

Id. Cendoj: 28079230062013100188
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 22/04/2013
Nº de Recurso: 271/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA: RECOMENDACIONES COLECTIVAS. EXPLOTACION COMERCIAL DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL POR EDITORES DE PERIODICOS Y EMPRESAS DE PRESS-CLIPPING.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a veintidos de abril de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional y bajo el número 271/2011 se tramita a instancia de la entidad **ASOCIACION ESPAÑOLA DE PRENSA GRATUITA**, entidad representada por la Procuradora D^a. Irene Gutiérrez Carrillo, contra Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 10 de mayo de 2011, sobre **Conductas Prohibidas por Ley de Defensa de la Competencia**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo codemandados KANTAR MEDIA S.A, entidad representada por el Procurador D. Victorio Venturini Medina, ASOCIACION FEDERATIVA ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE CLIPPING, entidad representada por la Procuradora D^a María José Bueno Ramírez y DOCUMENTACION DE MEDIOS S.A. entidad representada por el Procurador D. José Luis Martín Jauriguebeitia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 8 de junio de 2011, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

" **SUPlico** : Tenga por presentado este escrito y por formalizada la demanda en el

recurso de referencia, admita los documentos que se acompañan y con estimación de la misma anule la sanción impuesta por la CNC a mi representado determinando que no hubo práctica contraria a la competencia alguna de la que fuese responsable la AEPG o subsidiariamente proceda a reducir la sanción impuesta a la misma."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: "*dicte Sentencia por la que se desestime el recurso. confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de costas a la demandante.*"

3. Mediante Diligencia de Ordenación de 22 de febrero de 2012 se dió traslado a los codemandados para que contestaran la demanda, lo que se hizo en tiempo; concretando su petición en el suplico de la misma el Procurador D. José Luís Martín Jauriguebeitia en nombre y representación de la entidad Documentación de Medios, S.A., en los que literalmente se dijo:

"SUPPLICO A LA SALA: *Que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, por evacuado el trámite de contestación, y, previos los trámites legales de rigor, dicte sentencia desestimando íntegramente las pretensiones de la Asociación actora AEPG y, en consecuencia, confirmando la resolución recurrida, con expresa imposición de costas a la demandante."*

4. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 4 abril de 2012 acordando el recibimiento a prueba habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de 22 de marzo de 2013 se señaló para votación y fallo el día 9 de abril de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

5. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución de 10 de mayo de 2011, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia y cuya dispositiva es del siguiente tenor:

"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 ASOCIACION DE EDITORES DE DIARIOS ESPAÑOLES (AEDE).

SEGUNDA.- 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 ASOCIACION DE EDITORES DE DIARIOS ESPAÑOLES**

(AEDE), los editores asociados en la ASOCIACION ESPAÑOLÁ DE PRENSA GRATUITA (AEPG) y las empresas de press clipping asociadas a la ASOCIACION 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:

- a. 225.000 euros a AEDE por la infracción del resuelve primero de esta resolución,
- b. 50.000 euros a AEDE por la infracción del resuelve segundo de esta resolución,
- c. 50.000 euros a AFEC por la infracción del resuelve segundo de esta resolución,
- d. 10.000 euros a AEPG 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."

2. La hoy recurrente, AEPG, es la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA PRENSA GRATUITA. La AEPG fue constituida el 1 de mayo de 2001. De acuerdo con sus Estatutos es una asociación de ámbito nacional a la que pertenecen las empresas editoriales de prensa gratuita, entendiéndose por tales aquéllas que editen publicaciones periódicas sin contraprestación económica directa al lector. Sus órganos de Gobierno son la Asamblea General (integrada por la totalidad de los socios) y, como órgano ejecutivo, la Junta Directiva, formada por un mínimo de 3 y un máximo de 12 socios. La representación corresponde a un Presidente, elegido entre los socios.

Asimismo consta como interesado la Asociación Federativa de Empresas de Clipping que agrupa a las principales empresas de Press-Clipping que operan en España, así como la Asociación de Editores de Diarios Españoles, en el seno de la cual se agrupan las empresas editoras de prensa gratuita.

En expediente sancionador de referencia se investigaron ciertas actuaciones llevadas a cabo por la hoy actora con ocasión de una modificación de la legislación en materia de propiedad intelectual que afectaba al ejercicio de los derechos sobre las noticias de prensa, así como ciertas actuaciones llevadas a cabo en relación con las empresas de Press-Clipping, y la CNC concluyó en que la hoy actora incurrió en dos recomendaciones colectivas contrarias al artículo 1 de la LDC imponiéndole las dos sanciones en los términos más arriba indicados.

De la relación de hechos probados que se contiene también en la propia resolución impugnada interesa destacar los que se refieren a los siguientes extremos:

- Sobre la caracterización del mercado y su contexto normativo

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).

16. Antes de la reforma de 2006 la base jurídica para soportar el uso, por parte de las empresas de press clipping, de los artículos de prensa para elaborar su producto, estaría articulada sobre los artículos 8 y 32 del TRLPI de 1996 , y 40 bis del TRLPI que introduce la Ley 5/1998 de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos. El contenido de los citados artículos era el siguiente:

Art.8: "Se considerará obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada. Salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre."

Art.32: El artículo 32 del TRLPI anterior a la reforma establecía, respecto a Citas y reseñas: "Es lícita la inclusión de una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico figurativo o análogo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión 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. "

Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revistas de prensa tendrán la consideración de citas."

Art.40 bis: *"la Ley de Propiedad Intelectual no podrá amparar conductas que generen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de la obras".*

17. La interpretación de dicha base jurídica no ha sido unánime (la Sentencia del 12 de junio de 2006 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid , sobre la demanda de Unidad Editorial contra *"Periodista Digital"* , favorable al demandado, fue revocada por la Sentencia de la Audiencia provincial de Madrid de 6 de julio de 2007 , poniendo en entredicho dicha sentencia que la actividad de Periodista Digital mereciese el tratamiento de revista de prensa. Por su parte, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en su RTDC de 10 de mayo de 2004 (Gedeprensa, Expte. A 334/03, Acuerdo Marco - Propiedad Intelectual) constató *"la práctica inexistencia de un mercado de derechos de explotación para "resúmenes de prensa"* .

18. No obstante, el nuevo texto del artículo 32, tras la reforma del TRLPI mediante la Ley 23/2006 cambió la regulación respecto a las condiciones de reproducción de los artículos de prensa. La nueva redacción dispone lo siguiente: *"Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas. No obstante, cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa. En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite".* Este nuevo texto establece explícitamente el derecho de oposición del autor, y que, en caso de no ejercer ese derecho y ser citado, tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa, lo cual lleva a que los artículos contenidos en una obra colectiva, en tanto en cuanto son utilizados por las empresas de press clipping con fines comerciales, son susceptibles de ostentar un derecho de propiedad intelectual, y por tanto de generar un mercado de derechos de propiedad intelectual sobre noticias para la elaboración de resúmenes de prensa periódica. Así lo expresó ya el Consejo de la CNC en su resolución de 15 de septiembre de 2009, RCN 2761/07 en su FD Tercero: 3º) *"...el desarrollo de la actividad de press clipping es posible a partir de un input imprescindible que es la noticia que se tiene intención de reproducir, publicada previamente por el medio de comunicación correspondiente. Por otra parte, desde la reciente reforma del artículo 32.1 de LPI , la posibilidad de utilizar ese input queda sometida a un derecho de propiedad intelectual consistente en un derecho de oposición expresa del autor y un derecho de remuneración equitativa, si no se ha ejercido ese derecho de oposición."* Y prosiguió señalando que *"el desarrollo del mercado de press clipping queda condicionado por las características de ese input y, de modo novedoso, por esta reforma legal. En estas condiciones y desde la perspectiva de la defensa de la competencia, el uso del derecho de oposición del propietario de las noticias publicadas en los medios de comunicación, solamente puede entenderse de manera no discriminatoria en relación con los operadores del mercado oferentes de press clipping. Además, dado que es un input imprescindible para el servicio de press clipping, cualquier negativa de suministro de este derecho que tenga un carácter discriminatorio por parte del titular del derecho, como operador independiente, podría ser considerado*

como una infracción en los términos establecidos por la LDC, no solamente en cuanto al ejercicio del derecho de oposición sino en cuanto a las condiciones de acceso".

19. En la reforma del artículo 32.1 TRLPI no se explicita a quién habría de considerarse autor, si al autor material (es decir, al periodista o al que ha redactado la noticia o información) o al editor en cuanto cesionario del derecho de reproducción. A este respecto las Sentencias 233/09 de 13 mayo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil n. 6 de Madrid y de 25 de junio de 2010, del Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Madrid, reconocen al editor, frente al autor material, la titularidad del derecho de oposición y de remuneración equitativa. Dichas sentencias se encuentran recurridas actualmente sin que hasta el momento se haya dictado sentencia.

20. Se trata de un derecho cuya gestión individual corresponde al titular del mismo, quien deberá negociar con el futuro cesionario los términos de la cesión, por lo que la regulación no define los términos en los que se debe producir la remuneración equitativa en caso de no oposición por parte del autor, ni los parámetros o criterios para determinar el montante de la misma o quién es responsable de fijar dicha remuneración.

21. La reforma del TRLPI por la Ley 23/2006 se publicó en el BOE el 7 de julio de 2006, entrando en vigor el 27 de julio de este mismo año.

22. Tras esta reforma una parte de las empresas de press clipping, interpretando que es el periodista o autor material de la noticia el titular del derecho de propiedad regulado en el artículo 32.1 del TRLPI, firman acuerdos con asociaciones de periodistas como la FAPE y la APM. En concreto, consta en el expediente que el 3 de febrero de 2007, DOCUMENTACIÓN DE MEDIOS y la FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE PERIODISTAS DE ESPAÑA (FAPE), que integra a varias Asociaciones de Prensa de España, concluyeron un acuerdo (copia del acuerdo en f 230 y ss), que toma como punto de partida que el derecho a una remuneración equitativa previsto en el artículo 32 TRLPI corresponde a los periodistas.

- Las actuaciones realizadas en el seno de la AEDE a través de sus juntas directivas y Asambleas Generales respecto a la explotación de los derechos de propiedad intelectual de las noticias objeto de reproducción en actividades de Press-Clipping:

23 Durante el trámite de modificación del TRLPI y previamente a su entrada en vigor, en diversas cabeceras de periódicos se publicó un comunicado de AEDE firmado el 28 de abril de 2006 en el que bajo el titular *"Los editores de diarios insisten en su rechazo a la actual redacción de la Ley de Propiedad Intelectual"*, se expresaban como sigue: *"La Asociación de Editores de Diarios Españoles, AEDE, manifiesta que es inaceptable que se permita la reproducción comercial no autorizada de los contenidos de los periódicos. Las empresas de press clipping no pueden seguir haciendo sus negocios sin la autorización de los editores; no pueden seguir lucrándose con la reproducción no consentida de unas páginas que no son de su propiedad. Es preciso que la Ley prohíba la piratería comercial de los diarios"*. (f126-154).

24. Según acta de la Junta Directiva de 10 de mayo de 2006 se informa a los asociados que se encuentra en el Senado el nuevo texto de la LPI; que su art.32 es contrario a los intereses de los editores; que algún grupo parlamentario ha presentado una enmienda que responde a la solicitud de AEDE y que restituye el texto original del gobierno; y que aun así no hay garantías de que se apruebe dicha enmienda

(f4896-4897).

25. El 31 de mayo de 2006 se convoca una Junta Directiva Extraordinaria en la que como único punto en el orden del día figura el *"Análisis de la situación y acciones a emprender desde AEDE ante el proyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual"*. Según consta en el acta de la Junta, se informa que el 24 de mayo el Senado ha aprobado el texto sin la enmienda presentada por el grupo parlamentario y que recogía la posición de AEDE. (f5175) y que queda el trámite final de su vuelta al Congreso para su aprobación definitiva. Con el objeto de definir las estrategias oportunas en ese trámite final la asesoría legal de AEDE elaboró un informe, y que consta adjuntado al acta, en el que se apuntan ciertas cuestiones. Entre ellas, que el Congreso podría volver a examinar la totalidad del artículo 32, y en caso de que no se produjese la esperada modificación del artículo 32 *"se podría hacer varias cosas (...)"*

1.- Hacer pública, por el editor y los autores con derechos especiales reconocidos por él, la oposición expresa a las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revistas de prensa. Y los medios de hacer constar esa negativa pueden ser: a.- Insertando en el propio diario información por la que el editor y los autores con derechos especiales reconocidos contractualmente se opongan expresa y públicamente a las recopilaciones periódicas en forma de reseñas o revistas de prensa. b.- Insertando, asimismo, en el propio diario digital de forma permanente idéntica declaración por el editor y los autores con derechos especiales reconocidos contractualmente se oponen expresa y públicamente a las recopilaciones periódicas en forma de reseñas o revistas de prensa. (...)

A continuación se abre un intercambio de opiniones sobre que iniciativas a llevar a cabo, caso que se apruebe el texto tal y como está redactado:

"1ª Es muy conveniente que las iniciativas que finalmente se acuerden tengan un carácter totalmente confidencial.

2ª Publicar en los diarios una nota de los editores y free lances para oponerse a que su contenido sea utilizado. Esta nota se decide que no debe ser en absoluto agresiva y se debe hacer mención en todo momento a la Ley para que no pueda ser utilizada como argumento victimista por parte de los Press Clippers. Esta nota debería hacerse pública en el período de tiempo que va desde la aprobación en el Congreso del Texto y su publicación definitiva en el BOE. Oportunamente desde AEDE se darán las orientaciones necesarias para publicarla."

3ª Además según la asesoría jurídica se podría incluir un logotipo diseñado al efecto por todos nuestros diarios o bien dejar constancia a pie de imprenta de manera indefinida la oposición expresa a las recopilaciones periódicas, reseñas o revista de prensa de acuerdo con el Art. 32.1.

4ª Respecto al hecho de si sería legal el permitir a un Press Clipper utilizar el contenido una vez prohibida la utilización del mismo se plantea un debate con dos posiciones: si se ejerce el derecho de prohibición debe hacerse de manera absoluta (lo que impediría autorizaciones individuales) o en otro caso sería posible autorizaciones individuales aún, habiendo hecha pública la prohibición de manera genérica en un principio. En cualquier caso esto nunca afectaría los contratos firmados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma de la Ley.

5ª Una vez aprobada la Ley y a la vista de las vulneraciones que se produzcan por los

Press Clippers se iniciarían las correspondientes demandas judiciales para lo que sería necesario previamente conseguir pruebas notariales a partir del trabajo de investigación que podrían hacer detectives contratados al efecto. Todo ello podría ser coordinado desde AEDE quien presentaría las correspondientes demandas de manera conjunta.

Una vez se conozca el Texto definitivo de la Ley AEDE mantendrá informado a los asociados sobre las acciones a emprender de acuerdo con este plan." (Subrayados añadidos).

26. Entre 16 de julio de 2006 y 27 de agosto de 2006, coincidiendo con la entrada en vigor de la reforma, al menos 50 medios de prensa escrita publicaron la advertencia en términos idénticos a los definidos por AEDE, señalando que estaba prohibida la reproducción de los artículos a los efectos del artículo 32.1 TRLPI sin autorización. (f 1255 a 1336). En los anuncios publicados, los medios advertían expresamente de que toda empresa que quisiera reproducir sus artículos para la elaboración del clipping habría de contar con la preceptiva autorización otorgada por los editores.

En enero, febrero y julio de 2007 se repitieron estos anuncios.

27. El 8 Febrero de 2007, AEDE envió, por correo electrónico, un comunicado a varias empresas e instituciones (f 48). En dicho comunicado, AEDE informaba a sus destinatarios de la reforma legal de acuerdo con la interpretación sostenida por AEDE, señalando lo siguiente: la reciente modificación del artículo 32.1 TRLPI

"...clarifica el marco legal de las empresas de press clipping y califica de forma expresa su actividad como ilícita, salvo autorización de los editores de diarios en su condición de titulares de los derechos de propiedad intelectual. Como resultado de esta clarificación legal, la mayoría de los diarios y periódicos se han opuesto expresamente a la explotación comercial de sus contenidos por este tipo de empresas salvo acuerdo previo con las mismas. Le invitamos a que Vd. mismo consulte los avisos legales de los diarios y periódicos tanto en sus versiones online como en sus versiones impresas en papel.

En atención a los fines de AEDE de defensa de los intereses colectivos de los editores de diarios españoles y de los derechos derivados de la propiedad intelectual, así como la responsabilidad social corporativa en el cumplimiento de la legislación vigente, desde esta Asociación le solicitamos:

1. Que exija a la entidad con la que haya contratado o con la que contrate en un futuro los servicios de press-clipping que le acredite la autorización de los editores de los diarios para la elaboración de los boletines y resúmenes de prensa;
2. Que cese en la contratación de los servicios de noticias ilícitos que no cuenten con la autorización expresa de los editores de dichos diarios
3. Que contacte directamente con AEDE donde cordialmente nos pondremos a su disposición para intentar ponerle en contacto con los editores de diarios que sean necesarios para conocer con qué empresas de press-clipping tienen suscritos acuerdos y con qué publicaciones de conformidad con lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico."

28. En su reunión de 13 de febrero de 2007 el Director General de AEDE, informa a su

Junta Directiva de determinadas acciones desarrolladas sobre este tema. Según consta en el Acta de dicha Junta Directiva (f 2179 y 2180), entre ellas figura el envío de la notificación citada en el párrafo anterior. A continuación se cita textualmente un extracto del Acta: "... AEDE ha remitido 300 cartas con una notificación genérica a organismos administrativos como potenciales usuarios del servicio de press-clipping comunicando la necesidad de que la empresa de pressclipping sea titular de una licencia otorgada por los legítimos titulares de los derechos sobre los diarios. Ahora se están enviando estas mismas notas a grandes empresas privadas, antes de lo cual se mantuvo una reunión con la directora general de DirCom (Asociación de Directores de Comunicación) explicándole la situación por si surgía entre sus asociados alguna pregunta o inquietud. Asimismo se han enviado varias cartas personalizadas a instituciones que se conoce que han licitado y adjudicado servicios de press-clipping reiterándoles la necesidad de disponer de licencia...".

29. En respuesta al requerimiento de información remitido por la Dirección de Investigación, AEDE aportó una relación de 83 receptores de la comunicación (f 2153 -2156), entre los que figuran grandes empresas, entidades bancarias, cajas de ahorros, ministerios e instituciones públicas.

30. En respuesta a un nuevo requerimiento de información remitido por la Dirección de Investigación dada la discrepancia entre el número de cartas enviadas, AEDE (f 2522) indicó que el número de personas a las que inicialmente se había pensado enviar dicha información era de 300 personas, y que de ello se informó a la Junta Directiva de AEDE. Sin embargo, finalmente, no se procedió de esta manera debido al tiempo y costes que conllevaba y a la intención por parte de AEDE de no vulnerar la normativa de protección de datos de carácter personal. De ahí que se aumentaran las cautelas legales y se cancelaran parcialmente algunos de los envíos inicialmente previstos.

31. En febrero de 2007 AEDE envió a sus asociados un documento con recomendaciones concretas de cláusulas para la redacción de los contratos con las empresas de clipping. En la Junta Directiva de AEDE de 13 de febrero de 2007, el Director General de la Asociación informó de las actuaciones en lo relativo a la defensa de los derechos de autor en los resúmenes de prensa. A continuación se cita textualmente el contenido del extracto de dicha acta, que consta en los f 2179 y 2180: "...Se ha enviado a los asociados una nota informativa, realizada por nuestros asesores jurídicos, explicando las particularidades y consideraciones necesarias, desde el punto de vista jurídico, en cuanto a la elaboración de los contratos a firmar con los press-clippers".

32. Dicha nota informativa (f 4856-5279) fue elaborada por el despacho de abogados Cremades & Calvo Sotelo, tiene fecha de 2 de febrero de 2007, y se titula: "Nota sobre algunas cuestiones relevantes de los contratos de licencia de explotación de los contenidos e informaciones de los diarios y periódicos" y fue enviada, desde AEDE a sus asociados.

33. El documento consta de 11 páginas y está estructurado en 5 apartados. Se indica en la introducción que esta nota ha sido solicitada por AEDE y tiene por objeto informar sobre algunas de las cuestiones que son aconsejable que se evalúen y se conozcan al negociar los contratos de explotación de contenidos con las empresas dedicadas a la elaboración de resúmenes de prensa o de press clipping. El documento propone redacciones concretas de algunas cláusulas contractuales. El quinto y último apartado de la Nota contiene las conclusiones de la misma, que a continuación se

recogen:

"No utilizar expresiones de las que se infiera que con anterioridad a la Reforma del TRLPI la actividad de las empresas de press clipping se hallaba amparada en la excepción de la cita.

Que en los expositivos y cláusulas de los contratos de licencia las empresas de press clipping manifiesten que los derechos exclusivos de explotación y la facultad de oponerse corresponden a los editores.

Excluir explotaciones de noticias e informaciones de forma individual.

Limitar los clientes y usuarios de las empresas de press clipping a destinatarios finales de dichos servicios

Prever la utilización de los signos distintivos del editor.

Excluir eventuales alteraciones o modificaciones de la obra colectiva.

Eliminar la facultad de elaborar y poner a disposición de los clientes y usuarios de una hemeroteca de los diarios y periódicos publicados.

Prever facultades de auditoría de la documentación interna de la empresa de press clipping.

Que las licencias otorgadas a las empresas de press clipping tengan una naturaleza no exclusiva."

- **Las actuaciones realizadas por AFEC, a AEDE y AEPG respecto a las condiciones comerciales que debían regir en las relaciones comerciales entre editores y empresas de Press-Clipping** (Hechos 34 a 56). La resolución impugnada considera probado que AEDE y AFEC llegaron a un acuerdo para homogeneizar las condiciones comerciales que posteriormente se incluyeron en los contratos que firmaron cada uno de los editores con la propia AFEC, que actuaba en representación de las empresas de Press-Clipping y que la hoy actora recomendó a sus asociados que incluyeran estas cláusulas en los contratos que pudieran decidir celebrar con AFEC. Y se fundamenta esta conclusión en tres hechos, a saber:

· Que AFEC y AEDE se reunieron en tres ocasiones.

· Que uno de los asociados de AEDE (el Grupo Recoletos) estuvo negociando con AFEC un preacuerdo con las condiciones en las que el editor autorizaba el uso de las noticias de las cabeceras de su grupo a las empresas de Press-Clipping asociadas en AFEC.

· Que AEDE y AFEC negociaron un convenio marco que reflejaba los términos y condiciones que cada editor firmaría con AFEC en representación de sus empresas asociadas.

3. 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 misma Sala y Sección dictada en el recurso nº 278/2011 .
- 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 .

4. Como ya hemos tenido ocasión de declarar en la referida sentencia del pasado 18 de octubre dictada en el recurso nº 278/2011 en el que analizamos la misma conducta, 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 sólo 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 . "

5. 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. 32.1 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 sí han sido tenidas en cuenta para moderar el importe de la sanción, fijada en este caso en 10.000 euros.

6. Por último resulta formal y materialmente inadmisibile la pretensión indemnizatoria ejercitada por la actora *ex artículo* 139 de la LRJAP y PAC no ya sólo por su falta de ejercicio en el correspondiente procedimiento administrativo sino porque, además, a tenor de lo resuelto por este tribunal queda privada de soporte la pretendida indemnización por gastos judiciales y de publicación.

7. De lo anterior deriva la procedencia de desestimar el presente recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **ASOCIACION ESPAÑOLA DE PRENSA GRATUITA** , contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 10 de mayo de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial .

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada

Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.