre de 1997 y 23 de marzo de 1999, y se toma en cuenta en orden a la consideración del plagio como “copia en lo sustancial de una obra ajena” en la Sentencia de 23 de octubre de 2001.*

*De dicha doctrina cabe destacar que frente a la delimitación positiva de lo que debe entenderse por plagio, “copia en lo sustancial de una obra ajena” o “coincidencias estructurales básicas y fundamentales”, existe otra delimitación negativa,*

*explicitando la misma los casos en que no existe plagio: de una parte, por no haber confusión “con 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” y, de otra, porque el contenido de las obras “esta anticipado y al alcance de todos (STS 17-10-1997), y cuyo fundamento radica en que en tales supuestos, el contenido respecto de lo se denuncia la identidad falta “creatividad y originalidad”. Idem en la de 9-junio-2008.”; y STS de 11-4-07 y 23-10-01 y el art. 11 de la Ley 29/2009 que lo modifica.*

*En el caso, tras comparar ambas publicaciones resulta evidente el plagio llevado a cabo por la demandada, respecto de la obra de la actora, en la mayor parte, aprovechándose de la labor estructural y del esfuerzo intelectual, sin ofrecer otra creación novedosa la de la Sra. Melisa (“Ibiza Update- 2008/2009”) sino mera reproducción de la primera, en gran parte, según lo desgranado en el fundamento jurídico anterior, en su forma y diseño gráfico sobretodo, tanto exterior como interior, índice, secciones y composición gráfica, para dirigirla también a futuros anunciantes y composición gráfica, para dirigirla también a futuros anunciantes y mismidad de actividades. No desvirtúa lo anterior, que las subsecciones estén diferenciadas por colores o títulos, o se incorpore alguno más, o se condensen algunos espacios, o se incorpore o elimine algún que otro signo.*

*Se insiste: basta contrastar los documentos 1 y 7 (ambas guías, con f. 27 a 205- de los años 2008 y 2007, y f. 213 a 286 de autos), para observar las coincidencias, semejanzas y/o similitudes de portada, configuración, presentación, índice (contents), secciones y nº de páginas, sectores comerciales (restaurantes, Black restaurants, cafés y bares, “nigthlife”, “Free Time”, “Boat Sales & Charter”, “Hotels & Agroturism”, mapas varios, índice y categorías, y contraportada final; y en cambio falta en la primera la introducción, diferenciación en tipo de restaurantes; y en la segunda la sección de “Gourmets y Delicatessen”; y en la primera la “Classica exclusive fashion &*

*accessories”; en la segunda la de “Body & Beauty Wellness”; en la primera la de “Urban fashion & accesories” y “Delicatessen/Wines & more”; en la segunda la de “Art & Culture”; en la segunda las secciones de “Boutiques & Shopping” y de “Complements & Shoes”; en la primera no hay la de “Health & Beauty” ni un separado para “Formentera”, y “Other Services”; y en la segunda no hay la de “House & Garden Furniture” ni “Real Estate”, ni “Service Agencies”, pero que son encuadrables fácilmente en una u otra sección (véase contraportadas como f. 289 a 295).*

*Y, para realizar tal trabajo comparativo, que ha permitido concordar con el Juzgador “a quo” la concurrencia de plagio, no era necesario el dictamen del Sr. Donato, respecto de la forma, estructura interna, diseño gráfico, composición y configuración de páginas, para deducir la multiplicidad de coincidencias entre ambos productos.*

*Por otra parte, la diseñadora de la guía de la actora, testigo Sra. Ofelia, fue contundente al manifestar que diseñó la de los años 2008 y 2009, que considera que hay plagio, que maquetó la de la actora en septiembre-06, que la guía de la demandada es idéntica y no aportaba creatividad; y el testigo Sr. Bienvenido, quien diseñó la primera guía de la demandada, manifestó que el proyecto nuevo estaba basado en la maqueta original de “Digital Grafic Ibiza”, que la demandada le ofreció acabar su diseño, que le advirtió que los productos no podían ser exactamente iguales (temas, índices, productos, anunciantes, estilo, fotos, textos, diseño y estructura), que las dos guías producen confusión a los clientes, y sólo hay que verlas; y ello en el acto del juicio.*

*Por último, como enseña el Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 26-noviembre-03, a propósito de guías turísticas: “por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancia. Se presente más 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 presentan plagio haya que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarse de los ardidés y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obras original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual. 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”.*

*Esta doctrina se reitera literalmente en las Sentencias de 17 de octubre de 1999 y 23 de marzo de 1999, y se toma en cuenta en orden a la consideración del plagio como “copia en lo sustancias de una obra ajena” en la S. de 23 de octubre de 2001.”.*

**QUINTO.-** *Y sobre los actos de confusión, que “Como ya indicaba este Tribunal en la Sentencias de fecha 3-mayo-2010: “Sobre el concepto de marca, protección de signos distintivos, sus principios y funciones, acciones del titular, y su círculo concéntrico con la competencia desleal, las Sentencias de esta Sala de fecha 25 de octubre de 2005, y 26 de junio de 2006 por las que “Para evitar el riesgo de confusión no basta con que el signo que se pretende proteger como marca tenga aptitud diferenciadora en abstracto, esto es, no basta que no sea genérico (requisito absoluto), sino que tiene que presentar además aptitud diferenciadora en concreto (requisito relativo) frente a los signos de la empresa que estén ya prioritariamente protegidos.*

*Esto significa como regla básica que para determinar si existe o no el riesgo de confusión no es suficiente la comparación de los signos enfrentados en sí mismos considerados, sino que es preciso realizar una doble comparación, esto es, tanto de los signos, como de los productos o servicios a los que se aplican para distinguirlos en el mercado (STS, Sala 1ª, de 5 de abril de 1994).*

*Ésta es la regla conocida como especialidad de la marca, que significa que la protección de la marca*

*no se refiere al signo en sí mismo, sino al signo como medio para distinguir en el mercado determinada clase de productos o servicios.*

*Y para determinar la concurrencia de este requisito relativo de registro, debe establecerse la comparación entre el signo que se pretende proteger como marca (signo referido a una clase determinada de productos o servicios) con los signos de la empresa (marcas, nombres comerciales o rótulos de establecimiento) prioritariamente registrados, esto es, protegidos en virtud de una solicitud de registro que goce de prioridad frente a aquella cuya aptitud diferenciadora es objeto de consideración.*

*La incompatibilidad entre dos signos distintivos es obvia cuando son idénticos los signos y distinguen productos o servicios igualmente idénticos.*

*Así pues, el riesgo de confusión cuando no existe la doble identidad se aplica a la comparación tanto con marcas como con nombres comerciales que tengan prioridad.*

*Cabe distinguir tres supuestos en que puede producirse riesgo de confusión sin que exista doble identidad de signos y productos o servicios. Estos supuestos son los siguientes:*

- *signos idénticos para productos o servicios semejantes.*
- *signos semejantes para productos o servicios idénticos.*
- *signos semejantes para productos o servicios también semejantes.*

*De esta enumeración de supuestos resulta evidente que para determinar si existe riesgo de confusión hay que proceder a una doble comparación, para establecer, por un lado, si existe identidad o semejanza entre los signos, y, por otro, si existe identidad o semejanza entre los productos o servicios a los que aquéllos se aplican.*

*Para determinar si los productos o servicios son idénticos o semejantes habrá que atender a la propia naturaleza de los mismos y a las necesidades que pretenden cubrir; si se trata de productos o servicios sustitutivos o complementarios, y especialmente si existe competencia entre ellos.*

*Para ello habrá que tener en cuenta los canales de comercialización, en particular si actúan en la misma área comercial (STS, Sala 3, de 15 de noviembre de 1995), si se comercializan en los mismos establecimientos, y habrá que tener en cuenta también si van dirigidos o no al mismo grupo de adquirentes potenciales.*

*La identidad o semejanza entre signos, que puede dar lugar al riesgo de confusión, puede ser fonética, gráfica o conceptual, y por consiguiente la comparación debe hacerse desde esa triple perspectiva.*

*El riesgo de asociación es una modalidad del riesgo de confusión, y puede considerarse como un riesgo de confusión indirecta. No existe riesgo de confusión en sentido estricto entre los productos y servicios identificados por las marcas enfrentadas, dada la diferencia que existe entre los mismos. Pero dado que se trata de productos o servicios similares se suscita en el público el riesgo de que asocie la marca posterior a la anterior, considerando que esos productos o servicios, aunque distinguibles en el mercado, son producidos o comercializados por la misma empresa titular de la marca anterior u otra empresa del mismo grupo.” Idem en las de 19-septiembre-07, 22-junio-07, 7-junio-07 y 29-julio-05, autorización o el apropiarse de ellos o llegar a conocerlos por medios incorrectos, tales como la utilización de informaciones confidenciales, el espionaje industrial o la actuación de un trabajador infringiendo el deber de fidelidad par con su empresa, constituyen actos de competencia desleal (art. 13). En este precepto se distinguen, sin embargo, dos tipos diversos de comportamientos que se consideran ilícitos: la obtención de datos por medios ilegítimos (como el citado espionaje) y la divulgación de secretos industriales y comerciales*

*a los que se ha tenido acceso legítimamente pero con la obligación de guardar reserva sobre los mismos (infracción del deber de secreto). El legislador ha sido consciente, en este punto, de que la mayoría de estos actos no tienen una finalidad anticompetitiva aunque de su divulgación se pueden derivar ventajas importantes para los competidores y por ello, y muy especialmente para desincentivar su realización, les ha exonerado de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 2 para su calificación como actos de competencia desleal, que son sustituidos por la exigencia de una especial intencionalidad: que la violación de secretos haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho o de un tercero o de perjudicar al titular del secreto.*

*Por otra parte, a los actos de confusión la Ley los define de modo tautológico al referirse a ellos como comportamientos que resulten idóneos par crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos (art. 6). Por confusión se entiende el riesgo de asociación por el consumidor respecto de la procedencia de la prestación, o lo que es lo mismo, la dificultad en la identificación del empresario, del establecimiento mercantil o del producto.*

*Definida de este modo la confusión, los actos más frecuentes de este tipo de conducta se darán principalmente en relación con los llamados “signos distintivos”. La deslealtad se produce en cuanto se da la identidad o similitud de los distintos elementos que se utilizan para diferenciar a las empresas, a sus actividades o a sus productos (imagen, nombre, efecto visual, efecto sonoro, etc.) y no desaparece por el hecho de que el error se desvanezca si se observan simultáneamente ambas imágenes o se escuchan seguidamente dos dos sonidos, pues el consumidor no puede realizar habitualmente estas comparaciones por no tener los elementos frente a sí.*

*Y, la modalidad más evidente de actos que persiguen aprovecharse del esfuerzo de un competidor es aquella actuación que persigue inducir a confusión a los clientes potenciales sobre las prestaciones*

que se ofrecen o a las propias empresas que compiten en el mercado. Obsérvese que al hacer referencia a la confusión se trata, no de un engaño sobre las características de la prestación que se ofrece, sino que se trata de crear una situación en la que el cliente potencial no está en condiciones de distinguir a estas mismas empresas que actúan en el mercado.

La confusión puede referirse tanto a las prestaciones que se ofrecen como a la empresa que las ofrece, y pueda darse lugar a ella por cualquier medio que resulte apto para que un cliente normal pueda confundirse.

Por tanto, la confusión puede venir originada por los signos distintivos utilizados, cuando no están protegidos por la propiedad industrial; por la forma de presentación de los productos o servicios; por la publicidad que se realice, con mensajes copiados, etcétera.

Naturalmente para determinar si el riesgo de confusión existe habrá que tener en cuenta las peculiares características de los clientes potenciales entre los que la confusión puede producirse. No es lo mismo una clientela potencial constituida por el público en general, que una clientela integrada por profesionales en relación con productos o servicios de demanda restringida y muy especializada.”.

Idem las Sentencias de esta Sala de fechas 7-junio-07; y de la STS de 11-febrero-11, entre otras; y art. 5 a y 19 a 27 de la Ley 29/2009 que los modifica.

En el caso, los actos de la demandada producen, objetivamente error a cualquier normal consumidor o anunciante a la hora de decidir en qué guía debían publicitarse, al presentarse como editora de una revista y a la vez de la de la actora, a los fines de captar clientela, y no de diferenciar la propia de la demandante; máxime cuando la demandada había trabajado por cuenta ajena para la demandante; y como comercial (f. 26 a 208 de autos, f. 211-212), y al ofrecer misma tarifa y precios a los futuros

clientes (salvo mínimas diferencias) por los mismos tamaños, distribución, páginas y diferentes tamaños (f. 299 a 301), igualmente relevante, cuya escritura ha sido confirmada, como de la demandada, por el perito calígrafo (f. 1069 a 1094 de autos), que reconoció en el acto del juicio la aplicación de tarifas casi idénticas. Y ello en relación con lo manifestado por el testigo Sr. Ismael acerca de que la demandada le ofreció una nueva guía, diciéndole que el diseño era suyo, que le produjo confusión pues ofrecía lo mismo y con precios con 50% de descuento.

**SEXTO.-** Como práctica agresiva comercial (art. 28 a 31 de la Ley 29/09) quedan prohibidos los actos de denigración o descrédito.

En el caso, la demandada desacreditaba a la actora frente a los anunciantes posibles, forzando su decisión de contratar, a tenor de los destinatarios en reducido ámbito geográfico, con comentarios contra la reputación de la actora (véanse manifestaciones escritas como f. 793 a 748 y 844 a 857 de autos).

**SÉPTIMO.-** Y sobre la posible indemnización este Tribunal ha indicado con anterioridad: “Asimismo se reseñaba en las Sentencias, de esta Sala, de fechas 27-mayo y 18-2-11 que: Concretamente, sólo podrá entablar la acción de resarcimiento por daños y perjuicios la persona que participe en el mercado y cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal.

Por otro lado, hay que indicar que la persona que debe indemnizar, la legitimada pasivamente, frente a la que se entablará la acción de indemnización por daños y perjuicios, es el autor del acto de competencia desleal. Esto es, la persona que ha llevado a cabo una actuación desleal, que se puede subsumir en los arts. 5 a 17 de la citada LCD.

Obviamente, la pretensión de la indemnización de daños y perjuicios es una pretensión de condena dineraria.

La LCD establece un importante requisito para que pueda ejercitarse esta pretensión: que exista un comportamiento del sujeto infractor en el que medie

*culpa o negligencia.*

*Curiosamente, y por contraste con la Ley de Marcas, no se requiere intencionalidad y, por lo mismo, no exige que la persona víctima del acto de competencia desleal advierta -fehacientemente- al infractor que está llevando a cabo ese acto de competencia desleal.*

*Hay que añadir que aunque la LCD no lo recoja expresamente, junto a esta necesidad de la actuación dolosa o culposa del autor del acto de competencia desleal, es menester que exista una relación de causalidad entre los daños y perjuicios sufridos y el correspondiente acto de competencia desleal.*

*Dentro del concepto de daño patrimonial se incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante.*

*El daño emergente se califica con el concepto clásico de “pérdida”, según señala la doctrina civilista.*

*El lucro cesante, como es sabido, viene integrado por aquellas “ganancias dejadas de obtener” como consecuencia del acto de competencia desleal.*

*El punto a las pautas o criterios que deberán utilizarse para fijar las cuantías, cabría adoptar cualquiera de las siguientes:*

*-Los beneficios que hubiera obtenido “el empresario víctima” del acto de competencia desleal si no mediase tal acto.*

*-Los beneficios que haya obtenido “el acto” de competencia desleal.*

*Por lo demás, también se considera como criterios válidos para cuantificar el lucro cesante, la disminución en las ventas por parte del empresario víctima del acto de competencia desleal. Y también la pérdida de cuota de mercado.*

*Otros parámetros pueden ser:*

*-Ventas previstas no realizadas.*

*-Pérdida de cuota de mercado.*

*-Pérdida de facturación con relación a años anteriores.*

*-Caída de las exportaciones.*

*-Ventas del mercado de referencia desplazadas por productos falsos o imitados.*

*-Royalties no pagados.*

*-Reducción de los márgenes de beneficio.*

*-Daños causados en la reputación y a la imagen de la marca.*

*-Costes de defensa legal, previa a la defensa, e investigación.*

*-Unidades fraudulentas incautadas, etc.”*

*Y, el “daño competitivo” o concurrencial es casi una característica del acto desleal en sí. Consiste en la misma alteración de la competencia, un daño que se produce en el mercado por la simple realización del acto.*

*Algunos lo llaman “daño eventual” en contraposición al “daño efectivo” sufrido en un determinado patrimonio.*

*En el “daño competitivo” hay daño patrimonial porque hay una perturbación del mercado relevante del producto. Y éste es de difícil evaluación. Es un daño “a largo”.*

*Por otra parte, el perjudicado podrá optar, pues, como indemnización, entre el beneficiario 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.*

*La acción para reclamar los daños y perjuicios a que se refiere este artículo prescribirá a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla.*

*Y, la acción de indemnización por daños y perjuicios comprende 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. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.*

*Los criterios se determinan en el apartado 2 del art. 140 LPI:*

*La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:*

*a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita.*

*b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.*

*Los criterios derivados del art. 140.2 LPI se han introducido como consecuencia de la Directiva 2004/48/CE y están armonizados con los criterios relativos a la indemnización en los derechos de propiedad industrial.*

*En cualquier caso es de aplicación la doctrina in re ipsa. La mera infracción necesariamente produce un daño:*

*Y, “La realidad del daño ha de ser probada para que proceda la condena a su resarcimiento, pero esta prueba no es precisa cuando “ex re ipsa” resulte evidenciada, como una consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado o cuando la propia norma anula la consecuencia resarcitoria a la sola actuación antijurídica. SAP Barcelona (Sección 15ª) de 10-marzo-2000.”*

*Se distingue de un lado entre consecuencias económicas negativas (que comprende lo que antes eran criterios alternativos el lucro cesante y el beneficio dejado de obtener) y lo que es la licencia hipotética (que es realmente un criterio de enriquecimiento injusto). Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita han encontrado la tradicional dificultad de probar el lucro cesante (SAP Granada 14-VII-2006; STS 25-I-2007).*

*Se presume que la infracción de un derecho moral del artículo 14 de la LPI produce un daño moral. Con todo, el TS reconoce que la infracción de un derecho patrimonial no lleva consigo la existencia de un daño moral (STS 13-XII-1993, “pero ello no significa que la acción encaminada al reconocimiento del derecho conduzca siempre a la producción aneja de un daño moral”):*

*“La falta de autorización o consentimiento por parte del autor del argumento del Concurso en la emisión de éste, ha de considerarse elemento suficiente para originar un perjuicio moral en el demandante en cuanto se trata de un profesional que ejerce su actividad en medios de comunicación y la emisión de una obra, en la que ha participado activamente, sin reconocérsele su aportación, supone una clara lesión a su nombre en el ambiente profesional que le es propio. El mismo art. 140 admite la procedencia de la indemnización por daño moral, aún no probada la existencia de perjuicio económico (...). SAP Madrid núm. 96/2005 (Sección 20ª), de 17 de febrero.*

*En análogo sentido se pronuncia la SAP Asturias 10-X-2006.*

*Una novedad importante es que los daños reclamables comprenden los gastos de investigación de la infracción (SAP Barcelona 12-VI-2001).*

*Como criterios indemnizatorios se deben tener en cuenta las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado de difusión ilícita de la obra, como ya se ha reseñado.*

*Idem en las sentencias de fechas 30-julio-10 y 29-marzo-07; y STS de 11-febrero-11; entre otras.*

*En este caso, como titular de los derechos de autor la actora ostenta los derechos que recogen los art. 14 y ss de la LPI, entre los patrimoniales, procede indemnizarle por el nº de clientes (9) que se anunciaron en las dos guías con descuento ofrecido por la demandada, entendiéndose correcta la media ponderada del 20%, que conforman la cantidad de 2-170.-Euros, sin IVA; asimismo por los ingresos no percibidos por la pérdida de 23 clientes que, siendo anunciantes en la guía 2007, sólo se anunciaron en la de la demandada; si bien entiende este Tribunal que, a falta de mayor prueba, debe reducirse a mitad de lo solicitado, es decir, a 12.500.- Euros, sin IVA (dtos. 16 y 17, en relación dtos.-Listado nº 14, 15 -descuento- y contratos de anunciantes, y no anunciantes posteriores, como f. 315 a 327 de autos, y pagos a la diseñadora Ofelia (f. 421 a 430 de auto) y f. 462-3).*

*En cuanto a la indemnización por daños morales debe atenderse a las circunstancias concurrentes, a los actos de vulneración y su frecuencia, a los efectos sobre la clientela, ya reseñados, estimándose como proporcional la de 6.000.- Euros, en tanto va anudada a la publicación de la sentencia, a la indemnización por pérdida de clientela, y como también se ha visto posiblemente perjudicada la demandada, aunque ello sea un hecho nuevo, por el de la publicación de un extracto de la sentencia dictada en la instancia, a 24-junio-2010, en el Diario de Ibiza, por parte de la actora, con anterioridad a su firmeza, y sin haber*

*instado la ejecución provisional de tal sentencia.*

*Consiguientemente, la demandada debe indemnizar a la actora por los conceptos desglosados, la suma total de 20.670.- Euros, con más sus intereses legales.*

**OCTAVO.-** *La estimación parcial del recurso de apelación impide hacer expresa imposición a las partes de las costas procesales causadas en esta alzada, en una estricta aplicación de los principios objetivo y de vencimiento, y conforme a lo prevenido en los art. 398, 395 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

*En atención a todo lo precedentemente expuesto la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca HA DECIDIDO:*

#### **FALLAMOS**

*1º) Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Colom Ferrá, en representación de Dª. Melisa, contra la Sentencia de fecha 17-mayo-2010, dictada por el Juzgado de Lo Mercantil nº 2 de esta Capital, en los autos de Juicio Ordinario nº 447/2008, de que dimana el presente Rollo de Sala; cuya resolución parcialmente se revoca; y en su virtud,*

*2º) Confirmar los pronunciamientos que la resolución impugnada contiene; salvo que condenamos a la demandada a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios irrogados, y por daños morales, como consecuencia del plagio y posterior publicación de la obra "Ibiza Update Tourist Guide", en la suma total de 20. 670.- Euros, con más sus intereses legales desde la fecha de la sentencia dictada en la instancia (17-mayo-2010) hasta la de su completo pago.*

*3º) No procede hacer especial pronunciamiento respecto del las costas devengadas en esta alzada.*

*Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos,*

*mandamos y firmamos.*

*PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.*