

**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/2018/003 EGEDA-CEHAT**

INF/DC/121/22

27 de julio de 2022

www.cnmc.es

CONTENIDO

1. Antecedentes	4
2. Marco normativo	4
3. Las partes	10
3.1. EGEDA	10
3.2. CEHAT	11
3.3. Terceros interesados en el proceso	12
3.3.1. AGEDI-ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES	12
3.3.2. AIE-ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA	12
4. Objeto de la controversia	13
5. VALORACIÓN.....	21
5.1. Cuestiones generales: principios básicos y precedentes relevantes 21	
5.2. Sobre la determinación de la tarifa	26
5.3. Sobre el uso efectivo: grado, intensidad y relevancia	27
5.4. Sobre la amplitud del repertorio de EGEDA.....	30
5.5. Sobre los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio	31
5.6. Sobre el resto de criterios de determinación de tarifas	31
6. Conclusiones	32

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/2018/003 EGEDA-CEHAT

INF/DC/121/22

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario de la Sala

D. Miguel Bordiú García-Ovies

En Madrid, a 27 de julio de 2022

Vista la solicitud de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (SPCPI), que tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el 1 de julio de 2022, de elaboración del informe respecto al procedimiento de determinación de tarifas en el expediente E/2018/003, 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.

1. ANTECEDENTES

- (1) Con fecha 1 de julio de 2022, 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/2018/003 EGEDA/CEHAT, instado por la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT) frente a la 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 (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril), 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 Competencia¹.

2. MARCO NORMATIVO

- (4) La normativa sobre Propiedad Intelectual se encuentra recogida en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Esta norma ha experimentado numerosas reformas desde su elaboración en 1996, siendo las últimas modificaciones de fechas 8 de julio de 2020, 12 de octubre de 2021, 3 de noviembre de 2021 y 30 de marzo de 2022. De estas reformas destaca, en materia tarifaria, por su relevancia en este informe, la introducida por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se establecen los criterios de determinación de tarifas por parte de las entidades de gestión, que fue

¹ Hasta la fecha la CNMC ha emitido informe previo en otros tres expedientes de determinación de tarifas de la SPCPI: INF/DC/235/17 AGEDI- AIE-AERC; INF/DC/152/19 TARIFAS EGEDA TV PAGO e INF/CNMC/071/21 EGEDA FEHR, citados en detalle *infra*.

modificada a su vez por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modificaron los artículos relativos a la gestión colectiva y su numeración (Título IV).

- (5) La propiedad intelectual es el conjunto de derechos que corresponden a los autores y a otros titulares (artistas, productores...) respecto de las obras y prestaciones fruto de su creación. En este sentido, se distinguen dos tipos de **sujetos de derechos de propiedad intelectual**: los autores y los sujetos de otros derechos, conocidos como derechos afines o conexos. Dentro de este segundo grupo de sujetos, se encontrarían los productores de obras y grabaciones audiovisuales y los artistas intérpretes y ejecutantes.
- (6) El **objeto de la propiedad intelectual** viene establecido en el artículo 10.1, del TRLPI que señala como su objeto: las creaciones literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, recogándose expresamente los tipos de creaciones incluidos en el ámbito de actividad de EGEDA en su apartado d):

“Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales”.

- (7) Respecto a **los derechos patrimoniales** se distinguen: los derechos de explotación y otros derechos. Los **derechos de explotación** de la obra o prestación protegida, a su vez se subdividen en derechos exclusivos y en derechos de remuneración:
- a. Los derechos **exclusivos** permiten a su titular autorizar o prohibir los actos de explotación de su obra por el usuario, y exigir de este una retribución a cambio de la autorización que le conceda. En este informe interesan, en concreto, los derechos generados por los actos de comunicación pública del artículo 20.2 f) y g) en relación con el 122.1 del TRLPI (retransmisión por cable en habitaciones de hotel y difusión en lugares accesibles al público respectivamente)²:

20.2.

f) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida.

Se entiende por distribución por cable la retransmisión simultánea, inalterada e íntegra por cable o microondas, para su recepción por el público, de una transmisión inicial de otro Estado miembro, alámbrica o inalámbrica, incluida vía satélite, de programas de radio o televisión destinados a su recepción por el público, independientemente de la manera en que el operador de un servicio de

² No obstante, la CPI, en su resolución de 24 de febrero de 2022, que determina la tarifa para el cobro de los derechos correspondientes a los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales en establecimientos de restauración, en revisión de las establecidas por la entidad de gestión EGEDA ha indicado que los establecimientos dedicados a actividades de alojamiento quedarían sujetos a la tarifa ahí establecida “[...] en la medida en que dispongan de áreas (que resultarían asimilables a establecimientos) de bar, cafetería, restaurante o asimilables en las que se realicen actos de comunicación pública en la modalidad prevista en el artículo 20.2.g)” del TRLPI. Vid. BOE de 8 de marzo de 2022 y <http://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/areas/propiedadintelectual/mc/s1cpi/resoluciones.html>

retransmisión por cable obtenga del organismo de radiodifusión las señales portadoras de programas con fines de retransmisión.

g) *“La emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida”*

122.1. *“Corresponde al productor de grabaciones audiovisuales³ el derecho de autorizar la comunicación pública de éstas.”*

- b. Los derechos de **remuneración** que no facultan a su titular a autorizar o prohibir los actos de explotación de su obra por el usuario, pero sí obligan a este al pago de una cantidad dineraria por los actos de explotación que realice, cantidad que es determinada por las tarifas generales de las entidades de gestión (gestión colectiva obligatoria).

Interesan, para el presente informe, el artículo 122.2 y 122.3 del TRLPI respecto los productores de grabaciones audiovisuales:

Artículo 122.

“2. Los usuarios de las grabaciones audiovisuales que se utilicen para los actos de comunicación pública previstos en el artículo 20.2.f) y g) tienen obligación de pagar a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de grabaciones audiovisuales la remuneración que proceda, de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión.

3. El derecho a la remuneración equitativa y única a que se refiere el apartado anterior se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual [...]”

- (8) 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.
- (9) En cuanto a las **entidades de gestión** están sometidas a una serie de obligaciones, entre las que destacan las establecidas en los artículos 164 y 165 del TRLPI, en relación a las tarifas y al deber de negociar con los usuarios:

“Artículo 164. Tarifas generales.

1. *Las entidades de gestión están obligadas a establecer tarifas generales, simples y claras que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio. Dichas tarifas generales se acompañarán de una memoria económica, cuyo contenido se determinará reglamentariamente, que*

³ Artículo 120.2 TRLPI: *«Se entiende por productor de una grabación audiovisual, la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de dicha grabación audiovisual.»*

proporcionará una explicación pormenorizada por modalidad tarifaria para cada categoría de usuario.

2. *Las tarifas generales deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa.*
3. *El importe de las tarifas generales 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:*
 - a) *El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.*
 - b) *La intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.*
 - c) *La amplitud del repertorio de la entidad de gestión. A estos efectos, se entenderá por repertorio las obras y prestaciones cuyos derechos gestiona una entidad de gestión.*
 - d) *Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.*
 - e) *El valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas.*
 - f) *Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de uso.*
 - g) *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 [...]*

“Artículo 165. Acuerdos sectoriales.

Las entidades de gestión están obligadas a negociar y celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquellas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.”

- (10) A raíz de la reforma del TRLPI por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, se estableció la obligación legal de que las entidades de gestión aprobasen nuevas tarifas generales adaptadas a los criterios establecidos en el antiguo artículo 157.1.b) del TRLPI (hoy 164.3 TRLPI).
- (11) La Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre aprobó 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), siendo previamente informada por la CNMC en el Informe IPN/CNMC/0020/15, de fecha 8 de octubre de 2015.
- (12) Conviene destacar el artículo 2.3 de la Orden ECD/2574/2015, que establecía:

“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.”

(13) 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 mesurables 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.”

- (14) Esta orden ministerial fue declarada nula por la Sentencia de 22 de marzo de 2018 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, al haber infringido en su tramitación 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”.
- (15) Sin embargo, como esta CNMC ya anticipó en su previo informe [INF-DC-152-19 TARIFAS EGEDA TV DE PAGO](#)⁴, los criterios establecidos en la anulada orden pueden ser utilizados como guía orientativa, dada la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (Sala Primera) en un caso análogo⁵. Asimismo, es relevante lo señalado por la CNMC en el Informe IPN/CNMC/0020/15 en el sentido de que los criterios de fijación de tarifas generales recogidos en la orden, “[...] 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”.
- (16) Finalmente, el TRLPI regula la **Comisión de Propiedad Intelectual** en sus artículos 193 a 195. Es el órgano colegiado de ámbito nacional adscrito al Ministerio de Cultura y Deporte al que corresponden las funciones de mediación, arbitraje y determinación de tarifas, siendo la Sección Primera (SPCPI) la que ejercerá estas funciones (art. 193. 2 a) y la que ha solicitado el presente informe.
- (17) La SPCPI ejercerá su función de **control** velando por que las tarifas generales establecidas por las entidades de gestión en cumplimiento de sus obligaciones,

⁴ Informe adoptado y remitido a la SPCPI en noviembre de 2019, disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/infdc15219>

⁵ 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 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”. En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015 (rec. 1493/2013).

sean equitativas y no discriminatorias, para lo que deberá valorar, entre otros aspectos, la aplicación de los criterios mínimos previstos en el artículo 164.3 del TRLPI en su determinación. En caso de apreciarse un incumplimiento de estas obligaciones, se comunicará esta circunstancia a la CNMC, a los efectos oportunos (art. 194.4 TRLPI).

- (18) Finalmente, en relación con la función **de determinación de las tarifas**, el artículo 194.3 del TRLPI establece:

“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 el artículo 164.3. 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 uso 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 164.3, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.”

3. LAS PARTES

3.1. EGEDA

- (19) **EGEDA** es la entidad que gestiona los derechos de propiedad intelectual de los productores audiovisuales, autorizada por el Ministerio de Cultura y Deporte mediante la Orden Ministerial de 29 de octubre de 1990 (BOE de 2 de noviembre de 1990).
- (20) De acuerdo con el artículo 2 de sus Estatutos, 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 [...].”

- (21) El citado artículo 2 párrafo 2º de los Estatutos de EGEDA enumera los actos que constituyen el objeto de la gestión de EGEDA, en concreto, 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.

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.”

- (22) EGEDA recauda de los usuarios que realizan algún acto de comunicación pública de obras audiovisuales en establecimientos de hostelería, establecimientos hoteleros, gimnasios, centros comerciales, operadores de cable, etc.

3.2. CEHAT

- (23) **CEHAT** se constituyó el 1 de enero de 2004 fruto de la fusión entre la Federación Española de Hoteles (FEH) y la Agrupación Hotelera de las Zonas Turísticas de España (ZONTUR) siendo su objeto la representación, defensa y promoción de los intereses comunes de sus miembros en todo lo relacionado tanto con el ámbito asociativo, como con el de los establecimientos asociados. CEHAT integra en su seno a 51 asociaciones representativas del sector de hospedaje español.
- (24) En el ámbito de la propiedad intelectual, ha suscrito convenios con otras entidades de gestión, como SGAE o AGEDI-AIE.

3.3. Terceros interesados en el proceso⁶

3.3.1. AGEDI-ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES

- (25) Es la entidad de gestión autorizada administrativamente para la gestión colectiva de los derechos que el TRLPI otorga a los productores de fonogramas y videos musicales. La entidad fue autorizada por Orden del Ministerio de Cultura, de 15 de febrero de 1989 (BOE 11-3-89). En la actualidad tiene 466 miembros entre grandes, medianos y pequeños productores.
- (26) El artículo 5.1 de sus Estatutos señala que gestiona los derechos exclusivos y de simple remuneración a favor de los productores de fonogramas y, en concreto, el artículo 5.2.d) dispone que se encarga de

“la gestión colectiva de los derechos que corresponden a los productores de fonogramas por la comunicación pública de sus grabaciones sonoras y videos musicales, por su reproducción exclusivamente para, directa o indirectamente, proceder a su comunicación pública (...)”.

- (27) Por tanto, AGEDI gestiona los derechos de comunicación pública de los productores de vídeos musicales, que son tanto grabaciones musicales como grabaciones audiovisuales (artículos 120 a 125 del TRLPI) y su reproducción para proceder a la comunicación pública.

3.3.2. AIE-ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA

- (28) Es también una entidad de gestión prevista en el TRLPI y autorizada por Orden del Ministerio de Cultura, de 29 de junio de 1989 (BOE 19-7-89) para ejercer la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los artistas, intérpretes o ejecutantes y sus derechohabientes respecto de la fijación de sus actuaciones en soportes exclusivamente sonoros (fonogramas). Es la única entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual autorizada administrativamente para la gestión colectiva de los derechos de tales titulares.
- (29) En relación con el objeto de este informe, el derecho de remuneración equitativa y única que corresponde a los artistas intérpretes por la comunicación pública de

⁶ En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 21.5 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, se publica en el BOE la resolución de admisión a trámite de la solicitud de inicio del procedimiento de determinación de tarifas, a los efectos de que aquellos titulares de intereses legítimos y directos que puedan resultar afectados por la resolución final que se dicte y que no se encuentren ya debidamente personados en el procedimiento puedan, en el plazo de quince días desde el día siguiente a la publicación, personarse en el mismo. Debe tenerse en cuenta que la resolución del procedimiento de determinación de tarifas se publica 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” (art. 24.2 del RD 1023/2015).

vídeos musicales previsto en el artículo 20.2 g) se debe hacer efectivo a través de la correspondiente entidad de gestión (artículos 108.5 y 108.6 del TRLPI).

- (30) Desde 2003, ambas entidades centralizaron a través de la llamada Oficina Conjunta de Recaudación AGEDI-AIE, la recaudación de las cantidades derivadas de los derechos por comunicación pública de fonogramas, que corresponden a los productores y a los artistas, y del derecho de reproducción para la comunicación pública, que corresponde a los productores.

4. OBJETO DE LA CONTROVERSIA

- (31) El procedimiento de determinación de tarifas objeto del presente informe tiene su origen en una solicitud de inicio del procedimiento de determinación de tarifas de CEHAT, que tuvo entrada en la SPCPI el 11 de diciembre de 2018. Esta solicitud de CEHAT se hizo frente a EGEDA como parte requerida, de cara a la determinación de las tarifas aplicables por los derechos de autorización y de remuneración recogidos en el artículo 122 del TRLPI, en la modalidad de comunicación pública prevista en el artículo 20.2.f) del TRLPI, correspondientes a los productores de obras y grabaciones audiovisuales.
- (32) Este procedimiento de determinación de tarifas fue admitido a trámite por la SPCPI el 21 de marzo de 2019 y, como se ha anticipado, en el mismo son interesados, además de EGEDA y CEHAT, AGEDI y AIE, previa solicitud de fecha 30 de abril de 2019.
- (33) Después de la aprobación de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, las partes mantuvieron una serie de reuniones durante el año 2016 con el objeto de negociar las tarifas aplicables a los establecimientos de hospedaje. Estas reuniones fueron infructuosas, motivo por el que CEHAT planteó el conflicto ante la SPCPI en virtud de lo establecido en el artículo 194.3 del TRLPI.
- (34) En este procedimiento de determinación de tarifas, la SPCPI debe establecer el importe de la remuneración por la utilización por parte de CEHAT del repertorio gestionado por EGEDA. En concreto, los derechos por los actos de comunicación pública, en la modalidad de emisión o transmisión en lugar accesible al público, de grabaciones audiovisuales correspondientes a los productores de obras y grabaciones audiovisuales. Como se ha indicado anteriormente, a la hora de determinar estas tarifas, la SPCPI deberá observar, al menos, los criterios establecidos en el artículo 164.3 del TRLPI.
- (35) 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).

- (36) En el marco de este procedimiento, la asociación representativa a nivel nacional de los usuarios solicitante de la intervención de la SPCPI ha presentado una propuesta tarifaria, diferente a las tarifas generales aprobadas por la entidad de gestión en 2016.
- (37) En el caso de EGEDA, su propuesta se encuentra recogida en el denominado Catálogo de tarifas generales aprobado por la entidad en 2016 (Catálogo 2016), y actualmente vigente, según indica la entidad⁷.
- (38) Concretamente, la tarifa aplicable por la retransmisión en establecimientos de hospedaje a través de aparatos de televisión es la recogida en el Epígrafe 1.B) del Catálogo de Tarifas de EGEDA de 2016. La Memoria Económica justificativa de este Catálogo, elaborada por una consultora económica, contiene un análisis de esta tarifa en su Sección 4.
- (39) Para esta modalidad de explotación, EGEDA fija dos tarifas: una de uso efectivo (TUE) y otra de uso por disponibilidad promediada (TDP). Ambas son tarifas mensuales, cuyo importe varía en función de la categoría turística del establecimiento, pero la TDP difiere, además, según el grado de ocupación del establecimiento, teniendo en cuenta el dato provincial que aporta el INE.
- (40) Así, la TUE mensual por plaza ocupada sería la siguiente:

Categoría hotelera	Tarifa
1 o 2 estrellas y equiparables	1,07 euros
3 estrellas y equiparables	1,94 euros
4 estrellas, 4 estrellas superior y equiparables	2,3 euros
5 estrellas, Gran Lujo y equiparables	3,28 euros

- (41) Por su parte, la TDP oscila en función del grado medio de ocupación provincial, de forma que, para hoteles de 1 ó 2 estrellas, la tarifa variaría entre 0,05 euros/mes (con un grado de ocupación de hasta el 10%) hasta 1,02 euros/mes (con más del 90% de ocupación); para los de 3 estrellas, entre 0,10 y 1,84 euros mensuales; para la categoría de 4 estrellas y 4 estrellas superior, entre 0,12 y 2,19 euros/mes y, para la categoría de 5 estrellas y gran lujo, la tarifa oscilaría entre 0,16 y 3,12 euros al mes.
- (42) Respecto a los componentes de la tarifa, es decir, el precio por el servicio prestado (PSP)⁸ y el precio por el uso de los derechos (PUD), EGEDA lo

⁷ https://www.egeda.es/EGEDA_InformacionLegalTarifas.aspx

⁸ Esto es, el valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas.

establece en el 10% (PSP) y el 90% (PUD) de la tarifa, tanto para la TUE como para la TDP.

- (43) Para calcular los ingresos económicos vinculados a la explotación del repertorio (IVER), EGEDA utiliza la metodología *choice modelling*. Según se expresa en la Memoria Económica justificativa, esta metodología permite estimar lo que están dispuestos a pagar los clientes o usuarios de un determinado servicio cuando no existe un precio diferenciado o individualizado y, por tanto, no es posible calcular los ingresos que se obtienen por la prestación del servicio. Para conseguir la estimación, realizan una serie de encuestas en las cuales los entrevistados señalan sus preferencias.
- (44) Por su parte, CEHAT discrepa con las tarifas establecidas por EGEDA, considerando que son inequitativas y no cumplen con los criterios legales vigentes, por las razones que se exponen a continuación.
- (45) CEHAT argumenta que las tarifas generales formuladas por EGEDA en 2016 no tienen en consideración la modificación legislativa efectuada en 2014⁹. Consecuentemente, no están adaptadas a los criterios que se introducen en esta modificación, y que forman parte del artículo 164.3 TRLPI.
- (46) La Confederación considera también que las tarifas establecidas por EGEDA en 2016 son “**desproporcionadamente más elevadas**” que las fijadas en casos similares, como las establecidas por la propia EGEDA para otros usuarios (en particular las exigidas a las plataformas de televisión de pago), las fijadas por otras entidades de gestión para establecimientos de hospedaje o las tarifas preexistentes de EGEDA para esos establecimientos.
- (47) Para ello, se apoya en un informe elaborado por una consultora económica. Basándose en este, CEHAT señala que se produce una sobreestimación del valor que aporta la explotación del repertorio de EGEDA a través de la televisión a los establecimientos de hospedaje, al partirse de lo que denomina “una doble ficción”: la primera, suponer que todo el valor de la televisión es atribuible a EGEDA y, la segunda, que los establecimientos pueden cobrar el precio máximo que los clientes estarían dispuestos a pagar.
- (48) Asimismo, CEHAT considera que la **metodología *choice modelling*** no es la adecuada, afirmación que sustenta en la Resolución de la CNC de 2 de marzo de 2012 (expte. S/0157/09 EGEDA)¹⁰.

⁹ 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.

¹⁰ En esta resolución se afirmaba que “[...] es evidente que algunos clientes no pagarían nada por tener televisión, pero por el contrario todos ellos exigirían a buen seguro, un descuento importante si les quitan el aparato de TV de la habitación. Siguiendo con el ejercicio, podría valorarse lo que estaría dispuesto a pagar el cliente por otros elementos, como la cama o el aseo. Dados los resultados obtenidos en los estudios presentados, llegaríamos al absurdo de que la suma de estos valores que se atribuyen a determinados elementos representaría más que el precio de la habitación que paga el cliente. Porque, no lo olvidemos

- (49) Esta resolución es también citada, junto con las Sentencias que la confirman, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 29 de septiembre de 2016 y de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 2017, para sustentar la posición de CEHAT en cuanto a la inaplicabilidad de la **diferenciación por categoría turística** en la determinación de la tarifa. Las tarifas de EGEDA tienen en cuenta la categoría turística del establecimiento hotelero, pero CEHAT no está de acuerdo con esta diferenciación.
- (50) CEHAT también se muestra en desacuerdo con el criterio de la **ocupación media provincial** que utiliza EGEDA para establecer su tarifa y considera más apropiado utilizar, para los casos en que no se disponga del dato real de ocupación proporcionado por los establecimientos de hospedaje, el índice de ocupación media nacional. A su juicio, el índice provincial provoca más distorsiones, pues EGEDA opera en el ámbito nacional y las prestaciones son equivalentes en todo el territorio.
- (51) CEHAT tampoco está de acuerdo con la distribución que realiza EGEDA del importe de su tarifa, concretamente a la asignación de un 10% a los **costes de gestión** (precio por el servicio prestado o PSP), ya que supone que el coste de la gestión sea más alto cuanto mayor es la tarifa y, por tanto, que los establecimientos de hospedaje de categoría superior paguen más costes de gestión. De esta forma, EGEDA vincula el PSP a la capacidad de generar ingresos de los establecimientos y no al coste del servicio prestado por la entidad. La Confederación considera que el PSP “debe corresponderse con el coste real de las actividades que EGEDA despliegue para prestar el servicio a los usuarios, prorrateado entre todos ellos por igual”, por lo que no debe ser una proporción de la tarifa cobrada.
- (52) CEHAT hace referencia, además, a las dudas que le plantea la **acumulación de los derechos** objeto de la tarifa, previstos en los artículos 122.1 (derecho exclusivo de comunicación pública de los productores audiovisuales) y 122.2 (derecho de remuneración equitativa) del TRLPI y que se proyectan sobre la misma modalidad de explotación, la retransmisión del artículo 20.2.f). Para la Confederación, es necesario que, en todo caso, la SPCPI valore por separado estos derechos, para lo que propone que se retribuya cada uno con el 50% del importe de la tarifa.
- (53) CEHAT critica también las llamadas “**tarifas de pacto**” de EGEDA, a las cuales no considera como tales, sino como medidas de presión unilateral para que las entidades de hospedaje “*acaban aceptándola como un mal menor ante la amenaza de que, en otro caso, EGEDA acudiría a los tribunales para exigir la*

tampoco, a quien se ha dirigido la encuesta, es al cliente, que no es quien paga por estos derechos, sino el propietario del hotel”.

aplicación de la exorbitante tarifa general, cuando no para interponer una acción de cesación”.

- (54) Finalmente, CEHAT considera que las tarifas de EGEDA son superiores a las establecidas en otros países europeos, con cita nuevamente de la Resolución de la CNC de 2 de marzo de 2012.
- (55) Por todo ello, CEHAT propone una propuesta tarifaria diferente a la solicitada por EGEDA, y que se fundamenta en los siguientes principios:
- La modalidad de explotación del repertorio de EGEDA mediante la instalación de aparatos de televisión en los establecimientos hoteleros tiene **carácter secundario** tanto para los productores audiovisuales como para el usuario.
 - El uso efectivo del repertorio de EGEDA por los establecimientos de hospedaje se determinaría en base a tres elementos, a saber:
 - a. Grado de ocupación del hotel
 - b. En las habitaciones ocupadas, si los clientes encienden o no la televisión.
 - c. Si, en caso de encenderla, el contenido que se ve forma parte del repertorio de EGEDA o no¹¹.
- (56) De esta forma, la tarifa propuesta por CEHAT es la siguiente:
- Tarifa = **Número de plazas hoteleras computables** x **precio unitario** (0,1213 €/mes)
- Donde el número de plazas hoteleras computables se obtendría mediante la siguiente fórmula:
- Número de plazas computables = **nº de plazas disponibles** x **índice de ocupación** (real o estimado) x **90%** (plazas “activas”¹²) x **52%** (plazas activas donde se visiona repertorio de EGEDA)
- (57) Por su parte, EGEDA se opone a la tarifa propuesta por CEHAT por las razones que se reseñan a continuación.
- (58) En primer lugar, EGEDA no está de acuerdo con la propuesta de CEHAT de incluir dentro de la tarifa la retransmisión a través de las televisiones instaladas en las **zonas comunes** de los establecimientos de hospedaje. Entiende EGEDA que debe fijarse una tarifa distinta para los actos de explotación del repertorio en las zonas comunes, pues considera que se trata de dos modalidades distintas

¹¹ CEHAT argumenta que no todos los contenidos emitidos son grabaciones audiovisuales y por tanto, no todo forma parte del repertorio de la entidad de gestión, por lo que excluye de este repertorio las emisiones en directo, entre ellas, los programas informativos y eventos deportivos.

¹² CEHAT estima que el 10% de los clientes de un establecimiento hotelero no llega a encender la televisión.

de comunicación de obras y grabaciones audiovisuales y que, por lo tanto, deben valorarse por separado.

- (59) En segundo lugar, EGEDA considera que su **repertorio es universal** y que, por tanto, no cabe la exclusión de los contenidos (especialmente retransmisiones en directo) que pretende CEHAT.
- (60) En tercer lugar, EGEDA señala que los **usuarios de los derechos de propiedad intelectual** no son los clientes del establecimiento de hospedaje, como pretende CEHAT, sino los propios establecimientos de hospedaje. Para ello se basa en la Resolución de la SPCPI, de 23 de julio de 2020, adoptada en el procedimiento E/2017/002 (apartados 420 a 422) en relación con la retransmisión que efectúan los operadores de televisión de pago. En esta Resolución la SPCPI señaló que

“El TRLPI es claro al referir que el grado, relevancia e intensidad de uso debe medirse sobre la actividad del usuario comercial (...) y no sobre las preferencias de los usuarios finales (clientes consumidores de contenidos). La entidad de retransmisión, como usuario comercial, hace un uso pleno de las grabaciones audiovisuales contenidas en las emisiones o transmisiones retransmitidas, independientemente de que el conjunto de los usuarios finales visualice en mayor o menor medida dichas grabaciones”.

- (61) En cuarto lugar, y en relación con lo anterior, EGEDA rechaza el **concepto de plaza activa** que propone CEHAT, pues nuevamente está teniendo en cuenta al cliente el establecimiento hotelero como usuario final, lo que provoca una incorrecta valoración del grado, la relevancia y la intensidad de uso efectivo del repertorio.
- (62) En quinto lugar, EGEDA tampoco coincide con CEHAT en el **índice de ocupación** a tener en cuenta para calcular el número de plazas computables. En opinión de EGEDA, antes de acudir al índice de ocupación media nacional, debe tenerse en cuenta el provincial, que refleja un mercado más cercano a la localización de cada hotel.
- (63) En sexto lugar, EGEDA no coincide con la valoración esencialmente marginal que CEHAT hace de la prestación de servicios por televisión por parte de los establecimientos de hospedaje, y defiende el uso de la **metodología choice modelling** para la determinación de ese valor. Sustenta su posición en el informe elaborado por una consultora económica¹³, en el que se afirma que:

“la única manera posible para la estimación de los IVER (Ingresos Vinculados a la Explotación del Repertorio) de EGEDA es a partir de encuestas que analicen las decisiones de los clientes de los hoteles ante diversas opciones de alojamiento que difieran en los contenidos que pueden ser visionados en la habitación del hotel”

¹³ “Cálculo de una tarifa única por la retransmisión efectuada en establecimientos de hospedaje”.

- (64) Esta metodología ha sido criticada por CEHAT en base a la precitada resolución de marzo de 2012 de la entonces CNC. EGEDA considera que la resolución de la CNC no es aplicable a este caso y resultaría contraria a Derecho, citando jurisprudencia del TJUE, como la Sentencia de 11 de diciembre de 2008 en el asunto C-52/07 STIM.
- (65) Esta sentencia¹⁴ es invocada también para contradecir la repetida resolución de la CNC de 2 de marzo de 2012 en cuanto a la **diferenciación tarifaria por categoría turística**. Basándose en la jurisprudencia comunitaria, EGEDA opina que es necesario demostrar que la discriminación tarifaria produce una distorsión en la competencia, porque una diferencia de trato (en este caso entre establecimientos hoteleros de distinta categoría), por sí sola, no tiene por qué suponer un abuso.
- (66) No obstante, EGEDA plantea dos alternativas a la SPCPI en caso de que considere que no cabe la discriminación tarifaria por categoría turística:
- En la primera de las alternativas, propone el cálculo para una tarifa única, sin diferenciación por categoría turística, que se calcula como una media de las tarifas generales por plaza ocupada de las diferentes categorías turísticas ponderadas por el número medio de plazas ocupadas de cada categoría, y que da como resultado una tarifa de 2,14 euros por plaza ocupada al mes.
 - En la segunda de las alternativas, EGEDA propone que se plantee por la SPCPI una cuestión prejudicial al TJUE para que este valore si el derecho de la Unión ampara una tarifa diferenciada en función de la categoría turística como solución para tener en cuenta el diferente valor económico que los negocios de hospedaje obtienen de la explotación de los derechos de propiedad intelectual.
- (67) Finalmente, EGEDA también discrepa con CEHAT en el precio unitario que fija la segunda en 0,1213 €/mes. El informe elaborado por una consultora económica a solicitud de EGEDA señala varios motivos por los que considera que este precio es erróneo:
- Las diferencias entre las tarifas establecidas por EGEDA para establecimientos de hospedaje y para operadores de televisión están justificadas porque ambas representan un porcentaje similar respecto a los ingresos vinculados de cada usuario.
 - El número de personas que viven en un hogar no es equiparable al de personas que ocupan una habitación de un establecimiento de hospedaje.
 - El informe de la consultora se refiere a las alusiones que se realizan en el informe económico presentado por CEHAT a varias resoluciones de la

¹⁴ Así como la STJUE de 19 de abril de 2018 en el caso C-525/16 MEO.

autoridad de la competencia española en las que se utiliza la comparación entre las tarifas establecidas para distintos usuarios como criterio válido para valorar la equidad de las tarifas¹⁵. El informe concluye que no pueden tomarse como referencia estas decisiones pues los usuarios implicados en tales expedientes pertenecen al mismo mercado relevante, algo que no ocurre en este caso al tratarse de negocios que operan en mercados diferentes (aquí, operadores de TV, por un lado, y establecimientos de hospedaje, por otro).

- Finalmente, en el informe se argumenta que el carácter principal que tiene la explotación del repertorio de EGEDA para los operadores de televisión, frente al carácter secundario que tiene para los establecimientos de hospedaje, no justifica que la tarifa aplicable a los operadores de televisión deba ser superior a la aplicable a dichos establecimientos.

- (68) Una vez expuestas resumidamente las pretensiones y argumentos de EGEDA y CEHAT, corresponde mencionar la posición de los terceros interesados en el expediente:
- (69) Tanto AGEDI como AIE consideran que la anulación de la Orden ECD/2574/2015, de metodología para la determinación de tarifas, por el Tribunal Supremo¹⁶ inhabilita a la SPCPI a seguir ejerciendo su función de determinación de tarifas, por lo que proponen la suspensión del procedimiento de determinación de tarifas CEHAT-EGEDA hasta la aprobación de una nueva orden por el Ministerio o su archivo por imposibilidad sobrevenida de fijar las tarifas controvertidas.
- (70) También coinciden ambas entidades en señalar el incumplimiento de los plazos establecidos en el RD 1023/2015 para la tramitación del procedimiento de determinación de tarifas. En concreto, AGEDI se refiere en su escrito de proposición de prueba al plazo previsto para la instrucción del procedimiento (cuatro meses desde la admisión a trámite, según el artículo 23.6 del RD 1023/2015) y al previsto para la resolución del expediente (nueve meses desde la admisión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21.6).
- (71) Finalmente, AGEDI alega también que el tratamiento confidencial de ciertos documentos, como el Informe Motivado presentado por CEHAT, produce indefensión a esa interesada, por no poder ejercer su derecho de defensa en condiciones de igualdad. La entidad de gestión considera que la confidencialidad

¹⁵ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 13 de julio de 2006 (Expte. 593/05), donde el TDC concluyó que las tarifas de AGEDI para operadores de televisión privados (Antena 3, Gestevisión Telecinco) eran discriminatorias en comparación con los operadores públicos (TVE) y la Resolución de la CNC, de 9 de diciembre de 2008 (Expte. 636/07), en el mismo sentido.

¹⁶ Sentencia de 22 de marzo de 2018, dictada por la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, citada *supra*.

debería proyectarse frente a terceros ajenos al procedimiento, pero no hacia los interesados personados.

- (72) Las partes aportaron junto con sus escritos de alegaciones varios informes jurídicos y económicos en apoyo de sus pretensiones.

5. VALORACIÓN

5.1. Cuestiones generales: principios básicos y precedentes relevantes

- (73) La valoración de la CNMC en este procedimiento de determinación de tarifas se va a centrar en reflejar ciertos principios básicos a los que, a juicio de esta CNMC, deben ajustarse las tarifas de EGEDA en su condición de operador monopolista en el mercado de la gestión colectiva de los derechos exclusivos de autorización 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, por la utilización por parte de los usuarios a los que CEHAT representa del repertorio gestionado por EGEDA.
- (74) Tales principios básicos han sido establecidos por las sucesivas autoridades de competencia españolas en distintos precedentes en el sector de la gestión de derechos de propiedad intelectual¹⁷, en particular, como antecedente más relevante, Resolución del TDC la de 27 de julio de 2000 (expte. 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual), que ya entonces sancionó un abuso de posición de dominio de EGEDA (y AISGE y AIE) en materia de tarifas a establecimientos hoteleros.¹⁸
- (75) En concreto, se van a tomar como precedentes de referencia la Resolución del Consejo de la CNC de 2 de marzo de 2012 en el expediente S/0157/09 EGEDA¹⁹, 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

¹⁷ A título de ejemplo se citan las resoluciones del TDC de 14 de diciembre de 1998 (Expt. 430/98, Onda Ramblas/AGEDI), 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.

¹⁸ La Audiencia Nacional, en sentencia de 14 de enero de 2004, desestimó el recurso contencioso administrativo, confirmando la resolución del TDC. Interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia, el Tribunal Supremo, por sentencia de 18 de octubre de 2006, desestimó dicho recurso.

¹⁹ Disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/s015709>

remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual²⁰, el IPN/CNMC/013/22, sobre el proyecto de orden por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual por la utilización de su repertorio y el contenido de la memoria económica que debe acompañar a las tarifas generales²¹ y los Informes emitidos por la CNMC a solicitud de la SPCPI de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.8 del Real Decreto 1023/2015: *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*²², de 18 de enero de 2018; *INF/DC/151/19 Procedimiento de determinación de tarifas de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual E/2017/002 TELEFONICA/EGEDA*, de 28 de noviembre de 2019; e *INF/CNMC/071/21, Procedimiento de determinación de tarifas de la Sección Primera de Comisión de Propiedad Intelectual E/2018/001 EGEDA-FEHR*²³, particularmente los dos últimos, por razón de la materia. Asimismo, el *Informe CNC sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual* de diciembre de 2009, que analizaba los problemas tarifarios y las restricciones a la competencia en ese sector, y en tal medida resulta de relevancia en este contexto.

- (76) Este informe no va a entrar en la determinación concreta de la tarifa objeto de controversia pues es una función que corresponde a la SPCPI, ni en la valoración jurídica de aspectos tales como la caducidad del procedimiento o el régimen de confidencialidad que han sido suscitadas por AGEDI-AIE, que escapan a la aplicación del derecho de la competencia y corresponderá valorar a la SPCPI.
- (77) No obstante, por su relevancia y porque se citará en el presente informe, conviene aclarar que, al contrario de lo pretendido por AGEDI-AIE, no puede asumirse la pretensión de que la nulidad de la Orden ECD/2574/2015 hace imposible continuar con el procedimiento de determinación de las tarifas y que la SPCPI no puede ejercer su función de determinación de tarifas sin la existencia de esta Orden. Esta CNMC ya ha tenido la oportunidad de señalar que, puesto que la Orden suponía el desarrollo reglamentario de los criterios establecidos en el vigente artículo 164.3 TRLPI, corresponderá atender a los criterios establecidos en el mismo 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 análogo²⁴. La propia SPCPI ya tuvo que

²⁰ Disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc02015>

²¹ La anulación de la Orden ECD/2574/2015 ha motivado la elaboración de una nueva orden, objeto de análisis en el citado IPN/CNMC/013/22.

²² Disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/infdc23517>

²³ Disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/infcnmc07121>

²⁴ 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

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 precisamente por 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.

- (78) Antes de exponer precedentes concretos, conviene hacer referencia a ciertos principios que, desde el punto de vista del derecho de la competencia, deberían ser tenidos en cuenta en este procedimiento:
- (79) Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual (EGDPI) ostentan un elevado poder de mercado y cada una de ellas realiza su actividad desde una posición monopolística dado que se han especializado en la gestión de un determinado conjunto de derechos que ninguna otra gestiona, salvo dos excepciones hasta la fecha²⁵.
- (80) En ese sentido, y en lo que se refiere a la valoración del repertorio de EGEDA como universal, incluyendo en particular retransmisiones en directo, entiende esta CNMC, como ha indicado en el informe previo INF/CNMC/071/21, que la inclusión de nuevos actos como susceptibles de ser objeto de derechos de gestión colectiva obligatoria por EGEDA, mediante una interpretación amplia y no avalada por la jurisdicción civil o administrativa de la definición de obras y grabaciones audiovisuales, estaría fortaleciendo aún más la posición monopolística de las entidades de gestión, no favoreciendo un modelo más abierto a la competencia, con una mayor presión competitiva e incentivos de las entidades a prestar sus servicios de modo eficiente, como ha manifestado la autoridad de competencia en diversas ocasiones. En este mismo sentido se pronuncia el IPN/CNMC/013/22 a nivel regulatorio, al analizar la presunción de amplitud universal de repertorio prevista en el art. 5 POM. Se recomienda al efecto que, para el cálculo de las tarifas, se tenga en cuenta el repertorio *real* incluso en los casos, como el presente, de gestión colectiva obligatoria en los que exista una única entidad autorizada.

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 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).

²⁵ La excepción parcial la constituyen las entidades DAMA (Derechos de Autor de Medios Audiovisuales) y SGAE (Sociedad General de Autores y Editores), por un lado, y SEDA (Sociedad Española de Derechos de Autor) y SGAE, por otro, en tanto que existe coincidencia parcial en los derechos que gestionan unas y otras.

- (81) Asimismo, el agrupamiento de la gestión de derechos de autorización y de simple remuneración en el caso de EGEDA, estaría, además, omitiendo el diferente tratamiento que el TRLPI otorga a las autorizaciones por la comunicación pública que corresponden a los productores audiovisuales, de la simple remuneración. Esto podría fomentar que las autorizaciones se gestionasen necesariamente a través de la misma y única entidad de gestión, lo cual podría restringir la libertad de elección y de negociación directa con el titular, lo que a su vez puede elevar artificialmente los precios. La CNMC ya ha tenido la oportunidad de señalar la importancia de que los usuarios de los servicios de entidades de gestión colectiva puedan identificar el coste real de cada uno de los conceptos y derechos incluidos en la tarifa, para posibilitar la comparación y contratación con otros operadores (aquí otra posible entidad de gestión) y, consiguientemente el efecto de restricción de acceso de estos últimos a los mercados afectados en los que la entidad de gestión, aquí EGEDA, mantiene una posición dominante²⁶.
- (82) A efectos de este informe es especialmente relevante el precedente constituido por la repetida Resolución del Consejo de la CNC de 2 de marzo de 2012 (Expte. S/0157/09 EGEDA), al tratar el carácter abusivo de la política tarifaria de EGEDA sobre los mismos derechos de propiedad intelectual, en la modalidad de retransmisión por cable y respecto de los establecimientos hoteleros.
- (83) En ese precedente se examinaron 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 resolución, el Consejo declaró acreditada la comisión por EGEDA de una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE, por establecimiento de tarifas abusivas.
- (84) 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 derechos fundamentales, y por una segunda Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2016 (rec. 203/12) que ratificó la infracción. 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 citada sentencia de la Audiencia Nacional.
- (85) En el Expediente S/0157/09 y su resolución se analizaron importantes cuestiones a los efectos del procedimiento de establecimiento de tarifas y que vuelven a ser relevantes a la hora de elaborar este informe:
- *La necesaria delimitación del repertorio gestionado*

²⁶ Así, Resolución de la CNMC de 30 de mayo de 2019, Expte. S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE.

- *El carácter no automáticamente equitativo de las tarifas acordadas.*

El carácter “acordado” de las tarifas no las convierte en equitativas desde una perspectiva económica y jurídica dada la fortaleza de la posición negociadora de EGEDA, al señalar la Resolución del Consejo de 2012 que: *“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 [...]”*, concluyendo que las tarifas en cuestión eran abusivas por inequitativas incluso si mediaba acuerdo y así lo ha reiterado la jurisprudencia contenciosa al confirmar tales resoluciones y, en el marco de controversias privadas, la jurisdicción civil²⁷.

- *La falta de transparencia en los criterios de fijación y en la aplicación efectiva de las tarifas*, que lleva a la discriminación injustificada entre, en ese caso, hoteles, pero puede aplicarse analógicamente a otros usuarios²⁸.
- *La incorrección de la vinculación de la cuantía de la tarifa a la categoría de los hoteles y al número de plazas hoteleras disponibles*, sin introducir 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.
- *La inexistencia de la debida relación entre el pago exigido y el valor económico del servicio prestado*, al determinar las tarifas sobre la base de la categoría del hotel y de las plazas disponibles, cuando ambas variables carecen de relación razonable con la prestación de EGEDA²⁹.
- *La inadecuación del choice modelling como modelo para obtener el valor de los derechos que gestiona EGEDA*. El Consejo de la CNC detalla en el Fundamento Cuarto³⁰ de la Resolución de 2 de marzo de 2012 que *“el modelo utilizado ha sido planteado en unos términos que no permiten obtener las respuestas buscadas, es decir, cuál es el*

²⁷ 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.

²⁸ El IPN/CNMC/0020/15 y el IPN/CNMC/013/22 recomiendan reforzar a nivel regulatorio la transparencia de la actuación de las entidades de gestión.

²⁹ El IPN/CNMC/013/22 al analizar el art. 7 POM, ahonda en esta idea. En este sentido, se recomienda que se definan de manera precisa los costes que podrán incluirse en el valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión, para evitar un excesivo margen de discrecionalidad de ésta a la hora de imputar tales costes, y considera necesario además dar un mayor valor a indicadores que estén relacionados con la eficacia en la gestión de las entidades.

³⁰ Apartado “La fijación por EGEDA de tarifas abusivas por comunicación pública: metodología y carácter excesivo.”

valor de los derechos que gestiona EGEDA y por tanto, no comparte las conclusiones que EGEDA deduce del estudio ni cree que los resultados del mismo constituyan en el presente caso una referencia válida para determinar el carácter excesivo o competitivo de las tarifas generales fijadas por EGEDA.” El Consejo detalla en el apartado correspondiente de la Resolución las limitaciones de la utilización del choice modelling para obtener conclusiones válidas sobre el nivel de las tarifas de EGEDA.

5.2. Sobre la determinación de la tarifa

- (86) El artículo 164 del TRLPI establece la obligación de las entidades de gestión de seguir una serie de principios (equidad, no discriminación, buena fe, transparencia, simplicidad y claridad, adecuación al valor económico de la utilización de derechos, etc.) a la hora de determinar sus tarifas generales.
- (87) Asimismo, el artículo 164.1 del TRLPI establece la necesidad de que esta tarifa lleve acompañada una explicación pormenorizada de la modalidad tarifaria establecida para cada tipología de usuario, atendiendo al menos a los criterios del apartado tercero, reseñado *supra* (grado de uso efectivo, intensidad y relevancia, amplitud el repertorio, etc.).
- (88) La CNMC entiende, conforme a su criterio asentado, que una tarifa es inequitativa cuando “[...] aun correspondiéndose con lo que pagan efectivamente la mayoría de los usuarios, no tienen en cuenta, entre otros aspectos, el uso del repertorio [...]”³¹.
- (89) 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”³², 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”.
- (90) Asimismo, la formulación *eficiente* de las tarifas debe estar relacionada con el uso efectivo del repertorio, así como con el valor económico del servicio prestado. Sin embargo, este valor económico y la tarifa correspondiente, no tienen un carácter automáticamente *equitativo* simplemente porque hayan sido acordados entre las partes.

³¹ IPN/CNMC/0020/15 y resolución de la CNC de 2 de marzo de 2012 (expte S/0157/09 EGEDA) e Informe INF/DC/235/17.

³² 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.

- (91) El principio de claridad y simplicidad de las tarifas cobra especial relevancia en este procedimiento dado el elevado número de empresas familiares, microempresas y pymes titulares de establecimientos de hospedaje, de gran heterogeneidad y dispersión donde la presencia de la televisión podría calificarse de comparativamente irrelevante en el desarrollo de su actividad principal.
- (92) En la determinación de la tarifa actual no se tendrían en cuenta criterios de modulación como: la ocupación media real acreditada, la tipología de los canales visionados, la naturaleza y duración de los contenidos, el tiempo medio de visionado, etc.
- (93) La tarifa se estaría aplicando en función de parámetros ajenos a la presencia del aparato de televisión y su uso, y no teniendo en cuenta aspectos relacionados que puedan determinar de forma más precisa el precio por el uso de la prestación de EGEDA. La dificultad que puede entrañar tener un conocimiento exacto de estas variables, no significa que EGEDA no deba buscar métodos alternativos para aproximarse a la utilización real de la prestación, adaptando su gestión y aprovechando las posibilidades actuales que ofrecen los avances tecnológicos y la utilización de los sistemas informáticos, telemáticos y digitales.

5.3. Sobre el uso efectivo: grado, intensidad y relevancia

- (94) Tal como esta Comisión ha defendido en ocasiones anteriores, la equidad y la formación eficiente de las tarifas pasa por su ajuste al uso efectivo del repertorio³³. En este caso, EGEDA ha establecido dos tarifas: una tarifa mensual de uso por disponibilidad promediada y por tanto sin referencia al grado real de uso efectivo, y una tarifa general de uso efectivo, la que en principio sí estaría contemplando esta circunstancia.
- (95) Según la memoria económica de EGEDA, la tarifa general de uso efectivo se ha calculado de la siguiente forma:

“La tarifa mensual por plaza ocupada para las categorías de 3, 4 y 5 estrellas se ha calculado a partir de la Tarifa General por plaza disponible vigente en 2015 utilizando los siguientes supuestos: (i) en primer lugar, se calculó una tarifa única por plaza disponible para cada categoría hotelera como la media de la tarifa general de 2015 ponderada por el número de plazas en cada tramo de ocupación; (ii) en segundo lugar, se calculó la tarifa por plaza ocupada dividiendo la tarifa por plaza disponible por el grado de ocupación de la categoría. En ambos casos, el número de plazas ocupadas y el grado de ocupación provienen de la Encuesta de Ocupación Hotelera del INE de 2014. La tarifa general de la categoría de 1 o 2 estrellas se calculó a partir de la tarifa general por plaza ocupada de 3 estrellas aplicando la diferencia relativa

³³ 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).

entre la disponibilidad a pagar por la televisión relativa entre los hoteles de 1 y 2 estrellas y los hoteles de 3 estrellas. La disponibilidad a pagar relativa se ha calculado utilizando los resultados del estudio choice modelling de 2010”

- (96) Salvo excepciones y solo en supuestos muy tasados, las tarifas deben depender del uso efectivo del repertorio³⁴, siendo de hecho este “grado de uso efectivo” el primer criterio de determinación de las tarifas generales establecido en la letra a) del artículo 164.3 del TRLPI. Tal como detallaba la derogada Orden ECD/2574/2015, *“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 mesurables y objetivos.”*³⁵
- (97) Asimismo, la resolución de la CNC de 23 julio de 2009 (Expte. 651/08 ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES) 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 [...]”*.
- (98) En el caso que nos ocupa, la fórmula utilizada para medir el uso efectivo parte del cálculo de la disponibilidad a pagar efectuada mediante el método *choice modelling*, cuyas limitaciones se han recogido en extenso en la resolución de 2 de marzo de 2012 (valoración por los clientes finales de la disponibilidad de televisión en la habitación, por contraste con baja tasa de utilización y de valoración de los contenidos) y que impedirían derivar conclusiones válidas sobre el nivel de las tarifas objeto de este procedimiento.
- (99) Además de ello, la aproximación usada para medir el uso efectivo es insuficiente, pues lo que se está midiendo en realidad mediante el cálculo propuesto es la capacidad de uso (la disponibilidad del acceso al repertorio), pero no si éste es efectivamente usado o no. Este punto fue tratado con detalle asimismo en la mencionada Resolución del Consejo de la CNC de 2 de marzo de 2012 en el expediente S/0157/09 EGEDA.

³⁴ Informes IPN/CNMC/0020/15 e IPN/CNMC/013/22.

³⁵ El POM analizado en el IPN/CNMC/013/22 define el grado de uso efectivo *como la proporción en que el usuario utiliza en su actividad el repertorio de la entidad de gestión correspondiente*. Esta Comisión ha considerado que la definición de 2015 era más precisa y ha recomendado aportar mayor definición en el concepto.

- (100) Esta Resolución también entró a tratar una cuestión de gran trascendencia en este caso, como es la vinculación de la cuantía de la tarifa a la categoría de los hoteles, cuando dicha categoría carece de relación razonable con la prestación de EGEDA. En aquella Resolución, la por entonces Dirección de Investigación (DI) de la CNC argumentó:

Para la DI el método de fijación de las tarifas utilizado por EGEDA, por el cual la tarifa más elevada es más de un 50% superior a la más baja (3 euros en el año 2004 para los de cinco estrellas frente a 1,93 euros los de tres estrellas), puede gravar desproporcionadamente a algunos establecimientos en detrimento de otros, con independencia del uso que el hotel o el usuario de la habitación haga del repertorio administrado por EGEDA.

La DI apunta asimismo que EGEDA exime a los hoteles de dos o menos estrellas de la aplicación de sus tarifas, lo que podría generar una discriminación injustificada que perjudicaría a los hoteles de tres o más estrellas, que probablemente se ven forzados a soportar tarifas superiores a las que se aplicarían si EGEDA aplicase sus tarifas en condiciones no discriminatorias entre las distintas categorías de hoteles.

- (101) El Consejo efectivamente concluyó en 2012 que constituía una infracción vincular la cuantía de la tarifa a la categoría de los hoteles, cuando dicha categoría carece de relación razonable con la prestación de EGEDA, siendo ello ratificado por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo. A la vista de que la tarifa de EGEDA sigue discriminando entre categorías hoteleras, no cabe sino reiterar que esta discriminación es inequitativa y no estaría justificada en base a criterios objetivos.
- (102) En cuanto a la intensidad de uso en los establecimientos de hospedaje, sería también importante diferenciar en función del volumen de los canales retransmitidos por el establecimiento de que se trate. La CNMC ha subrayado la relevancia de que el modelo tarifario que se adopte permita a los usuarios gestionar de modo eficiente sus costes³⁶. Ello debe pasar por un método que permita al usuario graduar su modo de utilización del repertorio de que se trate.
- (103) En consecuencia, esta CNMC entiende que las tarifas aprobadas por EGEDA no incorporan adecuadamente el uso efectivo del repertorio por los usuarios representados por CEHAT, a pesar de que pudieran existir criterios objetivos y mesurables sin un coste desproporcionado que permitieran modular el grado de uso efectivo, la intensidad y la relevancia de la utilización del repertorio de EGEDA, sin que con ello se tuvieran que derivar costes de gestión desproporcionados

³⁶ Informe CNC sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, de diciembre de 2009 e INF/DC/152/19.

5.4. Sobre la amplitud del repertorio de EGEDA

- (104) La pretensión de EGEDA en relación con el criterio del repertorio incluye todas las obras y grabaciones audiovisuales y por ello la intensidad, grado de uso y amplitud del repertorio las define como universal e igual al 100%.
- (105) En este sentido, como señalaba la citada Resolución de 2 de marzo de 2012 si bien *"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"*.
- (106) Ya la CNC, en su Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, de diciembre de 2009 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"* [énfasis añadido].
- (107) Frente al argumento de EGEDA de que su repertorio es universal, por incluir todas las obras y grabaciones audiovisuales, al no existir otra entidad de gestión que compita con la misma, hay que tener presente que el criterio de la amplitud del repertorio para la determinación de las tarifas generales se prevé por el TRLPI y por la previgente Orden ECD/2574/2015 para su aplicación por entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual que, salvo en el caso entonces de DAMA y actualmente también de SEDA, son las únicas entidades que hasta la fecha están autorizadas para gestionar los derechos de sus correspondientes titulares, pese a lo cual, se insiste por ambas normas en la obligación de tener en cuenta la relevancia del uso y la amplitud del repertorio.
- (108) Por ello, EGEDA debería informar de manera transparente:
- En primer lugar, de los elementos o ítems que conforman su repertorio. Resulta relevante la definición de cuál sea el repertorio efectivamente gestionado por EGEDA.
 - En segundo lugar, del ámbito concreto de la gestión colectiva encomendada a EGEDA por la normativa y del diferente tratamiento que la norma otorga a las autorizaciones por la comunicación pública que corresponden a los productores audiovisuales, de la simple remuneración.

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

- (109) 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) del TRLPI, introduce este criterio como aproximación al valor económico 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 uso³⁷.
- (110) 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. 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."* Sobre la citada aplicación conjunta también se pronuncia el IPN/CNMC/013/22.
- (111) 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."*
- (112) Como se ha señalado, estos ingresos deben estar vinculados al uso efectivo y especialmente a la relevancia del mismo, que en el caso que nos ocupa es secundario o incluso podría calificarse de prácticamente nulo para ciertos usuarios representados por CEHAT. De ahí la dificultad del cálculo de los ingresos vinculados al uso y el riesgo que puede suponer la utilización de parámetros o variables no adecuadas o sustentadas en criterios no contrastados para su determinación, con perjuicio de los usuarios del repertorio en cuestión.

5.6. Sobre el resto de criterios de determinación de tarifas

- (113) 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,

³⁷ El POM analizado en el IPN/CNMC/013/22 contiene en su art. 6 una definición más escueta de lo que debe entenderse por ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio. Esta Comisión ha recomendado en el citado informe recuperar la definición dada en la orden de 2015 para aportar mayor concreción al concepto.

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.

- (114) Conviene señalar la dificultad de apreciar la aplicación de los principios de eficiencia y buena gestión que establecía la Orden ECD/2574/2015, ya que, dado el status de las entidades de gestión y su mercado cautivo, podrían no existir incentivos para mejorar la eficiencia de los procedimientos. En este sentido, y como se ha señalado, se consideran esenciales la innovación en la gestión y la incorporación de medios digitales, telemáticos, etc. que permitan a través del acceso a datos e información llegar, entre otros aspectos, a la debida adecuación de la tarifa al uso efectivo. La previsión de un precio por el servicio prestado (PSP) en forma de porcentaje (10%) sobre la tarifa, en lugar de tanto alzado, adolece asimismo de carencias desde la perspectiva de estos principios de buena gestión y en relación a la obligada transparencia de la tarifa.
- (115) 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. f) TRLPI, la autoridad de competencia ha reiterado en el marco de las Resoluciones de 27 de julio de 2000, (expte. 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual) y 2 de marzo de 2012 (expte. S/0157/09) la carencia de lógica económica de la desproporción en favor de los cableoperadores de la tarifa planteada por EGEDA “[...] porque la comunicación pública es para estas empresas operadoras la esencia de su negocio, mientras que disponer de televisión en las habitaciones para un hotel es una exigencia legal en los de elevada categoría y un mero extra en los demás”.
- (116) 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 disponible en el expediente se deduciría que no existen bases homogéneas de comparación, en el sentido del artículo 164.3 g) del TRLPI. Existe una amplia diversidad de modelos, de hecho, no todos los países regulan esta modalidad de comunicación, ni los criterios para su determinación son iguales, ni incluyen los mismos derechos, incluso ni existe una entidad de gestión que lo gestione.

6. CONCLUSIONES

(i) Se mantiene la vigencia de la doctrina establecida por la Resolución del Consejo de la CNC de 2 de marzo de 2012 (Expte. S/0157/09 EGEDA), confirmada por la jurisdicción contenciosa, relativa al carácter abusivo de la conducta de EGEDA en el mercado de otorgamiento de autorizaciones y de remuneración por comunicación pública de los productores audiovisuales a los

establecimientos hoteleros por actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes.

En particular,

- La necesidad de delimitación del repertorio efectivamente gestionado.
- El carácter no automáticamente equitativo de las tarifas acordadas.
- La necesaria transparencia en los criterios de fijación y en la aplicación efectiva de las tarifas, para evitar la discriminación injustificada entre usuarios.
- La incorrección de la vinculación de la cuantía de la tarifa a la categoría de los hoteles y al número de plazas hoteleras disponibles, sin introducir 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.
- La inadecuación del *choice modelling* como modelo para obtener el valor de los derechos que gestiona EGEDA.

(ii) La formulación *eficiente* de las tarifas debe estar relacionada con el uso efectivo del repertorio, así como con el valor económico del servicio prestado.

(iii) El modelo tarifario que se adopte debería permitir a los usuarios gestionar de modo eficiente sus costes, a través de un método que permita al usuario graduar el modo de utilización del repertorio de que se trate (entre otros parámetros, en función del volumen de los canales retransmitidos por el establecimiento).

(iv) El empleo de los ingresos económicos obtenidos por el usuario vinculados a la explotación comercial del repertorio, como criterio para determinar la tarifa, debe tener especialmente en cuenta la relevancia (principal o secundaria) de tal explotación para esa tipología de usuarios.