



Roj: **SAP MU 1870/2016 - ECLI: ES:APMU:2016:1870**

Id Cendoj: **30030370042016100421**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **4**

Fecha: **14/07/2016**

Nº de Recurso: **530/2016**

Nº de Resolución: **444/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL FUENTES DEVESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

MURCIA

SENTENCIA: 00444/2016

Ilmos. Sres.

Don Carlos Moreno Millán.

Presidente

Don Francisco José Carrillo Vinader

Don Rafael Fuentes Devesa

Magistrados

En la ciudad de Murcia, catorce de julio de dos mil dieciséis

Esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia ha visto en grado de apelación los presentes autos de procedimiento ordinario que con el número 490/2014 se han tramitado en el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia entre las partes, como demandante y ahora apelante, Emma , representada por el/la Procurador/a Sr/ a Jiménez Gómez y asistida del/a letrado/a Sr/a De Micheo, y como parte demandada y ahora apelada, Lorena , representada por el/la Procurador/a Sr/a. Bernal Barnuevo y dirigida por el/la Letrado/a Sr/a López Navarro. Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Rafael Fuentes Devesa, que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado de lo mercantil citado dictó sentencia en estos autos con fecha 30 de diciembre de 2016 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: " *DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por el Procuradora de los Tribunales Sra. Jiménez Gómez, en nombre y representación de D^a Emma contra la mercantil D^a Lorena , sin expresa condena en costas "* (sic)

SEGUNDO .- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante interesando su revocación y se declare la existencia de plagio sobre el Trabajo de Fin de Carrera del que es autora la actora y se condene a la demandada a estar y pasar por esta declaración y al resto de las peticiones de la demanda. Se dio traslado del recurso a la contraparte, que formula oposición e interesa la confirmación de la sentencia

TERCERO .- Previo emplazamiento de las partes, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, en cuya Sección Cuarta se registraron con el número de Rollo 530/2016, señalándose para votación y fallo el día 13 de julio de 2016.

CUARTO .- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



Primero. Planteamiento

1. La sentencia dictada en la instancia desestima la demanda interpuesta por Emma en la que solicita que se declare que el Trabajo Fin de Máster (en abreviatura TFM) de la demandada D^a Lorena, denominado "Efectividad de un programa de educación y ejercicio para prevenir la obesidad en pacientes esquizofrénicos: abordaje conductual", supone una vulneración de los derechos de propiedad intelectual de la primera respecto de su Trabajo Fin de Máster titulado "Índice de Masa Corporal y Síndrome Metabólico: Influencia de una Escala de Comportamiento Alimenticio en pacientes con Trastorno Esquizofrénico de la Clínica San Felipe del Mediterráneo de Murcia", desarrollado en el Proyecto de Tesis Doctoral titulada "Efectividad de un programa de educación y ejercicio para prevenir la obesidad en pacientes esquizofrénicos: abordaje conductual", así como de la base de datos elaborada por la primera a partir de los datos recogidos en pacientes reales, con la condena al cese de la actividad ilícita, a la publicación en un diario de difusión nacional y otro local de la sentencia, al pago de 15.000€ por daños morales causados y a 3.924,72 € por los daños materiales, y a que se anule el Trabajo Fin de Máster de la demandada, y consecuentemente a éste, su depósito de tesis doctoral, sin imposición de las costas por las dudas que se suscitan

2. Tras dejar sentado que lo que se achaca en la demanda es un plagio parcial, y concluir que el TFM de la demandada reproduce apartados del TFM de la actora, se descarta la infracción por falta de originalidad de este último, al haber previamente plagiado parcialmente la tesis doctoral del director de su TFM y de forma casi íntegra un artículo doctrinal ya publicado. En segundo lugar, rechaza la existencia de una base de datos susceptible de protección a través del derecho de propiedad intelectual, ya que la sola recogida de datos no constituye la creación de una base de datos, ni confiere derechos de propiedad intelectual sobre ellos. Finalmente, en cuanto al plagio del título de su proyecto de tesis doctoral, entiende que no cabe su protección como título de una obra, o sea, como parte integrante de ésta, cuando no consta terminada, ha sido objeto de modificación (en 2013 se denomina "Efectividad de un programa de educación, dieta y ejercicio en la reducción del síndrome metabólico en personas con esquizofrenia"), y además, se corresponde al de un proyecto de investigación formado por un equipo en el que estaba incluida la actora, por lo que adolece de originalidad

3. Disconforme la actora, se alza en apelación, por los siguientes motivos: en el que denomina "previo" afirma que se incurre en error al negar la condición de obra original al TFM de la actora, con una amplia disertación sobre su alcance y la improcedencia de la comparativa con una tesis doctoral, como hace la sentencia; en el rubricado "primero" se invoca error en la valoración de la prueba por negar la infracción cuando se reconoce la existencia de plagio por la demandada del TFM de la actora y finalmente, en el enumerado como "segundo", el error en la valoración de la prueba y aplicación del derecho al negar la existencia de las bases de datos elaboradas por la actora, plagiadas por la demandada.

4. La demandada se opone y solicita la confirmación de la sentencia, en extracto, por carencia de originalidad del TFM de la demandante y la inexistencia de bases de datos titularidad de la actora

5. No cuestionado expresamente por la recurrente la cuestión referente al título de la obra en sí, debemos considerarla consentida. E igual ocurre con la ausencia de cotejo del proyecto de tesis doctoral de la actora, que en todo caso se trataría de un caso de incongruencia omisiva o ex silentio, y que por su naturaleza procesal, su acceso a la segunda instancia queda sujeto al art. 459 LEC, y no es posible cuando no se ha tratado de subsanar en la primera instancia, como le habilita el art. 215 LEC (STS de 12 de mayo de 2015 y las previas de 8 de octubre de 2013, 11 de noviembre de 2010 o 18 de enero de 2011)

Segundo. La protección de las obras científicas: originalidad y plagio

1. El art. 10 TRLPI aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, dispone que " Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro (...)".

2. Este requisito de la originalidad ha sido entendido por la doctrina en dos sentidos diferentes, subjetivo y objetivo. En el primer caso se entiende que la obra es original cuando refleja la personalidad del autor, fruto de su creación y no del copiado de una obra ajena, y en el segundo se considera la originalidad como novedad objetiva, es decir, en el sentido de haber creado algo nuevo, no existente previamente. Al respecto el TS en sentencia de 24 de junio de 2004 enseña que " Según autorizada doctrina científica, el presupuesto primordial, para que la creación humana merezca la consideración de obra, es que sea original, cuyo requisito, en su perspectiva objetiva, consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente; es decir, la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente: es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador". Se decantan por este sentido objetivo las SAP de Madrid, Sección 28^a, de 16 de julio de 2014 y 21 de julio de 2006 y la SAP de Barcelona, Sección 15^a, de 21 de septiembre de 2006



3. Asimismo es preciso que la originalidad tenga una relevancia mínima, o como dice la jurisprudencia, que tenga una altura creativa. Así se deduce de las SSTs de 20 de febrero de 1992 y 26 de octubre de 1992 y se recoge con rotundidad en la citada sentencia de 24 de junio de 2004 al decir que *"En cualquier caso, es exigible que esa originalidad tenga una relevancia mínima, lo que no aparece en el supuesto debatido ..."*, y se infiere de la STS de 27 de septiembre de 2012. Tesis que encuentra su apoyatura legal en la propia diferenciación contenida en la LPI entre obra fotográfica y mera fotografía (art 10.1d y 128)

4. Este requisito debemos valorarlo en función de la naturaleza de la obra y tratándose de un trabajo de fin de un máster universitario de enfermería, resulta conveniente traer a colación, como hace la sentencia impugnada, lo dicho por el TS en la sentencia de 8 de noviembre de 2012 según la cual citada *"La obra científica, mencionada en el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, es susceptible de protección como objeto del derecho de autor, pero no por su contenido - científico, técnico o útil en la práctica - sino por tener - si la tiene - una forma de exposición original"* y tras recordar que el ADPIC (Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, de 15 de abril de 1994, ratificado por España por Instrumento de 30 de diciembre de 1994) establece que *"[l]a protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación [...]"* reitera que *"En conclusión, las creaciones científicas no son objeto de propiedad intelectual, por razón de su contenido - ideas, procedimientos, sistemas, métodos operativos, conceptos, principios, descubrimientos... - ni de la formación o experiencia de quienes las realizan, impulsan o de los esfuerzos de quienes las financian, sino sólo por la forma literaria o artística de su expresión"*

5. A partir de la premisa anterior (el derecho de autor protege no las ideas sino la forma en que las mismas aparecen recogidas en la obra), ya que la libertad de utilización de ideas y conocimientos es esencial para el desarrollo social, cultural, económico y científico, y sobre ellas no cabe un derecho de exclusiva, al menos al amparo del derecho de autor (STS de 24 de junio de 2004 y SAP de Madrid de 13 de mayo de 2005), lo relevante en este tipo de obras científicas no es tanto que su contenido sea distinto al de otras sino la forma de expresarlo, relacionarlo, explicarlo, ordenarlo y sistematizarlo.

6. El contenido viene determinado por una serie de datos y técnicas (en concreto, aquí de orden farmacológico, alimenticio, terapéutico y psicoeducativo, al versar las obras en controversia sobre tratamientos alimenticios en relación con enfermos de esquizofrenia), por lo que es lógico, porque no puede ser de otra manera, que descripciones o conceptos técnicos o científicos contenidas en él puedan aparecer en otras obras de igual función, pero también es evidente que se puede comunicar de múltiples maneras diferentes, con distinta sistemática, organización, y con fórmulas expositivas o literarias distintas. En esta línea se pronuncia la jurisprudencia, y por la proximidad al caso que nos ocupa, la SAP de Almería, de 10 de junio de 2004, referida a un supuesto de un proyecto docente en el ámbito universitario en la que se dice *"... el proyecto docente presentado por el demandado es una copia prácticamente literal del proyecto docente del demandante. No trata de desarrollar el demandado una idea (que puede ser coincidente con la del actor), sino que la exposición de su proyecto es idéntica a la del demandante, copiando «el propio y personal sentido expositivo del autor», sin aportación original alguna. Como señala el perito en su informe, las coincidencias entre uno y otro proyecto docente (anterior en el tiempo el del demandante) son evidentes «tanto en la organización de títulos y epígrafes, como en la descripción y distribución de títulos y materias», apareciendo, incluso, «párrafos enteros que están reproducidos al pie de la letra», incluso los signos de puntuación. El estilo literario es idéntico. No se trata, en definitiva, de una cita o reseña del otro proyecto (cita que, además, no se indica), sino de una clara y literal copia,..."*

7. Obra original que es presupuesto necesario para poder predicar la existencia de plagio. La STS de 28 de enero de 1995 citada de modo habitual al tratar esta cuestión establece que *« por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio. Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarse de los ardides y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual. No procede [produce] confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y el conocimiento por todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino más bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta, pura y total invención, desnuda de toda aportación posterior. Por todo lo cual, el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales»*; doctrina que se reitera literalmente en las Sentencias de 17 de octubre de 1997 y 23 de marzo de 1999, se toma en consideración en la S. de 23 de octubre de 2001 y repite la de 26 de noviembre de 2003 y 18 de diciembre de 2008, entre otras



8. Plagio que no desaparece por el hecho de que se intercalen en unos casos textos o figuras que no aparecen en la obra original, o se supriman párrafos que sí figuran en ésta, si tales circunstancias no impiden afirmar que se ha producido un aprovechamiento del esfuerzo intelectual desplegado por el autor de la obra original si la coincidencia de los textos en confrontación es extensa e intensa

9. Por otra parte, no se aprecia inconveniente en predicar la existencia de plagio parcial de una obra (SAP de Barcelona e 29 de mayo de 2011 y 17 de febrero de 2016), si la copia o coincidencia esencial se ha reducido solo a una o varias de las partes de la misma, en cuyo caso se reducirá el examen a la parte concurrente. Dicho de otra manera, el que haya partes de la obra propias no exime de la infracción respecto de las restantes. El dato de la complementación no legitima copiar la creación ajena previa en las partes que le interesan o de las que se pueda servir

10. Conectado con ello, la mera cita bibliográfica no impide la apreciación del plagio. En el art 32TRLPI en la redacción previa a la Ley 21/2014, al ser la aplicable por razones temporales, si bien "(e)s lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita" es preciso que " se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada ."

11. Todo lo anterior sirve para desechar la línea defensiva de la recurrente según la cual hay un error de planteamiento del Juzgado al comparar el TFM de la actora con la tesis doctoral del profesor que la dirigió, y consecuencia de ello, la negación de originalidad del TFM de la actora. Académicamente no serán lo mismo, pero el TFM para ser original debe exponer su contenido de manera propia y distinta. Las ideas, procedimientos, métodos, conceptos, etc ya estarán anticipados, pero si quiere que ese trabajo sea protegido por el derecho de autor es preciso que quien lo realice en su exposición o expresión no se limite a reproducir lo ya existente. Dicho de otra manera, no puede ese trabajo reducirse a una sucesión de fragmentos en gran parte literales de una tesis doctoral previa o de un artículo doctrinal preexistente, sin cobertura en el derecho de cita, por su extensión e importancia, además de que no se observan las exigencias del art 32 citado

12. Originalidad que en caso de no ser admitida, debe ser probada por la actora al constituir fundamento de su pretensión, con arreglo al art 217LEC (SAP de Salamanca de 16 de mayo de 2000), sin que la inscripción en un registro le libere de ello, pues como dice SAP de La Coruña 21 de mayo de 2002 " la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual no tiene carácter constitutivo, sino meramente declarativo de derechos", por lo que es evidente que forma parte del objeto de litigio determinar esa originalidad

13. Tampoco es determinante el que haya recibido la nota de sobresaliente del Tribunal académico ante el que fue defendido (y del que formaba parte el profesor de la tesis doctoral parcialmente reproducida, y la directora de esa tesis), o el que dicho profesor no apercibiera previamente como director del trabajo de esa reproducción de material docente previo. Llevado a sus últimas consecuencias este argumento también debería reconocerse originalidad al TFM de la demandada, asimismo merecedor de la calificación de sobresaliente con un 10 (certificación de UCAM, folio 905). Tampoco el que se diga que la actora se limitó a escribir lo que le dijo su director, pues de ser cierto ello lo que implicaría precisamente es ausencia de actividad creativa de la primera, reducida a una labor mecanográfica más propia de una auxiliar administrativa, no merecedora de la tutela aquí impetrada.

14. Todo ello podrá denotar falta de rigor académico e, incluso, de honradez intelectual de todos los implicados, pero jurídicamente el juicio relevante es el que corresponde hacer según las pruebas practicadas en sede judicial, sobre todo cuando como dice la sentencia de instancia en el fundamento jurídico tercero in fine que estos "plagios de los plagios" se conocieron en el ámbito universitario de la UCAM como lo declaró la Vicedecana de la Facultad de Enfermería en el juicio, y fue tolerado y consentido, sin que supieran o quisieran poner una solución

15. Carece, asimismo, de la relevancia pretendida por la recurrente el que el profesor de la tesis doctoral parcialmente reproducida en ambos TFM (de los que era director) no haya instado acciones al respecto, pues ello en ningún caso imprime originalidad a aquello que no la tiene

16. Si lo vemos desde la óptica del plagio, no hay contradicción en absolver a la demandada a pesar de reproducir su TFM el previo TFM de la actora, si éste no es original. De la jurisprudencia antes citada se delimita negativamente el plagio, y no se predica cuando lo reproducido es " todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos " o " está anticipado y al alcance de todos ", como son los datos que figuran " en registros fiscales, laborales, mercantiles o en las guías publicadas por Telefónica " (STS 17 octubre 1997) o añadimos, es una obra ajena ya difundida y accesible, sin perjuicio, por supuesto de las consecuencias que la normativa le otorga al titular de la

obra originaria. En definitiva, no habrá plagio si, a pesar de la identidad, en la obra reproducida falta creatividad y originalidad propia

17. Como conclusión, y para centrar la controversia, no se trata de confrontar los TFM y la tesis doctoral, sino comprobar si hay partes del TFM de la demandada que copian las correlativas del TFM de la actora, y si estas últimas merecen protección por ser originales, o en cambio, no gozan de la misma por reproducir la tesis doctoral del Sr. Ezequiel y un artículo de unos profesores publicado en una revista chilena o porque no tienen altura mínima

Tercero- Marco fáctico relevante respecto de los TFM

1. Para verificar si la sentencia acierta al desechar la infracción del TFM de la actora, previamente hay que dejar constancia de una serie de datos fácticos recogidos en la sentencia, que en buena parte no han sido cuestionados en la segunda instancia de forma expresa, que, completado con el examen de la documental, nos permiten enmarcar el litigio:

i) La actora depositó su TFM en la Universidad Católica San Antonio de Murcia (UCAM, en adelante) en septiembre de 2011 siendo defendido ante el tribunal en octubre del mismo año, de forma previa al TFM de la demandada, que lo hizo en 2012 .

ii) ambos TFM fueron dirigidos por el profesor Dr. Ezequiel , tío carnal de la demandada, que en 2008 había elaborado su tesis doctoral denominada " *Esquizofrenia y obesidad: influencia de los hábitos alimenticios, tratamiento farmacológico y aspectos socio familiares* " (en adelante la tesis doctoral, o en abreviatura TD)

En 2010 continuó la investigación en esa materia a través de un grupo de investigación ("Equipo de Valoración e Intervención en Salud Mental" (EVISAME), que tras ampliar el objeto de estudio pasa a denominarse "Equipo de Valoración e Intervención en Cuidados de Salud" (EVICUSA), del que formó parte desde diciembre de 2011 la actora

iii) ambos TFM, tras el Índice y Siglas y Abreviaturas, tienen los siguientes Capítulos: Introducción, Objetivos, Material y Método, Resultados, Discusión y Conclusiones y terminan con la Bibliografía y unos anexos, que responden al mismo esquema que la TD

No son objeto de comparativa cuatro capítulos (Objetivos, Resultados, Discusión y Conclusiones), que abarcan la página 67 y 83-168 del TFM de la actora y la página 59 y 73-113 del de la demandada

iv) El capítulo primero " **Introducción** " de ambos TPM de amplia extensión (abarca las páginas 15 a 64 en el caso del trabajo de la actora y 11 a 55 en el caso del de la demandada) tiene igual estructura (seis apartados con iguales subapartados en el 1.1 y en el 1.6, todos con idénticas rúbricas), con el solo añadido en el TFM de la demandada de un apartado 1.7, siendo esta estructura y terminología reproducción de la que aparece en la TD del director de ambos TFM , que también contiene un apartado 1.7

Sin perjuicio de remitirnos al minucioso y loable análisis comparativo contenido en el fundamento jurídico tercero de la sentencia reseñar:

- el apartado **1.1.1** del TFM de la demandada, si bien añade otro contenido copiado de la TD, reproduce literalmente los seis párrafos del TFM de la actora, si bien dos de ellos ya se contienen en la TD

- el apartado **1.1.2** del TFM de la demandada reproduce, con un pequeño añadido, el correlativo del de la actora, que en su explicación y tablas es divergente a la TD, con la que sí comparte todo lo relativo a los " criterios diagnósticos de la Esquizofrenia en el DSM-IV-TR , criterios diagnósticos de la Esquizofrenia en la CIE-10 (2000) y criterios de exclusión usados con más frecuencia"

- el apartado **1.1.3** tiene una parte inicial idéntica en los TFM y TD, con mínimos detalles divergentes, no siendo iguales los TFM en la descripción de los "síntomas positivos y negativos" y fases de trastorno, siendo en este caso idéntico el TFM de la demandada a la TD

- el apartado **1.1.4** es idéntico en las tres obras.

- el apartado **1.1.5** es idéntico en ambos TFM, siendo diverso al contenido de la TD (en sus páginas 32 a 35, folios 499)

- el apartado " **1.2** esencialmente es idéntico en los dos TFM, y distinto a la TD, salvo en dos párrafos, conteniendo ambos TFM unas tablas (de "fármacos antipsicóticos típicos" y de "fármacos antipsicóticos atípicos") con distinto orden, sin mención en la TD. De forma concreta, el subepígrafe 1.2.1 es idéntico en los TFM, siendo una tercera parte aproximadamente igual al contenido de la TD



- el apartado **1.3** en ambos TFM es sustancialmente coincidente, y salvo algunos párrafos añadidos, los restantes son extractados de la previa TD
 - el apartado **1.4**, la parte coincidente de ambos TFM es idéntica a la previa TD
 - en el apartado **1.5** hay identidad sustancial de los TFM, que en sus dos primeros párrafos son idénticos a la TD, y en el resto, reproducen de forma literal y en su parte pertinente, un artículo doctrinal publicado en una revista chilena en 2009 (folios 705-709)
 - el apartado **1.6** en la parte que coinciden los dos TFM, su redacción esencialmente es idéntica a la de la TD
- v) el capítulo tercero rubricado "**Material y Método**" determina conceptos estándar (diseño del estudio, población diana y de estudio, muestra, recogida de datos, variables, análisis estadísticos) siendo coincidente la procedencia de la población de estudio (pacientes de un centro de salud mental, sito en Sangonera, en un número de 33 en el caso del TFM de la actora y 35 en el de la demandada) y si bien en ciertos apartados son muy similares ambos TFM, en otros hay divergencia (vgra, en los criterios de exclusión o cronograma)
- vi) en cuanto al capítulo séptimo dedicado a la "**Bibliografía**" (doc. 16 de la contestación) las referencias bibliográficas del TFM de la actora son 211 (folios 152 a 166) y las de la demandada 163 (folios 117 a 138) , en ambos casos ordenados según el orden de aparición en el texto, y si bien con arreglo a la reglamentación universitaria existen normas para indicar las referencias bibliográficas, llama la atención que haya coincidencia en ambos listados en la fecha de acceso al recurso en internet en las referencias 3,5,32 y 67 del TFM de la actora y sus correlativas 3, 6, 32 y 68 del TFM de la demandada
- vii) finalmente, respecto del capítulo dedicado a los "**Anexos**" el TFM de la demandada sólo tiene un anexo (con tres apartados: datos sociodemográficos y hábitos de salud, datos clínicos y datos antropométricos, folio 276) frente a los dos anexos del TFM de la actora (cuestionario de comportamientos alimenticios y encuesta, folio 168-171), sin que se aprecie identidad, sin perjuicio de que compartan preguntas comunes a un cuestionario de este tipo (fecha de nacimiento, sexo, consumo de tabaco, alcohol y drogas, fecha de diagnóstico, datos relativos a peso, talla y grasa...).

Cuarto. El plagio parcial

1.A la vista de lo anterior compartimos plenamente - y es algo que expresamente no se llega a discutir en la apelación- que el TFM de la demandada , en la parte cotejada, no aportaba nada, limitándose a copiar el previo TFM de la actora, o directamente en otros particulares la TD del profesor que dirigió su trabajo (su tío).

2.Al margen de que no sea académicamente un comportamiento digno, no obstante ello, desde el punto de vista jurídico, la actora carece de legitimación para reprobarlo en todos aquellos extremos en que su TFM tampoco es original, según lo antes dicho. Originalidad que no podemos predicar de buena parte del *capítulo I*, en concreto, de sus apartados 1.1.3; 1.1.4; 1.3; 1.4, 1.5 y 1.6 , al ser copia, literal en muchos casos, y esencial en todos, de obras previas ajenas. E igual ocurre con más o menos una tercera parte del apartado 1.1.1, con toda la exposición de los " criterios diagnósticos de la Esquizofrenia en el DSM-IV-TR , criterios diagnósticos de la Esquizofrenia en la CIE-10 (2000) y criterios de exclusión usados con más frecuencia" contenida en el apartado 1.1.2 y con una tercera parte, aproximadamente, del subepígrafe 1.2.1

3. Limitado al restante contenido del capítulo I [dos terceras partes del apartado 1.1.1; el apartado 1.1.2 (salvo todo lo relativo a los " criterios diagnósticos de la Esquizofrenia en el DSM-IV-TR , criterios diagnósticos de la Esquizofrenia en la CIE-10 (2000) y criterios de exclusión usados con más frecuencia); el apartado 1.1.5 y el apartado 1.2 (salvo dos terceras partes, aproximadamente, del subepígrafe 1.2.1) discrepamos de la sentencia en la negativa a otorgarle protección, ya que consideramos que la selección del contenido, y su exposición narrativa revela una actividad creativa y propia de la autora (la actora), suficiente para considerarla original, atendidas las limitaciones literarias que una obra de contenido científico supone. En consecuencia, sobre estos particulares concretos del TFM sí debemos estimar la demanda al apreciar plagio, pues el TFM de la demandada se limita a la reproducción - literal en su gran parte- de esos particulares de la obra de la actora , sin que esté amparado por el derecho de cita , pues como dice en un caso análogo la SAP de Barcelona de 17 de febrero de 2016 , hay plagio cuando "*(l)os párrafos coincidentes, como hemos señalado, no están amparados en el derecho de cita que, como límite del derecho de propiedad intelectual, contempla el artículo 32 de la LPI . En los párrafos analizados no se menciona al autor de la obra divulgada (la demandante), ni siquiera entre paréntesis o con remisión a citas incluidas en otros pasajes "*

4. En cambio, sí compartimos el criterio de excluir el plagio del *capítulo III (Material y Método)*, ya que las coincidencias se reducen, en esencia, a conceptos y estructura estándar, no apropiables en su exposición por nadie, siendo lógica la coincidencia, máxime cuando la procedencia de la población de estudio es la misma (pacientes de un centro de salud mental, sito en Sangonera). Y de igual manera no se puede predicar altura



creativa en el *índice* (que además es esencialmente tributario de la tesis doctoral previa del director del trabajo) ni en el capítulo dedicado a la *Bibliografía*, cuando las referencias bibliográficas vienen estandarizadas, sin que sea óbice para ello el que ambos opten por una ordenación según el orden de aparición en el texto, en lugar de la alfabética (más habitual), sin perjuicio de que ello sea indicativo también de la actitud parasitaria de la demandada, que se limita a su copiado, ya que resulta excesiva casualidad que en ambos listados la fecha de acceso al recurso en internet en algunas de las referencias sea la misma. Y finalmente igual respuesta procede en cuanto a los *Anexos* , ya que la limitada semejanza se debe a que ambos compartan preguntas comunes a un cuestionario de este tipo

Quinto. La protección de las bases de datos

1. El segundo motivo de apelación es que ha existido plagio por la demandada de las bases de datos elaboradas por la actora, que se rechaza por la sentencia por considerar que no hay tales bases de datos, sin dejar de reconocer que esta última desarrolló un trabajo de investigación de campo previo en pacientes de una clínica de Sangonera La Verde (Murcia), en el que se procedió a la recogida de datos

2. Las bases de datos tienen en el TRLPI una doble protección: en primer lugar, pueden ser objeto de derecho de autor si son creaciones intelectuales originales (artículo 12), y en segundo lugar, como derecho "sui generis" a favor del fabricante, con independencia de que sean o no creaciones originales, compatible con el anterior (art 133) y que " *protege la inversión sustancial, evaluada cualitativa o cuantitativamente, que realiza su fabricante ya sea de medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido.* "

3. En ambos casos las bases de datos se definen legalmente en el art 12.2 según el cual " *A efectos de la presente Ley, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, se consideran bases de datos las colecciones de obras, de datos, o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma* ", que deriva del artículo 1.1º de la Directiva 96/9/CE , traspuesta mediante la Ley 571988. Tratándose de concepto del derecho de la Unión, debemos acudir al TJUE que su sentencia de 9 de noviembre de 2004 (C-444/02 , asunto Fixtures Marketing) reseña: "29. *la calificación de base de datos está supeditada, en primer lugar, a la existencia de una recopilación de «elementos independientes», es decir, de elementos separables unos de otros sin que resulte afectado el valor de su contenido informativo, literario, artístico, musical u otro.*

30 *La calificación de una recopilación como base de datos supone, en segundo lugar, que los elementos independientes constitutivos de dicha recopilación estén dispuestos de manera sistemática o metódica y resulten accesibles individualmente de una u otra manera. Sin que se exija que tal disposición sistemática o metódica sea físicamente visible, según el considerando vigésimo primero de la Directiva, el requisito en cuestión implica que la recopilación figure en un soporte fijo, sea de la naturaleza que sea, y esté dotada de algún instrumento técnico, como pueden ser los procedimientos electrónicos, electromagnéticos o electroópticos, a tenor del considerando decimotercero de la misma Directiva, o de algún otro instrumento, tal como un índice, sumario, plan o modo de clasificación que permita la localización de cualquier elemento independiente contenido en su seno.*

31 *Este segundo requisito permite que la base de datos en el sentido de la Directiva, caracterizada por un instrumento que hace posible localizar dentro de ella cada uno de sus elementos constitutivos, pueda distinguirse de una colección de elementos que facilita información pero carece de todo instrumento de tratamiento de los elementos individuales que la componen.*

32 *Del análisis precedente resulta que el concepto de base de datos en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva se refiere a toda recopilación que incluya obras, datos u otros elementos, separables unos de otros sin que el valor de su contenido resulte afectado, y que esté dotada de un método o sistema, sea de la naturaleza que sea, que permita localizar cada uno de sus elementos constitutivos."*

Sexto. La ausencia de bases de datos titularidad de la actora

1. Al margen de si la recogida de datos la efectuó de manera independiente y previa al grupo de investigación al que se incorporó la actora, lo que se admite como probado por ésta es que tales datos se los remitió al Dr. Balanza para que él los analizara estadísticamente, sin que conste en autos el resultado de esa labor.

2. Evidentemente con esa limitada prueba no es posible predicar la existencia de una base de datos titularidad de la actora cuando no se aporta el soporte físico, de la naturaleza que sea, que permita comprobar que (i) figura la recopilación de datos como elementos independiente o separables, y (ii) que contiene algún instrumento técnico que permita la localización de cualquier elemento independiente contenido en su seno.



3. Requisito este último que permite su distinción de una mera colección de elementos que aportan información, pero que no disponen de instrumento, sistema o método que permita localizar los elementos individuales que la componen. En este sentido podemos traer a colación la sentencia de 12 de noviembre de 2012 de la AP de Madrid, Sección 28ª (asunto Mementos) en la que considera que no cabe atribuir a los "Mementos" la consideración de bases de datos de normas jurídicas o resoluciones judiciales "pues no se trata de colecciones de normas o resoluciones judiciales independientes que estén dispuestas sistemáticamente y a las que se pueda acceder individualmente, por ejemplo, mediante los índices". Debe, pues, desecharse la exégesis mantenida por el recurrente sobre el art 12 LPI, que no se ajusta a su tenor y a la jurisprudencia citada.

4. Si ha habido aprovechamiento indebido de la labor de recogida de datos por la demandada al no formar parte del proyecto de investigación, o si no fue correcta su facilitación, ello podrá ser, como dice la sentencia, una conducta reprochable e impropia, pero ello es ajeno a la tutela otorgada por la LPI en el art 12, que es la aquí ejercitada

Séptimo. Las consecuencias de la infracción

1. De las distintas pretensiones solicitadas, la declarativa de plagio se reduce a las partes referidas en el apartado 4 del fundamento jurídico cuarto, con el consiguiente cese

2. En cambio, no puede ser estimada la petición de difusión de la sentencia en dos diarios de máxima difusión, uno local y otro nacional, porque aunque prevista legalmente a partir de la reforma de junio de 2006 en el art 138 LPI: i) no se da razón alguna en la demanda que la justifique, como es deber de la parte que lo pide, según jurisprudencia en materia de otros derechos de exclusiva (STS 6 de noviembre de 2009 y 23 de julio de 2012, entre otras) cuya ratio es trasladable aquí, y ii) no es una consecuencia necesaria de la sentencia, sino que esa difusión debe estar justificada, y no se vislumbra qué razones permiten considerarla procedente, sobre todo cuando se interesa en unos medios de comunicación de carácter general, dirigidos a un público del que difícilmente se pueda decir que tenga algún interés en conocer la existencia de un plagio parcial y limitado de un trabajo de final de carrera en materia de enfermería, por lo que no se aprecia esa finalidad reparadora que inspira la medida de difusión. En este sentido la SAP de Alicante, Sección 8ª, de 9 de enero de 2007 (asunto Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes)

3. Respecto de los daños materiales consistentes en el importe del poder notarial (52,72€) y del dictamen pericial (3.872€) no proceden, ya que: i) no son gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial, que son los previstos el art 140.1 TRLPI, sino gastos estrictamente procesales sujetos al régimen de costas, y ii) en todo caso, carece de sentido reclamar el segundo cuando no figura en autos

4. En cuanto a los 15.000 € interesados como indemnización por daño moral el art 140.2 preceptúa que "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"

5. Siendo siempre labor especialmente dificultosa, en el caso presente, se considera más ajustada a los parámetros legales y a la prueba practicada la suma de 500 € que los 15.000€ peticionados atendiendo a los siguientes datos: i) el relativo alcance del plagio parcial, reducido a unas partes concretas de dos capítulos del TFM; ii) si bien la infracción se enmarca en un ámbito científico-universitario, en el que la exigencia de respeto a la creación intelectual ajena es especialmente predicable y en el que el prestigio va ligado al reconocimiento por la comunidad científico-universitaria de las aportaciones previas que uno hace en sus estudios y trabajos, no podemos obviar que la actuación de la actora tampoco es paradigma de buen hacer académico, ya que su propio trabajo, en la parte analizada, también adolece en buena parte de falta de originalidad, de manera que no consta de qué forma ello haya implicado una merma sensible del crédito científico de la obra de la actora; iii) no se acredita una especial difusión del plagio parcial, enmarcado en un plagio de superior entidad al que nos ocupa, y iv) que no queda adverbado que ello haya sido la causa que haya impedido a la actora desarrollar su tesis doctoral

6. Finalmente, la última de las peticiones (que se anule el Trabajo Fin de Máster de la demandada y consecuentemente a éste, su depósito de tesis doctoral, dado que al no tener los créditos necesarios por la anulación del primero, se anule el registro de Tesis Doctoral) no procede al no tener cobertura legal los artículos 138 a 140 del TRPLI, sin perjuicio de que las autoridades académicas adopten las medidas que procedan a la vista de esta sentencia

Octavo.-Costas

1. Al ser parcial la estimación del recurso, no procede la imposición de costas de la alzada (art 394 y 398LEC)



2. De igual modo procede respecto de las de instancia, al ser parcial la estimación y compartir el parecer de la juez a quo según la cual la cuestión litigiosa es dudosa a los efectos del art 394 LEC

Vistas las normas citadas y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por Emma contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia en el Juicio Ordinario nº 490/2014 en fecha 30 de diciembre de 2015, y con revocación de la sentencia impugnada, que se deja sin efecto, en su lugar, con estimación parcial de la demanda, debemos declarar que el Trabajo Fin de Master de la demandada D^a Lorena titulado "*Efectividad de un programa de educación, dieta y ejercicio, en la prevención y disminución de la obesidad de un grupo de pacientes esquizofrénicos*" supone una vulneración de los derechos de propiedad intelectual de la actora D^a Emma sobre el Trabajo Fin de Máster titulado "*Índice de Masa Corporal y Síndrome Metabólico: Influencia de una Escala de Comportamiento Alimenticio en pacientes con Trastorno Esquizofrénico de la Clínica San Felipe del Mediterráneo de Murcia*", por plagio parcial reducido a partes del apartado 1.1.1 y 1.1.2; el apartado 1.1.5 y el apartado 1.2 (salvo dos terceras partes del subepígrafe 1.2.1), y debemos condenar a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, al cese de su actividad ilícita y al pago a la demandante de 500 euros por daño moral

No se efectúa expresa condena de las costas causadas en esta alzada ni en la instancia

Procédase a devolver el depósito para recurrir y remítase la causa al Juzgado de procedencia con certificación de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

MODO DE IMPUGNACION

MODO DE IMPUGNACION

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días desde que sea **no** tificada, debiendo consignar la cantidad de 50 € (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a lo establecido en la D. A. 15ª LOPJ y en su caso, la tasa prevista en la Ley 10/2012