

**INFORME EMITIDO EN EL MARCO
DEL PROCEDIMIENTO DE
DETERMINACIÓN DE TARIFAS DE
LA SECCIÓN PRIMERA DE LA
COMISIÓN DE PROPIEDAD
INTELLECTUAL EN EL EXPEDIENTE
E-2019-001 VEGAP-TELEFONICA**

INF/DC/403/23

11 de octubre de 2023

www.cnmc.es

CONTENIDO

1. Antecedentes	4
2. Marco normativo	5
3. Las partes	10
3.1. VEGAP	10
3.2. TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.	11
3.3. Terceros interesados en el procedimiento.....	12
3.3.1. ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN (ATRESMEDIA).....	12
3.3.2. ORANGE SPAGNE, S.A.U.	12
3.3.3. VODAFONE ONO, S.A.U.	12
3.3.4. AGEDI-ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELLECTUALES	13
3.3.5. AIE-ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA	13
3.3.6. EGEDA-ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES.....	14
4. Objeto de la controversia	14
5. Valoración.....	24
5.1. Cuestiones generales: principios básicos	24
5.2. Sobre la determinación de la tarifa	28
5.3. Sobre el uso efectivo: grado, intensidad y relevancia	29
5.4. Sobre la amplitud del repertorio de VEGAP.....	31
5.5. Sobre los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio	34
5.6. Sobre el resto de criterios de determinación de tarifas.....	35
6. Conclusiones	35

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-2019-001 VEGAP-TELEFONICA

INF/DC/403/23
CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Jesús Martín Martínez

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garay

Secretario de la Sala

D. Miguel Bordiú García-Ovies

En Madrid, a 11 de octubre 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 14 de septiembre de 2023, de elaboración del informe respecto al procedimiento de determinación de tarifas en el expediente E-2019-001, 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.

INF/DC/403/223

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-2019-001 VEGAP-TELEFONICA

1. ANTECEDENTES

- (1) Con fecha 14 de septiembre de 2023, 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-2019-001 VEGAP/TELEFONICA, instado por la Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (en adelante, VEGAP) frente a Telefónica de España S.A.U. (en adelante, TELEFONICA).
- (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 CNMC¹.

¹ Hasta la fecha la CNMC ha emitido informe previo en otros cuatro expedientes de determinación de tarifas de la SPCPI: INF/DC/235/17 AGEDI- AIE-AERC; INF/DC/152/19 TARIFAS EGEDA TV PAGO; INF/CNMC/071/21 EGEDA FEHR, e INF/DC/121/22 EGEDA-CEHAT, citados en detalle infra.

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 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, entre otros, 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 VEGAP en su apartado e):
- “Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas”.*
- (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.
- (8) 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 i) en relación con el 90.4 del TRLPI (transmisión al público por cualquier medio o procedimiento, alámbrico o inalámbrico):

20.2.

i) La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

90.4

La proyección o exhibición sin exigir precio de entrada, la transmisión al público por cualquier medio o procedimiento, alámbrico o inalámbrico, incluido, entre otros, la puesta a disposición en la forma establecida en el artículo 20.2.i) de una obra audiovisual, dará derecho a los autores a recibir la remuneración que proceda, de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión.

- (9) El derecho de remuneración que corresponde a los autores por los actos de comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales previstos en el artículo 20.2 i) es, por mandato legal, un derecho de gestión colectiva obligatoria (artículo 90.4 TRLPI).
- (10) En cuanto a las **entidades de gestión**, estas 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 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."

- (11) 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).
- (12) La Orden CUD/330/2023, de 28 de marzo, aprobó 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 generales, siendo previamente informada por la CNMC en el Informe [IPN/CNMC/013/22](#), de fecha 21 de junio de 2022.
- (13) Conviene destacar el artículo 2 de la Orden CUD/330/2023, que establece:

"1. 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 de los usuarios, y buscando el justo equilibrio entre los titulares y los usuarios de los derechos.

2. Se entenderán por tarifas simples y claras las que permitan identificar de manera sencilla los elementos mínimos a los que se refiere el artículo 12 y cuya estructura se adecue a lo dispuesto en el artículo 13.3, evitando costes de aplicación excesivos.

3. Todas las actualizaciones o revisiones de las tarifas generales que eventualmente lleven a cabo las entidades de gestión deberán atender a lo dispuesto en esta orden y reflejarse en la memoria económica regulada en el artículo 17.”

(14) Por su parte, el artículo 5 de la Orden CUD/330/2023 establece las definiciones de grado de uso efectivo, la intensidad y relevancia del uso del repertorio y la amplitud del mismo:

“1. El grado de uso efectivo se refiere a la proporción en que el usuario utiliza en su actividad el repertorio de la entidad de gestión correspondiente.

2. La intensidad de uso se refiere al mayor o menor uso cuantitativo de las obras o prestaciones que formen parte del repertorio de la entidad de gestión correspondiente en la actividad del usuario.

3. La relevancia del uso del repertorio se refiere a la mayor o menor importancia cualitativa del uso del repertorio de la entidad de gestión correspondiente en la actividad del usuario. A efectos de lo previsto en la presente orden:

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 accesorio y, por tanto, una relevancia menor cuando la utilización del mismo no altere el desarrollo de la actividad del usuario.

4. La amplitud del repertorio estará referida a la proporción de obras y prestaciones protegidas cuyos derechos son gestionados por una determinada entidad de gestión. Para los derechos de gestión colectiva obligatoria, podrá presumirse que se gestiona un repertorio de amplitud universal cuando haya una sola entidad de gestión autorizada para la gestión de los citados derechos. Si existen varias entidades autorizadas para la gestión de una misma categoría de derechos de gestión colectiva obligatoria, la amplitud del repertorio deberá determinarse para cada entidad. A efectos de facilitar esta determinación, se tendrá en cuenta la información que deba publicarse en la página web de la entidad de gestión de acuerdo con el artículo 185.g) del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.”

(15) Este artículo se ve complementado por el sexto, en el que se detalla:

“Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio se identificarán con el valor de aquellos ingresos que, dentro del conjunto

total de ingresos de explotación del propio usuario en sus diferentes actividades, se encuentren vinculados con la explotación comercial del repertorio”.

- (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 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. VEGAP

(19) **VEGAP** es la entidad que gestiona los derechos de autor de los creadores visuales (entre otros, pintores, escultores, fotógrafos o ilustradores), autorizada por el Ministerio de Cultura y Deporte mediante la Orden Ministerial de 5 de junio de 1990 (BOE de 13 de junio de 1990).

(20) De acuerdo con el artículo 4 de sus Estatutos (que obran en el expediente):

"El fin primordial de esta entidad es la protección de los autores de las obras de creación visual, agrupándose dentro de ellas las creaciones de imágenes, sean éstas fijas o en movimiento, con independencia del soporte o proceso utilizado para su creación y de sus derechohabientes en el ejercicio de sus derechos de carácter patrimonial, mediante la gestión de los mismos [...]."

(21) El citado artículo 4 párrafo 2º de los Estatutos de VEGAP enumera los derechos que constituyen el objeto de su gestión:

"A) Al derecho exclusivo de reproducción de las obras, regulado en artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual.

B) Al derecho exclusivo de distribución de copias de las obras mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma, regulado en artículo 19 de la Ley de Propiedad Intelectual.

C) Al derecho exclusivo de comunicación pública de las obras, en cualquiera de las modalidades descritas en el artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual.

D) El derecho de participación en el precio de la reventa de sus obras reconocido en el artículo 24 de la Ley de Propiedad Intelectual.

E) Al derecho de compensación equitativa por copia privada reconocido en el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual.

F) A los derechos de remuneración correspondientes al alquiler de grabaciones audiovisuales y a la comunicación pública de las obras audiovisuales previstos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 90 de la Ley de Propiedad Intelectual.

G) Al derecho de remuneración por préstamo previsto en el artículo 37 de la Ley de Propiedad Intelectual.

H) Al derecho de transformación de la obra regulado en el artículo 21 de la Ley de Propiedad Intelectual.

I) Al derecho de remuneración establecido en el apartado 4 del artículo 32 de la Ley de Propiedad Intelectual.”

- (22) VEGAP está obligada a conceder autorizaciones no exclusivas a los usuarios que lo soliciten, como señala el 163 TRLPI, en condiciones equitativas y no discriminatorias, respecto de las que se aplicarán las tarifas generales previstas en el artículo 164 TRLPI, salvo acuerdo bilateral o sectorial. Para el caso de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular, la remuneración será la que se acuerde entre titular y usuario (art. 166 TRLPI).
- (23) Con fecha 24 de febrero de 2023, la SPCPI adoptó Acuerdo por el que se admite a trámite la solicitud de determinación de tarifas presentada por la FORTA (Federación de organismos o entidades de radio y televisión autonómicos) frente a VEGAP [E-2022-002 (FORTA-VEGAP)], expediente en el que determinarán la misma tipología de tarifas que en el presente.

3.2. TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.

- (24) **TELEFÓNICA DE ESPAÑA** es la filial para la operativa en España de Telefónica S.A, fundada en 1924 para gestionar la implantación del servicio telefónico en el país. Telefónica tuvo participación estatal variable en el accionariado hasta su completa liberalización en la década de 1990. Actualmente es una empresa de telecomunicaciones con sede central en Madrid y con filiales en varios países de Europa e Iberoamérica.
- (25) Dentro de sus actividades, proporciona servicios de televisión de pago a través de su marca comercial Movistar, ámbito en el que hace uso de determinados derechos de propiedad intelectual gestionados por **VEGAP**.

3.3. Terceros interesados en el procedimiento²

3.3.1. ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN (ATRESMEDIA)

- (26) Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A., antes Antena 3 de Televisión, S.A. (“ATRESMEDIA”), es la cabecera de uno de los principales grupos de medios de comunicación de España, que opera especialmente en los mercados de televisión en abierto y radio comercial, publicidad televisiva y publicidad radiofónica.

3.3.2. ORANGE SPAGNE, S.A.U.

- (27) Se trata de la filial en España de Orange, empresa multinacional de telecomunicaciones con sede en París que en la actualidad es uno de los principales operadores de telecomunicaciones del mundo, con aproximadamente 270 millones de clientes.
- (28) **ORANGE** presta en España, entre otros, servicios telefónicos fijos disponibles al público, servicios de acceso de banda ancha fija, servicios de comunicaciones móviles y servicios de televisión de pago. Al igual que sucede con **ATRESMEDIA**, su condición de interesado en el presente procedimiento responde a su condición de proveedor de servicios de televisión.

3.3.3. VODAFONE ONO, S.A.U.

- (29) VODAFONE es un operador de servicios de comunicaciones electrónicas y de televisión de pago en España. En particular, VODAFONE presta, en el mercado minorista, diferentes servicios, tales como servicio telefónico fijo, servicio de

² 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). [énfasis añadido]

acceso de banda ancha fija, servicios de comunicaciones móviles y servicios de televisión de pago, a clientes residenciales y empresariales.

- (30) VODAFONE opera en España a través de distintas marcas (Vodafone, Lowi), y a través de distintas filiales al 100%, entre las que se encuentra Vodafone Ono, S.A.U. Se trata de un operador del Grupo Vodafone que actúa en el mercado conjuntamente con Vodafone España bajo una misma marca y con un único contrato de prestación de servicios para los clientes. La provisión del Servicio de Comunicaciones Móviles es realizada por Vodafone España y la provisión del Servicio de Comunicaciones Fijas es realizada por Vodafone Ono.

3.3.4. AGEDI-ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES

- (31) 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 478 miembros entre grandes, medianos y pequeños productores.
- (32) 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 (...)”.

- (33) Por tanto, AGEDI gestiona de forma colectiva los derechos de comunicación pública y de reproducción para la comunicación pública que corresponden a los productores de fonogramas bien por mandato legal, para los derechos de gestión colectiva obligatoria, o bien en virtud de un contrato de gestión firmado por los asociados al incorporarse a la entidad en caso de derechos exclusivos.

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

- (34) Es también una entidad de gestión, 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 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.

- (35) AGEDI y AIE se han personado conjuntamente en el presente procedimiento alegando que gestionan derechos relacionados con las modalidades de explotación que son objeto del presente procedimiento y negocian tarifas con la plataforma Movistar+.
- (36) 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.

3.3.6. EGEDA-ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES

- (37) **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).
- (38) De acuerdo con el artículo 2 de sus Estatutos:

"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 [...]."

- (39) **EGEDA** ha sido parte de otros procedimientos analizados por la SPCPI e informados por esta CNMC. En uno de ellos la contraparte era **TELEFÓNICA**, concretamente en el Expediente E/2017/002, en el seno del cual se adoptó el [INF/DC/152/19](#).

4. OBJETO DE LA CONTROVERSIA

- (40) 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 VEGAP, que tuvo entrada en la SPCPI el 30 de octubre de 2019. Esta solicitud de VEGAP se hizo frente a TELEFONICA como parte requerida, de cara a la determinación de las tarifas aplicables a los operadores de televisión por cable de pago por el uso del repertorio de VEGAP por los derechos exclusivos de

reproducción (art. 18 TRLPI), comunicación pública incluida la puesta a disposición del público (art. 20 TRLPI), así como la remuneración prevista en el artículo 90.4 del TRLPI para los autores visuales de obras preexistentes incorporadas en obras audiovisuales.

- (41) Este procedimiento de determinación de tarifas fue admitido a trámite por la SPCPI el 7 de julio de 2020 y, como se ha anticipado, en el mismo son interesados, además de VEGAP y TELEFÓNICA, ATRESMEDIA, previa solicitud de 31 de julio de 2020; AGEDI y AIE, previa solicitud de fecha 12 de agosto de 2020; EGEDA, previa solicitud de fecha 15 de agosto de 2020; ORANGE, previa solicitud de fecha 26 de noviembre de 2020; y VODAFONE, previa solicitud de fecha 24 de enero de 2022.
- (42) 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 (VEGAP y TELEFÓNICA) mantuvieron una serie de reuniones durante el año 2016 con el objeto de negociar un acuerdo sobre la explotación de los derechos gestionados por VEGAP que se adaptase al nuevo marco normativo. Estas reuniones fueron infructuosas, motivo por el que VEGAP planteó el conflicto ante la SPCPI en virtud de lo establecido en el artículo 194.3 del TRLPI. Las relaciones entre VEGAP y TELEFÓNICA anteriores a la aprobación de las tarifas generales 2016 por VEGAP se basaban en acuerdos de una tarifa a tanto alzado como retribución por la explotación del repertorio.
- (43) En este procedimiento de determinación de tarifas, la SPCPI debe establecer el importe de la remuneración por la utilización por parte de TELEFÓNICA del repertorio gestionado por VEGAP. En concreto, la tarifa general que VEGAP propone en el seno del procedimiento de determinación de tarifas y objeto de controversia es la misma aprobada por VEGAP y recogida en el Título V de su Catálogo de Tarifas Generales de 2016 como la aplicable a los operadores de TV de pago. 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.
- (44) 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).
- (45) Como se ha anticipado, VEGAP presentó a TELEFÓNICA, tras la aprobación de la reforma del TRLPI, unas tarifas que la empresa rechazó. Concretamente, en

el Catálogo de Tarifas Generales de 2016, VEGAP ofrece a los operadores de TV tres tipos de tarifas: la tarifa general de uso efectivo (TUE), la tarifa por disponibilidad promediada (TDP) y la tarifa de uso puntual (TUP). No obstante, la tarifa que VEGAP propone aplicar a TELEFÓNICA en las negociaciones y en el marco del actual procedimiento de determinación de tarifas es una tarifa que cataloga como de uso efectivo, por considerarla más adecuada.

- (46) Desde el año 1998 hasta la aprobación de sus tarifas generales en 2016, VEGAP contaba con un sistema tarifario basado en los ingresos brutos de explotación (IBE) del operador. Este sistema se basaba en un acuerdo de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC) de 1987, que estableció para los autores de artes visuales un porcentaje del 5% de lo recaudado respecto de los operadores de cable. De esta forma, para calcular la tarifa se parte de los porcentajes que VEGAP ya tenía establecidos en 1998 y que se aplican a los ingresos brutos de explotación. Estos porcentajes se consideran máximos y se reducen en función de la intensidad y relevancia de uso. Son los siguientes:
- Derecho de comunicación pública: 0,14% sobre los ingresos brutos de explotación, desglosado de la siguiente manera:
 - a. Derecho exclusivo de comunicación pública: 0,12%.
 - b. Remuneración establecida en el artículo 90.4 TRLPI: 0,02%.
 - Derecho de reproducción: 0,05% sobre los ingresos brutos de explotación
- (47) Por lo que se refiere a la intensidad de uso, VEGAP ha tenido en cuenta el volumen de usos identificado por la propia VEGAP para el reparto a los titulares de derechos. Se calcula en función del tamaño del operador (grande, mediano y pequeño en función de sus ingresos brutos de explotación anuales) y, dentro de cada categoría de operador, del número de usos que éste realice (intensidad alta, baja o media), tal y como se refleja en la tabla siguiente

Modulador de intensidad de uso. Tarifa VEGAP.			
Tamaño del operador	Ingresos Brutos de Explotación	Intensidad de uso y modulador	N.º de usos
Grande	Desde 115.000.001 €	Alta (1)	Desde 48.300
		Media (0,60)	Desde 6.500/Hasta 48.300
		Baja (0,40)	Hasta 6.500
Mediano	Desde 1.200.001€/ Hasta 115.000.000€	Alta (1)	Desde 11.600
		Media (0,60)	Desde 1.300/Hasta 11.600
		Baja (0,40)	Hasta 1.300
Pequeño	Hasta 1.200.000€	Alta (1)	Desde 680
		Media (0,60)	Desde 250/Hasta 680
		Baja (0,40)	Hasta 250

- (48) Una vez aplicado el corrector de intensidad, se aplica el de relevancia de uso. Para ello se distinguen las siguientes categorías de programas atendiendo a la naturaleza de la obra o grabación audiovisual en la que está incorporada la obra del repertorio de VEGAP, de forma que a un documental se le asigna un coeficiente de 0,6, a un informativo se le asigna un coeficiente de 0,8 y a un programa de entretenimiento se le asigna un coeficiente de 1. Estos correctores se aplican al tipo tarifario después de aplicar el corrector de intensidad de la siguiente forma, según las tablas que recoge VEGAP en su Informe Motivado:

Ingresos de explotación	Intensidad		Relevancia		
	Volumen de usos		Entretenimiento (1)	Informativo (0,8)	Documental (0,6)
Ingresos x 0,19%	Superiores (1)	0,19%	0,19%	0,152%	0,114%
	Medios (0,6)	0,114%	0,114%	0,091%	0,068%
	Inferiores (0,4)	0,076%	0,076%	0,061%	0,046%

- (49) Finalmente, aunque VEGAP no lo menciona en el Informe Motivado elaborado para este procedimiento, su Catálogo de tarifas generales incluye también un

modulador de proporcionalidad que persigue, según se afirma en el Catálogo, “evitar situaciones en las que se apliquen tarifas desproporcionadas, en términos comparativos, entre operadores de características similares (definida esta similitud en función de su tamaño por ingresos brutos de explotación) y en la que se evidencie un bajo valor de uso de las obras protegidas en relación a otros operadores que sean comparables”.

- (50) Tal y como se indica en el Catálogo, es una manera de aproximar el valor de uso de las obras para los operadores a partir de los usos observados y los ingresos de explotación. Para ello VEGAP ha determinado la siguiente ratio: número de usos anuales x1000 / ingresos de explotación x modulador de intensidad.
- (51) De esta forma, si el resultado es inferior al siguiente baremo (establecido en función del tamaño del operador según sus ingresos brutos anuales), el operador deberá aplicar este tercer modulador, cuyo valor es del 0,60

Tamaño del operador según los IBE	Baremo para ratio de referencia
Pequeño	0,15
Mediano	0,10
Grande	0,02

- (52) No obstante, este tercer modulador no será aplicable cuando el resultado final consecuencia de su aplicación sea inferior al 20% de la tarifa de uso puntual. La entidad propone que, para garantizar el justo equilibrio entre la utilización de las obras y la actividad del usuario, el resultado de la tarifa de uso efectivo no podrá ser inferior al 20% de la tarifa de uso puntual.
- (53) Tras analizar el caso general, para el caso concreto de este expediente VEGAP afirma que ha realizado una estimación del uso de su repertorio por TELEFÓNICA con el fin de que la tarifa se determine siguiendo los criterios legales establecidos en el artículo 164.3 del TRLPI.
- (54) En cuanto al **grado de uso efectivo**, ante las dificultades de realizar una medición cuantitativa y la negativa de TELEFÓNICA a proporcionar los datos sobre el uso del repertorio de VEGAP, la entidad de gestión aporta una muestra que incluye algunos ejemplos de usos de su repertorio detectados en determinados programas retransmitidos a través de la plataforma Movistar+ de TELEFÓNICA. Por su parte, respecto a **la intensidad de uso**, VEGAP afirma que no se identifica con el tiempo real de emisión de su repertorio, “sino [con] el número de obras del repertorio que son objeto de uso y el número de veces que cada una de dichas obras es objeto de uso, ya sea por reiteración del mismo en uno o varios programas o canales de difusión, o por ofrecer el usuario a sus abonados la posibilidad de visionado simultáneo plural en el marco de un único contrato de abono o suscripción”.

- (55) En el caso de TELEFÓNICA, VEGAP señala que deben tenerse en cuenta los servicios accesorios que presta a sus abonados: la reproducción de obras y grabaciones contenidas en las emisiones de los canales en abierto (lo que supone un segundo uso); la puesta a disposición durante siete días (tercer uso); las modalidades adicionales de “ver desde el principio”, “suspender y seguir viendo posteriormente” o “localizar la emisión en la guía de programación y visionarla completa” (hasta cuatro usos, según VEGAP) o la posibilidad de tener hasta cinco accesos simultáneos dentro del mismo contrato de abono. Todo ello, a juicio de la entidad de gestión, supone una intensidad de uso máxima.
- (56) Finalmente, a efectos de la determinación de la **relevancia de uso**, según la medición efectuada por VEGAP, el 75,4% de los usos están realizados en programas de entretenimiento, el 16,1% en programas informativos y el 8,5% en documentales.
- (57) Así, y dado que VEGAP califica a TELEFÓNICA como operador grande, la entidad de gestión concluye que el resultado final de la tarifa a aplicar sería el 0,177% sobre sus ingresos de explotación como pago para todas las modalidades de explotación ejercidas, lo que supone una deuda correspondiente al período 2016-2018 de 8.737.404,60 euros más IVA.
- (58) Aunque la tarifa que VEGAP propone aplicar a TELEFÓNICA es la que califica de uso efectivo, también calcula cómo sería la tarifa de uso puntual aplicada al caso de esta operadora según el análisis de usos realizado por la entidad de gestión. Así, de acuerdo con su estudio de usos, VEGAP afirma que TELEFÓNICA ha realizado, en el periodo 2016-2018, 267 reproducciones de obras visuales en obras o grabaciones audiovisuales de producción propia. En cuanto a la comunicación pública, VEGAP indica que se han llevado a cabo 79.870 usos. De ello resulta un total de 6.887.970 euros (más IVA) que TELEFÓNICA debe pagar a VEGAP, sin incluir el derecho de remuneración del 90.4 TRLPI.
- (59) Respecto del precio por el servicio prestado (PSP), VEGAP lo cifra en un 18,8% de la tarifa y sus componentes son los costes (i) para la obtención y agregación del repertorio, (ii) la concesión de autorizaciones, (iii) el establecimiento de la tarifa, y (iv) el control del uso efectivo del repertorio.
- (60) Por su parte, TELEFÓNICA discrepa de la estructura tarifaria propuesta por VEGAP³, considerando que no atiende a los criterios recogidos en el 164.3

³ TELEFÓNICA también discute la competencia de la SPCPI a la hora de enjuiciar las discrepancias de naturaleza jurídico-civil entre la empresa y VEGAP respecto de cuál sea el ámbito de los derechos de gestión colectiva gestionados por esta.

TRLPI, y formula dos propuestas tarifarias alternativas a la de VEGAP: una tarifa de uso efectivo (TUE) y una tarifa de disponibilidad promediada (TDP).

- (61) Respecto a la TUE, TELEFÓNICA hace valer la propuesta tarifaria que ya formuló a VEGAP el 26 de julio de 2017, en el curso de las negociaciones mantenidas por las partes, que no se apoya en una medición real del uso efectivo del repertorio de VEGAP en televisión, sino en técnicas estimativas, sobre la base de que es imposible medir de forma certera el uso del repertorio⁴.
- (62) Por ello, TELEFÓNICA no basa esta propuesta en la medición real del uso del repertorio, sino que hace uso de la facultad prevista en el art. 14.2.c) de la entonces vigente 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, que permite utilizar técnicas estimativas para el cálculo del grado de uso, la intensidad de uso y los ingresos económicos vinculados a la explotación comercial del repertorio cuando no sea posible determinar los valores reales de estas variables.
- (63) Así, la base de cálculo vendrá determinada por los Ingresos Vinculados a la Explotación del Repertorio (IVER) y se le aplicará el tipo tarifario. Para la determinación de los IVER, TELEFÓNICA parte de los ingresos de explotación que conforman lo que denomina “ingresos computables” y que provienen de abonados y publicidad, computados conforme a las cifras comunicadas a la CNMC a otros efectos. De estos ingresos, la operadora alega que no se deben computar, por no ser servicios propios de un operador de radiodifusión, sino prestaciones accesorias o complementarias: la parte de la cuota de abono correspondiente a los costes técnicos, los costes de captación y fidelización de clientes, los costes de promoción de la contratación de los servicios de TELEFÓNICA, la gestión de incobrables, así como los tributos sobre todos esos ingresos.
- (64) Los ingresos computables ajustados se asignan a continuación a cada una de las siete categorías de canales utilizadas como referencia: generalista, cines y series, documentales, infantil, deportes e informativos, música y canales de

⁴ TELEFÓNICA sustenta su visión en un informe solicitado a KANTAR, cuya conclusión es que no es posible llevar a cabo una medición en la que se puedan aislar las obras amparadas por un límite, las que están en dominio público, las que pertenecen al repertorio de VEGAP y distinguir las fotografías de las meras fotografías. También se basa en la sentencia del TJUE de 25 de noviembre de 2020 en el caso SABAM c. Weareone World BVBA y Wecandance NV (C-372/19), según la cual no se debe tender a una medición precisa de la utilización del repertorio si ello comporta aumentar desproporcionadamente los gastos a que da lugar la gestión de los contratos y el control de la utilización de las obras.

vídeo a demanda (video on demand). A partir de las plantas medias y de las imputaciones contables del paquete Movistar+ se obtiene una distribución del ingreso para cada categoría de canal, con los siguientes porcentajes:

Distribución de los ingresos por categoría de canal	
1.Generalista	16,97%
2.Cine y series	14,65%
3.Documentales	2,96%
4.Infantil	2,98%
5.Deportes e informativos	59,16%
6.Música	2,60%
7.VoD	0,67%

- (65) Una vez obtenidos los ingresos por categoría de canal, para obtener los IVER se aplican los criterios de intensidad, grado y relevancia de uso, amplitud del repertorio y un corrector basado en las audiencias reales.
- (66) Para estimar la intensidad, el grado y la relevancia de uso, TELEFÓNICA construye una escala de varios niveles a los que se les asigna un porcentaje en función de la mayor o menor presencia del repertorio en cada categoría de canales. Así, el sistema de niveles contempla desde un nivel 1, máximo, con un porcentaje del 100%, hasta un nivel 5, mínimo, con un porcentaje del 20%. También cabe la posibilidad de asignar un valor 0, con un porcentaje del 0%, cuando no se detecte presencia apreciable del repertorio.
- (67) En la siguiente tabla se muestra la recopilación de los valores asignados por TELEFÓNICA para cada criterio:

Niveles de intensidad, grado y relevancia de uso			
Categoría de canal	Intensidad	Grado	Relevancia
1.Generalista	5	5	5
2.Cine y series	5	5	5
3.Documentales	5	5	5
4.Infantil	5	5	5
5.Deportes e informativos	0	0	0
6.Música	0	0	0
7.VoD	5	5	5

- (68) Una vez ponderados los ingresos para cada categoría de canales por los valores de intensidad, grado y relevancia de uso, TELEFÓNICA aplica un criterio adicional a los recogidos en el art. 164.3 TRLPI con carácter de numerus apertus,

el criterio de las audiencias reales, equivalente al porcentaje de abonados medio que han visto al menos 10 minutos al mes un canal de la categoría de que se trate. Según expresa la operadora, este criterio permite acercarse al uso efectivo del repertorio y, por tanto, a los ingresos vinculados a la explotación comercial de aquel.

- (69) En cuanto al tipo tarifario, TELEFÓNICA lo fija en el 20% del tipo del 2%, esto es, en el 0,40%. Este tipo del 2% es al que se refiere la Resolución de la SPCPI, de 23 de julio de 2020, relativa a la determinación de tarifas generales en revisión de las establecidas por la Asociación de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales, para el cobro de los derechos correspondientes a los actos de retransmisión de grabaciones audiovisuales por las operadoras de TV de pago, en su página 166 como el que tradicionalmente se aplica para los derechos de autor en el campo audiovisuales por la comunicación pública por usuarios como salas de cine u operadores de televisión en canales temáticos de cine y series, que utilizan el repertorio con la máxima intensidad y relevancia. La razón por la que TELEFÓNICA escoge aplicarlo en una quinta parte es porque el 2% se emplea para remunerar a muchos tipos de autores, mientras que VEGAP sólo representa a los autores de una categoría.
- (70) Por último, respecto al precio por el servicio prestado, TELEFÓNICA no lo incluye en su propuesta tarifaria, pues considera que no puede hacerlo hasta que VEGAP no acredite los costes en que incurre para prestar el servicio a los usuarios. Mientras esto ocurre, cree adecuado aplicar el valor fijado por la SPCPI en su Resolución de 23 de julio de 2020 (E/2017/002) y que equivale a un 0,14% de la tarifa.
- (71) Una vez expuestas resumidamente las pretensiones y argumentos de TELEFÓNICA y VEGAP, corresponde mencionar la posición de los terceros interesados en el expediente.
- (72) ATRESMEDIA considera que la tarifa que se determine en este procedimiento por la SPCPI afectará también a los operadores de televisión en abierto, a pesar de que VEGAP la limite en su solicitud a los operadores de televisión de pago. También rechaza las tarifas generales de VEGAP por considerar que no son conformes con los criterios recogidos en el artículo 164.3 TRLPI.
- (73) ATRESMEDIA hace asimismo una propuesta tarifaria alternativa, con el fin de que la tarifa pueda ser trasladada a otros usuarios, basada en un porcentaje aplicable a los ingresos vinculados con la explotación del repertorio. Para calcularla tiene en cuenta los ingresos brutos computables por publicidad en los años 2013 a 2019 y la cantidad pactada con VEGAP en 2013 actualizada con el

IPC. De ahí, extrae un porcentaje medio para la tarifa de 0,013% sobre los ingresos brutos computables por publicidad.

- (74) Por su parte, tanto AGEDI como AIE advierten de la complejidad de la determinación de las tarifas por los derechos exclusivos y de remuneración incluidos por VEGAP en su propuesta. Consideran igualmente que la anulación de la Orden ECD/2574/2015, de metodología para la determinación de tarifas, por el Tribunal Supremo⁵ inhabilita a la SPCPI a seguir ejerciendo su función de determinación de tarifas, por lo que proponen la suspensión del procedimiento hasta la aprobación de una nueva orden por el Ministerio o su archivo por imposibilidad sobrevenida de fijar las tarifas controvertidas.
- (75) Asimismo, alegan la caducidad del procedimiento por haber transcurrido el plazo de nueve meses para resolver, contados desde la admisión a trámite, y que está previsto en el artículo 21.6 del RD 1023/2015.
- (76) Sobre la propuesta tarifaria de TELEFÓNICA, AGEDI-AIE cuestionan ciertos aspectos y afirman estar de acuerdo con algunos de los argumentos de la SPCPI en su Resolución de 23 de julio de 2020, que resolvió el procedimiento de determinación de tarifas entre EGEDA y TELEFÓNICA (E/2017/002). Por ejemplo, consideran incorrecta la reducción de determinadas partidas de los ingresos económicos vinculados a la explotación del repertorio, como el alquiler de codificadores o los costes de captación y fidelización de clientes. También están de acuerdo con la decisión de la SPCPI de descartar la aplicación del ponderador de audiencia real propuesto por TELEFÓNICA.
- (77) En lo que respecta a EGEDA, manifestó estar de acuerdo con la estructura de derechos a la que se refiere VEGAP en su tarifa. En concreto, EGEDA se muestra de acuerdo con VEGAP con respecto a la exigencia del derecho de remuneración del artículo 90.4 TRLPI por las obras visuales contenidas en obras audiovisuales.
- (78) En cuanto a ORANGE, comparte el criterio de TELEFÓNICA sobre la falta de legitimación de VEGAP para gestionar el derecho de remuneración previsto en el artículo 90.4 del TRLPI, y pone de manifiesto que, en determinados supuestos, puede existir un doble pago a los autores de obras visuales por los derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública que no son de gestión colectiva obligatoria.
- (79) También llama la atención ORANGE sobre algunos ingresos que VEGAP no excluye de los ingresos vinculados a la explotación del repertorio, como los

⁵ Sentencia de 22 de marzo de 2018, dictada por la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, citada *supra*.

ingresos financieros o los procedentes de la venta de programas a otros operadores, así como el excesivo importe del precio por el servicio prestado incluido en sus tarifas.

- (80) Finalmente, VODAFONE manifiesta que anualmente realiza pagos a VEGAP por la explotación de las obras visuales de su repertorio a través del servicio de televisión, por lo que puede verse afectado por la tarifa que se determine en este procedimiento.
- (81) 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

- (82) 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 VEGAP, como única entidad de gestión colectiva de los derechos de autor de los creadores visuales.
- (83) 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 intelectual⁶. En concreto, se van a tomar como precedentes de referencia 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 gestión de derechos de propiedad intelectual⁷, 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

⁶ 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.

⁷ Disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc02015>
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
C/ Alcalá, 47 – 28014 Madrid - C/ Bolivia, 56 – 08018 Barcelona
www.cnmc.es

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 generales⁸ 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-AERC⁹, 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; INF/CNMC/071/21, Procedimiento de determinación de tarifas de la Sección Primera de Comisión de Propiedad Intelectual E/2018/001 EGEDA-FEHR¹⁰; y el INF/DC/121/22 sobre determinación de tarifas E/2018/003 CEHAT-EGEDA. 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.

- (84) 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 que ha sido suscitada por AGEDI-AIE o, salvo lo que se señala a continuación, por su directa conexión con las funciones de la CNMC, la competencia de la SPCPI discutida por TELEFÓNICA, y que corresponderá valorar a la SPCPI.
- (85) En sus alegaciones acerca de la admisión a trámite del presente expediente de determinación de tarifas, tal como recoge la Resolución de admisión a trámite de la SPCPI¹¹, TELEFÓNICA discute la legitimación de VEGAP para iniciar el expediente, y en tal medida, la competencia de la SPCPI para tramitarlo y resolverlo, al entender que (alegación primera, pág. 4):

“VEGAP no puede gestionar el derecho de remuneración (de gestión colectiva obligatoria) previsto en el art. 90.4 TRLPI, pues éste sólo se reconoce a favor de los autores de la obra audiovisual, los cuales no son otros que los recogidos con carácter de “numerus clausus” en el art. 87 TRLPI, dejando fuera a los autores de obras

⁸ 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.

⁹ Disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/infdc23517>.

¹⁰ Disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/infcnmc07121>

¹¹

<https://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/areas/propiedadintelectual/mc/s1cpi/resoluciones.html>

preexistentes incorporadas en obras audiovisuales, como es el caso de las obras visuales que conforman el repertorio de VEGAP. Añade, a mayor abundamiento, que los autores de obras plásticas que sean incorporadas en meras grabaciones audiovisuales (que a juicio de TELEFÓNICA representan la mayor parte de los programas emitidos por televisión), no pueden de ningún modo ostentar el derecho del art. 90.4 TRLPI, porque este solo se prevé en relación con aquellas grabaciones audiovisuales que sean, a su vez, obras audiovisuales.”

- (86) En su Resolución de admisión a trámite de 7 de julio de 2020, la SPCPI argumenta en extenso sus razones para concluir que [párrafo (20)]:

“Esta SPCPI considera, por tanto, que la mención genérica de los autores de obras audiovisuales y de obras preexistentes transformadas o no, tanto en la norma general de remuneración por la cesión realizada a favor de productores audiovisuales (ex arts. 88 y 89 TRLPI) prevista en el apartado 1, como la mención indirecta o por remisión a las mismas dos categorías de obras y autores en los derechos de remuneración para actos de alquiler y proyección pública con precio de entrada recogidas en los apartados 2 y 3, se proyecta también de forma implícita en el derecho de remuneración del apartado 4, todos ellos del artículo 90 TRLPI.”

- (87) En relación a esta controversia, corresponde a la CNMC recordar y subrayar la posición de la Autoridad de la Competencia¹² en relación con la necesidad de incrementar la competencia en este mercado y realizar una interpretación restrictiva del ámbito los derechos de gestión colectiva obligatoria, en un contexto además en el que el TRLPI impone la gestión colectiva obligatoria más allá de lo que obligan las Directivas de la Unión Europea en la materia¹³.
- (88) Esta debida interpretación restrictiva del perímetro de la gestión colectiva obligatoria resulta coherente asimismo con la introducción de la figura de los operadores de gestión independiente por la Directiva 2014/26/UE, con la pretensión de incrementar la competencia en el mercado de la gestión colectiva. Téngase en cuenta que el TRLPI introduce una relevante limitación que no deriva

¹² Vid. Informe sobre la Gestión colectiva de Derechos de propiedad intelectual, CNC, diciembre de 2009 (especialmente apartados 114 a 124); También, los Informes a proyectos normativos IPN 08/2008 (transposición Directiva de Servicios); IPN 35/10 (Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible); IPN 102/13 (ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL); IPN/CNMC/0020/15 (proyecto de orden de metodología tarifas); IPN/CNMC/040/17 (reforma TRLPI) e IPN/CNMC/013/22 15 (proyecto de orden de metodología tarifas); disponibles en <https://www.cnmc.es>.

¹³ El Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, diciembre de 2009, incluye una relación (que se ha incrementado en reformas posteriores del TRLPI, por ejemplo, en art. 24.10 para el derecho de participación sobre el precio de reventa de obras visuales) de los casos en los cuales una directiva europea impone la gestión colectiva opcional, el legislador español se decanta por imponer su gestión colectiva obligatoria (párrafo 119).

de la Directiva¹⁴ y es que “[e]stos operadores solo podrán ejercer los derechos de propiedad intelectual conferidos a su gestión por sus titulares mediante contrato de gestión” (art. 153.1 in fine). Es decir, a los OGI les queda vedada por la normativa nacional¹⁵, para todos los casos¹⁶, la gestión colectiva obligatoria, que se reserva de forma exclusiva a las entidades de gestión.

- (89) La Autoridad de Competencia ha criticado los efectos perniciosos para la competencia en el mercado de “la configuración de repertorios en los que confluyen sin distinción aparente derechos exclusivos y de remuneración, unos de gestión colectiva voluntaria y otros obligatoria”. Ello hace imperativo que las tarifas correspondientes a los diferentes derechos de gestión colectiva obligatoria estén claramente identificadas y desglosadas en las tarifas generales publicadas por las entidades de gestión, en coherencia además con el criterio de claridad que impone el artículo 164.1 del TRLPI. La tarifa propuesta por VEGAP no diferencia en la parte de tarifa de comunicación pública sus distintos componentes, en particular lo correspondiente al derecho de retransmisión por cable del artículo 20.4 del TRLPI, de gestión colectiva obligatoria.
- (90) Ya se ha anticipado 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). Dado el específico modelo de negocio del operador requerido por VEGAP en este

¹⁴ Vid Considerando (15) de la Directiva 2014/26/UE: “Dichos operadores de gestión independientes son sociedades mercantiles que se diferencian de las entidades de gestión colectiva, entre otras razones, porque no pertenecen a los titulares de derechos, ni están controladas por estos. No obstante, **en la medida en que dichos operadores de gestión independientes realizan las mismas actividades que las entidades de gestión colectiva**, deben estar obligados a facilitar determinada información a los titulares de derechos a los que representan, a las entidades de gestión colectiva, a los usuarios y al público” [énfasis añadido].

¹⁵ El artículo 3 b) de la Directiva define a las OGI como “«operador de gestión independiente»: toda organización **autorizada, por ley** o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual, para gestionar los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor en nombre de varios titulares de derechos en beneficio colectivo de esos titulares de derechos” [énfasis añadido].

¹⁶ Existen ciertos supuestos en los que la Directiva sectorial correspondiente señala que el derecho de gestión colectiva obligatoria se debe gestionar necesariamente por entidades de gestión (p. ej., art. 4 Directiva 2019/789 en relación a los derechos de retransmisión por titulares de derechos que no sean organismos de radiodifusión).

expediente de determinación de tarifas, TELEFÓNICA, corresponde entender que solo se ubicarían en idéntico sector de usuarios las plataformas de televisión de pago que ofrecen TV lineal.

- (91) Por otra parte, el agrupamiento de la gestión de derechos de autorización y de simple remuneración en el caso de VEGAP, estaría, además, omitiendo el diferente tratamiento que el TRLPI otorga a las autorizaciones por la comunicación pública que corresponden a los autores visuales, 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 (como otros posibles operadores de gestión colectiva o, directamente, con los titulares de derechos que no hayan encomendado la gestión colectiva de los mismos a VEGAP) y, consiguientemente riesgo de restricción de acceso de estos últimos a los mercados afectados, siendo además VEGAP la única entidad de gestión autorizada para gestionar los derechos de autor de los creadores visuales.¹⁷.

5.2. Sobre la determinación de la tarifa

- (92) 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.
- (93) 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.).
- (94) La CNMC entiende, conforme a su criterio asentado, que una tarifa es inequitativa cuando “[...] aun correspondiéndose con lo que pagan efectivamente

¹⁷ Así, Resolución de la CNMC de 30 de mayo de 2019, Expte. S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE.
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 28 de 36
C/ Alcalá, 47 – 28014 Madrid - C/ Bolivia, 56 – 08018 Barcelona
www.cnmc.es

la mayoría de los usuarios, no tienen en cuenta, entre otros aspectos, el uso del repertorio [...]”¹⁸.

- (95) También el Tribunal Supremo 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”¹⁹, 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”.
- (96) 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.
- (97) Además de lo señalado supra (párrafo (89)) sobre la necesidad de diferenciar y desglosar en las tarifas la parte relativa a derechos de gestión colectiva obligatoria de los de gestión colectiva voluntaria, en la determinación de la tarifa general actual aprobada por VEGAP en 2016, el hecho de que a cualquier modalidad de comunicación pública se le aplique un porcentaje uniforme (del 0,12%) supone una oportunidad desaprovechada de tener en consideración criterios de modulación en función de las distintas modalidades de comunicación pública.

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

- (98) 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 repertorio²⁰. En este caso, VEGAP ha establecido tres tarifas, conforme preveía la OM de metodología de tarifas ECD/2574/2015 y exige la vigente Orden

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ 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 Autoridad española de Competencia (Resoluciones de 23 de julio de 2009, expte. 651/08 Artistas Intérpretes o Ejecutantes; de 23 de febrero de 2011, expte. S/2785/07, AIE y de 14 de junio de 2012, expte. S/0297/10, AGEDI/AIE).

CUD/330/2023 (art. 13.1 en ambos casos): una tarifa de uso por disponibilidad promediada²¹, una tarifa de uso puntual, y una tarifa general que califica de uso efectivo (aunque esta tarifa de uso efectivo podría no cumplir los criterios que el art. 14 de la Orden CUD/330/2023 delimita para ser considerada como tal).

- (99) Salvo excepciones y solo en supuestos muy tasados, las tarifas deben depender del uso efectivo del repertorio²², 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.
- (100) En este sentido, la definición de “grado de uso efectivo” se recoge en la Orden CUD/330/2023 como *“la proporción en que el usuario utiliza en su actividad el repertorio de la entidad de gestión correspondiente”*. Esta definición está simplificada respecto a la que se recogía en la Orden ECD/2574/2015, según la cual *“[e]l 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.”*
- (101) A este respecto, el IPN/CNMC/013/22 sobre el segundo proyecto de orden por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas señala que *“Teniendo en cuenta que la determinación de los distintos tipos de tarifas toma como base de cálculo tanto el uso efectivo como la intensidad de uso (en los términos especificados en cada una de ellas), se recomienda favorecer una definición más precisa de lo que deba entenderse por cada uno de estos dos criterios, tal y como se hacía en la Orden de 2015 citada”*.
- (102) Adicionalmente, 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 *“[e]s 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 [...]”*.

²¹ En la página web de VEGAP se incluye una descripción de una tarifa de uso por disponibilidad promediada, aunque no especifica como tal cuál es.

<https://www.vegap.es/area-de-derecho-exclusivo-de-reproduccion-comunicacion-publica-y-puesta-a-disposicion-del-publico-tarifa-de-uso-por-disponibilidad-promediada/>

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

- (103) En el caso que nos ocupa, la fórmula utilizada para medir el uso efectivo que propone VEGAP se construye a partir de los ingresos brutos de explotación de los operadores de TV, modulada en función de la intensidad y relevancia de uso como se ha expuesto anteriormente en los párrafos (46) a (53).
- (104) El sistema contempla el volumen de usos para determinar la intensidad del uso, pero no establece un mecanismo adecuado de valoración de la relevancia del uso, estableciendo tres categorías genéricas que difícilmente pueden reflejar, con el grado de precisión que sería deseable, la relevancia de la utilización de la obra en el programa en cuestión.
- (105) De hecho, el sistema podría considerarse en cierta forma contradictorio, pues asigna un corrector de intensidad mayor a programas de entretenimiento, donde las obras cuyos derechos son gestionados por VEGAP tienen una probabilidad mayor de tener una relevancia residual o de ser fácilmente sustituibles, mientras que el corrector de intensidad para documentales es menor, pero en este tipo de programas es posible que las obras cuyos derechos son gestionados por VEGAP tengan una trascendencia mayor.
- (106) En consecuencia, se recomienda encontrar una fórmula adecuada para ajustar la tarifa al uso efectivo del repertorio.
- (107) Por otra parte, y en relación a la tarifa por reproducción, que VEGAP cifra en un 0,05% sobre los ingresos brutos de explotación, dado el carácter estrictamente instrumental, accesorio y técnico de esa reproducción (salvo en cierta medida para los servicios de vídeo a demanda) en el caso de usuarios operadores de TV de pago como TELEFÓNICA, resulta dudoso que, por una cuestión de proporcionalidad, la tarifa propuesta por VEGAP resulte respetuosa con la previsión del TRLPI (art. 164.3) en relación a que el importe de la tarifa se establezca en condiciones razonables, atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario.

5.4. Sobre la amplitud del repertorio de VEGAP

- (108) VEGAP considera que el repertorio que gestiona es universal en tanto está en juego un derecho de gestión colectiva obligatoria. Esta CNMC se ha pronunciado en contra de esta concepción de universalidad del repertorio en varias ocasiones.
- (109) Así, 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".

- (110) Más recientemente, el IPN/CNMC/013/22, al analizar la presunción de amplitud universal de repertorio prevista en el que ha resultado artículo 5 de la Orden CUD/330/2023, de 28 de marzo, subraya que:

"También en el caso de la gestión colectiva obligatoria, es posible que aun habiendo una única entidad, ésta ofrezca un repertorio no universal. Ello puede deberse a una deficiente gestión de la identificación de titulares y subsiguiente reparto de lo recaudado, que puede implicar que no se reparta la totalidad de lo recaudado, lo cual es frecuente.

*Se recomienda que, en estos casos, para el cálculo de la tarifa, se tenga **en cuenta el repertorio real** incluso en los casos de gestión colectiva obligatoria en los que exista una única entidad autorizada".*

- (111) En sus tarifas generales, VEGAP indica²³ [énfasis añadidos]:

*En el caso de la retransmisión por cable, la tarifa de uso efectivo correspondiente al derecho exclusivo de comunicación pública se establece para el cálculo de la remuneración correspondiente, no sólo a los autores del repertorio de VEGAP, sino **a la totalidad de los autores de la creación visual.***

*También se recoge en este apartado la tarifa correspondiente al derecho de remuneración, reconocido en el apartado 4 del artículo 90 de la Ley de Propiedad Intelectual, que se gestiona por parte de VEGAP, no sólo a favor de los autores de su repertorio, sino de **la totalidad de los autores de la creación visual.***

- (112) Frente al argumento de VEGAP de que su repertorio es universal 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 como requisito mínimo por el TRLPI (art. 164.3 c) y tiene reflejo en la Orden CUD/330/2023 (art. 4.1 c) para su aplicación por entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual que son las únicas entidades que hasta la fecha están autorizadas para gestionar los derechos de sus correspondientes titulares²⁴. La presunción del artículo 5.4 de la Orden

²³ <https://www.vegap.es/area-de-derecho-exclusivo-de-reproduccion-comunicacion-publica-y-puesta-a-disposicion-del-publico-tarifa-de-uso-efectivo/>

²⁴ 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

CUD/330/2023 (“para los derechos de gestión colectiva obligatoria, podrá presumirse que se gestiona un repertorio de amplitud universal”) deberá ser aplicada respetando el principio de jerarquía normativa. Se recomienda al efecto que, para la determinación de las tarifas, se tenga en cuenta el repertorio *real* también en los casos, como el presente, de gestión colectiva obligatoria en los que exista una única entidad autorizada. La Autoridad de la Competencia viene señalando cómo la sistemática existencia de bolsas de importes recaudados pero no repartidos, que las entidades de gestión explicitan en sus Memorias e Informes de transparencia, es un indicador adicional de la diferencia entre un pretendido repertorio universal y el repertorio efectivamente gestionado²⁵.

- (113) Entiende esta CNMC, como ha indicado en informes previos respecto a otras entidades de gestión, que la inclusión de nuevos actos como susceptibles de ser objeto de derechos de gestión colectiva obligatoria por VEGAP, 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). 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 artículo 5 de la Orden CUD/330/2023, de 28 de marzo.
- (114) Por ello, VEGAP debería informar de manera transparente:
- En primer lugar, de los elementos o ítems que conforman su repertorio. Resulta imprescindible, a efectos tarifarios, la delimitación de cuál sea el repertorio efectivamente gestionado por VEGAP (en coherencia con el criterio legal de la amplitud).
 - En segundo lugar, del ámbito concreto de la gestión colectiva obligatoria encomendada a VEGAP por la normativa que, a los efectos de este expediente²⁶, se circunscribiría al derecho exclusivo de retransmisión por cable del artículo 20.4 TRLPI (y, en su caso y en función de lo señalado en sección 5.1, al derecho de simple remuneración del artículo 90.4 del TRLPI) y

(Sociedad Española de Derechos de Autor) y SGAE, por otro, en tanto que existe coincidencia parcial en los derechos que gestionan unas y otras.

²⁵ Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, diciembre de 2009; IPN/CNMC/0020/15 y RCNC de 19 de diciembre de 2011 (Expte. S/0208/09 AISGE CINES).

²⁶ El artículo 24.10 TRLPI ha sido modificado para reservar a la gestión colectiva obligatoria el derecho de participación en el precio de reventa (Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019).

del diferente tratamiento que la norma otorga a las autorizaciones por la reproducción y comunicación pública, de gestión colectiva voluntaria, que corresponden a los autores visuales, y que exigen la correspondiente encomienda a la entidad.

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

- (115) 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 citada Orden CUD/330/2023, se identifica con el valor que, dentro del conjunto total de ingresos de explotación del propio usuario en sus diferentes actividades, se encuentren vinculados con la explotación comercial del repertorio.
- (116) 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. Así, el IPN/CNMC/013/22 señala que “[d]ebe advertirse de la importancia de que el criterio de los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio no se utilizase de forma exclusiva, sino que se haga conjuntamente con otros criterios, en especial, los referidos al uso del mismo”²⁷.
- (117) 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.”
- (118) 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 programas de televisión. 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.

²⁷ Por su parte, el IPN/CNMC/0020/15 señaló en su momento: “[d]e 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”.

5.6. Sobre el resto de criterios de determinación de tarifas

- (119) En relación con el valor económico del servicio prestado por VEGAP para hacer efectiva la aplicación de las tarifas, previsto en el artículo 164.3.e) del TRLPI y que se regula en el artículo 7 de la Orden CUD/330/2023, 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.
- (120) Conviene señalar la dificultad de apreciar la aplicación de los principios de eficiencia y buena gestión que establece la Orden CUD/330/2023, 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, se consideran esenciales la innovación en la gestión y la incorporación de medios digitales, telemáticos, etc. que permitan reducir los costes de gestión, además de llegar a la debida adecuación de la tarifa al uso efectivo.
- (121) 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, justificados por las diferencias entre economías y, en particular, por la estructura del sector televisivo. De hecho, no todos los países regulan esta modalidad de comunicación, ni los criterios para su determinación son iguales, ni incluyen los mismos derechos, ni existe incluso una entidad de gestión que los gestione.

6. CONCLUSIONES

- (122) A continuación se formulan las principales conclusiones.
1. En relación con la controversia sobre la interpretación del artículo 90.4 del TRLPI en lo tocante a las tarifas que se han considerado objeto del presente expediente, esta CNMC subraya la necesidad de incrementar la competencia en el mercado de la gestión colectiva y, en particular, de realizar una interpretación restrictiva del ámbito de los derechos de gestión colectiva obligatoria. En este sentido se estima que los autores representados por VEGAP no estarían comprendidos dentro del ámbito del derecho de remuneración del artículo 90.4 del TRLPI que correspondería solo a los autores de obras audiovisuales.

2. Tal como se ha señalado en informes anteriormente citados, es conveniente profundizar en la determinación adecuada de las tarifas por los actos de reproducción y comunicación pública, incluida la puesta a disposición del público, reseñados, procurando que se ajusten a lo establecido en la normativa y a los principios de competencia y eficiencia económica.
3. La formulación eficiente de las tarifas debe estar directamente vinculada con el uso efectivo del repertorio por el usuario, así como con el valor económico del servicio prestado por la entidad. El establecimiento de una tarifa por uso efectivo debe ser la regla, y solo para los supuestos en los que se den las condiciones excepcionales de imposibilidad de reflejar en la tarifa los criterios del artículo 164 del TRLPI, o por el coste excesivamente alto de determinar el grado de uso efectivo o su intensidad, cabe, motivadamente, no determinar este tipo de tarifa. 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.
4. También es necesario delimitar de manera adecuada y transparente el repertorio efectivamente gestionado, en coherencia con el criterio legal de la amplitud, sin presumirlo como universal.
5. 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 concreta tipología de usuarios. En el presente caso, la tarifa por reproducción debe ajustarse de modo razonable y proporcionado a su carácter accesorio e instrumental a la actividad principal de los usuarios operadores de TV de pago.
6. El precio por el servicio prestado debe reflejar los costes de la entidad de gestión, incentivando sus incentivos para una gestión eficiente, y no formularse como un porcentaje de la tarifa.