

# DAÑO MORAL POR INFRACCIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

José CABRERA RODRÍGUEZ  
Abogado

*Fecha de recepción: 12.10.2017*  
*Fecha de aceptación: 12.11.2017*

**RESUMEN:** La doctrina relativa al daño moral por infracción de derechos de propiedad intelectual puede resumirse en una discrepancia básica entre dos posturas iniciales de partida. La de quienes lo restringen al daño derivado específicamente de la infracción de los derechos morales de autor legalmente tasados. Y la de aquellos otros que, bajo un concepto más amplio de daño moral, asumen que también podrá venir provocado por la infracción de derechos patrimoniales o de explotación. El propósito de este trabajo es contraponer las virtudes e inconveniencias de ambas tesis, recurriendo a doctrina y jurisprudencia, con la finalidad de diseccionar el concepto de daño moral en materia de propiedad intelectual, a partir de una lectura de los artículos 138 y siguientes de la Ley de Propiedad Intelectual.

**PALABRAS CLAVE:** Infracción. Daño moral. Indemnización. Responsabilidad.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. «EL TITULAR DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN ESTA LEY». 1. DERECHOS CONEXOS Y DAÑO MORAL. 2. PERSONAS JURÍDICAS Y DAÑO MORAL. 3. ¿DAÑO MORAL POST MORTEM? ARTÍCULOS 15 Y 16 LPI. III. «...SIN PERJUICIO DE OTRAS ACCIONES QUE LE CORRESPONDAN». IV. «EN EL CASO DE DAÑO MORAL, PROCEDERÁ SU INDEMNIZACIÓN». V. «...AUN NO PROBADA LA EXISTENCIA DE PERJUICIO ECONÓMICO». VI. CRITERIOS DE VALORACIÓN. VII. LEGITIMACIÓN PASIVA Y RESPONSABILIDAD PLURAL. VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA

**TITLE:** MORAL DAMAGES FOR COPYRIGHT & NEIGHBORING RIGHTS INFRINGEMENT

**ABSTRACT:** Legal scholarship on moral damages for copyright (and neighboring rights) infringement can be summarized in a basic discrepancy between two positions. The one of those who restrict

it to the damage derived specifically from the infringement of the legally assessed moral rights of author. And those of others who, under a broader concept of moral damages, assume that it may also be caused by the infringement of exclusive or economic rights. The purpose of this paper is to counterbalance pros and cons of both theses, taking into account legal scholarship and case law, with the purpose of dissecting the concept of moral damages in the realm of copyright law, on the basis of Section 138 et seq of the Spanish Copyright Act.

**KEY WORDS:** Copyright infringement, moral harm, damages, liability.

**CONTENT:** I. INTRODUCTION. II. «THE HOLDER OF THE RIGHTS GRANTED IN THIS ACT». 1. NEIGHBORING RIGHTS AND MORAL HARM. 2. LEGAL PERSONHOOD AND MORAL HARM. 3. POST MORTEM MORAL HARM? SECTIONS 15-16 OF THE SPANISH COPYRIGHT ACT. III. «...REGARDLESS ANY OTHER LEGAL ACTIONS». IV. «IN CASE OF MORAL HARM, DAMAGES SHALL BE AWARDED». V. «...DESPITE PECUNIARY LOSS NOT BEING PROVED». VI. ASSESSING CRITERIA. VII. JOINT INFRINGEMENT LIABILITY. VIII. CONCLUSIONS. IX. BIBLIOGRAPHY

*«The sheer fact is that there is no objective yardstick for translating non-pecuniary losses, such as pain and suffering and loss of amenities, into monetary terms. This area is open to widely extravagant claims».*

Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd. [1978] 2 S.C.R. 229 at 261

## I. INTRODUCCIÓN

*«El ámbito de la propiedad intelectual —dice el Tribunal Supremo— es de aquellos en que suele darse la existencia de daño moral»* [STS 31.5.2000]. Y es cierto que, como sugería recientemente un autor, los daños morales son un auténtico «terreno abonado» en el ámbito de la propiedad intelectual<sup>1</sup>. Sin embargo, y pese al importante volumen de litigios que se generan en torno a esta cuestión, llama la atención que apenas alcancen a media docena los trabajos monográficos que se han ocupado del tema hasta la fecha: los de M. FERRER BERNAL (2017)<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> P. MERINO BAYLOS, «El daño moral. Pautas de fijación en la UE», en: Grupo español de la AIPPI, XXXI Jornadas de estudio sobre Propiedad Industrial e Intelectual (AIPPI, Madrid, 2016), pp. 25-34, p. 27.

<sup>2</sup> M. FERRER BERNAL (2017) «El daño moral de autor y la llamada regalía hipotética. Reflexiones al hilo del caso *Liffers*», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2017.

P. MERINO BAYLOS (2016)<sup>3</sup>, A. RUBÍ PUIG (2015)<sup>4</sup>, A. MACÍAS CASTILLO (2010)<sup>5</sup>, P. MARTÍNEZ ESPÍN (1996)<sup>6</sup> y M. E. SÁNCHEZ JORDÁN (1993)<sup>7</sup>.

A esta media docena de trabajos se sumarían, en fin, los tres comentarios de legislación convencionales en la materia. En concreto, los de CLEMENTE MEORO<sup>8</sup>, CARRASCO PERERA<sup>9</sup> y ARMENGOT VILAPLANA<sup>10</sup> al artículo 140 del Texto Refundido la Ley de Propiedad Intelectual<sup>11</sup>. Por lo demás y dejando a salvo algunos comentarios breves de jurisprudencia —como los de PALOMAR LICERAS (2017)<sup>12</sup>, PÉREZ LLUNA (2016)<sup>13</sup>, CARRASCO PERERA (1993)<sup>14</sup>, MARTÍNEZ ESPÍN (1994)<sup>15</sup> o BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1998, 2001, 2002)<sup>16</sup>—, nada más se ha escrito sobre esta forma de daño moral entre nosotros.

<sup>3</sup> P. MERINO BAYLOS, *supra*, nota 1.

<sup>4</sup> A. RUBÍ PUIG, “Daño moral por infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial”, en F. GÓMEZ POMAR/I. MARÍN GARCÍA (dir.), *El daño moral y su cuantificación* (L’Hospitalet: Bosch-Wolters Kluwer, 2015), pp. 653-706.

<sup>5</sup> A. MACÍAS CASTILLO, «La reparación del daño moral del autor», en: A. MACÍAS CASTILLO/M.A. HERNÁNDEZ ROBLEDO (coord.), *El derecho de autor y las nuevas tecnologías: reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual* (La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2008), pp. 269-294. También publicado en: AAVV, *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI: Tomo IV. Derecho privado, Vol. 2* (Temis, Bogotá, 2010), pp. 221-236; *idem*, «El daño moral causado al autor de la obra intelectual», *Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 100, 2012, pp. 94-99; *idem*, «El daño moral causado al autor de la obra intelectual», *Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 88, 2010, pp. 68-75.

<sup>6</sup> P. MARTÍNEZ ESPÍN, *El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual* (Madrid, Tecnos, 1996).

<sup>7</sup> M. E. SÁNCHEZ JORDÁN, «Los daños morales por infracción del artículo 14 de la Ley de la Propiedad Intelectual», en: AAVV, *Estudios jurídicos. Libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de la Laguna*, vol. 2 (Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, San Cristóbal de La Laguna, 1993), pp. 837-856.

<sup>8</sup> M. CLEMENTE MEORO, «Comentario al artículo 140», en: J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009), pp. 868-881.

<sup>9</sup> A. CARRASCO PERERA, «Artículo 140», en: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed. (Tecnos, Madrid, 2007), pp. 1690-1704.

<sup>10</sup> A. ARMENGOT VILAPLANA, «Artículo 140», en: F. PALAU RAMÍREZ / G. PALAU MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017), pp. 1606-1612.

<sup>11</sup> También abordan parcialmente el tema los comentarios al artículo 14 LPI de C. VENDRELL CERVANTES, «Artículo 14», en: F. PALAU RAMÍREZ/G. PALAU MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017), pp. 274-305; P. MARTÍNEZ ESPÍN «Artículo 14», en: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (3ª ed., Civitas, Madrid, 2007), pp. 209-237.

<sup>12</sup> N. PALOMAR LICERAS, «Resoluciones de actualidad en materia de Propiedad intelectual y música», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 54, 2017, pp. 497-516.

<sup>13</sup> A. PÉREZ LLUNA, «La indemnización del daño moral en casos de infracción de derechos de propiedad intelectual», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 918, 2016, p. 14.

<sup>14</sup> A. CARRASCO PERERA, «STS 14 de diciembre de 1993. Propiedad intelectual. Derecho moral de autor. Indemnización del daño moral», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 33, 1993, pp. 1105-1119.

<sup>15</sup> P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Daño moral de autor: comentario a las sentencias del Tribunal Supremo, Sala primera, de 14 y 29 de diciembre de 1993», *Poder Judicial*, núm. 33, 1994, pp. 403-412.

<sup>16</sup> R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «STS 22 de abril de 1998. Propiedad intelectual; derecho moral a la integridad del guionista de una obra audiovisual; indemnización del daño moral», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 48, 1998, pp. 1133-1144; *idem*, «Derecho de autor. Obra colectiva, eficacia de la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual; indemnización de daños

Los trabajos citados, que compendian la doctrina española en la materia, pueden resumirse en una discrepancia básica entre dos posturas iniciales de partida<sup>17</sup>. La de quienes lo restringen al daño derivado *específicamente* de la infracción de los derechos morales de autor legalmente tasados. Y la de aquellos otros que, bajo un concepto más amplio de daño moral, asumen que también podrá venir provocado por la infracción de derechos patrimoniales o de explotación.

El propósito de este trabajo es contraponer las virtudes e inconveniencias de ambas tesis, recurriendo a doctrina y jurisprudencia, con la finalidad de disecionar el concepto específico de daño moral en materia de propiedad intelectual. Punto de partida es el artículo 138 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), donde se establece que:

«El titular de los derechos reconocidos en esta ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y *morales* causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140».

Siguiendo la remisión, el artículo 140, apartado 1, letra a), párrafo 2º, del TRLPI establece que:

«En el 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».

Como se anticipó, el análisis de los problemas que plantean la interpretación y aplicación de ambos preceptos es el objeto de este trabajo. Y el orden que se seguirá en su tratamiento se ceñirá, en la medida de lo posible, a la sistemática literal del propio texto legal. En concreto, el trabajo pretende determinar a quiénes corresponde la legitimación activa para el ejercicio de esta acción indemnizatoria (*infra* I); valorar su posible acumulación o relación de complementariedad con otras acciones concurrentes, como las vigentes en materia de protección del derecho al honor (*infra* II); definir el tipo de presunción que establece la norma del artículo 140.1.b) LPI sobre la existencia o alcance del daño moral (*infra* III); analizar su independencia o autonomía respecto del daño

---

y perjuicios por desconocimiento de la autoría sobre un proyecto de investigación de Universidad; daño moral», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 55, 2001, pp. 187-198; *ídem*, «STS 5 de octubre de 2001: Derecho de autor: derecho de paternidad y derechos de explotación de obra creada antes de la entrada en vigor de la Ley 22/1987, de propiedad intelectual; cuantificación de la indemnización por daños morales y por daños materiales», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 58, 2002, pp. 311-324.

<sup>17</sup> A. RUBÍ PUIG, *supra*, nota 4, p. 678; R. XALABARDER PLANTADA, «Le droit moral en Espagne», *Cahiers de la propriété intellectuelle*, núm. 25, 2013, pp. 250-281; p. 279.

patrimonial derivado de la infracción de derechos patrimoniales de propiedad intelectual (*infra* IV); sistematizar los parámetros de valoración del daño moral establecidos en el artículo 140.1.b) LPI (*infra* V); y, por último, determinar qué sujetos infractores están legitimados pasivamente para soportar esta acción indemnizatoria, en particular, la distinción entre infractor directo e indirecto y el problema de la distribución del daño en los supuestos de pluralidad de responsables (*infra* VI). Los argumentos desarrollados en relación con cada una de estos grupos de cuestiones se resumirán finalmente en el planteamiento de seis tesis a modo de conclusiones.

## II. «EL TITULAR DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN ESTA LEY»

Como se anticipó, la doctrina relativa al concepto de daño moral del artículo 140.1.b) LPI puede resumirse en una discrepancia básica entre dos posturas de partida<sup>18</sup>. La de quienes lo restringen al daño derivado *específicamente* de la infracción de los derechos morales de autor legalmente tasados. Y la de quienes, bajo un concepto más amplio de daño moral, asumen que también podrá venir provocado por la infracción de derechos patrimoniales o de explotación.

Las diferencias que se siguen en las consecuencias de uno y otro planteamiento son relevantes. Conforme al primero, que representa la posición mayoritaria en la doctrina, la acción indemnizatoria del artículo 140 TRLPI no abarcaría los daños morales provocados por aquellos actos que no impliquen infracción de los derechos reconocidos en el artículo 14 TRLPI. Por lo tanto, la reparación de los daños morales que pudieran derivarse de cualesquiera actos ilícitos de otro tipo (como la infracción de los derechos de explotación) exigiría acudir a las normas de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LO 1/1982) o, directamente, a la cláusula general de responsabilidad del artículo 1902 CC<sup>19</sup>.

Sobre este posible concurso de normas poco han dicho doctrina y jurisprudencia. En favor de la primera interpretación, ofrece un argumento muy convincente CARRASCO PERERA. Apunta que daño moral

«en el sentido de la Ley [de Propiedad Intelectual] es daño a un derecho moral de autor reconocido en la [Ley de Propiedad Intelectual], no cualquier daño moral. En caso contrario nos encontraríamos con la arbitraria consecuencia de que una persona está sometida a un régimen

---

<sup>18</sup> A. RUBÍ PUIG, *supra*, nota 4, p. 678; R. XALABARDER PLANTADA, *supra*, nota 17; p. 279.

<sup>19</sup> A. RUBÍ PUIG, *supra*, nota 4, p. 680. C. VENDRELL CERVANTES, «Artículo 14», en: F. PALAU RAMÍREZ / G. PALAO MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017), pp. 274-305; p. 281.

especial “universal” frente al resto de los mortales por su condición de autor»<sup>20</sup>.

Coordinar las normas de imputación de responsabilidad exige definir *qué* daño moral es objeto del artículo 140.2.a) LPI y *qué otros* daños morales lo son, en su caso, de las demás normas. El problema, dice RUBÍ PUIG<sup>21</sup>, es que «[n]o hay un esfuerzo por delimitar bien el daño moral objeto del artículo 140.2.a) TRLPI»<sup>22</sup>.

Si asumiéramos el segundo planteamiento, en cambio, bastaría la norma del artículo 140 LPI para imputar conjuntamente todos los daños morales que pudieran derivarse de una infracción de derechos de *propiedad intelectual en general*, ya fuesen morales o de explotación. Nótese, en cualquier caso, que esta segunda interpretación parece reconocer (al menos, implícitamente) la capacidad de sufrir daño moral a *todos* los titulares de *cualesquiera* derechos de propiedad intelectual infringidos. Incluidos también los titulares de derechos conexos.

Pero este segundo planteamiento tampoco está libre de reparos. Primero, porque, de entre todos los derechos afines recogidos en el Libro II de la LPI, únicamente al de los artistas intérpretes y ejecutantes se le atribuye una dimensión o contenido moral en el artículo 113 LPI<sup>23</sup>. *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Segundo, porque los titulares de derechos afines serán casi siempre —a excepción de los artistas y de los *meros* fotógrafos (art. 128 LPI)<sup>24</sup>— personas jurídicas: productores audiovisuales<sup>25</sup> y fonográficos<sup>26</sup>, entidades de radiodifusión<sup>27</sup>, etc.<sup>28</sup>.

---

<sup>20</sup> A. CARRASCO PERERA, *supra*, nota 9 (1ª ed., 1989), p. 1660.

<sup>21</sup> SAP Barcelona (Sec. 15) de 7.1.2015 («*Qualsevol nit pot sortir el Sol*»).

<sup>22</sup> A. RUBÍ PUIG, *supra*, nota 4, p. 680.

<sup>23</sup> R. DE ROMÁN PÉREZ, «Derecho de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes como derecho análogo al derecho de autor», *Diario La Ley*, núm. 7387, 2010, p. 1: «en su día ya se propuso una mejor ubicación para el derecho de los artistas en el Libro I de la Ley, dado que la aportación que realizan, igual que las obras, tiene naturaleza creativa y por ello son los únicos titulares del Libro II a los que se reconocen derechos morales».

<sup>24</sup> Como explica BONDÍA ROMÁN, «[t]ratándose de fotografías amparadas por el derecho de autor, los derechos exclusivos comprenden tanto el ámbito económico o de explotación, como la faceta personal o moral del autor ... La mera fotografía, por el contrario, carece de derechos morales» [F. BONDÍA ROMÁN, «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, núm. 3, 2006, pp. 1065-1114, p. 1069].

<sup>25</sup> Artículo 120.2 LPI: «Se entiende por productor de una grabación audiovisual, la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de dicha grabación audiovisual».

<sup>26</sup> Artículo 114.2 LPI: «Es productor de un fonograma la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la mencionada fijación. Si dicha operación se efectúa en el seno de una empresa, el titular de ésta será considerado productor del fonograma».

<sup>27</sup> El artículo 126 LPI no define “entidad de radiodifusión”: «Por tanto, todo lo que emita, siendo o no persona jurídica, ostentará estos derechos» [J. I. RUIZ PERIS/C. RODILLA MARTÍ, «Artículo 126», en: F. PALAU RAMÍREZ/G. PALAO MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017), pp. 1449-1477; p. 1457, nota 3116]. En sentido similar, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Coruña de 1.2.2017, FJ 1º.

<sup>28</sup> Un nuevo derecho conexo en favor de las editoriales está en ciernes: Considerandos 31 a 36 de la Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital [COM(2016)

## 1. DERECHOS CONEXOS Y DAÑO MORAL

Si asumiéramos el segundo planteamiento, tal como se adelantó, bastaría la sola norma del artículo 140 LPI para imputar conjuntamente todos los daños morales que pudieran derivarse de una infracción de derechos de propiedad intelectual en general. Ya fuesen derechos de autor o conexos. E incluso con independencia, en su caso, del contenido moral o patrimonial del concreto derecho infringido.

En favor de esta segunda interpretación milita el texto literal del propio artículo 138 LPI, donde se dice que podrá ejercitar las correspondientes acciones, sin mayor especificación, «[e] titular de los derechos reconocidos en esta ley». Idea que parece también inspirar la propia sistemática de la Ley, al ubicar sus artículos 138 a 143, dedicados a la tutela procesal, dentro del Libro III, bajo la rúbrica genérica «*De la protección de los derechos reconocidos en esta Ley*»<sup>29</sup>.

## 2. PERSONAS JURÍDICAS Y DAÑO MORAL

Conforme a la jurisprudencia clásica de la Sala Primera del Tribunal Supremo, «[e] daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales repre-

---

593 final]. Sin perjuicio de opiniones escépticas: *vid.* A. RAMALHO, «Beyond the Cover Story — An Enquiry into the EU Competence to Introduce a Right for Publishers», *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 48(1), 2017, pp. 71-91.

<sup>29</sup> Cf. SAP de Madrid (Sec. 28<sup>a</sup>) de 22.1.2016, FJ 6<sup>o</sup>: «Conviene aclarar que el que la parte actora, en este caso la editora del periódico, no disponga de derechos morales sobre la mera fotografía objeto de la demanda no significa que carezca del derecho a exigir una indemnización por daño moral si la infracción de sus derechos afines a los de autor hubiera ocasionado consecuencias de esa índole. El artículo 138 del TRLPI se refiere, en abstracto, a la posibilidad de que padezcan daños morales todos aquellos que sean titulares de alguno de los derechos que la propia ley reconoce, y, por lo tanto, no solo los que ostenten los derechos de exclusiva de índole moral que regula el artículo 14 del TRLPI (divulgación, paternidad, integridad, modificación, retirada, acceso) sino también quienes sólo ostentasen derechos de exclusiva de contenido puramente patrimonial, como los de explotación regulados en los artículos 17 y siguientes del TRLPI (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación). En definitiva, no debe confundirse el carácter eventualmente “moral” del daño que pueda derivar de un acto de infracción de derechos de propiedad intelectual con la índole “moral” de algunos de dichos derechos; se trata de nociones que no se interfieren desde el momento en que nada impide que de la infracción de típicos derechos de explotación (artículos 17 a 21 del TRLPI) puedan derivarse quebrantos de naturaleza moral además, en su caso, de los de índole material». Cf. SAP de Asturias (Sec. 1<sup>a</sup>) de 22.5.2013, FJ 4<sup>o</sup>: «el art. 140 de la [LPI]... al estar situado en su Libro III, bajo la rúbrica «De la protección de los derechos reconocidos en esta ley», viene a regular el derecho a solicitar indemnización por el “titular del derecho infringido”, no presentándose como posible que el mismo se refiera sólo a los derechos morales, pues habla de los derechos reconocidos en la ley, que comprende los de contenido económico, y también los de su art. 128; precepto que no protege solo los derechos de quien se considere autor conforme al art. 5 LPI, es decir, en este caso a la fotografía artística, sino a cualquier “titular del derecho infringido”, que es un concepto más amplio que permite reclamar a quien ha tomado meras fotografías de las previstas en el citado artículo 128».

sentadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados»<sup>30</sup>.

En este sentido, como observa GÓMEZ POMAR, los daños morales «suponen la pérdida o deterioro de bienes que se integran con signo positivo en la función de utilidad del perjudicado, pero no aquéllos que afectan negativamente a las actividades económicas o laborales» y, en coherencia con esta premisa:

«las personas jurídicas constituidas con ánimo de lucro y cuyo objeto es llevar a cabo una actividad económica no pueden sufrir daños morales ... Las empresas mercantiles no tienen funciones de utilidad, sino exclusivamente funciones de beneficios, y en ellas no entra aquello que no es reemplazable por dinero»<sup>31</sup>.

Como ya se adelantó, esta conclusión parece resultar incompatible con la posibilidad de admitir que todos los titulares de derechos de propiedad intelectual, incluidos los titulares de derechos conexos, puedan padecer daños morales indemnizables *ex* artículo 140.2.a) LPI.

Sin embargo, el artículo 5 LPI ha sido interpretado en el sentido de contemplar la posibilidad de que las personas jurídicas puedan también reivindicar daños morales propios. En su apartado 1, el artículo 5 «considera autor a la *persona natural* que crea alguna obra literaria, artística o científica». No obstante, añade en su apartado 2, «de la protección que esta Ley concede al autor *se podrán beneficiar personas jurídicas* en los casos expresamente previstos en ella». Y, según el Tribunal Supremo:

«uno de esos casos [expresamente previstos] es el de las obras colectivas a que se refiere el art. 8 de la [L]ey, en las que se otorga la titularidad originaria de los derechos de autor a una persona jurídica, *incluidos los de naturaleza no patrimonial*»<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> STS (Sala 1ª) de 20 de julio de 2014, FJ 4º.

<sup>31</sup> F. GÓMEZ POMAR, «Daño moral», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1/2000, pp. 6, 12. En idéntico sentido y del mismo autor: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 20.2.2002: el daño moral de las personas jurídicas», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4/2002. Son conceptualmente distintos —y técnicamente incorrectos— los supuestos en que se reconoce a una persona jurídica el derecho a reclamar vicariamente el daño moral padecido por las personas físicas que la integran o se encuentran relacionadas con aquella, como en el caso de la STS (Sala 1ª) de 21.10.1996, relativa al incumplimiento de un contrato de cesión de un teatro. El Tribunal Supremo condena al titular del teatro a indemnizar el daño moral consistente en el «evidente ataque al prestigio y reputación artística de la recurrente, y con ello a su acervo extrapatrimonial, toda vez que al no haber podido representar la obra programada y anunciada, aparte de la natural desmoralización en el elenco artístico que formaba la compañía, también se defraudaron en cierto sentido las esperanzas del público aficionado a esta clase de espectáculo, por privárseles de la posibilidad de asistir a la representación».

<sup>32</sup> STS (Sala de lo Civil) de 19.3.2014, FJ 11º. En el mismo sentido, SAP de Barcelona (Sec. 15ª) de 28.3.2006, FJ 9º: «...el art. 8.2 LPI señale que salvo pacto en contrario, los derechos sobre la

Parece claro que, según la jurisprudencia, cuando una persona jurídica resulta ser titular originaria de derechos de autor *ex lege*, lo será de patrimoniales y morales indistintamente<sup>33</sup>. Pero no sólo en estos «casos expresamente previstos» de titularidad originaria. La jurisprudencia ha reconocido también la posibilidad de reivindicar daños morales a las personas jurídicas que sean *sólo* titulares derivativas de los derechos de explotación cedidos por el autor persona física.

Bajo este criterio, por ejemplo, la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid ha entendido que:

«Si el fotógrafo no es el que puede ejercitar los derechos de exclusiva, *porque no dispone de ellos al haberlos conferido*, bien mediante transmisión o bien mediante cesión, a otro sujeto, los daños y perjuicios derivados de su infracción sólo podrá reclamarlos éste, que es el que los ostenta. De manera que es la entidad ... [cesionaria] la que podrá atribuirse el derecho a reclamar por los daños y perjuicios, *entre ellos los morales* [¡!], derivados de la infracción de los derechos de exclusiva que ostenta sobre la fotografía»<sup>34</sup>.

Parece, pues, que la jurisprudencia se muestra favorable a la posibilidad de que las personas jurídicas puedan reclamar daños morales: (i) cuando son titulares originarias de derechos de autor *ex lege*; (ii) cuando son titulares derivativas de derechos de explotación cedidos por el autor, ya sea a través de negocio jurídico o por presunción legal; y (iii) cuando son titulares de derechos afines.

### 3. ¿DAÑO MORAL POST MORTEM? ARTÍCULOS 15 Y 16 LPI

En caso de fallecimiento, el artículo 15 LPI confiere legitimación a determinados supérstites del autor para (1) exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra, (2) reivindicar el respeto a su integridad y, en su caso, (3) decidir si su obra inédita ha de ser divulgada y en qué forma. Legitimación que corres-

---

obra colectiva corresponden a la persona que edite o divulgue bajo su nombre, tanto si es una persona física como si se trata de una entidad jurídica. Y las personas jurídicas, en los casos expresamente previstos, podrán beneficiarse de la protección que la Ley confiere al autor (artículo 5 LPI). Es por ello que no puede negarse la tutela, en esos casos, de los derechos morales de autor a una persona jurídica».

<sup>33</sup> SAP de Barcelona (Sec. 15ª) de 12.9.2013, FJ 12º: «Si bien compartimos con la resolución recurrida la dificultad de aprehender la figura del daño moral, no creemos que, al menos en el ámbito de la propiedad intelectual, y concretamente en el de los derechos de autor, pueda cuestionarse que la titularidad de esos derechos pueda ser atribuida a personas jurídicas... Si bien en sus orígenes el derecho moral era considerado como un derecho de la personalidad, no creemos que esa postura pueda seguirse sosteniendo hoy. Es mucho más razonable poner en relación el derecho moral con la obra y con el hecho de su creación que con la personalidad». El pronunciamiento ha sido confirmado en casación: STS (Sala 1ª) de 5.5.2016.

<sup>34</sup> SAP de Madrid (Sec. 28ª) de 22.1.2016, FJ 5º.

ponderaría «sin límite de tiempo, a la persona natural o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad [o,] [e]n su defecto, [...] a los herederos» del autor. Y, en defecto de todos los sujetos anteriores, añade el artículo 16 LPI, al «Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural».

El supuesto de hecho contemplado en los artículos 15 y 16 LPI parece presuponer implícitamente que podrá producirse un daño moral *de autor* incluso tras la muerte de éste. Ya sea por desconocimiento de su autoría, por divulgación de una determinada obra que el autor quiso inédita en vida o, en fin, por perpetrar una deformación, modificación, alteración o atentado contra su obra que suponga perjuicio a los legítimos intereses del autor finado o menoscabo a su reputación.

En definitiva, los artículos 15 y 16 LPI sugieren la posibilidad de que se produzca un daño moral *de autor* sin autor. Es decir, sin sujeto pasivo del daño que sea capaz de sufrirlo. Para alguna doctrina, no existiría ninguna contradicción en este punto. «Admitido el posible contenido económico del derecho moral», dirán, «ningún obstáculo legal ha de existir para asumir su ejercicio por los herederos después del fallecimiento del autor [...] en el ámbito estricto de lo económico»<sup>35</sup>.

Sin embargo, el hecho de que el daño moral sea monetarizable a través de la acción indemnizatoria del artículo 140.1.b) LPI y, en cuanto tal, transmisible a determinados supérstites del autor (arts. 16-17 LPI), no implica que conserve su condición de daño moral de autor en el específico sentido del artículo 140.1.b)<sup>36</sup>. Como explica C. VENDRELL, el ilícito civil consistente en la infracción *post mortem* de los derechos de divulgación, paternidad e integridad de la obra se determina «en función de un juicio objetivo-hipotético para valorar la afectación de los intereses morales o personales del autor (fallecido) respecto de la obra».

De donde se sigue, como bien observa C. VENDRELL, una consecuencia relevante. A saber, que «la indemnización del daño moral derivado del ilícito de infracción *post mortem* del derecho moral debería quedar excluida» del concepto de daño moral en el sentido específico del artículo 140.1.b) LPI. De tal manera que «el daño moral que pueda haber sufrido el heredero u otra persona física legiti-

---

<sup>35</sup> J. Moscoso, «El Estado y el Derecho moral del autor», en: AA.VV., *Derechos de autor y derecho conexos en los umbrales del año 2000*, vol. 1 (Ministerio de Cultura, Madrid, 1991) pp. 175-180, p. 179.

<sup>36</sup> En este sentido se ha pronunciado expresamente la jurisprudencia alemana, negando que el daño reclamable por los herederos del autor pueda considerarse un daño de naturaleza moral. Véase OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.2.2013, Az. I-20 U 48/12, § 28: «Der in § 97 Abs. 2 Satz 4 UrhG geregelte immaterielle Schadensersatzanspruch, wonach der Urheber auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine Entschädigung in Geld verlangen kann, wenn und soweit dies der Billigkeit entspricht, geht nicht auf den Erben über. Der Anspruch ist auf die Person des Urhebers beschränkt (so auch: OLG Hamburg, ZUM 1995, 430, 433 - Ile de France)».

mada no sería, en principio, un daño resarcible con arreglo a la LPI (sino por medio del art. 1.902 CC, del art. 9.2 LO 1/1982 o del art. 32.1.5.<sup>a</sup> LCD, p. ej.)»<sup>37</sup>.

### **III. «...SIN PERJUICIO DE OTRAS ACCIONES QUE LE CORRESPONDAN»**

Parece claro en principio, como también entiende ARMENGOT VILAPLANA, que el artículo 140 LPI debe interpretarse como «una norma especial —en relación con el art. 1902 CC— que deberá aplicarse cuando se trata de exigir responsabilidad civil por daños producidos a los titulares de derechos de propiedad intelectual»<sup>38</sup>.

No es menos cierto, sin embargo, que el artículo 138 LPI reconoce un conjunto especial de acciones de defensa en favor del titular de derechos de propiedad intelectual «*sin perjuicio de otras acciones que le correspondan*». Nada parece proscribir, a la vista de la literalidad del precepto, la posibilidad de que el titular legitimado para ejercitar las acciones contempladas en el artículo 138 LPI decida ejercitar otras distintas que pudieran corresponderle o acumularlas con aquéllas.

De acuerdo con el artículo 71, apartado 2, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), «[e]l actor podrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque provengan de diferentes títulos, siempre que aquéllas no sean incompatibles entre sí». Incompatibles serán, precisa el apartado 3, aquellas acciones que «se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra u otras». Sólo podrán acumularse acciones incompatibles, aclara el apartado 4, cuando una se ejercite de forma subordinada a la principal.

En este sentido, son varias las acciones que típicamente podrían concurrir con la acción indemnizatoria por daño moral *ex* artículo 140.1.b) LPI. Piénsese, por ejemplo, en la tutela supletoria que ofrece la LO 1/1982. En particular, para aquellos casos en que el dolo moral provocado al titular de derechos pueda suponer un «menoscabo a su reputación» (art. 14 LPI) que, sin embargo, vaya más allá de su condición específica de autor y de la relación que lo vincula con su obra intelectual o artística, afectando directamente su esfera personal.

También cabe pensar en la posible concurrencia de acciones de responsabilidad contractual. En concreto, cuando el causante del daño moral en cuestión se encuentre vinculado con el autor por un contrato<sup>39</sup>. No obstante, en este tipo de

---

<sup>37</sup> C. VENDRELL CERVANTES, «Artículo 16», en: F. PALAU RAMÍREZ /G. PALAO MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017), pp. 306-315, p. 309.

<sup>38</sup> A. ARMENGOT VILAPLANA, «Artículo 140», en: F. PALAU RAMÍREZ/G. PALAO MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017), pp. 1606-1612, p. 1611.

<sup>39</sup> A. CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos* (1<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010), p. 928: «El contrato puede haber versado sobre un bien de la personalidad del acreedor (*vgr.*, un contrato por el

supuestos, la doctrina de la unidad de culpa civil haría virtualmente irrelevante la acumulación de acciones de responsabilidad contractual y extra-contractual<sup>40</sup>.

Por lo demás, cabe perfectamente pensar en la acción de publicación o difusión de la sentencia condenatoria como un remedio no pecuniario especialmente apto para reparar las lesiones que se hubieran infligido a la reputación del autor<sup>41</sup>.

Sea como fuere, con carácter general, el principal problema a la acumulación de acciones reside en la atribución de la competencia objetiva en materia de propiedad intelectual a los Juzgados especializados de lo Mercantil, conforme a lo dispuesto en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial ('LOPJ'). En este sentido, deberá tenerse presente que, como se ha ocupado de recordar la Audiencia Provincial de Madrid, el artículo 86 ter contiene:

«un catálogo concreto de materias específicas que compete conocer al Juzgado de lo Mercantil, de manera que éste, como órgano especializado, carece de competencia objetiva para enjuiciar lo que no le viene expresamente atribuido, por razón de la materia, en dicho precepto legal».

Por esta razón, el principal problema se planteará en los supuestos en que el actor pretenda ejercitar acumuladamente, junto con las acciones específicas en materia de propiedad intelectual, aquellas acciones civiles que pudieran corresponderle y que no se encuentren expresamente atribuidas a la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil en el artículo 86 ter LOPJ. En tales casos, el principal obstáculo consistirá en que «[e]l resto de las materias civiles no comprendidas en ese catálogo competencial incumben al Juez de Primera Instancia (art. 85.1 de la LOPJ) ... [en la medida en que] las atribuciones de los órganos especializados, como ha declarado la Sala 1ª del Tribunal Supremo ..., no pueden comprender otras cuestiones que las explicitadas en las leyes que regulan su competencia»<sup>42</sup>.

---

que el tercero se obliga a redactar las memorias de un actor o para publicar su imagen) o puede consistir en una prestación en virtud de la cual el deudor tenga acceso a un bien jurídico donde se encuentra comprometido el derecho moral del acreedor (vgr., compra de una estatua, contrato de edición). En estos casos el daño resultante de un defectuoso cumplimiento es claramente contractual». Para un tratamiento general de la cuestión, véase P. MARTÍNEZ ESPÍN, *El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual* (Tecnos, Madrid, 1996).

<sup>40</sup> J. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, «Reflexiones sobre la doctrina de la unidad de la culpa civil», *Revista de la Asociación Española de Responsabilidad Civil y Seguro*, n.º 60, 2016, pp. 5-8.

<sup>41</sup> J. L. AMÉRIGO SÁNCHEZ, «La acción de publicación de sentencia por infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial», *Diario La Ley*, núm. 8657, 2015. Naturalmente, el actor deberá probar la aptitud de la publicación para reparar las lesiones que se hubieran infligido a su reputación en atención a las circunstancias del caso concreto. En este sentido, véase, por ejemplo, la SAP de Barcelona (Sec. 15ª) de 17.2.2016, FJ 6º, donde se rechaza, por inapropiada, la publicación de una condena de plagio universitario en la prensa ordinaria «dado el ámbito exclusivamente académico en el que se han difundido los artículos de los demandados».

<sup>42</sup> AAP de Madrid (Sec. 18ª) de 26.11.2012, FJ 1º. El Auto añade un argumento muy convincente a este respecto: «existe el significativo precedente de que en la tramitación parlamentaria de la

#### **IV. «EN EL CASO DE DAÑO MORAL, PROCEDERÁ SU INDEMNIZACIÓN»**

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito de los derechos de la personalidad, como podría ser el caso del artículo 9, apartado 3, de la L.O. 1/1982, el daño moral causado por infracción de derechos de autor no se presume<sup>43</sup>. No obstante, la literalidad del precepto y, en particular, el empleo del término ‘*procederá*’ parecen dejar escaso lugar a dudas acerca del carácter inmediato con que nace la responsabilidad indemnizatoria del infractor una vez probada la existencia de daño moral. Así lo interpreta también CARRASCO PERERA, afirmando que

«[e]sta indemnización sería una consecuencia automática una vez que se hubiera cubierto el supuesto de hecho de la presunción de la existencia del daño ... Esto es, presumido el daño moral, *procede* su indemnización, sin que parezca que existan términos para pensar que cabe encontrar otra forma de reparación del daño que excluye la indemnización pecuniaria»<sup>44</sup>.

La literalidad del artículo 140.2.a) LPI permite plantear, por lo menos, dos tipos de cuestiones interpretativas. Primero, la de si el daño moral del artículo 140.2.a) se configura como un régimen de responsabilidad objetiva o subjetiva. Segundo, la de si —como sugiere CARRASCO PERERA— el daño moral del artículo 140.2.a) admita otras formas de reparación distintas de la indemnización pecuniaria<sup>45</sup>.

La primera de estas cuestiones exige resolver una previa: la de si las normas de daños por infracción de derechos de propiedad intelectual se configuran, con carácter general, como un régimen de responsabilidad objetiva o subjetiva. En principio, parece que, como argumentan YZQUIERDO TOLSADA y ARIAS MAÍZ,

«no hay razón que justifique, a falta de precepto del que deducirse lo contrario, que pueda existir la responsabilidad objetiva o sin culpa [...]. [A] diferencia de lo que sucede en otros sectores de la propiedad sobre bienes intangibles [...], [l]a falta de mención por parte del TRLPI [de cualquier forma de responsabilidad objetiva] no tiene otra solución que el recurso al régimen general de responsabilidad subjetiva o por culpa del art. 1902 CC»<sup>46</sup>.

---

reforma de la LOPJ, se propuso una enmienda al artículo 86 ter que sugería la siguiente adición: “g) las demás acciones a las que se acumule cualquiera de las comprendidas en los números anteriores”. Tal enmienda fue rechazada, lo cual es signo de la voluntad del legislador de excluir la posibilidad de acumulación de acciones fuera de los casos en los que exista atribución expresa de competencia al Juez de lo Mercantil».

<sup>43</sup> A. RUBÍ PUIG, *supra*, nota 4, p. 688.

<sup>44</sup> A. CARRASCO PERERA, «STS 14 de diciembre de 1993. Propiedad intelectual. Derecho moral de autor. Indemnización del daño moral», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 33, 1993, pp. 1105-1119, p. 894.

<sup>45</sup> Respecto de esta segunda cuestión, nos remitimos a lo dicho en el apartado II.

<sup>46</sup> M. YZQUIERDO TOLSADA/V. ARIAS MAÍZ, «Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual», en: L. F. REGLERO CAMPOS / J. M. BUSTO LAGO (dir.), *Tratado de responsabilidad civil. Tomo II* (5ª ed.;

La jurisprudencia reciente, sin embargo, registra una tendencia a la objetivación de la responsabilidad en materia de propiedad intelectual o, cuando menos, a una responsabilidad subjetiva impura o impropia, con inversión de la carga probatoria. Ofrece un claro ejemplo de esta tendencia la sentencia del Tribunal Supremo de 16.1.2012, en la que se rechaza expresamente que «la falta del elemento subjetivo —conurrencia de dolo o culpa— [fuera] imprescindible para poder conceder la indemnización de daños y perjuicios» por infracción de derechos de autor<sup>47</sup>.

Conclusión que el Tribunal Supremo entendía justificada por dos razones. Primero, porque la concurrencia del elemento subjetivo de dolo o culpa sería una exigencia propia del régimen general de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC. Pero este régimen general de responsabilidad quedaría desplazado en el ámbito de propiedad intelectual porque, «en general, cualquier relación jurídica que conceda un medio específico para su resarcimiento será de preferente aplicación respecto de la responsabilidad extracontractual [general]».

Y, segundo, porque «resulta irrazonable pretender que el titular [...] que ve su derecho infringido por un tercero tenga que probar la culpa del infractor, cuando lo razonado [¿razonable?] es que sea el infractor el que alegue, y en su caso justifique, cuál es la causa o circunstancia que dé explicación a su conducta cuando es antijurídica y productora de daño ajeno». En definitiva, el Tribunal Supremo consideró que los artículos 138 y 140 LPI no podían entenderse infringidos por un sentencia que declarara la responsabilidad de infractores de derechos de autor sin probar la concurrencia de ningún elemento subjetivo. Llanamente porque el artículo 1902 CC «no fue aplicado, ni era aplicable, y por consiguiente resulta estéril cualquier discurso acerca del dolo o la culpa».

En lo que se refiere específicamente a la responsabilidad por daño moral, la jurisprudencia se expresa de forma contradictoria y vacilante a este respecto. Así, por ejemplo, la SAP Madrid de 20 de abril de 2006 afirmaba que «la acción de resarcimiento de daños por la lesión de los derechos de explotación y/o morales requiere una acción u omisión culpable que haga civilmente responsable al infractor de la vulneración de derechos protegidos». Mientras que, por el contrario, la SAP Alicante de 9 de enero de 2006 entendía por su parte que, «obviamente, como se señaló al reconocer la infracción del derecho, no estamos ante contravenciones vinculadas a formas de dolo o culpa, sino ante hechos objetivos que vulneran derechos de naturaleza moral y económica».

---

Cizur Menor: Aranzadi, 2014), pp. 1581-1699; pp. 1638-1639. En el mismo sentido, M. CLEMENTE MEORO, «Comentario al artículo 140», en: J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *cit.*, pp. 868-881.

<sup>47</sup> STS (Sala 1<sup>a</sup>) de 16.1.2012 (*Training Park, Noves Arts v. Telefónica*).

## V. «...AUN NO PROBADA LA EXISTENCIA DE PERJUICIO ECONÓMICO»

Por principio, el daño moral es conceptualmente independiente del patrimonial y, por tanto, ambos no se encuentran recíprocamente vinculados en su valoración<sup>48</sup>. Explicaba bien esta independencia entre ambos tipos de daños un lejano pronunciamiento de la Audiencia Provincial de las Palmas, al razonar que «la indemnización por daño moral no toma en cuenta como parámetro único el valor de la obra, ya que el daño por explotación publicitaria se le causa al artista en su reputación como tal, afectando además de a los aspectos estrictamente morales del derecho de autor, al valor de su obra futura». Y ello, afirmaba la Audiencia, «al margen de ser un hecho cognoscible como máxima de experiencia, siendo numerosos los ejemplos en que artistas niegan la utilización publicitaria de sus obras a pesar de ofrecérseles una remuneración múltiplo del valor de la propia obra, por el perjuicio que causa a la carrera del artista extendiendo sobre toda ella —desde el pasado hasta el futuro— tacha de comercialidad»<sup>49</sup>.

La autonomía del daño moral y su independencia respecto del patrimonial quedaron definitivamente confirmadas en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída en el asunto *Liffers* (2016)<sup>50</sup>. Allí declaró el Tribunal que «un daño moral, como el menoscabo de la reputación del autor de una obra, constituye, siempre que se haya demostrado, un componente del daño efectivo que éste ha sufrido» (§ 17). Es decir, que el daño moral constituye un componente conceptualmente independiente del daño material o patrimonial que haya podido sufrir el titular de derechos. En consecuencia, concluía el Tribunal de Justicia, la indemnización basada en el precio de la licencia hipotética que el titular hubiera podido conceder «sólo cubre el daño material sufrido ..., de modo que, para permitir la reparación íntegra, dicho titular debe poder solicitar, además ..., la indemnización del daño moral que en su caso haya sufrido» (§ 26)<sup>51</sup>.

En la práctica, sin embargo, esta independencia entre la cuantificación del daño moral y el valor patrimonial de la obra sobre la que recaen los derechos infringidos se ve fuertemente relativizada por el funcionamiento del mercado. Y es que, como sugiriera J. H. MERRYMAN en un artículo ya clásico:

<sup>48</sup> Cour d'appel Bruxelles, 18 décembre 2008, (2010) *Auteurs&Media* 22 (*Michael Jackson*).

<sup>49</sup> SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sec. 3ª) de 13.10.2004, FJ 3º.

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 17 de marzo de 2016. Asunto C-99/15. *Christian Liffers c. Producciones Mandarina, S.L., y Mediaset España*. ECLI:EU:C:2016:173.

<sup>51</sup> El pronunciamiento del Tribunal de Justicia tenía su origen en una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español. Su Sala Primera, a la vista de la respuesta dada por el Tribunal de Justicia, concluyó que «[e]l adjetivo “efectivos” aplicado al concepto «daños y perjuicios» no parece compatible con la exclusión de la indemnización del daño moral cuando se haya optado por un criterio indemnizatorio, el de la licencia hipotética, que parece estar destinado a valorar exclusivamente daños patrimoniales, si las circunstancias que concurren muestran que es posible la existencia de un daño moral, que puede ser de mayor entidad incluso que el daño patrimonial» [STS (Sala 1ª) de 19.7.2016, FJ 3º].

«At any given time there is bound to be a relation between the critical or historical estimate of an artist's work and the market price of his paintings or sculpture. Indeed, the common assumption is that prevailing critical and historical judgments determine the market by their influence on the decisions of buyers and sellers... The public can reasonably assume that the market reflects the opinion of art critics and historians and the purchasing preference of collectors, museum curators, and acquisition committees»<sup>52</sup>.

Por tanto, aun cuando no pueda predicarse una correspondencia lineal entre daño moral y valor económico de la obra protegida, la práctica del mercado sí puede proporcionar, bajo determinadas circunstancias, ciertos parámetros de referencia relevantes para valorar el daño causado a la reputación o prestigio del autor.

## VI. CRITERIOS DE VALORACIÓN

Por contraposición al de carácter patrimonial, daño moral es el que afecta a bienes o derechos estrictamente irremplazables. Bienes o derechos para los que no existe un mercado de intercambio que los valore económicamente, ni tampoco que los produzca o que sea capaz de suministrar su equivalente<sup>53</sup>.

En este sentido, dice CARRASCO PERERA que:

«el *daño moral* no es sólo el daño que *recae sobre uno de los derechos morales de autor* del artículo 14 LPI, sino el daño que sufre alguno de esos derechos y que, además, no sea susceptible de mensuración. El daño sufrido por un derecho moral de autor que sea susceptible de ser cuantificado a efectos de compensación constituye daño patrimonial, no moral. Afirmar que se indemniza el daño moral aunque no se prueba el perjuicio económico es una redundancia, pues esta ausencia de prueba es lo que define propiamente a este tipo de daño»<sup>54</sup>.

El primer parámetro de cuantificación alude a un concepto tan impreciso como las «*circunstancias de la infracción*». Se trata de una remisión a la discrecionalidad del juez para alcanzar una solución equitativa en atención al caso concreto. Como explicaba una sentencia reciente, por la propia naturaleza del daño moral,

«[a] la hora de efectuar la valoración, la jurisprudencia ha optado, de forma mayoritaria, por efectuar una valoración global que deriva de una

---

<sup>52</sup> J. H. MERRYMAN, «The Refrigerator of Bernard Buffet», *Hastings Law Journal*, núm. 27, 1976, pp. 1023-1049, p. 1032.

<sup>53</sup> GÓMEZ LIGÜERRE, *op. cit.*

<sup>54</sup> A. CARRASCO PERERA, *supra*, nota 14, p. 1108.

apreciación racional aunque no matemática, pues se carece de parámetros o módulos objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones, en dicha suma total, el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria»<sup>55</sup>.

En este sentido, bajo el concepto de «*circunstancias de la infracción*», los tribunales han tomado en consideración, para la valoración del daño moral, elementos antijurídicos de la conducta infractora relativos a normas distintas de las de propiedad intelectual. Por ejemplo, en un supuesto de divulgación incontestada de una obra con componentes autobiográficos, la Audiencia Provincial de Madrid entendió que

«el hecho de que el elemento narrativo de la obra litigiosa contuviera información relativa a la intimidad de su autor es circunstancia capaz de incrementar el daño moral ya padecido por razón de la divulgación incontestada de aquélla ... No se trata, ciertamente, de reproducir aquí por vía indemnizatoria el resarcimiento que correspondería al ejercicio de unas acciones que la propia apelante considera extinguidas por caducidad (las contempladas en la Ley Orgánica 1/1982 ...) sino de tener en cuenta que el ataque a la intimidad puede constituir una de las circunstancias a las que el [artículo 140.1.b) LPI] atribuye la capacidad de modular, incrementándola, la aflicción que provoca el hecho de que el autor vea despreciada por un tercero su condición de tal, ignorada su paternidad intelectual de la obra o desdeñados y postergados sus derechos esenciales en tanto que creador»<sup>56</sup>.

El segundo parámetro de valoración del daño moral hace referencia a la gravedad de la infracción. Criterio que, en determinados supuestos, se ha aplicado en atención a la sensibilidad del contexto social o profesional en que se perpetró la infracción. Por ejemplo, una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en un caso de plagio universitario, justificaba la cuantía indemnizatoria en referencias tales como «el relativo alcance del plagio parcial, reducido a unas partes concretas de dos capítulos de [un trabajo fin de máster]» o «la falta de originalidad [del trabajo plagiado], de manera que no consta de qué forma ello haya implicado una merma sensible del crédito científico de la obra»<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> SAP de Palma de Mallorca (Sec. 5ª) de 22.10.2015 FJ 5º (Administración autonómica pierde dos esculturas).

<sup>56</sup> SAP de Madrid (Sec. 28ª) de 9.4.2008 (Diario íntimo/Intervú), FJ 5º. La sentencia añadía un argumento adicional: entendía que este «[c]riterio de modulación ... resulta especialmente procedente si se atiende a la circunstancia de que, sin perjuicio del carácter ... de obra original digna de protección que corresponde al manuscrito, lo cierto es que un diario íntimo no es, al menos ordinariamente, un tipo de creación intelectual con vocación de ser divulgada».

<sup>57</sup> SAP de Murcia (Sec. 4ª) de 14.7.2016, FJ 7º.

El tercer parámetro legal asume un criterio similar al empleado en el artículo 9, apartado 3, de la LO 1/1982. Por tanto, nada se opone, en principio, a la aplicación analógica de ambas normas. No obstante, en el caso de la propiedad intelectual, la valoración del grado de difusión vendrá también determinada por lo que se considere la unidad mínima indivisible de la creación protegida<sup>58</sup>, como pudieran ser, por ejemplo, los episodios que componen una serie de televisión<sup>59</sup>.

## VII. LEGITIMACIÓN PASIVA Y RESPONSABILIDAD PLURAL

El artículo 138 LPI habla genéricamente del «infractor», del que no proporciona ninguna definición concreta<sup>60</sup>. Sí la proporciona, en cambio, del concepto de «responsable». Aparte del infractor directo, dice su párrafo segundo<sup>61</sup>, «[t]endrá también la consideración de responsable de la infracción [1] quien induzca a sabiendas la conducta infractora; [2] quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y [3] quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor»<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> Sobre este concepto, véase MARGOT E. KAMINSKI / GUY A. RUB, «Copyright's Framing Problem», *UCLA Law Review*, 64 2017, pp. 1-68.

<sup>59</sup> SAP de Madrid (Sec. 10ª) de 11.10.2005, FJ 6º: «Con respecto a la cuantía de indemnización por daño moral concedida por el Juzgador “a quo”, se considera correcta, teniendo en cuenta que únicamente se emitieron 28 capítulos en lugar de los 195 previstos en TELE CINCO, y el grado de audiencia que estos tuvieron, (así como la franja horaria en que se visualizaron), con una visión conjunta de la prueba, en virtud del principio de inmediación y de libre valoración de la misma, igualmente justa y equitativa, por lo que procede mantener este pronunciamiento».

<sup>60</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Responsables de la infracción (art. 138 LPI)», en: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *La Reforma del la Ley de Propiedad Intelectual* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2015), pp. 347-364; p. 354. Tras aludir a las acciones cesatoria e indemnizatoria que reconoce el artículo 138 LPI a los titulares de derechos de autor infringidos, advierte seguidamente de que «[n]i este precepto ni los que le siguen dentro del Título I del Libro III LPI definen qué debe entenderse exactamente por “infractor”. Tampoco contiene la LPI una regulación específica de la legitimación pasiva en relación con la acción de violación de propiedad intelectual». En idéntico sentido, M. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, «La protección de los derechos de propiedad intelectual en la jurisdicción civil», en: V. L. MONTES PENADÉS (dir.), *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales* (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007), pp. 111-134; p. 115; donde se observa que el artículo 17 LPI, a diferencia del artículo 270 del Código Penal, no contiene ningún listado de lo que constituye infracción de propiedad intelectual.

<sup>61</sup> Este párrafo segundo se introdujo en el artículo 138 LPI mediante la reforma operada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, y entró en vigor el 1 de enero de 2015.

<sup>62</sup> La Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en Auto de 15 de abril de 2016: «Es importante tener presente que en el derecho vigente en España se ha producido un importante avance con la reforma del TRLPI por Ley 21/2014, pues desde el 1 de enero de 2015, fecha de entrada en vigor de dicha modificación legal, puede imputarse la comisión de infracción no sólo al autor directo de la conducta infractora sino que también cabe responsabilizar al que opera del modo que tradicionalmente se ha calificado como infracción indirecta (pues el artículo 138. 2 del TRLPI recoge las conductas de inducción, las de cooperación y las del que tiene capacidad de control e interés económico en el resultado infractor)».

Las dos únicas sentencias —publicadas— que han interpretado este nuevo párrafo segundo parecen presuponer que la responsabilidad por «los daños materiales y morales causados» se imputa indistintamente a infractores directos e indirectos<sup>63</sup>.

## VIII. CONCLUSIONES

Tal como se anticipó al inicio, los argumentos desarrollados en relación con cada uno de los grupos de cuestiones que se han tratado a lo largo de este trabajo pueden expresarse resumidamente en seis tesis a modo de conclusiones.

Primera. La acción indemnizatoria del artículo 140.1.b) *in fine* LPI tiene por objeto reparar un daño moral, entendido como un perjuicio de carácter no patrimonial que no es susceptible de padecer las personas jurídicas, sino exclusivamente las físicas, ya sean autores (art. 14 LPI) o artistas (113 LPI).

Segunda. La acción indemnizatoria del daño moral mantiene una relación de complementariedad con otras acciones reconocidas en diferentes sectores del ordenamiento y que deberían poder ejercitarse acumuladamente con aquélla. El reconocimiento de una acción específica para la indemnización del daño moral en el ámbito de la propiedad intelectual no debería interpretarse de manera exclusiva ni excluyente de las acciones establecidas para la protección de otros derechos o intereses de los que quepa ser titular al margen de la condición de autor.

Tercera. La obligación de reparación del daño moral en materia de propiedad intelectual debería entenderse sometida a un régimen de responsabilidad subjetiva en ausencia de una norma específica que exceptúe los principios generales de la responsabilidad civil. No obstante, de entenderse sometida a un régimen de responsabilidad objetiva, el elemento subjetivo —dolo, culpa o negligencia del infractor— será un factor relevante para determinar la gravedad de infracción, como criterio de cuantificación del importe indemnizatorio.

Cuarta. El daño moral es, por principio, autónomo e independiente del daño económico o patrimonial. Ello no obsta a que el mercado relevante en el que se hubiera producido el daño pueda proporcionar datos empíricos relevantes para la valoración del daño moral y de la correspondiente indemnización.

Quinta. Los criterios legalmente establecidos para la cuantificación del daño moral exigen una interpretación lo suficientemente amplia y flexible como para poder adecuarse a las características específicas de cada tipo de obra protegida

---

<sup>63</sup> Sentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de La Coruña de 1.2.2017 y de 22.11.2016.

y de cada sector social, profesional o económico en el que se inscriba el daño moral.

Sexta. Están legitimados pasivamente para soportar la acción indemnizatoria por daño moral los sujetos infractores en el sentido del artículo 138 LPI, donde no se establecen distinciones entre infractores directos e indirectos, ni tampoco reglas específicas de distribución del daño en los supuestos de responsabilidad plural. Por lo tanto y a falta de norma específica, serán aquí de aplicación supletoria las reglas y los principios generales de la responsabilidad civil extracontractual.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- A. ARMENGOT VILAPLANA, «Artículo 140», en: F. PALAU RAMÍREZ/G. PALAU MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017), pp. 1606-1612.
- R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «STS 22 de abril de 1998. Propiedad intelectual; derecho moral a la integridad del guionista de una obra audiovisual; indemnización del daño moral», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 48, 1998, pp. 1133-1144.
- R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Derecho de autor. Obra colectiva, eficacia de la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual; indemnización de daños y perjuicios por desconocimiento de la autoría sobre un proyecto de investigación de Universidad; daño moral», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 55, 2001, pp. 187-198.
- R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «STS 5 de octubre de 2001: Derecho de autor: derecho de paternidad y derechos de explotación de obra creada antes de la entrada en vigor de la Ley 22/1987, de propiedad intelectual; cuantificación de la indemnización por daños morales y por daños materiales», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 58, 2002, pp. 311-324.
- F. BONDÍA ROMÁN, «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, núm. 3, 2006, pp. 1065-1114.
- A. CARRASCO PERERA, «Artículo 140», en: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed. (Tecnos, Madrid, 2007), pp. 1690-1704.
- A. CARRASCO PERERA, «STS 14 de diciembre de 1993. Propiedad intelectual. Derecho moral de autor. Indemnización del daño moral», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 33, 1993, pp. 1105-1119.
- A. CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos* (1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010).
- M. CLEMENTE MEORO, «Comentario al artículo 140», en: J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009), pp. 868-881.
- M. FERRER BERNAL (2017) «El daño moral de autor y la llamada regalía hipotética. Reflexiones al hilo del caso *Liffers*», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2017.
- E. GÓMEZ CALLE, «La pluralidad de deudores: análisis de Derecho comparado», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 70, núm. 1, 2017, pp. 79-117.
- C. GÓMEZ LIGÜERRE, «El concepto de daño moral», en: F. GÓMEZ POMAR /I. MARÍN GARCÍA (eds.), *El daño moral y su cuantificación* (2ª ed., Bosch, Barcelona, 2017), pp. 27-82.

- F. GÓMEZ POMAR, «Daño moral», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1/2000.
- F. GÓMEZ POMAR, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 20.2.2002: el daño moral de las personas jurídicas», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4/2002.
- M. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, «La protección de los derechos de propiedad intelectual en la jurisdicción civil», en: V. L. MONTES PENADÉS (dir.), *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales* (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007), pp. 111-134.
- J. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, «Reflexiones sobre la doctrina de la unidad de la culpa civil», *Revista de la Asociación Española de Responsabilidad Civil y Seguro*, n° 60, 2016, pp. 5-8.
- A. MACÍAS CASTILLO, «La reparación del daño moral del autor», en: A. MACÍAS CASTILLO / M. A. HERNÁNDEZ ROBLEDO (coord.), *El derecho de autor y las nuevas tecnologías: reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual* (La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2008), pp. 269-294.
- M. MARTÍN-CASALS, «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», en: AA.VV., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II (Fundación Ramón Areces, Madrid, 1990), pp. 1231-1274.
- P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Daño moral de autor: comentario a las sentencias del Tribunal Supremo, Sala primera, de 14 y 29 de diciembre de 1993», *Poder Judicial*, núm. 33, 1994, pp. 403-412.
- P. MARTÍNEZ ESPÍN, *El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual* (Tecnos, Madrid, 1996).
- P. MARTÍNEZ ESPÍN «Artículo 14», en: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (3ª ed., Civitas, Madrid, 2007), pp. 209-237.
- J. MASSAGUER FUENTES, «La protección de los signos distintivos y prestaciones objeto de propiedad intelectual por medio de la Ley de Competencia Desleal», en: R. MORRAL SOLDEVILA (dir.), *Problemas actuales de Derecho de la propiedad industrial. I Jornada de Barcelona* (Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2011), pp. 157-197.
- P. MERINO BAYLOS, «El daño moral. Pautas de fijación en la UE», en: Grupo español de la AIPPI, *XXXI Jornadas de estudio sobre Propiedad Industrial e Intelectual* (AIPPI, Madrid, 2016), pp. 25-34.
- J. H. MERRYMAN, «The Refrigerator of Bernard Buffet», *Hastings Law Journal*, núm. 27, 1976, pp. 1023-1049.
- V. MOFFAT, «Borrowed Fiction and the Rightful Copyright Position», *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 32, 2014, pp. 839-889; pp. 883-884.
- J. MOSCOSO, «El Estado y el Derecho moral del autor», en: AA.VV., *Derechos de autor y derecho conexos en los umbrales del año 2000*, vol. 1 (Ministerio de Cultura, Madrid, 1991) pp. 175-180.
- N. PALOMAR LICERAS, «Resoluciones de actualidad en materia de Propiedad intelectual y música», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 54, 2017, pp. 497-516.
- A. PÉREZ LLUNA, «La indemnización del daño moral en casos de infracción de derechos de propiedad intelectual», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 918, 2016, p. 14.
- E. PIZARRO MORENO, *La disciplina constitucional de la propiedad intelectual* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012).
- A. RAMALHO, «Beyond the Cover Story — An Enquiry into the EU Competence to Introduce a Right for Publishers», *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 48(1), 2017, pp. 71-91.
- R. DE ROMÁN PÉREZ, «Derecho de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes como derecho análogo al derecho de autor», *Diario La Ley*, núm. 7387, 2010.

- A. RUBÍ PUIG, “Daño moral por infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial”, en F. GÓMEZ POMAR / I. MARÍN GARCÍA (dir.), *El daño moral y su cuantificación* (2ª ed., Bosch, Barcelona, 2017), pp. 653-706.
- J. I. RUIZ PERIS / C. RODILLA MARTÍ, «Artículo 126», en: F. PALAU RAMÍREZ / G. PALAO MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017), pp. 1449-1477
- R. SÁNCHEZ ARISTI, «Responsables de la infracción (art. 138 LPI)», en: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *La Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2015), pp. 347-364.
- M. E. SÁNCHEZ JORDÁN, «Los daños morales por infracción del artículo 14 de la Ley de la Propiedad Intelectual», en: AAVV, *Estudios jurídicos. Libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de la Laguna*, vol. 2 (Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, San Cristobal de La Laguna, 1993), pp. 837-856.
- C. VENDRELL CERVANTES, «Artículo 14», en: F. PALAU RAMÍREZ / G. PALAO MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017), pp. 274-305.
- C. VENDRELL CERVANTES, «Artículo 16», en: F. PALAU RAMÍREZ / G. PALAO MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017), p. 306-315.
- R. XALABARDER PLANTADA, «Le droit moral en Espagne», *Cahiers de la propriété intellectuelle*, núm. 25, 2013, pp. 250-281.
- M. YZQUIERDO TOLSADA/V. ARIAS MÁIZ, «Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual», en: L. F. REGLERO CAMPOS / J. M. BUSTO LAGO (dir.), *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II (5ª ed.; Aranzadi, Cizur Menor, 2014), pp. 1581-1699.