

RESOLUCIÓN (EXPTE. 2761/07 ASOCIACION EDITORES DIARIOS ESPAÑOLES

CONSEJO

D. Luís Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M. Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 10 de mayo de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo) con la composición ya expresada y siendo Ponente D^{ña}. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente sancionador 2761/07 ASOCIACIÓN EDITORES DIARIOS ESPAÑOLES, incoado a instancia del Consejo de la CNC, al apreciar indicios de infracción en lo instruido a raíz de las denuncias presentadas por RODALCA S.L. (RODALCA) y SOCIEDAD MERCANTIL DOCUMENTACIÓN DE MEDIOS, S.A. (DOCUMENTACION DE MEDIOS) contra la ASOCIACION DE EDITORES DE DIARIOS ESPAÑOLES (AEDE), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 16 de septiembre de 2010 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo Propuesta de Resolución (PR) de la Dirección de Investigación de la CNC (DI) en el expediente sancionador 2761/07 ASOCIACION DE EDITORES DIARIOS ESPAÑOLES, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, de conformidad con el artículo 50.5 de la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)*.
2. Los hechos acontecidos relevantes para el conocimiento del caso, y narrados en dicha PR comienzan con las denuncias presentadas el 23 de enero de 2007 por RODALCA S.L. (RODALCA) y SOCIEDAD MERCANTIL DOCUMENTACIÓN DE MEDIOS, S.A. (DOCUMENTACIÓN DE MEDIOS) contra la ASOCIACIÓN DE EDITORES DE DIARIOS ESPAÑOLES (AEDE) ante en Servicio de Defensa de la Competencia (actualmente Dirección de Investigación) por infracción del artículo 7 de la Ley 16/1989 (derogada por la *Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, de 3 de julio*). Estas denuncias fueron posteriormente ampliadas por los denunciantes los días 23 de enero de 2008, por infracción de los artículos 1 y 2 LDC; 28 de febrero de 2008 para incluir en la denuncia por actos de competencia desleal a ACCESO GROUP, S.L. y el 14 de mayo de 2009, para incluir en la misma denuncia la entidad de gestión de derechos reprográficos CEDRO.
3. El 16 de junio de 2009, tras realizar las diligencias correspondientes, la Dirección de Investigación elevó al Consejo una propuesta de archivo en el marco de lo establecido en el apartado 3 del artículo 49 LDC por considerar que no había indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia.
4. El 15 de septiembre de 2009, el Consejo de la CNC, en su *RCNC 2761/07* resolvió (i) no incoar expediente sancionador en lo relativo a las supuestas

infracciones del artículo 2 y del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; y (ii) de acuerdo con los artículos 49.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y 27.2 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia incoar expediente sancionador por supuestas conductas contrarias al artículo 1 LDC, llevadas a cabo por AEDE, la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PRENSA GRATUITA, AFEC y las empresas de press clipping asociadas a AFEC.

5. El 29 de septiembre de 2009, consecuentemente con la RCNC de 15 de septiembre, la Dirección de Investigación acordó la incoación de un expediente sancionador contra la ASOCIACIÓN DE EDITORES DE DIARIOS ESPAÑOLES (AEDE), la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PRENSA GRATUITA (AEPG), la ASOCIACIÓN FEDERATIVA DE EMPRESAS DE CLIPPING (AFEC) y las empresas de press clipping que integran esta Asociación: ACCESO GROUP S.L. (ACCESO), ANÁLISIS Y SEGUIMIENTO DE MEDIOS ANDALUCES S.L., BIDERDI CONSULTORES S.L., EDIFINSA EDITORA PUBLICACIONES ECONÓMICAS y FINANCIERAS S.A., INICIATIVAS TÉCNICAS DE INTERNET S.L. (SPY PRESS), MY NEWS S.L., PRESS CUTTING SERVICE S.L. y TNS SOFRES, S.A. por supuestas conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC.
6. El 12 de abril de 2010 AFEC, PRESS CUTTING SERVICE, S.L., KANTAR MEDIA, S.A., Y ACCESO GROUP, presentaron ante el registro de la CNC una solicitud de apertura de procedimiento de terminación convencional con arreglo al artículo 52 LDC, siendo denegada por acuerdo de la Directora de Investigación de 10 de mayo de 2010, *“por considerar que la propuesta de compromisos presentados no puede resolver adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas colusorias objeto de este expediente”*.
7. El 11 de mayo de 2010 la Dirección de Investigación dictó el Pliego de Concreción de Hechos, y tras recibir, incorporar y valorar las alegaciones de los interesados al mismo, dictó una propuesta de Resolución que elevó al Consejo como se cita en el AH 1 de esta Resolución, y en la que se propone que por el Consejo de la CNC:

“Primero.-

- a. *Se declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida en el artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia por parte de AEDE consistente en:*
 - i. *Adoptar una posición común relativa a la gestión del derecho de cita,*
 - ii. *Recomendar a sus asociados la inserción de anuncios en sus diarios por los que se reservasen los derechos de explotación sobre la obra colectiva,*
 - iii. *Recomendar a sus asociados la adopción de determinadas cláusulas contractuales en los contratos de licencia con las empresas de press clipping,*
 - iv. *Requerir a potenciales clientes de los servicios de press clipping que se abstuviesen de contratar con determinadas empresas,*

- v. *Realizar en su seno intercambios de información comercial sensible, en particular el preacuerdo alcanzado entre AFEC y RECOLETOS,*
 - vi. *Negociar con AFEC la redacción de un convenio marco sobre cesión de derechos sobre noticias, dando traslado de dicho convenio marco a sus asociados con la indicación de que “sirva de ejemplo”.*
- b. *Se intime a AEDE para que en el futuro se abstenga de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.*
 - c. *Se imponga a AEDE la sanción económica correspondiente conforme a las previsiones legales aplicables.*

Segundo.-

- a. *Se declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida en el artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia por parte de AFEC consistente en recomendar colectivamente a sus asociados unas condiciones uniformes en los contratos de derechos sobre noticias de prensa.*
- b. *Se intime a AFEC para que en el futuro se abstenga de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.*
- c. *Se imponga a AFEC la sanción económica correspondiente conforme a las previsiones legales aplicables.*
- d. *Se declare que la conducta de AEFC consistente en promover un sistema colectivo de consignaciones queda exenta de la aplicación del artículo 1.1 LDC por cumplir los requisitos previstos en el artículo 1.3 LDC.*

Tercero.-

- a. *Se declare que la conducta de las empresas Acceso Group S.L., Análisis y Seguimiento de Medios Andaluces S.L., Biderdi Consultores S.L., Edifinsa Editora Publicaciones Económicas y Financieras S.A., Iniciativas Técnicas de Internet S.L. (Spy Press), My News S.L., Press Cutting Service S.L, y Kantar Media consistente en acordar repercutir a sus clientes el precio pagado por los derechos de propiedad intelectual sobre resúmenes de prensa constituye una infracción tipificada en el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia.*
- b. *Se intime a dichas empresas para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.*
- c. *Se imponga a las empresas la sanción económica correspondiente conforme a las previsiones legales aplicables.*

Cuarto.-

- a. *Se declare que la conducta de AEPG consistente en recomendar colectivamente a sus asociados unas condiciones uniformes en los contratos de derechos sobre noticias de prensa constituye una infracción*

tipificada en el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia consistente en una recomendación colectiva susceptible de restringir la competencia en el mercado de derechos de propiedad intelectual sobre noticias de prensa, si bien no hay indicios de que dicha conducta hubiera producido efectos.

- b. Se intime a dicha asociación para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.*
- c. Se imponga a AEPG la sanción económica correspondiente conforme a las previsiones legales aplicables.*

Quinto.-

Se ordene la publicación, a costa de las empresas y entidades sancionadas y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la Resolución, de la parte dispositiva de la Resolución sancionadora que, en su caso, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dicte, en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de mayor difusión en todo el territorio nacional.

Sexto.-

Se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 53 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.”

8. Los días 16 y 17 de septiembre de 2010, AEDE y AFEC presentaron solicitud de terminación convencional, que fue contestada por la Dirección de Investigación el día 28 de septiembre, denegándola por haber sido presentada una vez elevado al Consejo el Informe Propuesta.
9. El día 18 de enero de 2011, tras valorar las solicitudes de realización de prueba y celebración de vista planteadas por los interesados en el expediente, el Consejo dicta Acuerdo por el que se incorporan al expediente ciertos documentos presentados por las partes, se insta a la Dirección de Investigación la realización de ciertas pruebas, se acuerda no celebrar vista, y se suspende el plazo máximo para resolver el expediente durante el tiempo en que se sustancian la práctica de las pruebas y actuaciones complementarias acordadas.
10. El 25 de febrero de 2011, una vez incorporadas al expediente las pruebas admitidas en el Acuerdo anterior, se puso de manifiesto el expediente a los interesados, según lo regulado en el artículo 36.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia.
11. El 11 de marzo de 2011 se recibe en la CNC los escritos de valoración de prueba de AFFEC, de AEDE, de RODALCA, S.L. y de ACCESO GROUP SL. El día 14 de marzo de 2011 se recibió la valoración de prueba de KANTAR MEDIA SA y el día 15 de marzo de 2011 el de DOCUMENTACIÓN DE MEDIOS S.A.
12. El 15 de marzo de 2011 el Consejo acuerda alzar la suspensión de plazo acordada el 18 de enero de 2011, reanudándose el cómputo del plazo para resolver el presente expediente con efecto desde ese día.
13. El día 25 de marzo tiene entrada en la sede de la CNC escrito de valoración de prueba de DOCUMENTACION DE MEDIOS SA.

14. Son interesados en el presente expediente los siguientes:
- ASOCIACIÓN EDITORES DIARIOS ESPAÑOLES (AEDE)
 - ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PRENSA GRATUITA (AEPG).
 - ASOCIACIÓN FEDERATIVA DE EMPRESAS DE CLIPPING (AFEC).
 - ACCESO GROUP S.L. (ACCESO).
 - ANÁLISIS Y SEGUIMIENTO DE MEDIOS ANDALUCES S.L.
 - BIDERDI CONSULTORES S.L.
 - EDIFINSA EDITORA PUBLICACIONES ECONÓMICAS Y FINANCIERAS S.A.
 - INICIATIVAS TÉCNICAS DE INTERNET S.L. (SPY PRESS).
 - MY NEWS S.L.
 - PRESS CUTTING SERVICE S.L.
 - TNS SOFRES, S.A (ACTUAL KANTAR MEDIA)
 - DOCUMENTACIÓN DE MEDIOS S.L. Y
 - RODALCA S.L.
15. El Consejo deliberó y falló la presente resolución en su reunión plenaria del día 27 de abril de 2011.

HECHOS PROBADOS

El Consejo de la CNC considera como hechos probados relevantes del Pliego de Concreción de Hechos dictado por la Dirección de Investigación, para resolver el presente expediente, los siguientes:

I. Sobre las partes denunciantes y denunciadas

Las empresas que han promovido la denuncia que ha dado lugar a la incoación de este expediente son RODALCA y DOCUMENTACIÓN DE MEDIOS, ambas activas en los servicios de seguimiento de prensa o press-clipping.

1. RODALCA SL (RODALCA), domiciliada en Madrid fue constituida en 1991. Su actividad consiste en el seguimiento pormenorizado de los medios de comunicación, seleccionando y clasificando la información relevante y de interés para sus clientes. Posee oficinas en Madrid y Barcelona y cuenta con unos sesenta empleados. Actualmente está integrada en la multinacional francesa Press Index
2. SOCIEDAD MERCANTIL DOCUMENTACIÓN DE MEDIOS, SA (DOCUMENTACIÓN DE MEDIOS) fue constituida en 1988, su actividad consiste en el tratamiento de sistemas de información y, según informa su página web, realiza el seguimiento y clasificación de noticias sobre empresas, personas o sectores de interés para el cliente.

Las imputadas en este expediente son tres asociaciones: la ASOCIACIÓN DE EDITORES DE DIARIOS ESPAÑOLES (AEDE), la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PRENSA GRATUITA (AEPG), la ASOCIACIÓN FEDERATIVA DE EMPRESAS DE CLIPPING (AFEC) y las empresas de press clipping que integran esta Asociación: ACCESO GROUP S.L. (ACCESO), ANÁLISIS Y SEGUIMIENTO DE MEDIOS ANDALUCES S.L., BIDERDI CONSULTORES S.L., EDIFINSA EDITORA PUBLICACIONES ECONÓMICAS Y FINANCIERAS S.A., INICIATIVAS TÉCNICAS DE INTERNET S.L. (SPY PRESS), MY NEWS S.L., PRESS CUTTING SERVICE S.L. Y TAYLOR NELSON SOFRES S.A.

3. AEDE es la ASOCIACIÓN DE EDITORES DE DIARIOS ESPAÑOLES. Pueden pertenecer a esta Asociación las empresas periodísticas o grupos de empresas periodísticas editoras de publicaciones diarias siendo condición indispensable para formar parte de la Asociación que la empresa periodística o grupo de empresas periodísticas sea titular de, al menos, una publicación periódica de información general, deportiva o económica que, bajo un mismo título, aparezca, al menos regularmente, 5 días por semana y cuya difusión esté controlada por una mercantil cuyo objeto social sea ese y que sea mayoritariamente aceptada y usada por los miembros de la Asociación. Quedan excluidas las publicaciones gratuitas y aquellas publicaciones cuya difusión no esté controlada.

AEDE se constituyó en 1978, y ejerce desde entonces la promoción, representación y defensa empresarial y profesional de los editores de prensa diaria. Está formada en la actualidad por 82 asociados, que suponen, en términos de difusión, el 90 por 100 del total nacional. Los órganos de Gobierno de AEDE son la Asamblea General, la Junta Directiva, el Presidente y el Director General.

4. 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.

5. AEPG es la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA PRENSA GRATUITA. La AEPG fue constituida el 1 de mayo de 2001. De acuerdo con sus Estatutos (f3816) es una asociación de ámbito nacional a la que pertenecen las empresas editoriales de prensa gratuita, entendiéndose por tales aquellas 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.
6. ACCESO GROUP, S.L., (ACCESO) es una empresa fundada en marzo de 1986. ACCESO GROUP, tiene su sede social en Barcelona y pertenece al grupo HAVAS, multinacional de la publicidad y la comunicación presente en más de 100 países.
7. TNS SOFRES tiene como actividad principal la medición de las audiencias de TV, y tiene como filial que realiza la actividad de press clipping de su Grupo a KANTAR

MEDIA, S.A., antes denominada SOFRES, AUDIENCIA DE MEDIOS, S.A. Fue constituida en 1985 y tiene domicilio en Madrid.

8. MY NEWS, empresa constituida en abril de 1995. Pertenece mayoritariamente (con una participación del 80,90%) a la empresa COFOR NAVARRA, S.L., empresa dedicada a la edición de publicaciones y propietaria del Diario La Información. Su actividad principal es la “redistribución legal de artículos de forma digital”.
9. BIDERDI CONSULTORES S.L., empresa constituida en febrero de 1995. Su actividad, de acuerdo con lo previsto en la escritura fundacional, consiste en la prestación “de servicios a empresas privadas e instituciones públicas en temas de comunicación empresarial, relaciones públicas internas y externas e imagen; la realización de publicidad a través de cualquier medio de difusión y la realización y distribución de publicaciones”.
10. ANÁLISIS Y SEGUIMIENTO DE MEDIOS ANDALUCES S.L., es una empresa constituida en 1998 con domicilio en Sevilla que, según su propia declaración, se dedica a “la realización de actividades y prestación de servicios de asesoramiento de comunicación, económico, financiero, laboral organizativo y de consultoría en general relacionados con la gestión empresarial a organismos y entidades públicas y privadas”.
11. EDIFINSA EDITORA PUBLICACIONES ECONÓMICAS Y FINANCIERAS S.A., es una empresa con sede en Madrid que presta servicios de informes económicos y sobre publicaciones.
12. INICIATIVAS TÉCNICAS DE INTERNET S.L. (SPY PRESS) es una empresa domiciliada en Reus (Tarragona) que presta servicios de seguimiento de medios digitales y seguimiento de medios escritos.
13. PRESS CUTTING SERVICE S.L. es una empresa constituida en 1996, domiciliada en Madrid. Presta servicios de “seguimiento, análisis y proceso de informaciones publicadas o emitidas en los distintos medios informativos”.

II. 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.

III. **Sobre 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 opongán 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 on-line 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 press-clipping 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.”

IV. Sobre las actuaciones realizadas por AFEC, AEDE y AEPG respecto a las condiciones comerciales que debían regir en las relaciones comerciales entre editores y empresas de press clipping.

34. El 12 de diciembre de 2006 tiene lugar la segunda junta Directiva de AFEC, en ella se habla de: “... la situación de estancamiento en la que se encuentra la relación con los editores. Le consta la preparación de una campaña contra las empresas de clipping con un mailing masivo a los clientes e incluso la presentación de una demanda contra alguna empresa. D. (...) explica sus contratos. D. (...) piensa que los autores por sí mismos no tienen posibilidad de imponerse ya que la sartén la tienen los editores por el mango”.

...

“D. (...) propone redactar una nota para nuestros clientes. D. (...) exhibe la nota que obra ya confeccionada y que se reparte y aprueba para que la envíen los asociados que lo estimen conveniente.

D. (...) y D. (...) quedan encargados de redactar una nota más contundente dejando claro que la norma no establece que la autorización sea necesaria y que la remuneración equitativa está pendiente de ser fijada por vía de consenso o judicial o arbitral pues no se trata de un simple precio.

Se acuerda presentar una oferta concreta y explícita de AFEC que recoja el espíritu de equidad que persigue la Ley.

Objeto: derechos, suministros, y XML y PDF (separados).

Sistema: Remuneración por unidad recortada

Réplica: Permitida (redistribución de clipping por cliente). No citar pero sí contemplar.

Coste: 0,10 máximo

Regionales y Pequeños 50%± 0 0,5

Alcance: cobertura de contingencias respecto a reclamación de los autores”.

...

“ACUERDOS ADICIONALES

1. Intentar contacto con AEDE antes de 10 días.
2. Enviar propuesta a AEDE y editores, pasados 10 días.
3. Remitir copia propuesta a Editores y al Ministerio.
4. Redactar nota de prensa con el resultado de todo lo anterior.

En caso de que todo falle D. (...) considera imprescindible presentar una demanda para que la autoridad jurisdiccional se pronuncie sobre quién debe ser el beneficiario de la remuneración equitativa establecida en la Ley”

35. El **29 de enero de 2007** el presidente de AFEC, envió un escrito al Ministerio de Cultura (f 3927-3928) en el que se planteaban dos cuestiones. La primera, quién debe considerarse autor a efectos del derecho de oposición previsto en el artículo 32 TRLPI, es decir, si se trata de los periodistas o de las editoras propietarias de los periódicos. La segunda versaba sobre el significado de “equitativa” a efectos de la remuneración fijada en el artículo 32 TRLPI. Del Ministerio de Cultura se solicitaba, bien la mediación, bien *“la puesta en práctica de las acciones que sean precisas para alcanzar un acuerdo equilibrado entre las partes afectadas por la actividad de elaboración de resúmenes de prensa y, en particular, en cuanto a los criterios para determinar la remuneración equitativa introducida por el artículo 32 TRLPI”*.

Según se recoge en el Acta de AFEC de **21 de febrero de 2007** (f 3933) el Ministerio de Cultura respondió que la Comisión Mediadora de la Propiedad Intelectual no es competente para esta clase de cuestiones ya que las partes carecen de legitimación para iniciar el proceso de mediación. [El extracto de las respuesta consta en las Actas de la Asamblea General de AFEC de 21 de febrero de 2007 que dice textualmente]: *“En dicha respuesta, el Ministerio informaba de que la Comisión Mediadora de la Propiedad Intelectual no es competente para solucionar, mediar o evacuar una solución en el supuesto que nos encontramos ya que las partes (Asociaciones o Empresas) carecen de legitimación para ello”*. En el trámite de solicitud de prueba ante el Consejo, la CNC, a propuesta de parte, libró oficio al Ministerio de Cultura sobre los extremos de la solicitud de estas empresas y de su respuesta. La respuesta del Ministerio de Cultura (f7939-7940) reproduce el escrito enviado el 1 de febrero a AFEC, comunicándole que para que actúe la Comisión solicitada se exige que una de las partes, sea una entidad de gestión autorizada por el Ministerio de Cultura, condición que ese caso no se daba.

En la misma acta se refleja que:

“...

Respecto a los encuentros con AEDE (...) explica la propuesta que está hecha a la AEDE referido al pago de remuneración por recorte y canon por cabecera utilizada. Se entiende que la fijación del precio de 0,04 por recorte debe darse por consolidado en tanto esa cifra es razonable y es un logro que la parte hoy disidente ha conseguido, luego es positivo que todo el sector, independientemente de sus posiciones comience a usar una sola cifra. El establecimiento del canon por cabecera incluye el suministro del periódico por tecnología digital.

...

(...) opina que hay que pensar que nos van a rechazar la propuesta y darles una expectativa de mayor cobro con el pago de derechos por parte del cliente que replique el recorte que nosotros le enviamos. Carles Guillem es peligroso que traten los editores con el cliente ya que al final nos los quitan.

...

3. *Como conclusión todos los asistentes están de acuerdo en que la vía emprendida de comunicación y contacto con todas las partes interesadas es la correcta y en que la firma hoy por hoy con un solo sector sin el consentimiento del resto es precipitado, insuficiente y se configura como un hecho generador de nuevos problemas. El próximo día 28 de febrero se celebrará una nueva reunión con AEDE”*.

36. En el expediente se evidencian cuatro reuniones celebradas en el primer semestre de 2007 entre AFEC y AEDE (f 2169, 2180, y 4310-4312). AEDE celebró una reunión monográfica el 12 de diciembre de 2006 sobre la cuestión de los derechos de propiedad intelectual de las noticias tras la entrada en vigor del nuevo TRLPI. Las conclusiones de dicha reunión se recogen en el Acta de la reunión de la Junta Directiva de 9 de enero de 2007 (f 2169). En esta reunión AEDE también decidió establecer contacto con AFEC *“para ver la posibilidad de que nos apoyen dado que al parecer para ellos organizativamente sería más conveniente tener como interlocutores a editores en lugar de a autores individuales”*.
37. En el Acta de la Junta Directiva de AEDE celebrada el **9 de enero de 2007** el Director General informa a los asociados de una reunión que ya se ha celebrado con AFEC para establecer un marco contractual. Se dice que “nosotros estudiaríamos un posible marco contractual”. A continuación se transcribe un extracto parcial del Acta. *“... se informa que el director general se ha reunido con la Asociación Federativa de empresas de press-clipping a la vista de la buena disposición que han mostrado por llegar a acuerdos útiles y evitar conflictos. En esta primera reunión se ha dejado muy claro que AEDE no está autorizada ni es competente para alcanzar acuerdo alguno ya que los derechos de propiedad intelectual son individuales. En una próxima reunión se acordó que ellos nos detallarán los problemas que tienen con los contratos y nosotros estudiaríamos un posible marco contractual con los factores o variables que entendemos deberían ser contempladas en el mismo (f 2169).”* (Subrayado añadido)
38. En el Acta de la Junta Directiva de AEDE de **13 de febrero de 2007** (f 2180) se informa a los asociados a AEDE de que: *“Representantes de AFEC (Asociación Federativa de Empresas de Clipping), que agrupan aproximadamente al 85% del mercado, nos han visitado y manifestado su voluntad de llegar a acuerdos con los editores, de manera individual, a quienes consideran titulares de estos derechos”*.
39. El **11 de febrero de 2007** AFEC envía a sus asociados un “Comunicado a los Asociados” (f 4310-4312) en el que les informa de la tercera reunión mantenida con el Director General de la AEDE, Ignacio de Benito y a la que también asistió el representante de RECOLETOS, Eduardo Bendala, empresa a la que correspondía la Presidencia de AEDE. En esta comunicación se informa a los asociados de que *“se ha efectuado una mayor concreción en la propuesta objeto de debate y que tiene los siguientes puntos: que cualquier acuerdo que se suscriba ha de basarse en el reconocimiento de que los editores disponen de los derechos necesarios para asumir los compromisos, que los editores se asegurarán de que ningún autor ha ejercido el veto previsto en el art. 32 TRLPI. Como contraprestación abonarán a las editoras un canon por cabecera. Se informa por parte de AFEC que se ha elaborado una escala del siguiente tenor tomando en consideración 100 cabeceras a nivel nacional:*
- 1^{er} grupo: 10 cabeceras de ámbito nacional: se abonará 0,70 € euros por cabecera, cliente y mes*
 - 2^o grupo: 20 cabeceras más importantes a nivel provincial se abonará 0,70 € euros por cabecera, cliente y mes*
 - 3^{er} grupo: 70 cabeceras de carácter provincial o local, se abonará 0,30 € euros por cabecera, cliente y mes*

Además de lo anterior, las empresas de seguimiento abonarían 0,04 € por recorte, sin límite de cantidad. Se advierte en el comunicado que, de cara a 2008 se introduciría de común acuerdo una cláusula por la que se tuvieran en cuenta el número de usuarios finales a los que puede destinarse el seguimiento contratado con el correspondiente coste adicional.”

40. En Acta de la JD de AFEC, de 22 de marzo de 2007, se adopta el contenido del preacuerdo alcanzado (f5598). **En marzo de 2007 por el Grupo RECOLETOS** (empresa a la que, en aquel momento, correspondía la Presidencia de AEDE.) y **AFEC** (f 5600 y ss), cuyos puntos principales son:

- *Reconoce como actividades incluidas la reproducción parcial sobre papel y obtención de copias para su distribución a clientes, la puesta a disposición de los clientes mediante correo electrónico, acceso a un sitio de Internet propio de la empresa de resúmenes o entrega para su distribución final a través de sistemas Intranet.*
- *Se pacta que el plazo de uso de la autorización expira a los tres meses desde la fecha concreta de publicación de los contenidos de la empresa editora.*
- *Se dispone que queda expresamente prohibida la creación de archivos, hemerotecas o bases de datos que contengan las publicaciones, fragmentos de ellas o resúmenes con antigüedad superior a tres meses.*
- *En casos necesarios, la empresa editora podrá, al margen de las condiciones establecidas en este documento para los resúmenes de prensa, autorizar la formación de archivos, hemerotecas o bases de datos mediante anexo al contrato, con la tarifa correspondiente.*
- *Se estipula que cada resumen no podrá incluir más del 50% de una sección completa del ejemplar de cada publicación de la empresa editora ni de sus suplementos. El cálculo del citado porcentaje se determinará por el número de páginas.*
- *Tiene una duración de tres años desde la fecha de la firma.*
- *Con respecto a las condiciones económicas, incluyen los conceptos de canon por recorte y por cabecera. El precio por recorte tiene un valor de 0,04€ por recorte y mes para el año 2007, y de 0,05€ por recorte y mes a partir de 2008.*
- *El preacuerdo prevé que a partir de 1 de enero de 2008, las tarifas se adapten al número de usuarios, asignándose dos clases de multiplicadores: uno por usuario y otro por réplica. Se entenderá por usuario la persona o conjunto de personas que usan una sola revista de prensa contratada por el cliente, mediante la entrega de varios ejemplares o el acceso de varias personas a la misma. Se entenderá por réplica, la reproducción parcial o total que el cliente hace de una revista de prensa suministrada por la empresa, para uso de terceros usuarios no conocidos por la empresa de press clipping.*
- *El multiplicador por usuario se calcula como sigue:*
 - *De 2 a 5 usuarios: se multiplicará por 2 el precio por cabecera por cliente.*
 - *De 6 a 20 usuarios: se multiplicará por 5 el precio por cabecera por cliente.*

- *Multiplicador por destinatario en caso de réplica. Aquí se establecen cuatro escalas:*
 - *De 1 a 100 destinatarios, se aplicará un multiplicador de 10 sobre el precio por cabecera por cliente.*
 - *De 101 a 500 destinatarios, se aplicará un multiplicador de 15 sobre el precio por cabecera por cliente.*
 - *De 501 a 1000 destinatarios, se aplicará un multiplicador de 20 sobre el precio por cabecera por cliente.*
 - *Más de 1000, se aplicará un multiplicador de 25 sobre el precio por cabecera por cliente.*
- *El precio por cabecera se satisfará por el suministro informático de las publicaciones. El preacuerdo contempla las siguientes tarifas:*

Precios por cabecera en el preacuerdo AFEC-RECOLETOS		
Publicación	Hasta 2007	Desde 2008
<i>Expansión</i>	<i>0,70 €</i>	<i>0,90 €</i>
<i>Qué</i>	<i>0,50 €</i>	<i>0,65 €</i>
<i>Marca</i>	<i>0,30 €</i>	<i>0,40 €</i>
<i>Actualidad Económica</i>	<i>1,00 €</i>	<i>1,20 €</i>
<i>Diario Médico</i>	<i>0,70 €</i>	<i>0,90 €</i>
<i>Telva</i>	<i>0,75 €</i>	<i>1,00 €</i>
<i>Marca Motor</i>	<i>0,75 €</i>	<i>1,00 €</i>
<i>Gaceta Universitaria</i>	<i>0,75 €</i>	<i>1,00 €</i>
<i>Expansión & Empleo</i>	<i>0,70 €</i>	<i>0,90 €</i>
<i>Fuera de Serie</i>	<i>0,75 €</i>	<i>1,00 €</i>
<i>Golf Digest</i>	<i>0,75 €</i>	<i>1,00 €</i>
<i>NBA</i>	<i>0,75 €</i>	<i>1,00 €</i>
<i>Correo Farmacéutico</i>	<i>0,75 €</i>	<i>1,00 €</i>

41. El acuerdo finamente no llegó a firmarse porque la adquisición de RECOLETOS por parte de UNEDISA paralizó la situación.
42. Con fecha **1 de junio de 2007** consta en el expediente el denominado “**Convenio Marco entre la AFEC y Editor**” de fecha de junio de 2007 (f 5650 y ss). Dicho convenio contiene los principios y condiciones que se supone deberían regir los contratos a formalizar con las empresas miembros de AFEC y los editores con el fin de regular el uso de las publicaciones para elaborar resúmenes de prensa al amparo de lo dispuesto en el artículo 32 TRLPI.

El contenido del convenio se resume a continuación:

- *Reconoce como actividades incluidas y excluidas la reproducción parcial sobre papel y obtención de copias para su distribución a clientes, la puesta a disposición de los clientes mediante correo electrónico, acceso a un sitio de Internet propio de la empresa de resúmenes o entrega para su distribución final a través de sistemas Intranet.*

- *Se pacta que el plazo de uso de la autorización expira a los tres meses desde la fecha concreta de publicación de los contenidos de la empresa editora.*
- *Se dispone que queda expresamente prohibida la creación de archivos, hemerotecas o bases de datos que contengan las publicaciones, fragmentos de ellas o resúmenes con antigüedad superior a tres meses.*
- *En casos necesarios, la empresa editora podrá, al margen de las condiciones establecidas en este documento para los resúmenes de prensa, autorizar la formación de archivos, hemerotecas o bases de datos mediante anexo al contrato, con la tarifa correspondiente.*
- *Cada resumen no podrá incluir más del 50% de una sección completa del ejemplar de cada publicación de la empresa editora ni de sus suplementos. El cálculo del citado porcentaje se determinará por el número de páginas.*
- *Este preacuerdo tiene una duración de tres años desde la fecha de la firma.*
- *Con respecto a las condiciones económicas, incluyen los conceptos de canon por recorte y por cabecera. El precio por recorte tiene un valor de 0,04€ por recorte y mes para el año 2007, y de 0,05€ por recorte y mes a partir de 2008.*
- *El preacuerdo prevé que a partir de 1 de enero de 2008, las tarifas se adapten al número de usuarios, asignándose dos clases de multiplicadores: uno por usuario y otro por réplica. Se entenderá por usuario la persona o conjunto de personas que usan una sola revista de prensa contratada por el cliente, mediante la entrega de varios ejemplares o el acceso de varias personas a la misma. Se entenderá por réplica, la reproducción parcial o total que el cliente hace de una revista de prensa suministrada por la empresa, para uso de terceros usuarios no conocidos por la empresa de press clipping.*
- *El multiplicador por usuario se calcula como sigue:*
 - *De 2 a 5 usuarios: se multiplicará por 2 el precio por cabecera por cliente.*
 - *De 6 a 20 usuarios: se multiplicará por 5 el precio por cabecera por cliente.*
- *Multiplicador por destinatario en caso de réplica. Aquí se establecen cuatro escalas:*
 - *De 1 a 100 destinatarios, se aplicará un multiplicador de 10 sobre el precio por cabecera por cliente.*
 - *De 101 a 500 destinatarios, se aplicará un multiplicador de 15 sobre el precio por cabecera por cliente.*
 - *De 501 a 1000 destinatarios, se aplicará un multiplicador de 20 sobre el precio por cabecera por cliente.*
 - *Más de 1000, se aplicará un multiplicador de 25 sobre el precio por cabecera por cliente.*
- *En relación con las tarifas, el Acuerdo contiene indicaciones sobre tarifas fijadas en función de la difusión del diario cuya noticia se reproduce. Se prevé que, a partir de 2008, se incrementen. Son las siguientes:*

ANEXO 2 – TARIFAS (folio 5655)

Hasta 31-12-2007

Desde 1-1-2008

TARIFAS	€ cabecera por cliente/mes	€ recorte	€ cabecera por cliente/mes	€ recorte
DIARIOS DE DIFUSIÓN NACIONAL	0,70	0,04	0,90	0,06
DIARIOS DIFUSIÓN REGIONAL (Difusión más de 30.000 ejemplares)	0,50	0,04	0,66	0,05
DIARIOS DIFUSIÓN REGIONAL (Difusión menos de 30.000 ejemplares)	0,30	0,04	0,40	0,05

43. En documento posiblemente redactado en **julio de 2007** (comienza con la declaración: “hace hoy exactamente un año desde que la nueva Ley de Propiedad Intelectual modificó su artículo 32”) y titulado “Nota sobre la posición actual de las empresas de seguimiento”, (folio 4313) se resumen las gestiones realizadas por AFEC desde la aprobación de la Ley 23/2006. Y tras exponer la situación creada por la firma de algunas empresas con asociaciones de periodistas, la nota dice textualmente: “...

- La mayoría de las empresas del sector, integradas en AFEC, consideraron más adecuado suscribir un acuerdo con los editores por entender que debe considerárseles beneficiarios de, al menos, los derechos de una parte del periódico y con mejor capacidad de representación- hay casos de mandato expreso- del colectivo de autores individuales que escriben en el propio periódico. Algunas empresas asociadas a AFEC tienen, además, ya una larga tradición de colaboración con los periódicos nacida de acuerdos anteriores a la reforma de la Ley.
- Las negociaciones AFEC-editores alcanzaron altísimos niveles de compromisos y acuerdos, aceptándose por ambas partes pactos con conceptos novedosos como la nueva remuneración por cabecera, las de usuario y réplica además de la del recorte, cuyo importe se consolidó en torno a los 0,04 euros. En estas negociaciones se produjeron dos fases: La

primera con la Asociación de Editores de Periódicos (AEDE) y la segunda ya con los editores individuales. Todos los grupos y editores relevantes de periódicos han recibido propuestas de contratos con las empresa de AFEC, recibíéndose de ellos respuestas diferentes grados de aceptación (sic) que han ido desde el total acuerdo hasta el desacuerdo absoluto. (Subrayado añadido).

44. En documento de **5 de julio de 2007**, aportado por SOFRES, y titulado “Documento-Resumen de la situación actual y propuesta de actuación”, (f 4317-4319), se puede leer:

- “... Desde la constitución de AFEC y la práctica desaparición de AESIP, se acordó mantener contactos con todos los posibles interlocutores, habida cuenta de la ambigüedad de la ley aprobada para lograr desbloquear la situación y conseguir un acuerdo satisfactorio y pacífico.
- Se envió una carta a la AEDE y a los principales editores ofreciendo diálogo para la solución del conflicto, que no fue respondida.
- Fuimos contactados por la APM para suscribir el correspondiente acuerdo, celebrándose una reunión y varias conversaciones que resultaron claramente insatisfactorias respecto a las garantías aportadas.
- Fuimos convocados a la AEDE a primeros del presente año celebrándose en total 4 reuniones en las que se pudo esbozar un marco para el acuerdo, si bien esa entidad manifestó que actuaba como intermediario pero no como interlocutor.
- Prosiguieron las conversaciones con Eduardo Bendala, representante de RECOLETOS, concluyéndose un completo acuerdo en términos económicos e igualmente en términos redaccionales.
- Para llegar a tal acuerdo, AFEC estaba dispuesta a admitir que los editores eran titulares y / o cesionarios de los derechos de propiedad intelectual.
- Los términos del acuerdo se basaban en los 3 pilares básicos, a saber:
 - o 0,04 € por recorte, sin limitación para 2007 y 0,05 € para los 2 siguientes años. La vigencia del acuerdo era indefinida en el aspecto normativo si bien los términos económicos quedaban circunscritos a 3 años.
 - o La segunda parte era un precio por cabecera, cliente y mes en función de los valores asignados.
 - o La tercera suponía la introducción de los conceptos de usuario y réplica en los términos conocidos.
- Se elaboró un calendario tentativo y el tema estuvo listo, en principio, para las fechas posteriores a la Semana Santa.
- La adquisición de RECOLETOS por parte de UNEDISA, paralizó la situación y generó algunos problemas adicionales que al día de hoy impiden la firma de acuerdo alguno...” (Subrayado añadido).

45. AEDE circuló el preacuerdo de AFEC y RECOLETOS entre sus asociados tal y como consta en las Actas de la Junta Directiva de AEDE celebrada el **27 de**

septiembre de 2007 (f 5206 y ss), en la que textualmente, se dice: “...Los Editores han empezado a firmar acuerdos lentamente (Acceso, My News solamente), por lo que desde AEDE y con el ánimo de propiciar la firma de acuerdos a nivel individual se ha circulado el acuerdo marco que estaba negociando RECOLETOS (en aquellas fechas, la presidencia de AEDE correspondía a RECOLETOS). En el mismo documento se señala: La firma individual de acuerdos nos dará cierta fuerza de cara a potenciales juicios futuros, ya que prueban que somos activos en la defensa de nuestros derechos.” (Subrayado añadido).

46. De los requerimientos de información realizados en marzo de 2010 durante la instrucción del expediente a las empresas editoras, una de ellas ha aportado “algunos anexos que AEDE les ha enviado en los últimos meses”. (f 5640 y ss). Entre estos anexos se encuentra uno titulado: “Nota sobre la posición de AEDE en relación con las empresas de Press-Clipping (Julio-09)”. En la que textualmente se dice:

“... Entonces AEDE y AFEC inician conversaciones para promover acuerdos individuales entre las empresas de clipping y los editores. Fruto de esas conversaciones en septiembre de 2007 AFEC elabora un “contrato marco” que refleja los puntos básicos sobre los que se estaban alcanzando con algunos editores. No obstante este acuerdo no es vinculante para los editores y se realizó a modo de propuesta. Así, si bien las condiciones económicas del documento y los posibles modelos y estructuras de facturación son facultades individuales de cada editor y a él corresponde negociarlas a cada uno de forma libre e independiente debiéndose considerar las que figuran en dicho documento simplemente como un ejemplo (ver Anexo 2).

AEDE remitió dicho modelo de contrato, a modo de ejemplo, en septiembre de 2007 a todos los asociados con el fin de impulsar el proceso de negociación entre nuestros asociados y las empresas de clipping dada la importancia que tiene el hecho de alcanzar acuerdos con dichas empresas en aras de la defensa de nuestros derechos de propiedad intelectual.”

47. En la carta enviada el 22 de febrero de 2008 por ACCESO (copia en f 1963 y 1981) a sus clientes, les informaba de la nueva situación creada en España tras la Ley 23/2006. En ella ACCESO informaba de que habían cooperado con AEDE y habían creado la denominada ASOCIACIÓN FEDERATIVA DE INDUSTRIAS DE CLIPPING (AFEC) con el objeto de establecer un marco común en las condiciones y pago de los derechos. La descripción que hace del citado marco común coincide con las características del Convenio Marco adoptado por AFEC y firmado con determinados editores. El contenido de la carta se reproduce a continuación:

“We have worked together with AEDE and have created AFEC (Federal Association of Clipping Companies) with the goal of establishing a common framework in conditions and payment of rights. The result has been a model of liquidation of rights that, although introduces new concepts, is the same for all editors and has been accepted by all members of AFEC which supposes the 85% of the sector in Spain

The new agreements with the right holders of the publications have introduced a new way of calculation of the amounts to liquidate as charge by this concept, which will apply from February, 2008.

These new conditions are as follows:

1. **Price per new:** Each single new sent to the clients as consequence of a monitoring service or PRINT PRESS Media will cost 0,05 Euro/clip.
2. **Price per publication:** In each period of liquidation (monthly) it will be charged a fee for each different publication from which news have been obtained in that period (you just pay for the first new you get form each different publication). This price is variable, and currently ranges from 0.40 and 1 Euro per publication/month.

To the price per publication it must be applied apply (sic) two multipliers:

3. **Users:** This means when the service provided includes more than one way of delivery, whether it is referred to different users or services (XML, Acceso Desktop, e-mail delivery, etc).
4. **Replicas:** It is the number of reproductions that the client makes with the clip provided, whether physical, electronic or digital. To liquidate the replicas, editor requires a statement made by the client.

To properly implement this new model of liquidation, each month we will take into account all the information referred before, and the invoice will be issued in this way”.

48. Desde septiembre de 2007 AFEC empezó a firmar el Convenio Marco con varias editoriales.

A medida que AFEC negociaba los acuerdos marco con los diferentes grupos editoriales, informaba a sus asociados de ello. En el expediente constan copias de correos electrónicos en los que Ángel Luis Rodríguez, Presidente de AFEC, informó a los socios de AFEC de la suscripción de los Acuerdos Marco por parte de AFEC con GRUPO PRISA y DIARIO DE LEÓN, (f 4338), DIARIO DE NAVARRA (f 4339), GRUPO JOLY (f 4342), GRUPO INTELLIGE (f 4343), PRENSA IBÉRICA (f 4344), MEDIAPUBLI (f 4345) y VOCENTO (f 4346). En todas estas comunicaciones el Presidente de AFEC informaba de la persona de contacto en los diferentes medios a los efectos de suscribir los acuerdos individuales.

La tabla adjunta resume los convenios marco firmados entre AFEC y EDITORIALES

CONVENIOS-MARCO FIRMADOS POR AFEC		
Fecha	Editorial	Folio
1-sep-07	La Voz de Galicia	2205
1-oct-07	Prensa Ibérica	2213
1-mar-08	AEPG	2184
1-may-08	Intelige S.L	2189
9-may-08	Mediapubli	2198
1-mar-09	Xornal de Galicia, S.A.	3969
2-mar-09	Editorial Menorca, S.A.	3978
1-abr-09	Editorial La Capital	3960
1-jul-09	El Progreso, S.A.	3987
1-ago-09	Diario de Navarra, S.A.	3994
24-jul-08	Comunica Mediatrader	5624
1-ene-09	Grupo Joly	5633

Fuente: Elaboración propia

49. Con respecto al uso que este contrato ha tenido entre las editoriales y los socios de AFEC, este convenio-marco ha sido incorporado a las relaciones entre SPY PRESS y cuatro editoriales, y entre KANTAR MEDIA, filial de TNS SOFRES, y doce editoriales, así como de Acceso y tres empresas editoriales.
50. Con algunas modificaciones respecto al acuerdo marco de AFEC, la empresa de press clipping MY NEWS ha firmado contratos con diferentes editoriales. La particularidad que revisten los contratos de MY NEWS es que incluyen una adenda cuyo objeto es la obtención, por parte de MY NEWS, y a cambio de un precio, de los derechos de explotación sobre los contenidos incluidos en las publicaciones con el fin de incorporarlos, junto con los contenidos de terceros, a una base de datos de su elaboración a la que se denomina "Hemeroteca".
51. De las nueve recomendaciones que AEDE dictó a sus asociados y que se recogen en la nota elaborada por el despacho de abogados Cremades&Calvo Sotelo el 2 de febrero de 2007 y circulada por AEDE a sus asociados en febrero de 2007, siete se han visto reflejadas en las cláusulas del convenio-marco, como se puede comprobar en la comparativa entre las cláusulas del Convenio Marco y las cláusulas que recomendaba AEDE a sus asociados para incluir en los contratos a firmar con las empresas de press clipping que se muestra a continuación.

Recomendaciones Nota AEDE

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

Seguimiento de las recomendaciones en el convenio marco firmado entre editores y AFEC

No es posible afirmar que esta recomendación haya tenido seguimiento. Es cierto que se omiten las expresiones cuya inclusión se desaconseja pero de dicha omisión no se desprende necesariamente que la misma sea consecuencia de la recomendación.

Cláusula 1ª del contrato tipo: se declara que el medio es la sociedad editora y titular de los derechos de explotación a que se refiere el artículo 32 TRLPI. En dicha condición, hace constar su no oposición a la utilización de las publicaciones para su inclusión en las revistas de prensa a elaborar por la empresa de clipping (...)

Esta recomendación no ha tenido seguimiento.

Cláusula 2ª del contrato-tipo: "la empresa no está facultada para conceder sublicencias a terceros o autorizaciones para que éstos elaboren revistas de prensa (...)"

Cláusula 7ª del contrato-tipo: La empresa incluirá en cada recorte el nombre de la publicación a la que pertenece y la fecha de

<i>Excluir eventuales alteraciones o modificaciones de la obra colectiva</i>	<i>publicación.</i> <i>Cláusula 2ª del contrato-tipo: “la empresa no podrá alterar la redacción ni el contenido de los fragmentos de las publicaciones incluidos en las publicaciones, limitándose a reproducirlos de forma autorizada”.</i>
<i>Eliminar la facultad de elaborar y poner a disposición de los clientes y usuarios de una hemeroteca de los diarios y periódicos publicados</i>	<i>Cláusula 2ª del contrato-tipo: “queda expresamente prohibida la creación de archivos, bases de datos o hemerotecas que contengan las publicaciones”. Se prevé que la creación de dichas hemerotecas será posible si se pacta en un anexo específico y dará lugar a la tarifa a acordar por las partes.</i>
<i>Prever facultades de auditoría de la documentación interna de la empresa de press clipping.</i>	<i>Cláusula 7ª del contrato-tipo: La empresa permitirá la realización (...) de auditorías de sus sistemas y registros para verificar tanto el número de clientes como la existencia de las declaraciones de uso máximo de las publicaciones (número de usuarios y réplicas) siempre que dichas auditorías estén justificadas, sean preavisadas y no perjudiquen el normal funcionamiento de la empresa.</i>
<i>Que las licencias otorgadas a las empresas de press clipping tengan una naturaleza no exclusiva.</i>	<i>Como el contrato no regula esta cuestión, se deduce que son licencias no exclusivas.</i>

Fuente: Elaboración propia

52. El 1 de marzo de 2008 la Asociación Española de Prensa Gratuita (AEPG) firmó el Convenio Marco presentado por AFEC (f 3811). Firman el Acuerdo Marco en representación de AFEC, Ángel Luis Rodríguez (Presidente de AFEC) y en representación de la AEPG, Víctor Núñez Fernández (Secretario y Director General de AEPG).
53. Como consecuencia de la incoación del expediente sancionador por parte de la CNC, en fecha de 30 de septiembre de 2009, AEPG rescindió el acuerdo marco mediante un comunicado a AFEC. En dicho comunicado se hace referencia al hecho de la incoación del expediente de la CNC como causa para la rescisión así como a la circunstancia de que ninguno de los asociados a AEPG llegó a implementarlo (f 3815).
- V. **Sobre el sistema de consignación de un canon diseñado en el seno de AFEC y la traslación a clientes de dicho canon por parte de las empresas de press clipping**
54. En noviembre de 2007 AFEC puso en práctica un sistema de consignaciones. En la Asamblea Extraordinaria de AFEC celebrada el 12 de julio de 2007 (f5606 y ss), los Miembros de AFEC, ante la escasa firma de contratos entre las empresas de press clipping y los editores que en ese momento se habían producido, acordaron poner en marcha un sistema de consignaciones con el fin de evitar reclamaciones judiciales por parte de los editores a las empresas de clipping. En esos momentos se seguían publicando advertencias en las cabeceras de los editores sobre la necesidad de contar con la pertinente autorización de los titulares del derecho de

propiedad intelectual del artículo 32.1 del TRLPI y se habían hecho públicas las demandas que AEDE había presentado contra RODALCA y DOCUMENTACIÓN DE MEDIOS. En dicha acta se dice textualmente:

“D. (...) cree que si continúa el estancamiento, sería aplicable el sistema que se sigue por las editoras respecto a los autores desconocidos a la hora de publicar. Se consigna a disposición de la Asociación de Autores a la espera de que el autor correspondiente reclame, si lo hace (...)

“D.(...) informa que a su juicio la consignación se hace necesaria. Pende además la espada de Damocles respecto a la posibilidad de pagar el canon de forma retroactiva”.

“D. (...), los clientes deben entender que hay que pagar el canon, al menos el 0,04”.

“D. (...), el hecho de que hay una ley no significa su cumplimiento inmediato, cuando es confusa. La consignación de un talón por su experiencia le parece buena, además el tema de la consignación requiere matices importantes. Ve extraordinariamente difícil trasladar a sus clientes el coste del canon”.

“D. (...), habría que separar aquellos editores que ya están cobrando y consignar para los editores sin acuerdos.”

“Todos los asistentes asienten en que deberíamos empezar el 1 de septiembre.

Después de amplio y detallado debate, se somete a votación la siguiente propuesta del Presidente:

Con el fin de evitar reclamaciones de los editores, dada la incertidumbre e inseguridad jurídica de la situación; proceder a articular un sistema que viabilice la consignación, con efectos 1 de septiembre de 2007 por parte de las empresas afiliadas y de cuantas otras deseen incorporarse al sistema de la cantidad de 0,04 € por recorte realizado y suministrado a sus respectivos clientes, quedando facultada la Junta directiva para decidir la forma más adecuada de realizar dichas consignaciones y de notificar dicha consignación a los grupos y sectores afectados, dando cuenta puntualmente de todo ello a los asociados. La consignación estará referida a los recortes de aquellos medios con los cuales cada empresa no tenga un convenio individualizado para el pago de la remuneración equitativa del art. 32.”

55. El sistema de consignaciones se estableció mediante escritura 2948 otorgada el 29 de noviembre de 2007 ante el Notario de Madrid Vicente de Prada (f 5577 y ss). En dicha escritura se mencionan las causas que llevaron a la creación de este sistema de consignaciones, coincidiendo en su redacción con los párrafos contenidos en la nota del HP 47. La Dirección de Investigación resume como sigue el contenido del acta notarial:

- Situación de incertidumbre provocada por la entrada en vigor de la reforma del TRLPI que no clarificó a quién correspondían los derechos de oposición y remuneración del artículo 32.

- Mientras que ciertas empresas del sector optaron por suscribir acuerdos particulares con los periodistas, los representantes de AFEC consideraron que lo más adecuado era suscribir acuerdos con los editores. El apartado 5 de la escritura señala que las reuniones de AFEC con los editores “alcanzaron altísimos niveles de compromisos y acuerdos y que se produjeron en dos fases: una primera con AEDE y una segunda con los editores”. En este sentido, la parte expositiva expone que AFEC ha alcanzado acuerdos marco con algunos editores, pero no con todos.
- Se indica en el dispositivo de la escritura que algunas editoriales han interpretado el derecho de oposición como una potestad de otorgar autorizaciones individuales, y de fijar discrecionalmente el precio de la remuneración equitativa. Sin embargo, AFEC considera que la actividad del clipping es lícita y que, sin embargo genera un derecho de remuneración a favor de los editores.
- Por las razones apuntadas, AFEC, a la espera de la clarificación de la Ley, decide reconocer un canon de remuneración equitativa del recorte de clipping, repercutirlo a sus clientes, y proceder, según exista o no acuerdo al pago directo al editor o a su consignación notarial a la espera de su entrega definitiva a quien resulte legal beneficiario. Las partes cuantifican esta remuneración en 0,04 € por recorte.
- AFEC abrió una cuenta en una entidad bancaria cuyas reglas de administración se resumen a continuación: “...
 - o *A finales de cada mes todas las Empresas integradas en AFEC confeccionarán un estadillo en donde conste el número de copias de artículos o recortes periodísticos que ha elaborado en su empresa durante todos los días del mes pasado anterior, especificando, uno por uno, todos los periódicos, revistas y publicaciones periódicas españolas que han sido objeto de reproducción y el número de reproducciones efectuadas sobre cada uno de esos medios (...)*
 - o *(..) cada Empresa realizará una liquidación del total de reproducciones, separando aquellas efectuadas sobre las publicaciones con las que tiene suscrito un acuerdo de remuneración, de aquellas otras con cuyas editoras no existe acuerdo de remuneración. Indicando en dicha liquidación el importe que será satisfecho por pago directo a los editores convenidos y el importe que corresponde a aquellos editores con los que no existe convenio.*
 - o *Calculado el importe de las retribuciones correspondientes a las reproducciones sobre las publicaciones cuyos editores no han convenido con AFEC, la empresa liquidadora ingresará esta cantidad en la cuenta corriente abierta en la Caixa la suma resultante de multiplicar 0,04 € por el número de total de reproducciones efectuadas. Este ingreso se producirá inexcusablemente antes del día 30 del mes siguiente a aquel al que se refiere la cantidad calculada. Por razones de control, y aún en casos de pagos retrasados, cada empresa realizará un ingreso por cada mes, no acumulando, por ejemplo en un solo ingreso la liquidación de dos o más meses. La Asociación, en Junta General, podrá acordar modificar el actual importe de 0,04 € de la*

remuneración por recorte en otro importe más acorde con las cantidades que se vayan conviniendo.

- Una copia del estadillo al que se refiere las reglas a) y b) anteriores será remitida por un medio fehaciente a la Sede de la Asociación Federativa Española de Empresas de Clipping junto con el resguardo del ingreso o transferencia efectuado por la Empresa remitente y cuyo importe coincidirá necesariamente con el cálculo detallado en la regla anterior a razón de 4 céntimos de Euro por cada reproducción distribuida a cada cliente. Cada una de las empresas conservará una copia de su estadillo mensual y la documentación informática necesaria para acreditar, si fuere necesario, la veracidad y exactitud de los datos declarados.
- La Asociación, una vez recibido el estadillo de cada empresa y comprobadas las operaciones aritméticas básicas, elaborará a su vez un estadillo trimestral en el que constará el número de reproducciones efectuadas mensualmente por cada empresa sobre cada uno de los periódicos revistas y publicaciones españolas, dando un total trimestral de reproducciones efectuadas sobre cada uno de los medios. Este estadillo, en cuanto a los datos totales, sin individualizar por empresas, será público y deberá ser distribuido a toda aquella empresa editoras que lo soliciten. El hecho de solicitarlo obligará a la AFEC para hacerlo en los siguientes trimestres sucesivos sin necesidad de ser reiterada la solicitud.
- Cada año natural la AFEC elaborará una memoria económica en donde figurará claramente el número total anual de reproducciones que cada empresa adscrita a la Asociación ha declarado haber efectuado por cada medio periodístico, el importe total a que ascienden las retribuciones declaradas y las cantidades ingresadas por cada empresa, así como las retiradas por los editores. Deberá constar una clara liquidación del depósito existente en la cuenta corriente de consignaciones y las empresas de la Asociación que por las razones que fueren no hubieren ingresado las retribuciones a que vienen obligadas, con expresión de la cantidad adeudada.
- Cualquier empresa editora de periódicos o revistas, debidamente representada por persona con poderes suficientes que acredite ser dueña de una o varias cabeceras o periodísticas podrá percibir la cantidad consignada como correspondiente a dicha cabecera o cabeceras. Para ello será preciso que comparezca ante cualquier notario acreditando la representación de la empresa propietaria de la cabecera o cabeceras de los periódicos o revistas que resulten beneficiarias, así como la voluntad de percibir las cantidades consignadas a favor de dicha o dichas cabeceras y de hacerlo exactamente "en concepto de titular o cesionario del derecho a la remuneración equitativa reconocido por la Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 32 a favor de los autores de trabajos periodísticos" publicados en los medios que utilizan la cabecera beneficiaria. En dicha comparecencia se requerirá al notario interviniente para que a su vez requiera a la Asociación Federativa Española de Empresas de Clipping para que en un plazo no superior a siete días naturales remita un

certificado expedido por el Secretario de la Asociación con el visto bueno del Presidente de la misma acreditando la cantidad consignada y disponible hasta el fin del último de los trimestres naturales transcurridos a favor de la empresa compareciente.

- *Recibido por el Notario, el certificado de la Asociación a que se acaba de hacer referencia, éste levantará acta cuya primera copia entregará al representante de la Empresa beneficiaria de las cabeceras. Esta primera copia será título suficiente para retirar de la cuenta mencionada en el primer párrafo de este expositivo la cantidad expresada en el Certificado de la misma.*
 - *La Cuenta Corriente mantendrá en saldo exacto las cantidades ingresadas por los Asociados de AFEC de forma tal que el mismo no será detraído por otros gastos o cargos que los previstos en esta escritura ni incrementado por intereses o bonificaciones de tipo alguno. Sus ingresos son considerados gastos a todos los efectos de las respectivas Empresas impositoras por lo que su saldo sólo podrá ser dispuesto total o parcialmente en las siguientes circunstancias:*
 - *Por disposición voluntaria de la Empresa editora que decida percibir la remuneración en los términos contenidos en las reglas g) y h) anteriores.*
 - *Por acuerdo expreso de la Junta General de AFEC que decida entregar parcial o totalmente el saldo existente a uno o varios de los titulares o cesionarios de los derechos de propiedad intelectual reconocidos o que se reconozcan en la Ley de Propiedad intelectual.*
 - *Para pago de los impuestos que se generen legalmente como consecuencia de los pagos de remuneración aquí establecidos.*
 - *Por resolución Judicial firme.*
 - *Dada la naturaleza de la presente consignación como depósito a favor de terceros, los saldos de la cuenta corriente no podrán ser embargados”.*
 - En la misma Acta, el Notario recibe la encomienda de entregar copia del acta a los siguientes medios editoriales: GRUPO GODÓ, PRISACOM, UNIDAD EDITORIAL, RECOLETOS GRUPO DE COMUNICACIÓN y VOCENTO. El sistema de consignaciones no excluye la firma de acuerdos individuales entre empresas de clipping y editoras ya que es un sistema compatible y complementario de los acuerdos individuales.
56. En el documento Nota sobre la posición actual de las empresas de seguimiento, (f 4313) al que se ha hecho referencia en el párrafo 47 de estos HP se alude al hecho de que las empresas de AFEC, en el momento en que decidieron poner en marcha el sistema de consignaciones, también acordaron repercutir a sus clientes el precio consignado por recorte.

Citando textualmente parte del contenido de dicho documento, en particular su inciso iv):” Teniendo por ciertos los anteriores hechos y después de numerosos persistentes y honestos de llegar a un acuerdo. En tanto la interpretación válida y objetiva de la Ley llega; las empresas miembros de AFEC han decidido unánimemente reconocer un canon por la remuneración equitativa del recorte del

clipping, repercutirlo a sus clientes y proceder a su legal consignación a la espera de su entrega definitiva a quien resulte legal beneficiario. Existen datos suficientemente aceptados por las diferentes partes que permiten cuantificar esa remuneración en la cifra de 0,04.”

57. En el acta de la Asamblea Extraordinaria celebrada el 12 de julio de 2007, citada en el HP 48, constan intervenciones de los presentes en el sentido de que: “los clientes deben entender que hay que pagar el canon, al menos el 0.04” y otras en el sentido de que “ve extraordinariamente difícil trasladar a sus clientes el canon”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Legislación aplicable

Las conductas analizadas en el presente expediente comienzan en el año 2006, previamente a la promulgación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de 7 de julio de 2006 (TRLPI), estando en vigor la Ley 16/1989, de 18 de julio, de Defensa de la Competencia. Las conductas habrían continuado durante el año 2006, 2007 y siguientes, habiéndose promulgado mientras la nueva Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007. Las conductas que se habrían iniciado bajo la Ley 16/1989, habrían continuado bajo la Ley 15/2007.

Como ya ha manifestado este Consejo en anteriores Resoluciones, en casos como el presente, en los que la conducta se extiende en el tiempo durante el plazo de vigencia de las dos normas (la Ley 16/1989 y la Ley 15/2007), de acuerdo con el art. 128 de la Ley 30/1992, resulta necesario aplicar una de ellas, debiendo optar por aquella que resulte más beneficiosa para las empresas imputadas conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor en el caso en concreto (entre otras: RCNC de 12/11/2009, Expte. S/0037/08, Compañías Seguro Decenal y RCNC de 31/07/2010, Expte. S/0120/08, Transitarios, RCNC de 23 de febrero de 2011 Expte. 2785/07 AIE).

En materia procedimental la CNC viene aplicando la Ley 15/2007 desde su entrada en vigor el 1 de septiembre de 2007. La aplicación de una u otra norma en materia sustantiva la CNC viene resolviéndola atendiendo a las circunstancias propias de cada caso. Con respecto a la regulación sustantiva en materia de acuerdos, decisiones o recomendaciones entre empresas, ambas normas regulan en sus respectivos artículos 1 de igual forma las conductas prohibidas analizadas en este expediente, de forma que de serles de aplicación el artículo 1 sería indiferente declarar la existencia de infracción bajo una u otra norma.

Igualmente ambas normas coinciden en los criterios sustantivos para declarar no aplicable la prohibición de acuerdos colusorios del artículo 1 (la Ley 15/2007 en su artículo 1.1 y la Ley 16/1989 en su artículo 3), aunque bajo la Ley 16/1989 correspondía a la autoridad de competencia resolver sobre su cumplimiento a través de un procedimiento de autorización singular instado por las partes, mientras que bajo la Ley 15/2007 son las propias partes quienes *ex ante* deben realizar ese análisis de cumplimiento de los requisitos sustantivos de la exención legal, sujeto a la eventual revisión que la autoridad de competencia pueda realizar *ex post* en el ejercicio de sus competencias. Dado que no hubo por parte de las imputadas solicitud alguna de autorización singular durante la vigencia de la Ley 16/1989, la aplicación retroactiva de la Ley 15/2007 resulta beneficiosa para las imputadas,.

Respecto a la aplicación de sanciones en el caso de asociaciones, como ya se ha expresado anteriormente, con carácter general la Ley más favorable para las asociaciones, presentes en este expediente, sería la Ley 16/1989 por cuanto establece un límite superior a la cuantía de la sanción en 901.500 €, mientras que la Ley 15/2007 carece de dicho límite por razón de personalidad jurídica. No obstante, dado que las sanciones que se imponen en esta resolución no alcanzan dicho límite, la Ley 15/2007 sigue resultando más beneficiosa por la razón antes señalada..

SEGUNDO.- Cuestiones de procedimiento

La AEDE alega la caducidad del procedimiento sancionador dado que entre la fecha de la denuncia, el 23 de enero de 2007, y la fecha de Acuerdo de incoación del expediente, el 15 de septiembre de 2009, han transcurrido más de 31 meses desde que se inició el proceso, y posteriormente el periodo de instrucción ha durado otros 10 meses. Se habría cometido un abuso de la figura de Información reservada, y durante la misma se habría llevado a cabo un auténtico proceso instructor, a juzgar por el número de requerimientos de información realizados por la Dirección de Investigación durante la fase de diligencias previas o información reservada. Alega que el periodo de información que ha utilizado la Dirección de Investigación debería servir exclusivamente para reunir los datos e indicios iniciales que sirvan para juzgar sobre la pertinencia de dar paso al expediente sancionador, pero no la de investigar en concreto los hechos presuntamente infractores con el fin de construir la acusación y su responsabilidad. En opinión de AEDE el trámite máximo de información reservada es de 30 días, pues ese es el que estableció el artículo 17 del Decreto 422/1970, de 5 de febrero, por el que se aprueba el reglamento orgánico funcional y de procedimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, artículo que no ha sido derogado por las reformas posteriores. Esta cuestión fue puesta de manifiesto ya en las alegaciones al PCH, sin que se haya obtenido respuesta a la misma.

No es la primera vez que se alega la caducidad de un expediente sancionador bajo la LDC pretendiendo que el artículo 17 del Decreto 422/1970 estaría aun en vigor, y que superado el plazo de un mes de investigación reservada se habría incurrido en caducidad. Sin embargo sorprende a este Consejo la insistencia en el uso de este argumento después de la reiterada jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, recogida por la Audiencia Nacional en su sentencia de 21 de enero de 2008 en recurso de Repsol Butano S.A. contra la RTDC 521/01 de 21 de octubre de 2002. La AN recuerda en el FD Sexto de esa sentencia que el Tribunal Supremo en diversas sentencias ha dejado claro que

“...el Decreto 422/1970 ha quedado derogado en este punto [el artículo 17] que establece un completo sistema de plazos para el procedimiento sancionador, en cada una de sus dos fases, que determinan su duración máxima y fechas de cómputo por LDC, con los que el citado Decreto resulta incompatible.

Y a mayor abundamiento, tampoco podría prosperar una caducidad basada en la superación por la información reservada del plazo máximo previsto por el artículo 17 del Decreto 422/1970, porque el Tribunal Supremo ha dicho en sentencia de 31 de marzo de 2004 (RJ 2004\3174), que el reglamento del SDC de 1970 tan sólo configura plazos concretos para los sucesivos trámites que se han de seguir en un procedimiento sancionador, pero no contempla plazo alguno de caducidad.

Tal doctrina jurisprudencial ha sido mantenida posteriormente de forma reiterada, y así el Tribunal Supremo ha dicho, en sentencias de 4 de abril de 2006 (RJ 2006\3023), 18 de mayo de 2006 (RJ 2006\3169), 18 de octubre de 2006 (RJ

2006\6641) y 26 de junio de 2007 (RJ 2007\3924) que hasta la introducción del artículo 56 de la LDC por la Ley 66/1997 , no había ninguna previsión específica de un plazo máximo de duración de los expedientes sancionadores en la materia cuya extralimitación supusiera la caducidad del expediente, y que ni en la propia LDC, ni en los Reglamentos de funcionamiento del propio Tribunal (Decreto 538/1965, de 4 de marzo) o del Servicio de Defensa de la Competencia (Decreto 422/1970, de 5 de febrero) se contempla plazo alguno de caducidad, sino tan sólo plazos concretos para los sucesivos trámites que se han de seguir en un expediente sancionador; de las tres normas citadas, tan sólo el Decreto 422/1970 contempla un plazo global de seis meses para la instrucción del expediente por parte del Servicio (artículo 26.1), pero tampoco lo configura como un plazo de caducidad.

En relación con la duración de la actuación reservada el Tribunal Supremo, en su sentencia de 26/12/2007 dice que "...la mayor o menor duración de la fase preliminar no lleva aparejada la caducidad del procedimiento ulterior...", sentencia que cita la sentencia de la Audiencia Nacional de 31/03/2010, siempre que "sirvan al fin que realmente las justifica, esto es, reunir los datos e indicios iniciales que sirvan para juzgar sobre la pertinencia de dar paso al expediente sancionador, y no se desnaturalicen transformándose en una alternativa subrepticia a este último, ninguna norma las somete a un plazo determinado y, por lo tanto, no quedan sujetas al instituto de la caducidad."

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la fecha de incoación del expediente es del 29 de septiembre de 2009, según el artículo 36.1 de la LDC, la CNC cuenta a partir de dicha fecha con un plazo de 18 meses para su resolución. La realización de ciertas pruebas solicitadas por las partes interesadas conllevó que el día 18 de enero de 2010 se acordase la suspensión del plazo máximo para la resolución del expediente mientras se sustanciaban las mismas y se procedía a su valoración por parte de los interesados. Realizados todos estos trámites el día 15 de marzo de 2010 se levantó la suspensión de dicho plazo, reanudándose a partir de entonces el cómputo de los 18 meses de plazo máximo de que dispone la CNC para su resolución, plazo que finaliza el 25 de mayo de 2011. Por lo tanto no procede estimar la alegación presentada por AEDE respecto a la caducidad en la que habría incurrido este expediente.

TERCERO.- El objeto de la presente resolución. La propuesta de la Dirección de Investigación

El Consejo de la CNC debe resolver la existencia de una infracción de la competencia sobre la base del Informe Propuesta de Resolución elevado por la Dirección de Investigación.

En dicho Informe Propuesta, la Dirección de Investigación, en relación a la conducta desarrollada por AEDE, "considera probado que AEDE ha realizado recomendaciones colectivas a sus asociados consistentes, de una parte, en promover una posición común en lo relativo a la aplicación del artículo 32.1 TRLPI y, de otra, en recomendar la inclusión de determinadas cláusulas contractuales a los asociados" y "Con respecto a los efectos, la conducta de AEDE ha tenido el efecto de generalizar un tipo de contrato uniforme entre editoriales y empresas de clipping. Consecuentemente la Dirección de Investigación "considera que la actuación de AEDE constituye una recomendación colectiva prohibida consistente en: (a) Recomendar a sus asociados

oponerse a la reproducción de sus contenidos publicados a efectos de press clipping, con el fin de someter dicha actividad al otorgamiento de licencias individuales, en lugar del sistema de remuneración equitativa, de acuerdo con lo previsto en el artículo 32.1 TRLPI. Y (b) Recomendar a sus asociados la inclusión de determinadas cláusulas contractuales en los contratos con los operadores de clipping, unificándose las condiciones comerciales de los diferentes operadores y restringiéndose por tanto la competencia entre ellos. Dicha conducta constituye a criterio de la Dirección de Investigación una infracción de lo dispuesto en el artículo 1 de la LDC y una infracción muy grave de las previstas en el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, al tratarse de una recomendación colectiva dirigida a empresas que son competidoras entre sí.”

La Dirección de Investigación concluye que *“En lo que se refiere a la recomendación colectiva de promover una negativa a la reproducción de noticias publicadas, las conductas analizadas han tenido su inicio el 31 de Mayo de 2006. En dicha fecha AEDE promovió en su Junta Directiva la publicación de los anuncios a los que hace referencia el PCH en los párrafos (52 a 57). La recomendación se mantiene vigente hasta la fecha actual ya que no ha sido revocada.”* Y *“Con respecto a la recomendación de unas cláusulas comunes en los contratos de licencia entre editores y operadores de clipping, las prácticas comenzaron a finales de 2006, fecha en que comenzaron las reuniones entre AEDE y AFEC. A principios de 2007 AEDE circula entre sus asociados el informe jurídico en el que se recomienda un contenido determinado a los contratos de licencia. La recomendación se mantiene vigente hasta la fecha actual ya que no ha sido revocada.”*

Con respecto a la conducta desarrollada por la AEPG, la Dirección de Investigación considera acreditado que *“la AEPG firmó el Acuerdo Marco con AFEC el 1 de marzo de 2008 pero, como consecuencia de la incoación del expediente sancionador por parte de esta Dirección de Investigación, se desmarcó del mismo en fecha de 30 de septiembre de 2009.”* Esto le lleva a valorar que *“La firma por parte de AEPG del Acuerdo Marco de AFEC es una recomendación colectiva prohibida por el artículo 1 LDC.”* Y consecuentemente con dicha valoración jurídica, señala que *“Dicha conducta constituye a criterio de la Dirección de Investigación una infracción de lo dispuesto en el artículo 1 de la LDC y una infracción muy grave de las previstas en el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, al tratarse de una recomendación colectiva dirigida a empresas que son competidoras entre sí.”* No obstante también concluye que *“Con respecto a los efectos, la citada recomendación colectiva no llegó a producir efectos en el mercado, ya que la AEPG rescindió el acuerdo antes de ninguno de sus asociados llegara a ejecutar acuerdos particulares.”*

La duración de la conducta de la que es responsable AEPG estaría comprendida entre el 1 de marzo de 2008 y el 30 de septiembre de 2009, fecha en la que la AEPG rescindió el Acuerdo Marco. Consecuentemente con lo anterior la Dirección de Investigación *“considera aplicable a la conducta de AEPG la atenuante prevista en la letra a) del apartado 3 del artículo 64, consistente en “la realización de conductas que pongan fin a la infracción”. Tal y como ha señalado la Dirección de Investigación en el PCH (párrafo 135) el 30 de septiembre de 2009, AEPG rescindió el acuerdo marco mediante un comunicado a AFEC. En dicho comunicado se hace referencia a la doble circunstancia de la incoación del expediente de la CNC como causa para la rescisión así como a la circunstancia de que ninguno de los asociados a AEPG llegó a implementarlo.*

En relación con la conducta de AFEC, la Dirección de Investigación considera acreditado que *“AFEC participó en reuniones con AEDE que dieron como resultado*

un tipo de contrato uniforme en el que se establecieron las condiciones que habrían de regir los contratos individuales de licencia entre operadoras de clipping y editoriales, cuya adopción AFEC promovió entre sus asociados”; que “En el seno de AFEC se han adoptado los siguientes acuerdos de general seguimiento por sus asociados: aceptar que los derechos exclusivos de explotación y la facultad de oponerse corresponden a los editores; fijar colectivamente las actividades incluidas y excluidas, como el plazo de uso de la autorización, la prohibición de creación de archivos, hemerotecas o bases de datos (salvo anexo al contrato) o el establecimiento de un límite máximo de inclusión de contenidos de un mismo medio de 50%; uniformizar las condiciones económicas de los derechos de reproducción fijando un esquema tarifario uniforme integrado por los mismos conceptos; fijar precios de adquisición; pactar un plazo máximo de duración de los contratos de 3 años; excluir la posibilidad de conceder sublicencias; y poner en funcionamiento un sistema colectivo de consignaciones”; que “la conducta de AFEC constituye una recomendación colectiva prohibida por el artículo 1 LDC”; y que “dicha conducta constituye a criterio de la Dirección de Investigación una infracción de lo dispuesto en el artículo 1 de la LDC y una infracción muy grave de las previstas en el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, al tratarse de una recomendación colectiva dirigida a empresas que son competidoras entre sí”. Por último, con respecto a los efectos de la conducta de AFEC, valora que “la misma tuvo como resultado la generalización de un tipo uniforme de contrato entre editoriales y empresas de clipping”. Y añade “sin que proceda aplicar la existencia de circunstancias agravantes ni atenuantes”.

Por último, en relación con la conducta de las empresas asociadas a AFEC, considera la Dirección de Investigación que: “Los miembros de AFEC pactaron “repercutir” a sus clientes el importe del canon de remuneración equitativa creado en el sistema de consignaciones de AFEC.” Y que “Este acuerdo de repercusión del precio consignado a los clientes finales, constituye un acuerdo entre competidores prohibido por el artículo 1 LDC. Dicho acuerdo tiene por objeto restringir la competencia en el mercado de seguimiento de información periódica (press clipping)”. Con respecto a los efectos “según se desprende de la instrucción practicada, no todas las empresas están repercutiendo el precio: sí lo repercuten Acceso y Kantar Media, y no consta que lo esté repercutiendo Edifinsa, Biderdi y My News.” Y en cuanto a la duración de dicho Acuerdo, valora que “comenzó el 29 de noviembre de 2007 y permanece vigente hasta hoy”.

Respecto al sistema de consignación creado por AFEC, en el PCH, la Dirección de Investigación valoró que junto con el resto de conductas de AFEC, “promover un sistema colectivo de consignaciones constituye una infracción tipificada en el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio...”. Posteriormente, tras valorar las alegaciones presentadas por AFEC respecto a la aplicación del artículo 1.3 de la LDC al acuerdo para establecer el sistema de consignaciones, la Dirección de Investigación “... considera que el sistema de consignaciones instaurado por AFEC cumple los requisitos previstos en el artículo 1.3 LDC, por lo que quedaría exenta de la aplicación del artículo 1.1. LDC.

CUARTO.- Sobre la ilicitud de las conductas responsabilidad de AEDE

Las recomendaciones realizadas por AEDE para unificar la forma de comercializar los derechos de propiedad intelectual regulados en el artículo 32.1

De los hechos acreditados en el Informe Propuesta que la Dirección ha elevado al Consejo, éste considera probado que la AEDE, a través de su Junta Directiva, ha coordinado una serie de acciones para ser desarrolladas conjuntamente por parte de

sus asociados. Así, una parte de estas acciones tenían por objeto que (1) se reconociese con carácter universal que el derecho a una remuneración por la reproducción con fines comerciales de noticias de prensa previamente publicadas era de los editores, y no de los autores firmantes de la noticia de manera individual, y (2) que por tanto las empresas de press clipping debían obtener una autorización individualizada por editor para reproducir las noticias contenidas en sus respectivas obras colectivas como periódicos, revistas, etc., y pagar al editor la remuneración correspondiente. Para ello, se han llevado a cabo distintas acciones, como la campaña de difusión sobre la interpretación única del texto 32.1 del TRLPI, empleando para ello las distintas cabeceras de periódicos de los distintos editores (HP 23, 24, 25 y 26); la advertencia, en nombre de los editores pero realizada por AEDE, a potenciales clientes de servicios de press clipping, que los oferentes de servicios debían tener autorización expresa de cada grupo editor del que estuviesen reproduciendo noticias (HP 27, 28, 29 y 30); y la distribución entre sus asociados de las recomendaciones realizadas por un despacho de abogados, a solicitud de AEDE, para que los asociados incluyesen en sus contratos con las empresas de press clipping las mismas cláusulas comerciales de carácter cualitativo (HP 31, 32 y 33).

El Consejo coincide con la Dirección de Investigación en valorar esta conducta como contraria al artículo 1 de la LDC, por constituir una recomendación colectiva que objetivamente altera las condiciones de competencia en el mercado. Es un hecho (HP 18, 19 y 20) que la entrada en vigor en julio de 2006 del nuevo texto del artículo 32.1 del TRLPI ha modificado la regulación sobre los derechos de propiedad intelectual que afectan a los recortes de prensa objeto de reproducción por parte de las empresas de press clipping, creando un derecho de oposición y un derecho de remuneración a la reproducción de los recortes de prensa con fines comerciales. No obstante dicha regulación no establece claramente quien es el titular de esos derechos, ni el concepto de remuneración equitativa, los criterios para su diseño, o los competentes para su determinación, ni tampoco qué debe entenderse por “artículos periodísticos”. No obstante, con respecto a la primera cuestión, la titularidad de estos derechos, y como consta en el HP 19, hasta el momento la interpretación dada por la judicatura otorga la titularidad del derecho al grupo editor. Desde el punto de vista de la libre competencia, y de la competencia de este Consejo, obviamente no cabe pronunciarse sobre cómo debe interpretarse el artículo 32.1 del TRLPI respecto al titular de los derechos contenidos en dicho artículo, ni sobre el resto de las cuestiones abiertas. Cuestión distinta es que dicho artículo 32.1 deja abierta la forma en la que los titulares del derecho –sean quienes fueren- pueden explotarlos y que la conducta desarrollada por AEDE ha pretendido unificar bajo un mismo criterio la forma de comercializarlos, sustituyendo así la voluntad individual de cada titular por un concierto de voluntades.

La propia AEDE en sus alegaciones a la PR (pag.14 y 15) reconoce expresamente las distintas alternativas que tienen los titulares de los derechos cuando dice que:

“Desde el ámbito de la propiedad intelectual, la clave de este expediente es el artículo 32.1 de la Ley de Propiedad Intelectual. Este artículo de la Ley de propiedad Intelectual prevé dos posibilidades sobre las actitudes que pueden adoptar los autores.

La primera posibilidad es la oposición expresa de los autores de artículos periodísticos a que se reproduzcan o utilicen sus contenidos sin autorización. Este derecho es el general en la Ley de Propiedad Intelectual (también en el Código Civil al regular la propiedad sobre bienes tangibles) y requiere el consentimiento del autor (o del propietario en el caso de bienes tangibles) para la utilización de sus creaciones (o de sus bienes).

La segunda posibilidad es la no oposición expresa y la consiguiente posibilidad de que se reproduzcan o se utilicen los artículos periodísticos por terceros que no han participado en su elaboración en contraprestación a una remuneración equitativa. Esta última posibilidad es excepcional y novedosa en el campo de la propiedad intelectual, porque difumina una facultad fundamental de cualquier propietario, la exclusividad (Subrayado añadido)”.

Consta suficientemente probado por la instrucción del expediente que desde la Junta Directiva de AEDE se instó la adopción de una posición común con respecto a cómo interpretar el contenido del artículo 32.1 del TRLPI y qué acciones debían llevarse a cabo por parte de cada uno de los asociados para lograr concienciar a todo los intervinientes en el mercado afectado de que dicha interpretación era la única amparada por la regulación; la auténtica. Por un lado debían, utilizando sus propios medios de comunicación, publicar cada uno de ellos que (1) el titular del derecho de remuneración al que se refería el artículo 32.1 era el editor en cuyo medio aparecía la noticia objeto de reproducción y no el autor que firmase la noticia, (2) que cada editor prohibía la reproducción no autorizada de las noticias objeto de reproducción por terceros, y (3) que para desarrollar la actividad de press clipping se requería una autorización explícita de cada editor a cada empresa de press clipping. Seguidamente, para consolidar esta unicidad en el modo de explotación comercial del derecho de propiedad intelectual se les distribuyó un informe jurídico en el que se recomendaba incluir ciertas cláusulas, reproducidas en el HP 36, en sus relaciones contractuales individuales con las empresas de press clipping, con idéntico objeto. Se trata pues de una actuación en la que la voluntad comercial individual de cada empresa editora se ve sustituida por una única voluntad que se manifestó a través de las recomendaciones de la Junta Directiva de la asociación, perdiéndose por tanto la independencia de criterio que debe regir las políticas comerciales de los competidores en un mercado, en este caso el de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

Se trata por tanto de un tipo de acciones comunes de concienciación colectiva, para conseguir una interpretación única y no pacífica del contenido del art.32.1 del TRLPI favorable a los intereses de los miembros de la AEDE, unificando las condiciones comerciales en el seno de AEDE y restringiendo con ello a una sola las dos posibilidades que brinda el artículo 32.1: la oposición general a la publicación, a no ser que medie una autorización expresa o la no oposición sujeta a una remuneración equitativa. Así, un titular del derecho puede encontrar más beneficioso a sus intereses individuales la opción de no oposición, incluso renunciando a la remuneración equitativa, si piensa que eso va a facilitar la inclusión de sus noticias y con ello una mayor publicidad para su cabecera. Este tipo de recomendaciones, aun no siendo vinculantes, tienen la capacidad de limitar la competencia.

La participación de AEDE en el contenido de un convenio marco para la firma de contratos entre editor y empresa de press clipping, y su difusión a los asociados.

En este contexto de recomendaciones desde la Junta Directiva de AEDE, la Dirección de Investigación considera acreditado en el expediente que AEDE también es responsable del contenido final de los contratos que miembros de AEDE han estado firmando con empresas de press clipping, y que se derivan del denominado Convenio Marco de AFEC y Editores. El Consejo coincide con la valoración de la Dirección de Investigación sobre la incompatibilidad de esta conducta con el artículo 1 de la LDC y con la responsabilidad de la AEDE en el desarrollo de la misma.

El Consejo valora que según los HP 36, 37, 38, 39, 43, 45, 46, 47, y 51, desde AEDE se trabajó también para elaborar un marco contractual para estandarizar ciertas políticas comerciales, con la intención de que éste fuese aplicado en los contratos a firmar individualmente entre cada editor y cada empresa de press clipping. AEDE por tanto es responsable tanto de haber participado en el diseño para la unificación de las condiciones comerciales que debían regir en los contratos a firmar entre editores y empresas de press clipping, como de haber difundido entre sus asociados el resultado de dicho diseño. Constan en el expediente tres documentos base sobre los que se articula esta conducta, y es un hecho probado que al menos dos de ellos fueron distribuidos desde la Junta Directiva de AEDE a sus asociados. Por un lado el documento elaborado por el despacho de Cremades & Calvo Sotelo de 2 de febrero de 2007, por encargo de la AEDE (HP 33); el Convenio Marco fechado el 1 de junio de 2007 elaborado por AFEC y que fue firmado por varios editores (HP 42); y el Preacuerdo de AFEC y RECOLETOS (HP 44). El documento elaborado por Cremades & Calvo Sotelo contiene una serie de recomendaciones que se vieron reflejadas en las cláusulas del contrato tipo finalmente firmado entre la AFEC y algunos editores, como prueba la Dirección de Investigación en el HP 55. Igualmente, la estructura de facturación, conceptos facturables, niveles tarifarios, duraciones y otras variables comerciales, que figuraban en el preacuerdo de RECOLETOS y AFEC, fueron incorporados finalmente en el convenio marco propugnado por AFEC y firmado entre ésta y varios editores (HP 43, 44 y 48). Está igualmente probado que AEDE circuló el preacuerdo AFEC y el Grupo RECOLETOS entre sus asociados. Por una parte así consta en el acta de la Junta Directiva de AEDE de 27 de septiembre de 2007 (HP 45, f 5206 y ss), en el punto 4 del orden del día donde se dice textualmente: *“Desde AEDE y con el ánimo de propiciar la firma de acuerdos a nivel individual se ha circulado el acuerdo marco que estaba negociando RECOLETOS.”*(Subrayado añadido); también consta que AEDE distribuyó a sus asociados el “contrato marco” de AFEC en una nota enviada por AEDE a sus asociados, y aportada por un editor al expediente (HP 46, f 5647), nota fechada en julio de 2009 con el objeto de *“Informar a los asociados que todavía no han alcanzado acuerdos con las empresas de press-Clipping sobre la situación actual de las mismas (...)”*.

De igual forma, la tramitación de este expediente ha permitido probar que los contratos que finalmente fueron firmados entre distintos editores y AFEC y entre distintos editores y distintos operadores de press clipping contenían, no solo idéntica estructura contractual, sino idénticas cláusulas contractuales entre ellos e idénticos precios en el concepto facturable de “recorte” e idénticos rango de precios por categorías en el concepto de “cabecera, mes y cliente”. Dicha coincidencia también se revela entre dichos contratos y los denominados Convenio Marco de AFEC y Preacuerdo de AFEC y RECOLETOS. Independientemente de que AEDE manifestase que actuaba como intermediario y no como interlocutor, y que la facultad de establecer las condiciones comerciales era de cada editor, lo que es innegable es que distribuyó dicho modelo de contrato entre sus asociados, y que dicho modelo fue el finalmente seguido por los editores, eliminándose con ello los incentivos a la negociación individual que debería regir entre los distintos oferentes y distintos demandantes de un mercado. De nuevo, la actuación colectiva sustituyó a la iniciativa individual que sustenta las bases de una leal competencia entre los agentes en un mismo mercado. Consecuentemente el Consejo coincide con la propuesta de la Dirección de Investigación en que AEDE es responsable de una conducta contraria al artículo 1 de la LDC al haber actuado con el objeto de unificar las condiciones de oferta al mercado que sus miembros debían haber diseñado de manera individual, en competencia unos con otros, con el fin de

captar clientes en base a sus mejores ofertas comerciales. Se ha renunciado a competir en precios, en su lugar se ha definido un producto estándar, se han establecido unos rangos de tarificación en función de unos rangos de calidad determinados por los propios oferentes, y se ha impedido que la demanda, en un proceso competitivo, jugase su papel en la determinación final de los precios, en función de las distintas ofertas recibidas.

Alegaciones presentadas por AEDE

La alegación principal de la AEDE reside en la ausencia de infracción del artículo 1.1 de LDC, por varias razones.

En primer lugar alega que a diferencia de los pactos colusorios las recomendaciones de una asociación no son vinculantes, no afectan a la libertad contractual de las partes, y por ello la ilicitud de una recomendación deberá medirse por el grado de seguimiento. De hecho la figura de la recomendación como ilícito no figura explícitamente en el texto del artículo 101 del TFUE, por lo que incluso cabría plantearse una cuestión prejudicial sobre la adecuación del art.1 LDC a la legislación comunitaria.

Corresponde señalar primeramente que las recomendaciones de la AEDE si han sido seguidas por sus miembros. Como ha quedado acreditado en el HP 26, numerosos miembros de AEDE publicaron idéntica advertencia en sus periódicos manifestando su oposición a que las noticias de sus periódicos fuesen reproducidas sin tener una autorización expresa para ello, tal y como se discutió en la Junta Directiva Extraordinaria del 31 de mayo. Igual seguimiento cabe observar de las cláusulas contractuales comerciales que los editores han, mayoritariamente, incluido en sus contratos con las empresas de press clipping, que incluyen no solo el mismo precio por recorte, sino iguales condiciones con respecto a las condiciones de explotación de la cesión del derecho de propiedad intelectual objeto del contrato, por lo cual siguiendo sus propias alegaciones, dado que ha habido seguimiento habría habido infracción. Además, y, lo que es aún más importante, el Consejo también debe descartar esta alegación por ser contraria tanto a la doctrina comunitaria, como a la nacional, tal y como recientemente ha recordado este mismo Consejo en la RCNC S/0106/08, ALMACENES HIERRO de 17 de mayo de 2010, en cuyo Fundamento de Derecho Sexto expresó, ante idéntica alegación, que : *“Es erróneo afirmar que el artículo 101.1 TFUE no tipifica las recomendaciones colectivas salvo que quede probado su seguimiento por los destinatarios, porque si bien ese precepto del Tratado no utiliza el término “recomendación”, es pacífico en la doctrina que las recomendaciones colectivas están incluidas en el tipo del artículo 101.1 TFUE como decisiones no vinculantes. Así se desprende también de la jurisprudencia y de la práctica de la Comisión, que han afirmado que la mera recomendación cae bajo la noción de decisión en cuanto sea “expresión de la voluntad de la asociación de coordinar el comportamiento de sus miembros en el mercado (STJUE de 29/11/1980, As. 209/78 y acumulados, FEDETAB, párr. 86; STJCE de 12/01/1987, As. 45/85 Verband der Sachversicherer, párr. 32; STJUE de 8/11/1983, As. 96/82 IAZ, párr. 21; Decisión 96/438/CE Fenex de 5/06/1996, párr. 47, y Decisión COMP/38.549, Barème d'honoraires de l'Ordre des Architectes belges de 24/06/2004, párr. 10). El seguimiento efectivo por los asociados de la recomendación no forma parte del elemento del tipo, porque lo relevante para la prohibición, además del origen colectivo, es la aptitud de la recomendación para armonizar u homogeneizar el comportamiento competitivo de los asociados. En esta línea resulta oportuno recordar que la prohibición de colusión del art. 101.1 TFUE es objetiva y preventiva, en el sentido que prohíbe toda conducta de*

origen concertado que objetivamente tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de restringir la competencia en el mercado considerado, sin que el precepto permita afirmar que tal carácter preventivo se predique sólo de las conductas que tienen fuerza obligatoria para las partes del acuerdo o para los miembros de la asociación porque, de nuevo, lo relevante es la aptitud (por el contenido, por quien la hace y por cómo se difunde) de la conducta para unificar el comportamiento de los asociados, y esta aptitud restrictiva no depende en absoluto de su naturaleza vinculante u obligatoria.

Por tanto, acreditado que las decisiones no vinculantes -recomendaciones si se utiliza la nomenclatura de la legislación nacional- sí están incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE, cuando son aptas para armonizar el comportamiento competitivo de los asociados, no existe discrepancia alguna entre el derecho nacional y el derecho comunitario, ni puede afirmarse que el Derecho nacional sea más restrictivo que el Derecho comunitario en este aspecto”.

Una segunda alegación es que solo las decisiones de la Asamblea General o la Junta Directiva podrían ser valoradas como recomendaciones de la asociación, nunca las decisiones de un empleado. No se entiende muy bien el objeto de esta alegación, dado que los hechos probados en este expediente identifican a la Junta General de AEDE como órgano sobre el que ha recaído la organización, diseño e implementación de la estrategia común para que los asociados actuaran coordinadamente. Así lo reflejan las actas de dichas Juntas Directivas. Concretamente el debate y líneas conjuntas de actuación se produjo en una Junta Directiva Extraordinaria, convocada para el 31 de marzo de 2006 y cuyo único punto en el orden del día, fue textualmente: “Análisis de la situación y acciones a emprender desde AEDE ante el proyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual”. El contenido del acta de dicha Junta se reproduce en el HP 25, y por tanto si las acciones contenidas en él se valorasen finalmente como anticompetitivas, la responsabilidad sería de la Junta Directiva, no de ningún empleado, como la Dirección de Investigación ha propuesto, sin que el Consejo pueda valorar que el caso que nos ocupa tenga cabida la alegación descrita.

Según AEDE, tampoco podría haber infracción del artículo 1.1 de la LDC porque los editores no compiten entre sí en el mercado de derechos de propiedad intelectual sobre noticias para la elaboración de press clipping, porque una noticia de una editora en concreto no es sustituible por la de otra editora, sino que ambas noticias deben figurar en el recorte de prensa si se quiere que tengan atractivo para un potencial cliente. Solo las empresas de press clipping son competidores entre sí en su opinión. El Consejo entiende que este planteamiento de AEDE supone trasladar incorrectamente la idea de que las noticias de prensa son un elemento esencial en la elaboración de los resúmenes de prensa a que cada uno de los recortes de prensa constituye en sí mismo un producto esencial por su insustituibilidad, lo que llevaría al absurdo de delimitar como mercados relevantes cada una de las noticias publicadas por cada una de las distintas editoras. Ciertamente la calidad del resumen de prensa que se elabora no es función sólo de la variable cuantitativa respecto a los recortes que se incluyan en el mismo, sino de su variable cualitativa, entendiendo que a mayor variedad de fuentes de información sobre una misma noticia, mayor será la calidad del resumen de prensa, pero ello no puede ser interpretado en los términos de que ningún recorte de prensa es sustituible por otro y por lo tanto los editores no compiten en el mercado de derechos de propiedad intelectual de los recortes de prensa, y consecuentemente no hay afectación alguna de la competencia en las conductas de AEDE que puedan infringir el artículo 1.1 de la LDC.

Otra razón alegada por AEDE es que el comportamiento de los editores es neutro, porque no afecta a los clientes finales del press clipping. En primer lugar, como ha concluido la Dirección de Investigación, y así se refleja también en los HP al comenzar a hablar sobre la caracterización del mercado y su contexto normativo, dos son los 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*. Por lo tanto, sería suficiente con que la conducta afectara a uno solo de los mercados, para que no pudiese alegarse que el comportamiento de los editores es neutro. Se ha acreditado que la conducta distorsiona objetivamente las condiciones de competencia en el mercado de los derechos de propiedad intelectual regulados en el artículo 32.1 del TRLPI. Además, en este caso, dado que el comportamiento afecta a un elemento esencial en la producción del servicio final que se ofrece con el press clipping, la afectación es directa, pues dependiendo de cómo se desarrolle la competencia en el mercado del input, la oferta de press clipping será una u otra, tanto en términos de cualitativos como cuantitativos, en beneficio o en perjuicio de los clientes finales de press clipping. No cabe pues más que rechazar también esta alegación.

También se alega que los editores con su postura no pretenden explotar abusivamente sus derechos de PI, sino evitar que la actividad de press clipping reduzca sustancialmente sus ventas de diarios y con ellos el valor de sus espacios publicitarios, ligados directamente a las tiradas, pues se estima una pérdida de 100.000 diarios como consecuencia de la actividad de press clipping. El Consejo de la CNC, y antes el TDC, se han manifestado reiteradamente sobre la falta de intencionalidad anticompetitiva de una conducta, en el sentido de recordar que el artículo 1 de la LDC establece una prohibición objetiva, por lo que la intencionalidad no es un requisito para establecer la ilicitud del tipo infractor de este artículo. La ilicitud viene dada por el contenido objetivo del acuerdo, no por la finalidad del mismo. Además, el Consejo considera que no es el marco de una resolución sancionadora el adecuado para desarrollar o continuar el intenso debate de actualidad sobre el derecho de propiedad intelectual y la regulación para su defensa, dado que el marco de la presente resolución es el del análisis de conductas anticompetitivas, y si bien puede ser necesario tener en cuenta el contexto de una determinada conducta a la hora de apreciar la ilicitud de la conducta, este no puede servir de excusa para dejar impune una infracción por objeto de la LDC en un caso como el presente.

Con respecto a la imputación de haberse adoptado una posición común en la gestión de los derechos de Propiedad intelectual del artículo 32.1 del TRLPI, alegan que (i) no se tomó ningún acuerdo en la reunión del 31 de mayo de 2006, de hecho el acta dice que “podían publicar” porque no hubo un acuerdo asociativo, (ii) que no existe una expresión de la voluntad asociativa, y (iii) que no se deduce de los actos posteriores. El Consejo no puede estar más en desacuerdo. Los hechos que han llevado a este Consejo, y previamente a la Dirección de Investigación, a considerar probada la infracción se basan en una sucesión de hechos probados. Primero, se emite un comunicado de prensa firmado por AEDE sobre el rechazo al texto del artículo 32.1 del TRLPI en discusión en ese momento en el Congreso y el Senado (HP 23, y 24); segundo, en la Junta Directiva de AEDE, la misma que citan en la alegación, se diseña un plan para hacer varias cosas en caso de que el texto que finalmente salga del Parlamento no sea el que ellos están propugnando (HP 25); tercero, entre esas “varias cosas” se incluye “*Publicar en los diarios una nota de los editores y free lances para oponerse a que su contenido sea utilizado*”; cuarto, en la misma acta se refleja que : “*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"; y quinto, como consta en el HP 26, en julio y agosto, coincidiendo con la publicación y entrada en vigor del artículo 32.1 del TRLPI, al menos 50 cabeceras de distintos medios de prensa publicaron su posición común de ejercer el derecho de oposición y prohibir la reproducción de sus artículos sin una autorización expresa. AEDE pretende que no ha existido prueba directa del acuerdo porque no consta expresamente el término "acuerdo" en el acta de la Junta Directiva de 31 de mayo de 2006. El Consejo considera que la sucesión de hechos probados que acaba de narrar constituyen un conjunto no sólo de prueba directa, sino llegado el caso, de una irrefutable prueba de presunciones, pues tenemos los indicios y la relación entre estos y el hecho observado, sin que a juicio del Consejo quepa una explicación plausible alternativa.

AEDE alega, entiende el Consejo que a modo de explicación alternativa plausible, que la segunda de las interpretaciones del nuevo artículo 32.1 no resultaba coherente con lo defendido siempre de forma individual por lo editores, ni con sus intereses comerciales. Y que ya se oponían antes individualmente y lo hacían en el legítimo ejercicio de sus derechos de explotación exclusiva que les concede la LPI. Respecto a estas últimas alegaciones el Consejo no está juzgando las interpretaciones que cada editor haya hecho de forma individual sobre la regulación de los derechos de propiedad intelectual en materia de recortes de prensa ante una realidad regulatoria distinta de la que generó el nuevo texto del artículo 32.1, sino la adopción común de la interpretación sobre una nueva regulación que ofrecía la posibilidad de distintas formas de gestionar unos derechos concretos en el mercado, y que fruto de dicha adopción de una posición común, se redujeron significativamente esas posibles formas distintas de comercializar los derechos entre editores. Respecto a que ya se habían opuesto con anterioridad y así lo habían publicado, hay que aclarar que lo que los distintos editores publicaban diariamente, era la advertencia de reserva de derechos de propiedad intelectual con carácter general, habitual en cualquier producto protegido por derechos de propiedad intelectual. Dicha advertencia se ubicaba junto a los recuadros identificativos del grupo editorial, la identificación de los miembros del periódico y responsables de las distintas secciones, en un tamaño de letra muy reducido, y como el resto de información de este tipo, ubicado en un espacio específico del periódico de escasa atracción para el lector, espacio no dedicado a noticias de interés público, sino de carácter identificativo. En definitiva, no puede pretender AEDE que un aviso estándar y general de "reservados los derechos de propiedad intelectual", sea de la misma naturaleza y objeto que los anuncios a los que se refiere el HP 26, resultado de una recomendación de unificar políticas comerciales.

Alegan también la ausencia de efectos, pues en ausencia de esos anuncios las empresas de press clipping seguían obligadas a recabar la autorización. El Consejo no comparte esta alegación, pues con la nueva regulación las empresas de press clipping deberán recabar la autorización siempre y cuando se haya ejercido previamente el derecho de oposición, y la recomendación realizada por AEDE ha mermado el ejercicio individual de cada editor para optar por ésta vía o por otra. Lejos de ausencia de efectos, la recomendación los ha tenido, como se deduce de la cláusula 1ª del Convenio Marco descrito en el HP 51.

Con respecto a la recomendación a sus asociados sobre ciertas cláusulas contractuales alegan su derecho a solicitar informes jurídicos para solventar sus dudas, lo que incluye consejos, teniendo en cuenta la ambigüedad del nuevo 32.1. Evidentemente el Consejo no cuestiona el derecho a solicitar informes jurídicos, ni individualmente, ni desde la propia asociación, ni se valora la solicitud y emisión de

dichos informes como una conducta contraria al artículo 1, lo que se ha valorado como anticompetitivo, es que sobre la base de dicho informe jurídico se hayan recomendado desde la asociación la inclusión en los contratos a firmar entre el editor y la empresa de press clipping idénticas cláusulas que afectan directamente a las condiciones comerciales en las que el vendedor y el comprador del derecho de propiedad intelectual objeto del contrato acuerdan la transacción. El ilícito está en recomendar que todos los editores sigan idénticas estrategias de comercialización, como por ejemplo que impidan a los compradores que las noticias e informaciones las puedan explotar de forma individual; que los clientes y usuarios del comprador sean los únicos destinatarios finales del producto elaborado; que las reproducciones se acompañen de signos distintivos del vendedor (editor); que se impidan alteraciones o modificaciones de la obra colectiva; impedir que con los derechos adquiridos se pueda elaborar una hemeroteca de uso para los clientes del adquirente del derecho; o que el editor pueda realizar auditorías de la documentación interna del adquirente. No puede pretender AEDE que este tipo de conductas deba ser considerado como un derecho a solicitar asesoramiento jurídico especializado.

Con respecto al envío de cartas que AEDE realizó a un elevado número de clientes de empresas de press clipping, solicitando a los destinatarios de dichas cartas que exigiesen a sus respectivos proveedores de press clipping que les acreditaran tener las autorizaciones de los respectivos editores, y en caso negativo que cesaran en la contratación de esos servicios, AEDE alega que no se menciona a ninguna empresa en esos requerimientos y que el envío de requerimientos no está tipificado como un ilícito del 1.1. de la LDC; y que si la Ley de Competencia Desleal, en su artículo 33.2 reconoce a las asociaciones legitimación activa para presentar demandas judiciales, más aun podrán las asociaciones reclamar que se respeten los derechos de sus asociados. El Consejo recuerda que lo que se está declarando como ilícito en el presente expediente es la conducta seguida por la AEDE por su carácter objetivamente anticompetitivo, dado que supone una recomendación de unificar las formas en las que los editores han decidido comercializar los derechos de propiedad intelectual del artículo 32.1 del TRLPI. Como ya se ha dicho el nuevo texto del citado artículo deja abierta la posibilidad de comercializar estos derechos de al menos dos formas alternativas, como la propia AEDE ha reconocido en sus alegaciones. Las cartas enviadas a los clientes de press clipping se limitan exclusivamente a informar de una de las dos opciones como si esa fuera la única. Es decir, supone un elemento más en la estrategia de la AEDE de reducir a una sola las posibilidades de actuación en el mercado de los derechos de propiedad intelectual del artículo 32.1 del TRLPI, limitando las posibilidades de competencia en este mercado que ofrece dicho artículo. Por lo tanto, el envío de dichas cartas, debe valorarse en el contexto de actuaciones que la AEDE ha venido desarrollando desde que se iniciaron los procedimientos de cambio regulatorio para modificar el contenido del artículo tantas veces señalado. Este hecho concreto no puede valorarse en términos de defensa de la competencia pretendiendo que se ha producido de forma aislada por parte de AEDE, tal y como pretende el alegante, pues su motivación no es diferente de la que ha llevado a la AEDE a constituir el resto de actos analizados en este expediente, formando todos ellos parte de una misma conducta, conducta objetivamente anticompetitiva según se ha fundamentado a lo largo de este fundamento de derecho.

Respecto a la responsabilidad de la AEDE en cuanto al contenido del Convenio Marco de la AFEC, alega la AEDE que el ilícito sería el acuerdo en sí mismo, pero no las negociaciones para llegar a un acuerdo, que es lo único que la Dirección de Investigación ha podido esbozar. Y respecto a haber participado en un intercambio de

información al haber distribuido el preacuerdo de un competidor, el Grupo RECOLETOS con la AFEC, las alegaciones de AEDE se centran en que la Dirección de Investigación se basa en prueba indiciaria para decir que AEDE conocía y distribuyó el preacuerdo de AFEC RECOLETOS, y que eso es falso, porque AEDE supo del contenido del preacuerdo de RECOLETOS y AFEC cuando accedió al expediente con motivo del Pliego de Concreción de hechos. Alega también que no tuvo conocimiento del contenido del Convenio Marco de AFEC hasta el 21 de septiembre de 2007.

En primer lugar el Consejo considera que lo que la Resolución contiene a lo largo de los hechos probados es algo más que “esbozar” unas negociaciones para llegar a un acuerdo. Primero, se ha acreditado que entre AEDE y AFEC se celebraron al menos cuatro reuniones “*para establecer un marco contractual*” (HP 36, 37, 38, y 39); segundo, que en la primera reunión AEDE deja claro que no es competente para firmar ningún acuerdo, pero si para proponer su contenido después de que “*En una próxima reunión se acordó que ellos [AFEC] nos detallarán los problemas que tienen con los contratos y nosotros estudiaríamos un posible marco contractual con los factores o variables que entendemos deberían ser contempladas en el mismo*” (HP 37); tercero, el Grupo RECOLETOS, que en ese momento también ocupaba la presidencia de la AEDE, firmó en marzo de 2007 un preacuerdo con AFEC sobre un Convenio Marco en el que se incluyeron algunas de las recomendaciones contenidas en el informe jurídico solicitado por la AEDE y que después fue distribuido a sus asociados, y también se incluyó la estructura tarifaria (HP 39 y 40); cuarto, que AEDE circuló el acuerdo que estaba negociando el Grupo RECOLETOS, como consta en las actas de sus Juntas Directivas de 27 de septiembre de 2007, aportadas por la propia AEDE, donde textualmente se dice “*desde AEDE y con el ánimo de propiciar la firma de acuerdos a nivel individual se ha circulado el acuerdo marco que estaba negociando RECOLETOS*” (HP 45); y quinto, una de las editoras asociadas a AEDE ha aportado un documento recibido de la propia AEDE en la que AEDE reconoce haber remitido dicho modelo de contrato (en este caso un “*contrato marco*” [elaborado por AFEC en septiembre de 2007] que refleja los puntos básicos sobre los que se estaban alcanzando [acuerdo] con algunos editores” (HP 46). Es decir, hay pruebas directas en el expediente, como son las propias actas de las Juntas Directivas de AEDE en las que se dice explícitamente que “*AEDE circuló el acuerdo que estaba negociando RECOLETOS*”, por lo tanto a la vista de estos hechos no es cierto que AEDE conociese el Convenio Marco de AFEC al acceder al presente expediente, pues en septiembre de 2007 reconoce haberlo circulado entre sus asociados.

A propósito de la distribución del preacuerdo entre el Grupo RECOLETOS y AFEC, AEDE alega que la denegación de la prueba propuesta ante el Consejo le ha generado indefensión, por tratarse de una prueba de descargo. AEDE proponía que se requiriese a los editores que adjuntasen un correo electrónico recibido en septiembre de 2007 desde AEDE con su anexo correspondiente para demostrar que dicho anexo no contenía el preacuerdo firmado por el Grupo RECOLETOS sino el Acuerdo Marco elaborado por AFEC. En este caso quedaría acreditado que AEDE no participó en ningún intercambio de información.

A los efectos de juzgar la participación de AEDE en el contenido del Convenio Marco de AFEC con los Editores, y la recomendación desde AEDE de que se firmasen acuerdos entre el editor y la empresa de press clipping, siguiendo el modelo del Convenio Marco que se les entregó a modo de ejemplo, es irrelevante si el documento anexo era el preacuerdo entre el Grupo RECOLETOS y AFEC, como figura en las

propias actas de AEDE, o si el documento anexo es el Convenio Marco de AFEC y Editores formalmente elaborado por AFEC. Y ello porque la conducta ilícita no es la de un intercambio de información entre empresas competidoras, sino la participación de la AEDE en la unificación y homogeneización de las condiciones comerciales estipuladas en un contrato de compra-venta de un producto, y la recomendación a sus asociados de que todos ellos siguieran dicho clausulado a la hora de firmar individualmente con las empresas de press clipping. De hecho, el Convenio Marco de AFEC es un convenio marco para ser firmado inicialmente entre la AFEC y cada editor, por lo que presumiblemente lo que cabría esperar es que tanto el preacuerdo firmado entre el Grupo RECOLETOS y AFEC, como el Convenio Marco de AFEC y Editor, fuesen esencialmente el mismo, pues el Grupo RECOLETOS no es sino un Editor, y probablemente tal identidad de contenidos es la base para que la propia AEDE reconociese haber distribuido el preacuerdo de RECOLETOS y AFEC, cuando en realidad podría haber anexo, como ahora alega, el Convenio Marco AFEC y Editor. Por lo tanto, dado que no se trata de una imputación de intercambio de información aislada como pretende hacer creer AEDE, el Consejo no aprecia la indefensión que la denegación de la prueba le habría ocasionado.

Por último, cabe señalar la alegación que AEDE realiza sobre que en caso de haber incurrido en una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC, concurrirían, en la conducta de AEDE, los criterios de aplicación del artículo 1.3 de la misma Ley, tal y como ya reconoció la Audiencia Nacional en su Sentencia de 8 de febrero de 2008 sobre el recurso planteado por GEDEPRENSA a la denegada autorización solicitada en su día al TDC.

En primer lugar, la Audiencia Nacional concluye que el Contrato realizado entre las principales editoras de prensa para la creación de GEDEPRENSA supone una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC, al tratarse de un *“acuerdo horizontal entre competidores que deciden unificar sus políticas de gestión y explotación de sus derechos de propiedad intelectual en relación con los resúmenes de prensa”*...que *“... produce el efecto de sustituir el comportamiento autónomo e independiente de los cedentes de los derechos por la actuación común con sus competidores..”*. No obstante, valoró que con las correcciones propuestas por el Servicio de Defensa de la Competencia, se apreciaba la concurrencia de los requisitos del artículo 3 de la Ley 16/1989, con lo que de haber estado en vigor la Ley 16/1989 habría sido procedente conceder una autorización singular al acuerdo estudiado.

El Consejo estima que las diferencias entre el proyecto GEDEPRENSA y las conductas desarrolladas por AEDE con motivo del cambio regulatorio son significativas, no pudiendo serle de aplicación inmediata las conclusiones de la SAN, como pretende AEDE en su alegación. En primer lugar, en aquel caso las cinco principales empresas editoras llegaron a un Acuerdo de creación de una *“Entidad Gestora de derechos de propiedad Intelectual”*, mientras que en el caso actual lo que se analiza es un simple acuerdo entre competidores para ejercer sus derechos de propiedad intelectual de forma individual pero con los mismos parámetros comerciales, eliminado la competencia entre ellos. En segundo lugar, GEDEPRENSA, como acuerdo horizontal entre competidores que era, suponía eliminar la competencia horizontal entre sus fundadores, pero a cambio también la gestión conjunta podía suponer, como reproduce la SAN en su FD séptimo: una gestión más eficiente en la lucha contra los incumplimientos de las empresas comercializadoras de press clipping; un aumento del valor relativo del producto final, el recorte de prensa, pues en ausencia del acuerdo puede que importantes cabeceras decidieran no permitir sus

reproducciones, lo que reduciría el valor final del recorte de prensa; un ahorro de costes de gestión; facilitar el acceso de los clientes a un repertorio extenso y completo; y permitiría la creación de mecanismos ágiles de acceso constante al repertorio por parte de los licenciatarios. La Audiencia Nacional también considera que: *“A lo anterior hay que sumarle que la puesta en común de capacidades por parte de los integrantes del acuerdo permitirá, gracias a las nuevas tecnologías, una explotación mucho más rica de la información existente, permitiendo la aparición de nuevos productos en el mercado adaptados a las necesidades más exigentes de los consumidores de información, contribuyendo con ello tanto a la profundización del mercado de RP y de otros mercados -estudios de mercado, información comercial, etc.- y por tanto a la mejora en la comercialización de esos productos y al progreso técnico”*.

Sin embargo, lo que se está valorando en el caso presente es solo una recomendación para que todos los editores adopten una única forma de comercializar sus derechos, sin que exista ninguna plataforma que permita obtener ninguna de las posibles mejoras enumeradas en el párrafo anterior, que se estimaron podían suceder con la puesta en marcha de GEDEPRENSA, a excepción quizás de la referida a una lucha más eficiente contra el incumplimiento del deber de remuneración del artículo 32.1 del TRLPI. No se trata de una gestión conjunta en la comercialización de los derechos regulados en el artículo 32.1 del TRLPI, sino de un simple acuerdo horizontal entre competidores que altera las condiciones de competencia en el mercado, reduciendo las posibilidades de diferenciación en la oferta, unificando precios, y fijando límites a la creación de nuevos productos. Por todo ello, el Consejo no aprecia que la conducta de AEDE *“contribuya a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico”*, por lo que ni siquiera se cumpliría el primero de los requisitos cumulativos del artículo 1.3 de la LDC.

En conclusión, el Consejo tras analizar las alegaciones presentadas por AEDE, valora que ésta ha incurrido en una infracción del art.1 de la LDC al haber acordado una actuación conjunta para la gestión de los derechos de propiedad intelectual del art. 32.1 del TRLPI del que reivindican ser titulares. Igualmente ha distribuido a sus asociados, con objeto de que les sirva de ejemplo, un modelo de convenio marco, bien el elaborado por AFEC, bien el preacordado por AFEC y RECOLETOS, en el que se detallan parámetros comerciales que deberían ser fruto de la negociación individual de las partes firmantes, en este caso un editor y una empresa de press clipping. AEDE ha jugado un papel activo en el diseño de los citados parámetros comerciales, al incluir en él las recomendaciones del informe jurídico, que en opinión de la Dirección de Investigación y del Consejo, va más allá de un simple informe jurídico sobre la interpretación y el alcance del contenido del nuevo art. 32.1 del TRLPI. Y ello porque dicho informe jurídico contiene recomendaciones de cómo establecer los parámetros comerciales con el fin obtener una forma determinada de comercializar los derechos de PI, y parte de dichas recomendaciones han acabado incluidas en los convenios que se han firmado entre AFEC y distintos editores, y también en los contratos firmados entre editores y empresas de press clipping. Ninguna de las alegaciones presentadas ante Consejo por parte de AEDE ha podido desvirtuar los hechos probados ni alterar la valoración jurídica expresada.

AEDE es pues responsable de dos conductas contrarias al art.1.1, una de recomendación interna entre sus asociados para unificar su forma de comercializar los derechos del artículo 32.1 TRLPI, y otra de acuerdo con la AFEC para unificar los

parámetros comerciales entre editores y empresas de press clipping y posterior recomendación a sus asociados.

QUINTO.- Sobre la ilicitud de las conductas responsabilidad de AFEC

La participación de AFEC en el contenido de un convenio marco para la firma de contratos entre editor y empresa de press clipping, y su difusión a los asociados.

De los hechos acreditados en el Informe Propuesta que la Dirección ha elevado al Consejo, éste considera probado que AFEC ha participado en distintas reuniones con representantes de AEDE y con representantes de la editora Grupo RECOLETOS (HP 36, 37, 38, 39, 40, y 44) fruto de las cuales AFEC ha elaborado un “Convenio Marco entre la AFEC y EDITOR” (HP 42) con el objeto de que fuese firmado, en una primera fase, por los distintos editores (HP 43), como así fue finalmente (HP 48), y que en una segunda fase dicho convenio fuese la base para los contratos a firmar entre cada editor y cada empresa de press clipping (HP 49 y 50). Igualmente ha resultado acreditado que AFEC firmó un preacuerdo con el Grupo RECOLETOS (HP 40) y que el contenido de dicho preacuerdo y del Convenio Marco entre AFEC y Editor, como se ha fundamentado en el FD Cuarto, contenían, no solo idéntica estructura contractual, sino idénticas cláusulas contractuales entre ellos e idénticos precios en el concepto facturable de “recorte” e idénticos rango de precios por categorías en el concepto de “cabecera, mes y cliente”.

El Consejo considera que de los hechos probados en el expediente, y que a continuación se analizan, no cabe otra interpretación que la concluida por la Dirección de Investigación. Estos hechos muestran que la interpretación del nuevo artículo 32.1 del TRLPI ha sido objeto de discrepancias no solo entre editores y empresas de press clipping sino también entre distintas empresas de press clipping. Una parte de las empresas aceptan la interpretación de que el titular del derecho de remuneración es el editor, mientras que otras siguen manteniendo que dicho titular del derecho es el periodista autor del “artículo periodístico”, y por tanto hay que propiciar acuerdos con los periodistas y sus asociaciones. AFEC surge de una escisión de la entonces asociación de empresas de press clipping, ASIP, el 8 de noviembre de 2006 (HP 4).

En su segunda Asamblea General, el 12 de diciembre de 2006, a la que se han incorporado ya nuevos miembros, se debate sobre las cuestiones no cerradas por la ley, como que la autorización sea necesaria y que la remuneración equitativa está pendiente de ser fijada por vía de consenso, judicial o arbitral, al no tratarse de un simple precio. Acto seguido se acuerda que AFEC presente una oferta concreta y explícita que recoja el espíritu de equidad que persigue la Ley. Se establece entonces el objeto (derechos, suministros, y XML y PFR separados), el sistema (remuneración por unidad recortada), la réplica (permitida-redistribución del clipping por cliente, no citar pero si contemplar), el coste (0.10 máximo y regionales y pequeños 50%) y el alcance (contingencia de cobertura respecto a reclamación de los autores). Adicionalmente se acuerda contactar con AEDE y enviarle la propuesta (HP 34). Es un hecho objetivo que las variables sobre las que se fragua el acuerdo no son otras que parámetros comerciales sobre los que cada empresa debería tener su propio diseño y planteamiento de forma independiente a sus competidores. Las funciones que AFEC está asumiendo en esta Junta Directiva son más propias de una central de compras, en las que se fijan precios y condiciones, que de una asociación sectorial. En la siguiente Asamblea General de 21 de febrero de 2007 (HP 35), se comunica a los asociados que el Ministerio de Cultura ha informado de la improcedencia de que actué la Comisión mediadora, ya que no puede activar ningún proceso de mediación porque

las empresas y asociaciones carecen de legitimidad para ello. Acto seguido se informa de que se le ha hecho a AEDE una propuesta *“referida al pago de remuneración por recorte y canon por cabecera utilizada”*. Además se insiste en que *“la fijación del precio de 0,04 por recorte debe darse por consolidado en tanto esa cifra es razonable (...) luego es positivo que todo el sector (...) comience a dar una sola cifra. El establecimiento del canon por cabecera incluye el suministro del periódico por tecnología digital”*. Otro de los asistentes *“opina que hay que pensar que nos van a rechazar la propuesta y darles una expectativa de mayor cobro con el pago de derechos por parte del cliente que replique el recorte que nosotros le enviamos”*. Es decir, es evidente que en el seno de la Junta Directiva se sigue debatiendo sobre los parámetros comerciales que deben regir las relaciones comerciales entre editores y empresa de press clipping.

En la Asamblea General de 22 de marzo de 2007 se informa de que en las reuniones mantenidas con AEDE se concluyó la necesidad de hablar con los editores, y que mientras que RECOLETOS si ha facilitado un acuerdo, PRISA y VOCENTO no están abiertas al mismo. Se lee en dicha junta el preacuerdo alcanzado con RECOLETOS. (HP 45).

También consta en el expediente, aportado por un grupo editor (SOFRES-KANTAR) en respuesta a un requerimiento de información, una copia fechada el 1 de junio de 2007 de un documento denominado *“Convenio marco entre la Asociación Federativa de Empresas de Clipping y Editor”*. Dicho Convenio contiene, entre otras cuestiones, las siguientes: (i) el reconocimiento del Editor como titular de los derechos referidos en el art.32 TRLPI, y su no oposición a la reproducción, (ii) la duración y termino, (iii) condiciones de suministro, concepto de usuario, concepto de réplica y (iv) las tarifas. En cuanto a las tarifas se establece el precio por cabecera y por recorte. Contiene tres precios por cabecera en función de que sea de difusión nacional, regional de más de 30.000 ejemplares y regional de menos de 30.000 ejemplares. El precio por recorte es único (0,04 €). Igualmente se fijan las tarifas en función del número de usuarios (dos tramos) y en función del número de destinatarios o réplicas (cuatro tramos). La comparación de preacuerdo con RECOLETOS y el Convenio Marco de AFEC y Editor no pudo sino concluir, en opinión de este Consejo, que el contenido es básicamente el mismo y las tarifas idénticas, tanto en estructura como en valores (HA 40 y 42).

En la Asamblea Extraordinaria de 12 de julio de 2007 se informa del logro obtenido al alcanzar un modelo de acuerdo con los cuatro parámetros básicos (recorte, cabecera, usuario y réplica) y se acuerda que mientras exista el actual estancamiento, y no se firmen los acuerdos entre editores y press clippers, se debería consignar una cantidad determinada por recorte para hacer frente a futuras reclamaciones. También se habla de que dicha consignación debería trasladarse al cliente y que éste debe entender que al menos hay que pagar el canon del 0,04. Otros creen que trasladar el canon de la consignación a los clientes es muy difícil. Los asistentes acuerdan en comenzar la consignación el 1 de septiembre de 2007 (HP 59). En la Asamblea General de 18 de octubre de 2007 se habla de los editores que han firmado el acuerdo marco y los que no, y se recuerda que el documento se envió al Director General de AEDE. También se acuerdan las bases sobre las que efectuar la consignación. En la Asamblea General de 26 de junio de 2008, al hablar de las negociaciones con Vocento se habla de *“como aceptan los parámetros de AFEC (0,05+cabecera+usuario) y como piden un aumento en las cantidades consignadas”*.

Alegaciones de AFEC y las empresas de press clipping

Como alegación previa, AFEC llama la atención sobre el contexto en el que deben valorarse sus actuaciones, marcado por la existencia real y cierta de dificultades a la hora de interpretar el artículo 32 del TRLPI; la interposición de diferentes acciones jurisdiccionales sobre las cuestiones del artículo 32; y la interpretación errónea que la Dirección de Investigación realiza del artículo 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, sobre la que se articula el expediente. El Consejo debe aclarar que la valoración de las conductas desarrolladas por AFEC como una infracción del artículo 1 de la LDC, como ha hecho la Dirección de Investigación, es independiente de la interpretación que se haga del artículo 32.1 del TRLPI en términos de titularidad del derecho. Como bien dice AFEC, éste no es el foro para debatir sobre las cuestiones abiertas en el texto del nuevo artículo 32.1, y que en efecto están siendo objeto de decisiones en los órganos jurisdiccionales competentes, y ni la Dirección de Investigación ni el Consejo lo han hecho en el marco de este expediente. Independientemente del alcance del citado artículo, la realidad constatada en el presente expediente es: (i) que del citado artículo 32.1, y sin necesidad de hacer interpretaciones sobre su alcance, emana un derecho de propiedad intelectual sobre los recortes de prensa susceptibles de ser reproducidos a través de la elaboración y comercialización de resúmenes de prensa o servicios de press clipping; (ii) que dichos derechos pueden ser objeto de compra venta, generándose por tanto un mercado para ellos; (iii) que las empresas asociadas en AFEC son los demandantes de dichos derechos; (iv) que las condiciones comerciales en las que cada empresa asociada adquiera dichos derechos debería ser fruto de la negociación individual de cada una de ellas con los oferentes de dichos derechos; y (v) que desde AFEC se ha actuado decidiendo, en nombre de los demandantes, unas únicas condiciones comerciales para poder llegar a acuerdos con los oferentes del mercado. Estos hechos no pueden más que ser valorados como una infracción del artículo 1 de la LDC, sin que la dificultad de interpretación del artículo 32.1 del TRLPI, o su errónea interpretación, pueda invalidar estos hechos y su valoración por parte de este Consejo.

Con respecto a las alegaciones referidas al convenio marco de AFEC, sostiene que no existieron reuniones AFEC-AEDE que dieran por resultado el Convenio o el esbozo del mismo; que los convenios que AFEC ha suscrito con diferentes editores no contienen pactos colusorios; y que la existencia de coincidencias entre las recomendaciones de AEDE y los pactos de AFEC no supone un concierto de voluntades restrictivas o colusorias.

Básicamente AFEC justifica que los hechos que se consideran probados en el expediente tenían por objeto buscar soluciones a la situación creada de incertidumbre sobre el alcance del artículo 32.1 del TRLPI y sobre la viabilidad en el mercado de las empresas de press clipping como consecuencia de esa incertidumbre. Alega que solo se buscaba una aplicación pacífica de la Ley; que AEDE nunca se vinculó a ningún acuerdo; que el primer acuerdo que sirvió de modelo a AFEC fue el acuerdo alcanzado entre AFEC y el Grupo RECOLETOS y que finalmente fue frustrado; que los convenios que AFEC ha suscrito con los distintos editores no contienen pactos colusorios; y que la existencia de coincidencias entre las recomendaciones de AEDE y los pactos de AFEC no suponen un concierto de voluntades restrictivas o colusorias.

En resumen, AFEC alega que no hubo ninguna intencionalidad anticompetitiva en el papel que desempeñó para poner en marcha el Convenio entre AFEC y los distintos editores, que no hubo ningún acuerdo con AEDE y que el contenido de los acuerdos no era de carácter colusorio. Estas alegaciones son explícitamente compartidas por la mayoría de las empresas de press clipping (ACCESO, BIDERDI, EDIFINSA, MY

NEWS, PRESS CUTTING y KANTAR), ACCESO añade además que si en la negociación entre AEDE y AFEC no hubiesen intervenido importes de la remuneración equitativa, no habría intervenido la Defensa de la Competencia y que el problema es que para desbloquear la acción conjunta de AEDE había que hablar de precio, pues el planteamiento de la AEDE es que solo se darían autorizaciones previo pago de una cantidad, y mientras tanto no se podía acceder a las publicaciones. Y el contrato tipo no nace con el fin de igualar o hacer converger las condiciones comerciales, sino como un imprescindible esquema de remuneración que exigirían los editores para dar las autorizaciones. KANTAR (antes SOFRES) alega, además, falta de motivación de la Dirección de Investigación para iniciar un procedimiento de terminación convencional; que la introducción del concepto de remuneración equitativa lleva a la necesidad de negociación; que la remuneración equitativa no es un precio a negociar entre las partes, sino que debe ser negociada con las asociaciones de usuarios o sectores afectados; que los criterios recogidos en el acuerdo marco son criterios de equidad que respetan los contenidos en el informe de la CNC sobre la gestión de los derechos de propiedad intelectual (grado de uso, repertorio, proporcionalidad, y nivel ya alcanzado por otros press clippers con otros periodistas (0.04 € por recorte); y que sería de aplicación el artículo 1.3 de la LDC porque el convenio marco contribuye a la mejora del proceso productivo o de comercialización.

Con respecto a la falta de intencionalidad anticompetitiva en la conducta este Consejo se remite a lo ya fundamentado en el párrafo séptimo del apartado “Alegaciones de AEDE” en el FD Cuarto de esta resolución. Nada cabe responder a la falta de acuerdo entre AEDE y AFEC porque en ningún momento la imputación es que hubiese habido un acuerdo final, formal y firmado entre ambas asociaciones, lo que se ha imputado como anticompetitivo son las negociaciones entre ambas asociaciones que han configurado un modelo de Convenio Marco seguido por numerosas empresas de press clipping y numerosos editores cuyo contenido infringe objetivamente el artículo 1.1 de la LDC, debiéndose una parte de dicho contenido a las exigencias manifestadas por la AEDE y otra parte al consenso entre ambas, fraguado a lo largo de las diversas reuniones mantenidas por ellos. No es que los Convenios entre cada editor y la AFEC contengan pactos colusorios, sino que el Convenio es el resultado de unas negociaciones colectivas que no pueden sino ser calificadas como colusorios bajo el artículo 1 de la LDC. No comparte pues este Consejo las alegaciones expuestas por la AFEC a las que se han sumado las empresas asociadas en ellas.

Tampoco comparte este Consejo la alegación realizada por ACCESO respecto a que si el convenio no incluyera precios no habría habido intervención de la defensa de la competencia. Como ya se ha argumentado, la variable precio no es la única condición comercial que ha resultado unificada como consecuencia de la elaboración del convenio Marco, sino que se han unificado otras variables como toda la estructura tarifaria, los niveles de precios de cada una de las partes que componen esa estructura tarifaria, la duración de los contratos, o la imposibilidad de crear otros productos con los derechos adquiridos (por ejemplo hemerotecas). Evidentemente tampoco se podría aceptar como alegación de que las tarifas fueron creadas como paso imprescindible para conseguir las autorizaciones de los editores, pues aun cuando ello pudiera resultar cierto, la acción de haber acordado los precios sería igualmente ilícita bajo el artículo 1 de la LDC.

Respecto a la falta de motivación alegada por KANTAR en la no iniciación de un proceso de Terminación Convencional, hay que recordar en primer lugar que es la Dirección de Investigación la competente para acordar el inicio de dicho

procedimiento, y en segundo lugar que puede que KANTAR no esté de acuerdo con la valoración de la Dirección de Investigación, pero eso no significa que la Dirección de Investigación no argumentara su decisión, pues lo cierto es que según la Dirección de Investigación el acuerdo de no iniciar la Terminación Convencional se basó en que la propuesta de los compromisos presentados no resolvían adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas colusorias objeto de este expediente.

Alega también KANTAR que lo que se fijó en el convenio no fue un precio sino una remuneración equitativa y que esta cumplía los criterios establecidos por la CNC en su Informe Sobre la Gestión Colectiva de Derechos de Propiedad intelectual. En primer lugar lo que contiene explícitamente el convenio no son criterios para la determinación de la remuneración equitativa sino precios concretos no solo por recorte, sino por cabecera, por cliente, por réplica, y por usuario. Y en segundo lugar, aun suponiendo que el Consejo, bajo un prisma voluntarista de búsqueda de criterios objetivos y no discriminatorios en la estructura tarifaria contenida en los convenios, aceptase que en dicha estructura tarifaria pudieran apreciarse los citados criterios objetivos alegados por KANTAR, no podría pasarse por alto el hecho probado de que a esos criterios se les terminó asignando idéntica valoración cuantitativa, dando lugar a un precio único. Esto supone ir más allá de una pretendida fijación de criterios objetivos y no discriminatorios, pasando a ser una mera fijación de precios entre empresas competidoras en un mercado de adquisición de sus inputs productivos, conducta prohibida en el artículo 1.1 de la LDC.

Por último KANTAR alega que el convenio cumple todos los criterios de aplicación del artículo 1.3 de la LDC, y por lo tanto no podría serle de aplicación el artículo 1.1. debido a que: (i) se cumple su contribución a la mejora del proceso productivo o de comercialización, pues el convenio ha permitido tener acceso en soporte informático a todos los medios a primera hora de la mañana, lo que hace que las empresas de press clipping puedan poner a disposición de sus clientes un producto de mayor calidad al ofrecer una calidad física mejor (soporte informático en lugar de fotocopias), con un contenido mayor y a horas más tempranas; (ii) el convenio permite a los usuarios finales participar de las ventajas del mismo; (iii) el convenio no impone restricciones innecesarias; y (iv) no se elimina la competencia respecto a una parte sustancial de los productos. En concreto alegan que sin el Convenio Marco las empresas de press clipping no habrían sobrevivido; en su ausencia otras empresas estarías en situación de cierre como Documentación de Medios y Rodalca; una vez desaparecidas las empresas de press clipping, el seguimiento de prensa estaría en manos de los editores; y el convenio permite a los editores, independientemente de su tamaño, cobrar por los derechos de propiedad intelectual sin tener que recurrir a juicios.

El Consejo debe recordar que el cumplimiento de los criterios contenidos en el artículo 1.3 para que el artículo 1.1 no sea aplicable al caso tiene carácter cumulativo, de tal forma que con que uno de ellos no se cumpla será de aplicación el artículo 1.1 de la LDC. Pues bien, sin necesidad de entrar a valorar cuales son los criterios del artículo 1.3 que si cumpliría el convenio marco de la AFEC, el Consejo considera que el convenio incluye restricciones a la competencia que claramente no son imprescindibles para lograr el primero de los requisitos, suponiendo que este primer requisito se cumpliera. En concreto el Consejo considera que la fijación del precio final, como se ha argumentado antes supone una restricción injustificada incluso bajo la óptica de considerarlo como una remuneración equitativa y no un precio. Pero además el convenio incluye otras restricciones, como la imposibilidad de crear

hemerotecas, o la fijación de la duración contractual, a las que no se les encuentra conexión con la contribución a la mejora de la producción o de la comercialización. Y aún más, la propia actuación de AFEC, al crear el sistema de consignaciones, pone en duda que realmente el convenio fuese el elemento que ha permitido sobrevivir a las empresas de press clipping y con ello garantizarse una mejor oferta de los servicios de press clipping. Es un hecho que, como se abordará en el siguiente fundamento de derecho, ante la falta de aplicación del convenio, y el consiguiente hecho de que las empresas de press clipping tuvieran que cerrar su actividad por falta de autorizaciones de los editores, desde AFEC se planteó y se implementó el sistema de consignaciones, que permitió seguir a las empresas de press clipping desarrollando su actividad en un marco de mayor seguridad jurídica. Parecería entonces, que hay otras formas menos restrictivas de la competencia que pueden contribuir igual que el Convenio al mantenimiento de las empresas de press clipping en el mercado, y con ello a una mejora en la comercialización de los productos. Consecuentemente el Consejo no puede aceptar la alegación de KANTAR de que al convenio le sería de aplicación el artículo 1.3. LDC.

De todo lo anterior, el Consejo no puede sino concluir que ha habido un incumplimiento del art.1.1 de la LDC, pues los hechos (actas de la JD) revelan la negociación entre representantes de AFEC y AEDE para acordar o consensuar los parámetros comerciales que deberían figurar en un convenio marco cuyo objeto es la firma de dicho convenio entre la propia AFEC y los editores individuales. En esta negociación del contenido del convenio marco estuvieron implicados al menos, por parte de los editores, tanto la AEDE como el grupo RECOLETOS, y AFEC, que a través de su junta Directiva ha jugado un papel crucial. AFEC por tanto habría infringido el art.1.1 al haber acordado las condiciones comerciales que deberían ser aplicadas por sus miembros en sus relaciones contractuales individuales con los editores.

La participación de AFEC en el sistema de consignaciones y su repercusión

En el segundo semestre de 2007 los miembros de AFEC, a través de su Junta Directiva, llevaron a cabo una serie de debates tras los cuales acordaron crear un sistema de consignación con el objeto de poder hacerles llegar a los editores que no les habían otorgado autorizaciones para reproducir sus recortes de prensa, una cantidad de dinero determinada en concepto de remuneración equitativa.

El diseño del sistema está ampliamente detallado en el HP 56. Aunque inicialmente, en el Pliego de Concreción de Hechos la Dirección de Investigación entendió que este sistema de consignaciones incumplía el artículo 1.1 de la LDC, tras las alegaciones recibidas valoró que le era de aplicación el artículo 1.3.

Las partes alegaron que ante la falta de acuerdos formales entre las distintas editoras y las empresas de press clipping otorgándoles una autorización expresa para reproducir las noticias de prensa, y en un momento de gran incertidumbre sobre cómo interpretar el artículo 32.1 del TRLPI, surge en el seno de la AFEC la idea de crear un sistema de consignaciones en el que cada empresa de press clipping vaya consignando un cantidad de dinero según las reproducciones que haya realizado, de forma que las editoras que no tienen contratos con las empresas de press clipping puedan retirar de ese fondo de consignación la remuneración equitativa en caso de que así lo demanden. Con ello se pretende cubrir las posibles obligaciones que el artículo 32.1 les genera en caso de realizar reproducciones de recortes de prensa con derecho de propiedad intelectual, aun sin haber obtenido una autorización explícita

para su uso. La alternativa, alegan, es que ante la falta de autorizaciones explícitas de los editores se habrían visto obligadas a cesar en su actividad, dado que la realidad es que contaban con pocas autorizaciones firmadas con los editores en ese momento. Por ello la Dirección de Investigación considera *“que el sistema de consignaciones cumple el primer requisito necesario para la aplicación del artículo 1.3 LDC en la medida en que contribuye a la comercialización de los servicios de press clipping en un contexto de cambios regulatorios, incertidumbre y dudas sobre la licitud de la actividad generadas desde el sector editorial.”*

Igualmente, el hecho de poder seguir prestando la actividad de press clipping ha permitido participar a los clientes de las ventajas del sistema de consignación, pues en su ausencia habrían visto limitada la oferta de servicios en el segmento del press clipping si estas empresas hubiesen abandonado la actividad. Consecuentemente se cumple también el segundo de los requisitos establecidos en el artículo 1.3.

Llegados al tercero de los requisitos, esto es, que el acuerdo no imponga a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, la Dirección de Investigación manifestó sus dudas sobre la restricción consiste en la fijación de un importe de consignación uniforme de 0,04 € por cada artículo reproducido, pues la fijación de un importe constituye, en principio, una restricción a la competencia en el mercado de derechos de propiedad intelectual. Ahora bien, toda consignación requiere tener asociado un importe o cantidad a consignar, y las partes han alegado que el importe de la consignación no tiene la naturaleza de precio, toda vez que constituye un pago a cuenta que no prejuzga el importe final de la transacción, en caso de llegar a una negociación bilateral. La Dirección de Investigación considera que, en estas circunstancias, también se cumple el requisito antes mencionado.

Por último, la cuarta condición que establece el artículo 1.3 es que las restricciones derivadas del acuerdo no eliminen la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados. En el contexto en él se crea el sistema de consignación había algunas empresas que habían ya firmado contratos con alguna editora, aunque pocos. El sistema de consignación no supone ningún desincentivo a la negociación entre oferentes y demandantes, no reduce la competencia. Se entiende que las empresas de press clipping seguirían prefiriendo firmar esos acuerdos porque los mismos les daban una mayor seguridad jurídica, y por parte de las empresas editoras dado que el sistema de consignación se basaba exclusivamente en número de recortes, y no incluía sin embargo el resto de conceptos que si se había incluido en el convenio, y los ingresos derivados del sistema de consignaciones serían menores que con un acuerdo basado en el convenio, y por tanto también persisten incentivos a negociar con los press clippers. La alteración de las condiciones de competencia eran las derivadas del Convenio, el sistema de compensaciones no añadía nuevas limitaciones a la competencia. Por tanto la Dirección de Investigación considera también cumplido el cuarto de los requisitos.

El Consejo entiende que al sistema de consignaciones diseñado e implementado por AFEC le es de aplicación el artículo 1.3 por las razones argumentadas por la Dirección de Investigación y a la vista de que se trata de una solución transitoria, cuya dimensión irá reduciéndose en tanto en cuanto las empresas editoras que han ejercido el derecho de oposición regulado en el artículo 32.1 del TRLPI, establezcan acuerdos bilaterales con las empresas de press clipping, para terminar prácticamente desapareciendo. De hecho una parte importante de los grupos editores han llegado a acuerdos bilaterales con las empresas de press clipping, por lo que éstas han limitado sus consignaciones

a las reproducciones de noticias publicadas solo en medios con los que no han establecido estos acuerdos y han hecho público el derecho de oposición. El precio final acordado en el contrato no es solo el precio del recorte, como en la consignación, sino que incluye otros conceptos no contemplados en la consignación.

Sobre el acuerdo para trasladar el canon derivado de la consignación a los clientes finales de las empresas de press clipping.

La Dirección de Investigación considera “Los miembros de AFEC pactaron “repercutir” a sus clientes el importe del canon de remuneración equitativa creado en el sistema de consignaciones de AFEC”. Y que “Este acuerdo de repercusión del precio consignado a los clientes finales, constituye un acuerdo entre competidores prohibido por el artículo 1 LDC. Dicho acuerdo tiene por objeto restringir la competencia en el mercado de seguimiento de información periódica (press clipping). Por lo que se refiere a los efectos de esta conducta considera que: “... según se desprende de la instrucción practicada, no todas las empresas están repercutiendo el precio: sí lo repercuten Acceso y Kantar Media, y no consta que lo esté repercutiendo Edifinsa, Biderdi y My News.”. La Dirección de Investigación imputa por esta conducta a las empresas, no a AFEC.

Alegaciones de las empresas de press clipping

Todas las empresas de press clipping han negado en sus alegaciones que existiera acuerdo alguno para repercutir el canon de la consignación a sus clientes. BIDERDI especifica que no se ha votado acuerdo alguno para repercutir a clientes; EDIFINSA que no ha repercutido el coste de la consignación; MY NEWS que no es cierto que haya pactado la repercusión de la consignación a los clientes, y que no está acreditado en el expediente; PRESS CUTTING que nunca ha repercutido a clientes el canon de la remuneración equitativa; KANTAR que no ha quedado acreditado ningún acuerdo para repercutir clientes finales nada, porque no hubo ningún acuerdo, ni tácito ni explícito y que ellos ha intentado repercutir el canon a sus clientes pero que no siempre ha sido posible; y ACCESO alega que desde el primer momento de la aprobación del nuevo artículo 32.1 del TRLPI ha repercutido el coste asociado al pago de la remuneración por recortes y que no modificó su modus operandi a partir de julio de 2007, que carece de sentido pactar la repercusión de un coste sin pactar el precio final del servicio, y que no tendría siquiera aptitud objetiva para distorsionar la competencia en caso de existir dicho pacto.

La AFEC y algunas de las empresas de press clipping, MY NEWS, PRESS CLIPPING y KANTAR, solicitaron realizar pruebas periciales para refutar esta imputación.

Los resultados de la prueba pericial

El Consejo, valorada la pertinencia de las pruebas solicitada, acordó que AFEC, aportase informe pericial en el que constase: “Si cada una de las empresas de press clipping pertenecientes a la AFEC, durante el horizonte temporal del 2006 al 2009, han modificado el volumen de facturación a todos o a una parte de sus respectivos clientes, y en este caso a cuántos de ellos; Si cada una de las empresas de press clipping pertenecientes a la AFEC, durante el horizonte temporal del 2006 al 2009, han modificado el precio individual de los servicios que han aplicado a sus clientes; y en caso afirmativo de los anteriores apartados, identificación del momento temporal exacto en el que cada empresa de press clipping ha modificado sus precios o sus facturaciones, el número de clientes afectados por las modificaciones pertinentes y el signo y magnitud de la variación de dichos precios o facturaciones”. El informe toma

para el análisis las facturaciones mensuales por cliente entre el año 2006 y 2009 de siete de las ocho empresas imputadas, cuatro de ellas tienen más de 100 clientes y las tres restantes menos de 100 clientes. La octava de ellas, sobre la que no se ha realizado el análisis, ha comunicado a la CNC el cese de su actividad desde julio de 2010. Las conclusiones del informe son: que casi todas las compañías acuerdan con sus clientes un importe fijo por el servicio, por lo que la facturación suele coincidir con el precio; que todas ellas han modificado al menos una vez su precio/facturación a lo largo del periodo analizado; que los incrementos observados de precio/facturación oscilan no solo por compañía sino por cliente dentro de la misma compañía; que dos compañías han incrementado su facturación en concepto de la remuneración equitativa de la LPI, pero una en septiembre de 2006 y otra en septiembre de 2007; y concluye diciendo que no se aprecia ningún patrón de variación de la facturación que afecte de forma generalizada a las empresas de AFEC en el mismo momento del tiempo y que sea similar en magnitud y volumen de clientes afectados.

Han presentado escrito de valoración de pruebas, por parte del sector de press clipping, tres empresas y AFEC, valorando todas ellas que la prueba pericial demuestra que no hubo seguimiento mayoritario en la conducta imputada, ni en las fechas, ni en los importes repercutidos.

Valoración del Consejo

Con respecto a la posible repercusión a clientes del canon acordado para realizar la consignación valorada antes, constan en el expediente dos documentos. El primero de ellos es el acta de la Junta Directiva de AFEC de 12 de julio de 2007, en la que a raíz de debatir sobre la pertinencia de implantar el sistema de consignaciones, uno de los asistentes expresa que *“los clientes deben entender que hay que pagar el canon”* mientras otro dice que *“ve extraordinariamente difícil trasladar a sus clientes el canon”* (HP 55). En la propuesta que se somete a votación en dicha Junta Directiva no consta ninguna referencia a este traslado del canon a los clientes. El segundo de los documentos es el referenciado en el HP 57, que se trata de una Nota Informativa resumen de la posición de las empresas de seguimiento, nota que lleva el membrete de AFEC, en su último párrafo dice: *“Las Empresas miembros de AFEC han decidido unánimemente reconocer un canon por remuneración equitativa del recorte de clipping, repercutirlo a sus clientes y proceder a su consignación a la espera de su entrega definitiva a quien resulte legal beneficiario. Existen datos suficientemente aceptados por las diferentes partes, que permiten cuantificar esa remuneración en la cifra de 0,04 euros por recorte/cliente”*. (Subrayado añadido).

Del análisis de las conductas que constan en este expediente se concluye una continua actividad e iniciativa por parte de AFEC, como reflejan el fenómeno del Convenio Marco, o el diseño y puesta en marcha del sistema de consignaciones, y derivado de este último, la iniciativa de la repercusión del canon de la consignación a los clientes. Los hechos probados relevan que en la Junta Directiva del 12 de julio de 2007 se propone crear el sistema de consignaciones y trasladar dicho coste a los clientes de las empresas de press clipping. Ante dicha recomendación alguna de las empresas presentes manifiestan su acuerdo con el sistema de consignaciones pero no necesariamente con la repercusión del coste a sus clientes. No consta que la Junta Directiva adoptara el acuerdo de repercusión. No obstante, en nota elaborada por AFEC y enviada a sus miembros sí se refleja no solo el sistema de consignaciones

acordado sino la repercusión de sus costes. Estos hechos deberían ser, en todo caso, valorados como una recomendación realizada desde AFEC a sus miembros de la que sería responsable AFEC y no las empresas a quienes se les ha imputado una conducta que, en términos generales, no siguieron.

Consecuentemente con lo anterior el Consejo considera que AFEC es responsable de recomendar a sus asociados el uso del Convenio Marco, la creación del sistema de consignaciones, y la traslación a los clientes del coste de consignar el canon correspondiente, aunque dado que esta última conducta no le ha sido imputada en el Pliego de Concreción de Hechos no se le tendrá en cuenta a efectos de la declaración de infracción y de la sanción. Por el contrario, a la luz de los hechos el Consejo no puede considerar acreditado que las empresas de press clipping siguieran tal recomendación repercutiendo a sus clientes el canon acordado en la consignación.

SEXTO.- Sobre la ilicitud de las conductas responsabilidad de AEPG.

Imputación de la Dirección de Investigación

La Dirección de Investigación ha acreditado en el curso de la instrucción que la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PRENSA GRATUITA suscribió el convenio marco con AFEC el 1 de marzo de 2008, y que el 30 de septiembre de 2009, como consecuencia de la incoación del expediente sancionador por parte de la CNC, lo rescindió sin que ninguno de sus asociados llegara a suscribir un acuerdo particular. Concluye que de la instrucción practicada resultan acreditadas tanto la firma del convenio marco como su ausencia de efectos. Y que *“Sin embargo, dado que tras la firma del Convenio Marco con AFEC, AEPG dio traslado del mismo a sus asociados, a esta asociación le sería imputable una infracción del artículo 1.1 LDC consistente en una recomendación colectiva dirigida a sus asociados.”*

No obstante, a efectos del cálculo de la sanción a imponer considera que la Dirección de Investigación que en el caso de AEPG la duración de la infracción sería desde el 1 de marzo de 2008 hasta el 30 de septiembre de 2009 y que *sería de aplicación la atenuante prevista en la letra a) del apartado 3 del artículo 64, consistente en “la realización de conductas que pongan fin a la infracción”.*

Alegaciones de AEPG

La AEPG alega fundamentalmente dos cuestiones: que no es una recomendación colectiva, porque no hubo traslado de las condiciones del convenio entre sus asociados ni de las remuneraciones en él contenidas, y que en todo caso le sería de aplicación el artículo 1.3 de la LDC.

Valoración del Consejo

El Consejo considera que la firma del convenio entre AFEC y AEPG es la firma de un acuerdo que tiene por objeto establecer las condiciones marco para los contratos que se celebren entre los oferentes del bien a comercializar objeto de contrato, en este caso las empresas asociadas a AEPG que comercializan los derechos de propiedad intelectual derivados del artículo 32.1 del TRLPI, y los demandantes de dicho bien, en este caso las empresas asociadas a la AFEC. La ilicitud de dicho convenio, bajo las normas de defensa de la competencia, vendrá condicionada a la compatibilidad con la LDC del contenido del mismo. El Convenio objeto de análisis ha incluido términos que suponen la fijación de parámetros comerciales que deberían ser libremente pactados por las partes, por lo que este convenio introduce, objetivamente, restricciones a la

competencia, y consecuentemente a dicho acuerdo le es de aplicación el artículo 1.1 LDC, siendo responsable de la infracción los firmantes del mismo, AFEC y AEPG.

No consta acreditado en los hechos probados que desde la AEPG se difundiera el contenido del mismo, por lo que el Consejo considera que sería de aplicación como atenuante no solo la letra b) en tanto en cuanto al no haber acreditado la difusión del convenio, no se habría habido una aplicación efectiva de la conducta, sino también la letra d) al haber comunicado públicamente la invalidez del convenio suscrito una vez conocido el acuerdo de incoación de la Dirección de Investigación.

Respecto a la aplicación del artículo 1.3 de la LDC alegada por AEPG, este Consejo ya ha fundamentado en el FD Quinto la falta de cumplimiento de la totalidad de los requisitos que establece este precepto legal para su aplicación.

Consecuentemente el Consejo considera que AEPG es responsable de haber infringido el artículo 1.1 de la LDC al haber firmado el convenio marco con la AFEC.

SÉPTIMO.- Sobre las alegaciones de las denunciantes

Con respecto a las conductas imputadas en la Propuesta de Resolución elevada por la Dirección de Investigación las denunciantes muestran, salvo alguna matización, su total conformidad con las imputaciones realizadas. El Consejo considera que habiendo ya manifestado su acuerdo con la calificación jurídica y con las responsabilidades, no resulta procedente en este trámite incluir como alegaciones sus opiniones sobre lo acertado o erróneo que las interpretaciones de la Dirección de Investigación contenidas en la Propuesta de Resolución puedan resultarle, o sobre la omisión de ciertos hechos que no son necesarios ni para acreditar ni para refutar infracciones a la LDC, y que podrían responder tan solo a otros intereses de los denunciantes en otros ámbitos ajenos a las competencias de la CNC.

OCTAVO.- Cálculo de la sanción

a) Respecto a la primera de las conductas responsabilidad única de AEDE

La infracción imputable a la AEDE contra el artículo 1.1 al haber realizado una recomendación colectiva entre sus asociados que objetivamente unificaba y reducía a una sola las opciones de comercializar en el mercado los derechos de propiedad intelectual derivados de la entrada en vigor del nuevo artículo 232.1 del TRLPI, supone un acuerdo horizontal entre competidores que la Ley 15/2007 tipifica en su artículo 62.4.a) como muy grave, por lo que según el artículo 63.1.c) el límite máximo que se le podría imponer sería el 10% del volumen de negocios total. AEDE es una asociación, por lo que la aplicación del segundo párrafo del artículo 63.1 que determina que el volumen de negocios total de una asociación se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros.

Sobre los efectos de la infracción. La infracción ha tenido efectos, pues los contratos firmados por los editores con las empresas de press clipping incluyen las cláusulas que fueron objeto de recomendación por parte de la AEDE, y mayoritariamente los editores han optado por comercializar los derechos de propiedad intelectual del artículo 32.1 del TRLPI bajo la fórmula de oposición más autorización explícita para la cesión de dichos derechos.

Sobre el mercado afectado por la infracción. El mercado afectado por la infracción resulta ser el de los derechos de propiedad intelectual derivados del artículo 32.1 de la

LPI reformado en julio de 2006, sin que se tenga en el expediente una estimación siquiera confiable del valor de este mercado. Algunos editores, la mayoría, han reportado los ingresos recibidos de las empresas de press clipping, siendo la suma total de 1 millón de euros en el año 2009. No está incluida en esa cifra la parte del mercado que no ha firmado acuerdos con las empresas de AFEC ni la parte del mercado relacionada con las denunciantes, por lo que es razonable pensar que el valor del mercado afectado supera la cifra del millón de euros. Ahora bien, las empresas que han reportado ingresos en este mercado suponen el 85% de la facturación total de AEDE, y las empresas que no pertenecen a AFEC facturan el 20% del total de la facturación del mercado de press clipping. Proyectando la magnitud de estas ausencias sobre el dato conocido estaríamos en un escenario en el que la estimación máxima para el volumen de facturación del mercado afectado no superaría los 1,5 millones de euros.

Sobre la duración de la infracción. La duración mínima estimada para la infracción abarcaría desde al menos la entrada en vigor del nuevo artículo 32.1 del TRLPI, y el momento del que se tiene constancia en el expediente de los anuncios que conjuntamente realizaban en prensa los editores sobre su posición común en la interpretación del citado artículo. Al menos un año. Sin embargo, en la medida en que el efecto aun perdure en el contenido de las cláusulas de los contratos en vigor, podría considerarse que los efectos de la infracción aún están en vigor.

Sobre el alcance de la infracción. AEDE representa al 90% del sector de prensa diaria, por lo que sus recomendaciones alcanzan a la casi totalidad del mercado.

En aplicación de la comunicación dado que la infracción es muy grave cabría aplicar al volumen de negocios afectado por la infracción entre un 10 y un 20%, lo que nos llevaría a un importe básico entre 150.000 y 300.000 € si nos limitamos a la facturación de un solo año. Atendiendo a los criterios antes valorados de afectación, duración y alcance el consejo considera proporcionado aplicar un 15% al volumen estimado del mercado afectado, lo que sitúa el nivel de la sanción en 225.000 €.

b) Respecto a la segunda de las conductas, de la que es responsable AEDE, AFEC y AEPG

A AFEC se le imputa haber negociado, consensuado y recomendado un Convenio Marco entre AFEC y los editores con el objeto de que su contenido fuese seguido en los contratos a firmar entre Editores y empresas de press clipping, contenido que reproducía las condiciones comerciales a aplicar fruto de las citadas negociaciones con representantes de AEDE. Se trata de una infracción tipificada como muy grave por el artículo 62.4.a), y que si bien su duración puede acotarse al tiempo de las negociaciones y la recomendación del Convenio Marco, sus efectos pueden estar aún en los contratos actualmente en vigor.

Alega AFEC que el convenio tenía por objeto, ante un momento de incertidumbres e inseguridades jurídicas motivadas por la nueva regulación del art.32.1 TRLPI, impedir que fruto de esa situación las empresas de press clipping se vieran abocadas a tener que cesar en su actividad. Es ya doctrina consolidada que la falta de intencionalidad anticompetitiva no puede servir como descargo ante una infracción probada de la LDC. La infracción en la que ha incurrido AFEC es un hecho, y por tanto debe ser sancionada. Ahora bien, el devenir de los hechos acreditados en este expediente evidencian, como alega AFEC, que a raíz del nuevo texto del artículo 32.1 se desarrolló un amplio debate entre editores y empresas de press clippers, llegando incluso a demandarse mutuamente tanto en el orden jurisdiccional como

administrativo. Se produjo también una actuación por parte de AEDE que le ha sido merecedora de una sanción en este mismo expediente. Cabe pues apreciar que si bien de facto el actor protagonista del Convenio es AFEC, la conducta previa de AEDE, comunicando intensamente sus asociados que hacían uso del derecho de oposición, contribuyó a generar incertidumbre en las empresas de AFEC con respecto a la posibilidad de seguir adelante con su actividad, generando un caldo de cultivo para reacciones como la que se produjo en el seno de AFEC. Consecuentemente cree el Consejo que la magnitud de la sanción debe tener en cuenta esta circunstancia y su proporcionalidad con la sanción anterior, por lo que impone una sanción de 50.000 €, la misma que le corresponde a AEDE por su participación en esta conducta.

Con respecto a la AEPG, se ha acreditado su responsabilidad en la firma del convenio con AFEC, pero no hay acreditación alguna de su participación en la elaboración del convenio marco, ni de haber tratado de consensuar su contenido, por lo que no puede atribuírsele la misma responsabilidad que a AFEC o a AEDE.

Además concurren los dos atenuantes ya expresados en el Fundamento de Derecho Sexto, contemplados en las letras b y d del artículo 64.3.b) de la LDC, por lo que este Consejo considera proporcionado imponerle una sanción de 10.000 euros.

Por último, con el objeto de difundir los fundamentos que llevan a este Consejo a valorar como ilícita la naturaleza de este tipo de conductas, esta sanción económica deberá ser acompañada con otra sanción, consistente en que AEDE, AFEC y AEPG emitan un comunicado a todos sus miembros con el contenido de esta Resolución, y la incluyan en su páginas web de forma visible.

HA RESUELTO

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:

- 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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.