

Press clipping:
**competencia desleal y propiedad
intelectual**

Juan Ignacio Peinado Gracia

Catedrático de Derecho Mercantil

y

Diego Solana

Abogado

Cremades & Calvo-Sotelo

R e s u m e n

El desarrollo de las nuevas tecnologías ha multiplicado y diversificado los medios para la creación, producción y explotación de las creaciones. El periodismo ofrece nuevos servicios y, adicionalmente, genera nuevas prácticas de competencia desleal e infracciones de los derechos exclusivos de propiedad intelectual. Por ello es importante clarificar y estudiar la responsabilidad por las actividades «off line» y las realizadas en el ámbito de Internet. Las excepciones y limitaciones existentes a los derechos han sido nuevamente examinadas a la luz del nuevo entorno digital, incluido la excepción del «press clipping» y siempre de acuerdo con la regla de los tres pasos.

Palabras clave

Propiedad intelectual, periodismo, *press clipping*, responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

A b s t r a c t

The technological development has multiplied and diversified the vectors for creation, production and exploitation. Journalism provides new services and, additionally, provokes new unfair competition practices and infringements against intellectual property rights. Hence it is important to clarify and study the liability for activities off line and in the network environment. The existing exceptions and limitations to the rights have been reassessed in the light of the new electronic environment, including reproduction by the press and provided that is in accordance with the three-step test.

Key words

Intellectual property, journalism, press clipping, liability of intermediary service providers.

S u m a r i o

- I. *Los medios de prensa tradicionales y el entorno digital de las nuevas tecnologías*
- II. *La prensa: información y creación colectiva. La cita*
 - 1. *Breve (¡No, brevísima!) referencia al «iter» legislativo y al marco internacional*
 - 2. *Autores y titulares de los derechos de propiedad intelectual. La obra colectiva*
 - 3. *Principio de autorizar y cobrar. Canon e indemnización*
- III. *El «press clipping» digital. «Links» y «frames»*
- IV. *Aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno (LCD)*
- V. *Bibliografía*

I. Los medios de prensa tradicionales y el entorno digital y de las nuevas tecnologías

La evolución de las tecnologías, vertiginosa y, en cualquier caso, muy positiva, en los últimos años genera cuestiones y situaciones novedosas y difícilmente previsibles por el legislador y los juristas hace apenas unos años ⁽¹⁾. En particular, el desarrollo de la sociedad de la información dificulta la protección de los derechos de autor. La continuas y reiteradas reproducciones y puestas a disposición del público por medio interactivo con un gran calidad y a un muy bajo coste de creaciones intelectuales sin el correspondiente consentimiento de la persona autora de dichas obras o prestaciones es un hecho incuestionable. No hay proporción entre los costes de producción de estas formas de propiedad y los costes de reproducción. Las herramientas desarrolladas, además de posibilitar nuevas formas de creación y, por tanto, nuevos productos (por ejemplo, los programas de ordenador, las bases de datos o determinadas páginas web) y nuevos soportes y equipos para su fijación y puesta a disposición del público, han permitido nuevas formas para hacer llegar las obras y prestaciones intelectuales al público. Así, mediante instrumentos intangibles, por medios individualizados y bajo demanda es posible tener acceso a una gran cantidad de contenidos. El titular de estos derechos se ve además imposibilitado en controlar la reproducción de su creación sustituyéndose soluciones jurídicas basadas en la propiedad por soluciones basadas en la responsabilidad. El consentimiento del titular deviene ineficaz en el control de la reproducción, explotación o disfrute.

La regulación de los derechos de autor, en sus diferentes formas de creación (literatura, música...), descansa en alguna medida en el control de los soportes. Al consentimiento del autor o titular de los derechos se le acompaña del control de la imprenta o el papel, o de los discos de vinilo o los DVD que permiten cuantificar el nivel de reproducción de la creación, y por ello permiten cuantificar los derechos patrimoniales. El modelo del negocio está cambiando y un uso que no requiere soporte ni reproducción sino puesta a disposición sin coste, por lo que el consentimiento del titular pierde eficacia y las reglas

⁽¹⁾ En general, véase a PEINADO GRACIA (2007). En el particular ámbito de este trabajo, véase OPPENHEIM (2000).

de la propiedad (que en su vertiente negativa supone un *ius prohibendi*) se sustituyen por las de la responsabilidad (indemnización) ⁽²⁾.

El desarrollo de las nuevas tecnologías también ha afectado a la creación y distribución de los medios tradicionales de prensa. En principio, las nuevas tecnologías han permitido la creación de valor, tanto desde la cooperación vertical como desde la horizontal. A la primera podría haber respondido el negocio de *press clipping*, y otras prácticas como la sindicación de contenidos ⁽³⁾.

Con la desmaterialización provocada por la digitalización de contenidos protegidos se produce una abstracción de los resultados de la actividad creativa empresarial, es decir, de las obras y prestaciones protegidas, las cuales comienzan a separarse de sus medios o soportes tradicionales, con los que prácticamente llegaban a identificarse, para presentarse en un formato digital incorporado a un soporte electrónico tangible o intangible en el que no se percibe de forma inmediata la copia de la creación intelectual o prestación industrial contenido en el mismo. La copia se convierte en reproducción y la reproducción en puesta a disposición, la entrega muta en uso. En el ámbito del *press clipping*, estas empresas han proliferado extraordinariamente en su número, volumen de trabajo y calidad del mismo ⁽⁴⁾.

Desde sus orígenes, la normativa sobre propiedad intelectual escrita en el ámbito de la información se ha desarrollado en atención a la explotación comercial de los medios tradicionales de prensa y revistas, calificándolas como obras protegida mediante su publicación en un soporte tangible y material (libros, revistas, periódicos...) para su distribución a través de puntos de venta concretos. Las obras intelectuales informativas son aquellas que pudieran tener la consideración de obras escritas con la finalidad de informar de una serie de datos y hechos ordenados y dispuestos de forma más o menos original, con vocación de veracidad, precisión y exactitud, y no exentos, sin embargo, de ciertos elementos valorativos.

El panorama descrito y consolidado hasta hace apenas unos años ha sufrido una importante modificación como resultado del desarrollo e implantación de la informática y las nuevas tecnologías. Las facilidades para crear obras intelectuales y para su puesta a disposición del público y distribución a través de nuevos soportes y equipos han traído consigo también nuevas y más sofisticadas formas de explotaciones ilícitas ⁽⁵⁾. La reproducción y puesta a disposición del público ilícita de obras y prestaciones puede realizarse sin merma alguna en su calidad e incluso otorgando facilidades para modificar o alterar tales creaciones. Estas situaciones nuevas determinan de forma paralela la necesidad de creación de nuevos mecanismos de protección para salvaguardar los intereses de los creadores de contenidos. Y

⁽²⁾ Hemos desarrollado estas ideas en PEINADO GRACIA (2008).

⁽³⁾ Véase ÁGUILA-OBRA (2006, 16).

⁽⁴⁾ CORREDOIRA (2007, 2).

⁽⁵⁾ En este sentido cabe recordar el fundamento séptimo de la Resolución de TDC en el asunto Gedeprensa —sobre el que volveremos inmediatamente—, en el que se recoge: «Este Tribunal es consciente de que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación están modificando muchos mercados y lo que ayer era un negocio complementario sin importancia, hoy puede convertirse en una rémora para el crecimiento del propio negocio. Es indudable, por otra parte, que estos avances han modificado la organización del trabajo, y sobre todo los costes de reproducción y distribución de las empresas de *press clipping*».

los mecanismos de protección no pueden reducirse a soluciones normativas, sino que también deben incluir medidas tecnológicas que aporten soluciones a los problemas por ella misma generada ⁽⁶⁾.

El progreso de Internet y de la sociedad de la información ha supuesto, como es lógico, la adaptación del periodismo a los nuevos canales de comunicación y el desarrollo de nuevas formas de periodismo digital y de empresas de *press clipping*. Este mercado presenta sin embargo una situación paradójica. Las empresas editoras [junto a las agencias de noticias ⁽⁷⁾] no son meras recolectoras de información y medios de difusión de esa información, sino que, junto con servir de cauce a la información (lo que es un bien en sí mismo), son generadoras de la información. Ambos factores: creación y difusión, son esenciales al propio bien público que la información supone. Se trata, pues, de inversión privada en la generación de un bien público. Como en otros ámbitos de la inventiva humana, la inversión en el bien público está justificada por la posibilidad de apropiarse de las rentas generadas por el propio esfuerzo, y tal posibilidad tiene mucho que ver con las garantías que ofrece el ordenamiento. La peculiaridad del bien público información radica en dos elementos: la protección de las rentas derivadas de la edición periodística no supone necesariamente un monopolio sobre la propia información ⁽⁸⁾; la simple noticia o hecho relatado carece de protección y por tanto es libremente reproducible.

⁽⁶⁾ A título meramente de ejemplo puede verse cómo la simbiosis entre normas y soluciones tecnológicas no encuentra aún una correcta definición en ámbitos tales como el llamado «canon digital». Un instrumento que supone la constatación del fracaso del legislador y del Ejecutivo en poner su fuerza coactiva al servicio de la protección de esta forma de propiedad para que obtenga una retribución, compensación o indemnización «equitativa». Tal fracaso ha supuesto una expropiación generalizada de la propiedad de todo adquirente de soportes hábiles mediante un instrumento cercano al tributo, pero sin los elementos de legalidad y finalidad pública de aquél.

⁽⁷⁾ En el caso español, una situación peculiar es la de la agencia Europa Press, que junto a la generación y recolección de noticias propias de su mercado, sostiene un verdadero medio digital de comunicación. En efecto, en nuestra opinión la web de tal agencia constituye por sí misma un medio de comunicación que tiene en la agencia a su editor (<http://www.europapress.es/>).

⁽⁸⁾ Esta afirmación merece algún comentario marginal, pues tiene que ver con la forma de gestión de los derechos derivados de la propiedad intelectual y además nos remite, en el ámbito del *press clipping*, a la percepción que desde el antiguo TDC se tuvo de la iniciativa llamada Gede prensa. Sin embargo, conviene señalar, la negativa a la autorización de Gede prensa por el TDC no supone una negación a lo indicado en el texto principal.

Las entidades gestoras de derechos de propiedad intelectual son instrumentos de los que se sirven los titulares de los derechos de propiedad intelectual para la gestión de sus derechos patrimoniales y exclusivos. Así, los titulares de derechos pueden controlar directa y personalmente el uso de sus obras intelectuales u, opcionalmente, confiar a estas entidades la gestión colectiva de sus derechos mediante la celebración de contratos de mandato o equivalentes. La licitud de esta alternativa de gestión fue reconocida en por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 196/1997, de 13 de noviembre de 1997, como se expondrá más adelante. No obstante, es cierto que la tendencia general es que los autores recurran a las entidades especializadas para realizar dichas funciones, por la ingente cantidad de recursos y personal especializado que poseen. En algunos casos, la gestión colectiva pasa por la autorización administrativa (art. 147 TRLPI). El TC había señalado: «*La opción por las entidades de gestión, como cauce especialmente creado por el legislador para la gestión colectiva de los mencionados derechos, no excluye, como señala el Abogado del Estado, la gestión individual de los derechos de propiedad intelectual por el propio autor o titular o que éste confíe su ejercicio a un tercero, ni que la gestión de los derechos de propiedad intelectual de varios titulares sea encomendada a entes distintos de las entidades de gestión reguladas en el Título IV del Libro III de la LPI, los cuales, al no gozar de la cualidad de entidad de gestión, se regirán por las normas particulares del tipo de ente, no siéndoles aplicables el régimen jurídico específico y privilegiado que disciplinan los arts. 132 a 144 de la LPI*» (STC 13 de noviembre de 1997, fundamento 6.º).

Con la finalidad de gestionar de forma colectiva los derechos de explotación de los diarios, cinco editoras de prensa suscribieron el 21 de octubre de 2002 un acuerdo marco, con el objeto de comercializar resúmenes de prensa en España que pretendía configurarse como una entidad ajena a las entidades de gestión colectiva de derechos de los artículos 147 y ss. de la Ley de Propiedad Intelectual (entre otros, ver CORREDOIRA, 2007, 10-12). Con la finalidad de evitar incurrir en

Al analizar las cuestiones legales hay que partir de algunos presupuestos previos que distinguen el periodismo editado en una publicación impresa y el editado por medios digitales. La publicación impresa se vincula con los derechos de explotación de reproducción y fijación en un soporte tangible como el papel y de distribución como puesta a disposición de las copias en dicho soporte de papel. La distribución, como modalidad de explotación de obras y prestaciones intelectuales, tiene una gran relevancia desde el punto de vista del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual. Distinta perspectiva nos encontramos respecto al periodismo digital. En efecto, el problema del agotamiento no se plantea

un acto calificable de acto restrictivo de la competencia, las editoriales solicitaron la declaración de no inclusión entre las conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y, subsidiariamente para el supuesto en que se considerara incluso en dicho artículo 1, la autorización singular, al amparo del antiguo art. 3 LDC, del Tribunal de Defensa de la Competencia. Sin embargo, el Tribunal de Defensa de la Competencia, en su resolución de 10 de mayo de 2004, acordó no autorizar el acuerdo marco de las editoras de diarios. Esta interesante (aunque muy discutible) resolución realiza un estudio sobre la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo existente en materia de reseñas de prensa o *press clipping* y tuvo (y continúa teniendo) una gran trascendencia para los editores de diarios y las empresas de *press clipping*.

El Tribunal de Defensa de la Competencia utiliza en su resolución la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de noviembre de 1997. En esta Sentencia, el Tribunal establece que el régimen de la gestión colectiva de los derechos patrimoniales previsto en los artículos 147 y ss. de la Ley de Propiedad Intelectual no es obstáculo para que la gestión de los derechos se confíe a un tercero que no reúna los requisitos y naturaleza de las entidades gestoras y que se regulen por normas ajenas a las específicas y privilegiadas disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual. A partir de esta doctrina, parece desprenderse, los derechos de propiedad intelectual son susceptibles de gestionarse de forma colectiva mediante modalidades contractuales basadas en la autonomía de la voluntad de las partes sin que les sea exigible la obtención de autorización administrativa alguna.

El TDC entendió que este acuerdo horizontal «podría producir una alteración importante en la actividad denominada por las partes interesadas de *press clipping*. La alteración vendría dada por una autorización previa de suministro, la fijación de un precio común, además del establecimiento de una única vía de acceso al material publicado por los medios de comunicación, propiedad de los editores solicitantes; a lo que se añadiría un sistema de auditorías que permitiera revisar, en cualquier momento, la contabilidad y los sistemas informáticos de las empresas de *press clipping*. Todo lo cual podría uniformar, limitar y restringir la producción y la distribución de este tipo de servicios, a la vez que produciría un efecto similar a una fuerte concentración de las fuentes de aprovisionamiento, especialmente desde la consideración de los materiales publicados por la prensa como insumo fundamental para la producción de *press clipping*» (fundamento 1.º).

Gedeprensa solicitó del TDC que se exceptionara la aplicación del art. 1 de la entonces vigente LDC. El TDC entendió que en la petición de Gedeprensa no concurría ninguna de las circunstancias que permitirían exceptionar la prohibición por monopolio. Así, decía en el fundamento 10.º de su resolución: «Este Tribunal, por todo lo expuesto anteriormente, considera que el Contrato planteado por los Solicitantes no es susceptible de beneficiarse de la autorización solicitada, puesto que ofrece una solución muy rígida desde el punto de vista tecnológico, teniendo en cuenta que se trata de contenidos informativos ya publicados; observa, además, una falta de confianza efectiva en las posibilidades de una solución negociada más abierta y estable». Señaló, pues, el TDC que el mercado del *clipping* estaba muy abierto en España y que la existencia de Gedeprensa supondría una restricción a tal libertad no justificada por creación alguna de valor en el mercado. Además, el TDC entraba a hacer consideraciones sobre la redacción entonces vigente del art. 32 LPI y la posibilidad de cobrar tarifas por el ejercicio del derecho de cita.

Sobre entidades de gestión de derechos de la propiedad intelectual y cuestiones de competencia, véase HERNÁNDEZ ARROYO (2006), DÍEZ ESTELLA (2007, 163-165) y SUÁREZ ROBLEDANO (2004).

Volviendo a nuestro discurso inicial, lo sucedido con Gedeprensa no consideramos que califique el problema de la competencia y la información. Y no sólo porque la resolución aludida se centra en la concreta forma de actuar en el mercado de esa gestora (licencia única, soporte tecnológico unificado, precios asimilados, exclusividad en el aprovisionamiento...) o porque en la misma se pueden apreciar algunos elementos favorables (reducción de los costes de transacción, calidad y garantía en el suministro...), sino porque consideramos que la información no es monopolizable, ni la búsqueda de la información; cuestión distinta es la redacción periodística de esa misma información. De hecho es la creación editada la que tiene una protección desde la propiedad intelectual, no el dato objetivo.

en el caso de los servicios en línea ⁽⁹⁾. Y ello porque el periodismo digital se haya vinculado al derecho de comunicación pública regulado en el art. 3 de la Directiva 2001/29/CE ⁽¹⁰⁾ y el art. 20 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, la Ley de Propiedad Intelectual o LPI), según modificación introducida por la Ley 23/2006, de 7 de julio ⁽¹¹⁾.

Dentro del concepto de comunicación pública, el periodismo digital está vinculado con la modalidad de «puesta a disposición del público», regulado en el art. 20.2.i) de la Ley de Propiedad Intelectual, que califica como acto de comunicación pública «la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona puede acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija». La introducción expresa en nuestro ordenamiento jurídico de esta nueva modalidad de comunicación tiene por objeto abarcar todos aquellos «actos propios de la transmisión interactiva a la carta de obras y demás prestaciones protegidas» ⁽¹²⁾.

II. La prensa: información y creación colectiva. La cita

Los derechos de explotación de la propiedad intelectual están sometidos a ciertos límites o excepciones en razón de circunstancias específicas y externas a la naturaleza de la obra. En este sentido, un tercero puede realizar un concreto acto de explotación, si ese acto es un uso fundado en la existencia de una causa legal de justificación para realizarse lícitamente dicho acto, sin que el autor o titular de derechos pueda oponerse o reclamar por dichos actos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 40 bis y 132 de la Ley de Propiedad Intelectual, las excepciones o límites no podrán interpretarse de manera que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieren. Esta interpretación restrictiva de las excepciones o límites consagra en nuestro Derecho interno la denominada prueba de tres fases (*three steps*), que tiene su origen en el art. 9.2 del Convenio de la Unión de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (CUB) ⁽¹³⁾. No obstante, la incorporación de la

⁽⁹⁾ Véase Considerando 29 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante, la Directiva 2001/29/CE) y Expositivo I de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

⁽¹⁰⁾ Cuya interpretación debe inspirarse con lo dispuesto en los Considerandos 23 a 27 y 29 de dicha Directiva.

⁽¹¹⁾ El concepto del derecho de comunicación pública en las normas comunitarias y nacionales tiene su origen en el artículo 8 del Tratado OMPI de derecho de autor (WCT) y en los artículos 10 y 14 del Tratado OMPI de intérpretes y ejecutantes y fonogramas, ambos de diciembre de 1996.

⁽¹²⁾ Véase GONZÁLEZ (2003, 77).

⁽¹³⁾ El *three step test* tiene su origen en los trabajos preparatorios del Acta de Estocolmo de 1967 de la Convención de Berna y fue reconocido con carácter general en el Acuerdo ADPIC de 1995 y en los Tratados de la OMPI de 1996, de interés: Ricketson, Sam, Professor of Law, University of Melbourne and Barrister, Victoria, Australia. Report. *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, Geneva, June 23 to 27, 2003, en especial págs. 64 a 73, disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_9/sccr_9_7.pdf. En nuestro Derecho interno se incorporó como artículo 40 bis del TR de la Ley de Propiedad Intelectual con motivo de la incorporación en 1998 de la Directiva 96/6/CE, sobre bases de datos. Véase, asimismo, el artículo 5.5 de la Directiva 2001/29/CE. El test de las tres fases es una adaptación continental a la doctrina del Fair Use estadounidense. El derecho de cita, según queda recogido en la Directiva, puede ser interpretado en términos más restrictivos que en el Convenio de Berna, según la

«regla de los tres pasos»⁽¹⁴⁾ se ha realizado de forma parcial o incompleta por el ámbito limitado de los preceptos donde se ha reflejado, si bien la aplicación subsidiaria del art. 132 palía, en nuestra opinión, la incompleta transposición realizada por el legislador español operando como límite y criterio hermenéutico de las excepciones contempladas, entre otros, en el art. 32 LPI⁽¹⁵⁾. Añádase la función del art. 40 bis, donde también se recogen elementos esenciales de la regla de los tres pasos. El primero de los tres pasos es la admisión de que existen límites o excepciones a los derechos de explotación, siempre con carácter excepcional y en los términos y condiciones previstas en la Ley. El carácter excepcional de estos supuestos implica que su interpretación debe realizarse siempre de manera restrictiva y no cabe su aplicación analógica a supuestos similares que no aparezcan de forma expresa en la normativa aplicable. El segundo paso consiste en que los límites y excepciones deben ser ejercitados de forma que no atenten contra la explotación normal de la obra. Su finalidad no es otra que evitar que al amparo de esta excepción se incurra en prácticas abusivas. El tercer presupuesto consiste en que el límite sea ejercitado de manera que no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Dichos intereses deben identificarse, tanto con los derechos patrimoniales como con los derechos morales de los autores. El objetivo de este tercer paso es que los límites se utilicen de forma escrupulosa y con respecto y reconocimiento de la autoría. La aplicación de estos requisitos a todos los límites y excepciones de la Ley de Propiedad Intelectual no parece que pueda ser cuestionada⁽¹⁶⁾.

Nuestros Juzgados y Tribunales no han tenido demasiadas ocasiones de estudiar y pronunciarse sobre la «regla de los tres pasos» (el art. 32.1 y el art. 40 bis de la Ley de Propiedad Intelectual). No obstante, cuando así lo han hecho su conclusión ha sido que la limitación del art. 32.1 no debe interpretarse en el sentido que conlleve una desprotección del titular del derecho de propiedad intelectual. Así, la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 6 de julio de 2007, señala⁽¹⁷⁾: «Además, aunque la demandada consiguiera superar ese filtro (en referencia a la excepción de cita del art. 32.1), todavía habría que considerar que el art. 40 bis de la LPI, introducido por Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación de la Directiva 96/9/CE (y que habría que relacionar con el art. 13 del acuerdo ADPIC y con el art. 10 del Tratado de la OMPI), establece otro obstáculo adicional, cual es que los preceptos relativos a los límites de los derechos de explotación de la propiedad intelectual —establecidos en los arts. 31 a 40 de la LPI— no podrán interpretarse de tal manera que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de la obra a que se refieren. Lo que desde luego pugnaría con un entendimiento excesivamente amplio de la limitación a que se refería el art. 32.2 de la LPI [...]. La previsión del mencionado art. 40 bis de la LPI inclina a este

opinión de MARTÍN SALAMANCA (2007, 253), mientras que la norma española resulta más restrictiva que la Directiva *idem* (254).

Esencialmente, nos dice que en ciertos casos «especiales», (1) que no entren en conflicto con la normal explotación comercial de la obra (2) y no se perjudique de forma injustificada los intereses legítimos de los titulares de derechos, pueden presentarse excepciones a los derechos de autor (3). Véanse, entre otros, a GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA (1999, 90), GERVAIS (2005, 13-19) y SOLANA, D./CUETO, R. (2006, 102).

Sobre las tendencias internacionales en la regulación de la propiedad intelectual, véanse, entre otros, SHADLEN, K. C./SCHRANK, A./KURTZ, M. J. (2005, 45-71).

⁽¹⁴⁾ Véase FISCOR (2002, 231-242).

⁽¹⁵⁾ Véase BERCOVITZ (2006, 39-40).

⁽¹⁶⁾ Véase GINSBURG (2001, 3 y ss.).

⁽¹⁷⁾ Fundamento 3.º de la Sentencia de 6 de julio de 2007 de la Audiencia Provincial (Secc. 28) de Madrid, Unidad Editorial y Mundinteractivos vs. Periodista Digital (AC 2007/1146).

Tribunal a no caer en una interpretación del alcance de la limitación del art. 32.2 del mismo texto que pudiera conllevar una desprotección del titular del derecho de propiedad intelectual, como ha ocurrido en la resolución recurrida al considerar admisible un comportamiento que, en atención a las circunstancias que lo rodeaban, se revelaba como perjudicial para los legítimos intereses de las demandantes y manifiestamente contrario a la posibilidad de que éstas explotasen normalmente sus obras»⁽¹⁸⁾.

Entre las excepciones enumeradas, el art. 32.1 de la Ley de Propiedad Intelectual, que declara lícita la «*inclusión en un obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, 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*»⁽¹⁹⁾. En el párrafo II de dicho art. 32.1 se señala que, sin perjuicio de la calificación de las recopilaciones periódicas (es decir, los *press clipping*) efectuadas en forma de revista de prensas como «*citas*», bajo determinados requisitos, el autor podrá oponerse a esta actividad o, en su caso, estará facultado a reclamar una «*remuneración equitativa*».

Al amparo de esta excepción «de cita» a los derechos exclusivos de explotación de la propiedad intelectual se ha consolidado un significativo número de empresas dedicadas a la elaboración de reseñas de prensa y recopilaciones periódicas (*press clipping*). Antes de la reforma de 2006, este sector empresarial se había desarrollado amparado en una discutible identificación con el derecho de cita⁽²⁰⁾. Los intentos desde el sector editorial de ser compensados por la utilización no consentida de sus contenidos habían resultado infructuosos⁽²¹⁾. Se trata, en definitiva, de la explotación económica de contenidos amparados por la titularidad sobre la propiedad de otros sujetos (la empresa periodística). El desarrollo de la industria de *press clipping* ha supuesto que los editores de diarios pronto hayan tenido que afrontar una nueva competencia que se nutría de sus propios contenidos y que ha determinado una reducción en la venta de diarios y un descenso en las visitas de las páginas web de dichos diarios⁽²²⁾. En muchas ocasiones, las empresas de *press clipping* se limitan a reproducir los contenidos de los diarios y ha explotar empresarialmente contenidos sin incurrir apenas en costes económicos. La ausencia de esfuerzos financieros destinados a crear sus propios contenidos de las empresas de *press clipping* y los paralelos perjuicios soportados por los editores de diarios ha generado un interesante debate jurídico sobre la licitud de muchas de estas empresas y sobre la interpretación del derecho de cita en el entorno digital.

⁽¹⁸⁾ Véase FERRÁNDIZ AVENDAÑO (2007).

⁽¹⁹⁾ Un estudio sobre la cita, su origen legislativo y doctrinal y las soluciones conferidas por otros ordenamientos jurídicos puede encontrarse en ROGEL VIDE (1984, 980).

⁽²⁰⁾ Lo discutible es la solución del legislador, no así la interpretación de la norma que hacía alivio a hermeneutas diciendo: «Las publicaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revistas de prensa tendrán la consideración de citas» (art. 32). La anterior afirmación no desconoce, sin embargo, que el derecho de cita no siempre es de fácil concreción, máxime cuando la cita de la creación sobre la que tiene derechos otro sujeto es el elemento esencial de una obra (FUCHS, 2001). No obstante el cambio legal, la identificación entre los resúmenes de prensa y el derecho de cita sigue siendo reclamado por el sector de empresas dedicadas a los resúmenes de prensa. Véase HENNE (2006).

⁽²¹⁾ Véase BERCOVITZ (2006, 53), donde se describe la situación anterior a la última reforma y la protección de las empresas de *press clipping* amparadas en los derechos de cita. Reconoce el autor que éste es uno de los aspectos controvertidos que se han alterado con el cambio en la norma. Por su parte, MARTÍN SALAMANCA (2007, 255), después de repasar las vicisitudes de la reforma legal en ambas cámaras, sostiene que los cambios reales han sido mínimos; no obstante, cambia de opinión cuando se refiere a la situación del *press clipping* (Ídem, 259).

⁽²²⁾ Véase CORREDOIRA (2007, 3).

Y es que en toda esta cuestión no debe olvidarse que la iniciativa, riesgo empresarial y las inversiones para la edición (digital o en medios impresos) de sus diarios y revistas son asumidos por los editoriales de diarios y que paralelamente tienen que soportar una usurpación de los contenidos desarrollados. De otro lado están las empresas de *press clipping*, que al amparo de la excepción de la cita y su presunta relación con el derecho fundamental de comunicar y recibir libremente información veraz consagrado en el art. 20.1.d) de la Constitución, niegan la existencia de un verdadero perjuicio para los medios de los que se nutren al argumentar que la revista de prensa, lejos de malograr la venta de diarios, constituye un estímulo para su adquisición por parte del usuario. La relación entre los derechos de propiedad intelectual de los editores de diarios y el derecho fundamental a comunicar y recibir información de las empresas de *press clipping* fue objeto de análisis por el Defensor del Pueblo en su Informe anual del año 2006. A juicio de esta Institución, el art. 32.1 de la Ley de Propiedad Intelectual respeta los derechos de las empresas de seguimiento de información recurrentes y los de sus clientes ya que pueden continuar prestando sus servicios de *press clipping* de forma lícita mediante la adopción de acuerdos de autorización con los titulares de derechos de los contenidos de los diarios. Es por ello que el Informe del Defensor del Pueblo consideró excesiva la calificación del vigente régimen legal de propiedad intelectual como una «*censura*» a las empresas de *press clipping* que, en todo caso, pueden continuar su actividad tras obtener las autorizaciones de los titulares de derechos.

Un elemento que conviene destacar en este punto es que el derecho de cita supone por sí mismo una excepción a los derechos de la propiedad intelectual, excepción fundada en la existencia de un bien superior (la formación, la investigación...) que puede tener una eficacia prevalente frente a esta forma de propiedad⁽²³⁾. No obstante, el derecho de propiedad decae sólo cuando la consecución del bien superior perseguido precisa de esa expropiación. Esta idea tan sencilla supone que no son admisibles (regla de los tres pasos) las excepciones que entran en concurrencia con los titulares, pues si concurren quiere decir que el titular del derecho ya estaba satisfaciendo las necesidades del derecho por sí y no es necesario expropiarle sus contenidos (en este caso) para reintegrarlos en el mercado. En esa operación no subyace un interés general o un derecho fundamental, sino el interés particular de las empresas de *press clipping*.

⁽²³⁾ En este sentido señala PÉREZ DE ONTIVEROS (2007, 586): «El fundamento de la excepción debe buscarse necesariamente en intereses públicos unidos al acceso a la cultura, como demuestra claramente el texto del precepto cuando indica que sólo podrá practicarse con fines docentes o de investigación. Su contenido pone igualmente de manifiesto la necesidad de establecer un equilibrio entre los fines sociales y el señorío exclusivo [...]».

Véase, además, la SAP (Sección 15.^a) 31 de octubre de 2002 (RAJ 2004/ 54771): «[...] La conveniencia de armonizar los intereses del autor con los públicos de acceso a la cultura ha generado un límite específico al derecho exclusivo de reproducción de la obra, conocido con el nombre genérico de cita, que se justifica por el hecho evidente de que la obra divulgada pasa a ser una referencia cultural para todos [...] Dichas finalidades o funciones, además de constituir causa de justificación de la intromisión en el ámbito de la exclusiva, determinan la medida lícita de la misma; conforme muna regla de proporcionalidad, que expresamente establece el artículo 32, puesto en relación con el artículo 40 bis, ambos del Texto Refundido y 5.3.a de la Directiva 2001/29/CE, en búsqueda del fin perseguido por el medio menos lesivo para los intereses del titular del derecho. Por ello, cabe decir que constituye intromisión en la esfera de exclusiva, por falta de causa, la cita que no cumpla ninguna función; aquella que cumpla alguna que no sea de las señaladas, en el artículo 32, como, por ejemplo; la comercial (a que se refiere el artículo 5.3 de la Directiva 2001/29/CE); y la que cause un perjuicio injustificado o vaya en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran». Véanse también la Sentencia de 2 de marzo de 2001 (JUR 2001/149833) de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Ciudad Real y la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña, Sección 5.^a, Sentencia de 23 de marzo de 1999 (AC 1999/1570). Por último, véase también la SAP de Valencia (Sección 9.^a) de 3 de enero de 2007 (AC 2007/1252), Sentencia ella misma todo un ejemplo del derecho de cita y con un importante acopio de resoluciones, si bien en el ámbito de distinguir el derecho de cita del mero plagio.

No consideramos que, con carácter general y para el *press clipping*, la finalidad informativa justifique o esté amparada con el derecho de cita ⁽²⁴⁾. Los motivos son varios y parten de la idea de que el derecho de cita tiene carácter de excepción a la regla general, y por tanto debe siempre ser interpretado en el sentido más restrictivo, pues la interpretación más restrictiva es a su vez la más garante del derecho fundamental a la propiedad. Pero es que además la justificación en el interés público supone, como hemos indicado, que sólo es eficaz cuando haya necesidad y proporcionalidad en expropiar el derecho de los titulares para satisfacer un interés público y en los supuestos de *press clipping* la necesidad informativa que pueda existir ya está satisfecha por la labor de los propios editores que se verían expropiados de admitirse esta finalidad del derecho de cita. El *press clipping* descansa sobre obra ya divulgada (*ex art. 32.1 LPI*), luego supone una información ya difundida. Por otra parte, la finalidad informativa puede justificar la difusión de datos objetivos (que no están protegidos por la propiedad intelectual) pero no la elaboración de los mismos ⁽²⁵⁾.

1. Breve (¡No, brevísima!) referencia al «iter» legislativo y al marco internacional

La aprobación de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica la Ley de Propiedad Intelectual tiene, entre otras finalidades, la transposición al Derecho interno de la Directiva 2001/29/CE. Las excepciones o límites a los derechos exclusivos de dicha Directiva son objeto de análisis en el Considerando 31 y en los arts. 2 a 5 de la Directiva 2001/29/CE. Resulta conveniente señalar que la Directiva también tiene por objeto adaptar la legislación interna de los Estados miembros al contenido de los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre derechos de autor y sobre interpretación o ejecución y fonogramas de 1996 ⁽²⁶⁾.

La Directiva no solventa el tema del *press clipping*, sino que deja a los Estados miembros adoptar sus propias soluciones (lo que genera una indeseable multiplicación de soluciones legales y una distorsión en el mercado). Adviértase que en un entorno digital la variedad de soluciones supone una dificultad, pues el tratamiento de la cita es diverso, tanto legalmente como en la interpretación jurisprudencial de dichas fuentes legales. A título de ejemplo, piénsese en la necesidad de concreción jurisprudencial del *fair use*. Y si variadas pueden ser las respuestas en los diversos países UE, adviértase que la situación será aún más compleja en relación con el sistema USA. Así, en la Directiva, es el art. 5.3.c) el que recoge entre las excepciones al dominio del titular de la propiedad intelectual:

⁽²⁴⁾ Así lo cree, equivocadamente en nuestra opinión, LLEDÓ LLAGÜE, que considera un reduccionismo interpretativo excluirlo. Tomamos su opinión de PÉREZ DE ONTIVEROS (2007, 590), quien tampoco comparte su opinión; no obstante, PÉREZ DE ONTIVEROS (2007, 593), a la hora de analizar los resúmenes de prensa y su equiparación al derecho de cita, insiste en la justificación informativa de la excepción al dominio intelectual.

⁽²⁵⁾ También tiene relevancia en este asunto el artículo 33 de la LPI, que, por su parte, establece que los trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social podrán ser reproducidos, distribuidos y comunicados públicamente por cualesquiera otros de la misma clase, citando la fuente y el autor si el trabajo apareció con firma y siempre que no se hubiese hecho constar en origine la reserva de derechos. Todo ello sin perjuicio del derecho de autor a percibir la remuneración acordada o, en defecto de acuerdo, la que se estime equitativa. Pero si lo publicado no es realmente la narración o descripción de hechos o circunstancias sociales, sino que se trata de una colaboración literaria, será necesaria, en todo caso, la oportuna autorización del autor.

⁽²⁶⁾ Así lo recoge, por ejemplo, el Considerando 15 de la Directiva 2001/29/CE.

c) cuando la prensa reproduzca o se quiera comunicar o poner a disposición del público artículos publicados sobre temas de actualidad económica, política o religiosa, o emisiones de obras o prestaciones del mismo carácter, en los casos en que dicho uso no esté reservado de manera expresa, y siempre que se indique la fuente, incluido el nombre del autor, o bien cuando el uso de obras o prestaciones guarde conexión con la información sobre acontecimientos de actualidad, en la medida en que esté justificado por la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor ⁽²⁷⁾;

El Proyecto inicial de Ley 23/2006, en su art. 32.1 originalmente excluyó de la calificación como cita a aquellas recopilaciones periódicas que tengan por objeto «*básicamente en su mera reproducción cuando dicha actividad se realice con fines comerciales*». Esta redacción implicaba razonablemente que un importante número de empresas de *press clipping* tendrían que solicitar una autorización y pagar un precio por explotar comercialmente los contenidos editados por los diarios de prensa.

No obstante, fruto de la tramitación parlamentaria, la redacción final —y actualmente vigente— tomó otro cariz, y en la actualidad, las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revistas de prensa también tendrán la consideración de citas. No obstante, a continuación el art. 32.1 de la LPI introduce uno de los incisos más polémicos de la reforma de la LPI:

«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.»

La redacción de este precepto no está exenta de polémica en cuanto a su interpretación y será objeto de detallado análisis a lo largo de este trabajo. No obstante, hay algunas consideraciones que ya pueden apuntarse. En nuestra opinión, las empresas de *press clipping* no pueden amparar su actividad en la excepción de cita y por ende en la defensa de intereses comunes como la cultura o la información. Hay un elemento que, independientemente de otras consideraciones que se harán, impide tal amparo. Nos referimos al ánimo comercial de estas empresas y a su concurrencia con los titulares legítimos de los contenidos aprovechados. Ya dijimos que no cabe tal construcción cuando los titulares legítimos ya satisfacen por sí mismos esos intereses comunes, y añádase ahora que las empresas de *press clipping* actúan en concurrencia con dichos titulares constituyéndose en verdaderos periódicos multicontribuidos que mediante la violación de la LPI consiguen ventajas competitivas frente a los periódicos de cabecera. Desde esta perspectiva, las ventajas competitivas de las empresas parasitarias de contenidos supondrían una amenaza al propio derecho de información en su vertiente de pluralismo informativo, pues su pervivencia contribuiría a la eliminación de competidores ⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ No nos entretendremos en el análisis de este párrafo. Véase CORREDOIRA (2007, 9).

⁽²⁸⁾ De nuevo de interés PÉREZ DE ONTIVEROS (2007, 594).

2. Autores y titulares de los derechos de propiedad intelectual. La obra colectiva

En el ámbito de la edición de diarios y revistas (tanto en medios digitales como *off line*) una cuestión controvertida es la de la titularidad de los derechos de propiedad intelectual y los efectos de la cesión de las noticias, las columnas de opinión, viñetas, así como, y derivado de lo anterior, quién puede autorizar estas conductas o prohibirlas, o qué valor tiene la autorización o prohibición del titular del medio y del autor material del texto. Quizá lo que ha planteado más problemas en los últimos años ha sido si la cesión de un periodista a un editor del derecho de distribución de una obra (ya sea un artículo, columna, fotografía, tira cómica, etc.) conllevaba también la cesión del derecho de puesta a disposición, porque legalmente ambos conceptos, como hemos dicho, están bien diferenciados. Según las respuestas que demos a las anteriores cuestiones, por ejemplo, un artículo publicado en un medio escrito no podría ser colgado en un sitio web a no ser que el autor diese expreso consentimiento de la cesión de dichos derechos de puesta a disposición. Son muchas las preguntas que plantea la Red como difusora no sólo de noticias, sino también de artículos de opinión. Simplemente a título de ilustración: ¿son las noticias objeto de derecho de autor?, ¿está dentro de la legalidad un sitio web que recopile noticias de otros medios escritos?, ¿qué problemas legales han surgido con Internet? Las respuestas a algunas de estas preguntas pueden responderse en torno al concepto de «actividad habitual del empresario». En este sentido, si dentro de la actividad habitual del empresario editor del diario se encuentra la puesta a disposición de las obras periodísticas en la versión digital de su diario, parece aventurado exigir al editor que recabe de forma expresa el consentimiento del periodista para esta explotación⁽²⁹⁾. En consecuencia, no sería necesario que en el contrato laboral celebrado entre el editor y el periodista se mencione de forma expresa la autorización para explotar los contenidos en la versión digital del diario.

La Convención de Berna (art. 2.8) deja muy claro que las noticias no son objeto de derecho de autor⁽³⁰⁾, por lo que en principio no es necesaria la autorización del autor de una noticia para la reproducción de dichos acontecimientos en otro sitio web aunque dicha afirmación con la limitación de que el texto de la noticia no tenga la suficiente originalidad como para considerarse una obra creativa, esto es, que constituya el sumario relato de hechos sin aportación personal alguna del autor material. De otra forma, el autor de la noticia sí tendrá todos los derechos morales y patrimoniales que los tratados internacionales establecen.

Como se ha expuesto con anterioridad, una de las cuestiones más polémicas de la tramitación de la Ley 23/2006 ha sido la determinación de si la reproducción de artículos periodísticos se halla amparada por el límite de cita del art. 32 de la Ley de Propiedad Intelectual, en cuyo caso no sería necesaria la autorización del titular de los mismos para su utilización (quedarían a salvo los derechos morales), o si, por el contrario, el *press clipping* debe estar sometido a la autorización previa del editor. En este debate, y durante la tramitación, las empresas editoriales fueron especialmente activas para propiciar un cambio esencial en la norma: la imposibilidad de acoger los resúmenes de prensa en el derecho de cita.

⁽²⁹⁾ La relación entre el Derecho laboral y la cesión de derechos de propiedad intelectual por parte de los trabajadores ha sido estudiada entre otros por ARAGÓN GÓMEZ (2007, 129 y ss.).

⁽³⁰⁾ «La protección del presente Convenio no se aplicará a las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa».

De una primera lectura del art. 32.1.II LPI parece desprenderse que la facultad de oponerse a realizar las actividades propias del *press clipping* corresponde al autor en el sentido de aquella persona física que elabora la noticia o el artículo. Sin embargo, esta interpretación es, a nuestro modo de ver, contraria a la doctrina elaborada y consolidada sobre la obra colectiva prevista en el art. 8 de la misma Ley y a una interpretación sistemática del conjunto de la Ley de Propiedad Intelectual. Y es que la discusión sobre la calificación de los diarios y revistas como obras colectivas se decanta por considerar que el editor de los diarios es el titular de los derechos exclusivos de explotación.

La doctrina mantiene diferentes posturas sobre este particular, aunque tiende a opinar al tratarse un periódico o revista de una obra colectiva en los términos del art. 8 de la LPI, el titular de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual corresponde a los medios de comunicación, y por tanto es a esta entidad a quien hay reclamarle la autorización para poder llevar a cabo los resúmenes de prensa de forma lícita ⁽³¹⁾.

No faltan manifestaciones doctrinales valiosas que niegan la anterior afirmación y sostienen la titularidad del periodista o autor material ⁽³²⁾ en detrimento de la empresa editorial. Los argumentos no son meramente formales, sino que descansan en la propia protección de la creación y la inventiva propia del autor material, razón de ser última de los llamados derechos de autor ⁽³³⁾. Diferentes argumentos consideramos desdican esta orientación. Razones de índole tanto jurídica como económica.

La cuestión radica en quien crea valor, en quien debe apropiarse de ese valor y la fungibilidad mayor o menor del rol de editor y periodista.

Admitiendo que caben excepciones ⁽³⁴⁾, la identificación de un adquirente de un medio de comunicación o de una noticia se sustenta más en la cabecera del medio que en la firma de los redactores de los contenidos incluidos en ese medio. El valor principal es el de la marca o la cabecera. Adviértase que estamos en el ámbito de las llamadas «empresas de opinión o tendencia» y que por ello es esa tendencia u opinión lo que determina la opción del demandante de contenidos. No se trata de un supuesto de

⁽³¹⁾ RODRÍGUEZ TAPIA (2007A, 143-144). El citado autor mantiene una postura equivalente en su otra obra (2007B, 83 y ss.). También, J. M. SUÁREZ ROBLEDANO (2004). R. BERCOVITZ (2006B, 82) estudia el concepto de obra colectiva en la Ley de Propiedad Intelectual y pone los ejemplos siguientes: «*Son ejemplos expresamente contemplados por la LPI las publicaciones periódicas propias de los medios de comunicación social y de las revistas especializadas (art. 52) [...]*». De opinión similar es BATALLER (2002, 78ss), quien concluye que los periódicos son obras colectivas cuyos derechos corresponden a los editores de diarios. En la pág. 81 señala: «*En efecto, la obra colectiva es un producto comercial cuyos derechos de explotación o patrimoniales (y solamente ellos) son atribuidos por el legislador, en bloque y ab initio, a la persona que haya asumido las funciones de organización, dirección y coordinación. Y, correlativamente, la defensa de tales derechos podrá acometerse por su titular también en bloque*».

⁽³²⁾ Véanse en ese sentido BERCOVITZ (2006, 55-56) y DÍAZ NOCI (2003), si bien no es siempre fácil apreciar una postura inequívoca en este trabajo.

⁽³³⁾ Arts. 27 Declaración Universal de Derechos Humanos y 201.b Constitución española. Resulta de interés RODRÍGUEZ TAPIA (2007B, 86-87), quien sostiene la titularidad de la empresa editora, si bien con dudas sobre la constitucionalidad de esta medida en su aplicación a bases de datos.

⁽³⁴⁾ No estamos pensando en la existencia de columnistas o firmas de prestigio que generan «contenidos de opinión».

accesión⁽³⁵⁾, por tentadora que pueda ser la construcción, pues la accesión es una forma de adquisición de la propiedad al igual que los contratos, como son los que vinculan a los autores con los editores.

Y no es sólo un problema de distribución del valor, sino de valor creado, donde el valor residual del contenido desprovisto de la cabecera se aproxima a cero, donde la fungibilidad de la firma es tal que no es percibida⁽³⁶⁾. El valor se crea e identifica, pues, con la obra colectiva, integrada por aportaciones individuales carentes de valor de forma aislada y en todo caso subordinadas a la obra colectiva y a la ideación de contenidos y organización de la misma⁽³⁷⁾.

Esta realidad económica ha sido acogida por la figura de la obra colectiva y por la correcta interpretación dada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, SSTs de 13 de mayo de 2002 y de 31 de diciembre de 2002), fundamenta su pretensión en que la persona que edita y divulga la obra colectiva bajo su nombre, realiza una aportación propia, consistente en coordinar las aportaciones individuales concebidas precisamente para fundirse en dicha obra. Sin que los autores de las aportaciones individuales puedan considerarse que tienen derechos, entendidos como coautores, sobre la obra global⁽³⁸⁾. En este sentido señalaba el Tribunal Supremo:

«Ante todo hay que proclamar que la persona jurídica recurrente en casación es la editora y propietaria de una obra colectiva de publicación y que desde luego ostenta la titularidad de los derechos de explotación de la misma. Abarcando dichos derechos sobre la totalidad de tal obra colectiva, así como sobre aspectos parciales de la misma, que en el presente caso abarcarán la sección de ofertas laborales. Todo ello se infiere, aparte de ser reconocido en la sentencia recurrida, de una interpretación lógica del art. 8 de la Ley 22/1987, puesto que dicha obra colectiva cuyo aspecto parcial es el de las ofertas laborales, supone una actuación de medios personales y

⁽³⁵⁾ La accesión permitiría decir que el editor adquiere la propiedad absoluta de la obra de los autores materiales. Siendo la cabecera de mayor valor que los diferentes artículos y noticias que le dan contenido, la propiedad del autor material cedería a favor del editor. La titularidad del autor material cedería a favor de la propiedad del bien de mayor valor (no entramos en la calificación de la accesión como directa o invertida). La propiedad se transforma en responsabilidad, y por tanto el titular desposeído sólo conservaría un derecho a la indemnización. Como decíamos en el texto principal, esta construcción es tentadora por cuanto integra ciertos paralelismos con la temática que estamos abordando. La transformación de la propiedad en responsabilidad es habitual en el ámbito de los derechos de autor, donde el consentimiento pierde fuerza, la indemnización propia de la accesión nos evoca a la compensación equitativa por el uso de contenidos ajenos. Pero como decíamos en texto esta construcción es falaz, pues no nos estamos refiriendo al acceso a la propiedad de los contenidos por tercero, sino que hay una instancia previa: el acceso a la propiedad de los editores sobre sus contenidos, acceso que no se produce por accesión sino por efecto de los contratos (laborales o mercantiles) que vinculan a los autores materiales con los titulares de las cabeceras. La compensación equitativa será pues a favor de éstos.

⁽³⁶⁾ Permítanos el lector proponerle un juego (¡sí, un juego! Bueno, ¡llámelo experimento!). Intente pensar en una de las noticias que leyó al principio de esta semana, recuerde los principales datos de la misma, el hecho y su circunstancia, intente recordar por qué medio la conoció, e intente aun recordar quién firmaba la noticia. Obtenga, pues, su propia respuesta.

⁽³⁷⁾ De «una cierta relación de jerarquía o subordinación» habla RODRÍGUEZ TAPIA (2007A, 141 y 142).

⁽³⁸⁾ Véase de nuevo RODRÍGUEZ TAPIA (2007A, 140-143), quien recoge sencilla y acertadamente los elementos definitorios de este tipo de obra «multicontribuida»:

- a. Una persona ha tomado la iniciativa.
- b. Las aportaciones individuales se han concebido destinadas a la obra colectiva.
- c. La creación individual se funda en la colectiva.
- d. No hay atribución individual de derechos.
- e. El derecho del editor se condiciona a la efectiva edición.

materiales, dirigida a un fin concreto de edición y divulgación, que necesita una actividad coordinadora ineludible, sin que puedan separarse los derechos de dicha obra colectiva en favor de sus realizadores concretos»⁽³⁹⁾.

De ahí la protección que se dispensa a la labor del coordinador editor, que incita, coordina y publica la labor creadora de varios autores, sobre la base de la relación contractual previa con éstos.

De conformidad con esta relación contractual⁽⁴⁰⁾, el papel de iniciativa y coordinación de la obra colectiva que corresponde a quien la edita y la divulga⁽⁴¹⁾ bajo su nombre, realiza un aportación propia, consistente en coordinar las aportaciones individuales conforme a un plan previsto, para obtener un resultado unitario y homogéneo, siendo dichas aportaciones individuales concebidas precisamente para fundirse en dicha obra. El editor tiene incluso la facultad de prescindir de colaboraciones, modificarlas, o incluso prescindir de la obra colectiva entera. En consecuencia, se desprende que el autor de la aportación singular no tiene derechos sobre la obra por cuanto que carece de poder de decisión sobre su contenido, siendo el coordinador o editor quien actúe en su nombre, quien decida sobre el resultado final. Por tanto, la titularidad de la obra colectiva corresponde al editor y no al autor de las obras individuales que la componen. El hecho de que la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria estén de acuerdo en que la titularidad de los derechos exclusivos sobre las obras colectivas corresponde al editor y no a cada uno de los autores singularmente considerados tiene una gran importancia a la hora de interpretar el último inciso del art. 32.1 de la Ley de Propiedad Intelectual. En efecto, a pesar de que la literalidad del art. 32.1 establece que el autor se podrá oponer a la actividad de *press clipping*, ¿cómo puede oponerse aquel que no es titular de los derechos exclusivos de propiedad intelectual? El único que podrá oponerse a la reproducción de las obras intelectuales será el titular de los derechos que, en relación con los periódicos y revistas es el editor. Además, no parece razonable que el legislador pretenda que en cada artículo, viñeta, columna o aportación individual de un periodista, el autor deba incluir de forma expresa su voluntad de oponerse⁽⁴²⁾. Por tanto, y sin perjuicio de los beneficios que las empresas de *press clipping* digitales y *off line* reporten a los usuarios, la explotación lucrativa de los contenidos de los diarios no puede hacerse a costa del editor y titular, salvo pacto en contrario, del conjunto de la obra colectiva formada por cada una de las aportaciones individuales de los periodistas⁽⁴³⁾. De otro lado, la

⁽³⁹⁾ STS de 13 de mayo de 2002 (RAJ 6744). Hay que recordar que el litigio se refería a unas ofertas de empleo a las que el TS considera obras intelectuales. Así, señala: «No hay que olvidar en ese aspecto, que un ofrecimiento de un puesto de trabajo, con la carga socioeconómica que supone, precisa una actividad intelectual de cierto calado para hacer atractiva la oferta y con el fin de obtener un éxito que redundaría a favor, tanto del oferente como del futuro solicitante, así como del medio en el que se plasma la misma, que tiene, por ello, el derecho a ser protegido en su afán creador».

La anterior Sentencia del TS, junto con la de 31 de diciembre de 2002 (RAJ 10758; en especial, fundamento 1.º), constituyen las principales referencias en materia de obra colectiva. Aún pueden citarse otras resoluciones, como: SSTS 19 de diciembre de 2007 (RAJ 2071), 29 de marzo de 2002 (RAJ 6744) y 11 de julio de 2000 (RAJ 4669).

⁽⁴⁰⁾ Se podría entender, señala de nuevo RODRÍGUEZ TAPIA (2007A, 143), que había una presunción *iuris tantum* de cesión de derechos. El mismo autor (pág. 145) nos recuerda que el contrato puede realizar una distribución distinta de derechos, pero no pueden entrar en la calificación de la obra.

⁽⁴¹⁾ Cuestiona la necesidad de la divulgación a efectos del art. 8 LPI RODRÍGUEZ TAPIA (2007B, 85)

⁽⁴²⁾ BERCOVITZ (2006, 55) defiende la posibilidad de que el editor prohíba la reproducción de sus contenidos, pero con una aplicación limitada a aquellos contenidos que le hayan sido expresamente cedidos. Adviértase que para aquellos contenidos no cedidos será necesario un comportamiento individualizado de autores.

⁽⁴³⁾ Además, a los medios de comunicación diaria y semanal también les resulta de aplicación el artículo 52 de la Ley de Propiedad Intelectual aplicable a las publicaciones periódicas. En líneas generales, este artículo 52 prevé, de un lado, que todo

Ley de Propiedad Intelectual confiere un plazo de un mes desde la fecha en que se produjo la aportación individual del periodista al editor de la publicación. En el supuesto en el que transcurrido dicho plazo de un mes el editor no haya insertado la obra periodística en su diario, el periodista podrá disponer libremente de ella⁽⁴⁴⁾. Publicada la obra por el editor, generalmente se entiende por «que no perjudique la normal de la publicación en la que se haya insertado» aquellas explotaciones que no se realicen en una publicación semejante que haga competencia a la que publicó por primera vez el trabajo periodístico. En consecuencia, sin autorización del editor (o pacto en contrario por vía contractual) la reproducción de las obras periodísticas que perjudiquen la explotación del diario originario no es lícita ni siquiera en el supuesto en que el periodista autorice dicha explotación. Del indicado art. 52 LPI debe desprenderse necesariamente que si el periodista autor de una obra en un diario no está facultado a reproducir dicho contenido, con mayor razón las empresas de *press clipping* deberán recabar del editor del periódico la correspondiente autorización. No resultaría acorde con una interpretación lógica y sistemática de la Ley de Propiedad Intelectual que el autor de la obra periodística deba recabar la autorización del editor y titular de los derechos de explotación y, por el contrario, un tercero ajeno a dicha creación, como es la empresa de *press clipping*, pueda reproducir los contenidos al amparo de la excepción de la cita del art. 32.1 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Alguna duda cabría sostener en relación a la eventual reproducción por las empresas de *press clipping* de las meras fotografías de los diarios, por carecer en ocasiones de la altura creativa exigida para su protección por el art. 10 Ley de Propiedad Intelectual. Sin embargo, la Ley de Propiedad Intelectual también confiere protección —aunque de menor intensidad— a las meras fotografías que no reúnen los requisitos creativos generales. En efecto, en el art. 128 de la Ley de Propiedad Intelectual se otorga al titular de derechos de las meras fotografías de los derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública.

3. Principio de autorizar y cobrar. Canon e indemnización

El debate en torno al sistema remuneratorio de la propiedad intelectual se inició hace ya décadas con motivo de los desarrollos tecnológicos que permitían reproducir las obras a un bajo coste y con un gran calidad. De esta manera, el editor o el productor de obras intelectuales no era el único con medios técnicos para reproducir una obra. Recuérdese que ya antes se señaló que en muchas ocasiones los medios de control sobre la reproducción de la creación intelectual descansan realmente sobre el control del soporte o el control de los mecanismos de reproducción. Los cambios tecnológicos suponen también un cambio radical en esta situación. De una parte, porque se permite una reproducción de alta calidad y coste mínimo; de otra, porque el mismo concepto de reproducción se altera y sustituye por el de puesta a disposición. Ante esta situación se abrió un debate jurídico (que se mantiene en la actualidad) destinado a encontrar un justo y equitativo balance entre el interés de la sociedad a beneficiarse del progreso, que se concreta en el beneficio de las personas a utilizar los equipos y tecnología puesta a su alcance, y el

autor de un periódico está facultado a disponer de su colaboración periodística y explotarla de forma separada del conjunto siempre que no perjudique la explotación del periódico (obra colectiva), salvo pacto en contrario.

⁽⁴⁴⁾ El hecho de que la publicación de su obra en el periódico no sea decidida por el periodista individualmente considerado, sino por el editor, es uno de los presupuestos que determina la calificación del periódico como obra colectiva.

interés de los titulares del derecho de autor a mantener su exclusiva sobre la reproducción, distribución y comunicación pública de su obra.

El desarrollo por nuestro legislador del principio de «autorizar y cobrar» tiene su origen en la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, que en su Preámbulo señala que:

«las consecuencias del desarrollo de los medios de difusión de las obras de creación que han permitido el acceso de la mayoría de los ciudadanos a la cultura, pero que, paralelamente, han facilitado nuevas modalidades de defraudación de los derechos de propiedad intelectual. En su articulado dicha ley introduce nuevas figuras en nuestro ordenamiento identificando como una de ellas la remuneración compensatoria para las reproducciones de obras efectuadas para uso personal. De esta manera, el legislador autorizaba como una excepción al derecho exclusivo de reproducción del autor, aquellas reproducciones de obras ya divulgadas para uso privado y siempre que dicha copia no fuera objeto de utilización colectiva ni lucrativa».

El principio allí recogido, con una fisonomía levemente alterada, es idéntico al sistema impuesto por el vigente art. 32 LPI. Se recoge el derecho de propiedad del titular de los derechos (el editor) en su vertiente negativa, si bien se impone sobre dicho titular una carga para hacer efectivo su (*ius prohibendi*) la de hacer expresa su negativa a la reproducción (o disposición). La falta de mención se configura así como una autorización, autorización que no debe ser interpretada como cesión gratuita, sino que genera un derecho de retribución por parte de quien haciendo uso de tal autorización reproduzca o disponga de la obra. La peculiaridad del sistema radica en que la inclusión de una expresa reserva de derechos o prohibición de reproducir o disponer difícilmente encontrará mecanismos efectivos para hacer eficaz. Ante la vulneración de tal prohibición se generará en el titular el derecho a obtener una contraprestación económica de carácter indemnizatorio. Como vemos, ya vía autorización, ya vía prohibición, el derecho del titular se reconduce hacia la compensación económica, ya de carácter retributivo, ya de carácter indemnizatorio. A la postre, el consentimiento del titular de los derechos relativiza su importancia que no se proyecta más allá de la calificación de la naturaleza de la compensación económica⁽⁴⁵⁾.

III. El *press clipping* digital. *Links* y *frames*

Entre las posibilidades que ofrece Internet se encuentra la de desplazarse dentro de una página misma página web o de una página web a otra página web a través de un vínculo tras el que se esconde la dirección electrónica de la página direccionada. De esta manera se permite a los usuarios el acceso a un mayor número de actividades e informaciones y, también, se multiplican las posibilidades para incurrir en infracciones de los derechos exclusivos de la propiedad intelectual de los editores de diarios a través del *press clipping*. Habitualmente, el direccionamiento a otras páginas web se realiza a través de de *links* (hiperenlaces) o *frames* (marcos).

Los *links* (o enlaces) son apartados de una pantalla que se identifican mediante recursos gráficos que cuando son seleccionados por el usuario originan su desaparición y reproduce la nueva página web

⁽⁴⁵⁾ De nuevo, PEINADO GRACIA (2008).

con la que se ha establecido la conexión en la pantalla del ordenador del usuario. Aunque la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior, no regula la responsabilidad por el establecimiento de enlaces o *links*, la importancia que cada vez más tiene esta cuestión determinó que nuestro legislador nacional regulara de forma expresa este asunto. El art. 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, afronta el tema de la responsabilidad de los prestadores de servicios que facilitan enlaces situados en otro lugar de la red. De esta manera prevé que los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a contenidos situados en otras páginas web no serán responsables por dirigir a los destinatarios de servicios a contenidos ilícitos o que pudieran lesionar los derechos exclusivos de propiedad intelectual de terceros. El fundamento de esta régimen de responsabilidad por hecho ajeno parte como principio general de la exoneración de responsabilidad desde el momento en que la persona que establece *links* a otros sitios de la red no puede controlar ni conocer con exactitud los contenidos introducidos por el autor de la página a la que se redirecciona. Sería difícil establecer una responsabilidad civil por hecho ajeno objetivada que no se fundara en el conocimiento efectivo del intermediario de la ilicitud (por ejemplo, mediante un requerimiento fehaciente). En cualquier caso, resulta criticable del régimen de exoneración de responsabilidad en el caso del *linking* previsto en la Ley 34/2002 el alto grado de indefinición legal que deberá ser resuelto por los Juzgados y Tribunales. Esta indefinición ha tratado de ser resuelta por el legislador mediante la aprobación de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información ⁽⁴⁶⁾.

El *framing*, por su parte, se caracteriza por el hecho de que cuando se establece un enlace la página direccionante se mantiene y domina la pantalla, ofreciendo a través de ella los contenidos de una página direccionada. De este modo, la pantalla del ordenador queda dividida en múltiples secciones independientes, cada una de las cuales puede contener a su vez imágenes, textos o, incluso, nuevos *frames*. Desde la perspectiva del periodismo digital y la propiedad intelectual, el sometimiento a esta disciplina jurídica del *linking* y el *framing* reside en su aptitud para posibilitar el acceso a los contenidos de la página web vinculada. En el supuesto en que se recurriera a esta técnica de *framing*, para evitar incurrir en un ilícito civil es importante que se identifique con claridad que la página ajena a la que se redirecciona se trata de contenidos elaborados por terceros ajenos a aquel que utiliza el *framing* y es titular de la página direccionante.

Respecto a la utilización de *links*, no parece que el proveedor del enlace infrinja ninguno de los derechos de explotación implicados en el proceso técnico de direccionamiento a otra página web. En efecto, en realidad la reproducción y comunicación pública no afecta a los contenidos de la página direccionada, sino que se limita a copiar y poner a disposición del público exclusivamente la dirección electrónica de la página web. Desde un punto de vista técnico, la transmisión en línea generada con la activación del enlace por el usuario se produce desde la página o sitio enlazado y no desde el que procura el enlace, con lo que el usuario reproduce los contenidos desde el sitio web direccionado y no desde la página que provee el enlace. En consecuencia, los actos de reproducción realizados a través de Internet son

⁽⁴⁶⁾ Para un estudio en profundidad sobre la responsabilidad civil de los intermediarios y prestadores de servicios de la sociedad de la información, puede consultarse PLAZA PENADÉS (2002, 223 y ss).

realizados por el usuario que activa el vínculo y, en todo caso, por los prestadores de servicios de red, pero en ningún caso por aquel que establece el *link*.

En cuanto a esta cuestión, parece razonable sostener que existe una licencia implícita en el establecimiento del correspondiente contenido en la red, sobre todo cuando media un perfecto conocimiento general de las posibilidades técnicas que permiten poner a disposición del público enlaces sin autorización o establecerlos sin pasar de la primera página, salvo, claro está, oposición expresa a esta práctica. Sin embargo, conviene resaltar la ilicitud de una modalidad especial de enlaces denominados *deep linkg*. En estos casos, el *link* no enlaza al usuario a otras direcciones de Internet, sino que llena de contenido la página web desde la que se establece y, así, puede permitir que quien lo realiza entre en competencia con el titular o recurso vinculado. Como consecuencia de lo novedoso de la materia, no podemos afirmar que en nuestro país existan Sentencias de Audiencia Provinciales o de nuestro Alto Tribunal que examinen y califiquen este tipo de conductas. A pesar de lo anterior, consideramos la técnica del *deep linking* como ilícita⁽⁴⁷⁾.

Y es que, en atención a las circunstancias del caso, esta práctica puede implicar, por ello, la expoliación del resultado del esfuerzo ajeno, la construcción de la propia prestación mediante la incorporación de la de un tercero o, incluso, un riesgo de confusión. El riesgo de confusión puede producirse si de una forma u otra se da a entender que los contenidos enlazados son propios. Asimismo, no es descartable que pueda argumentarse que por el hecho de que el usuario no acceda a través de su página de inicio o *home page*, donde se concentra habitualmente la mayor oferta publicitaria, se deriven pérdidas de ingresos que sufre el titular de la página web direccionada. Es decir, lo que realmente puede ocurrir es que el *deep linking* se configure por el sujeto direccionante y se presente al usuario de la Red como un enlace de contenido propio, atribuyéndose aparentemente la autoría de contenido ajenos⁽⁴⁸⁾. Así, resulta que mediante la utilización de la técnica del *deep linking*, no se entra en la creación ajena, sino que se trata de una mera remisión que traspasa cualquier excepción o límite, incluido el de cita, previsto en nuestra Ley de Propiedad Intelectual⁽⁴⁹⁾. Como se ha indicado con anterioridad, en los supuestos en que un autor pone a disposición del público sus contenidos en Internet para que terceros puedan acceder a los mismos está otorgando —aunque sea de manera implícita— una autorización para que terceros puedan redireccionar a sus contenidos (*linking*). No obstante, esta autorización se limita a que terceros puedan acceder a sus contenidos de la manera y con la disposición interna que el creador del sitio ha diseñado. En ningún caso incluye que dicho acceso pueda realizarse sin acceder en primer lugar a su página principal cuando, además, este hecho dificulta la explotación publicitaria de su obra, que se aloja

⁽⁴⁷⁾ Contrariamente a lo aquí sostenido podemos recordar un precedente holandés. La Sentencia de 22 de agosto de 2000 sobre el caso holandés *Algemeen Dagblad et Al. V. Eureka Internetdiensten* entre varios periódicos y la empresa *Eureka Internetdiensten*, propietaria de la página web www.kranten.com (*Zaak/Rolnummer*: 139609/KG ZA 00-846, para su consulta: www.ivir.nl/rechtspraak/kranten.com.html, *Instituut voor Informatierecht*). Desde dicha página se ofrecen cada día a los usuarios noticias e informes publicados en todos los periódicos nacionales con los que mantenía hipervínculos que dirigían a los contenidos de los periódicos que demandaron a la entidad por no haber obtenido previamente el consentimiento, infringiendo la normativa de propiedad intelectual. Finalmente, la decisión del Tribunal afirmó que no se producen daños para los periódicos y que, además, el hecho de que los usuarios puedan acceder, a través del hipervínculo, directamente al contenido de un artículo no evitaba que luego pudieran dirigirse a la página principal del periódico. Por ello, se desestimó la demanda planteada frente a la empresa Eureka.

⁽⁴⁸⁾ Véase MASSAGUER (2002, 124).

⁽⁴⁹⁾ Véase VEGA VEGA (1999) en la obra AA.VV. (1999),

principalmente en esa página principal o *home page* ⁽⁵⁰⁾. Es decir, al reducir el número de visitas a las páginas principales de los creadores de contenidos, se limita o restringe la capacidad de atracción de dichos creadores a los anunciantes de publicidad en Internet ⁽⁵¹⁾. Consiguientemente, se reducirá el valor económico de los espacios publicitarios más rentables de esas páginas y de esta manera los anunciantes invierten menos dinero en publicidad, dejan de publicitarse en estas páginas web o por lo menos intentan localizar otros sitios o páginas web que les garantice una mejor y más eficiente promoción de sus productos y servicios. Es por ello que es aconsejable al redireccionar a otras páginas web, enlazar a la página de inicio para que desde ella el usuario pueda acceder a los contenidos allí alojados. Así, el titular de la página direccionada no podrá invocar ningún daño por el lucro dejado de obtener por el no acceso a la publicidad de su página principal.

Volviendo nuevamente a los marcos o *frames*, el análisis jurídico difiere de forma sustancial. En efecto, en estos supuestos se considera infringido el derecho exclusivo de comunicación pública del titular de la obra o prestación enmarcada ⁽⁵²⁾, máxime si en el espacio enmarcado no se aparece la dirección electrónica URL del sitio de donde procede la información o cualesquiera otros signos identificativos del sitio o del titular de la obra o prestación enmarcada, en el caso contrario podría plantearse la concurrencia de un derecho de cita u otra excepción que permita la práctica del enmarcado, algo extensible también a los denominados enlaces ensamblados. Por el contrario, no existiría una vulneración del derecho exclusivo de reproducción porque, al igual que con los enlaces, no se produce reproducción alguna en el equipo informático del proveedor del marco o *frame*. Es en este contexto en el que las empresas se dedican a elaborar reseñas periódicas y revistas de prensa digitales consistentes en incluir dentro de su propia web artículos periodísticos completos previamente divulgados a través de diferentes técnicas, como el redireccionamiento, el *linking* o el *framing* ⁽⁵³⁾. Las empresas suelen argumentar que su actividad comercial

⁽⁵⁰⁾ Véase GARROTE FERNÁNDEZ- DÍEZ (2001, 366).

⁽⁵¹⁾ Los enlaces profundos pueden permitir la competencia entre el titular de la página web que los emplea y el del recurso vinculado, bien en el mercado de los servicios en cuestión o en el mercado de la contratación publicitaria. Véanse CARBAJO CASCÓN (2002, 177), MASSAGUER (2002, 124-125) y TORRES DE SILVA (2002, 33). En este sentido, también se ha seguido en los asuntos estadounidenses, en concreto, en el asunto *TicketMaster Corp. v Microsoft Corp.* (Corte de Distrito de EE.UU. D.C. California, 27 de marzo de 2.000; véase www.bc.edu/bc_org/avp/law/st_org/iptf/headlines/content/2000040401.html), en el que la empresa TicketMaster vendía desde su página entradas para espectáculos. Por su parte, Microsoft enlazaba su página con la de TicketMaster, a fin de proporcionar información sobre los mencionados espectáculos. El enlace de esta segunda página permitía de forma directa la adquisición de las entradas, pero sin acceder a la página principal de TicketMaster, por lo que esta última demandó a Microsoft por vulneración del derecho de marca y por actuación desleal. El asunto planteado concluyó con un acuerdo entre las partes.

⁽⁵²⁾ Paradigmático y pionero fue el asunto *The Shetland Times Ltd. vs. Wills and another*, de 1997. Véanse JEFFREY R. KUESTER, J. R./ NIEVES, P. A. (1998, 263-265).

⁽⁵³⁾ Un ejemplo de suma importancia es el enfrentamiento entre *Total News* y el *Washington Post*, *Washington Post vs. Total News* [núm. 97, Civ 1190 (PKL. S.D.N.Y.), disponible en: www.ljx.com/internet/complain.html]. Dicha empresa es titular de la página web www.totalnews.com, en la que ofrece información de actualidad, con vínculos hacia páginas web de los principales proveedores de noticias en Internet, tales como: *CNN*, *ABC*, *FOX*, *The Washington Post*. Si bien, hasta 1997 dicha empresa sólo poseía como contenidos propios espacios publicitarios y un menú de diversas opciones que contenía los vínculos hacia las páginas de las entidades mencionadas, entre otras. Así, cuando el usuario hacía clic sobre uno de los enlaces, aparecían en la página inicial los contenidos del tercero (entidad informativa), enmarcados por la publicidad de la *home page* de *Total News*. Lo que suponía una inducción a error a los usuarios, pues podía presumirse que existía una relación contractual entre las páginas que visitaba, y sin embargo no era así. Por ello, en 1997, la empresa *Total News* fue demandada. Aunque, finalmente, las partes alcanzaron un acuerdo extrajudicial y no se llegó a dictar Sentencia en el mencionado asunto. Para ampliar esta información consúltense GARCÍA VIDAL (2003, 126), JAKAB (1998, 30-31), ROARTY (1999,

puede encuadrarse en la excepción de la cita, reseñas y trabajos sobre temas de actualidad del art. 32.1 de la LPI. La excepción de la cita se configura en el sentido de que «es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas [...] 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. Y, en cualquier caso, incorporando e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra».

IV. Aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno (LCD)

Al margen de la disciplina de los derechos exclusivos de la propiedad intelectual, la actividad empresarial del *press clipping* también puede analizarse desde el punto de vista de la lealtad y buena fe exigible a los actos concurrentes realizados en el mercado. Los actos de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno en la Ley de Competencia Desleal se hallan encuadrados dentro de los actos de imitación de su art. 11. Del análisis sistemático de las normas sobre competencia desleal se infiere que los actos de imitación tienen por objeto evitar el menoscabo o erosión de la posición ganada en el mercado por los competidores, sin que ello sea consecuencia de una superior eficiencia. Sin embargo, el legislador ha pretendido también otro objetivo, como es la protección de la competencia en el mercado a través de la libre imitación de las «prestaciones e iniciativas empresariales ajenas», salvo que estén amparadas por un derecho exclusivo reconocido por la Ley. Además de estos dos objetivos de política legislativa, la introducción del aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno como factor de deslealtad de la imitación faculta a los operadores a recurrir al art. 11 LCD como instrumento para la protección jurídica de aquellas prestaciones que no son susceptibles de protegerse por la vía de los derechos exclusivos. Así, las circunstancias que determinan la deslealtad de los actos de aprovechamiento del esfuerzo ajeno serán aquellas en las que el imitador elude las inversiones y costes necesarios para la creación y comercialización de la prestación de que se trata logrando sustanciales ahorros en costes.

Desde este punto de vista, las empresas de *press clipping* pueden debilitar o, incluso, destruir la posición ganada por los diarios y revistas mediante la mera actividad consistente en la reproducción de los contenidos digitales (o en soporte papel) que ofertan al mercado prestaciones equivalentes de informaciones, crónicas, artículos de opinión, viñetas, etc., sin incurrir en gastos. Así, suprimen la ventaja temporal del diario o revista y desincentivan la creación de nuevos diarios o revistas o la consolidación de los ya existentes.

Los resúmenes de prensa, y por ello las empresas que los editan, intervienen en el mercado en competencia con los editores de periódicos. La utilización de estos resúmenes, cuyos contenidos son parasitados de los editores de periódicos, supone la generación de un producto de consumo en muchas ocasiones alternativo ⁽⁵⁴⁾.

1011-1058) y GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ (2001, 360). Véase, además, www.carltons-dundee.co.uk/features/wpvttotal.htm, ambos comentados por EDWARDS/ WAELE (1997, 39-41).

⁽⁵⁴⁾ Véase CORREDOIRA (2007, 2). En los meses de febrero y marzo de 2007, la empresa de estudios demoscópicos IPSOS realizó una encuesta sobre los hábitos de uso de los resúmenes de prensa. Entre las diversas conclusiones alcanzadas se desprendía que un 88,4% de los receptores de resúmenes de prensa declaraban que de no contar con éstos, ellos adquirirían un medio tradicional o incrementarían su adquisición. La encuesta tenía un segundo universo dirigido a empresas y administraciones demandantes de resúmenes de prensa. Pues bien, un 44% de estas empresas tenían externalizada la elaboración de los resúmenes. (El acceso a la encuesta nos ha sido facilitado por la entidad contratista de la misma AEDE.)

En atención a lo expuesto, y a nuestro modo de ver, la actividad de las empresas de *press clipping* no es susceptible de ampararse en la libertad de imitación. Y ello porque la actividad del *press clipping* (especialmente en el ámbito de los diarios y revistas digitales) depara a los editores y a los autores de los contenidos unos perjuicios comerciales provocados por las dificultades para amortizar los costes de creación.

No obstante, no existe unanimidad clara sobre esta cuestión. En particular, podría sostenerse que no concurren los presupuestos necesarios para calificar la conducta como una imitación desleal por aprovechamiento del esfuerzo ajeno al estimar que el art. 11.2 tiene por objeto regular las consecuencias de la imitación de prestaciones ajenas cuando no existe sobre ellas derechos de exclusiva pero no cuando existiendo derechos de exclusiva de propiedad intelectual existe una limitación legal como el derecho de cita. En este sentido puede recordarse que éste fue el discurso sostenido por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid de 12 de junio de 2006 «*periodista digital*»⁽⁵⁵⁾. No obstante, dicha resolución fue revocada por la Sentencia de 6 de julio de 2007 de la Audiencia Provincial de Madrid⁽⁵⁶⁾, señalándose en la misma que:

*«Las demandantes, como editoras respectivas del periódico en papel, de su página “web” y de la versión digital de aquél, merecen **la consideración legal de autoras de las obras colectivas que suponen el diario El Mundo y su página “web” “elmundo.es” (como se desprende del art. 8 de la LPI)**».*

Sin embargo, es claro que el 11 de la Ley de Competencia Desleal contempla una regla general consistente en la libertad de imitación de las prestaciones e iniciativas empresariales y que ésta es una regla general matizada por una serie de excepciones. A estos efectos, interesa la mención relativa al hecho de que esa imitación comporte un evitable aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno (art. 11.2 de la Ley de Competencia Desleal). Sin perjuicio de que las interpretaciones de la ilicitud de la imitación deben realizarse de forma restrictiva, sí que existe por parte de la jurisprudencia y la doctrina la común opinión de la ilicitud de los supuestos de «imitación por reproducción». Así las cosas, a través de su reiterada práctica de reproducción de los titulares, noticias y fotografías extraídas de los diarios con el fin de desarrollar su modelo de negocio consistente en seleccionar noticias previamente editadas y publicadas, las empresas de *press clipping* se están aprovechando del esfuerzo de los distintos editores de los diarios, de las inversiones en medios materiales y personales que los mismos realizan y fundamentalmente del trabajo diario de multitud de profesionales del periodismo volcados en informar a la población de los hechos acaecidos en el día a día. A este aprovechamiento del esfuerzo ajeno habríamos de sumarle el aprovechamiento de la reputación de la que goza cada uno de los diarios periodísticos, cada uno en su sector informativo, reputación obtenida por el esfuerzo realizado día a día con el fin de ganarse la confianza de sus lectores.

En definitiva, no es descartable que se sostuviera que las empresas de *press clipping*, con su actividad, lo que hacen es apropiarse, de una forma inmediata, de la prestación ajena sin aportar el esfuerzo y los costes

⁽⁵⁵⁾ SJMER de Madrid de 12 de junio de 2006 (JUR 2006/183319).

⁽⁵⁶⁾ Sentencia de 6 de julio de 2007 de la Audiencia Provincial (Secc. 28) de Madrid, Unidad Editorial y Mundinteractivos vs. Periodista Digital (AC 2007/1146).

que supone su creación, lo que supone un auténtico acto desleal. Además, esta actividad de *press clipping* implica una reducción sustancial del número de ejemplares vendidos por los editores de diarios.

La jurisprudencia que ha defendido esta postura no es escasa. Así, la SAP de de Barcelona (Secc. 15.^a) de 26 de octubre 2005 ⁽⁵⁷⁾ señala: «La actora apelante no ignora que la doctrina más especializada (que cita en su recurso) ha interpretado el art. 11.2 LCD, en lo que respecta a la prohibición de imitación con aprovechamiento del esfuerzo ajeno, de manera restrictiva, limitando su alcance a los supuestos de “imitación por reproducción”, esto es, a la imitación de prestaciones originales ajenas mediante el empleo de especiales medios técnicos que permiten la multiplicación del original a bajo coste (especialmente la reprografía, sin descartar otras técnicas de reproducción o copiado)» ⁽⁵⁸⁾.

En términos similares se ha expresado nuestra doctrina en relación con el art. 11 de la Ley de Competencia Desleal. Así, a efectos de determinar cuando un agente del mercado imita legalmente una prestación o, por el contrario, bajo qué presupuestos se califica la conducta como un acto desleal de aprovechamiento indebido. Así, el «*apoyo de la norma* [en relación con el art. 11 de la Ley de Competencia Desleal] *en los costes de creación y de imitación ofrece, en definitiva, un criterio claro para discernir la lealtad o deslealtad de la práctica: sólo cuando la conducta del imitador depare al creador una seria desventaja comercial provocada por una imposibilidad o grave dificultad para amortizar sus costes de creación podrá afirmarse la deslealtad de la práctica*» ⁽⁵⁹⁾.

A pesar de lo anterior, también es cierto que existe una doctrina jurisprudencial bastante extensa que considera innecesario invocar preceptos de la Ley de Competencia Desleal en aquellos supuestos en los que se ha considerado infringido un derecho exclusivo de propiedad intelectual. Esta doctrina sostiene que la Ley de Propiedad Intelectual es la única normativa que puede activar los mecanismos judiciales de defensa de los derechos exclusivos de las creaciones intelectuales y que, por el contrario, la normativa represora de la deslealtad concurrencial queda reducida a aquellos extremos que no ampara la normativa específica dado su carácter residual o complementario. De forma gráfica se ha explicado la relación entre ambos grupos normativos mediante la teoría de los círculos concéntricos. De este modo, cuando un determinado acto tenga por objeto o efecto la violación de un derecho de exclusiva protegido por las leyes especiales que regulan la propiedad intelectual o industrial, serán éstas las normas que deban aplicarse y no la normativa que sanciona la deslealtad en el comportamiento competitivo. La Ley de Competencia Desleal será aplicable en la medida en que el bien inmaterial no sea protegible por la legislación especial o que el acto concreto exceda del ámbito de protección otorgado por aquélla ⁽⁶⁰⁾.

También se ha sostenido que las circunstancias que determinan la deslealtad es que si la actividad de *press clipping* se agota en la mecánica reproducción de artículos periodísticos procedentes de otros

⁽⁵⁷⁾ Sentencia de 26 de octubre 2005 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15.^a) (AC 2006, 216).

⁽⁵⁸⁾ En términos equivalentes sobre el reproche deslealtad respecto a la imitación por reproducción, puede señalarse la Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid (AC 2005/1969) o la Sentencia de 9 de diciembre de 2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid (EDJ2005/297566).

⁽⁵⁹⁾ MASSAGUER (1999, 359). En idénticos términos puede consultarse a PORTELLANO (1995, 136).

⁽⁶⁰⁾ Entre otras Sentencias que han defendido esta postura respecto a la relación entre la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Competencia Desleal pueden consultarse las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de mayo de 2006, de 23 de junio de 2006, de 11 de enero de 2007 y la de 6 de julio de 2007.

medios, sino que lo que lleva a cabo, es un trabajo adicional de contextualización donde el artículo reproducido se ve enriquecido mediante comentarios y enlaces (*links*) a otras páginas que complementen su contenido informativo. Pero para que podamos considerar que las empresas de *press clipping* han creado una nueva obra a partir de dicho trabajo de contextualización es necesario que con anterioridad la empresa de *press clipping* haya recabado la autorización del editor del diario. En efecto, el art. 11 de la Ley de Propiedad Intelectual regula las obras derivadas y, dentro de esta denominación, incluye las transformaciones. Por obra derivada se entiende la obra nueva surgida de transformar una obra anterior, en todo o en parte, junto con otros elementos nuevos respecto de la obra original. Lo que de original tenga la obra derivada podrá ser objeto de propiedad intelectual separada. Dentro de este apartado tal vez pudiera estimarse incluido el trabajo de las empresas de *press clipping* en aquellos supuestos en los que se reunieran los presupuestos de originalidad exigidos. Sin embargo, el propio art. 11 de la Ley de Propiedad Intelectual exige que previamente el titular de derechos autorice dicha transformación. Es decir, no cabe defender que las empresas de *press clipping* han creado una obra derivada independiente y susceptible de ser protegida de forma individual por la Ley de Propiedad Intelectual cuando no se ha obtenido con anterioridad la autorización de las empresas editores de diarios.

V. Bibliografía

- AA.VV. (1999), *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, Coord. C. ROGEL VIDAL, Madrid, 1999).
- AA.VV. (2006) (Dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), en *Manual de Propiedad Intelectual*, 3.^a ed., Valencia.
- AA.VV. (2007A) (Coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.^a ed., Madrid, 2007.
- AA.VV. (2007B) (Dir. José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Navarra, 2007.
- ARAGÓN GÓMEZ (2007), C., «El derecho del trabajo y el derecho de propiedad intelectual. Los problemas derivados de la colisión de ambas disciplinas», *Revista de Propiedad Intelectual (pe. i.)*, núm. 26, mayo-agosto 2007, págs. 129 y ss.
- ÁGUILA-OBRA (2006); ÁGUILA-OBRA, A. R. PADILLA-MELÉNDEZ, A. y SERAROLS-TARRÉS, C., «Value creation and new intermediaries on Internet. An exploratory analysis of the online news industry and the web content aggregators», *International Journal of Information Management*. 2006.
- BATALLER (2002), *La obra colectiva*, Valencia, 2002.
- BERCOVITZ, R. (2006); BERCOVITZ, R./GARROTE, I./GONZÁLEZ, A./SANCHEZ, R., *Las reformas de la Ley de Propiedad Industrial*, Valencia.

- BERCOVITZ R. (2006B); AA.VV. (2006).
- CARBAJO CASCÓN (2002), *Publicaciones Electrónicas y Propiedad Intelectual*, Madrid, 2002.
- CORREDOIRA L. (2007), Press clipping and other information services: Legal analysis and perspectives, Submitted to *the International Symposium on Online Journalism*, 2007, marzo. Disponible en <http://online.journalism.utexas.edu/2007/papers/Alfonso.pdf>
- DÍAZ NOCI (2003), Derechos de autor de los periodistas: el caso de los resúmenes de prensa, en <http://www.ehu.es/zer/zer14/derechosautor14.htm>
- DÍEZ ESTELLA (2007), F., «Música, Internet y derechos de autor; un enfoque antitrust», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución —RCD—*, núm. 1, 2007, págs. 157 a 171.
- EDWARDS, L./WAEDELDE, C. (1997), *Law and Internet, Regulation Cyberspace*, Oxford.
- FERRÁNDIZ AVENDAÑO (2007), «Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia», núm. 47, Fundación CEFI, 2007, *El límite de las «revistas de prensa» y su conflictivo paso al entorno digital. Un repaso a la luz de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, de 6 de julio de 2007 —caso «Unidad Editorial, Sociedad Anónima» y «Mundinteractivos, Sociedad Anónima», contra «Periodista Digital, Sociedad Limitada»—*.
- FISCOR, M. (2002), «How Much of What? The Three-Step Test and its Application in Two Recent WTO Dispute settlement Cases», *Revue internationale du droit d'auteur*, núm. 192 (2002), págs. 231 a 242.
- FUCHS, L. (2001), «Una aproximación al derecho de cita en la obra audiovisual», en AA.VV. (ROGUEL VIDE, C., Coord.) *Creaciones audiovisuales y propiedad intelectual*, Madrid, págs. 167 a 177.
- GARCÍA VIDAL (2003), «Metatags, keyword, banners im Kennzeichenrecht», *GRURint*, núm. 4/2003, abril, págs. 312 a 323.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2001), *El Derecho de autor en Internet*, Granada, 2001.
- GERVAIS, Daniel J. (2005), «Towards A New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test», *Marquette Intellectual Property Law Review*, vol. 9, pág. 1, Spring 2005, 1-35. <http://ssrn.com/abstract=499924>.
- GINSBURG, J. C. (2001), «¿Hacia un derecho de autor supranacional?: la decisión del grupo especial de la OMC y las tres excepciones acumulativas (three-step test) que debe cumplir las excepciones al derecho de autor», *Revista Internacional de Derechos de Autor*, 2001, págs. 3 y ss.
- GONZÁLEZ, A. (2003), «La Directiva 2001/29/CE, de 22 de junio de 2001, relativa a los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información», en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, Madrid, 2003 (enero-abril).

- GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA (1999), «La propuesta de Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información: nuevas perspectivas para el Derecho de autor», en *Pe. i. —revista de propiedad intelectual*, n.º 2, mayo—agosto 1999.
- HENNE, TH. (2006), «Key regulatory aspects from the *press clipping* industry», en <http://www.emf.be/cal/0300/henne.html>
- HERNÁNDEZ ARROYO, P. (2006), La gestión colectiva de los derechos y la competencia, en *La Ley*, 14 de diciembre de 2006.
- JAKAB. P. (1998), «Framing Technology and Link Liability», *Pace Law Review*, vol. 19-23, 1998, págs. 30 y ss.
- JEFFREY R. KUESTER, J. R./NIEVES, P. A. (1998), *Hyperlinks, frames and meta-tags: an Intellectual property análisis*, *The Journal of Law and Technology*, 1998, págs. 243 a 287.
- TORRES DE SILVA (2002), «Internet, propiedad industrial y competencia desleal», *Cuadernos y Debates (monográfico)*, núm. 119, Madrid.
- MARTÍN SALAMANCA (2007), S., Comentario al art. 32 LPI en AA.VV. (2007B).
- MASSAGUER (1999), *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid.
- MASSAGUER (2002), en la obra *Competencia desleal y defensa de la competencia* (Dir. J. R. FERRÁNDIZ GABRIEL), Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, págs. 93 a 142.
- OPPENHEIM, Ch. (2000), «Does copyright have any future on the internet?», *Journal of Documentation*, vol. 56-3, 2000, págs. 279 a 298.
- PEINADO GRACIA. J. I. (2007), «La edad del Derecho, la edad de Internet. La seguridad jurídica e Internet», en AA.VV. *E-Abogacía*, Madrid, 2007, págs. 163 a 172.
- PEINADO GRACIA, J. I. (2008), «La pérdida de valor del consentimiento en las licencias de uso de propiedad intelectual en Internet», en *Revista Crítica de Derecho Privado*, núm. 5, 2008 (en prensa).
- PÉREZ DE ONTIVEROS (2007), «Comentario al art. 32 LPI», en AA.VV. (2007A), págs. 583 a 598.
- PLAZA PENADÉS, J. (2002), *Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información*, Navarra, Aranzadi, 2002.
- PORTELLANO (1995), *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, Madrid, 1995.

- ROARTY, A. (1999), «Link liability: The Argument for Inline Links and Frames as Infringements of the Copyright Display Right», *Fordham Law Review*, vol. 68, 1999, págs. 1011 a 1058.
- RODRÍGUEZ TAPIA (2004), «Reseñas de prensa y explotación comercial de los diarios de la mañana», *Diario La Ley* n.º 5965, 1 de marzo de 2004.
- RODRÍGUEZ TAPIA (2007A), «Comentario al art. 8.º LPI», en AA.VV. (2007A), págs. 140 a 145
- RODRÍGUEZ TAPIA (2007B), «Comentario al art. 8.º LPI», en AA.VV. (2007B), págs.83 a 87
- ROGEL VIDAL (1984), «Notas sobre el derecho de cita de obras literarias o artísticas», *Diario La Ley*, 1984, tomo 4.
- ROGEL VIDAL C. (2006), *Estudios completos de Propiedad Intelectual*, vol. II, Madrid, 2006.
- SHADLEN, K. C./SCHRANK, A./KURTZ, M. J. (2005), «The Political Economy of Intellectual Property Protection», *International Studies Quarterly*, vol. 49 (1), 2005, marzo, págs. 45 a 71.
- SOLANA, D./CUETO, R. (2006), «El Derecho de la Propiedad Intelectual y las nuevas tecnologías: evolución y retos», *Revista de Comercio Electrónico*, núm. 67, 2006.
- SUÁREZ ROBLEDANO, J. M. (2004), «*Press clipping*: ante una indebida interpretación competencial de la propiedad de los resúmenes de prensa», *Diario de Jurisprudencia El Derecho*, 15 de septiembre de 2004.
- VEGA VEGA (1999) en la obra AA.VV. (1999).