

Id. Cendoj: 28079230062012100486
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 18/10/2 012
Nº de Recurso: 278/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Condena por conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a dieciocho de octubre de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 278/2011 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **ASOCIACION FEDERATIVA ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE CLIPPING** representada por la Procuradora Sra. Bueno Ramírez frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 10 de mayo de 2011, relativa a *condena por **conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia*** . Han sido codemandadas **DOCUMENTACION DE MEDIOS S.A.** representada por el Procurador Sr. Martín Jaureguibeitia y **RODALCA S.L.** representada por el Procurador Sr. Álvarez Buylla y la cuantía de este recurso se ha fijado en 50.000 euros. Siendo Ponente la Magistrado **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 14 de junio de 2011. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 26 de octubre de 2011 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando se dicte sentencia por la que se deje sin efecto y se declare nula la resolución impugnada *"estimando la inexistencia de las condiciones de mercado previstas en la*

Ley de Defensa de la Competencia para la actividad desarrollada por las empresas de clipping; así como la ausencia de las conductas previstas en el art. 1 de la citada Ley ".

TERCERO- . El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

La codemandada DOCUMENTACIÓN DE MEDIOS S.A. contestó a la demanda mediante escrito presentado el día 18 de enero de 2012, en el cual, solicitó se dicte sentencia desestimando íntegramente las pretensiones de la actora y confirmando la resolución impugnada.

La codemandada RODALCA S.L. no presentó escrito de contestación a la demanda.

CUARTO-. Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO -. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 16 de octubre de 2.012 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. - Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 10 de mayo de 2011 en el expediente 2761/07 ASOCIACIÓN EDITORES DIARIOS ESPAÑOLES instruido como consecuencia de las denuncias presentadas por RODALCA S.L. y SOCIEDAD MERCANTIL DOCUMENTACIÓN DE MEDIOS S.A. hoy codemandadas, entre otras contra la hoy actora ASOCIACION FEDERATIVA ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE CLIPPING.

La Comisión Nacional de la Competencia resuelve:

"PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una conducta prohibida por el *artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia* , consistente en una recomendación colectiva para que los editores unificasen la forma de explotación comercial de los derechos de propiedad intelectual que ofrecía el nuevo artículo 32.1 del TRLPI, modificado por la Ley 23/2006 de 7 de julio , de la que es responsable la ASOCIACIÓN DE EDITORES DE DIARIOS ESPAÑOLES (AEDE).

SEGUNDO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una conducta prohibida por el *artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia* , consistente en una recomendación colectiva para que los editores asociados en la ASOCIACIÓN DE EDITORES DE DIARIOS ESPAÑOLES (AEDE), los editores asociados en la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PRENSA GRATUITA (AEPG) y las empresas de press clipping asociadas en la ASOCIACIÓN FEDERATIVA DE EMPRESAS DE CLIPPING (AFEC), unificasen las condiciones comerciales en la de adquisición de derechos de propiedad intelectual que ofrecía el nuevo artículo 32.1 del TRLPI, modificado por la Ley 23/2006 de 7 de julio .

TERCERO.- Declarar que en el presente expediente no ha quedado acreditado la

existencia de una infracción al artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , por acuerdo entre las empresas de press clipping para repercutir a sus clientes el precio pagado por los derechos de propiedad intelectual sobre resúmenes de prensa."

CUARTO.- Imponer a las autoras de las infracciones anteriores las multas siguientes:

50.000 euros a AFEC por la infracción del resuelve segundo de esta resolución,

QUINTO.- Que AEDE, AFEC y AEPG envíen a sus respectivos asociados una comunicación adjuntándoles copia de la presente Resolución. Asimismo deberán insertar esta Resolución en un lugar visible de sus respectivas páginas web

SEXTO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución."

SEGUNDO.- En la resolución recurrida, y no es impugnado por la recurrente, se define a la actora en los siguientes términos:

"AFEC es la ASOCIACIÓN FEDERATIVA DE EMPRESAS DE CLIPPING. Los trámites para su creación y registro comenzaron en noviembre de 2006 y concluyeron en marzo de 2007. Sus fines son, proteger y potenciar la práctica y negocio del clipping como una extensión natural y directa del derecho constitucional a la información, velar por el prestigio técnico y profesional de las empresas asociadas y procurar la mayor capacitación y profesionalidad de los directivos y empleados de las Empresas Asociadas. Representa a un 85% del sector de las empresas de press clipping, empresas que anteriormente estaban asociadas AESIP (ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SEGUIMIENTO DE INFORMACIÓN Y PUBLICIDAD). La escisión de AESIP en AFEC se produce tras la reforma del artículo 32.1 del TRLPI. Una parte de las empresas de press clipping hacen pública su interpretación de que el titular de los derechos de propiedad intelectual regulados en el artículo 32.1 son los autores materiales de los artículos de prensa, mientras que otra parte asume la interpretación de que el titular de estos derechos es el grupo editor y finalmente abandona AESIP y funda AFEC.

Los órganos de Gobierno de AFEC, de acuerdo con sus Estatutos (f 3909) son la Asamblea o Junta General, en la que están representadas todas las empresas asociadas y la Junta Directiva integrada por tres personas (un Presidente y dos Vocales) en representación de sus socios." (pág. 6).

Igualmente se establece en el acto administrativo objeto de recurso lo que se denomina "la caracterización del mercado" en los siguientes términos :

"Las empresas editoras operan en el sector afectado en el presente expediente, al ser el contenido de sus publicaciones objeto de reproducción selectiva por parte de las empresas denominadas de "press clipping" o de "seguimiento de información periódica". El producto final de las empresas editoras constituye un input básico para la elaboración del producto final de las empresas de press clipping. Existen así dos mercados afectados en el presente expediente: el Mercado de prestación de servicios de información periódica (Press Clipping) y el Mercado de derechos de propiedad intelectual sobre noticias para la elaboración de resúmenes de prensa.

14. En el mercado del press clipping el producto elaborado y distribuido por la oferta es el de servicios de seguimiento de información periódica. La demanda de estos

servicios la forman, bien otras empresas, o bien instituciones públicas o privadas con interés en obtener información periódica sobre ciertos temas de su interés y con arreglo a ciertos criterios definidos de antemano. Para satisfacer el interés del cliente, las empresas de press clipping entregan a éste, con la periodicidad fijada en el correspondiente contrato, la reproducción de las noticias que pueden ser relevantes para el cliente en base a esos criterios predefinidos. El press clipping, es, por tanto, un producto (servicio) distinto del de la prensa diaria y que utiliza, a modo de insumo esencial, los artículos de prensa (su reproducción).

15. El procedimiento para la elaboración de resúmenes de prensa ha sido tradicionalmente artesanal (fotocopiado y montaje de las noticias), si bien en la actualidad se ha extendido la elaboración de resúmenes de prensa en formato electrónico así como el envío de los mismos a través de medios telemáticos (generalmente correo electrónico) " (pags 7 y 8).

Los hechos sobre los que se basa la condena de la recurrente son resumidamente la creación de un convenio marco con la Asociación de Editores de Diarios Españoles, para establecer unas condiciones uniformes para la cesión de los derechos, tanto en relación con la duración como en relación con el precio.

En el seno de AFEC se adoptaron las siguientes recomendaciones colectivas:

- . Aceptar que los derechos exclusivos de explotación y la facultad de oponerse corresponden a los editores.

- . Fijar colectivamente las actividades incluidas y excluidas, el plazo de uso de la autorización, la prohibición de creación de archivos, hemerotecas o bases de datos.

- . Fijar colectivamente el límite máximo de inclusión de contenidos de un mismo medio en el 50%.

- . Establecer las condiciones económicas de los derechos de reproducción y a tal efecto:

a) Se fijan los elementos a incluir en las tarifas.

b) Se fijan los precios de adquisición.

c) Se pacta un plazo máximo de duración de los contratos (en 3 años)

d) Se excluye la posibilidad de conceder sublicencias

e) Se pone en funcionamiento un sistema colectivo de consignaciones. Mediante este sistema se estableció un cánon que los miembros de la Asociación pactaron repercutir a los clientes. Si bien el sistema es considerado por la CNC como exento por aplicación del art. 1 pfo.3 LDC , no lo estaría el acuerdo de repercusión.

TERCERO- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

- . No existe un mercado relevante respecto al clipping y el suministro del mismo no es el de un insumo cuyas condiciones y precios puedan variar al albur de la libertad del Mercado.

Constituyen un antecedente inmediato de esta sentencia las siguientes:

- Sentencia de esta Sala y Sección de 8 de febrero de 2008 dictada en el recurso contencioso-administrativo num. 312/2004 .

- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2011 dictada en el recurso de casación 6.101/2008 . El Tribunal Supremo confirma la sentencia de esta Sala de 8-II-2008 .

CUARTO -. La existencia de un mercado no ofrece dudas a esta Sala: se trata de la explotación de los artículos y recortes de prensa por las empresas de clipping, actividad por la que obtienen una remuneración, y por la que igualmente pagan un precio. Es en esta parte de la actividad, la obtención de los derechos de propiedad intelectual mediante pago de una cantidad que se ha producido la recomendación colectiva contraria a la LDC: se han pactado entre todas las empresas dedicadas a esta actividad económica no solo la forma de remuneración sino otros elementos fundamentales que determinan la inexistencia de libre competencia entre los adquirentes de tales derechos. Como se indicó más arriba, se han pactado los elementos a incluir en las tarifas, el plazo máximo de duración de los contratos (en 3 años) y se excluye la posibilidad de conceder sublicencias.

En la citada sentencia de 8 de febrero de 2008 dictada por esta Sala en el expediente GEDEPRENSA ya se señaló que *"El Acuerdo entre los Editores solicitantes es un acuerdo entre competidores en el mercado de las publicaciones periódicas. El mercado afectado por dicho Acuerdo según la propia demanda es el mercado de las licencias para la utilización de publicaciones con el fin de elaborar resúmenes de prensa. Entiende la Sala que un acuerdo de este tipo es contrario al artículo 1 LDC , en cuanto produce el efecto de sustituir el comportamiento autónomo e independiente de los cedentes de los derechos por la actuación común con sus competidores, a través de la empresa que se va a encargar de la gestión y explotación de tales derechos."*

La CNC sanciona a la recurrente por una recomendación colectiva relativa a las condiciones comerciales en la adquisición de derechos de propiedad intelectual de los artículos y creaciones periodísticas que son objeto de la actividad empresarial de las empresas de clipping.

Esta Sala comparte la apreciación de la CNC de que las empresas del sector, que compiten entre sí, deberían poder competir negociando las condiciones comerciales de adquisición de los derechos de propiedad intelectual que la ley vigente, con independencia de otras consideraciones irrelevantes para este litigio, otorga sobre los recortes de prensa susceptibles de ser reproducidos mediante la elaboración y comercialización de resúmenes de prensa. La AFEC ha llevado a cabo actuaciones que suponen recomendaciones colectivas relativas al establecimiento de unas condiciones comerciales de adquisición de los contenidos uniformes o únicas.

El Tribunal Supremo, en la sentencia dictada el día 6 de junio de 2006 en el recurso de casación 8129/2003 analiza la conducta que es imputada a la ahora recurrente, la recomendación colectiva:

"El artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , tipifica como conductas prohibidas "todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o

pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte el mercado nacional y, en particular", sanciona en su apartado 1.b) la limitación o el control de la distribución, debiendo incluirse por tanto, siguiendo la doctrina de esta Sala expuesta en las sentencias de 23 de febrero de 2000 (R 2436/1991) y de 5 de abril de 2005 (RC 5157/2002), actos que, cualquiera que sea la naturaleza que revistan -orden, exhortación, admonición, etc.-, causen el resultado proscrito de restringir la competencia, aunque no tengan efectos jurídicos vinculantes para los destinatarios, lo que indudablemente se produce en este supuesto, en que la Circular aprobada por la Junta del Colegio profesional recurrente, que se califica de recomendación colectiva, se remite a los colegiados con la finalidad de que discriminen los productos ofrecidos a los consumidores en perjuicio de un fabricante.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la interpretación del artículo 85 del Tratado de Roma, en el que, si bien no se incluyen de forma expresa entre las prácticas prohibidas las recomendaciones colectivas, las considera como tales, cuando ejerzan una profunda influencia sobre la competencia en el mercado y cuando determinen la conducta de gran número de miembros asociados (casos FEDETAB y ANSEAU-NAVEWA).

Cabe considerar que la legislación sobre defensa de la competencia, que constituye un desarrollo del artículo 38 de la Constitución y que pretende disciplinar el libre mercado de modo que los empresarios puedan competir en régimen de igualdad de condiciones, tiene como objeto, según subraya el Tribunal Constitucional en la sentencia 264/1993, de 22 de julio , la ordenación de la libertad de defensa de la competencia mediante la prevención y, en su caso, la represión de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado, que promueve la intervención de los poderes públicos para declarar la nulidad de conductas colusorias o de abusos de posición dominante, en garantía del derecho de defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, decisiones, o actuaciones atentatorias contra la libertad de competencia que alteren el mercado de producción o distribución de los productos ofrecidos por las empresas, que a su vez, pueden constituir restricciones en perjuicio de los consumidores cuyos legítimos intereses económicos, así como su seguridad y salud garantiza el artículo 51 de la Constitución . "

QUINTO- . La actora analiza lo que para la CNC es el mercado del clipping y lo que es "*en realidad*" es decir, desde su propio punto de vista. Y señala que las circunstancias creadas por los editores y por la propia Administración exigían la suscripción de acuerdos colectivos "*en defensa de la propia subsistencia*" .

La Sala considera, con la Administración, que la actora, ha actuado como una central de compras fijando precios y condiciones, más que como una asociación sectorial. Con independencia de las soluciones jurisprudenciales que se alcancen en relación con la interpretación del art. 32 pfo. 1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual , de este precepto resulta la protección legal de un derecho de propiedad intelectual sobre los recortes de prensa que puedan ser reproducidos a través de los servicios de press-clipping, derechos que pueden ser objeto de compra-venta; las empresas asociadas en AFEC son las demandantes de dicho producto para la elaboración del que ellas ofertan en el mercado, los resúmenes de prensa. La asociación ahora actora ha sustituido a sus miembros en esta condición, instituyéndose como única demandante y eliminando así la competencia entre sus asociadas para la adquisición de dichos derechos al elaborar la recomendación colectiva descrita en los hechos probados y por la que ha sido sancionada.

La alegación de que su actuación fué defensiva, aún si se considerase probada, no excluye la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción: la resolución impugnada señala que se ha imputado como anticompetitivo las negociaciones entre las dos grandes asociaciones, la de los ofertantes y la de los demandantes, que han configurado un Convenio Marco seguido por los asociados de una y otra, y las negociaciones que han desembocado en dicho Convenio son colusorias. No puede olvidarse que por lo que se sanciona a AFEC es por negociar consensuar y recomendar un Convenio Marco, y que las circunstancias en las que esta actividad se llevó a cabo si bien no excluyen su responsabilidad si han sido tenidas en cuenta para moderar el importe de la sanción, fijada en 50.000 euros.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

SEXTO- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139. Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional , justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR y DESESTIMAMOS**

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **ASOCIACION FEDERATIVA ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE CLIPPING** contra el Acuerdo dictado el día 10 de mayo de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos, por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial .

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Iltma. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.