

LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DERECHOS MORALES DE AUTOR EN EL CONTEXTO EUROPEO Y ESPAÑOL

THE INDEMNIFICATION OF THE MORAL AUTHOR'S RIGHTS IN THE EUROPEAN AND SPANISH CONTEXT

Margarita Orozco González¹ 

¹ Universidad de Granada (UGR), Departamento Derecho Civil da UGR, Granada, Espanha. Doutora em Ciências Jurídicas. E-mail: margaorozco@ugr.es

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i34.3176>

Autora Convidada

Resumo: Este trabajo tiene por objeto el estudio de la problemática existente en la indemnización del daño moral que ocasionan las vulneraciones de los derechos de autor, principalmente por la confusa redacción de la norma que regula esta cuestión en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual español, tras su reforma de 2006. En este campo resulta de gran interés analizar la regulación española y europea al respecto y, por su aportación clarificadora, la postura fijada acerca de este tema por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo español.

Palabras clave: Derechos de autor. Responsabilidad civil. Daño moral. Indemnización. TRLPI. TJUE

Sumário: 1 Consideraciones previas. 2 La indemnización del daño moral en España y Europa. 3 El caso “Liffers”. 3.1 La posición del Abogado General a nivel Europeo. 3.2 La postura sostenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 4 La recepción de la doctrina del Tribunal Europeo en el ordenamiento jurídico español. 5 Conclusiones. Referencias.

Abstract: This work has as main object the study of the problematic existing around the moral damages reparation derived from author rights' violation, mainly due to the confusing/obscure redaction of the norm that regulates this topic in the Spanish Intellectual Property Law, after the reform introduced in 2006. In this field it is of great interest to analyse both the Spanish and European regulation applicable in this respect and, given its clarifying contribution, the position adopted about this matter by the European Court of Justice and the Spanish Supreme Court.

Keywords: Author rights. Civil liability. Moral damage. Reparation TRLPI. TJUE.



1 Consideraciones previas

Las obras protegidas por la Propiedad Intelectual así como, especialmente, los derechos reconocidos por la normativa a sus creadores, se enfrentan desde un pasado remoto a un amplio espectro de vulneraciones, en base, principalmente, a su carácter de objeto inmaterial, lo que hace extremadamente sencilla su apropiación y uso no autorizado. A ello se une que, a pesar de que como se ha tenido ocasión de señalar, estas problemáticas, no suponen una novedad, nos encontramos con que en la actualidad, en la era del desarrollo digital, se han multiplicado los ataques a los derechos de autor y conexos, tanto en volumen como como en tipología, lo que ha abierto en la doctrina especializada amplios debates y ha dado lugar a un incremento de los procedimientos judiciales y a través de los órganos administrativos creados a tal efecto (como es el caso de la Comisión de Propiedad Intelectual española). En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha pronunciado en estos últimos años en múltiples ocasiones sobre cuestiones relativas a Propiedad Intelectual, en base a cuestiones prejudiciales, clarificando en muchos casos conceptos clave de la normativa comunitaria y nacional de los Estados miembros y, en otros, resolviendo problemáticas de interpretación de los preceptos.

Al respecto, como punto de partida, se debe señalar que el Derecho de autor, como rama que protege y regula desarrollo intelectual de las sociedades y la creación de cultura, se ha visto especialmente afectada por el gran crecimiento experimentado por las nuevas tecnologías e Internet, lo que ha implicado evidentes cambios tanto en el propio proceso creativo y de explotación de las obras, y ha alterado notoriamente los contornos de la Propiedad Intelectual. Al respecto, en la actualidad, es una realidad ampliamente reconocida la mayor vulnerabilidad y fragilidad que caracterizan a los elementos base de esta rama del Derecho, lo que ha determinado una mutación de las categorías que lo configuran: la actual confusión de los conceptos de original y copia; la alteración de los derechos de explotación económica, en concreto los de reproducción y comunicación pública, con el nacimiento en el seno de éste de la modalidad de “puesta a disposición”; además de la redefinición del límite de copia privada, incluyendo a día de hoy una la digital y su correlativa necesaria compensación a los titulares de los derechos afectados por ella.

En cualquier caso, las problemáticas asociadas a estos derechos de autor surgidas al margen del cambio tecnológico son numerosas y de diverso calado y naturaleza, dando lugar a posturas contrapuestas tanto en la doctrina científica como en los posicionamientos de los tribunales de justicia nacionales. Entre todas estas puntos de fricción, por su relevancia y escaso impacto en la doctrina en los últimos tiempos, consideramos que merece especial interés el que es objeto de este estudio: la cuestión de el resarcimiento del perjuicio moral derivado de las vulneraciones de los derechos de autor, materia problemática en concreto en España por la oscura redacción de la norma que lo regula en nuestro Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), tras la reforma que se realizó 2006. Al respecto, en las siguientes páginas, nos centraremos en la dificultad e indefinición que rodea la posible, o no, acumulación del daño moral en el contexto del resarcimiento de los daños y perjuicios, según el perjudicado opte por una u otra de las vías alternativas y excluyentes que establece el TRLPI ad hoc en su artículo 140, haciendo especial hincapié en la opción basada en la llamada “regalía hipotética”. Precisamente sobre este asunto se ha pronunciado en una reciente cuestión prejudicial el TJUE, en respuesta al requerimiento del Tribunal Supremo español de clarificación de la duda interpretativa existente sobre este punto en España.

En base a lo anterior, este estudio tiene por fin principal el análisis de la regulación española y europea de la figura del resarcimiento del daño en el ámbito de la Propiedad Intelectual, recurriendo para ello, especialmente, al caso por excelencia sobre esta materia conocido por el TJUE, el asunto “Liffers”, que será objeto de nuestro análisis y comentario.

2 La indemnización del daño moral en España y Europa

Para encontrar la regulación actual sobre la indemnización por daños y perjuicios en el ámbito de las vulneraciones de los derechos de autor es necesario remitirse, por un lado, a nivel europeo, a la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual y por otro, ya en el ordenamiento español, al Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

En el caso de la norma europea, el tratamiento de la cuestión se recoge de manera genérica en algunos de sus Considerandos y ya de

forma específica en el artículo 13 del texto, dedicado a los “daños y perjuicios”, dentro de la Sección 6, titulada “Daños y perjuicios y costas procesales”. De modo inicial, en su apartado 1, el mencionado precepto introduce el mandato de que “Los Estados miembros garantizarán que las autoridades judiciales competentes ordenen, a instancia de la parte perjudicada, al infractor que, a sabiendas o con motivos razonables para saberlo, haya intervenido en una actividad infractora, el pago al titular del derecho de una indemnización adecuada a los daños y perjuicios efectivos que haya sufrido como consecuencia de la infracción.”

Dentro de este mismo apartado se detallan, a continuación, las dos vías alternativas que se prevén para la reclamación del resarcimiento por parte del sujeto afectado, que habrá de ser apreciado por los órganos judiciales. La primera opción, recogida en la letra a), determina que para el cálculo de la cuantía indemnizatoria, siguiendo esta vía, se “tendrán en cuenta todos los aspectos pertinentes, como las consecuencias económicas negativas, entre ellas las pérdidas de beneficios, que haya sufrido la parte perjudicada, cualesquiera beneficios ilegítimos obtenidos por el infractor”, añadiendo ex profeso, también, “cuando proceda, elementos distintos de los factores económicos, tales como el daño moral causado por la infracción al titular del derecho”. La segunda alternativa la prevé el apartado b) del mismo precepto, en la que se concreta que “podrán, cuando proceda, fijar los daños y perjuicios mediante una cantidad a tanto alzado sobre la base de elementos como, cuando menos, el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.”

De la simple lectura de ambos apartados del art. 13.2 de la Directiva 2004/48 se puede desprender, atendiendo estrictamente a su literalidad, que es ciertamente en la vía recogida en la letra a) donde se hace mención expresa a la posibilidad de incluir en el resarcimiento del daño los perjuicios de naturaleza moral sufridos por el titular del derecho, mientras que en la letra b) no aparece referencia alguna a este extremo. Con ello, podría llegarse fácilmente a la conclusión de que es sólo la primera opción prevista en el precepto la que admite la acumulación de estos otros elementos lesivos, como el daño moral, para la cuantificación de la indemnización.

Por otro lado, en transposición de esta disposición europea al ordenamiento jurídico español, se incorporó en el TRLPI el artículo 140 titulado “Indemnización”, dentro del Libro III “De la protección

de los derechos reconocidos en esta Ley”, Título I “Acciones y Procedimientos”. Sin embargo, la redacción de la norma española difiere en rasgos generales con el precepto referencial de la Directiva, al que ya se ha hecho mención, estableciendo a título general, en su apartado 1. Que: “La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho”. A ello, incorpora una previsión no incluida en el precepto europeo, que hace referencia a la posibilidad de tener presente a la hora de calcular la cuantía indemnizatoria “los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial”.

Por su parte, ya centrados en el apartado 2 del precitado art. 140 TRLPI, es apreciable que su morfología y contenido se asemejan extremadamente a su homólogo de la Directiva 2004/48, diferenciando las mismas dos vías alternativas, opcionales para el sujeto perjudicado, con el objeto de la cuantificación del daño inferido.

Al igual que ocurría en el artículo 13 de la Directiva, el apartado a) prevé la modalidad que tiene en cuenta “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”. Dentro de éste, se hace referencia también, de modo expreso, a la posible inclusión del daño moral, regulándolo de manera mucho más pormenorizada que en la norma comunitaria, y del que destaca que podrá ser indemnizado incluso en el caso de que no resulte probada la existencia del perjuicio patrimonial, precisando además que “Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra”.

Sin embargo, el apartado b), encargado de la precisión de la segunda vía reparadora alternativa, es mucho más escueto. Establece que, el perjudicado podrá optar por reclamar atendiendo a “La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión”. En este caso, como se pone de evidencia, no se hace mención alguna a la posibilidad de incorporar a tal valoración el daño moral, como sí se hacía en el apartado a), lo que permite interpretar que su acumulación queda estrictamente limitada a la primera de

las formas de cuantificación del daño¹, algo que ya era calificado de “despropósito” por un sector de la doctrina especializada².

3 El caso “Liffers”

La problemática acerca de la correcta interpretación del artículo 140.2 del TRLPI, e incluso del propio artículo 13 de la Directiva, por la similitud existente entre ambos preceptos, ha sido objeto de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se trata de la Sentencia del caso “Liffers”, asunto C-99/15, de fecha 17 de marzo de 2016, que trae causa de una cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo español el 12 de enero de 2015.

De manera previa al análisis de dicho pronunciamiento y de las conclusiones presentadas al respecto por el Abogado General, que se llevará a cabo en los siguientes epígrafes, es preciso resaltar el presupuesto fáctico que caracteriza el caso.

Así, de manera muy resumida, los hechos que originan esta controversia tienen como sujeto al demandante, el Sr. Christian Liffers, director, guionista y productor de la obra audiovisual titulada “Dos patrias, Cuba y la noche”, cuyo hilo conductor son las vivencias de determinados ciudadanos cubanos, cuya conexión es su homosexualidad y transexualidad. Determinadas secuencias de dicha obra fueron empleadas, sin autorización del Sr. Liffers, en el marco de un documental realizado por la productora Mandarina sobre la prostitución infantil en Cuba, que fue emitido en la cadena de televisión Telecinco (Mediaset). En base a ello, el Sr. Liffers demandó a Mandarina y Mediaset, solicitando el cese del uso de su obra y reclamándoles la

-
- 1 Así lo subrayan Yzquierdo Tolsada y Arias Máiz, cuando defienden que “*Lo que resulta todavía más chocante, el daño moral, del que se sigue diciendo que procederá su indemnización aunque no se pruebe ningún daño material, se presenta nada más y nada menos que como una de esas consecuencias económicas negativas, al servicio, pues, del primer término de la opción: obsérvese que si se opta por fijar la indemnización con arreglo al segundo criterio, parecería en principio que no se puede aducir daño moral alguno, pues la opción se limita a recaer sobre «la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión», pero nada más.*” (YZQUIERDO TOLSADA, M.; ARIAS MÁIZ, V. *Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual*, Nuevos Clásicos. Tratado de Responsabilidad Civil, Editorial Aranzadi, 2014; pág. 53)
 - 2 YZQUIERDO TOLSADA, M.; ARIAS MÁIZ, V. *Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual*; op. cit., pág. 54

indemnización de los daños patrimoniales ocasionados, que valoraba en 6.740 euros, por la infracción de los derechos de explotación, así como en concepto de daño moral, cuantificado en 10.000 euros.

En concreto, el Sr. Liffers calculó el importe de la indemnización de los daños y perjuicios patrimoniales causados por la infracción de los derechos de explotación de su obra sobre la base del importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si “Mandarina” y “Mediaset” le hubieran solicitado autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual de que se trata, basándose para ello en las tarifas de la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales. De este modo, se apelaba a la aplicación del artículo 140, apartado 2, letra b), de la Ley de Propiedad Intelectual, que permite al titular del derecho de propiedad intelectual perjudicado evaluar la indemnización de su daño en relación con el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor le hubiese solicitado autorización para utilizar ese derecho (en lo sucesivo, “licencias hipotéticas”). En cuanto a la cuantía reclamada en razón del daño moral, ésta es el resultado de un cálculo a tanto alzado.

En primera Instancia, el Juzgado de lo Mercantil otorgó la indemnización por ambos conceptos, minorando la cuantía del daño patrimonial, mientras que la Audiencia Provincial de Madrid volvió a reducir dicha valoración del daño y negó la posibilidad de reclamar el daño moral, al haber optado el demandante por la segunda vía del artículo 140 (ap. 2 b) del TRLPI), entendiendo que el perjuicio moral sólo queda previsto en la primera vía, contemplada en el apartado a), rechazando así la posibilidad de combinar ambos cauces o criterios indemnizatorios. Recurrido el fallo por el demandante ante el Tribunal Supremo, éste albergó dudas acerca de cuál debía ser la correcta interpretación del precepto a la luz de la legislación europea. En concreto, el Alto Tribunal español elevó a la Corte europea la siguiente cuestión prejudicial: “Si el artículo 13.1 de la Directiva 2004/48 puede interpretarse en el sentido de que el perjudicado por una infracción de propiedad intelectual que reclame la indemnización del daño patrimonial basada en el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión no puede solicitar además la indemnización del daño moral producido.”

De este modo, se inició el procedimiento objeto de este análisis, dentro del cual se deben destacar de manera separada por su relevancia,

de un lado, la posición del Abogado General, en sus Conclusiones y, de otro, la postura del Tribunal europeo, plasmada en el pronunciamiento en cuestión.

3.1 *La posición del Abogado General a nivel Europeo*

Las conclusiones respecto de esta causa fueron presentadas por el Abogado General, Sr. Melchor Wathelet, con fecha 19 de noviembre de 2015. De manera inicial, se recalca que la jurisprudencia del Tribunal europeo determina que para el estudio de estas cuestiones, en aras de la interpretación de un precepto legal, es necesario atender a su tenor literal, su contexto y el espíritu de la norma a la que pertenece³.

Así, con respecto a la interpretación literal, el Abogado General fija la atención, dentro de la redacción del art. 13.1 apartado b) de la Directiva, en la expresión “cuanto menos”, empleada por el legislador, al hacerse mención a los elementos que se habrán de tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por esta vía, de modo que se entiende que el listado queda abierto a la inclusión de otros conceptos para la determinación de la cuantía. En este sentido, sostiene que “los términos de esta disposición autorizan expresamente la toma en consideración de factores distintos de los «cánones o derechos» normalmente adeudados”, entendiéndose que de la mencionada expresión (en la versión original en francés “au moins”) se desprende su carácter de mínimos.

En segundo lugar, aborda una interpretación sistemática del precepto, destacando la necesidad de interpretar conjuntamente todos los apartados del artículo 13⁴. A este respecto, entiende Wathelet que, al introducirse en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 13 el mandato de que la indemnización sea “adecuada a los daños y perjuicios efectivos”, sólo se puede concluir que la finalidad perseguida en los dos modos alternativos de resarcimiento es “claramente la reparación de los daños y perjuicios «efectivos que haya sufrido como consecuencia de la infracción.»”. Partiendo de ello, llega a la conclusión de que, los conceptos mencionados ex profeso en el apartado b) del precepto en

3 En concreto, en sus Conclusiones, el Abogado General hace referencia a los siguientes pronunciamientos del TJUE sobre esta cuestión, como son las sentencias “Yaesu Europe” (C-433/08), apartado 24; “Brain Products” (C-219/11), apartado 13; “Koushkaki” (C-84/12), apartado 34, y Lanigan (C-237/15 PPU), apartado 35.

4 Al respecto, literalmente, concluye Wathelet que “*que los párrafos que componen un artículo, o, a fortiori, un apartado de un artículo, forman un conjunto cuyas disposiciones no pueden examinarse aisladamente.*”

cuestión, sólo reparan parcialmente el daño, por lo que no incluirían, por norma general, el perjuicio moral que haya podido sufrir el titular de los derechos.

En último lugar, las conclusiones del Abogado General se centran en la interpretación teleológica de la norma, atendiendo por tanto a la finalidad perseguida por la misma. De manera inicial el Abogado General señala que una interpretación que llevara a concluir la exclusión del daño moral de la indemnización del perjuicio efectivamente causado, iría en contra del objetivo de la norma europea. Esta conclusión la apoya en los Considerandos y articulado de la Directiva en cuestión, haciendo referencia expresa al Considerando 10 y el artículo 3 del citado texto. Con respecto al primero, subraya Wathelet que determina que la finalidad de la norma es articular una protección homogénea a nivel europeo de la Propiedad Intelectual “elevada” y “equivalente”, mientras que el art. 3.2 de la Directiva exige que las reparaciones sean “efectivas”, “proporcionadas” y “disuasorias”.

Atendiendo a todo ello, concluye que “no sería congruente excluir de la indemnización por daños y perjuicios concedida al titular de un derecho de propiedad intelectual la indemnización de su daño moral cuando elige reclamar la reparación de su daño patrimonial según el método a tanto alzado previsto en el artículo 13, apartado 1, párrafo segundo, letra b), de la Directiva 2004/48.” Al respecto argumenta que la exclusión del daño moral acabaría con cualquier efecto disuasorio en la condena, puesto que, de optarse por esta vía de resarcimiento, el infractor sólo habría de hacer frente al pago de la cuantía que habría abonado desde el inicio, de haber obrado conforme a ley. Con ello se incumpliría el mandato normativo de configurar una protección efectiva por cuanto, como apunta el Abogado General, y señalaba la Comisión en sus observaciones escritas, “si debiera aceptarse la exclusión del daño moral, el infractor no saldría peor parado al reproducir una obra sin autorización que si hubiese actuado legalmente solicitando una licencia”. Llegado a este punto, no obstante subraya que la finalidad del resarcimiento de este daño de naturaleza inmaterial se aleja de la figura

de los daños punitivos⁵, sobre la que existe un amplio debate entre la doctrina científica⁶.

A modo de cierre, y como corolario de su argumentación, Wathelet concluye que, de la interpretación de la Directiva 2004/48 en su conjunto y del artículo 13 en particular, se ha de entender admisible la posibilidad de acumular el daño moral en la cuantificación de la indemnización al titular de derechos perjudicado, cuando éste opte por reclamar por la vía del artículo 13.1 apartado b), atendiendo por tanto a los cánones o derechos que el infractor habría abonado si hubiera pedido la preceptiva autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual.

3.2 La postura sostenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Una vez finalizado el repaso a las Conclusiones del Abogado General, es preciso centrar la atención en la postura adoptada por el Alto Tribunal Europeo, sobre la que se puede adelantar que, como es habitual, resulta coincidente con la argumentación del primero.

Así, como punto de partida, la Corte europea reitera la necesidad de atender tanto a la literalidad del precepto en cuestión como al objetivo general de la Directiva en su conjunto, en la que se integra.

Desde la primera perspectiva, el TJUE concluye que, si bien de la redacción del artículo 13.1 apartado b) no se puede desprender la inclusión expresa de la inclusión del daño moral en la reparación,

5 En el punto 28 de las Conclusiones, Wathelet defiende que “*A mi juicio, y sin que haya lugar aquí a condenar al autor de la infracción de un derecho de propiedad intelectual al pago de daños punitivos, es difícilmente rebatible que un daño moral, como, concretamente, un menoscabo de la reputación, pueda ser, siempre que se demuestre, un componente per se del daño realmente sufrido por el autor.*”

6 Al respecto, se mencionan en el documento las posturas contrapuestas sobre la admisibilidad por parte de la Directiva 2004/48 de la inclusión de los daños punitivos en la indemnización al titular de los derechos de autor. Así, por un lado Galloux y Benhamou, sostienen que dicha norma deja abierta la posibilidad a su inclusión en la indemnización, mientras que Buydens se opone a tal noción, al entender que la norma limita la reparación exclusivamente a los daños. (Vid. Galloux, J. C., “La directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle”, *Revue trimestrielle de droit communautaire*, 2004; Benhamou, Y., “Compensation of damages for infringements of intellectual property rights in France, under Directive 2004/48/EC and its transposition law — new notions?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009, 40(2) y Buydens, M., “La réparation des atteintes aux droits de propriété intellectuelle”, *Actualités en droits intellectuels*, UB3, Bruylant, 2015.)

tampoco se puede entender que queda excluida de la cuantificación del perjuicio ocasionado. En relación con ello, se refiere, al igual que hace el Abogado General, a la expresión “cuanto menos” contenida en el precepto, que permite entender que a los elementos que menciona se pueden unir otros pertinentes para que la indemnización cumpla con el espíritu de la norma.

En este sentido, la sentencia Liffers ha remarcado una tendencia, ya presente en fallos anteriores del mismo órgano jurisdiccional, que rechaza la interpretación literal de la norma como la única válida, siendo indispensable combinarla con el criterio sistemático y teleológico, que llegan a situarse como preeminentes respecto al literal. Esta advertencia la hace, en primer lugar, el Abogado General en sus Conclusiones, y se encuentra también en la respuesta a la cuestión prejudicial dada por el TJUE, apoyándose al respecto en doctrina sentada en sentencias anteriores (sentencias “Yaesu Europe” (C-433/08), apartado 24; “Brain Products” (C-219/11), apartado 13; “Koushkaki” (C-84/12), apartado 34, y Lanigan (C-237/15 PPU), apartado 35, y referencias a la sentencia del caso Surmacs (C-127/14).

Así, atendiendo al espíritu y finalidad del texto europeo, tal idea se ve reafirmada. Para alcanzar tal conclusión el Tribunal se apoya, de nuevo, en el artículo 13.1, ya mencionado con anterioridad, que exige que la indemnización se adecúe al daño sufrido, además del Considerando 10⁷ ya mentado en las Conclusiones de Wathelet, y el 26, en el que se dispone que para la reparación del perjuicio ocasionado “el importe de la indemnización por daños y perjuicios concedida al titular debe tener en cuenta todos los aspectos pertinentes, y, en particular, el daño moral ocasionado al titular” (Fundamentos de Derecho, ap. 23).

Como corolario de todo lo anterior, argumenta el Tribunal, la indemnización regulada en la norma europea ha de ser íntegra, debiendo incluir por tanto todos los perjuicios que efectivamente haya sufrido el titular de los derechos, debiendo entenderse por tanto incluido a tal efecto el daño moral. Al respecto, concluye la Corte que el resarcimiento basado en exclusiva sobre los cánones o derechos no abonados al titular solo incluye el perjuicio material sufrido, por lo que la reparación íntegra debe permitir, además, la reclamación del daño moral. En consecuencia, el TJUE falla entendiendo que se debe entender

7 Cabe recordar en este punto que el Considerando 10 de la Directiva 2004/48 dispone que la norma tiene como objetivo garantizar “*un nivel de protección de la propiedad intelectual elevado, equivalente y homogéneo en el mercado interior*”.

acumulable el perjuicio moral cuando se reclame la indemnización por la infracción de los derechos de Propiedad Intelectual por la vía del apartado b) del artículo 13.1 de la Directiva 2004/48.

4 La recepción de la doctrina del Tribunal Europeo en el ordenamiento jurídico español

La analizada respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial presentada por el TS español, fue recepcionada por éste en la consecuente sentencia de la Sala de lo Civil (Sección 1ª) de 19 de julio de 2016. Esta cierra el litigio del que traía causa, y sienta, asimismo, la doctrina jurisprudencial a nivel nacional español, determinando la interpretación acorde a Derecho en lo que al resarcimiento de los perjuicios patrimoniales y morales en las infracciones a los derechos de autor respecta.

Entrando en la cuestión, el Tribunal en el mencionado pronunciamiento subraya el inicial desacuerdo mostrado por la Sala ante la postura acogida por la Audiencia Provincial de Madrid⁸ en la sentencia objeto de casación. Y ello porque, destaca, éste se basa en una incorrecta interpretación de la Directiva, en cuyo artículo 13 apartado 1 se recoge la obligación de los Estados miembros de garantizar la existencia de una indemnización adecuada de los daños y perjuicios efectivos que se deriven de una infracción de los derechos de autor. Sobre este punto, entiende la Sala que “El 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.” A ello, siguiendo los argumentos del TS, se une la argumentación sostenida por la Audiencia Provincial de Madrid, que justificaba su fallo en la opción por “un criterio indemnizatorio alternativo, que prescinde de los perjuicios reales contemplados en el apartado a)”⁹, la cual para el Alto Tribunal no es acorde con la finalidad de resarcimiento efectivo que determina la Directiva¹⁰.

8 Sentencia de 21 de enero de 2013, Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13a).

9 Fundamento de Derecho 5º, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 19 julio 2016.

10 Fundamento de Derecho 5º, op. cit.

Partiendo de este posicionamiento tomado por la Audiencia Provincial, el TS deriva la existencia de una interpretación diversa, en la que el criterio indemnizatorio recogido en el apartado b) del artículo 13.1 de la Directiva sólo sea alternativo al previsto en el apartado a) en lo que a la forma de indemnización del daño patrimonial se refiere. Al respecto, destaca el pronunciamiento de la Sala que “Este criterio indemnizatorio alternativo estaría justificado por la existencia de dificultades probatorias para fijar la indemnización conforme a los criterios previstos en el apartado “a” o por otras razones. En tal caso, ese carácter alternativo (y por tanto no acumulable) no afectaría al daño moral, cuya indemnización podría reclamarse aunque se hubiera optado por el criterio de la letra “b”, referenciado a la licencia hipotética.” Así, tal y como concluye el Alto Tribunal, dicha interpretación determinaría la independencia de la indemnización del daño moral del criterio elegido para el resarcimiento del perjuicio patrimonial, de forma que permitiría su acumulación tanto en el supuesto de haberse optado por el apartado a) del art. 13.1 como por el apartado b) del mismo precepto.

Ahondando más en la viabilidad de esta interpretación más extensiva de la indemnización, el TS pone de relieve su extensión y acogida en la legislación de otros Estados miembros de la Unión Europea, como es el caso de Alemania, Italia y Francia, cuyas normativas permiten la acumulación del reclamo de indemnización del daño moral con independencia del criterio resarcitorio del patrimonial por el que haya optado el titular de los derechos de autor vulnerados¹¹. Partiendo de ello, y teniendo presente el Considerando 10 de la Directiva, que fija como objetivo de ésta la aproximación de las legislaciones nacionales de los países miembros en aras de una protección homogénea de los derechos de autor a nivel europeo, el TS entiende que “Una interpretación del artículo 13.1 de la Directiva como la efectuada por la Audiencia, que difiera de la llevada a cabo en otros Estados miembros y que otorgue una protección significativamente menor de los derechos de propiedad intelectual, podría poner en peligro este objetivo.”¹²

Es esta la misma conclusión a la que llega el TJUE en el caso *Liffers*, y que hace propia el TS español, por lo que, entendiendo válida la acumulación de daño moral, de producirse, en cualquiera de las dos

11 Se trata, en concreto del artículo 97.2 de la Ley de Propiedad Intelectual alemana, el artículo 158 de la Ley núm. 633 de 1941 de Italia y el artículo L331-1-3 del Código de la Propiedad Intelectual francés.

12 Fundamento de Derecho 7º STS 19 julio 2016, op. cit.

vías previstas en la normativa, entra a analizar la pertinencia de su aplicación en este caso. Sobre este punto sostiene que “Las circunstancias concurrentes, en concreto la vulneración de derechos morales del autor tales como el derecho a la integridad de la obra y al reconocimiento de la autoría, el daño causado al prestigio y reputación del demandante por haberse utilizado una obra que pretendía ser poética en un documental sobre prostitución infantil, y la cuota de audiencia de este documental en una cadena de televisión de ámbito nacional, son elementos que permiten afirmar que el demandante no solo sufrió perjuicios patrimoniales al resultar vulnerados sus derechos de explotación, sino también daños morales que no resultaron indemnizados con la exigua indemnización resultante de la aplicación del criterio de la licencia hipotética.”¹³

Al entrar a valorar el daño moral ocasionado en el supuesto controvertido, la Sala asume la gravedad de las circunstancias presentes, “gravedad del daño moral por sus características intrínsecas y por la divulgación del documental infractor”, por lo que considera adecuada y en ningún caso excesiva la cuantía resarcitoria de 10.000 euros fijada en Primera Instancia y la reafirma.

En conclusión, el fallo del TS casa la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid ante él recurrida, determinando la pertinencia de la indemnización del daño moral – en la cuantía de 10.000 euros – que se viene a sumar al resarcimiento del perjuicio patrimonial fijado en la sentencia casada, ascendente a la suma de 962,33 euros¹⁴.

A modo de simple apunte, a la luz de la resolución adoptada en este caso, resulta pertinente señalar, pese a ser una cuestión ajena al objeto de este estudio, que resulta llamativa la descompensación tan

13 Fundamento de Derecho 10º, STS 19 julio 2016, op. cit.

14 Literalmente el fallo concluye “*Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Constancio contra la sentencia núm. 14/2013 de 21 de enero, dictada por la Sección Vigésimooctava de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 722/2011 . 2.º- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo a la revocación de la condena a indemnizar el daño moral en 10.000 euros impuesta por el Juzgado Mercantil, y en su lugar acordamos añadir a la condena impuesta por la Audiencia Provincial a las demandadas a indemnizar solidariamente al demandante en 962,33 euros por el daño patrimonial, la condena a indemnizar, también solidariamente, al demandante en 10.000 euros por daño moral. 3.º- No procede imposición de costas del recurso de casación No procede la imposición de las costas del recurso de apelación, ni de primera instancia. Devuélvase al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso. Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.*”

evidente existente entre la cuantía reconocida por el Alto Tribunal en concepto de indemnización por el daño patrimonial ocasionado (962,33 euros) y la del daño moral (10.000 euros). Ello no puede más que sugerirnos la idea de la presencia de cierto ánimo de inclusión de una finalidad punitiva por parte de la Sala en la fijación de tal compensación por el daño moral, pese a su falta de reconocimiento en el Derecho español, en concreto en materia de responsabilidad por violaciones de los derechos de autor, y su carácter controvertido en la jurisprudencia y la doctrina.

Por otro lado, cabe destacar, llegados a este punto, que esta jurisprudencia casacional ha sido ya recepcionada por la doctrina judicial. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), núm. 54/2017, de 6 febrero, en la que se asume la posibilidad de acumulación del daño moral a la reclamación del perjuicio patrimonial en un supuesto en el que el demandante había optado por la vía del criterio de la regalía hipotética¹⁵. En este caso, el tribunal concluye que “Finalmente, consideramos totalmente verosímil, atendiendo a máximas de la experiencia, el padecimiento por el actor de un quebranto o aflicción de naturaleza moral al contemplar la publicación infractora. Y, no habiendo sido cuestionada por ninguno de los demandados la procedencia de tomar en consideración para su cálculo los criterios propuestos por el Sr. Martín (el conocimiento de su persona dentro del sector de que se trata, conocimiento de su obra y escasez de obras análogas, etc...), son esos mismos criterios estimativos los que, en atención a la extensión cuantitativa de la infracción y asumiendo este tribunal el carácter voluble que siempre revisten los cálculos de esta naturaleza, nos conducen a fijar la indemnización por razón de daño moral en la cantidad de 3.000 €.”¹⁶

15 La sentencia en cuestión responde a un caso de plagio de una obra escrita titulada “La peseta. Catálogo básico” de la que se copian determinados fragmentos en otra obra similar, que tiene por título “La peseta. Historia de una época”. En las súplicas, amén del rescaramiento del quebranto patrimonial ocasionado a los titulares de los derechos de autor de la primera, cuantificado siguiendo el criterio de la regalía hipotética recogida en el artículo 140-2 b) del TRLPI, se solicita la indemnización del daño moral. En este caso, se acoge directamente la interpretación de la norma sentada en la STJUE objeto de este comentario y reafirmada y asentada en España por la STS de 19 de julio de 2016, también aquí analizada, por lo que la AP de Madrid reconoce la acumulación de ambos perjuicios y concede la indemnización.

16 Fundamento de Derecho 5º,

5 Conclusiones

La primera y más clara conclusión que se puede extraer de la vigente jurisprudencia comunitaria podría resumirse en una sola frase, tal y como destaca Garriga: “la indemnización del daño moral siempre es procedente, se calcule como se calcule el daño patrimonial”¹⁷, y, por tanto, independientemente de la opción seleccionada de las dos recogidas en los artículos 13 y 140 de la Directiva y TRLPI, respectivamente¹⁸. Y ello porque, como ha quedado evidenciado tanto en las referidas Conclusiones del Abogado General cuanto en la propia respuesta del Alto Tribunal Europeo, y tal como sostiene mayoritariamente la doctrina, en palabras de Montaña, “el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios que ha de abonarse al titular de un derecho de propiedad intelectual debe tener por objeto garantizar la reparación íntegra del perjuicio “efectivamente sufrido”, es decir, debe obedecer al principio de la restitutio in integrum, lo que conduce inexorablemente a la solución de dar cabida también al posible daño moral causado cuando se opte por el criterio de la denominada “regalía hipotética”.¹⁹ Resulta, por tanto, claro que cualquier indemnización

17 GARRIGA MOYANO, A., “A propósito de la Sentencia TJUE de hoy sobre el caso Liffers (C-99/2015)”, 10 marzo 2016, texto disponible en <http://www.holtropblog.com/es/index.php/48-transaction-business/itaip/826-a-proposito-de-la-sentencia-tjue-de-hoy-sobre-el-caso-liffers-c-99-2015> (Fecha última consulta: 3 enero 2018).

18 Si bien los Tribunales españoles, hasta ahora, como se ha puesto de manifiesto ut supra, no ofrecían una postura unánime al respecto de la posibilidad de acumular el daño moral cuando se optara por la vía indemnizatoria de la “regalía hipotética”, si que se reconocía de manera general la necesidad de tener en cuenta este perjuicio con independencia de la vulneración de un daño patrimonial, o bien como consecuencia de ésta, lo cual chocaría frontalmente con la denegación de su inclusión en algunos supuestos cuando quede probada su existencia por el mero hecho de haber optado por una de las vías de cuantificación y no la otra, siendo ambas fijadas por la ley. Al respecto, se dispone en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 2 de diciembre de 2008 que “*el propio art. 138 L.P.I. contempla, en abstracto, la posibilidad de que padezcan daños morales todos aquellos que sean titulares de alguno de los derechos que la propia ley reconoce, no sólo los titulares de los derechos morales que regula el referido art. 14 (...). En definitiva, el carácter eventualmente “moral” del daño que pueda ser consecutivo a un acto de violación de derechos de propiedad intelectual y el carácter “moral” de algunos de dichos derechos (los del art. 14 LPI) son nociones que no se interfieren desde el momento que nada impide que de la infracción de típicos derechos de explotación (arts. 17 a 21 LPI) puedan derivarse quebrantos de naturaleza moral además, en su caso, de los de índole material*”.

19 MONTAÑA, M., “Daños y perjuicios en el ámbito de la Propiedad Intelectual: la “regalía hipotética” y el daño moral son compatibles”, Client Briefing, marzo 2016,

que cumpla su función de resarcir el perjuicio ocasionado debe tener en cuenta todos los elementos y facetas que éste pueda haber tomado²⁰, ya que no se puede más que concluir que cualquier opción u alternativa que se desprenda de la normativa a tal objeto tenderá al mismo fin de compensar adecuadamente al titular por el daño sufrido, cumpliendo la finalidad del Derecho de daños²¹.

No obstante lo anterior, es preciso señalar, con Bellón Molina²², y Macías Castillo, la propia naturaleza del daño moral hace difícil su reparación en forma pecuniaria, llegando a ser imposible de realizar in natura en la mayoría de los supuestos, al vincularse con los derechos de la personalidad, por lo que como, el autor señala, su resarcimiento es “siempre una mera aproximación por la vía de la compensación al daño realmente padecido”, cumpliendo la función de satisfacer al perjudicado, aunque ésta “nunca resultará plena o completa”²³. Sin embargo, su relevancia es indiscutible, como se señalaba ya en la STS de 7 de febrero de 1962, en el considerando 7º, donde la Sala Primera concluía que “En los tiempos modernos se ha aceptado de modo definitivo el principio de la reparación del perjuicio moral, pues aunque los derechos de la personalidad no se acomoden a una estimación pecuniaria, por lo que el dinero no puede aquí cumplir su función

Clifford Chance; pág. 3. Texto completo disponible en: https://www.cliffordchance.com/briefings/2016/03/danos_y_perjuiciosenelambitodelapropieda.html (Fecha última consulta: 2 enero 2018)

20 En ese sentido, vid. CLEMENTE MEORO, M. “Comentario al art. 140 TRPI”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, RODRÍGUEZ TAPIA (Dir.). Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007, págs. 810 y ss.

21 En esta línea se manifiesta MACÍAS CASTILLO, cuando defiende que “*En mi opinión, lo que el legislador —con poca claridad— ha pretendido es que se acojan a la primera opción indemnizatoria quienes son autores y además titulares de los derechos morales de autor; mientras que la segunda opción reparatoria se orienta más bien, para personas físicas o jurídicas a las que se han transmitido los derechos de explotación de las obras. Ello no impediría, a su vez, que los titulares de los derechos de explotación no puedan optar por la primera opción, si bien, en ese caso, no podrían reclamar los daños morales, a no ser que fuesen titulares —supuesto inhabitual— de los mismos. Esta opción legislativa no sólo es confusa, sino injusta.*” (MACÍAS CASTILLO, A. “La reparación del daño moral de autor”, en *El derecho de autor y las nuevas tecnologías*, edición no 1, Editorial LA LEY, Madrid, Julio 2008, LALEY 3886/2010).

22 BELLÓN MOLINA, F. A. “La condena a indemnizar los perjuicios causados, en la Ley Orgánica 1/1982. Especial referencia al daño moral”, *Actualidad Civil*, Sección Doctrina, 1998, Ref. XVIII, pág. 391, tomo 2, Editorial LA LEY; pág. 6 y ss.

23 MACÍAS CASTILLO, A. “La reparación del daño moral de autor”, op. cit.

de equivalencia como en materia de reparación del daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto (*pretium doloris*), pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, que vendrán a contrapesar las dolorosas o, desagradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral”.

Partiendo de esta base, la doctrina mayoritaria coincide en considerar como causa principal de la indefinición y falta de claridad normativa española respecto a la posibilidad de incluir el daño moral en las dos vías previstas en el art. 140 del TRLPI, la deficiente técnica legislativa empleada en nuestro país al hacer mención directa al daño moral sólo en el apartado a) del mencionado precepto y no en el b)²⁴. En efecto, atendiendo, en primer lugar, a un criterio histórico, debe recordarse que fue con la reforma operada en el precepto en el año 2006, a través de la Ley 19/2006, de 5 de junio, cuando se optó por subdividir el apartado 1. del artículo 140 TRLPI en dos epígrafes separados, mientras que inicialmente se regulaba la cuestión en un bloque único de tres párrafos, por lo que la mención al daño moral se entendía común a las dos vías previstas legalmente. En segundo lugar, como señala ESPÍN, la transposición española de la Directiva 2004/48 se limita a los mínimos, obviando otras posibilidades que deja abiertas la norma comunitaria. En este sentido, destaca que “Podría el legislador nacional haber optado por transponer la Directiva aprovechando todas las posibilidades que ofrecía en dicho artículo, como ha pasado en otras legislaciones europeas. Por ejemplo, nada impedía hacer uso de la previsión europea, que, al prever un importe a tanto alzado dice “cuando menos”. En otros países, ello habilita una condena a pagar en concepto de indemnización, por ejemplo, un importe superior a la licencia o regalía hipotética. Nosotros sin embargo nos limitamos a que se condene a pagar el mismo importe que le hubiera costado en el mejor de los casos la licencia.”²⁵

24 Al respecto, vid. MACÍAS CASTILLO, A., “La reparación del daño moral de autor”, op. cit. y ESPÍN GRANIZO, J., “De nuevo sobre daños morales. Una sentencia con luces y sombras para la propiedad intelectual”, abril 2016, hayderecho.com. (Texto completo disponible en: <http://hayderecho.com/2016/04/19/de-nuevo-sobre-danos-morales-una-sentencia-con-luces-y-sombras-para-la-propiedad-intelectual/>) (Fecha última consulta: 7 febrero 2017).

25 ESPÍN GRANIZO, J., “De nuevo sobre daños morales. Una sentencia con luces y

A la luz de lo analizado, se llega a la conclusión de que una indemnización del perjuicio sufrido, optando por el mecanismo del apartado b), que se ciña exclusivamente a la cuantía de la “regalía hipotética”, además de cumplir sólo parcialmente con la función compensatoria de la figura, podría contribuir a incentivar, en cierto modo, la vulneración legal de solicitud de autorización y pago de la cuota pertinente, puesto que la actuación ilícita sólo tendría como consecuencia, en el caso de ser conocido el hecho y denunciado por el perjudicado, la obligación de pagar estrictamente aquello que correspondía desde el principio. En este sentido, resalta Carrasco Perera, que se crea una clara ventaja a favor del infractor ya que a éste “de no ser descubierto, el negocio le sale gratis; de ser descubierto, en principio no le costaría más de lo que hubiera tenido que pagar comprándolo.”²⁶, algo en lo que coinciden Yzquierdo Tolsada y Arias Maíz²⁷, quienes destacan “sus escasas dotes preventivas contra la infracción”, ya que, como subraya Ferrer Bernal, no hay diferencia de precio entre el que tiene que pagar el infractor y el que paga el usuario que ha obtenido lícitamente la licencia para su explotación²⁸.

Sobre esta cuestión, entendemos que una posible solución, y más acorde a Derecho, sería sumar a la regalía hipotética el pago de los intereses que se hayan devengado durante el tiempo transcurrido entre la vulneración del derecho y el fallo del Tribunal. De ese modo se cumpliría con la función resarcitoria de la medida, aunando los intereses legales, tal y como ocurre con otras deudas, lo que contribuiría a agravar, en cierto modo, las consecuencias del incumplimiento de la obligación legal del consentimiento y pago de la regalía.

Sin embargo, tal y como se menciona en las Conclusiones del Abogado General, no se puede confundir la finalidad compensatoria de la indemnización prevista en la norma, con la inclusión de los daños

sombras para la propiedad intelectual”, op, cit.

26 CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 140 LPI”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2007.

27 YZQUIERDO TOLSADA y Vicente ARIAS MAÍZ, V. (2014), “Responsabilidad por daños a la propiedad intelectual”, en REGLERO CAMPOS, L.F. y BUSTO LAGO, J.M. (Coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, 5. ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

28 FERRER BERNAL, M., “El daño moral de autor y la llamada regalía hipotética. Reflexiones al hilo del caso Liffers”, *Revista InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, núm. 2/2017, abril 2017, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona; p. 11.

punitivos, que tanto debate genera en la doctrina. A pesar de que, como se ha tratado en epígrafes anteriores de este trabajo, existen voces que defienden la posibilidad de introducir los llamados “punitive damages”, en su denominación anglosajona, en el ámbito del resarcimiento del daño en el marco de la Propiedad Intelectual, tanto el Abogado General en sus conclusiones, como otro sector de la doctrina se alejan de esta postura. Así, Cubells y Álvarez defienden que “los daños deben ser meramente compensatorios, es decir, el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios a pagar por el infractor debe tener siempre como medida el perjuicio patrimonial y moral realmente sufrido por el autor y no pueden otorgarse importes superiores que vayan más allá de reparar el daño causado. De hecho, la cultura de los daños punitivos es ajena al sistema de Derecho Civil base de la mayoría de los sistemas jurídicos europeos.”, de modo que “la indemnización de los daños morales debe servir para reparar totalmente el daño infligido al autor –que debe incluir, si se produce, el daño moral- y no para “castigar” al infractor, ni tampoco para hacer más onerosa la acción del perjudicado.”²⁹. Esta posición es defendida también por Salvador Coderch, para quien “los Punitive damages no resultan admisibles porque son una pena privada que se impone, en un proceso civil y al causante doloso o gravemente negligente de un daño, por un importe varias –a veces, muchas- veces superior al de la indemnización puramente compensatoria”³⁰. Sin embargo, cabe destacar en este punto, la doctrina recogida en la STS de 21 de enero de 1957, en el considerando 5º, donde se determina por el Tribunal que “El Tribunal a quo lejos de dar a la doctrina jurisprudencial una orientación, peligrosa siempre, y más peligrosa aún cuando se trata de reparar daños morales, de nada fácil apreciación cualitativa y cuantitativamente, ha hecho prudente uso de sus facultades y creyendo, con razón, que la condena en dinero tiene tanto de punitiva como de compensatoria, la ha pronunciado en términos que aparte de su evidente justicia y acusada prudencia, han estimado la realidad del daño mora”, idea reiterada en las STS de 7 febrero de 1962 y 23 de octubre de 1978.

29 CUBELLS, E. J. y ÁLVAREZ, C., “La acumulación de la indemnización por daños morales y la regalía hipotética”, *Abogacía Española*, 10 mayo 2016. (Texto completo disponible en: <http://www.abogacia.es/2016/05/10/la-acumulacion-de-la-indemnizacion-por-danos-morales-y-la-regalia-hipotetica/>) (Fecha última consulta: 3 febrero 2018).

30 SALVADOR CODERCH, P., “Punitive Damages”, *Revista InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, n. 01/2000, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2000; p. 3.

En cualquier caso, se ha de destacar que la doctrina del TJUE supone la clarificación definitiva del sentido y alcance del artículo 140 TRLPI, poniendo fin a las posturas divergentes y contradictorias mostradas al respecto por los Tribunales españoles y al amplio debate suscitado entre la doctrina especializada.

Por lo demás, y no es una cuestión baladí, la solución hermenéutica resulta también de interés en el ámbito de la Propiedad Industrial, puesto que el artículo 74 de la Ley 24/2015, de 24 de julio de Patentes, entrada en vigor en abril de 2017, contempla la vía indemnizatoria de la “regalía hipotética” en términos muy similares a la recogida en el TRLPI, por lo que entendemos cabría la aplicación analógica de la misma solución hermenéutica dada a la Propiedad Intelectual. En cualquier caso, tras este pronunciamiento del TJUE sería necesario, en nuestra opinión, llevar a cabo una reformulación de la redacción del precepto español, de modo que se corrija la oscuridad y ambigüedad que actualmente muestra respecto a la reparación del daño moral en las vulneraciones de los derechos de autor.

Por último, es preciso recordar una vez más que, pese al avance innegable que supone la nueva jurisprudencia comunitaria en relación con la reparación integral de las lesiones de derechos de autor, la indemnización del daño moral sigue chocando frontalmente con serios problemas en la práctica relativos, sobre todo, a su cuantificación³¹, y a lo escaso del montante indemnizatorio que suelen obtener los titulares de derechos perjudicados. Se trata sin duda de dos cuestiones de gran relevancia que reclaman un mayor análisis y homogeneización en la praxis judicial en nuestro país.

A modo de apunte final, cabe destacar que, el legislador ha desaprovechado la recentísima reforma operada en el TRLPI a través del Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, en la que podría haber llevado a cabo, de una vez por todas, la mencionada necesaria reformulación del precepto aquí analizado, y objeto de aclaración por el TJUE, pudiendo haber asentado la correcta interpretación de dicha norma; sin embargo, se ha optado por obviar, una vez más, la problemática de la indemnización del daño moral en la revisión del texto vigente.

31 Sobre esta cuestión, vid. MACÍAS CASTILLO, A. “El daño moral causado al autor de la obra intelectual”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 100, Sección Informe de Jurisprudencia, enero 2012 y MACÍAS CASTILLO, A., “La reparación del daño moral de autor”, op. cit.

Referencias

- BELLÓN MOLINA, F. A. *La condena a indemnizar los perjuicios causados, en la Ley Orgánica 1/1982. Especial referencia al daño moral*, Actualidad Civil, Sección Doctrina, 1998, Ref. XVIII, pág. 391, tomo 2, Editorial LA LEY
- BENHAMOU, Y. Compensation of damages for infringements of intellectual property rights in France, under Directive 2004/48/EC and its transposition law — new notions? *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 40(2), 2009.
- BUYDENS, M. La réparation des atteintes aux droits de propriété intellectuelle. *Actualités en droits intellectuels*, UB3, Bruylant, 2015.
- CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 140 LPI”. In: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- CLEMENTE MEORO, M. Comentario al art. 140 TRPI. In: RODRÍGUEZ TAPIA (Dir.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Ed. Thomson-Civitas, 2007
- CUBELLS, E. J.; ÁLVAREZ, C. La acumulación de la indemnización por daños morales y la regalía hipotética. *Abogacía Española*, 10 mayo 2016.
- ESPÍN GRANIZO, J. *De nuevo sobre daños morales*. Una sentencia con luces y sombras para la propiedad intelectual, abril 2016.
- FERRER BERNAL, M. El daño moral de autor y la llamada regalía hipotética. Reflexiones al hilo del caso Liffers. *Revista InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, Barcelona. n. 2, abr. 2017.
- GALLOUX, J. C. La directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle. *Revue trimestrielle de droit communautaire*, 2004
- GARRIGA MOYANO, A. A propósito de la Sentencia TJUE de hoy sobre el caso Liffers (C-99/2015), 10 marzo 2016. Disponible en: <http://www.holtropblog.com/es/index.php/48-transaction-business/itaip/826-a-proposito-de-la-sentencia-tjue-de-hoy-sobre-el-caso-liffers-c-99-2015>.

MACÍAS CASTILLO, A. El daño moral causado al autor de la obra intelectual. *Práctica de Derecho de Daños*, n. 100, enero 2012.

MACÍAS CASTILLO, A. La reparación del daño moral de autor. In: *El derecho de autor y las nuevas tecnologías*, Madrid: LA LEY, julio 2008.

MONTAÑA, M. Daños y perjuicios en el ámbito de la Propiedad Intelectual: la “regalía hipotética” y el daño moral son compatibles. *Client Briefing*, marzo 2016.

SALVADOR CODERCH, P. Punitive Damages. *Revista InDret (Revista para el Análisis del Derecho)*, Barcelona, n. 01/2000, 2000

YZQUIERDO TOLSADA, Vicente; ARIAS MAÍZ, V. Responsabilidad por daños a la propiedad intelectual. In: REGLERO CAMPOS, L. F.; BUSTO LAGO, J. M. (Coords.). *Tratado de responsabilidad Civil*. Tomo II. 5. ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

YZQUIERDO TOLSADA, M.; ARIAS MÁIZ, V. *Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual*. Nuevos Clásicos. Tratado de Responsabilidad Civil, Editorial Aranzadi, 2014.