



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA



INFORME CNMC EN EL PROCEDIMIENTO DE
DETERMINACIÓN DE TARIFAS DE LA
SECCIÓN PRIMERA DE LA COMISIÓN DE
PROPIEDAD INTELECTUAL E/2017/002
TELEFÓNICA, S.A.U. -EGEDA

NOVIEMBRE 2019

I. ANTECEDENTES	3
II. MARCO NORMATIVO	4
III. OBJETO DE LA CONTROVERSIA	10
IV. VALORACIÓN	17
IV.1 Cuestiones preliminares: objeto del informe y precedentes relevantes ..	17
IV.2 Sobre las partes del procedimiento de determinación de tarifas y el papel de la retransmisión en la TV de pago.....	21
IV.3 Sobre el tipo de tarifa a determinar.....	22
IV.4 Sobre las tarifas preexistentes.....	24
IV.5 Sobre la amplitud del repertorio de EGEDA	25
IV.6 Sobre el uso efectivo: grado, intensidad y relevancia	26
IV.8 Sobre los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.....	29
IV.9 Sobre el resto de criterios de determinación de tarifas	30

INFORME EMITIDO EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE TARIFAS DE LA SECCIÓN PRIMERA DE LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL EXPEDIENTE E/2017/002 TELEFÓNICA, S.A.U. -EGEDA

INF/DC/152/19

SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 28 de noviembre de 2019

En el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la **SALA DE COMPETENCIA**, acuerda emitir el siguiente informe relativo al “*Procedimiento de determinación de tarifas de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual en el expediente E/2017/002 TELEFÓNICA-EGEDA*”

I. ANTECEDENTES

- (1) Con fecha 30 de octubre de 2019, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (en adelante, SPCPI) por el que se solicita, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.8 del Real Decreto 1023/2015, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la composición, organización y ejercicio de funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (en adelante, Real Decreto 1023/2015), la elaboración de un informe en el marco del procedimiento de determinación de tarifas E/2017/002 TELEFÓNICA, S.A.U./EGEDA, instado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA) frente a ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (en adelante, EGEDA).

- (2) El artículo 194.3 II del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, desarrollado por el artículo 23.8 del Real Decreto 1023/2015, permite a la SPCPI, en el marco del procedimiento de determinación de tarifas regulado en dicha norma, solicitar informe de los organismos públicos que ejerzan sus funciones en relación con los mercados o sectores económicos a los que afectan las tarifas.
- (3) A estos efectos, la CNMC ejerce sus funciones en todos los mercados y sectores productivos, conforme a lo previsto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

II. MARCO NORMATIVO

- (4) Los derechos de propiedad intelectual se encuentran regulados en España a través del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante, TRLPI). En materia tarifaria cabe mencionar la reforma introducida por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, de modificación del TRLPI, por la que se establecieron los criterios de determinación de tarifas por parte de las entidades de gestión, habiendo quedado modificada a su vez la numeración de los artículos relevantes por la Ley 2/2019, de 1 de marzo¹. Para homogeneizar las referencias, en este informe nos referiremos al artículo 164.3 del vigente TRLPI, que se corresponde con el artículo 157.1 b) TRLPI en el momento de establecimiento de la tarifa general objeto del expediente E/2017/002.
- (5) EGEDA, es una entidad de gestión de las previstas en el TRLPI. EGEDA fue autorizada mediante Orden Ministerial de 29 de octubre de 1990 (BOE de 2 de noviembre de 1990).
- (6) De acuerdo con los estatutos de dicha entidad, que obran en el expediente, "constituye objeto y fin primordial de la Entidad la gestión, representación, protección y defensa de los intereses y derechos de los productores de obras y grabaciones audiovisuales, así como de sus cesionarios y derechohabientes, ante personas, sociedades y organizaciones públicas y privadas, tanto españolas, como de la Unión Europea o de terceros países [...]". (artículo 2).
- (7) El párrafo 2º del citado artículo enumera los actos que constituyen el objeto de la gestión de EGEDA, señalando que, en especial la gestión y protección de los derechos de propiedad intelectual que a los productores de obras y grabaciones audiovisuales corresponden como consecuencia de:
 - "A). La comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales en las formas previstas en la letra g) del número 2 del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

¹ Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.

B). La retransmisión íntegra, inalterada y simultánea de obras y grabaciones audiovisuales emitidas o transmitidas por terceros emisores o transmisores, con posterior distribución a receptores individuales o colectivos, bien mediante señal difundida de forma inalámbrica o bien cuando dicha señal es transmitida por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, incluidas la[s] redes telefónicas o de comunicaciones, abiertas o cerradas, y ya sea por procedimientos analógicos, digitales o por cualquier otro procedimiento.

C). La compensación prevista en el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

D). La remuneración reconocida en el número 2 del artículo 122 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.”

- (8) EGEDA recauda de los usuarios que realizan algún acto de comunicación pública de obras audiovisuales: operadores de cable, establecimientos hoteleros, gimnasios, establecimientos penitenciarios, establecimientos de hostelería, etc.
- (9) TELEFÓNICA, por su parte, encaja en el concepto de entidad de radiodifusión que establecen el vigente artículo 194.3 II del TRLPI y el artículo 20.1 del Real Decreto 1023/2015, como legitimado para ser parte solicitante en un procedimiento de determinación de tarifas. TELEFÓNICA es cabecera de un grupo de empresas cuya actividad principal es la prestación de servicios mayoristas y minoristas de comunicaciones electrónicas en España y otros países del mundo, lo que incluye servicios de telefonía fija, banda ancha fija, comunicaciones móviles, televisión de pago y otros servicios digitales. El grupo TELEFÓNICA también presta servicios de televisión a través de la plataforma de televisión de pago Movistar + (antes Movistar TV y antes Imagenio)² y está presente en actividades conexas como la comercialización de contenidos audiovisuales y venta de espacios publicitarios.
- (10) El derecho de remuneración equitativa que corresponde a los productores de obras y grabaciones audiovisuales por los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales previstos en el artículo 20.2 f) y g) es, por mandato legal, un derecho de gestión colectiva obligatoria (artículo 122.2 y 3 TRLPI). También lo es el derecho exclusivo que sobre la modalidad de retransmisión por cable ostentan los productores de grabaciones audiovisuales al amparo del artículo 122.1 del TRLPI y en virtud de lo previsto en el artículo 20.4 b) del TRLPI.
- (11) Entre los distintos usuarios del repertorio se encuentran los operadores de televisión de pago, para los cuales los derechos de propiedad intelectual gestionados por EGEDA constituyen un input esencial en su actividad.
- (12) Los derechos de propiedad intelectual que gestiona EGEDA están ligados a una serie de obligaciones, entre las que corresponde destacar las recogidas en el artículo 157.1 del TRLPI (actuales artículos 163.1 y 164 del TRLPI):

“1. Las entidades de gestión están obligadas:

² La plataforma tiene su origen en la operación C/0612/TELEFONICA/DTS, resultando de la fusión de las plataformas Canal+ (satélite) y Movistar TV (IPTV).

a) A negociar y contratar, bajo remuneración, en condiciones equitativas y no discriminatorias con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, actuando bajo los principios de buena fe y transparencia.

b) A establecer tarifas generales, simples y claras que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa. El importe de las tarifas se establecerá en condiciones razonables, atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario, y buscando el justo equilibrio entre ambas partes, para lo cual se tendrán en cuenta al menos los siguientes criterios:

1.º El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.

2.º La intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.

3.º La amplitud del repertorio de la entidad de gestión. A estos efectos, se entenderá por repertorio las obras y prestaciones cuyos derechos gestionan una entidad de gestión colectiva.

4.º Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.

5.º El valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas.

6.º Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de utilización.

7.º Las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación.

La metodología para la determinación de las tarifas generales se aprobará mediante orden del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

c) A negociar y celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente. (...)"

- (13) El artículo 157.1 b) del TRLPI tras la aprobación de la Ley 2/2019, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, se corresponde con el artículo 164.3 del TRLPI vigente. Corresponde concluir que la aprobación de tarifas generales adaptadas a los criterios del vigente 164.3 del TRLPI está llamada a lograr una mayor disciplina del operador monopolista en el diseño de la tarifa, con la consecuencia previsible de una más ajustada determinación de la remuneración debida por comparación a tarifas aprobadas o incluso acordadas con anterioridad al establecimiento de tales criterios. Reflejo de esa valoración es la previsión del legislador de 2014 cuando señalaba que “hasta que se aprueben y difundan públicamente las

nuevas tarifas generales, los usuarios deberán pagar a cuenta, en relación con la remuneración exigida por las entidades de gestión por la explotación de derechos de remuneración y a los efectos de entender concedida la autorización respecto a los derechos exclusivos concurrentes con éstos, el 70 por 100 de las tarifas generales aprobadas por cada entidad de gestión”³.

- (14) Por otra parte, el artículo 158 bis.3 del TRLPI, relativo al procedimiento de determinación de tarifas ante la SPCPI, establecía, como establece el actual artículo 194.3 del TRLPI:

“3. La Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual ejercerá su función de determinación de las tarifas para la explotación de los derechos de gestión colectiva obligatoria, y para los derechos de gestión colectiva voluntaria que, respecto de la misma categoría de titulares, concurren con un derecho de remuneración sobre la misma obra o prestación.

La Sección establecerá el importe de la remuneración exigida por la utilización de obras y demás prestaciones del repertorio de las entidades de gestión, la forma de pago y demás condiciones necesarias para hacer efectivos los derechos indicados en el párrafo anterior, a solicitud de la propia entidad de gestión afectada, de una asociación de usuarios, de una entidad de radiodifusión o de un usuario especialmente significativo, a juicio de la Sección, cuando no haya acuerdo entre ambas, en el plazo de seis meses desde el inicio formal de la negociación. En el ejercicio de esta función, la Sección Primera podrá solicitar informe previo de aquellos organismos públicos que ejerzan sus funciones en relación con los mercados o sectores económicos a los que afecten las tarifas a determinar así como de las asociaciones o representantes de los usuarios correspondientes.

En la determinación de estas tarifas, la Sección Primera observará, al menos, los criterios establecidos en la letra b) del artículo 157.1. Asimismo, dichas decisiones se publicarán en el Boletín Oficial del Estado, serán aplicables a partir del día siguiente al de la publicación, con alcance general para todos los titulares y obligados, respecto de la misma modalidad de explotación de obras y prestaciones e idéntico sector de usuarios, y podrán ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Asimismo, la Sección Primera podrá dictar resoluciones actualizando o desarrollando la metodología para la determinación de las tarifas generales referida en el artículo 157.1.b), previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.”

- (15) Adicionalmente, la metodología de determinación de las tarifas generales de entidades de gestión se desarrolló en la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual (Orden ECD/2574/2015). Entre su regulación conviene destacar el artículo 2.3, que establecía:

³ (Disposición transitoria segunda, 3 in fine, Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

“3. Se considerará que el importe de las tarifas generales se ha establecido en condiciones razonables cuando la entidad de gestión de derechos tienda en su establecimiento al valor económico de la utilización en la actividad del usuario de los derechos sobre la obra o prestación protegida, teniendo en cuenta, al menos, los criterios legalmente previstos en el artículo 157.1.b) del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en los términos desarrollados en el capítulo siguiente.

Asimismo, se entenderá que se busca el justo equilibrio en la determinación del importe de las tarifas generales cuando se tengan en cuenta por las entidades de gestión como parámetros de comparación, las tarifas generales preexistentes y las tarifas aceptadas por los usuarios por la utilización del repertorio hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.”

(16) Asimismo, los artículos 5 y 6 de la Orden ECD/2574/2015 establecían:

“Artículo 5. El grado de uso efectivo, la intensidad del uso, la relevancia del uso del repertorio y la amplitud del mismo.

1. Se entiende por repertorio las obras y prestaciones cuyos derechos gestiona una entidad de gestión.

2. El grado de uso efectivo del repertorio se referirá a la utilización, por el usuario, en el conjunto de su actividad, del repertorio protegido, gestionado por la entidad correspondiente. La determinación del grado de uso efectivo se realizará a través de la identificación individualizada de la utilización de las obras o prestaciones que formen parte del repertorio de la entidad de gestión correspondiente en los términos indicados, atendiendo a criterios medibles y objetivos.

3. La intensidad del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario se identificará con el mayor o menor grado de uso cuantitativo de las obras o prestaciones que formen parte del repertorio representado por la entidad de gestión, de modo que una mayor utilización de las obras o prestaciones protegidas en la actividad del usuario indica un uso más intensivo del repertorio. A efectos de la aplicación de este criterio, cada utilización repetida de una obra o prestación equivaldrá a la utilización adicional de una obra o prestación por primera vez.

4. La relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario se identificará con la mayor o menor importancia del uso del repertorio de las entidades de gestión en su actividad. A los efectos de esta orden es posible diferenciar entre los siguientes niveles de relevancia del uso del repertorio:

a) El uso del repertorio tendrá carácter principal y por tanto máxima relevancia cuando la utilización del mismo sea imprescindible para el desarrollo de la actividad del usuario.

b) El uso del repertorio tendrá carácter significativo y por tanto una relevancia importante cuando la utilización del mismo altere el desarrollo de la actividad del usuario.

c) El uso del repertorio tendrá carácter secundario y por tanto una relevancia menor cuando la utilización del mismo no altere el desarrollo de la actividad del usuario.

5. La amplitud del repertorio estará referida al número de las obras y prestaciones protegidas cuyos derechos son gestionados por una entidad de gestión.

Artículo 6. Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.

1. Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio se identificarán con el valor que dentro del conjunto total de ingresos de explotación del propio usuario tengan aquellos ingresos que se encuentren vinculados a la explotación del repertorio.

2. El mayor o menor porcentaje de los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio respecto de su total de ingresos de explotación deberá responder a la relevancia del uso de dicho repertorio en la actividad, según lo señalado en el apartado 4 del artículo anterior.”

- (17) Esta Orden ECD/2574/2015 ha estado en vigor en el período de establecimiento por EGEDA de sus tarifas generales correspondientes a los derechos exclusivos y los derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria administrados por esta entidad (aprobadas en junio de 2016), así como en el momento en el que TELEFÓNICA formuló su propuesta tarifaria como solicitante del inicio del procedimiento ante la SPCPI. Dicha Orden Ministerial fue declarada nula por la sentencia de 22 de marzo de 2018 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. El Alto Tribunal declara nula la citada Orden por haber infringido en su tramitación, y más en concreto en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, la Disposición adicional décima, de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, que establece que “las memorias del análisis de impacto normativo que deben acompañar a los anteproyectos de ley y a los proyectos de reglamentos incluirán el impacto de la normativa en la familia”.
- (18) Puesto que la Orden suponía el desarrollo reglamentario de los criterios establecidos en el precitado artículo 157.1 b) del TRLPI (vigente artículo 164.3 TRLPI), corresponderá atender a los criterios establecidos en el actual artículo 164.3 del TRLPI a la hora de enjuiciar las tarifas generales aprobadas por las entidades de gestión, pudiéndose además utilizar los criterios de la Orden anulada como guía orientativa, dada la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (Sala Primera) en un caso análogo⁴.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2015, en relación a la anulación de la Orden PR/1743/2008, de 18 de junio sobre copia privada, anulada por ausencia de emisión del informe del Consejo de Estado (rec. 1402/2013): “Declarada nula la Orden Ministerial, en este caso porque no se había recabado el preceptivo dictamen del Consejo de Estado, puede reclamarse la compensación por copia privada, sin perjuicio de que esta deba ser equitativa, y que para ello pueda atenderse a los mismos criterios o parámetros que la regla 4ª prevé debían ser tenidos en cuenta para elaborar la Orden

- (19) La SPCPI ya tuvo que tratar las consecuencias de la anulación de la Orden ECD/2574/2015 en la Resolución, de 20 de septiembre de 2018, del procedimiento de determinación de tarifas solicitado por parte de AGEDI y AIE, concluyendo que, en su función de determinación de tarifas, habría de atender a la normativa que estaba vigente en el momento en que las entidades de gestión las fijaron, entre la que se encontraba la Orden ECD/2574/2015 luego anulada.
- (20) Por lo demás, los criterios de fijación de tarifas generales recogidos en el artículo 157.1 b) del TRLPI y posteriormente desarrollados por la Orden Ministerial luego anulada, como esta CNMC ha establecido, *“no son nuevos, en la medida en la que reproducen desarrollos jurisprudenciales ya asentados en relación con el abuso de posición de dominio que las entidades de gestión poseen en relación a los mercados de gestión de derechos de propiedad intelectual y venían aplicándose desde tiempo atrás, a la luz de la normativa de defensa de la competencia y la jurisprudencia”*⁵, tanto contenciosa confirmatoria de las resoluciones de la autoridad de la competencia como civil a resultas de los conflictos individuales entre entidades de gestión y usuarios.

III. OBJETO DE LA CONTROVERSIA

- (21) El procedimiento de determinación de tarifas objeto del presente informe tiene su origen en una solicitud de TELEFÓNICA, que tuvo entrada en la SPCPI el 31 de julio de 2017. Esta solicitud de TELEFÓNICA se hizo frente a EGEDA como parte requerida, de cara a la determinación de la tarifa general por el uso de grabaciones audiovisuales en plataformas de televisión de pago por medio de retransmisión. Como se ha anticipado, la tarifa de EGEDA controvertida fue aprobada por esta entidad de gestión en junio de 2016.
- (22) Este procedimiento de determinación de tarifas fue admitido a trámite por la SPCPI el 27 de septiembre de 2017 y en el mismo son interesados, además de TELEFÓNICA y EGEDA, la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI), Artistas, Intérpretes o Ejecutantes Sociedad de Gestión de España (AIE), VODAFONE-ONO (VODAFONE) y Orange Espagne, S.A.U. (ORANGE).
- (23) En este procedimiento de determinación de tarifas, la SPCPI debe establecer el importe de la remuneración por la utilización del repertorio gestionado por EGEDA, por parte de las plataformas de televisión de pago por medio de la retransmisión y, en particular, por TELEFÓNICA⁶. Esto es, el procedimiento de determinación afecta a las tarifas generales aplicables a los actos de comunicación pública, en la modalidad de retransmisión, de obras y

Ministerial. Y bajo esta consideración, no existe inconveniente en guiarse de forma orientativa por lo previsto en la Orden Ministerial, aunque no esté vigente, y admitir que pueda discutirse su carácter equitativo” [énfasis añadido]. En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015 (rec. 1493/2013).

⁵ Informe IPN/CNMC/0020/15.

⁶ Los canales de TDT en abierto en España se suelen retransmitir en las distintas plataformas de televisión de pago tradicionales, normalmente sin compensación monetaria alguna (Informe Propuesta en segunda fase expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/c061214>).

grabaciones audiovisuales correspondientes a los productores de grabaciones audiovisuales.

- (24) Cabe destacar que la resolución que adopte la SPCPI, además de notificarse a todas las partes y a los terceros interesados que se hayan personado en el procedimiento, será aplicable con alcance general para todos los titulares y obligados y a las propias entidades de gestión, respecto de la misma modalidad de explotación de obras y prestaciones e idéntico sector de usuarios (arts. 194.3 III del TRLPI y 24.2 del Real Decreto 1023/2015).
- (25) Como se ha indicado anteriormente, a la hora de determinar estas tarifas, la SPCPI deberá observar, al menos, los criterios establecidos en el artículo 157.1.b) del TRLPI (artículo 164.3 TRLPI tras la aprobación de la Ley 2/2019).
- (26) A su vez, en el marco de este procedimiento de determinación de tarifas, los interesados en el mismo, uno en condición de usuario solicitante de la intervención de la SPCPI, y otro, como entidad de gestión requerida, han presentado sendas propuestas tarifarias.
- (27) Por una parte, están las tarifas generales aprobadas por EGEDA en junio de 2016, que esa entidad ha declarado que sostiene en el actual procedimiento ante la SPCPI. Tales tarifas establecen, para la “Retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales, efectuada por empresas de telecomunicaciones, cabledistribución, satélite, u otras entidades diferentes de las incluidas en las siguientes letras de este epígrafe 1, que realicen retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales” (epígrafe 1.A)⁷:
- Una **tarifa general de uso efectivo**, definida de la siguiente manera⁸:
Tarifa mensual por abonado o vivienda conectada a la red: 0,25 €.
 - Una **tarifa general de uso por disponibilidad promediada** definida de la siguiente manera⁹:

⁷ Catálogo de tarifas generales de los derechos exclusivos y de los derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria, administrados por: ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA).

⁸ El precio por el uso de los derechos es equivalente al 92% de la tarifa mensual por abonado o vivienda conectada a la red y el precio por el servicio prestado es equivalente al 8% de la tarifa mensual por abonado o vivienda conectada a la red.

⁹ El precio por el uso de los derechos es equivalente al 92% de la tarifa total mensual y el precio por el servicio prestado es equivalente al 8% de la tarifa total mensual.

Número de abonados o viviendas conectadas a la red de distribución	Tarifa total mensual
Hasta 100.000	12.500 €
De 100.001 a 500.000	75.000 €
De 500.001 a 1.000.000	187.500 €
De 1.000.001 a 1.500.000	312.500 €
De 1.500.001 a 2.000.000	437.500 €
De 2.000.001 a 2.500.000	562.500 €
De 2.500.001 a 3.000.000	687.500 €
De 3.000.001 a 3.500.000	812.500 €
De 3.500.001 a 4.000.000	937.500 €
De 4.000.001 a 4.500.000	1.062.500 €
De 4.500.001 a 5.000.000	1.187.500 €
Más de 5 millones	1.250.000 €

- EGEDA subraya que las tarifas aprobadas son simples y claras y se han establecido en condiciones razonables, atendiendo al valor económico de su repertorio y buscando el justo equilibrio entre ambas partes (requisitos todos ellos establecidos en el vigente artículo 164 del TRLPI).
 - EGEDA sostiene que la tarifa general de uso efectivo (0,25 € mes/abonado) se ha calculado atendiendo a la tarifa alcanzada en los acuerdos existentes entre EGEDA y la práctica totalidad de los operadores de TV de pago activos en España. Éstos aceptaron una tarifa mensual de 0,226€ por abonado. La diferencia (9,6%) entre la tarifa general aprobada y ésta acordada anteriormente derivaría de los menores costes en los que incurre EGEDA cuando existe acuerdo con los usuarios.
 - Indica asimismo EGEDA que sus tarifas aprobadas son equitativas, en tanto que acordadas. Éstas reflejarían una posición intermedia entre el precio máximo que el usuario está dispuesto a abonar por la utilización de las prestaciones protegidas y el menor precio que está dispuesto a aceptar el titular de los derechos.
- (28) Frente a la exposición del artículo 164 del TRLPI, que establece imperativamente que el importe de las tarifas general ha de tener en cuenta al menos los criterios contenidos en el apartado tres, letras a) a la f), se indica en la Memoria económica justificativa sobre las tarifas de EGEDA¹⁰ cómo tales criterios no pueden ser utilizados a los efectos de su tarifa general¹¹.

¹⁰ Memoria económica justificativa del Catálogo de tarifas generales de los derechos exclusivos y de los derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria administrados por EGEDA, de 29 de julio de 2016.

¹¹ El informe sobre las tarifas generales presentadas por las entidades de gestión en 2016 de conformidad con la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, de la SPCPI, de 20 de diciembre de 2016, señalaba también que "a excepción del criterio de la relevancia no se utiliza ningún criterio de los establecidos en el TRLPI y desarrollados en la Orden."

- Así, respecto del criterio *(a) del grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario*, EGEDA señala que no es posible conocer el grado de uso.
- En cuanto a *(b) la intensidad del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario*, EGEDA señala que no es posible conocer tampoco la intensidad.
- En lo que se refiere al criterio de *(c) la amplitud del repertorio de la entidad de gestión*, la amplitud del repertorio de EGEDA entiende ésta que es universal, por incluir todas las obras y grabaciones audiovisuales, por lo que no necesitan incorporar la amplitud como criterio para definir sus tarifas generales.
- Por lo que respecta a *(d) los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio*, EGEDA argumenta que los ingresos que obtienen las plataformas de TV de pago no dependen ni de la intensidad ni del grado de uso del repertorio.
- La tesis de EGEDA es que su repertorio incluye todas las obras y grabaciones audiovisuales y que por ello la intensidad, grado de uso y amplitud del repertorio es, en todos los canales, igual al 100%.
- Finalmente, en cuanto a *(f) las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de uso, no aporta tal comparativa* y respecto de *(g) las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso*, EGEDA indica conocer los datos de cuatro países, no siendo comparables con los derechos objeto de controversia.

(29) Por otra parte, TELEFÓNICA, como operador que formula la solicitud de inicio del procedimiento de determinación de tarifas, ha presentado una propuesta tarifaria en la que considera:

- Como punto de partida, los ingresos de explotación (provenientes de la cuota de abonados y de la publicidad), de los cuales se descuentan lo que califica como costes técnicos tradicionalmente excluidos en el sector de la televisión de pago (esto es, costes vinculados a los descodificadores y costes de captación y fidelización de clientes).
- La base de ingresos computables a efectos de fijación de la tarifa de EGEDA debe formarse exclusivamente por los ingresos que para TELEFÓNICA (y otros operadores de TV por cable) suponga la explotación de los canales retransmitidos, que son los canales emitidos en abierto a través de la TDT¹². No se incluyen, por tanto, los ingresos obtenidos por TELEFÓNICA de la explotación de canales propios (producidos por la propia plataforma de TV) y de canales preeditados (canales directamente adquiridos a un productor o editor de canales de TV).

¹² Así, La 1, La 2, Antena 3, Telecinco, Cuatro, La Sexta, etc.

- Esa base de ingresos computables por retransmisión se distribuye en función de la tipología de canales, diferenciando entre canales de uso muy intenso del repertorio de EGEDA (esto es, canales temáticos de cine) y otros de uso nulo o irrelevante (canales deportivos, musicales o informativos).
- En su propuesta tarifaria TELEFÓNICA incluye los criterios de grado, intensidad y relevancia de uso y amplitud de repertorio, añadiendo un criterio no previsto por la norma legal (en tanto que la lista de criterios legales no es tasada) vinculado a “audiencias reales”:
 - i. El criterio de la intensidad de uso se refiere a la porción de tiempo en la que se hace uso del repertorio de EGEDA: máxima en canales de cine y series, media en canales generalistas y prácticamente inexistente o nula en informativos, magazines de entretenimiento y programas deportivos.
 - ii. El criterio del grado de uso mide el número de ítems del repertorio de EGEDA que son objeto de utilización por los operadores de TV de pago, de modo que con una misma intensidad de uso (tiempo) se puede usar más o menos el repertorio si se incurre en menos o más repeticiones del mismo ítem (a mayor repetición, menor grado de uso).
 - iii. El criterio de la relevancia de uso se refiere al uso efectivo del repertorio de EGEDA en función del tipo de canales, atendiendo al grado de sustituibilidad del repertorio por otro tipo de contenidos no incluidos en el mismo, existiendo una relación inversa entre grado de sustituibilidad y relevancia. En los canales de cine la relevancia es mayor, mientras que en los canales generalistas el cine y las series son susceptibles de ser sustituidos por programas deportivos, informativos o de entretenimiento en directo.
 - iv. El nuevo criterio introducido por TELEFÓNICA, no expresamente incluido en el artículo 157.1 b) TRLPI (actual artículo 164.3 TRLPI) es el de audiencias reales, para atender al criterio de que a efectos tarifarios es preciso captar el uso efectivo y no la mera opcionalidad de uso para los abonados a la TV de pago. A tal efecto la propuesta de TELEFÓNICA excluye de la base de ingresos vinculados al uso del repertorio de EGEDA a los abonados que no hayan visionado al menos 10 minutos al mes cualquier canal de la plataforma que incluya contenidos del repertorio de EGEDA.
- El tipo tarifario a aplicar sobre esa base que incluye la propuesta de TELEFÓNICA es del 2%, debido a que es el que se ha venido aplicando tradicionalmente en el ámbito autoral (de hecho, se corresponde con el aplicado por SGAE) para los canales temáticos de cine y series y para la exhibición de películas en salas de cine. Entiende TELEFÓNICA que ese 2% supone un indicador objetivo del precio que tiene un repertorio

audiovisual de ficción para los actos de utilización que inciden de forma directa y principal sobre el uso de tales ítems.

(30) Adicionalmente, además del propio modelo tarifario propuesto, la solicitud de intervención de TELEFÓNICA ante la SPCPI suscita una serie de cuestiones:

- TELEFÓNICA entiende que no son grabaciones audiovisuales, y por tanto no forman parte del repertorio de EGEDA, las emisiones *en directo* a través de canales de TDT que son objeto de retransmisión por plataformas de TV de pago (así, deportes, informativos o magazines de entretenimiento).
- Conectado con lo anterior, TELEFÓNICA entiende asimismo que EGEDA debería informar de manera transparente de los elementos o ítems que conforman su repertorio y de los productores a los que representa.
- TELEFÓNICA excluye de la base de ingresos computables los correspondientes a la retransmisión satelital, circunscribiéndose a los ingresos de la retransmisión por cable. Indica TELEFÓNICA que la retransmisión satelital ha quedado excluida tradicionalmente de la gestión colectiva de EGEDA, al estar sujeta la retransmisión vía satélite a la autorización del derecho exclusivo de los productores de grabaciones audiovisuales, no habiendo demostrado EGEDA disponer de autorizaciones al efecto.

(31) A su vez, las posiciones de EGEDA y de TELEFÓNICA respecto de la propuesta tarifaria de la otra parte se sintetizan en los siguientes párrafos.

(32) En lo que se refiere a la posición de EGEDA sobre la propuesta tarifaria de TELEFÓNICA:

- Considera que carece de vocación y aptitud de generalidad, pues no la considera aplicable al resto de usuarios afectados, el resto de operadores de TV de pago¹³.
- Entiende que TELEFÓNICA no incluye, erróneamente, los ingresos indirectos derivados por la inclusión de su negocio de televisión de pago (en el que se incluye el uso del repertorio de EGEDA) en su negocio de telecomunicaciones, dado el generalizado empaquetamiento de servicios (ofertas convergentes que agrupan telefonía, banda ancha, datos y TV de pago)¹⁴.

¹³ Como se ha anticipado, la resolución de la SPCPI que determine el importe de la remuneración exigida por la utilización del repertorio de la entidad de gestión será aplicable a partir del día siguiente al de su publicación en el BOE, con alcance general para todos los titulares y obligados y a las propias entidades de gestión, respecto de la misma modalidad de explotación de obras y prestaciones e idéntico sector de usuarios.

¹⁴ Efectivamente, tal como indica el Informe Económico Sectorial de la CNMC relativo a Telecomunicaciones y Audiovisual de 2018 (ESTAD/CNMC/004/19), "A partir de 2012, con el lanzamiento de Movistar Fusión, se popularizaron los empaquetamientos cuádruples, con servicios fijos y móviles tanto de voz como de banda ancha. En 2004, Movistar comenzó a apostar por los contenidos y, por tanto, por los paquetes quíntuples, que añaden servicio de televisión de pago a los cuádruples, y le siguieron el resto de los principales operadores. [...] A finales de 2018, sólo 598 mil abonados a TV de pago tenían el servicio contratado de forma individual, un 3% menos que en 2017. El restante 91,3% de los abonados (6,3 millones de clientes) tenían el servicio de TV de pago contratado con alguna modalidad de servicios de telecomunicaciones, siendo el paquete quíntuple la fórmula más popular, con 5,9 millones de abonados al final del año."

- Considera que TELEFÓNICA erróneamente no incluye en su propuesta los ingresos procedentes del uso del repertorio de EGEDA cuando retransmite obras o grabaciones audiovisuales vía satélite.
 - No comparte la diferenciación por tipología de canales que realiza TELEFÓNICA al distribuir los ingresos derivados de la retransmisión. Entiende EGEDA que todas las obras y grabaciones audiovisuales se incluyen en el repertorio de EGEDA y, por tanto, la intensidad, grado de uso y amplitud del repertorio es, en todos los canales (lo mismo cine y series que canales generalistas informativos, magazines de entretenimiento y programas deportivos, incluyendo emisiones en directo) del 100%.
 - Cuestiona EGEDA la deducción que realiza TELEFÓNICA de los que considera costes de explotación no transferibles a EGEDA, como son los de alquiler de descodificadores y de captación y fidelización de clientes.
 - No comparte tampoco EGEDA la corrección de la aplicación acumulativa realizada por TELEFÓNICA de los criterios establecidos en el artículo 157.1 b) del TRLPI, pues ello conduce injustificadamente a una base tarifaria compuesta por un porcentaje muy pequeño de los ingresos que el operador de TV de pago realmente obtiene por la utilización del repertorio de EGEDA.
 - El criterio de la relevancia del uso entiende EGEDA que se proyecta sobre los usuarios, para diferenciar entre ellos según la importancia que el uso del repertorio tiene para su concreta actividad económica, y no es susceptible de ser utilizada entre canales del mismo operador de TV de pago.
 - Tampoco admite EGEDA el nuevo criterio de “audiencia real” propuesto por TELEFÓNICA. Considera la entidad de gestión que los ingresos obtenidos por TELEFÓNICA por la explotación del repertorio que gestiona EGEDA no son una función de la audiencia.
 - Adicionalmente, EGEDA subraya que los criterios propuestos por TELEFÓNICA llevan a un resultado que difiere enormemente de los importes que TELEFÓNICA viene reconociendo en los sucesivos contratos suscritos y prorrogados con EGEDA hasta la fecha. A la vista de que no se ha producido un cambio en el negocio de la TV de pago de TELEFÓNICA que haya hecho disminuir el valor que para este operador tiene la utilización del repertorio gestionado por EGEDA, como demuestra el incremento exponencial de ingresos y abonados en los últimos años, considera EGEDA que la propuesta de TELEFÓNICA no es aceptable.
- (33) Respecto de los argumentos de TELEFÓNICA sobre la tarifa general establecida por EGEDA en junio de 2016 y reafirmada como propuesta tarifaria en este procedimiento E/2017/002:

- Señala que ni la tarifa general de 2016, ni las tarifas acordadas en 2015 ni las originarias en las que se basan han tenido en cuenta los criterios contenidos en el vigente artículo 164.3 del TRLPI.
 - TELEFÓNICA constata que EGEDA no aplica, entiende que sin justificación, los criterios de grado de uso e intensidad del repertorio, y considera que tampoco aplica realmente el de amplitud del repertorio, ni la comparativa con otros usuarios, así como no efectúa una comparativa razonable con las tarifas aprobadas por entidades homólogas en otros Estados miembros de la UE.
 - TELEFÓNICA considera que EGEDA no aplica correctamente el criterio de relevancia, al calificarla como máxima, mientras que TELEFÓNICA sostiene que los canales de TDT en abierto retransmitidos son precisamente los que tienen una importancia menor comparados con los deportivos, cine y series no retransmitidos, que son el valor diferencial de la oferta de Movistar + para sus abonados, en tanto que los canales retransmitidos pueden ser consumidos sin suscripción fuera de la plataforma.
 - TELEFÓNICA contesta con apoyo en la jurisprudencia la tesis de EGEDA de que las tarifas acordadas son, por ese solo carácter, equitativas.
- (34) Más allá de las posiciones de TELEFÓNICA y de la entidad de gestión requerida, corresponde sintetizar las aportaciones de las otras dos partes relevantes a nuestros efectos.
- (35) VODAFONE, por su parte, señala que la tarifa acordada con EGEDA (por contrato inicialmente firmado en 2004 y prorrogado hasta diciembre de 2020 mediante acuerdo de noviembre de 2015) es una tarifa por abonado medio y mes, no ajustada al uso efectivo que VODAFONE haga del repertorio de EGEDA. Señala que la cuantía se ha incrementado desproporcionadamente en los últimos años.
- (36) ORANGE indica que la tarifa vigente con EGEDA procede de un contrato de marzo de 2012 (con efectos desde enero de 2010), prorrogado por anualidades sucesivas por acuerdo de abril de 2016. Indica también ORANGE que la tarifa es por abonado y mes, independientemente del uso efectivo que ORANGE haga del repertorio de EGEDA. Añade la consideración de que el tarifario de EGEDA se encuentra desactualizado por no ajustarse a la realidad del mercado audiovisual. La oferta de ORANGE se basa de forma creciente en contenidos a la carta, y existe una tipología muy diversa de abonados, en función del número de canales contratados, variando el uso del repertorio en unos casos y otros, mientras que la tarifa de EGEDA se mantiene constante.

IV. VALORACIÓN

IV.1 Cuestiones preliminares: objeto del informe y precedentes relevantes

- (37) La valoración de la CNMC en este procedimiento de determinación de tarifas se va a centrar en reflejar determinados principios básicos a los que, a juicio

de esta CNMC, se tienen que ajustar las tarifas de EGEDA, en su condición de operador con posición de dominio en el mercado de gestión colectiva de los derechos exclusivo y de remuneración equitativa que corresponden a los productores de grabaciones audiovisuales por actos de comunicación pública previstos en los artículos 20.2 f) y 122 del TRLPI, a través de las plataformas de TV de pago en España. Tales principios básicos han sido establecidos por las sucesivas autoridades de competencia en distintos precedentes en el sector de la gestión de derechos de propiedad intelectual¹⁵.

- (38) A estos efectos, los artículos 163 y 164 del TRLPI (arts. 157.1 TRLPI) que regulan las obligaciones de las entidades de gestión a la hora de determinar sus tarifas, contienen múltiples principios (equidad, no discriminación, buena fe, transparencia, simplicidad y claridad, adecuación al valor económico de la utilización de derechos, etc.) que han sido desarrollados en dichos precedentes de las autoridades de competencia, y han sido ratificados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
- (39) En cambio, en este informe no corresponde a esta CNMC ni hacer una determinación concreta de las tarifas objeto de controversia, dada que ésta es una potestad de la SPCPI, ni pronunciarse sobre las cuestiones interpretativas del TRLPI que escapan a la aplicación del derecho de la competencia y que se han suscitado en este procedimiento de determinación de tarifas E/2017/002. No obstante, sí resulta relevante, desde la perspectiva de la carga de la argumentación, que la entidad de gestión de que se trate, en este caso EGEDA, deba justificar aquellas modificaciones que plantee respecto de la práctica hasta la fecha desarrollada en la aplicación de su tarifa por el uso de grabaciones audiovisuales en plataformas de TV de pago en la modalidad de retransmisión. Así, si la retransmisión satelital ha quedado excluida tradicionalmente de la gestión colectiva de EGEDA correspondería a esta entidad motivar un cambio en esa práctica, dada la diferencia de regulación entre la retransmisión por vía inalámbrica (vía satélite), sujeta en parte a un régimen de exclusiva de gestión colectiva voluntaria (arts. 122.1 del TRLPI), y la retransmisión por cable, de gestión colectiva obligatoria (arts. 122.1 y 20.4 TRLPI).
- (40) A la hora de realizar el análisis en el presente caso, se van a tomar como referencia particularmente la Resolución del Consejo de la CNC de 2 de marzo de 2012 en el expediente S/0157/09 EGEDA¹⁶, el Informe IPN/CNMC/0020/15, sobre el proyecto de orden por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de

¹⁵ A título ejemplificativo, resoluciones del TDC de 14 de diciembre de 1998 (Expt. 430/98, Onda Ramblas/AGEDI), de 27 de julio de 2000 (Expt. 465/99, ZONTUR-EGEDA/AIE/AISGE), 25 de enero de 2002 (Expt. 511/01, Vale Music / SGAE, 13 de julio de 2006 (Expt. 593/05, Televisión AGEDI/AIE) ; resoluciones de la CNC de 4 de febrero de 2008 (Expt. 714/07, Telecinco/AIE), 9 de diciembre de 2008 (Expt. 636/07, AGEDI-AIE Fonogramas), 23 de julio de 2009 (Expt. 651/08, AIE/Telecinco), 23 de febrero de 2011 (Expt. 2785/07, Artistas, intérpretes o ejecutantes, sociedad de gestión, AIE), 19 de diciembre de 2011 (Expt. S/208/09, FECE / AISGE), 2 de marzo de 2012 (Expt. S/0157/09, EGEDA) y 14 de junio de 2012 (Expt. S/0297/10, AGEDI/AIE Televisión), 3 de julio de 2012 (Expt. S/220/10, SGAE Bailes Bodas); resoluciones de la CNMC de 6 de noviembre de 2014 (Expte. S/0460/13, SGAE-CONCIERTOS); 9 de julio de 2015 (Expediente S/0466/13 SGAE AUTORES); 26 de noviembre de 2015 (Expte. S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO) y 30 de mayo de 2019 (S/DC/0590/16) DAMA VS SGAE.

¹⁶ Disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/s015709>

gestión de derechos de propiedad intelectual¹⁷ y el Informe *INF/DC/235/17 Procedimiento de determinación de tarifas sustanciado ante la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual E/2017/001 AGEDI/AIE-AERC*¹⁸, de 18 de enero de 2018, primer informe emitido por la CNMC, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.8 del Real Decreto 1023/2015, a solicitud de la SPCPI. Asimismo, el *Informe CNC sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual*, de diciembre de 2009, analizaba los problemas tarifarios y las restricciones a la competencia en ese sector, y en tal medida resulta de relevancia en este contexto.

- (41) En este sentido, el precedente S/0157/09 EGEDA es especialmente relevante, en la medida que es un antecedente directo al procedimiento de determinación de tarifas de referencia, puesto que versó sobre el carácter abusivo de las políticas tarifarias de EGEDA sobre los mismos derechos de propiedad intelectual y la misma modalidad de explotación (retransmisión por cable), aunque respecto de otra tipología de usuarios (establecimientos hoteleros)¹⁹.
- (42) En ese precedente se examinaron críticamente las tarifas generales de EGEDA vigentes hasta mayo de 2011 en concepto de remuneración por el derecho de comunicación pública, correspondiente a las retransmisiones efectuadas en las habitaciones de los huéspedes de los hoteles. En su propuesta de Resolución, la Dirección de Competencia interesaba al Consejo que declarase que EGEDA había infringido los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE como consecuencia de conductas tales como vincular la tarifa general *“sin introducir en la misma otros mecanismos que permitan tener en cuenta la utilización real de la prestación de EGEDA, existiendo alternativas capaces de medir de una forma más precisa dicha utilización sin dar lugar a un incremento injustificado de los costes”*. El Consejo declaró que se había acreditado la comisión por EGEDA de una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE, por el establecimiento de unas tarifas abusivas.
- (43) La Resolución de la CNC de 2 de marzo de 2012 fue confirmada por la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de marzo de 2013 (rec. 2/2012), que desestimó el recurso interpuesto por EGEDA por el procedimiento de protección jurisdiccionales de los derechos y libertades fundamentales, y por una segunda sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2016 (rec. 203/12) que ratificó la infracción²⁰. A su vez, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2017 declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por EGEDA contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2016.

¹⁷ Disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc02015>

¹⁸ Disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/infdc23517>

¹⁹ De hecho, durante un cierto período la similitud entre ambas tarifas fue total, como se recoge en la resolución del TDC de 27 de julio de 2000 (expte. 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual), “las tarifas de EGEDA de mayo de 1994 para los hoteles, son iguales que las que asigna a los operadores de cable (estructura tarifaria idéntica e idénticos importes en pesetas dentro de cada caso)”.

²⁰ Si bien la sentencia anuló exclusivamente la sanción para ordenar a la CNMC su recálculo, fruto de tal recálculo conforme a los criterios exigidos por la Audiencia Nacional, la multa resultante fue más elevada, por lo que finalmente, en virtud del principio que prohíbe la reformatio in peius se fijó en el mismo importe inicialmente establecido (resolución de ejecución de sentencia de 4 de diciembre de 2018, expte. VS/0457/09).

(44) En el citado expediente S/0157/09 se analizaron cuatro cuestiones relevantes a los efectos del procedimiento de establecimiento de tarifas en el marco del cual se emite este informe: (i) la comparación entre tarifas establecidas para usuarios de la misma modalidad de ejecución; (ii) la relevancia del valor económico de la prestación y su conexión con la tarifa fijada; (iii) la delimitación del repertorio gestionado y (iv) el carácter no automáticamente equitativo de las tarifas acordadas:

- La Dirección de Competencia, tomando como referencia el criterio de cotejo de “las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de utilización”²¹, realizó una comparación entre la tarifa de EGEDA cobrada a los hoteleros en el año 2009 y las tarifas que aplica a otros usuarios por el mismo derecho, concretamente a operadores de cable y TV de pago. Las tarifas ofertadas a establecimientos hoteleros en 2009 resultaron en el análisis realizado 14,8 veces superiores a las tarifas generales establecidas para los operadores de TV de pago, lo que fue tomado como indicador de carácter excesivo, al ser notablemente más elevadas que las generales establecidas por la propia EGEDA a los operadores de cable y TV de pago.
- La precitada resolución del Consejo de la CNC de 2 de marzo de 2012 estudiaba, para analizar el posible carácter abusivo de las tarifas de EGEDA en ese período (hasta 2011) y para esos usuarios (establecimientos hoteleros), *“si existe conexión entre el valor económico de la prestación y los parámetros utilizados para fijar la contraprestación, las tarifas generales”*.
- Adicionalmente, el Consejo indicaba que *“no todos los contenidos que se emiten por televisión estarían dentro de la categoría de obras y grabaciones audiovisuales, que constituyen el repertorio gestionado por EGEDA. Están incluidas en el repertorio de EGEDA las películas y series de ficción, pero por ejemplo otros programas como los informativos, deportes o debates no forman parte del repertorio protegido gestionado por EGEDA”* (S/0157/09).

La propia EGEDA, en sus normas de reparto, establece una diferenciación entre obras audiovisuales y resto de grabaciones. Define como obras audiovisuales “las obras cinematográficas -cualquiera que sea su duración-, telemovies, series de ficción, series de animación, documentales y teleteatro”. Mientras que son grabaciones audiovisuales “los reportajes, concursos, programas de variedades y magazines” y el resto de grabaciones audiovisuales que no tengan la consideración de obra de creación²². Parece razonable que la diferenciación que se predica por EGEDA para el

²¹ Luego incorporado como artículo 157.1 b) 6º y actualmente art. 164.3 f) TRLPI),

²² Artículo cuarto del Reglamento de reparto de derechos de EGEDA, V. 2019 (https://www.egeda.es/EGE_InformacionLegalReglamentoReparto.asp). Señalan asimismo las reglas de reparto “Las grabaciones audiovisuales se encuentran protegidas a los efectos de los repartos de los restantes derechos recaudados por la Entidad [no por copia privada], pudiendo asignarse en los casos de gestión colectiva obligatoria, un porcentaje de reparto a la distribución de las grabaciones audiovisuales, mediante un sistema de reivindicación por parte de los titulares” (artículo tercero).

reparto deba tener también su traslación a la recaudación por derechos de gestión colectiva obligatoria.

- Conviene asimismo clarificar que, frente a lo señalado por EGEDA, el carácter acordado de las tarifas no las convierte en equitativas desde una perspectiva económica. Tal como señala la repetida resolución de la CNC de 2 de marzo de 2012, “*EGEDA goza de posición de dominio, de hecho monopolio, en el mercado de otorgamiento de autorizaciones por comunicación pública y de gestión de la remuneración por comunicación pública de los derechos de los productores audiovisuales [...]*”.

IV.2 Sobre las partes del procedimiento de determinación de tarifas y el papel de la retransmisión en la TV de pago.

- (45) Esa posición de dominio de EGEDA naturalmente tiene incidencia en su posición negociadora y no permite concluir el carácter automáticamente equitativo de las tarifas en su caso negociadas o acordadas, tal como la CNMC y la extinta CNC han tenido la oportunidad de subrayar en numerosas resoluciones relativas a abusos de posición de dominio de entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, y como ha reiterado la jurisprudencia contenciosa al confirmar tales resoluciones y, en el marco de controversias privadas, la jurisdicción civil²³.
- (46) No cabe duda de que TELEFÓNICA no es un usuario de pequeña dimensión, y resulta necesario valorar también en este contexto el poder compensatorio de la demanda. No obstante, el poder monopolista del que disfruta actualmente EGEDA en este mercado tampoco genera duda, de modo que TELEFÓNICA, VODAFONE, ORANGE y el resto de operadores de TV de pago de menor dimensión deben necesariamente contratar con la entidad que gestiona los derechos de los productores audiovisuales a los efectos de retransmitir los canales de TDT en abierto, en sus plataformas de TV de pago.
- (47) Adicionalmente, hay que tener presente que las tarifas que establezca la SPCPI tienen vocación de aplicarse con carácter general, también a operadores de TV de pago de menor dimensión²⁴.
- (48) Por otra parte, al contrario de lo que sucede con otros operadores de TV de pago²⁵, en el caso de TELEFÓNICA, como derivación de los compromisos aprobados en el marco de la operación de concentración C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, tiene “la obligación de distribución en su plataforma IPTV de televisión de pago en España de los principales canales²⁶ de ámbito nacional de TDT en abierto, siempre que los editores de estos canales lo

²³ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 18 de febrero y 7 de abril de 2009, 13 de diciembre de 2010 y 23 de marzo de 2011.

²⁴ El Informe Económico Sectorial relativo a Telecomunicaciones y Audiovisual de 2018 (ESTAD/CNMC/004/19) refleja la enorme diferencia entre Movistar + y el resto de operadores de TV de pago en términos de miles de abonados (Vodafone, Orange, Euskaltel, Rakuten TV, beln Connect).

²⁵ Con carácter general, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual actualmente sólo prevé (art. 31) que los licenciatarios de los servicios de comunicación audiovisual de ámbito estatal faciliten la cesión de sus canales principales de televisión en abierto, previa negociación para fijar la contraprestación económica acordada entre las partes (salvo en el caso de la CRTVE, respecto de la que no habrá contraprestación).

²⁶ Se entenderá por canales principales aquéllos con una cuota de pantalla igual o superior al 3%.

soliciten”. La vigencia de esta obligación se prolonga al menos durante cinco años desde la autorización de la concentración por Resolución de 22 de abril de 2015²⁷.

- (49) Si bien la retransmisión por operadores de TV de pago de los canales emitidos en abierto a través de la TDT²⁸ es la que activa su deber de abonar la tarifa de EGEDA, conviene diferenciar el papel de tales canales en el modelo de negocio de la TV en abierto y en la TV de pago. En el caso de la televisión de pago, a cambio de una cuota de abono o un pago puntual para ver un determinado contenido, el espectador tiene acceso a un abanico muy amplio de contenidos con un volumen de anuncios limitado. En el caso de la televisión en abierto, por el contrario, el parámetro clave del modelo de negocio es la publicidad, que a su vez depende en gran medida de la audiencia.
- (50) Si bien los canales de televisión en abierto son los que más audiencia tienen en estas plataformas de televisión de pago²⁹, la principal fuente de ingresos de estas plataformas son las cuotas de abono, por lo que los operadores de TV de pago buscan maximizar el número de abonados mediante la emisión de contenidos atractivos, que induzcan a los abonados a abonar una suscripción por tener acceso a la plataforma de pago³⁰, siendo estos contenidos atractivos fundamentalmente fútbol, series de estreno y cine, por la fidelidad que generan en el consumidor a la hora de pagar la cuota mensual de abono recurrente³¹, y no dependen de la audiencia concreta de los canales que se difunden en dicha plataforma de televisión de pago, al tener la publicidad un papel mucho menos relevante que en la televisión en abierto.
- (51) Es sabida la creciente importancia de los contenidos audiovisuales *premium* como mecanismo de captación y retención de clientes en mercados de comunicaciones electrónicas, donde las inversiones en despliegue de redes de nueva generación se justifican en importante medida en que permiten ofrecer más valiosos servicios ligados a dichos contenidos audiovisuales.

IV.3 Sobre el tipo de tarifa a determinar

- (52) La tarifa general de uso efectivo fijada por EGEDA en junio de 2016 por el uso de grabaciones audiovisuales en plataformas de televisión de pago por medio de la retransmisión se ha configurado, según señala la entidad, como un 10% superior a la que venía siendo aceptada o reconocida entre EGEDA y la práctica totalidad de los operadores de TV de pago que actúan en España.

²⁷ La vigencia de los compromisos es de cinco años, pudiéndose mantener hasta un máximo de tres años adicionales por resolución motivada de la CNMC (apartado 6 de los compromisos recogidos en la Resolución de 22 de abril de 2015).

²⁸ Entre otros canales de TDT, La 1, La 2, 24h, Clan, Teledeporte (RTVE); Antena 3, Neox, La Sexta, ... (Atresmedida); Telecinco, FDF, Boing, Cuatro, Divinity... (Mediaset).

²⁹ <https://www.barloventocomunicacion.es/audiencias-anuales/analisis-televisivo-2018>

³⁰ Ello es coherente con lo constatado en el Informe Económico Sectorial relativo a Telecomunicaciones y Audiovisual de 2018 (ESTAD/CNMC/004/19), donde se señala que VODAFONE en 2018 registró casi 30.000 paquetes menos que en 2017, experimentando una pérdida de 103 mil abonados en el año, “como consecuencia de su decisión de no incluir algunos contenidos del fútbol (Champions League y El Partidazo) en su oferta de televisión”.

³¹ Informe Propuesta en segunda fase expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/c061214>

- (53) La tarifa general de EGEDA contempla, como se ha anticipado, dos tipos de tarifas, entre las que los usuarios podrán elegir: i) Tarifa de uso efectivo (0,25€ por mes y abonado); y ii) Tarifa general de uso por disponibilidad promediada.
- (54) En lo que respecta a la tarifa general por disponibilidad promediada, cabe remitirse a lo ya señalado por esta CNMC en el Informe INF/DC/235/17 *Procedimiento de determinación de tarifas sustanciado ante la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual E/2017/001 AGEDI/AIE-AERC*, de 18 de enero de 2018 sobre los problemas que genera este tipo de tarifa.
- (55) En la medida en que el esquema de precio por abonado/mes de esta tarifa es sustancialmente idéntica a la aplicada con carácter previo a la promulgación de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, de modificación del TRLPI, por el que se modificaron los criterios de determinación de tarifas por parte de las entidades de gestión, sin sujetarse además tales criterios, y dada la posición de dominio de EGEDA y su incidencia en su posición negociadora, que no permite concluir el carácter automáticamente equitativo de las tarifas acordadas, resulta apropiada su determinación por la SPCPI para garantizar que responda a condiciones razonables, y atienda al valor económico de la utilización de los derechos en la actividad del usuario, buscando el justo equilibrio entre ambas partes, como señala el actual artículo 164.3 del TRLPI.
- (56) Por otra parte, frente al tenor del artículo 164 del TRLPI y la exigencia que establece de que se explique pormenorizadamente la modalidad tarifaria establecida para cada tipología de usuario, atendiendo al menos a los criterios del párrafo tercero, la pretensión de EGEDA de que su repertorio incluye todas las obras y grabaciones audiovisuales y que por ello la intensidad, grado de uso y amplitud del repertorio es, en todos los canales, igual al 100%, entiende esta CNMC que no responde a la realidad del uso efectivo del repertorio por los operadores de TV de pago y no alcanza a cubrir la obligación que el TRLPI impone a las entidades de gestión en materia de establecimiento de tarifas generales en condiciones razonables³². Tanto el artículo 164 TRLPI como los principios establecidos por las autoridades de competencia y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE, priman claramente que las tarifas tengan en cuenta el uso efectivo del repertorio³³.

³² El artículo 14 de la anulada Orden ECD/2574/2015, señalaba: “En el supuesto de que no sea posible determinar el grado real de uso efectivo del repertorio, la intensidad real de uso del mismo o los ingresos económicos reales vinculados a la explotación comercial del repertorio, podrán utilizarse para su cálculo técnicas estimativas.”

³³ Respecto de que una tarifa equitativa debe guardar una relación razonable con el valor económico de la prestación, esto es, con la utilización del repertorio, debiéndose calcular en base a su uso efectivo, vid. sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2009, 7 de abril de 2009, 15 de septiembre de 2010 y 13 de diciembre de 2010; Igualmente, sentencias del TJCE de 6 de febrero de 2003, asunto C-245/00, *Sena*, y de 11 de diciembre de 2008, asunto C-52/07, *Kanal 5/ STIM*. Esta última señala: “[...]una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual que tiene una posición dominante en una parte sustancial del mercado común no explota de forma abusiva dicha posición cuando, en concepto de retribución debida por la difusión por televisión de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual, aplica a las cadenas de televisión privadas un sistema de tarifas según el cual los importes de dichas tarifas corresponden a una parte de los ingresos de esas cadenas, siempre que dicha parte sea globalmente proporcional a la cantidad de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual realmente emitida o que pueda emitirse y salvo que exista otro método que permita identificar y cuantificar de forma más precisa la utilización de dichas obras así como la audiencia, sin que por ello aumenten desproporcionadamente los gastos a que da lugar la gestión de los contratos y el control de la utilización de dichas obras.”

- (57) Entiende esta CNMC, conforme a su criterio asentado de que siempre que sea posible, las tarifas deben referenciarse al uso efectivo del repertorio³⁴, que la SPCPI debe elaborar también en este supuesto una tarifa por **uso efectivo**, dado que precisamente en el sector de TV de pago en España, y en lo relativo a la retransmisión de los canales de TDT en abierto, se dan unas circunstancias que hacen viable la aplicación de este tipo de tarifa sin incurrir en costes excesivos de implementación y supervisión.

IV.4 Sobre las tarifas preexistentes

- (58) Si se comparan las tarifas generales aprobadas por EGEDA en 2016 con las que venía abonando TELEFÓNICA, se aprecia que no existen diferencias entre las mismas en cuanto al modelo, más allá de los descuentos aplicados a TELEFÓNICA.
- (59) Por ello, esta CNMC considera razonable que en el procedimiento de determinación de tarifas que se informa se tome como referencia la remuneración que TELEFÓNICA venía abonando a EGEDA por este concepto. Si bien la CNMC ha puesto de manifiesto la propia dificultad intrínseca para los usuarios a la hora de establecer una valoración económica de la utilización de los derechos de propiedad intelectual³⁵, en principio no resultaría plausible que un operador con el grado de sofisticación de TELEFÓNICA hubiera estado abonando una tarifa *desproporcionadamente* superior a la resultante de la aplicación de los criterios del artículo 157.1 del TRLPI (actual art. 164).
- (60) La conveniencia de la utilización de las tarifas previas a la nueva metodología, como parámetro cuantitativo de comparación de las nuevas tarifas aprobadas, precisamente al objeto de evitar incrementos abusivos en las tarifas generales con ocasión de la adaptación de las mismas a la nueva metodología, ha sido postulado ya por esta CNMC³⁶. La contemplación de esa remuneración que se venía abonando deberá realizarse sin perjuicio de la necesidad de introducir modificaciones sustanciales en los criterios de fijación de esa tarifa, de cara a su debido ajuste a lo previsto en el artículo 164.3 del TRLPI, encaminado a lograr una mayor disciplina de las entidades de gestión en el diseño de sus tarifas.
- (61) La CNMC ya se ha pronunciado señalando que *“una tarifa general es inequitativa cuando no se corresponde con lo que efectivamente pagan la mayoría de los usuarios por el uso de los derechos gestionados por la entidad de gestión”* y que, dado que las tarifas generales de las entidades de gestión determinan la cuantía a consignar en aquellos casos en los que habiéndose iniciado un proceso negociador entre una entidad de gestión y un usuario para hacer efectiva la remuneración de los derechos protegidos por la LPI, las partes no llegaran a un acuerdo, *“la fijación de unas tarifas generales muy elevadas puede ser utilizada por las EGDPI [entidades de gestión] como un elemento de presión negociadora frente a los usuarios, lo que podría estar prohibido a la luz del artículo 2 LDC. En este sentido se*

³⁴ IPN/CNMC/0020/15, resolución de la CNC de 2 de marzo de 2012 (expte S/0157/09 EGEDA) e Informe INF/DC/235/17.

³⁵ Informe IPN/CNMC/0020/15.

³⁶ Informe IPN/CNMC/0020/15 y resolución CNMC de 30 de mayo de 2019 (exp. S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE).

*pronuncian diversas resoluciones de la Autoridad de Competencia (CNMC o su antecesora CNC) y resoluciones judiciales*³⁷.

IV.5 Sobre la amplitud del repertorio de EGEDA

- (62) En relación con lo indicado por TELEFÓNICA sobre que EGEDA debería informar de manera transparente de los elementos o ítems que conforman su repertorio y de los productores a los que representa, la Resolución de la CNC de marzo de 2012 (S/0157/09) indicaba que *“El derecho de remuneración gestionado por EGEDA es de gestión colectiva obligatoria, lo cual implica que dicho repertorio está constituido por todas las obras y grabaciones audiovisuales protegidas conforme a la LPI, con independencia de que sus titulares hayan encomendado o no a EGEDA la gestión de su derecho.”*
- (63) Ahora bien, la CNC, en su *Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual*, de diciembre de 2009 también señalaba que *“las entidades establecen en muchas ocasiones tarifas por disponibilidad independientes del uso efectivo, configuran repertorios en los que confluyen sin distinción derechos de gestión colectiva obligatoria y voluntaria y mantienen una importante falta de transparencia sobre sus repertorios, factores que contribuyen a reforzar su poder de mercado” e insistía en “la falta de transparencia con respecto a los repertorios efectivamente gestionados”*³⁸ [énfasis añadido].
- (64) Un índice que puede servir para determinar el repertorio efectivamente gestionado por EGEDA puede ser el del reparto de la recaudación. También la autoridad de competencia española ha indicado que se deberían contemplar criterios que permitan ponderar otros elementos relacionados directamente con la equidad en la fijación del importe de las tarifas generales, tales como la necesaria correspondencia entre recaudación y reparto efectivo entre los titulares³⁹. La CNMC ha definido como problema relevante en este marco la falta de correspondencia entre las tarifas cobradas por las entidades de gestión y las remuneraciones repartidas a los titulares de los derechos⁴⁰.
- (65) Por otro lado, la determinación de tarifas, que tiene repercusión general para usuarios análogos y cierta vocación de duración en el tiempo, no debería hacerse tomando como premisa la situación actual, en la que sólo EGEDA es la entidad que gestiona los derechos afectados por este expediente. Corresponde alcanzar una fórmula que pudiera ser igualmente válida para el caso de que otra entidad de gestión⁴¹ (de ámbito nacional o inferior) proceda

³⁷ Informe IPN/CNMC/0020/15, que a su vez cita la Resolución de la CNC de 19 de diciembre de 2011 y la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2013.

³⁸ Informe CNC sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, de diciembre de 2009.

³⁹ Así, resolución de la CNC de 19 de diciembre de 2011 (expte. S/0208/09, AISGE CINES). La resolución de la CNC de 23 de febrero de 2011 (expte. 2785/07 Artistas, intérpretes o ejecutantes, sociedad de gestión, AIE) indicaba *“esas tarifas generales son inequitativas porque no guardan proporción alguna con respecto al valor económico de la prestación ofrecida, pues (a) no hay relación entre la remuneración exigida y la remuneración repartida entre los titulares de los derechos que administra [...]”*.

⁴⁰ Informe IPN/CNMC/0020/15.

⁴¹ En tanto que los derechos de gestión colectiva obligatoria se gestionan necesariamente por las entidades de gestión colectiva, no por otros operadores que puedan representar a los titulares de derechos para la gestión colectiva voluntaria.

a gestionar igualmente esa categoría de derechos⁴². En consecuencia, a los efectos también de no introducir obstáculos a que ese escenario pueda producirse, resulta relevante la definición de cuál sea el repertorio efectivamente gestionado por EGEDA⁴³.

IV.6 Sobre el uso efectivo: grado, intensidad y relevancia

- (66) Las autoridades de competencia nacional y comunitaria, refrendadas por la jurisprudencia, han venido resaltando que la formación eficiente de las tarifas pasa por su ajuste a variables relacionadas con el uso efectivo del repertorio⁴⁴, mientras que “los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio no deberían tener en ningún caso un papel exclusivo”⁴⁵. Siempre que sea posible, las tarifas deben estar referenciadas al uso efectivo del repertorio⁴⁶ y de hecho el “grado de uso efectivo” se introduce como el primer criterio de determinación de las tarifas generales en la letra a) del artículo 164.3 del TRLPI.
- (67) También el TS ha tenido ocasión de precisar que “corroboramos que para determinar el importe de la remuneración no cabe acudir a tarifas generales si ésta no tiene un carácter “equitativo”, y no lo tienen cuando adoptan como base exclusiva de cálculo los rendimientos obtenidos por el operador televisivo y prescinde del uso efectivo”⁴⁷, validando la apreciación de la sentencia de instancia de que “el valor económico de los derechos objeto de protección no puede depender del rendimiento que pueda obtener el usuario”.
- (68) La resolución de la CNC de 23 julio de 2009 (Expte. 651/08) en relación con las remuneraciones por derechos de propiedad intelectual recuerda que, “*los ingresos obtenidos tienen que tener relación con el uso de ese repertorio*”. Y añade que “*Es razonable que la exigencia de una tarifa general a un usuario contemple un criterio que permita, en un primer paso, medir la intensidad de uso en la medida de lo posible (tiempo de comunicación, ponderación respecto del producto televisivo final, etc.) pero, también que mida el valor que tiene ese uso...*” y con cita de esa misma resolución, la RCNC de 2 de marzo de 2012 (S/0157/09) concluye que “[e]s evidente que EGEDA al fijar las tarifas generales no ha tenido en cuenta criterio alguno que permitiera calcular la remuneración en función del uso efectivo de los derechos, computando por ejemplo la “*ocupación*” del hotel en lugar de las plazas “*disponibles*” (Ver por todas Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 y de 19 de mayo de 2009, relacionadas con contenciosos de EGEDA)”.

⁴² Actualmente, los productores de fonogramas gestionan sus derechos sobre una categoría de grabaciones audiovisuales (los videoclips musicales) a través de AGEDI.

⁴³ Vid. resolución de 24 de junio de 2008 de la Comisión Nacional de la Competencia, DAMA/SGAE (expte. 630/07), para un caso en el que las dos entidades de gestión gestionan un mismo derecho de gestión colectiva obligatoria, cada una con una amplitud determinada.

⁴⁴ La fijación de tarifas sin relación con el “grado de uso” ha sido considerada un abuso de posición dominante, tanto por la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 11 de diciembre de 2008 *Kanal 5/ STIM*, asunto C-52/07) como por la CNC (Resolución de 23 de julio de 2009, expte. 651/08 *Artistas Intérpretes o Ejecutantes*) y la CNMC (Resoluciones de 23 de febrero de 2011, expte. S/2785/07, *AIE* y de 14 de junio de 2012, expte. S/0297/10, *AGEDI/AIE*).

⁴⁵ Informe IPN/CNMC/0020/15.

⁴⁶ Informe IPN/CNMC/0020/15

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2017, que desestima el recurso de casación frente a la sentencia que desestimatoria la apelación contra la RCNC de marzo de 2012 en el expte. S/0157/09 EGEDA.

- (69) La CNMC ha admitido la utilización de tarifas no ligadas al uso por la imposibilidad de obtener la información necesaria o en la desproporción de los costes de obtenerla, “[n]o obstante, la aplicación de estas tarifas promediadas debería ser subsidiaria y limitada a los supuestos referidos por su carácter en principio sub-óptimo desde el punto de vista de la eficiencia económica y porque se opone a la regla general de fijación de precios para evitar abusos de una posición de dominio como la que ostentan las entidades de gestión⁴⁸.
- (70) La CNMC subraya la relevancia de que el modelo tarifario que se adopte permita a los usuarios gestionar de modo eficiente sus costes⁴⁹. Ello debe pasar por un método que permita al usuario graduar su modo de utilización del repertorio de que se trate, lo cual resulta difícilmente compatible con un modelo de tarifa por abonado y mes. Si bien la necesaria incorporación en su plataforma de los canales en abierto emitidos por la TDT deriva actualmente de los compromisos asumidos por TELEFÓNICA en el marco de la concentración C/0612/14, ello podría dejar de ser así cuando expire la vigencia de los compromisos y no es aplicable a otros operadores de TV de pago. Por otro lado, la renuncia a medir el uso impediría reflejar la repercusión que tenga en los operadores de TV de pago los cambios en la programación de los propios emisores de los canales de TDT.
- (71) Ya se ha expuesto sumariamente la propuesta de TELEFÓNICA para tratar de incorporar los criterios que prevé el artículo 164.3 del TRLPI, atendiendo no sólo al tiempo en el que hace uso del repertorio de EGEDA, diferenciando entre canales de ficción, generalistas e informativos o deportivos, sino también en función de la mayor o menor repetición de los concretos contenidos del repertorio.
- (72) Esa diferenciación no es ajena al modo en que la propia EGEDA trata el repertorio que gestiona, desde la perspectiva del reparto. Así, en los criterios de reparto de las cantidades recaudadas aprobados por EGEDA⁵⁰, ya se ha señalado *supra* que se diferencia entre obras audiovisuales y otras grabaciones protegidas y asimismo se distingue entre canales generalistas y canales temáticos.
- (73) En este sentido, esta CNMC entiende, como mantuvo en el primer informe emitido a solicitud de la SPCPI el 18 de enero de 2018 (INF/DC/235/17 en el procedimiento E/2017/001 AGEDI/AIE-AERC) que el principio de equidad implica que debe haber una correspondencia entre los criterios de recaudación y los criterios de reparto establecidos por las entidades de gestión.
- (74) El hecho de que el sistema de reparto a los titulares establecido por la entidad de gestión no se recoja expresamente en la lista de criterios de determinación de las tarifas, establecida en el artículo 164 TRLPI, no es un obstáculo, a juicio de esta CNMC, en la medida que esta lista es abierta y no

⁴⁸ Informe IPN/CNMC/0020/15.

⁴⁹ En coherencia con el Informe CNC sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, de diciembre de 2009: “Los problemas tarifarios introducen distorsiones en los mercados donde operan los usuarios, ya sea porque dan lugar a precios excesivos por utilizar el repertorio, porque impiden que los usuarios gestionen de modo eficiente sus costes o porque ocasionan desventajas competitivas entre usuarios similares.”

⁵⁰ https://www.egeda.es/EGE_InformacionLegalReglamentoReparto.asp

prejuzga la inclusión de criterios adicionales, que puedan estar objetivamente justificados bajo los principios de equidad, objetividad, no discriminación, etc.

- (75) También ha subrayado la CNMC que unas tarifas generales son igualmente inequitativas *“cuando, aun correspondiéndose con lo que pagan efectivamente la mayoría de los usuarios, no tienen en cuenta, entre otros aspectos, el uso del repertorio”*⁵¹.
- (76) A la vista de lo anterior, esta CNMC entiende que la tarifa general aprobada por EGEDA bajo el modelo de tarifa por abonado [vivienda]/mes no incorpora debidamente el uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad de los operadores de TV de pago, existiendo criterios objetivos y mesurables que pueden permitir a la SPCPI modular el distinto grado de uso efectivo y la intensidad en la utilización del repertorio de EGEDA, sin que ello derive en costes de gestión desproporcionados⁵².
- (77) El TRLPI introdujo un doble concepto, la intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario, que EGEDA señala no poder considerar, mientras que TELEFÓNICA diferencia entre intensidad, como tiempo que se hace uso del repertorio, y relevancia, para referirse a la importancia cualitativa de la presencia del repertorio en función del tipo de canales.
- (78) Respecto de los canales retransmitidos por los operadores de TV de pago, que son los canales emitidos en abierto a través de la TDT, cabría distinguir entre canales en los que el repertorio de EGEDA tiene una distinta intensidad y una diferente relevancia.
- (79) En cuanto a la intensidad de uso, resulta razonable, de acuerdo con lo ya dicho por la autoridad de competencia⁵³, diferenciar entre canales de cine y series, en los que el repertorio de ficción que gestiona EGEDA se explota intensivamente en términos de tiempo de uso, canales generalistas, donde el tiempo de presencia del repertorio será inferior, y otros donde el tiempo de uso del repertorio presumiblemente será nulo o excepcional (canales informativos o deportivos).
- (80) Respecto de la relevancia, por una parte, cabe considerar que en los canales de cine y series el repertorio de EGEDA tiene una relevancia principal, pues sin emisiones de grabaciones de ficción en la mayor parte de la programación, la actividad de dichos canales no sería posible. Por otra parte, en los canales generalistas el contenido puede tener una relevancia menos significativa o incluso secundaria, en tanto que el repertorio de EGEDA puede no ser imprescindible para el canal o incluso no estar presente, en la

⁵¹ Informe IPN/CNMC/0020/15.

⁵² A título de ejemplo, las tarifas por uso efectivo para la utilización del repertorio de SGAE para operadores (emisoras) de TV establecen “la tarifa aplicable a cada canal dentro de cada paquete ofertado será la que corresponda según el uso del repertorio” y establece mecanismos para determinar el porcentaje de uso del repertorio musical y audiovisual con el detalle de los usos por cada día de emisión íntegra en un período elegido siguiendo un procedimiento establecido (www.sgae.es, Tarifas Generales 2016).

⁵³ Tal como se señala en la resolución de la CNC de 2 de marzo de 2012, “no todos los contenidos que se emiten por televisión estarían dentro de la categoría de obras y grabaciones audiovisuales, que constituyen el repertorio gestionado por EGEDA”

medida en que se cumplimente con informativos, deportes o debates que no forman parte del repertorio protegido gestionado por EGEDA.

- (81) Las tarifas generales aprobadas por EGEDA en 2016 no tienen en cuenta el criterio de relevancia o, lo que es igual a estos efectos, la iguala al 100%, en la medida que no prevén un tratamiento distinto en función de la distinta presencia del repertorio en los distintos canales.

IV.8 Sobre los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.

- (82) Una cuestión tradicionalmente controvertida es el empleo de los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio como criterio para determinar la tarifa. El artículo 164.3 d) TRLPI del TRLPI, introduce este criterio como aproximación al valor económico de que según el artículo 6 de la anulada Orden ECD/2574/2015 se identifica con el valor que, dentro del conjunto total de ingresos de explotación del usuario, tengan aquellos ingresos que se encuentren vinculados a la explotación del repertorio. Según el mismo precepto, los ingresos vinculados son un porcentaje del total de ingresos que deberá responder fundamentalmente a la relevancia del uso.
- (83) La CNMC ha indicado igualmente que debe garantizarse que ese criterio de los ingresos económicos no se toma en exclusiva y se aplica siempre en conjunción con los otros recogidos en la Ley, “en particular con aquellos criterios relativos al uso”. Tal como se indica en el Informe IPN/CNMC/0020/15 “De utilizarse exclusivamente el criterio de los ingresos económicos, dos empresas pagarían tarifas distintas pese a llevar a cabo exactamente el mismo uso de un derecho como *input* (en términos de tiempo, del número reproducciones y de la audiencia) si una de ellas saca mayor rentabilidad en términos de *output* (ingresos) debido a su mejor gestión. Esto podría suponer una penalización o un desincentivo a la eficiencia empresarial y podría suponer una transferencia de rentas desde sectores potencialmente competitivos (como en teoría deberían serlo los sectores *aguas abajo*) hacia sectores en régimen de cuasi-monopolio como las EGDPI (sin que ello implique necesariamente un beneficio para los creadores).” El criterio de abonados/mes no permite captar la tendencia existente en el mercado de la TV de pago de un menor ingreso por abonado⁵⁴.
- (84) La CNMC ha venido señalando la necesidad de que la base de cálculo para las tarifas “sólo venga formada por aquellos ingresos del usuario directamente vinculados a la actividad que genera el devengo del derecho de remuneración.”⁵⁵ En este caso ello se corresponde con los canales retransmitidos por las TV de pago. Si bien la CNMC coincide en que en el modelo para EGEDA los ingresos procedentes de canales propios y preeditados deben ser deducidos, en tanto no hay actividad de

⁵⁴ Informe Económico Sectorial relativo a Telecomunicaciones y Audiovisual de 2018 (ESTAD/CNMC/004/19): “El crecimiento de los ingresos de televisión de pago en España registró una desaceleración y, tras varios períodos de importantes aumentos, en 2018 contabilizó un ligero incremento del 0,4% [...]. En términos de abonados el crecimiento experimentado fue algo mayor y anotó un avance del 3,4%.

⁵⁵ Informe IPN/CNMC/0020/15.

retransmisión, la justificación de TELEFÓNICA respecto de las razones por las que los costes de los descodificadores y de captación y fidelización de clientes deban ser detraídos de los ingresos computables resulta insuficiente, en tanto que son también costes directamente vinculados a la actividad de la plataforma que genera el devengo del derecho de remuneración.

IV.9 Sobre el resto de criterios de determinación de tarifas

- (85) En relación con el valor económico del servicio prestado por EGEDA para hacer efectiva la aplicación de las tarifas, previsto en el artículo 164.3.e) del TRLPI y que se regulaba en los artículos 7 y 14.3 de la anulada Orden ECD/2574/2015, esta CNMC insiste en resaltar la importancia que tiene la aplicación efectiva de los principios generales de eficiencia y buena gestión, a fin de evitar que se incrementen artificialmente los costes de prestación del servicio.
- (86) En lo que se refiere a las comparaciones con las tarifas establecidas para otros usuarios para la misma modalidad de uso, previstas en el artículo 164.3.e TRLPI, esta CNMC tuvo oportunidad de utilizar ese criterio a la inversa, en el caso de los usuarios establecimientos hoteleros, en el marco del expediente S/0157/09, no siendo útil en este caso⁵⁶. Respecto de las tarifas pactadas con otros operadores de TV de pago, corresponderá tener en cuenta los descuentos señalados por TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE y los que constan en el expediente, que en todo caso deben ser tomados de forma restrictiva, basándose en criterios objetivos y estrictamente económicos, por el riesgo de que puedan dar lugar a una discriminación entre competidores, sin justificación objetiva acreditada, así como por las dudas a despejar sobre la corrección o no de la diferenciación en el modo de cálculo de tales descuentos.
- (87) Por lo que respecta a las comparaciones con las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, de la información aportada por EGEDA se deduciría que no existen bases homogéneas de comparación, en el sentido del artículo 164. 3 g) del TRLPI.
- (88) La CNMC en su previo informe de 18 de enero de 2018 ya señaló las limitaciones a la hora de realizar estas comparaciones internacionales, al objeto de que los elemento de comparación utilizables atiendan a las tarifas netas, sobre el total de ingresos brutos, efectivamente pagadas por los operadores de que se trate por las mismas modalidades de utilización de derechos, teniendo en cuenta todos los descuentos y ajustes que se establezcan, así como realizar ajustes para tener en cuenta el PIB per cápita en términos de paridad de poder adquisitivo⁵⁷ de los distintos países de la Unión Europea que se comparen. En caso de existir datos de tal naturaleza

⁵⁶ El propio Tribunal de Defensa de la Competencia reconocía en su resolución que, al contrario de lo que sucede con los hoteles, para los cableoperadores la comunicación pública es la esencia de su negocio (Resolución de 27 de julio de 2000, expte. 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual).

⁵⁷ A la vista de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2017 en la cuestión prejudicial del asunto C-177/16.

procedentes de fuentes independientes, la SPCPI podría utilizarlos como elemento orientador.

- (89) Respecto del criterio propuesto por TELEFÓNICA de las “audiencias reales”, la CNMC ya se ha pronunciado en relación a que la lista de criterios del artículo 164.3 del TRLPI incluye la indicación “al menos” para expresar que todos esos criterios deben tenerse en cuenta necesariamente, sin perjuicio de la consideración de otros adicionales⁵⁸.
- (90) Este nuevo criterio parece conectar con el criterio, asentado en el contexto de las retransmisiones efectuadas por establecimientos hoteleros, de tener en cuenta la ocupación efectiva del hotel en lugar de meramente las plazas disponibles, apurando la búsqueda del uso efectivo frente a la mera opcionalidad de uso. No resulta un factor descartable para la determinación de la tarifa de EGEDA para operadores de TV de pago, si bien la SPCPI deberá valorar si el criterio propuesto por TELEFÓNICA (falta de visionado al menos de 10 minutos a lo largo de un mes de cualquier canal de la plataforma de TV de pago que incluya contenidos del repertorio de EGEDA) es el adecuado, con independencia lógicamente además de la contrastación de los datos que TELEFÓNICA deberá aportar a ese respecto.
- (91) Finalmente, sobre la aplicación acumulativa de los criterios propuestos por TELEFÓNICA, entiende esta CNMC que el artículo 164.3 del TRLPI pretende precisamente el empleo a la hora de determinar la tarifa de, al menos, todos esos criterios. Resulta en ese sentido significativo que la anulada Orden ECD/2574/2015 estableciera como caso excepcional en el que las entidades de gestión no estaban obligadas a establecer tarifas de uso efectivo “aquellos supuestos en los que de manera acumulativa no sea posible reflejar en el precio por el uso de los derechos, el grado real de uso efectivo, la intensidad real de uso y los ingresos económicos reales obtenidos por el usuario vinculados a la explotación comercial del repertorio en el conjunto de su actividad, por la dificultad de delimitar o verificar éstos [...]” (artículo 13.4).

⁵⁸ Informe IPN/CNMC/0020/15.

