

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/2018/001 EGEDA-FEHR

INF/CNMC/071/21

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 del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 22 de junio de 2021

En el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la **SALA DE COMPETENCIA**, acuerda emitir el siguiente informe relativo al "*Procedimiento de determinación de tarifas de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual en el expediente E/2018/001 EGEDA-FEHR*".

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES	3
II. MARCO NORMATIVO	3
III. LAS PARTES	10
IV. OBJETO DE LA CONTROVERSIA	12
V. VALORACIÓN	22
V.1 Cuestiones generales: principios básicos y precedentes relevantes	22
V.2 Sobre la determinación de tarifa.	26
V.3 Sobre el uso efectivo: grado, intensidad y relevancia	29
V.4 Sobre la amplitud del repertorio de EGEDA.....	31
V.5 Sobre los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.	33
V.6 Sobre el resto de criterios de determinación de tarifas	33
VI. EFECTOS DEL COVID EN EL SECTOR DE LA HOSTELERÍA.....	34

I. ANTECEDENTES

- (1) Con fecha 28 de mayo de 2021, 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/2018/001 EGEDA/FEHR, instado por la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (en adelante, EGEDA) frente a la Federación Española de Hostelería y Restauración (FEHR), actualmente denominada Confederación Empresarial de Hostelería de España (CEHE) (en adelante FEHR-CEHE).
- (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 Competencia.

II. 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 la última modificación publicada de fecha 8 de agosto de 2020. 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 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:

- 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 g) en relación con el 122.1 del TRLPI:

20.2. 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 audiovisuales¹ el derecho de autorizar la comunicación pública de éstas.”*

Este derecho es de gestión colectiva voluntaria.

- 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.”

¹ 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.»

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) 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 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“.

- (9) 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).
- (10) 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.
- (11) 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.”

- (12) 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.”*
- (13) 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".

- (14) Sin embargo, como esta CNMC ya anticipó en su previo informe INF-DC-152-19 TARIFAS EGEDA TV DE PAGO², 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 análogo³. 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"*.
- (15) 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.
- (16) 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).
- (17) 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.

² Informe adoptado y remitido a la SPCPI en noviembre de 2019, disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/infdc15219>

³ 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).

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.

- (18) *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.”*

III. LAS PARTES

a) 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.

b) FEHR-CEHE

- (23) La Federación Española de Hostelería (FEHR), hoy denominada **Confederación Empresarial de Hostelería de España (CEHE)** está formada por asociaciones empresariales de las distintas comunidades autónomas que

representan más de 300.000 empresas de hostelería de toda España entre restaurantes, bares, cafeterías, pubs y otros establecimientos de restauración.

- (24) En relación con la propiedad intelectual, es la entidad principal a nivel nacional que negocia en nombre de sus asociados los convenios generales con las entidades de gestión por el uso de sus respectivos repertorios. En particular, mantiene acuerdos (convenios y marco tarifario) con las entidades de gestión SGAE y AGEDI/AIE sobre las condiciones que rigen el uso de la propiedad intelectual en los locales de hostelería.

c) Terceros interesados en el procedimiento⁴

AGEDI-ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES 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 456 miembros entre grandes, medianos y pequeños productores.

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 (...).”

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.

- (25) **AIE-ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA** 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.
- (26) En relación con el objeto de este informe, el derecho de remuneración equitativa y única que corresponde a los artistas intérpretes por la

⁴ 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.

comunicación pública de 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).

- (27) 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.

IV. OBJETO DE LA CONTROVERSIA

- (28) 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 EGEDA, que tuvo entrada en la SPCPI el 8 de enero de 2018. Esta solicitud de EGEDA se hizo frente a FEHR, actualmente denominada CEHE como parte requerida, de cara a la determinación de las tarifas aplicables por los derechos de autorización y de remuneración, en la modalidad de comunicación pública prevista en el artículo 20.2.g) del TRLPI, correspondientes a los productores de obras y grabaciones audiovisuales.
- (29) Este procedimiento de determinación de tarifas fue admitido a trámite por la SPCPI el 15 de marzo de 2018 y, como se ha anticipado, en el mismo son interesados, además de EGEDA, FEHR-CEHE, AGEDI y AIE, previa solicitud de fecha 1 de junio de 2018.
- (30) En 2004, EGEDA y FEHR-CEHE firmaron, junto con AIE, un acuerdo para la gestión de los derechos de autorización y de remuneración por la comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales, denominado Contrato Base. Este contrato no está vigente, si bien las partes difieren en cuanto a la fecha de finalización. FEHR considera que el vencimiento del mismo tuvo lugar, previa denuncia por su parte, en 2007, mientras EGEDA considera que su finalización se produjo tras agotarse el periodo de duración, en 2011. Desde esa fecha no se ha alcanzado ningún acuerdo entre las partes con el mismo objeto.
- (31) En 2018, EGEDA plantea el procedimiento para determinación de la tarifa ante la SPCPI ante la alegada falta de acuerdo, aportando las comunicaciones enviadas en 2017 a FEHE-CEHE con objeto de iniciar las negociaciones entre ambas entidades.
- (32) EGEDA indica que, durante el periodo transcurrido sin acuerdo, ha celebrado Contratos Marco con empresas, asociaciones o agrupaciones integradas en CEHE.
- (33) En este procedimiento de determinación de tarifas, la SPCPI debe establecer el importe de la remuneración por la utilización por parte de FEHR-CEHE 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 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.

- (34) 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).
- (35) En el marco de este procedimiento, los interesados uno, en su condición de entidad de gestión solicitante de la intervención de la SPCPI, y otro, como usuario requerido, han presentado sendas propuestas tarifarias.
- (36) 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 entidad⁵. Esta tarifa sería aplicable tanto a la concesión de la autorización del derecho exclusivo de los productores audiovisuales, como a la remuneración a los citados productores del artículo 122.2 en relación con los actos de comunicación pública de la letra g) del artículo 20.2 del TRLPI.
- (37) El Catálogo 2016 establece *una tarifa mensual de uso por disponibilidad promediada* de 0,78 euros por plaza disponible con acceso a contenidos audiovisuales⁶ por los actos de “Comunicación al público, de obras y grabaciones audiovisuales efectuada en bares, restaurantes, cafeterías, boleras, centros de ocio, establecimientos en ruta y demás establecimientos de hostelería y otros, no dedicados al hospedaje, pero sí en régimen de hostelería, y/o restauración, en alguna de sus dependencias” (epígrafe 2.A).
- (38) La tarifa mensual se distribuye de tal forma que:
- El 90% de dicha tarifa corresponde al precio por el uso de los derechos (PUD)
 - El 10% restante, al precio por el servicio prestado (PSP)⁷.
- (39) EGEDA propone que el cálculo del importe mensual de la tarifa se realice multiplicando la tarifa mensual de uso por disponibilidad promediada, por el

⁵ https://www.egeda.es/EGEDA_InformacionLegalTarifas.aspx

⁶ El número de plazas disponibles con acceso a contenidos audiovisuales es una **media mensual** de plazas (calculada sumando las plazas disponibles en cada uno de los días del mes y dividiendo esta suma entre el número de días del mes).

⁷ Como indicaba la derogada Orden ECD/2574/2015, art. 7: 1. El valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas se corresponde con el ahorro de los costes que le supone al usuario la utilización de dicho servicio. 2. A los efectos de su cálculo, el valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión podrá incluir los costes de licencia, los costes de establecimiento de la tarifa y los costes de control de la utilización efectiva de los derechos respecto de las obras y prestaciones de su repertorio por el usuario, debiendo ser éstos, en todo caso, razonables y documentados, y establecerse de acuerdo con criterios objetivos. En la determinación del valor económico del servicio prestado se atenderá, en todo caso, a los principios de eficiencia y buena gestión.

número medio de plazas disponibles con acceso a contenidos audiovisuales en el establecimiento en el mes correspondiente. Este número medio de plazas disponibles del mes se calcula, según el Catálogo de tarifas 2016, sumando todas las plazas disponibles con acceso a contenidos audiovisuales cada uno de los días del mes en que se aplica la tarifa y dividido entre el número total de días del mes para el que se esté aplicando la tarifa.

- (40) Dicha tarifa se aplicará sin consideración al número de canales (emisiones o transmisiones) comunicados al público, y no lleva incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), que habrá de aplicarse. Asimismo, se prevé que EGEDA emita una factura anual, comprensiva de la anualidad completa, para, según expone, mantener el equilibrio y la proporcionalidad entre la necesidad de recaudar los derechos, repartir lo recaudado con periodicidad razonable y ocasionar las menores dificultades posibles al usuario
- (41) Frente a la aplicación imperativa del artículo 164 del TRLPI, que establece que el importe de la tarifa general ha de tener en cuenta al menos los criterios contenidos en el apartado tres, letras a) a la f), la Memoria económica justificativa sobre las tarifas de EGEDA⁸ señala que tales criterios no pueden ser utilizados a los efectos de su tarifa general, basándose en la siguiente afirmación:

“Los ingresos obtenidos por los usuarios vinculados a la retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales no dependen de cuántas obras y/o grabaciones audiovisuales sean utilizadas por los clientes de los usuarios. Por ejemplo, los ingresos que obtienen los establecimientos hoteleros no dependen de si el cliente enciende o no la televisión o de cuánto tiempo esté encendida: el precio de la habitación del hotel no varía en función de cuál sea la utilización precisa del repertorio gestionado por EGEDA y, por tanto, los ingresos del hotel vinculados a la retransmisión del repertorio gestionado por EGEDA tampoco.

- (42) *Tanto para EGEDA como para los usuarios es prácticamente imposible calcular qué obras y/o grabaciones audiovisuales son utilizadas por los usuarios en cada momento del tiempo. Por ejemplo, para EGEDA y para los usuarios es inviable controlar durante cuánto tiempo ven la televisión los clientes de un hotel en sus habitaciones, los pacientes de un hospital en sus habitaciones, los clientes de un bar, de un restaurante o de un gimnasio, etc.”*
- (43) En consecuencia:
- Respecto del criterio (a) del grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario, EGEDA señala que no es viable conocer el grado de uso en el caso de su repertorio.
 - En cuanto a (b) la intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario, EGEDA señala que no es tampoco

⁸ Memoria económica justificativa del Catálogo de tarifas generales de los derechos exclusivos y de los derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria administrados por EGEDA, de 29 de julio de 2016.

viable conocer la intensidad y que, en todo caso, su intensidad, como en el uso, no afecta a los ingresos vinculados que obtienen los usuarios

- En lo que se refiere al criterio de *(c) la amplitud del repertorio de la entidad de gestión*, EGEDA entiende ésta que es universal, por incluir todas las obras y grabaciones audiovisuales, al no existir otra entidad de gestión, por lo que no necesitan incorporar la amplitud como criterio para definir sus tarifas generales.

(44) Por lo que respecta a *(d) los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio*, EGEDA argumenta que su modelo tarifario cumple con el artículo 164.3 del TRLPI.

- EGEDA propone el uso de la metodología Choice Modelling para realizar una estimación de los ingresos económicos vinculados a la explotación del repertorio.
- EGEDA encargó una encuesta sobre la importancia que los clientes dan a la televisión en los bares y restaurantes, obteniendo una importancia media de la presencia de la televisión de 2,06 sobre 5 para restaurantes, y 2,02 sobre 5 para bares.
- A partir de esta información y utilizando los datos obtenidos a través de la metodología Choice Modelling para el sector hotelero que consideran aplicable por analogía, establece que la importancia de la presencia de televisión en las habitaciones de hotel alcanza un 3,28/5 y la disposición a pagar por la TV de los clientes en hoteles de tres estrellas por plaza y día es de 4,08 euros.
- A continuación, se calcula la importancia relativa entre el uso de la televisión en bares y restaurantes (62 % y 63%) y en establecimientos hoteleros de 3 estrellas y partiendo de la disposición a pagar por la TV de los clientes en hoteles de tres estrellas, estima los ingresos vinculados por plaza y día en bares y restaurantes (2,51 euros y 2,56 euros, respectivamente)
- Dividiendo la tarifa propuesta diaria (0,78 € mes / 30 días equivale a 0,03 € / día) por estos ingresos vinculados, EGEDA obtiene un 1,2%, que representa el porcentaje de la tarifa sobre la estimación de los ingresos vinculados a la explotación del repertorio.
- EGEDA concluye que su tarifa, al representar el 1,2% de la estimación de los Ingresos Vinculados por la utilización de su repertorio, es razonable al ser inferior al 3%, porcentaje que EGEDA considera que cumple el criterio de equidad.

A continuación, se incluye el cálculo incorporado a la Memoria aportada por EGEDA al procedimiento de determinación de tarifas:

Cálculo del porcentaje de la tarifa general sobre los ingresos vinculados de los establecimientos de hostelería no dedicados al hospedaje

		Bar	Restaurante
Importancia media de la presencia de televisión	[1]	2,02	2,06
Importancia relativa de la presencia de televisión respecto a Hoteles 3*	[2]=[1]/3,28	62%	63%
Disponibilidad a pagar por la televisión en hoteles de 3* (€/habitación/día)	(3)	8,56	8,56
Disponibilidad a pagar por la televisión en hoteles de 3* (€/plaza/día)	[4]=[3]/2, 1	4,08	4,08
Ingresos vinculados (€/plaza/día)	[5]=[2]x[4]	2,51	2,56
Tarifa mensual por plaza disponible (€)	[6]	0,78	0,78
Tarifa diaria por plaza disponible (€)	[7]=[6]/30	0,03	0,03
Porcentaje de la tarifa sobre ingresos vinculados	[7]/[5]	1,2%	1,2%

(45) Por otra parte, FEHR-CEHE, como usuario requerido en el procedimiento de determinación de tarifas, realiza las siguientes consideraciones a la propuesta presentada por EGEDA:

- La tarifa propuesta no es aplicable al sector de la restauración y principalmente para las Pymes.
 1. En primer lugar, porque el Contrato Base de 2004 acordado con EGEDA y AIE reconocía que el uso de la televisión en los establecimientos de hasta dos estrellas era irrelevante para su beneficio económico.
 2. En segundo lugar, porque FEHR-CEHE entiende:
 - Que las emisiones en directo como deportes, informativos o magazines de entretenimiento no son grabaciones audiovisuales.
 - Que los clientes de bares y restaurantes consumen fundamentalmente eventos deportivos e informativos.
 - Que, por tanto, no se hace uso del repertorio de EGEDA, al no formar parte del mismo.
 - Que los actos de comunicación pública de contenidos que forman parte del repertorio de EGEDA no aportan valor económico a los

establecimientos de restauración, por lo que, de acuerdo con el artículo 164.3 del TRLPI no procede aplicarles una tarifa.

- Relacionado con lo anterior, entiende FEHR-CEHE que EGEDA debería informar de manera trasparente de la amplitud de su repertorio, los elementos que lo conforman y el número de obras que gestiona.
- Respecto a la propuesta tarifaria, señala FEHR-CEHE que no está suficiente y correctamente justificada y es contraria al TRLPI y a los principios contenidos en la Orden ECD/2574/2015:
 1. Al no justificar el importe de la tarifa de 0,78 euros por plaza disponible y no cumplir con el artículo 164.1 del TRLPI. Como ejemplo de la falta de equidad señala que la tarifa de 0,78 euros propuesta por EGEDA es muy superior a la establecida por la SGAE.
 2. Al utilizar un concepto como el de “plaza disponible” que no está definido ni es utilizado en el sector de la restauración y que no se contempla como concepto tarifario por ninguna otra entidad de gestión.
 3. Al no valorar ni el número de clientes con acceso al contenido ni el propio contenido emitido.
 4. Al no respetar los principios de racionalidad, equidad y no arbitrariedad que establece el TRLPI, ni la metodología de la Orden ECD/2574/2015.
- En cuanto a la determinación de los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio, propuesto por EGEDA:
 - i. Cuestiona la utilización del “Choice Modelling” para la estimación de los ingresos vinculados dadas sus limitaciones. Además, critica que no tenga en cuenta el uso del repertorio, los contenidos televisivos visionados y la presencia de televisores en los establecimientos de restauración.
 - ii. Considera que los ingresos vinculados reales se deberían basar en el subconjunto de clientes que visionan en la TV contenidos del repertorio de EGEDA y por tanto este subconjunto debería servir para determinar la fórmula de la tarifa, en sustitución de las plazas disponibles del establecimiento.
- En apoyo de sus afirmaciones, FEHR-CEHE presenta un Dictamen comparativo de las tarifas aplicadas por otras entidades de gestión para actos de comunicación pública análogos en establecimientos de restauración, en el que se considera que *“el valor del uso del derecho de los productores audiovisuales en un establecimiento de hostelería no puede diferir del valor del uso del derecho de los productores fonográficos en el mismo establecimiento: aunque los derechos*

administrados sean distintos, estamos en presencia de lo que se consideran usos secundarios en la actividad del establecimiento usuario”.

- (46) Ante las alegaciones realizadas por FEHR-CEHE y las discrepancias suscitadas en torno al concepto de plaza disponible, EGEDA presenta un informe de Compass Lexecon el 7 de febrero de 2020 en el que afirma proponer un concepto estandarizado de “plaza disponible con acceso a contenidos audiovisuales”. Para ello, cada establecimiento debe calcular su superficie computable total⁹, distinguiendo la superficie computable de pie y sentada. Además, deberá tenerse en cuenta el tipo de establecimiento, distinguiendo también entre comida rápida y resto de establecimientos.

De este modo, de acuerdo con la ocupación máxima para la evacuación de un local en caso de incendio, establecida en el Documento Básico de Seguridad en caso de Incendio del Código Técnico de Edificación, realiza un nuevo cálculo de las plazas disponibles con acceso a contenidos audiovisuales:

- Establecimientos de comida rápida: superficie computable total x 0,83.
- Resto de establecimientos de hostelería: superficie computable de pie + superficie computable sentada x 0,67.

- (47) Además, EGEDA reconoce que no hay una explicación del importe de la tarifa de 0,78 euros en la Memoria Económica Justificativa y en cuanto a la cuestión relativa a la amplitud del repertorio, vuelve a afirmar que su repertorio es universal e incluye todas las obras y grabaciones audiovisuales, incluidos los contenidos deportivos, que, afirma, son grabaciones audiovisuales. Por ello, no sería necesario conocer los contenidos que son visionados en los establecimientos, al comprender el repertorio de EGEDA todos los posibles.
- (48) EGEDA señala que en la Memoria económica que plasma los resultados de las encuestas realizadas queda acreditada la relevancia de la televisión en estos establecimientos y que, aunque se modifiquen las puntuaciones asignadas para medir la importancia de la presencia de TV en las encuestas, el porcentaje resultante sería menor al 3%, manteniéndose por tanto, siempre según EGEDA, dentro de lo razonable.
- (49) Respecto a la falta de equidad alegada por FEHR-CEHE, afirma que el precio resultante de la negociación oscilaría entre el máximo precio que el usuario estaría dispuesto a pagar por la utilización de las obras (que identifica con el valor económico de la utilización de los derechos, recogido en el artículo 164.3 del TRLPI) y el menor precio que estaría dispuesto a aceptar el titular de los derechos. A juicio de EGEDA, cualquier precio situado entre estos dos valores sería un precio equitativo. Señala que los operadores de televisión de pago mayoritariamente han aceptado ese precio por lo que son una referencia de tarifa razonable para EGEDA.

⁹ « La superficie de su establecimiento (en metros cuadrados) en la que los clientes puedan visualizar uno o varios de los aparatos televisuales puestos a disposición, a través de los que se pueda tener acceso a obras y grabaciones audiovisuales (es decir, a través de los que el usuario pueda efectuar actos de comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales contenidas en cualesquiera de los canales de televisión cuya señal sea captada mediante emisión/transmisión de entidades de radiodifusión en origen/primarias) »

- (50) En cuanto a la comparación entre la tarifa de EGEDA y de SGAE y AGEDI-AIE, EGEDA responde que utiliza un criterio diferente al de la superficie, que no existen bases homogéneas y por tanto no son comparables. Asimismo, la tarifa establecida se basa en Acuerdos alcanzados por EGEDA con cadenas de restauración.
- (51) Finalmente, EGEDA afirma que no es necesario conocer los ingresos totales de los establecimientos para estimar los ingresos vinculados. El porcentaje del 1,2% proviene de una extrapolación de los resultados obtenidos tras las encuestas, concretamente del precio que según la Memoria Económica Justificativa estarían dispuestos a pagar los titulares de estos establecimientos, estimado en 2,51 euros por plaza y día. La tarifa diaria de EGEDA (0,03 euros por plaza) representa el 1,2% de esta estimación (0,03/2,51).
- (52) Más allá de las posiciones reseñadas de EGEDA y FEHR-CEHE, conviene mencionar la posición de los terceros interesados en el expediente:
- (53) AGEDI-AIE pone de manifiesto que la nulidad de la Orden ECD/2574/2015 hace imposible continuar con el procedimiento de determinación de las tarifas instado por EGEDA, al ser un elemento esencial para su determinación. Por ello, considera que debe paralizarse el procedimiento hasta la aprobación de una nueva Orden, dado que la disposición transitoria segunda de la Ley 21/2014 vinculaba la aprobación de tarifas por parte de las entidades de gestión a la existencia de una orden de metodología.
- (54) En opinión de AGEDI-AIE, la SPCPI no puede ejercer su función de determinación de tarifas sin la existencia de esta Orden, pues no se contaría con un marco de precios para el inicio de las negociaciones, y por tanto, no se podría someter la controversia a la SPCPI
- (55) Asimismo, alega AGEDI-AIE el incumplimiento en este expediente de los plazos previstos en los artículos 21.6 (*“el plazo de instrucción y resolución del expediente será de nueve meses a partir de la admisión a trámite de la solicitud del procedimiento, que dará lugar al inicio del mismo”*) y 23.6 (*“el plazo máximo para la proposición, práctica de la prueba, reuniones y vistas será de cuatro meses desde el inicio del procedimiento”*) del Real Decreto 1023/2015.
- (56) Finalmente, AGEDI-AIE muestra su disconformidad con el tratamiento de la confidencialidad de los documentos que obran en el expediente, al no permitir el acceso al expediente completo, entendiéndose que se vulnera lo establecido en el artículo 23.9 del Real Decreto 1023/2015 y en el artículo 82.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. A su juicio, la confidencialidad de los documentos debería proyectarse hacia terceros ajenos al procedimiento, pero no aplicarse a las partes ni a los interesados. En su opinión, finalmente, se habría producido la caducidad del procedimiento y procedería su archivo.

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

V. VALORACIÓN

V.1 Cuestiones generales: principios básicos y precedentes relevantes

- (58) 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 g) y 122 del TRLPI, por la utilización por parte de FEHR-CEHE del repertorio gestionado por EGEDA.
- (59) Tales principios básicos han sido establecidos por las sucesivas autoridades de competencia en distintos precedentes en el sector de la gestión de derechos de propiedad intelectual¹⁰.
- (60) 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 EGEDA¹¹, 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 intelectual¹² 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*¹³, de 18 de enero de 2018 e *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. 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.
- (61) 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

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

¹¹ Disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/s015709>

¹² Disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc02015>

¹³ Disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/infdc23517>

valoración jurídica de aspectos tales como la caducidad del procedimiento o la confidencialidad que han sido suscitadas por AGEDI-AIE pero escapan a la aplicación del derecho de la competencia y corresponderá valorar a la SPCPI.

- (62) 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 análogo¹⁴. La propia SPCPI ya tuvo que tratar las consecuencias de la anulación de la Orden ECD/2574/2015 en la Resolución, de 20 de septiembre de 2018, del procedimiento de determinación de tarifas solicitado 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.
- (63) 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:
- (64) 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 fecha¹⁵.
- (65) Entiende este Consejo que la ya elevada concentración de derechos gestionados por las EGDPI en general, y por EGEDA en particular, no debería verse incrementada mediante una interpretación amplia y no avalada por la jurisdicción civil o administrativa de la definición de obras y grabaciones audiovisuales. Esta interpretación implica una extensión de los derechos de

¹⁴ 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 quíarse 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).

¹⁵ La excepción parcial la constituyen DAMA y SGAE, por un lado, y SEDA y SGAE, por otro, en tanto que existe coincidencia parcial en los derechos que gestionan unas y otras.

gestión para las entidades, otorgándoles sin apoyo normativo una exclusividad en la gestión de derechos e impidiendo la libertad de elección de los titulares de los mismos.

- (66) La inclusión de nuevos actos como susceptibles de ser objeto de derechos de gestión colectiva obligatoria por EGEDA 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.
- (67) 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 la norma otorga a las autorizaciones por la comunicación pública que corresponden a los productores audiovisuales, de gestión colectiva voluntaria, de la simple remuneración, derecho de gestión colectiva obligatoria. Esto podría fomentar que las autorizaciones se gestionasen necesariamente a través de la entidad de gestión, lo cual podría restringir la libertad de elección y de negociación directa con el titular, lo que 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 en el caso de la gestión voluntaria) 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 dominante¹⁶.
- (68) Finalmente, a efectos de este informe es especialmente relevante el precedente constituido por la 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, si bien en la modalidad de retransmisión por cable y respecto de los establecimientos hoteleros¹⁷.
- (69) 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.

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

¹⁷ De hecho, durante un cierto período la similitud entre ambas tarifas fue total, como se recoge en la resolución del TDC de 27 de julio de 2000 (expte. 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual), “las tarifas de EGEDA de mayo de 1994 para los hoteles, son iguales que las que asigna a los operadores de cable (estructura tarifaria idéntica e idénticos importes en pesetas dentro de cada caso) “.

- (70) 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 infracción¹⁸. 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.
- (71) 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 delimitación del repertorio gestionado*
- *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 civil¹⁹.

- *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 usuarios.*
- *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*

¹⁸ La sentencia anuló exclusivamente la sanción para ordenar a la CNMC su recálculo, fruto de tal recálculo conforme a los criterios exigidos por la Audiencia Nacional, la multa resultante fue más elevada, por lo que finalmente, en virtud del principio que prohíbe la reformato in peius se fijó en el mismo importe inicialmente establecido (resolución de ejecución de sentencia de 4 de diciembre de 2018, expte. VS/0457/09).

¹⁹ 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.

de la categoría del hotel y de las plazas disponibles, cuando ambas variables carecen de relación razonable con la prestación de EGEDA.

- *La inadecuación del choice modelling como modelo para obtener el valor de los derechos que gestiona EGEDA.* El Consejo de la CNC detalla en la página 59 de la Resolución que “el modelo utilizado ha sido planteado en unos términos que no permiten obtener las respuestas buscadas, es decir, cuál es el 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 las páginas 59 y 60 del repetido informe las limitaciones de la utilización del choice modelling para obtener conclusiones válidas sobre el nivel de las tarifas de EGEDA.

V.2 Sobre la determinación de tarifa.

- (72) 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.
- (73) 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.).
- (74) 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...*”²⁰.
- (75) 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*”²¹, 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*”.
- (76) Asimismo, la formación *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

²⁰ 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.

²¹ 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.

tienen un carácter automáticamente *equitativo* simplemente porque hayan sido acordados entre las partes.

- (77) 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, de gran heterogeneidad y dispersión donde la presencia de la televisión podría calificarse de irrelevante en el desarrollo de su actividad.
- (78) Como se ha anticipado, el Catálogo de tarifas generales aprobado por EGEDA en 2016, y actualmente vigente, establece una tarifa mensual de uso por disponibilidad promediada de 0,78 euros por plaza disponible con acceso a contenidos audiovisuales. Esta tarifa es aplicable tanto a la concesión de la autorización del derecho exclusivo de los productores audiovisuales, como a la remuneración a los citados productores del artículo 122.2 en relación con los actos de comunicación pública de la letra g) del artículo 20.2 del TRLPI.
- (79) EGEDA reconoce que no justifica en su Memoria económica la tarifa general por disponibilidad promediada que, como se ha señalado, debe estar vinculada al uso efectivo del repertorio por parte de los usuarios, no siendo suficiente su argumentación en cuanto que se tratan de tarifas acordadas con algunas empresas del sector de la restauración. Además, esta tarifa se encuentra totalmente desconectada de los ingresos de los usuarios vinculados a la explotación del repertorio.
- (80) En cuanto al segundo elemento para la determinación del importe a pagar, el concepto de “plaza disponible con acceso a contenidos audiovisuales”, es un concepto controvertido, en contraposición a la ocupación efectiva, a pesar del cambio en su definición presentado por EGEDA en su segunda propuesta. En este caso las plazas disponibles dependerían de la superficie computable total, definida como “*la superficie de su establecimiento (en metros cuadrados) en la que los clientes puedan visualizar uno o varios de los aparatos televisuales puestos a disposición*” y diferenciándose entre superficie sentados y de pie.
- (81) La tarifa, por tanto, se aplicaría por plaza disponible en base a los metros cuadrados de superficie del establecimiento. No se tendrían en cuenta criterios de modulación como: la ocupación media real acreditada, el número de televisores disponibles en el local y su tamaño (pulgadas), la tipología de los canales visionados, la duración de los contenidos, el tiempo medio que un cliente permanece en un establecimiento, las diferentes categorías de establecimientos de restauración: bares, restaurantes, pubs etc.
- (82) 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.

- (83) Finalmente, no puede compartirse la valoración de EGEDA de que cualquier tarifa en la franja por debajo del 3% resulte automáticamente equitativa, puesto que supondría concluir que tanto un 0.1% como un 3% son igualmente equitativos, lo que resulta contraintuitivo si se está tratando de determinar el valor económico del uso del repertorio.

V.3 Sobre el uso efectivo: grado, intensidad y relevancia

- (84) Como se ha mencionado supra, la equidad y la formación eficiente de las tarifas pasa por su ajuste al uso efectivo del repertorio²². En concreto, EGEDA ha establecido una tarifa mensual de uso por disponibilidad promediada y por tanto, sin referencia al grado real de uso efectivo.
- (85) La CNMC ha admitido la utilización de tarifas no ligadas al uso por la imposibilidad de obtener la información necesaria o en la desproporción de los costes de obtenerla, “[n]o obstante, la aplicación de estas tarifas promediadas debería ser subsidiaria y limitada a los supuestos referidos por su carácter en principio sub-óptimo desde el punto de vista de la eficiencia económica y porque se opone a la regla general de fijación de precios para evitar abusos de una posición de dominio como la que ostentan las entidades de gestión”²³.
- (86) Por tanto, salvo excepciones y solo en supuestos muy tasados, las tarifas deben depender del uso efectivo del repertorio²⁴, 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.”
- (87) EGEDA, en su justificación a la hora de determinar la tarifa, ha señalado que es prácticamente imposible calcular el uso efectivo de las obras audiovisuales de su repertorio y en caso de que lo fuera, “los ingresos que obtienen los usuarios vinculados a la explotación del repertorio no dependen del número exacto de obras que son realmente utilizadas por los usuarios”. Es decir, para EGEDA el grado de uso efectivo y la intensidad del uso de su repertorio no afectan a los ingresos que obtienen los usuarios vinculados con la explotación de dicho repertorio y, por tanto, “no se pueden utilizar para definir las tarifas generales”.
- (88) La resolución de la CNC de 23 julio de 2009 (Expte. 651/08 ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES)²⁵ 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

²² 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).

²³ Informe IPN/CNMC/0020/15.

²⁴ Informe IPN/CNMC/0020/15

²⁵ Disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/65108>

criterio que permita, en un primer paso, medir la intensidad de uso en la medida de lo posible (tiempo de comunicación, ponderación respecto del producto televisivo final, etc.) pero, también que mida el valor que tiene ese uso..." y con cita de esa misma resolución, la RCNC de 2 de marzo de 2012 (S/0157/09) concluye que "[e]s evidente que EGEDA al fijar las tarifas generales no ha tenido en cuenta criterio alguno que permitiera calcular la remuneración en función del uso efectivo de los derechos".

- (89) Respecto a la relevancia de uso, EGEDA la considera de carácter secundario, al no alterar la actividad desarrollada por estos usuarios, que podrían seguir desarrollándola igualmente si prescindiesen de la televisión. La escasa claridad en la definición de los niveles de relevancia de uso al depender de *"la alteración significativa de la actividad"* y la afirmación de EGEDA de que la actividad podría continuar sin la presencia de la televisión podría interpretarse de forma que la presencia de la televisión tiene una relevancia incluso nula al menos para una parte relevante de los usuarios y podría no dar lugar al cobro de la tarifa u obligar a una significativa reducción de la misma.
- (90) Por ello, la tarifa debería reflejar la diferente relevancia del uso del repertorio en los distintos establecimientos de restauración que podría ser desde nula a secundaria o significativa. Para ello, podría ser utilizada la clasificación y definición de los establecimientos y locales de restauración utilizados para la concesión de las licencias de funcionamiento, donde se hace referencia expresa a aquellos establecimientos que cuentan con medios audiovisuales y se definen y distinguen los tipos de establecimiento: bares, restaurantes, Bares-restaurante, cafeterías cafés, etc.
- (91) En cuanto a la intensidad de uso en los establecimientos de restauración, sería también importante poder relacionar los distintos tipos de establecimiento con el visionado de los canales, diferenciando los emitidos en abierto a través de la TDT, de aquellos en los que el repertorio de EGEDA tiene una distinta intensidad y una diferente relevancia.
- (92) En consecuencia, esta CNMC entiende que la tarifa general aprobada por EGEDA no incorpora el uso efectivo del repertorio, 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 desproporcionados²⁶.
- (93) Cabe citar en este contexto el criterio de la AN a la hora de ratificar la Resolución de la CNC de 2 de marzo de 2012 en el Expte. S/0157/09: EGEDA [énfasis añadido] "EGEDA, para combatir la postura adoptada por la CNC al respecto, sostiene que es inviable en la práctica hacer un seguimiento del uso

²⁶ A título de ejemplo, las tarifas por uso efectivo para la utilización del repertorio de SGAE para operadores (emisoras) de TV establecen "la tarifa aplicable a cada canal dentro de cada paquete ofertado será la que corresponda según el uso del repertorio" y establece mecanismos para determinar el porcentaje de uso del repertorio musical y audiovisual con el detalle de los usos por cada día de emisión íntegra en un período elegido siguiendo un procedimiento establecido (www.sgae.es, Tarifas Generales 2016).

efectivo de la televisión por parte de los clientes de los hoteles. Sin cuestionar esta afirmación, el que resulte imposible constatar esa utilización efectiva no convalida el empleo de un parámetro desde luego inequitativo, como es el número de plazas disponibles. Si la equidad exige en este caso ajustar el importe percibido por EGEDA a la difusión efectiva de los contenidos audiovisuales protegidos, es claro que la determinación de la tarifa en atención a las plazas disponibles no sirve a esa finalidad, pues no tiene en cuenta si dichas plazas están o no ocupadas ni, por lo tanto, si se ha producido en efecto el hecho gravado de la difusión. La posición que acogemos tiene un claro respaldo en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 19 de marzo de 2013 (recurso de casación núm. 2125/2009), a la que también hemos de referirnos después, que rechaza la determinación de las tarifas generales en atención a los rendimientos económicos y considera que ha de fijarse por razón del “uso efectivo del repertorio”, lo que se traduciría, en el supuesto que analizamos, en la efectiva difusión del contenido audiovisual que no tiene, evidentemente, relación con la categoría del establecimiento hotelero ni con las plazas disponibles”

- (94) De hecho, los procedimientos de gestión de EGEDA parecen tender a la continuidad y no aprovechar la innovación y los instrumentos actuales disponibles para el procesamiento de la información y la disponibilidad digital de datos. La importancia de contar con datos reales para medir el uso efectivo, intensidad y relevancia, y por tanto cumplir con los principios que inspiran la determinación de las tarifas, podría incentivarse mediante la fijación expresa y pública de descuentos o bonificaciones a aquellos usuarios que aporten información detallada sobre la actividad relacionada. Por ejemplo, una declaración responsable realizada de forma telemática sobre las características relevantes de sus locales de restauración.
- (95) En definitiva, sería deseable incorporar la colaboración entre las partes para que mediante un acuerdo entre particulares se mejorara el procedimiento de determinación de tarifas y se alcanzara el deseado consenso respetando los principios fundamentales de la normativa aplicable (esto es, la fijación de tarifas basadas en el uso efectivo), apoyándose en las tecnologías digitales para la transmisión y comprobación de datos, que permitieran estimar las intensidades o relevancias de su uso, ayudaran a la localización de los titulares de derechos beneficiarios o a la eficiencia en el modo de pago o cobro.

V.4 Sobre la amplitud del repertorio de EGEDA

- (96) La pretensión de EGEDA en relación al criterio del repertorio incluye todas las obras y grabaciones audiovisuales y por ello la intensidad, grado de uso y amplitud del repertorio la define como universal e igual al 100%. Asimismo, y como se ha mencionado, EGEDA se arroga la gestión colectiva de la concesión de autorizaciones no exclusivas sobre el derecho exclusivo de comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales correspondiente a los productores audiovisuales (artículo 122.1 TRLPI), además de la gestión

colectiva del derecho de simple remuneración vinculado a esos mismos actos de explotación.

- (97) 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”*
- (98) 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”²⁷ [énfasis añadido].*
- (99) 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 Orden ECD/2574/2015 para su aplicación por entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual que, salvo en el caso entonces de DAMA, 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.
- (100) 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, de los productores a los que representa con los que debe haber firmado un contrato por escrito, especificando el derecho, categoría de derechos o tipo de obra o prestación cuya gestión encomienda a la entidad. Esta información no debe suponer ningún coste para la entidad ya que debe mantener un registro actualizado de sus miembros (artículo 156.7 del TRLPI).
 - En tercer 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

²⁷ Informe CNC sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, de diciembre de 2009.

productores audiovisuales, de gestión colectiva voluntaria, de la simple remuneración, derecho de gestión colectiva obligatoria.

V.5 Sobre los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.

- (101) 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 uso.
- (102) 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.²⁸ 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.”
- (103) 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.”²⁹
- (104) 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 FEHR-CEHE. 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.

V.6 Sobre el resto de criterios de determinación de tarifas

- (105) 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

²⁸ Informe IPN/CNMC/0020/15: “en particular con aquellos criterios relativos al uso primando sobre variables de uso potencial (como el aforo o la capacidad)”

²⁹ Informe IPN/CNMC/0020/15.

TRLPI y que se regulaba en los artículos 7 y 14.3 de la anulada Orden ECD/2574/2015, esta CNMC insiste en resaltar la importancia que tiene la aplicación efectiva de los principios generales de eficiencia y buena gestión, a fin de evitar que se incrementen artificialmente los costes de prestación del servicio.

- (106) 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.
- (107) En lo que se refiere a las *comparaciones con las tarifas establecidas para otros usuarios para la misma modalidad de uso*, previstas en el artículo 164.3.e) del TRLPI, debe tenerse en cuenta que la metodología y criterios utilizados por EGEDA para la determinación de la tarifa para otros usuarios por la misma modalidad (zonas comunes de establecimientos de hospedaje y hospitalización de enfermos y gimnasios, centros deportivos y de salud y asimilados) son análogos a los usados para la fijación de la tarifa objeto de este informe, por lo que es de escasa utilidad dada la falta de adecuación a los criterios establecidos en el artículo 164 del TRLPI.
- (108) Hay que señalar asimismo, respecto de la afirmación de EGEDA de que los operadores de televisión de pago han aceptado mayoritariamente las tarifas determinadas por EGEDA, por lo que ésta entiende que constituyen una referencia de tarifas razonables, que la SPCPI hubo de resolver el 23 de julio de 2020 una solicitud de determinación de tarifas en el expediente E/2017/002, TELEFÓNICA frente a EGEDA, igualmente informado por este Consejo³⁰, en el que también fueron partes interesadas VODAFONE y ORANGE.
- (109) 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.

VI. EFECTOS DEL COVID EN EL SECTOR DE LA HOSTELERÍA.

³⁰ INF/DC/152/19 TELEFONICA S.A.U./EGEDA, disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/infdc15219>

- (110) El sector de la hostelería y restauración es uno de los que ha sufrido con mayor fuerza los efectos de la pandemia asociados a las restricciones establecidas como consecuencia del estado de alarma y las ulteriores restricciones establecidas por las CCAA competentes. Prueba de ello es que de los 300.000 establecimientos existentes en España y 1,7 millones de trabajadores en el año 2019, 85.000 cerraron definitivamente en 2020 y se perdieron entorno 300.000 afiliados a la Seguridad Social. En mayo de 2021, el sector contaba con 1,4 millones de trabajadores afiliados y de ellos, 263.387 afiliados se encontraban en ERTE lo que representa un 18,7% del total³¹.
- (111) En marzo de 2020 con la declaración del estado de Alarma en todo el territorio español para afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19, se suspendieron las actividades de hostelería y restauración, pudiendo prestarse exclusivamente servicios de entrega a domicilio
- (112) A partir del 21 de junio de 2020, cada comunidad autónoma estableció unas medidas restrictivas en relación con las actividades de hostelería y restauración. El estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020 y prorrogado por un periodo de 6 meses, que finalizó 9 de mayo de 2021, estableció entre sus medidas un toque de queda y número máximo de seis personas para las reuniones. No obstante, las CCAA podrían determinar en función de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad, previa comunicación al Ministerio de Sanidad, que el número máximo fuera inferior a seis personas, salvo que se tratara de convivientes
- (113) En los últimos 15 meses, los establecimientos de restauración han estado sometidos a importantes restricciones de diferente intensidad en función de la comunidad autónoma en que se encontraran establecidos y de la evolución de la pandemia. Estas medidas han supuesto:
- Cierres de municipios y áreas de ciertas ciudades.
 - Cierre total de los establecimientos
 - Horarios máximos de apertura y toque de queda
 - Aforos máximos en interior (del 30% al 50%) y exterior
 - Distancia social entre comensales
 - Prohibición de uso de la barra o consumir de pie
 - Número máximo de personas en mesa en interior y exterior
- (114) Estas restricciones han obligado a las empresas o autónomos del sector de la restauración al cierre del establecimiento, al cierre del interior, a la prohibición del uso de la barra, a una limitación del aforo en el interior y/o a restricciones en el horario de apertura. Estas medidas hacen difícil justificar el pago de la remuneración por el uso del repertorio de EGEDA por la comunicación pública cuando la ley obligaba al cierre del local o imponía férreas restricciones a la

³¹ <https://www.hosteleriadigital.es/2021/02/10/hosteleria-de-espana-frente-al-covid-19/>: Comparecencia del Presidente de la CEHE en el Congreso Febrero 2021.

actividad en interiores, donde generalmente se encuentran precisamente los aparatos de televisión. De hecho, cabe concluir que la mera apertura de las terrazas de los establecimientos sin acceso visual a los televisores y sin clientes en el interior del local, no debería dar lugar al pago por los actos de comunicación pública, que por definición no se habrían podido producir.

- (115) Por ello, debería reducirse respecto de ese período al mínimo o incluso eliminarse el pago de una tarifa que nuevamente se encuentra desvinculada del uso efectivo del repertorio por el usuario. Estas reducciones proporcionales deberían mantenerse durante el tiempo que duren las restricciones y hasta que se vuelva a la situación anterior a la crisis ocasionada por el COVID.
- (116) De hecho, se pueden encontrar ejemplos de acuerdos privados entre entidades de gestión y asociaciones de usuarios como muestra la decisión tomada por SGAE-AGEDI-AIE y la CONFEDERACIÓN EMPRESARIAL DE HOSTELERÍA DE ESPAÑA de ampliar en enero de 2021 el periodo de aplicación del descuento especial del 65% a los bares especiales hasta que las autoridades levanten las medidas que impiden el ejercicio de la actividad de dicho sector y siempre que se cumplan dichas medidas³². También cabría citar el acuerdo tomado por SGAE-AGEDI-AIE de no emitir la facturación correspondiente al segundo trimestre de 2020 en aquellos sectores en los que se paralizó la actividad, dando por resuelto este periodo³³.

³² <https://www.hosteleriadigital.es/2020/03/17/sgae-aie-y-agedi-publican-sus-medidas-adoptadas-ante-la-crisis-del-covid-19-que-afectan-a-hosteleria/>

³³ <http://www.sgae.es/es-ES/SitePages/EstaPasandoDetalleActualidad.aspx?i=6415&s=0&p=1>