



**PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE TARIFAS (E 2017/002)  
TELEFÓNICA S.A.U-EGEDA**

**RESOLUCIÓN E/2017/002 DE LA SECCIÓN PRIMERA DE LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL POR LA QUE SE RESUELVE LA DETERMINACIÓN DE TARIFAS GENERALES, EN REVISIÓN DE LAS ESTABLECIDAS POR LA ENTIDAD DE GESTIÓN EGEDA, PARA EL COBRO DE LOS DERECHOS CORRESPONDIENTES A LOS ACTOS DE RETRANSMISIÓN DE GRABACIONES AUDIOVISUALES POR LAS OPERADORAS DE TV DE PAGO**

*Resolución aprobada por la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual*

*Madrid, 23 de julio de 2020.*

**Índice**

I. ANTECEDENTES DE HECHO.....	3
II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.....	10
<b>II.1. Objeto del procedimiento.....</b>	<b>10</b>
<b>II.2. Pretensiones de las partes. ....</b>	<b>13</b>
<i>II.2.1. Propuesta tarifaria de TELEFÓNICA. ....</i>	<i>13</i>
<i>II.2.2. Posición de EGEDA. ....</i>	<i>16</i>
<i>II.2.3. Posiciones de las partes interesadas en el procedimiento. ....</i>	<i>18</i>
<b>II.3. Derechos sujetos a la gestión colectiva objeto del procedimiento de determinación de tarifas. 22</b>	
<i>II.3.1. Derecho exclusivo de los productores de grabaciones audiovisuales: concepto y alcance. ....</i>	<i>23</i>
<i>II.3.2. Formas de explotación: Derecho de comunicación pública en la modalidad de retransmisión por cable y satélite. ....</i>	<i>45</i>
<b>II.4. Sobre la determinación de tarifas por parte de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual.....</b>	<b>69</b>
<i>II.4.1. Competencias de la Sección de Primera de Propiedad Intelectual en el procedimiento de determinación de tarifas para la explotación de los derechos de productores de grabaciones audiovisuales. ....</i>	<i>69</i>
<i>II.4.2. Sobre la competencia de la SPCPI para interpretar la legislación de propiedad intelectual y cualquier normativa concordante en el seno del procedimiento de determinación de tarifas. ....</i>	<i>72</i>
<i>II.4.3. Criterios legales orientativos para la determinación de tarifas por los actos de retransmisión de grabaciones audiovisuales.....</i>	<i>74</i>
<i>II.4.4. Excursus: sobre la posible nulidad de las tarifas generales de EGEDA y su propagación al procedimiento de determinación de tarifas ante la SPCPI. ....</i>	<i>75</i>





III. FUNDAMENTACIÓN ECONÓMICA.....	79
III.1 Pretensiones económicas de las partes. ....	79
III.1.1. EGEDA: Tarifas generales y negociadas.....	79
III.1.2 TELEFÓNICA. Análisis económico de las tarifas generales de EGEDA y respuesta de TELEFÓNICA a las críticas de EGEDA sobre su propuesta tarifaria. ....	86
III.1.3. Valoración de las pretensiones económicas de las partes por la SPCPI.....	95
III.2. Análisis de la situación del sector de la televisión de pago. ....	99
III.3. Explicación de los criterios utilizados para el cálculo de la tarifa general. ....	105
III.3.2. Determinación de los ingresos comerciales vinculados a la retransmisión. ....	124
III.3.2. Aplicación de otros criterios del artículo 157.1 b). TRLPI (actualmente artículo 164.3 TRLPI). Amplitud del repertorio, grado de uso e intensidad y relevancia. ....	162
III.4. Determinación de la tarifa general aplicable.....	164
III.4.1. Ajustes por actividad de retransmisión del operador, determinación del tipo tarifario y de la tarifa.....	164
III.4.2. El valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de la tarifa. ....	175
III.4.3. Tarifa por abonado y mes, incluyendo el valor económico del servicio prestado.....	178
III.5. Comparación con tarifas para otros usuarios y con tarifas homólogas en otros países de la UE. ....	178
III.5.1. Tarifas establecidas por la entidad de gestión para otros usuarios para la misma modalidad de uso. ....	178
III.5.2. Tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la UE, para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación. ....	179
IV. RESOLUCIÓN. ....	181
IV.1. Determinación de la tarifa controvertida.....	181
IV.2. Entrada en vigor, alcance temporal y forma de pago de la tarifa. ....	181
IV.3. Determinación de la tasa. ....	184
IV.4. Notificación y Publicación. ....	184
IV.5. Recursos. ....	184





## I. ANTECEDENTES DE HECHO

- I. Con fecha 31 de julio de 2017 tuvo entrada en el registro del, entonces, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, una solicitud de inicio de procedimiento de determinación de tarifas (ff.11 a 194) ante la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (en adelante, SPCPI) presentada por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TELEFÓNICA), siendo la contraparte requerida a negociar la ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (en adelante, EGEDA). La Secretaría de esta SPCPI le asignó el número de expediente E/2017/002. La tarifa controvertida es la tarifa general por el uso de grabaciones audiovisuales en plataformas de televisión de pago por medio de la retransmisión, aprobada por EGEDA en 2016.
- II. La SPCPI revisó la documentación aportada por TELEFÓNICA, considerando que cumplía los requisitos establecidos en el artículo 20 del Real Decreto 1023/2015, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la composición organización y ejercicio de las funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (en adelante, RD 1023/2015). En virtud de lo establecido en el artículo 21.1 del RD 1023/2015, el 17 de agosto de 2017 se procedió a dar traslado de dicha solicitud (ff.195 a 198), así como de la documentación adjunta, a la entidad EGEDA, para que en plazo de quince días presentase las alegaciones que estimase oportunas sobre su admisión a trámite. El 11 de septiembre de 2017, tuvo entrada un escrito de alegaciones de EGEDA, oponiéndose a la admisión a trámite del procedimiento (ff.199 a 204).
- III. El 27 de septiembre de 2017 la SPCPI admitió a trámite la solicitud de inicio del procedimiento de determinación de tarifas presentada por TELEFÓNICA, rechazando las causas de inadmisión planteadas por EGEDA. Dicha resolución se notificó a las partes el 29 de septiembre de 2017 y se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 20 de octubre de 2017, a los efectos previstos en el artículo 21.5 del RD 1023/2015 (ff.205 a 208).
- IV. Con fecha 27 de octubre de 2017 EGEDA interpuso recurso de reposición contra la Resolución de la SPCPI de 27 de septiembre de admisión a trámite, desestimado por la SPCPI mediante resolución de 21 de noviembre del mismo año (ff.209 a 215).
- V. Con fechas 7, 8, 13 y 28 de noviembre de 2017, la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y Artistas Intérpretes o Ejecutantes Sociedad de Gestión de España (AIE), VODAFONE-ONO (VODAFONE) y ORANGE ESPAGNE S.A.U (ORANGE), respectivamente, solicitaron la personación como interesados en el procedimiento de determinación de tarifas (ff.216-298). Con fechas 22 de noviembre y 11 de diciembre de 2017, la SPCPI aceptó las





solicitudes de personación y procedió a notificar dicha aceptación a EGEDA y a TELEFÓNICA (ff.323 a 326).

- VI. El 17 de noviembre de 2017 EGEDA solicitó a la SPCPI, al amparo del artículo 22 del RD 1023/2015, la adopción de medidas provisionales en el presente procedimiento de determinación de tarifas (ff.299 a 311). Con fecha 29 de noviembre del mismo año la SPCPI trasladó dicha solicitud a TELEFÓNICA a los efectos de que pudiera formular las alegaciones que estimara oportunas (ff.327 a 329). El 22 de diciembre de 2017, TELEFÓNICA presentó un escrito de oposición frente a la adopción de dichas medidas provisionales (ff.424 a 447). Posteriormente, con fechas 30 de enero y 5 de febrero de 2018, EGEDA reiteró escrito de solicitud de medidas provisionales (ff.1361 a 1365) e impugnó las alegaciones de TELEFÓNICA sobre adopción de medidas provisionales (ff.1371 a 1377). Posteriormente, en febrero de 2018, con el fin de continuar las negociaciones con TELEFÓNICA, que se mantienen en una situación de no acuerdo, EGEDA retira la solicitud de adopción de medidas provisionales (ff.1396 a 1398), dándose traslado a TELEFÓNICA (ff.1399 a 1400). La SPCPI archivó la solicitud de adopción de medidas provisionales, notificándose a ambas entidades (ff.1409 a 1412).
- VII. Con fecha 29 de noviembre de 2017 tuvo entrada en el registro electrónico de la Secretaría de Estado de Cultura un escrito presentado por TELEFÓNICA, aportando (i) versión censurada del informe motivado que respalda la pretensión que se formula respecto de la tarifa general por el uso del repertorio de EGEDA y (ii) solicitud a los efectos de dar tratamiento confidencial a diversos documentos y partes de éstos (ff.337 a 389). La SPCPI trasladó a TELEFÓNICA, el 19 de marzo de 2018, el acuerdo de confidencialidad frente a terceros interesados del anexo 3, 4 y 5 de la solicitud (ff.1433 a 1434).
- VIII. Con fecha 2 de enero de 2018, EGEDA presentó un recurso potestativo de reposición frente a la aceptación de ORANGE como parte interesada en el procedimiento (ff.448 a 452). El 31 de enero de 2018 la SPCPI notificó a EGEDA la Resolución por la que se inadmite el recurso de reposición interpuesto (ff.1366 a 1368).
- IX. Con fechas 15,16, 25 y 26 de enero de 2018 tuvieron entrada, a través de la sede electrónica de la Secretaría de Estado de Cultura, escritos de EGEDA aportando la siguiente documentación, pruebas e informes: (i) análisis económico del informe motivado presentado por TELEFÓNICA junto con diversos anexos con información relativa a contratos, cuentas anuales e informes de resultado (ii) alegaciones al informe de TELEFÓNICA y diversa documentación anexa (contratos y prórrogas) (iii) presentación de diversa documentación, informe Barlovento, facturas de TELEFÓNICA, contrato, alegaciones y proposición de prueba (ff.461 a 1357). Posteriormente, con fecha 19 de marzo de 2018, la SPCPI notificó a EGEDA admitir total o parcialmente la práctica de





una serie de pruebas y denegar provisionalmente la práctica de otras, así como admitir parcialmente el requerimiento de documentación a TELEFÓNICA propuesto por EGEDA y requerir a ésta entidad a los efectos de justificar la confidencialidad solicitada respecto de una documentación aportada al expediente (ff.1429 a 1432). El 23 de marzo de 2018 EGEDA solicita el tratamiento confidencial de una serie de contratos y la ampliación del plazo al objeto de presentar las versiones censuradas y el 2 de abril de 2018 EGEDA aporta versiones censuradas de diversos contratos (ff.1437 a 1606).

- X. En marzo de 2018 la SPCPI solicitó documentación, tanto a EGEDA como a TELEFÓNICA, sobre cuestiones generales, contractuales y tarifarias. De igual forma solicitó información y también la cumplimentación de las tablas de costes a las entidades ORANGE y VODAFONE (ff.1413 a 1428). Todo ello al amparo de lo previsto en el artículo 23.1 del RD 1023/2015.
- XI. En los meses de abril y mayo de 2018 se recibe en la SPCPI la información solicitada a EGEDA, TELEFÓNICA, ORANGE y VODAFONE (ff.1621 a 2265 y 2269 a 2622). comunicando a estas entidades la necesidad de aportar la correspondiente versión censurada, especificando en cada caso, si dicho tratamiento confidencial es para la contraparte, para terceros interesados, o solo para estos últimos. A lo largo del mes de junio se reciben las versiones censuradas solicitadas (ff.2636 a 2660).
- XII. Se requiere, asimismo en junio, a las entidades EGEDA, TELEFÓNICA, ORANGE, VODAFONE, SGAE, AGEDI-AIE, que aporten determinada información y documentación, así como solicitud de propuesta de práctica de pruebas (ff.2661 a 2677).
- XIII. En los meses de junio y julio de 2018, la SPCPI requiere la aportación de determinada información y documentación de las entidades CRTVE, ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A., y MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A (ff.2686 a 2693).
- XIV. Posteriormente, la SPCPI aclara algunos aspectos de la documentación solicitada y ampliando el plazo concedido a las entidades por la complejidad alegada para recabar la misma. En relación con la práctica de pruebas, TELEFÓNICA, con fecha 16 de agosto de 2018, aportó diversa documentación y propuso la práctica de pruebas, así como tratamiento de confidencialidad (ff.2721 a 2749 y 2869 a 3338). Y AGEDI-AIE propuso la práctica de pruebas mediante presentación de escrito fechado el 2 de agosto de 2018 (ff.2755 a 2840). El 3 de septiembre de 2018 EGEDA solicita el levantamiento de la confidencialidad otorgada a parte de la documentación aportada por TELEFÓNICA. Estas cuestiones son resueltas por la SPCPI por acuerdo de 20 de septiembre de 2018, notificado a las partes el 3 de diciembre de 2018 (ff.3360 a 3367).





- XV. Con fecha 2 de enero de 2019 tuvo entrada en la sede electrónica del Ministerio de Cultura y Deporte un escrito de TELEFÓNICA presentando un recurso de reposición contra el acuerdo de la SPCPI, de 20 de septiembre de 2018, por el que deniega parcialmente la proposición de práctica de pruebas (ff.3372 a 3390). Con fecha 8 de febrero 2019, la SPCPI notifica a TELEFÓNICA el Acuerdo por el que se inadmite dicho recurso (ff.3456 a 3458).
- XVI. En virtud de lo solicitado por Telefónica en su escrito de 16 de agosto de 2018, el 4 de febrero de 2019 la SPCPI requirió a la Subdirección General de Propiedad Intelectual (ff.3399 a 3402) para que aportara al expediente copia de las tarifas generales aprobadas por EGEDA por el uso de grabaciones audiovisuales en plataforma de televisión de pago por medio de la retransmisión, correspondientes a los tres años anteriores a 2015. En la misma fecha, la SGPI remite copia de dichas tarifas (ff.3403 a 3451). Asimismo, recaba información a Compass Lexecon en marzo de 2019 (ff.3452 a 3455). El día 8 de este mes tuvo entrada en el registro del Ministerio de Cultura y Deporte el escrito de respuesta evacuado por dicha compañía. (ff.3488 a 3491).
- XVII. Con fecha 25 de febrero de 2019 tuvo entrada en la sede electrónica del Ministerio de Cultura y Deporte, un escrito presentado por EGEDA, en el que solicita la terminación por causas sobrevenidas en virtud del art. 84.2 de la LPAC, en base a la declaración de nulidad por Sentencia de 22 de marzo de 2018 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de la OECD/2574/2015, de diciembre (ff.3472 a 3484) El 5 de marzo de 2019 la SPCPI contesta a EGEDA denegando dicha solicitud (ff.3485 a 3487).
- XVIII. Con fecha 8 de abril de 2019 tuvo entrada en la sede electrónica del Ministerio de Cultura y Deporte un escrito de TELEFÓNICA en el que solicita el fin de la instrucción del procedimiento y que se dicte resolución por la que, teniendo por concluida la fase de práctica de prueba, se acuerde (i) recabar los informes a los que se refiere el artículo 23.8 del RD 1023/2015, o (ii) dar trámite de audiencia a las partes y terceros interesados para la formulación de conclusiones, conforme al art.23.9 del RD 1023/2015 (ff.3494 a 3522).
- XIX. El 6 de mayo de 2019 se convoca a las partes y a los terceros interesados a una reunión con la SPCPI, en virtud de lo previsto en el art. 23.5 del RD 1023/2015, requiriéndolos a comunicar quien asistirá a la misma. La fecha propuesta ha de trasladarse para alguna de las entidades por causas sobrevenidas (ff.3536 a 3567).
- XX. El 9 de mayo de 2019 se notifica a las partes y terceros interesados la Resolución de 25 de abril de 2019 de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, por la que se





establecen medidas provisionales de pago a cuenta por parte de TELEFÓNICA a EGEDA (ff.3590 a 3655).

- XXI. El 7 de junio de 2019 se comunica a las partes y terceros interesados personados en el procedimiento que el día 25 del referido mes, se celebrará una vista para ratificación de pruebas periciales, en virtud de lo previsto en el art. 23.5 del RD 1023/2015 (ff.3724 a 3741).
- XXII. El 7 de junio de 2019 TELEFÓNICA interpone recurso de reposición frente a la Resolución de la SPCPI de 25 de abril de 2019, dándose traslado a la contraparte y a los terceros interesados con el objeto de que puedan formular las alegaciones que estimen oportunas (ff.3742 a 3813). El 3 y 4 de julio de 2019 EGEDA y AGEDI-AIE presentan, respectivamente, alegaciones ante el recurso de reposición interpuesto por Telefónica (ff.3866 a 3895).
- XXIII. El 12 de julio de 2019 la SPCPI resuelve el recurso de reposición interpuesto por TELEFÓNICA, estimándolo parcialmente. Dicha Resolución se notifica a las partes e interesados el 25 de julio de 2019 (ff.3953 a 3976).
- XXIV. El 8 de julio de 2019 EGEDA presenta un informe técnico sobre retransmisión de eventos en directo y su relación con el concepto de grabación audiovisual (ff.3903 a 3917), del que se da traslado a TELEFÓNICA. El 26 de julio esta compañía presenta un escrito de alegaciones al informe de EGEDA (ff.3977 a 4002). La SPCPI, mediante acuerdo de fecha 2 de septiembre de 2019, notificado el 3 del mismo mes, da respuesta a las alegaciones formuladas por Telefónica (ff.4031 a 4034). El 16 de septiembre TELEFÓNICA presenta un escrito en el que formula oposición al acuerdo de la SPCPI de 2 de septiembre (ff.4049-4050).
- XXV. El 27 de agosto de 2019 la SPCPI solicita a TELEFÓNICA, ORANGE y VODAFONE aclaraciones en relación a cierta información que estas compañías han aportado durante la instrucción del presente procedimiento así como el requerimiento de documentación complementaria (este último extremo también se solicita a EGEDA) (ff.4008 a 4025).El 5,10 y 13 de septiembre VODAFONE, TELEFÓNICA Y ORANGE solicitan, respectivamente, ampliación del plazo para atender a esta solicitud (ff.4026 a 4030).La SPCPI les concede cinco días hábiles adicionales (ff.4035- 4048).
- XXVI. El 17 de septiembre de 2019 EGEDA aporta la documentación solicitada (ff.4053 a 4058). Por su parte, ORANGE, VODAFONE y TELEFÓNICA atienden al requerimiento de la SPCPI el 25 de septiembre (ff.4070 a 4163).





- XXVII. El 9 de octubre de 2019 TELEFÓNICA presenta un escrito dirigido a la SPCPI por el que informa a este órgano de la aceptación, por parte del Juzgado Mercantil nº1 de Madrid, de la demanda interpuesta por EGEDA contra TELEFÓNICA en mayo de 2018 (ff.4177 a 4225). La SPCPI dio traslado a EGEDA el 11 de octubre (ff.4226 a 4274), que presenta alegaciones el 18 de octubre (ff.4282 a 4314).
- XXVIII. El 24 de octubre de 2019 EGEDA presenta un escrito junto con el que aporta Sentencia nº381/2019 de 17 de octubre, recaída en el procedimiento ordinario número 48/2017, seguido en el Juzgado Mercantil nº8 de Madrid, en la que se condena a TELEFÓNICA S.A.U a abonar a EGEDA la cantidad de 5.445.000 euros más intereses legales por incumplimiento del contrato, prorrogado por última vez el 23 de diciembre de 2015 (ff.4315 a 4335).
- XXIX. El 30 de octubre de 2019 se solicita al Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) la evacuación del informe previsto en el apartado 8 del artículo 23 del RD 1023/2015 (ff.4336 a 4339).
- XXX. El 29 de noviembre de 2019 tiene entrada en el Registro electrónico del Ministerio de Cultura y Deporte el informe, aprobado el 28 de noviembre por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, INF/DC/152/19 (ff.4405 a 4440).
- XXXI. El 4 de diciembre de 2019 la SPCPI notifica a las partes e interesados personados en este procedimiento el inicio del trámite de audiencia, concediéndoles un plazo inicial de diez días hábiles para la presentación de conclusiones, según lo dispuesto en el apartado 9 del artículo 23 del RD 1023/2015 (ff.4490 a 4507). TELEFÓNICA y EGEDA solicitan la ampliación del plazo inicialmente concedido para atender a dicho trámite. La SPCPI les concede cinco días hábiles adicionales (ff.4508 a 4522).
- XXXII. El 19 de diciembre de 2019 tiene entrada en el Registro electrónico del Ministerio de Cultura y Deporte un escrito de EGEDA junto con el que aporta un Auto de fecha 10 de diciembre de 2019 resolviendo la solicitud de aclaración de TELEFÓNICA de la Sentencia de 17 de octubre de 2019 (cfr. XXVIII) (ff.4523 a 4532).
- XXXIII. Los escritos de conclusiones de las partes e interesados tienen entrada el 23 de diciembre de 2019 (AGEDI-AIE y ORANGE) y el 30 de diciembre del mismo año (TELEFÓNICA y EGEDA) (ff.4533 a 4882). VODAFONE y SGAE no presentan escrito de conclusiones.
- XXXIV. El 21 de febrero de 2020 la SPCPI aprueba la propuesta de resolución motivada, siendo notificada a las partes e interesados el 24 de ese mismo mes y otorgándoles un plazo de diez días para la presentación de alegaciones, según lo preceptuado en el art.24.1 del RD





1023/2015 (ff.4891 a 5033). TELEFÓNICA, EGEDA y AGEDI-AIE solicitan a la SPCPI la ampliación del plazo inicialmente concedido para evacuar este trámite. Se les concede cinco días hábiles adicionales (ff.5042 a 5069).

- XXXV. El 9 de marzo de 2020 ORANGE presenta escrito de alegaciones ante la propuesta de resolución de la SPCPI (ff.5070 a 5095).
- XXXVI. El 14 de marzo de 2020 se publica en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. En su Disposición Adicional Tercera se suspenden los términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del Sector Público (ff.5096 a 5106).
- XXXVII. El 23 de mayo de 2020 se publica en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. En su artículo 9 “Plazos administrativos suspendidos en virtud del RD 463/2020” se establece que “con efectos desde el 1 de junio de 2020 el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas” (ff.5107 a 5117).
- XXXVIII. El 1 de junio de 2020 tiene entrada en el registro electrónico de este Ministerio escrito de alegaciones de Telefónica a la Propuesta de Resolución junto con informe preparado por la Consultora RBB Economics (ff. 5118 a 5249).
- XXXIX. El 2 de junio de 2020 tiene entrada en el registro electrónico de este Ministerio escrito de alegaciones de EGEDA a la Propuesta de Resolución (ff 5250 a 5315).
- XL. El 8 de junio de 2020, AGEDI y AIE presentan, en el registro electrónico de este Ministerio, sus escritos de alegaciones ante la propuesta de resolución de la SPCPI (ff. 5316 a 5373).
- XLI. El 16 de junio, EGEDA presenta escrito y documentación del Auto Juzgado Mercantil número 1 de Madrid, recaído en el procedimiento ordinario 894/2018. (ff. 5429 a 5484).
- XLII. El 8 de julio, TELEFÓNICA presenta copia del recurso de reposición frente al Auto del Juzgado Mercantil número 1, citado en el apartado anterior de estos Antecedentes (XLI) (ff. 5499 a 5520).





- XLIII. El 14 de julio de 2020, fuera de plazo de alegaciones, EGEDA presenta un escrito junto con nuevo informe de Compass Lexecom (ff. 5521 a 5544), elaborado, según EGEDA, con carácter de urgencia y “ad cautelam” al Informe de Consultora RBB Economics adjuntado por TELEFÓNICA el 1 de junio de 2020. Se dio traslado a TELEFÓNICA, de toda esta documentación, el 15 de julio de 2020 (ff. 5544 a 5546).
- XLIV. Los diferentes avatares organizativos experimentados por la SPCPI desde el inicio del Expediente, la acumulación en poco tiempo de otros expedientes aún en tramitación, así como la suspensión de plazos provocada por la declaración del estado de alarma con motivo de la covid-19, han provocado un alargamiento del tiempo para la resolución del mismo.

## II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

### II.1. Objeto del procedimiento.

1. El presente procedimiento de determinación de las tarifas de la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (en adelante EGEDA) para operadores de televisión de pago (E/2017/002) ha sido instado a solicitud del usuario de derechos de propiedad intelectual, TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. (en adelante TELEFÓNICA), solicitando de esta SPCPI una determinación de tarifas generales en revisión de las establecidas por la entidad de gestión EGEDA, en el mes de junio de 2016, para el cobro de los derechos de remuneración correspondientes a los actos de comunicación pública en la modalidad de retransmisión de grabaciones audiovisuales (ff.11 a 194).
2. La solicitud de TELEFÓNICA fue admitida por la SPCPI, mediante Resolución de 27 de septiembre de 2017 (ff.205 a 208).
3. Desde hace años las partes venían alcanzando acuerdos para la explotación de derechos de grabaciones audiovisuales en la modalidad de retransmisión por cable, siendo el último del año 2015 para el ejercicio de 2016, el cual está siendo objeto de discusión entre las partes ante la jurisdicción civil, como consecuencia de la presentación de una demanda por parte de EGEDA contra TELEFÓNICA el 21 de diciembre de 2016. Procedimiento que ha sido resuelto en primera instancia por el Juzgado Mercantil nº 8 de Madrid, mediante Sentencia 381/2019, la cual condena a TELEFÓNICA a abonar a EGEDA la cantidad de 5.445.000 euros más intereses legales por incumplimiento del acuerdo de 2015 aludido anteriormente (ff.4318 a 4331).





4. Tras la promulgación de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante TRLPI), por el que se modificaron los criterios de determinación de tarifas por parte de las entidades de gestión, EGEDA procedió, en el mes de junio de 2016, a establecer unas tarifas generales para todo el sector, de conformidad con lo establecido en el artículo 157.1 b) TRLPI redactado por la Ley 21/2014 (artículo 164.3 del TRLPI vigente tras la aprobación de la Ley 2/2019), en la Disposición Transitoria segunda, apartado 1, de la Ley 21/2014, y en la Orden Ministerial 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.
5. TELEFÓNICA considera que las tarifas generales aprobadas por EGEDA en 2016 no se ajustan a los criterios legales establecidos en el TRLPI tras la redacción conferida por la Ley 21/2014 (artículo 157.1 b. TRLPI, actualmente artículo 164.3 TRLPI), presentando ante esta SPCPI una solicitud de determinación de tarifas -a la que acompaña un informe motivado en respaldo de su solicitud- con fecha de 31 de julio de 2017, con una propuesta tarifaria alternativa a la de EGEDA para la determinación de la tarifa adecuada para el uso del repertorio de dicha entidad de gestión en la modalidad de comunicación pública por retransmisión (ff.73 a 129).
6. TELEFÓNICA circunscribe el procedimiento de determinación de tarifas a los derechos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales en la modalidad de retransmisión por cable (*ex* artículos 20.2 e. y f. párrafo 2º TRLPI), alegando que otros actos de retransmisión de grabaciones audiovisuales (en particular mediante satélite, *ex* artículos 20.2 d. y f. párrafo 1º TRLPI) no han sido objeto tradicionalmente de gestión colectiva por parte de EGEDA al estar sujetos a un régimen de derechos exclusivos (cfr. artículo 122.1 TRLPI en relación con el artículo 20.2 d. y f. TRLPI) y no disponer o demostrar disponer EGEDA de mandatos de los titulares de derechos para conceder autorizaciones no exclusivas a los usuarios comerciales (ff.113 a 114; 117; 4791 a 4795).
7. Dice así TELEFÓNICA que EGEDA se ha limitado siempre a gestionar colectivamente la comunicación pública en su modalidad de retransmisión por cable, al ser el único ámbito donde puede invocar un derecho de gestión colectiva obligatoria (*ex* artículos 20.4 y 122.1 y 2 TRLPI). Los actos de retransmisión a través de satélite, que han tenido lugar a través de la empresa DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A (DTS) y, desde su adquisición por TELEFÓNICA DE CONTENIDOS S.A.U en el año 2015, por medio de la plataforma Movistar + Satélite (distinta de la plataforma Movistar + explotada por IPTV), han quedado siempre fuera de la gestión colectiva de EGEDA.





8. Por el contrario, EGEDA insiste reiteradamente en que su ámbito de gestión colectiva incluye los actos de retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales en cualquier modalidad, tanto por cable, hilo, fibra óptica u otro procedimiento análogo, como por vía inalámbrica, hertziana, por satélite o cualquier otro sistema, en formato analógico o digital. Por lo tanto, afirma que entran dentro de su competencia como entidad de gestión colectiva de grabaciones audiovisuales los derechos de retransmisión por cable e IPTV y por plataformas satelitales que llevan a cabo los operadores del sector de televisión de pago; en particular TELEFÓNICA, por ser el único operador que explota simultáneamente una plataforma IPTV y una plataforma satélite (ambas bajo la misma marca Movistar +), con identidad plena o sustancial de contenidos, al menos por lo que se refiere a contenidos retransmitidos (ff.1756 a 1761; 4866 a 4870).
9. En los Estatutos de EGEDA, publicados en su página web, se hace constar en su artículo 2, que: *“Constituye objeto y fin primordial de la Entidad, la gestión, protección y defensa de los intereses y derechos de los productores de obras y grabaciones audiovisuales, de sus cesionarios y de sus derechohabientes, ante personas, sociedades y organizaciones públicas y privadas, tanto españolas como de la Unión Europea o de terceros países (...). En especial (...) como consecuencia de (...): 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 las redes telefónicas o de comunicaciones, abiertas o cerradas, y ya sea por procedimientos analógicos, digitales, o por cualquier otro procedimiento”*.
10. Asimismo, en las tarifas generales aprobadas por EGEDA en el año 2016, la entidad se arroga la gestión colectiva obligatoria de los derechos de comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales en las formas previstas en la letra f) del número 2 del artículo 20 TRLPI, incluyendo en el concepto de retransmisión de dicho precepto objeto de gestión colectiva obligatoria *ex* artículo 122.2 TRLPI, tanto *“la retransmisión íntegra, inalterada y simultánea por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento similar...”*, como *“la retransmisión cuando se realice por vía inalámbrica, hertziana, por satélite o cualquier otro sistema, en formato analógico o digital...”* (ff.1106-a 1107; 1301).
11. EGEDA señala al respecto en sus tarifas generales 2016 que: *“La tarifa aplicable comprende la contraprestación por la concesión de la autorización, derecho exclusivo de los productores audiovisuales, así como la remuneración correspondiente a los productores audiovisuales a la que se refiere el artículo 122 en relación con el acto de comunicación al público previsto en la letra f) del apartado 2 del artículo 20...”*.





## II.2. Pretensiones de las partes.

### II.2.1. Propuesta tarifaria de TELEFÓNICA.

12. TELEFÓNICA alega que las tarifas generales establecidas por EGEDA en 2016 no se ajustan a los criterios establecidos en el artículo 157.1 b. TRLPI (actualmente artículo 164.3 TRLPI), ya que no atienden al verdadero valor económico que supone la utilización de los derechos sobre las obras y grabaciones audiovisuales del repertorio de EGEDA en la actividad de la plataforma Movistar + IPTV, ni recogen un justo equilibrio entre titulares de derechos y usuarios (f.4734).
13. Manifiesta además que es preciso tener en cuenta que EGEDA no es la única entidad de gestión que gestiona derechos sobre grabaciones audiovisuales (pues los productores de fonogramas gestionan sus derechos sobre videoclips musicales a través de AGEDI), y que en los actos de retransmisión concurren otros derechos de propiedad intelectual junto a los de los productores de grabaciones audiovisuales (derechos de autor, a través de SGAE y DAMA y derechos conexos de intérpretes y productores musicales a través de AIE-AGEDI) (f.123).
14. TELEFÓNICA propone como alternativa un sistema de cálculo muy diferente al establecido por EGEDA en sus tarifas generales en 2016, que además considera replicable para todo el sector de la televisión de pago.
15. A juicio de TELEFÓNICA, la base de ingresos computables a efectos de fijación de tarifa por actos de retransmisión por cable de grabaciones audiovisuales incluidas en el repertorio de EGEDA (ingresos vinculados a la explotación del repertorio o IVER) debe estar formada por los estrictamente vinculados con la explotación del repertorio (abonados y publicidad), de los cuales además es preciso descontar costes técnicos que tradicionalmente han sido excluidos en el sector de la televisión de pago (costes de alquiler de descodificadores y de captación y fidelización de clientes) (ff.92 y 4761 a 4764).
16. Esa base de ingresos computables debe formarse única y exclusivamente por los ingresos que para TELEFÓNICA y otros operadores de TV por cable suponga la explotación de los canales retransmitidos, que son los canales emitidos en abierto a través de la Televisión Digital Terrestre (en adelante TDT) o a través de otras fuentes de emisión o transmisión en abierto por vías alámbricas o inalámbricas, incluido el satélite.





En el caso de la plataforma Movistar + los canales objeto de retransmisión son los incluidos en la figura 10 que TELEFÓNICA incorpora en su Informe Motivado (folios 118 -119).

17. Por tanto, deben excluirse los ingresos que TELEFÓNICA u otros operadores obtengan de la explotación de canales propios (producidos por la propia operadora) y de canales preeditados (directamente suministrados por un productor o editor de canales de televisión) (ff.113 y 117).
18. TELEFÓNICA excluye de la base, además, los ingresos correspondientes a la retransmisión satelital que explota a través de Movistar +, por considerar que han quedado excluidos tradicionalmente de la gestión colectiva de EGEDA al estar sujeta la retransmisión vía satélite a la autorización del derecho exclusivo de los productores de grabaciones audiovisuales, no habiendo demostrado EGEDA disponer de autorizaciones al efecto (ff.117; 2882-2883).
19. Propone además distribuir los ingresos por retransmisión en función de la tipología de canales, alegando que en una plataforma multicanal el servicio que se presta desde el punto de vista del repertorio de EGEDA es heterogéneo, toda vez que hay canales donde el uso puede ser muy intenso por parte de los usuarios finales (como en los canales temáticos de cine) y hay otros canales donde el uso del repertorio de EGEDA no se produce o es irrelevante (como en los canales deportivos, musicales o informativos) (f.98).
20. Considera asimismo que la distribución de ingresos por tipología de canales permite proyectar con mayor rigor y de forma separada los criterios de grado, intensidad y relevancia de uso y amplitud de repertorio contemplados en el artículo 157.1 b. TRLPI (actualmente artículo 164.3 TRLPI) a los que TELEFÓNICA añade un nuevo criterio de audiencias reales por considerar que contribuye a definir mejor el valor económico del uso del repertorio de EGEDA en el conjunto de la actividad de las televisiones de pago (f.99).
21. Por lo que se refiere al criterio de la intensidad de uso, TELEFÓNICA defiende que debe ir referido a la porción de tiempo en la que se hace uso del repertorio de EGEDA, que será máxima en canales de cine y series, media en los canales generalistas y nula o prácticamente inexistente en informativos y deportivos (ff.99-100).
22. En este sentido TELEFÓNICA considera que no son grabaciones audiovisuales por no tener el carácter de fijaciones y que, por tanto, no forman parte del repertorio de EGEDA, las emisiones en directo a través de canales de TDT, u otras fuentes de emisión





o transmisión en abierto por vías alámbricas o inalámbricas que son objeto de retransmisión por las plataformas de televisión de pago, con lo cual no habría o apenas habría uso del repertorio de EGEDA en los canales de deportes, informativos y magazines de entretenimiento. El hecho de que en programas informativos o deportivos emitidos en directo pueda haber espacios en los que se introducen vídeos pregrabados no altera la situación, sobre todo si se tiene en cuenta el límite del artículo 35 TRLPI que permite el uso libre de obras y prestaciones con ocasión de informaciones de actualidad (f.116).

23. Por lo que se refiere al criterio del grado de uso, TELEFÓNICA defiende que éste mide el número de ítems del repertorio de la entidad que es objeto de utilización por el usuario comercial, en este caso los operadores de televisión por cable; de modo que con una misma intensidad de uso se puede usar más el repertorio si se incurre en menos repeticiones (ff.103-104).
24. El criterio de la relevancia de uso puede ser medido a juicio de TELEFÓNICA calibrando el uso efectivo del repertorio de EGEDA en función del tipo de canales, teniendo presente el grado de sustituibilidad del repertorio (grabaciones audiovisuales) por otro tipo de contenidos no incluidos en el mismo. Si, como propone, los contenidos en directo no forman parte del repertorio de EGEDA por no ser fijaciones audiovisuales, en los canales generalistas es evidente que las grabaciones audiovisuales (cine y series) pueden ser sustituidas por programas deportivos, informativos o de entretenimiento en directo (ff.101-102;116).
25. TELEFÓNICA propone que se tenga en cuenta para determinar la tarifa un nuevo criterio de audiencias reales, entendiendo que a efectos tarifarios es necesario captar el grado de uso efectivo y no la simple o mera opcionalidad de uso por parte de los usuarios finales. Considera, en este sentido, que muchos clientes tienen acceso al servicio de televisión porque se comercializa conjuntamente con los de telefonía e Internet, pero eso no les convierte automáticamente en telespectadores a los efectos de medir el uso efectivo del repertorio de EGEDA en las retransmisiones de canales a través de las plataformas de televisión de pago. Y así propone excluir de la base de ingresos vinculados al uso del repertorio (IVER) a los suscriptores que no hayan visionado al menos 10 minutos a lo largo de un mes de cualquier canal de la plataforma que incluya contenidos del repertorio de EGEDA (ff.104 a 106).
26. En cuanto al criterio de amplitud del repertorio TELEFÓNICA discute que el repertorio de EGEDA cubra todo el universo de titulares posibles por el simple hecho de que, en la actualidad, sólo exista esta entidad en el subsector de la gestión colectiva obligatoria de grabaciones audiovisuales. A tales fines, sugiere que EGEDA debería informar de





manera transparente de los ítems que conforman su repertorio y de los productores a los que representa (ff.4746; 4810-4811).

27. Finalmente, la propuesta de TELEFÓNICA recoge el tipo tarifario del 2 por 100 que se ha venido aplicando tradicionalmente en el ámbito autoral (SGAE) para los canales temáticos de cine y series y para la exhibición de películas en salas de cine, considerando que es un indicador objetivo del precio que tiene un repertorio audiovisual de ficción para los actos de utilización que inciden de manera directa y principal sobre el uso de esos ítems (f.124).

### ***II.2.2. Posición de EGEDA.***

28. EGEDA sostiene que las tarifas generales aprobadas en 2016 cumplen con todos los criterios fijados en el artículo 157.1 b. TRLPI (actualmente artículo 164.3 TRLPI). Son simples y claras y se han establecido en condiciones razonables, atendiendo al valor económico de su repertorio y buscando el justo equilibrio entre ambas partes (f.162).
29. Afirma que la tarifa general de uso efectivo, definida como una tarifa mensual por abonado o vivienda conectada a la red, igual a 0,25 euros, se ha calculado con base en los acuerdos existentes entre EGEDA y la práctica totalidad de los operadores de televisión de pago que actúan en España. Éstos aceptaron/ reconocieron una tarifa mensual de 0,226 euros por abonado. La diferencia del 10%, entre la tarifa general aprobada y la acordada, se explica por los menores costes en que incurre EGEDA cuando existe un acuerdo con los usuarios (ff.192-193).
30. Asimismo, manifiesta EGEDA que las tarifas generales aprobadas en 2016 no suponen un incremento en relación con las anteriores, sino un descenso del 22% (de 0,32euros por abonado y mes a 0,25euros) (f.1074).
31. A juicio de EGEDA, las tarifas aprobadas son equitativas porque desde una perspectiva económica una tarifa acordada es equitativa, ya que es una cantidad que se sitúa entre el máximo precio que el usuario está dispuesto a abonar por la utilización de las obras o prestaciones protegidas, y el menor precio que está dispuesto a aceptar el titular de los derechos (f. 480).
32. En relación a la propuesta tarifaria presentada por TELEFÓNICA, EGEDA la considera como una fórmula sin vocación de generalidad, por lo que no la estima útil en un procedimiento de determinación de tarifas generales, pues no es aplicable al resto de usuarios, esto es, al resto de operadores de televisión de pago (f.1079).





33. Continúa alegando EGEDA que, en su propuesta, TELEFÓNICA utiliza un criterio muy restrictivo a la hora de determinar los ingresos vinculados a la explotación de su repertorio. Así, señala EGEDA que el empaquetamiento de servicios u ofertas convergentes generan unos ingresos indirectos por el valor que la programación de la televisión de pago aporta al negocio de telecomunicaciones de TELEFÓNICA. Al empaquetar los servicios, los clientes permanecen más tiempo y están dispuestos a pagar una mayor cuota, por lo que TELEFÓNICA no está incluyendo estos ingresos indirectos procedentes del uso del repertorio de EGEDA en el marco de la oferta conjunta de una pluralidad de servicios. Además, TELEFÓNICA tampoco incluye en su propuesta los ingresos procedentes del uso de repertorio de EGEDA cuando retransmite obras o grabaciones audiovisuales vía satélite, a través de Movistar + (f.1075).
34. Considera EGEDA que TELEFÓNICA lleva a cabo unos ajustes a la baja sobre los ingresos computables no contemplados legalmente, deduciendo costes de explotación no transferibles a EGEDA, como son los costes de alquiler de descodificadores y de captación y fidelización de clientes (f.472).
35. Asimismo, EGEDA estima que la distribución de los ingresos por retransmisión en función de la tipología de canales que propone TELEFÓNICA es irrelevante, ya que el repertorio de EGEDA incluye todas las obras y grabaciones audiovisuales y por tanto, la intensidad, grado de uso y amplitud del repertorio es, en todos los canales, igual al 100% (ff.472-473).
36. También afirma que la aplicación de los criterios establecidos en el artículo 157.1 b). TRLPI (actualmente artículo 164.3 TRLPI) de manera acumulativa, como propone TELEFÓNICA, no es correcta pues ello supone tener en cuenta, a efectos de calcular la base tarifaria, un muy pequeño porcentaje de los ingresos que obtiene de la utilización del repertorio de EGEDA en esos canales, sin que exista una justificación objetiva para ello (ff.476-477)
37. Por otro lado, EGEDA considera que la relevancia de uso es un criterio para diferenciar entre usuarios, no entre canales, como propone TELEFÓNICA. La relevancia, según afirma EGEDA, se utiliza para clasificar a los usuarios en función de la importancia que el uso de su repertorio tiene para la actividad económica del usuario (f.476).
38. Por lo que se refiere a la propuesta de TELEFÓNICA de tener en cuenta el criterio de la audiencia real a efectos de determinar la tarifa, EGEDA alega que no debe considerarse a efectos de calcular el IVER, pues los ingresos obtenidos por TELEFÓNICA por la explotación del repertorio de EGEDA no dependen de la audiencia (f.475).





39. Dice EGEDA que la aplicación de los criterios propuestos por TELEFÓNICA no se ajusta a la normativa aplicable y lleva a alcanzar un resultado que difiere abismalmente del valor del derecho que TELEFÓNICA viene reconociendo en los sucesivos contratos suscritos con EGEDA a lo largo del tiempo.
40. Así, el resultado de la propuesta de TELEFÓNICA es que ésta debería abonar a EGEDA 382.692 euros al año por la utilización del repertorio de EGEDA en la plataforma de Movistar +, esto es, un 91,5% inferior al importe que TELEFÓNICA abonó a EGEDA en 2015 por los abonados a través de IPTV (4.200.000 euros), un 90,9% inferior a la remuneración acordada para el 2016 por los abonados a través de IPTV (4.500.000 euros) y un 95% inferior en relación a las tarifas aprobadas por EGEDA en junio de 2016 (f.480).
41. Concluye EGEDA señalando que la única razón que podría justificar una reducción en las tarifas como la que propone TELEFÓNICA es que se hubiera producido un brusco cambio en el negocio de la televisión de pago de TELEFÓNICA que hubiera disminuido el valor que para TELEFÓNICA tiene en la actualidad la utilización del repertorio de EGEDA. Sin embargo, la evidencia muestra justo lo contrario, es decir el número de abonados y los ingresos por los servicios de televisión de pago de TELEFÓNICA no sólo no se han reducido, sino que se han incrementado de forma exponencial en los últimos años (ff.480-481).

### *II.2.3. Posiciones de las partes interesadas en el procedimiento.*

#### **A) VODAFONE**

42. VODAFONE sostiene que la tarifa acordada con EGEDA data de un contrato firmado inicialmente el 23 de septiembre de 2004, y prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2020 mediante acuerdo de 10 de noviembre de 2015.
43. Que esta tarifa incluye la autorización a VODAFONE para la retransmisión de las obras y grabaciones audiovisuales del repertorio de EGEDA (art. 20.2. f. TRLPI) así como el derecho a la remuneración equitativa y única correspondiente a dicha modalidad de comunicación pública que ostentan los productores audiovisuales (art. 122.2 TRLPI).
44. Señala VODAFONE que la tarifa vigente es una tarifa por abonado y mes, independientemente del uso efectivo que VODAFONE haga del repertorio de EGEDA.





Previéndose unos descuentos en función del número total de abonados registrados por dicho operador.

45. VODAFONE alega que en el año 2018 la cantidad abonada a EGEDA supuso un 40% de lo satisfecho a la totalidad de entidades de gestión, y que dicha cuantía se ha incrementado un 30% en los últimos años, a pesar de que han descendido los ingresos por abonado de VODAFONE. Esta circunstancia, junto con la falta de adecuación del diseño de la tarifa actual (abonado/mes) al uso efectivo del repertorio de EGEDA por parte de VODAFONE, y la presunta discriminación alegada en la fijación de los descuentos en función del total de abonados, constituyen los principales motivos por los que la operadora ha solicitado la personación como parte interesada en el presente procedimiento de determinación de tarifas.

## B) ORANGE

46. ORANGE sostiene que la tarifa vigente con EGEDA data de un contrato firmado el 1 de marzo de 2012, si bien con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2010, prorrogado por anualidades sucesivas mediante acuerdo de 15 de abril de 2016.
47. Señala ORANGE que la tarifa vigente es una tarifa por abonado y mes, independientemente del uso efectivo que ORANGE haga del repertorio de EGEDA. Previéndose unos descuentos en función del número total de abonados registrados por este operador.
48. ORANGE considera que el modelo tarifario aprobado por EGEDA se encuentra desactualizado por no ajustarse a la realidad actual del mercado audiovisual. Así, la oferta de televisión de ORANGE se basa, de forma creciente, en contenidos a la carta, por lo que las tarifas de EGEDA, según ORANGE, no son acordes con este nuevo escenario.
49. Asimismo, según ORANGE, un modelo basado en una tarifa por abonado y mes no es correcto, ya que existe una tipología muy diversa de abonados: unos que contratan ofertas que incluyen muchos canales y otros que contratan ofertas con muy pocos. Por tanto, el uso del repertorio varía en ambos casos y, sin embargo, la tarifa abonada a EGEDA se mantiene constante.

## C) AIE-AGEDI





50. AIE-AGEDI afirman que el primer motivo para personarse como parte interesada consiste en el interés directo y legítimo que poseen estas entidades de gestión con el objeto del presente procedimiento, ya que en él se están determinando derechos de propiedad intelectual en modalidades que tienen interrelación con el ámbito gestionado por AIE-AGEDI. Así, en lo referente a la comunicación pública de grabaciones audiovisuales, AGEDI gestiona los derechos exclusivos de los productores audiovisuales en relación con una parte de las grabaciones audiovisuales (vídeos musicales). Mientras que AIE gestiona el derecho de simple remuneración de los artistas, intérpretes o ejecutantes al que se refiere el artículo 108.5 TRLPI en relación con los actos de comunicación pública, previstos en el art. 20.2 f) y g) TRLPI, de grabaciones audiovisuales en las que se encuentren fijadas e incorporadas interpretaciones musicales.
51. Continúan afirmando que la segunda razón de su interés se basa en que la propuesta tarifaria de TELEFÓNICA es de carácter transversal, aplicable a todas las entidades de gestión y a cualquier derecho de propiedad intelectual, lo que conlleva el interés directo en que las cuestiones que tienen que ver con la metodología incorporada en dicha propuesta sea especialmente cuidada por la SPCPI.
52. Asimismo, alegan que TELEFÓNICA parte de una interpretación errónea de la normativa a la hora de determinar su modelo, ya que considera las tarifas preexistentes como un tope máximo y ello no es así necesariamente, sino que dependerá del caso concreto (puede que la tarifa resultante sea más alta o más baja que la preexistente). Se considera que el tipo tarifario propuesto por TELEFÓNICA no está adecuadamente justificado y es excesivamente bajo, teniendo en cuenta la importancia del derecho para el usuario.
53. Según estas entidades de gestión, el modelo en el que fundamenta TELEFÓNICA su propuesta ha sido realizado ad hoc con la única finalidad de reducir (en el caso de AIE Y AGEDI en más de un 40%) la cantidad que TELEFÓNICA venía satisfaciendo al conjunto de las entidades de gestión por el uso de obras y prestaciones protegidas por el TRLPI en Movistar +, lo cual nada tiene que ver con el espíritu y la letra de la reforma del TRLPI llevada a cabo por el legislador en 2014 y desarrollada en 2019.
54. Concluyen señalando que AGEDI-AIE no tienen contrato vigente con TELEFÓNICA a partir de enero de 2016. Desde entonces, ésta viene abonando unilateralmente las cantidades resultantes de la aplicación de su propuesta tarifaria cuya metodología coincide, en esencia, con la que propone en el presente procedimiento de determinación de tarifas.





55. Por último, AGEDI y AIE se refieren de forma reiterada en sus escritos de conclusiones de 23 de diciembre de 2019 (ff.4534 a 4540) y de alegaciones a la propuesta de resolución de 8 de junio de 2020 (ff.5318 a 5320 y 5351 a 5353) a dos cuestiones.
56. En primer lugar, afirman que ha tenido lugar la caducidad del presente procedimiento de determinación de tarifas. En relación con esta cuestión, debe considerarse que no se dan los supuestos materiales ni jurídico-formales establecidos en el artículo 95 de la LPAC, para que surta efectos dicha institución. Por lo que no procede declarar, como pretenden AGEDI y AIE en sus escritos de conclusiones y alegaciones finales, la caducidad de este procedimiento y el archivo de las actuaciones. Es más, la Administración y, en este caso, la SPCPI, está obligada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la LPAC, a dictar resolución expresa y notificarla a las partes e interesados.
57. En segundo lugar, tampoco cabe admitir, como pretende la representación de estas entidades de gestión, que el trámite de audiencia otorgado a AGEDI y AIE por resolución de la SPCPI el 4 de diciembre de 2019, sea un acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, ni que se haya vulnerado su derecho de defensa y contradicción por el mero hecho de no permitir el acceso a determinada información, considerada especialmente sensible y confidencial. Así, el artículo 23.9 del RD 1023/2015 y el 82.1 de la LPAC realizan una previsión genérica del trámite de audiencia sin regular específicamente los términos en los que debe evacuarse el mismo ni el tratamiento de la información confidencial incluida en el expediente administrativo que debe ponerse de manifiesto a un interesado o parte en dicho trámite.

#### D) SGAE

58. La SGAE sostiene que se ha personado en este procedimiento de determinación de tarifas porque se adhiere a lo manifestado por EGEDA en su escrito de alegaciones, fechado el 25 de enero de 2018. Es decir, no está de acuerdo con el modelo tarifario propuesto por TELEFÓNICA.
59. Según manifiesta la SGAE, el usuario no es el que debe motivar la tarifa a abonar e imponérsela a la totalidad de las entidades de gestión. Sino que corresponde a éstas estimar lo que deben abonar los usuarios por el uso de su repertorio en atención al valor económico de la utilización de los derechos o prestaciones en la actividad del usuario en cuestión.





60. Además, considera que TELEFÓNICA parte de una interpretación errónea de la normativa a la hora de determinar su modelo, ya que considera las tarifas preexistentes como un tope máximo y ello no es así necesariamente, sino que dependerá del caso concreto (puede que la tarifa resultante sea más alta o baja que la preexistente). Y sostiene que la aplicación de los criterios legales de forma acumulativa, como hace TELEFÓNICA, no está justificada de forma objetiva.
61. Concluye la SGAE afirmando que no existe en la actualidad ningún contrato vigente firmado con TELEFÓNICA. Desde que esta entidad de gestión aprobó en 2016 sus tarifas generales, TELEFÓNICA abona unilateralmente a la SGAE las cantidades resultantes de su propuesta tarifaria que, en esencia, coincide con la que propone en el presente procedimiento de determinación de tarifas.

### **II.3. Derechos sujetos a la gestión colectiva objeto del procedimiento de determinación de tarifas.**

62. El procedimiento de determinación de tarifas iniciado por TELEFÓNICA contra EGEDA versa sobre las tarifas generales aplicables a los actos de comunicación pública en la modalidad de retransmisión por cable de obras y grabaciones audiovisuales correspondientes a los productores de grabaciones audiovisuales en virtud de lo establecido en el artículo 122 TRLPI.
63. Dispone el referido artículo 122 TRLPI en su apartado 1 que: *“Corresponde al productor de grabaciones audiovisuales el derecho de autorizar la comunicación pública de éstas. Cuando la comunicación al público se realice por cable y en los términos previstos en el apartado 4 del artículo 20 de esta Ley, será de aplicación lo dispuesto en dicho precepto”*.
64. En el apartado 2 del mismo artículo 122 TRLPI se establece que: *“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”*.
65. Es preciso, para el buen fin de este procedimiento, esclarecer de antemano el concepto y alcance del derecho conexo de los productores de grabaciones audiovisuales, de una parte (infra II.3.1), y de otra parte, la cuestión de si la gestión colectiva por parte de EGEDA se circunscribe a la determinación de tarifas correspondientes al derecho de





remuneración por actos de retransmisión por cable de obras y grabaciones audiovisuales (como defiende TELEFÓNICA) o si se extiende también al derecho de autorizar la retransmisión y exigir una remuneración equitativa por la comunicación por satélite de obras y grabaciones audiovisuales (como reclama EGEDA) (infra II.3.2).

### ***II.3.1. Derecho exclusivo de los productores de grabaciones audiovisuales: concepto y alcance.***

66. EGEDA es la entidad de gestión colectiva que gestiona los derechos de los productores de obras y grabaciones audiovisuales. EGEDA actúa como monopolio de hecho en el sector, al ser la única entidad encargada de la gestión colectiva de este derecho conexo en España.
67. Según dispone el artículo 120.1 TRLPI, se entiende por grabaciones audiovisuales las fijaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del artículo 86 TRLPI.
68. El artículo 120.2 TRLPI define al productor de una grabación audiovisual como la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de realizar grabaciones audiovisuales.
69. El derecho conexo de los productores de grabaciones audiovisuales protege, por tanto, no una creación intelectual audiovisual sino una producción o prestación industrial. No se está premiando la actividad creativa sino el esfuerzo inversor realizado para obtener una producción industrial. Y es así independientemente de si el objeto de la grabación o fijación es una obra audiovisual original o no. En el caso de que el objeto de la grabación sea una obra audiovisual, por el contrato de producción de la obra audiovisual se presumen cedidos en exclusiva al productor los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtítulo de la obra, *ex* artículo 88.1 TRLPI. Lo mismo sucede con los derechos de los intérpretes y ejecutantes, *ex* artículo 108.2 TRLPI, produciéndose así una acumulación y centralización de derechos de explotación (de autor y conexos) en la persona del productor.
70. En consecuencia, el repertorio de EGEDA está formado por todo tipo de grabaciones audiovisuales, sean éstas o no obras audiovisuales.
71. Una grabación audiovisual requiere la “fijación” de un plano o secuencia o serie de imágenes, con o sin sonido, a un soporte, independientemente de la naturaleza del mismo. El artículo 86.1 TRLPI, al definir las obras audiovisuales como creaciones





expresadas mediante imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, exige la necesidad de que dichas obras se plasmen en un “soporte material”, independientemente de la naturaleza de éste. No obstante, los sucesivos avances que la tecnología digital ha traído consigo determinan que el soporte de la fijación audiovisual pueda ser material (tangible) o inmaterial (intangibile), siempre que sea apto para facilitar la comunicación pública de la imagen y del sonido.

72. La grabación constituye así la “primera fijación” de un plano o secuencia de imágenes en un soporte material o inmaterial, analógico o digital, que requiere un aparato de proyección o cualquier otro medio técnico de exteriorización de la imagen o sonido para ser perceptible por el público. No lo dice el artículo 120.1 TRLPI, pero es inherente al concepto mismo de grabación audiovisual y en todo caso se deduce a partir del artículo 121 TRLPI, que distingue entre la primera fijación de la grabación audiovisual y las copias o reproducciones que pueden efectuarse a partir de la misma. Así, la grabación constituye la “copia cero” a partir de la cual se podrán realizar actos de emisión o transmisión y posteriores actos de reproducción.
73. Como apunta la doctrina científica, la grabación audiovisual será única, aun cuando esté compuesta por varios planos o secuencias, siempre que éstos respondan a un proyecto, una intención y una inversión comunes, siendo irrelevante que dichos planos o secuencias se sucedan de acuerdo con un orden predeterminado o no; lo relevante es que las imágenes tengan un carácter secuencial, agrupando planos o secuencias ordenadas, aun cuando el orden de sucesión de los mismos pueda variar (cfr. GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso, “Comentario al artículo 120”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pg. 1723).
74. Llegados a este punto, a efectos del presente procedimiento es importante determinar si los eventos en directo (acontecimientos deportivos, informativos, ruedas de prensa, magazines, programas de entretenimiento, etc.) que son objeto de emisión o transmisión por canales de televisión pueden ser calificados como grabaciones audiovisuales y, en consecuencia, quedar incluidos dentro del ámbito del derecho conexo de los productores audiovisuales.
75. Con el propósito de medir la intensidad de uso del repertorio de EGEDA por parte de las televisiones de pago, en particular Movistar +, TELEFÓNICA excluye los eventos en directo del concepto de grabación audiovisual, al considerar que no se trata de “fijaciones” en el sentido de “eventos grabados”. De tal manera, siempre según su interpretación, el grado e intensidad de uso del repertorio de EGEDA sería medio en los





canales generalistas y nulo o casi inexistente en aquellos canales de televisión retransmitidos que tengan un elevado porcentaje de contenidos deportivos o informativos (f.116).

76. EGEDA, por el contrario, ha manifestado y defendido durante el procedimiento que los eventos emitidos en directo constituyen en todo caso grabaciones audiovisuales incluidas en el repertorio de la entidad, y que cuando dichos eventos están incorporados en las señales previamente emitidas o transmitidas por entidades de radiodifusión retransmitidas simultáneamente por las televisiones de pago (por cable o satélite) quedan sujetos al derecho de remuneración previsto en el artículo 122.2 TRLPI.
77. EGEDA afirma que los eventos en directo emitidos o transmitidos por organismos de radiodifusión son fijaciones de un plano o secuencia o serie de imágenes en el sentido del artículo 120.1 TRLPI. Para justificar su posición aporta al procedimiento un informe técnico intitulado “*Análisis del proceso de retransmisión de un evento en directo y su relación con el concepto de grabación audiovisual*”, elaborado por los Doctores Ingenieros de Telecomunicaciones Srs. Sergio Ramos y Claudio Feijóo (ff.3903 a 3917).
78. TELÉFONICA presentó oposición a la admisión de dicho informe, considerando que había precluido ya el periodo de prueba y no se podían admitir nuevas pruebas ni documentos, máxime cuando ya se había celebrado la vista ante la SPCPI (ff.3977 a 3985).
79. Esta SPCPI admitió la incorporación de dicho informe al expediente, mediante Acuerdo de 2 de septiembre de 2019, con fundamento en el artículo 76.1 de la LPAC y en los artículos 23.2 y 23.9 del RD 1023/2015, al considerar posible la aportación de documentos, alegaciones u otros elementos de juicio al procedimiento antes del trámite final de audiencia que, en el caso del procedimiento de determinación de tarifas ante la SPCPI, tiene lugar con anterioridad a la elaboración de la propuesta de resolución. Esta SPCPI consideró así que no se produce vulneración alguna de las normas de procedimiento y entendió, además, que el informe presentado por EGEDA es un documento de alegaciones sobre cuestiones fundamentales que fueron discutidas durante la instrucción del procedimiento en las reuniones y vista celebradas con las partes e interesados y, por tanto, aclaratorio de las mismas, resultando útil para la resolución final del procedimiento (ff.4031 a 4033).
80. En cualquier caso, este órgano considera que no se produce indefensión para TELEFÓNICA en la medida en que en su escrito de oposición a la admisión a trámite incluye, con carácter subsidiario para el caso de que fuera admitido el informe técnico presentado por EGEDA, como finalmente sucedió, otro informe técnico rebatiendo





punto por punto las conclusiones del informe técnico presentado por EGEDA; de manera que TELEFÓNICA ha tenido oportunidad de discutir los argumentos y conclusiones del primer informe, siendo igualmente útil para esta SPCPI el informe técnico aportado por TELEFÓNICA para dilucidar con mayor detalle una de las principales cuestiones planteadas a lo largo del procedimiento y que fue objeto de intensas discusiones durante la vista.

81. Mediante escrito de fecha 16 de septiembre de 2019, TELEFÓNICA solicitó de esta SPCPI tener por formulada OPOSICIÓN al Acuerdo de 2 de septiembre de 2019, para su toma en consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento, *ex* artículo 112 LPAC.
82. En el informe técnico aportado por EGEDA se describe el proceso de difusión televisiva de eventos en directo, afirmando, en síntesis, que el citado proceso parte de la captación y procesado por las cámaras de vídeo de las sucesivas secuencias de imágenes del evento o acontecimiento, las cuales se envían (envío que se califica técnicamente como “retransmisión”, pero no en el sentido jurídico del art. 20.2 f. TRLPI) al centro de control de producción, donde se realiza una selección de las imágenes y sonidos captados por las cámaras mediante un mezclador de vídeo y se lleva a cabo una sincronización que luego se envía al sistema de control central, en el que se pueden añadir otras fuentes de información externas pregrabadas (como mensajes publicitarios y logotipos del organismo de radiodifusión) para finalmente emitir o transmitir la versión final a los usuarios finales (televidentes).
83. Según se expone en dicho informe, a lo largo del proceso se llevan a cabo varios actos de almacenamiento o grabación de imágenes y sonidos, sean temporales o permanentes. Un primer almacenamiento y procesamiento en las cámaras de vídeo que captan las imágenes y sonidos en tiempo real. Se produce un segundo almacenamiento en el mezclador de vídeo, donde se seleccionan y combinan las imágenes y sonidos captados por las distintas cámaras de vídeo y se mezclan, en su caso, con otras fuentes externas. Una tercera grabación y procesamiento de imágenes tendría lugar en el sistema de control central antes de entregar la información audiovisual definitiva (el resultado final) a la fase de emisión o transmisión.
84. Según los técnicos que suscriben el informe, en todas y cada una de las fases de captación, procesado, adaptación, producción y emisión tiene lugar un almacenamiento temporal de imágenes y sonidos que puede ser permanente si el radiodifusor lo considera pertinente, siendo la información audiovisual almacenada una réplica digital de la información audiovisual original (analógica), tratándose en consecuencia de una





grabación temporal o permanente, respectivamente, de la información audiovisual original (cfr. apartados 51 a 60 del informe).

85. Concluye el informe técnico recordando que toda la secuencia de imágenes es habitualmente grabada de manera permanente para el archivo de contenidos del productor audiovisual o para otros usos, incluyendo posibles requerimientos de otros agentes; en particular -dicen- se suele grabar la señal proveniente de cada una de las cámaras de vídeo, además de la secuencia de imágenes que finalmente se emite (cfr. apartado 61 del informe).
86. A partir de dicho informe EGEDA recuerda que la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual, obliga en su artículo 61.1 a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual a archivar todos los programas emitidos durante un plazo de seis meses a contar desde la fecha de su primera emisión, incluidas las comunicaciones comerciales, y a registrar los datos relativos a tales programas, quedando un gran número de estas grabaciones en los centros de documentación de los organismos de radiodifusión para su futura utilización una vez transcurrido el plazo de almacenamiento obligatorio legal.
87. En definitiva, según EGEDA la emisión o transmisión se produce “a partir de una grabación audiovisual”, ya que durante el proceso de captación, procesamiento, selección y sincronización, producción y emisión de las imágenes de acontecimientos en directo se produce una sucesión de grabaciones parciales y la grabación del evento en su totalidad se completa al concluir éste justo antes de su emisión o transmisión. Las sucesivas grabaciones temporales o permanentes constituyen fijaciones incluidas en el concepto de derecho de reproducción del artículo 18 TRLPI y, por lo tanto, constituyen fijaciones o grabaciones audiovisuales de las que sería titular el organismo de radiodifusión en tanto que productor audiovisual, *ex* artículo 120 TRLPI.
88. TELEFÓNICA por su parte aportó un contra-informe técnico elaborado por los Srs. D. Fernando Enrile Albir y D. Adolfo Remacha Gonzalez, titulado “*Observaciones sobre el informe titulado análisis del proceso de retransmisión de un evento en directo y su relación con el concepto de grabación audiovisual*”, (ff.3989 a 4000) en el que se pone de manifiesto lo que considera constituyen graves deficiencias técnicas en el informe técnico de EGEDA.
89. Denuncia en primer lugar una grave falta de concordancia entre el concepto de “retransmisión” que se utiliza en el informe de EGEDA (para describir el proceso técnico que va desde la captación de las imágenes y sonidos en directo por las cámaras





de vídeo hasta la emisión o transmisión al público de tales imágenes y sonidos una vez procesados) y el concepto legal de retransmisión recogido en el artículo 20.2 f) TRLPI.

90. Sin embargo, conviene dejar claro de antemano que para esta SPCPI no existe confusión alguna entre el concepto técnico-instrumental de retransmisión utilizado por los peritos propuestos por EGEDA para describir el proceso de captación, procesado y emisión o transmisión de imágenes en directo, y el concepto legal de retransmisión de emisiones o transmisiones de las grabaciones por una entidad distinta de la de origen. De hecho, EGEDA advierte desde el principio esta circunstancia, dejando claro que el concepto de retransmisión de imágenes y sonidos utilizado en el informe técnico nada tiene que ver con el concepto jurídico-legal de retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales. Ese concepto técnico de retransmisión sirve únicamente para describir un proceso en el que se están produciendo una sucesión de almacenamientos o grabaciones de imágenes y sonidos, temporales o permanentes, que podrían ser calificados como fijaciones o grabaciones audiovisuales susceptibles, por tanto, de ser objeto de retransmisión por entidades diferentes a la radiodifusora de origen y, en consecuencia, quedar incluidas en el repertorio de EGEDA a fin de reclamar el derecho de remuneración por actos de retransmisión de grabaciones audiovisuales previsto en el artículo 122.2 TRLPI.
91. En segundo lugar, TELEFÓNICA rebate la consideración de las grabaciones realizadas durante el proceso de emisión de eventos en directo como fijaciones o grabaciones audiovisuales, aportando un informe técnico en el que, en síntesis, se concluye que el proceso técnico de emisión de la señal de televisión de un evento en directo no se debe confundir con el de producción de una grabación audiovisual, siendo dos objetos diferentes por más que puedan encontrarse elementos comunes en su proceso de elaboración.
92. En el informe técnico de TELEFÓNICA se afirma que la emisión de la señal de televisión de un evento en directo se realiza sin que medie el uso de una grabación audiovisual, sin perjuicio de que cuando el evento se emite en diferido se emplee una grabación audiovisual del mismo posterior al proceso de emisión en directo. Los almacenamientos de imágenes y sonidos que tienen lugar durante el proceso de captación y emisión de imágenes de eventos en directo son para los peritos de TELEFÓNICA meros “episodios técnicos” provisionales, automáticos y ejecutados en el interior de un dispositivo (cámara de vídeo, mezclador de vídeo, control central, centro de emisión) que son inherentes o propios del proceso de generación de la señal por primera vez y que no son visibles para el televidente, realizándose el procesado técnico de imágenes y sonidos para la generación de la emisión de la señal durante un periodo de apenas unos segundos -conocido como “latencia”- que produce un leve retraso indeseado entre el evento real y su visionado en la pantalla del televisor, pero que de





ningún modo significa ni que el evento deje de emitirse en riguroso directo ni que se utilice una grabación audiovisual, no siendo un efecto buscado sino un efecto insuperable en el estado actual de la técnica.

93. En definitiva TELEFÓNICA afirma, a partir de las conclusiones de su informe técnico que: *i)* cuando Movistar + difunde un evento o un programa en directo previamente emitido por otro organismo de televisión, lleva a cabo un acto de retransmisión pero no utiliza grabaciones audiovisuales, y que: *ii)* cuando Movistar + difunde un evento o un programa en directo que NO ha sido previamente emitido por otro organismo de televisión no utiliza grabaciones audiovisuales ni lleva a cabo un acto de retransmisión.
94. Tanto EGEDA como TELEFÓNICA reiteran sus respectivos argumentos sobre la consideración o no de los eventos en directo como grabaciones audiovisuales en sus correspondientes escritos de conclusiones de 30 de diciembre de 2019.
95. Para resolver adecuadamente todas las cuestiones planteadas en el procedimiento, esta SPCPI tiene que pronunciarse sobre una cuestión sumamente controvertida tanto desde el punto de vista técnico como jurídico. Cuestión esta que no ha sido objeto de un debate profundo entre la doctrina científica española ni se ha llegado a plantear abiertamente hasta el momento ante los tribunales de justicia de nuestro país.
96. Sólo la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en su Resolución de 2 de marzo de 2012 (Expte. S/0157/09 EGEDA), afirma de manera explícita -aunque sin aportar datos ni explicaciones de carácter técnico o jurídico- que *“no todos los contenidos que se emiten por televisión estarían dentro de la categoría de obras y grabaciones audiovisuales, que constituyen el repertorio gestionado por EGEDA. Están incluidas en el repertorio de EGEDA las películas y series de ficción, pero por ejemplo otros programas como los informativos, deportes o debates no forman parte del repertorio protegido gestionado por EGEDA”*. La misma afirmación se recoge en el apartado 44 del Informe evacuado por la CNMC el 28 de noviembre de 2019 a petición de la SPCPI en el curso del presente procedimiento (en adelante INF/DC/152/19).
97. Conviene, por tanto, revisar detenidamente esta afirmación, pues no consta que se sustentara en un análisis de las técnicas de producción y emisión de los programas que, como los informativos, deportes o debates, señalaba el Consejo de la CNMC que *“no forman parte del repertorio protegido gestionado por EGEDA”*, a efectos de determinar si constituyen o no grabaciones audiovisuales.
98. Indica únicamente en este sentido el INF/DC/152/19 que: *“La propia EGEDA en sus normas de reparto, establece una diferenciación entre obras audiovisuales y resto de*





*grabaciones. Define como obras audiovisuales “las obras cinematográficas cualquiera que sea su duración-, telemovies, series de ficción, series de animación, documentales y teleteatro”. Mientras que son grabaciones audiovisuales “los reportajes, concursos, programas de variedades y magazines” y el resto de grabaciones audiovisuales que no tengan la consideración de obra de creación. Parece razonable que la diferenciación que se predica por EGEDA para el reparto deba tener también su traslación a la recaudación por derechos de gestión colectiva obligatoria”.*

99. Por más que esta cuestión tampoco sirve como argumento para justificar que los eventos o programas en directo no constituyen grabaciones audiovisuales (de hecho, parecería que se consideran los eventos en directo como grabaciones), esta SPCPI considera que (al menos en este caso) no puede establecerse un vínculo entre la tarifa establecida por la entidad de gestión para el cobro del derecho de remuneración por actos de retransmisión y las normas de reparto de la recaudación entre sus socios.
100. Las diferencias en las reglas de reparto de EGEDA entre las cantidades que corresponden a los titulares de grabaciones que son obras audiovisuales y las que pertenecen a los titulares de meras grabaciones audiovisuales, forman parte de la decisión soberana de la asamblea de la Asociación (forma jurídica de las entidades de gestión en nuestro país) con base en sus legítimos derechos constitucionales de asociación (artículo 22 CE), propiedad (artículo 33 CE) y libertad de empresa (artículo 38 CE), sin perjuicio de que descansen sobre fundamentos objetivos relacionados con el mayor valor o la mayor inversión que probablemente existirá en las grabaciones de obras audiovisuales respecto a las meras grabaciones audiovisuales (que, por cierto, no tiene por qué coincidir con el valor que atribuyan a unas y otras los organismos de radiodifusión y los consumidores de contenidos audiovisuales). Por lo demás, trasladando la cuestión al precio que los operadores de televisión por cable y satélite cobran a sus usuarios en forma de cuotas mensuales, no parece tampoco que éstas establezcan diferencias de precios entre los canales retransmitidos cuyo contenido está formado exclusiva o preferentemente por obras audiovisuales (canales de cine y series) y aquellos otros cuyo contenido se compone preferentemente de meras grabaciones (entretenimiento, informativos, deportes, etc.).
101. EGEDA representa a los productores de grabaciones audiovisuales y no tiene por qué discriminar entre obras y meras grabaciones audiovisuales a la hora de fijar los precios de tarifas por actos de comunicación pública de su repertorio (por no decir que cualquier diferencia a la hora de establecer esas diferencias resultaría sumamente compleja y discutible, poniendo en entredicho la obligación de las entidades de gestión de fijar tarifas simples y claras por la utilización de su repertorio), sin perjuicio de que a efectos





internos pueda dar más valor a unas que a otras mediante decisión soberana de sus asociados reunidos en Asamblea general.

102. Conviene añadir, a título meramente complementario, que en los escritos de Corporación de Radio Televisión Española (CRTVE) y de Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A., de fechas 25 de julio y 3 de agosto de 2018 respectivamente (ff.2754 y 2841 a 2844), ambos organismos de radiodifusión afirman, en su condición de socios de EGEDA, que *“todos los audiovisuales incluidos en las cadenas de CRTVE consultadas tendrán la consideración de obras o grabaciones audiovisuales y estarían protegidas por derechos de propiedad intelectual”*, o que -en el caso de Atresmedia- *“(...) todo el contenido que emitimos son obras o grabaciones audiovisuales protegidas...”*.
103. La cuestión que debemos resolver ahora es, en suma, si la producción audiovisual de un acontecimiento o programa en directo puede considerarse una grabación audiovisual susceptible de ser protegida por el derecho conexo de los productores audiovisuales previsto en los artículos 120 y ss. TRLPI, o si sólo puede considerarse una emisión o transmisión de un organismo de radiodifusión protegible por el derecho conexo contemplado en los artículos 126 y 127 TRLPI, como ha defendido TELEFÓNICA a lo largo de todo el procedimiento .
104. Considera al respecto TELEFÓNICA en su escrito de conclusiones de 30 de diciembre de 2019 (apartado 23 “in fine”) que: *“Si toda emisión o transmisión televisiva constituyera indefectiblemente una grabación audiovisual, carecería de sentido que el legislador hubiera configurado dos vías de protección distintas, una para las grabaciones audiovisuales (arts. 120 a 125 TRLPI) y otras para las emisiones o transmisiones televisivas (arts. 126 y 127 TRLPI)”*. E insiste en restar valor a las declaraciones efectuadas por CRTVE y Atresmedia (tanto en su escrito de alegaciones finales como en el de alegaciones a la propuesta de resolución), intentando mostrar que de dichas declaraciones se desprende en realidad una diferencia entre obras y grabaciones audiovisuales y otros contenidos de naturaleza diferente, que serían los acontecimientos en directo y que quedarían protegidos únicamente a través del derecho conexo del art. 126 TRLPI (cfr. Escrito de conclusiones págs. 17 y 18).
105. Entre la doctrina científica española no se ha llegado a abordar esta problemática. Sí se pueden encontrar alusiones a los acontecimientos y programas en directo (eventos deportivos, informativos, etc.) para ofrecer explicaciones sobre la distinción entre obra audiovisual (películas, documentales, series de televisión) y grabación audiovisual: *“(…) Una grabación de un sorteo de lotería, de un partido de fútbol o de un telediario, sigue siendo una grabación audiovisual, pero no contiene siempre una obra audiovisual ni*





*otro tipo de obra protegible (sí lo son las crónicas periodísticas del noticiario) por la LPP* (cfr. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, “Comentario al artículo 120”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentario a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2009, pg. 724).

106. En la misma línea de distinción entre obra audiovisual y grabación audiovisual, se afirma que: “*La grabación audiovisual a la que alude el artículo 120.1 puede consistir en una sucesión de imágenes captadas del mundo real mediante una cámara...*”; mencionando como ejemplos en particular, la “*(...) grabación de una rueda de prensa, un acontecimiento deportivo, un evento social, un viaje, un suceso...*”, en clara alusión a los acontecimientos en directo (cfr. GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso, “Comentario al artículo 120”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pg. 1723). Aunque, ciertamente, no queda claro si los autores citados se refieren a la grabación de un evento en directo una vez finalizado o a la consideración de un evento en directo como una grabación o fijación audiovisual mientras se está produciendo; y ello porque más bien se limitan a utilizar los eventos en directo como ejemplo de contenidos audiovisuales que no constituyen obras y encuentran tutela únicamente a través del derecho conexo sobre grabaciones audiovisuales
107. Sin embargo, la naturaleza de los directos sí que ha venido siendo objeto desde hace años de intenso debate doctrinal en otros países de nuestro entorno; muy especialmente en Alemania, donde la doctrina se encuentra dividida entre quienes consideran que los eventos en directo no constituyen grabaciones audiovisuales, porque falta el elemento fundamental de la primera fijación, y quienes toman distancia de este punto de vista más tradicional para afirmar que tales eventos o programas en directo se fijan en un servidor previamente a su emisión o transmisión, constituyendo así la primera grabación o “copia cero” susceptible de protegerse por el derecho conexo de los productores audiovisuales.
108. La doctrina germana más tradicional aboga por excluir las emisiones en directo del concepto de grabación audiovisual, aun reconociendo que puede tener lugar una primera fijación simultánea al transcurrir del evento o programa en cuestión, entendiendo que ya encuentran una tutela adecuada a través del derecho conexo de los organismos de radiodifusión (cfr. DREIER/SCHULZE, “Urheberrechtsgesetz”, 6ª ed., Beck, München, 2018, Prgrf. 94, Rn 21 y Prgrf. 95, Rn 12; FROMM/NORDEMANN, “Urheberrecht”, 12ª ed. Kohlhammer, Stuttgart, 2018, Prgrf. 94, Rn. 35 y Prgrf. 95, Rn 4). Sin embargo, otros autores consideran que la mayoría de los eventos en directo (deportivos, musicales, informativos) constituyen producciones audiovisuales encaminadas a su emisión o transmisión por televisión u otros medios a partir de una primera fijación en un servidor que actúa como soporte donde las imágenes se retienen y editan, produciéndose la emisión o transmisión unos segundos después de realizada esa primera fijación, razón





por la que han de considerarse incluidas en el derecho conexo de los productores de grabaciones audiovisuales (cfr. BULLINGER/JANI, “Fussballübertragung in der virtuellen Welt”, Zeitschrift für Urheberrecht und Medien, 12/2008, pg. 899; LENTLOFF, *Public Viewing im Urheber- und Lauterkeitsrecht*, Herbert Utz Verlag, München, 2015, pgs. 119 y ss.).

109. En nuestros tribunales, como se ha dicho ya, no se ha planteado aun abiertamente la cuestión de si los eventos en directo pueden considerarse fijaciones o grabaciones audiovisuales o si únicamente será objeto de protección la señal emitida o transmitida por organismos de radiodifusión por medio del derecho conexo del artículo 126 TRLPI.
110. Sin embargo, de forma aislada, la Sentencia de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo, núm. 439/2013, de 25 de junio (Grupo Santa Mónica Sports S.L. c. Kutxabank S.A.), al hilo de la discusión sobre si una empresa adquirente de derechos exclusivos audiovisuales sobre un partido de fútbol -mediante contrato de cesión de la Real Federación Española de Fútbol- es titular del derecho conexo sobre grabaciones audiovisuales, de modo que la difusión de la emisión televisiva del evento deportivo en un espacio abierto al público constituiría una infracción de su derecho exclusivo de comunicación pública, concluye que el contrato de cesión en exclusiva de los derechos audiovisuales sobre un partido de fútbol no implica que de dicho contrato nazcan para el cesionario derechos exclusivos con la naturaleza de derechos de propiedad intelectual, sino únicamente la autorización para que se lleve a cabo una producción audiovisual generadora de derechos conexos.
111. La Sentencia núm. 358/2011, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 20 de julio de 2011, atribuyó a la demandante (GSM) la condición de productora de la grabación audiovisual del evento deportivo cuyas imágenes y sonidos habían sido utilizados por BBK sin su autorización y, por tanto, de titular de los derechos reconocidos en los arts. 121 y 122 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual . Consideró así el Tribunal que es GSM en su condición de cesionaria de los derechos exclusivos sobre el evento deportivo quien toma la iniciativa y la responsabilidad de dicha grabación audiovisual, aun cuando sea un tercero el que, por encargo, materialmente realice, cree y edite la señal audiovisual integrada por imágenes, sonidos y grabaciones audiovisuales.
112. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró en el caso mencionado que lo que otorga el contrato de cesión de derechos audiovisuales sobre un evento deportivo es la facultad para producir grabaciones audiovisuales de dicho evento susceptibles, una vez realizadas, de obtener protección mediante el derecho conexo reconocido a los productores de grabaciones audiovisuales en los artículos 120-125 TRLPI; y con ello,





una vez realizada la primera fijación (artículo 120), de autorizar la reproducción (artículo 121), comunicación pública (artículo 122) y la distribución (artículo 123) de esas grabaciones. En particular, por lo que se refiere a la comunicación pública, le otorgan el derecho de autorizar la comunicación pública de las grabaciones audiovisuales (art. 122.1) y un derecho de remuneración en el caso de determinadas modalidades de comunicación pública (las de las letras f y g del art. 20), de gestión colectiva y de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión (art. 122.2 y 3).

113. Así pues, el Tribunal Supremo niega la condición de productor de grabaciones audiovisuales al cesionario de derechos exclusivos sobre eventos deportivos, apuntando que la condición de productor de grabaciones audiovisuales y la consiguiente titularidad del derecho conexo de los artículos 120 a 125 TRLPI requiere que se produzca una fijación o grabación del acontecimiento deportivo, pudiendo el cesionario de los derechos exclusivos audiovisuales sobre el evento deportivo realizar por sí mismo la grabación o autorizar o ceder a un tercero esos derechos para que sea éste quien realice la grabación del evento, en cuyo caso sería este tercero (en el caso concreto el organismo de radiodifusión Corporación de Radio Televisión Española) quien ostentaría la titularidad del derecho conexo del productor de grabaciones audiovisuales. Afirma así el Alto Tribunal que: *“El contrato suscrito con RFEF le permitía ceder el derecho a realizar tal producción, al prever en su estipulación decimoquinta que «corresponde a GSM y/o a sus cesionarios, la grabación y producción de todos los partidos de fútbol referidos [...]». Si en virtud de esta previsión contractual GSM cedía a un tercero los derechos que para ella resultaban del contrato en este extremo, y era este cesionario quien producía la grabación audiovisual, los derechos reconocidos en el art. 122 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual se generarían para este cesionario, no para GSM. Porque es la producción de la grabación audiovisual lo que generaría tales derechos y determinaría su titularidad, no haber concertado un contrato de cesión exclusiva con la RFEF como el que es objeto del litigio”*.

114. Lo anterior, continúa diciendo el Tribunal Supremo, sin perjuicio de que el titular de los derechos de exclusiva sobre el acontecimiento deportivo se hubiera reservado contractualmente facultades de dirección o supervisión de la grabación audiovisual y/o la posterior cesión de la misma (ex art. 121 TRLPI) para su explotación comercial, que permitieran afirmar que conservó la iniciativa y responsabilidad de la grabación y que, por tanto, es el titular del derecho conexo sobre la grabación audiovisual en lugar del organismo de radiodifusión que lleva a cabo de manera efectiva el proceso de fijación y emisión de las imágenes y sonidos de acontecimientos en directo.





115. En definitiva, aunque de forma aislada, nuestro Tribunal Supremo distingue nítidamente entre el cesionario de derechos exclusivos sobre partidos de fútbol (cuyos titulares son los clubes o entidades organizadoras de la competición; cfr. del Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, recientemente modificado por la Disposición final undécima del Real Decreto-ley 26/2020, de 8 de julio, en virtud del cual se establecen las normas para la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de competiciones futbolísticas correspondientes al Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División, a la Copa de S.M. el Rey y a la Supercopa de España) y la entidad u organismo encargado de la producción audiovisual del evento deportivo, quien también puede emitir el evento.
116. Pero lo más relevante para el presente procedimiento es que, tanto las partes implicadas en el litigio, como los tribunales de instancia y el propio Tribunal Supremo reconocen y asumen que en la actividad de emisión en directo de un acontecimiento deportivo -como es un concreto partido de fútbol- existe una actividad previa de producción y grabación audiovisual, correspondiendo al organismo de radiodifusión responsable de la emisión el derecho conexo de los productores audiovisuales previsto en los artículos 120 y ss. TRLPI sobre dicha fijación o grabación previa e instrumental de la emisión
117. En ningún momento se planteó por la entidad actora en el procedimiento judicial (la empresa Santa Mónica Sports S.L), ni tampoco lo mencionan los diferentes tribunales que conocieron del caso, una posible infracción del derecho conexo de las entidades de radiodifusión sobre sus emisiones o transmisiones recogido en el artículo 126 TRLPI. Antes bien parece que, sin perjuicio de la existencia de este derecho sobre la emisión o transmisión de la señal televisiva como tal, todas las partes y los distintos tribunales asumieron desde un principio que existe una labor de producción en forma de fijación o grabación audiovisual en el proceso de emisión de un acontecimiento deportivo. De manera que una cosa sería la emisión de la señal y otra la previa grabación del evento contenida en esa señal emitida.
118. Pues bien, a la vista de todo lo expuesto y a los efectos requeridos en este procedimiento, esta SPCPI asume que durante un proceso técnico de emisión o transmisión de acontecimientos o eventos en directo, independientemente de su naturaleza, tiene lugar una sucesión de fijaciones o grabaciones de las imágenes y sonidos captadas por las cámaras de vídeo, que pueden ser provisionales o permanentes, sirviendo las provisionales o transitorias a fines instrumentales de la secuencia de procesamiento, mezcla y edición de las imágenes y sonidos que finalmente son objeto de emisión o transmisión al público previa fijación o grabación en el centro de producción/edición; grabación esta última, de carácter permanente, que constituye una primera fijación del acontecimiento en directo según va transcurriendo en el momento inmediatamente





anterior a la emisión o transmisión de la señal y que, por tanto, puede ser considerada una grabación audiovisual protegible por el derecho conexo de los productores audiovisuales de los artículos 120 y ss. TRLPI, cuyo titular sería el organismo de radiodifusión responsable de la producción del evento en directo.

119. Se podrá argüir que la grabación o fijación sólo tiene lugar, en su caso, sobre la emisión o señal radiodifundida, es decir, a posteriori; pero este órgano entiende que los distintos pasos que se suceden en el proceso técnico preparatorio de la emisión de eventos o programas en directo (captación, procesamiento, mezcla y producción o edición) revelan que tiene lugar un auténtico proceso de producción por parte del organismo de radiodifusión que emite acontecimientos en directo, produciéndose fijaciones o grabaciones provisionales y permanentes simultáneas o cuasi-simultáneas al transcurso real del evento en directo. Es decir, la grabación del acontecimiento en directo va progresando, teniendo lugar una fijación definitiva en el centro de producción justo antes de la emisión o transmisión al público, produciéndose así en todo caso un almacenamiento del material audiovisual (las imágenes y sonidos) captado por las cámaras antes de la emisión o transmisión de la señal, completándose la grabación al final del programa o acontecimiento
120. En suma, a los fines de las cuestiones que han de dilucidarse en este procedimiento para determinar la tarifa general por retransmisión de contenidos audiovisuales por parte de las televisiones de pago, esta SPCPI considera que los organismos de radiodifusión encargados de la producción audiovisual de programas y acontecimientos en directo realizan una fijación o grabación permanente de las imágenes y sonidos, que son objeto de almacenamiento en el centro de producción televisiva, antes de proceder a su emisión o transmisión unos segundos después de lo que realmente está aconteciendo en directo.
121. Lo anterior resulta compatible con el hecho de que el programa o evento completo sea objeto asimismo de una fijación o reproducción final de la totalidad del mismo, para facilitar su recuperación total o parcial en un momento posterior con fines de emisiones en diferido, elaboración de resúmenes, noticias de actualidad, etc. Así, la emisión simultánea o “en riguroso directo” parte de grabaciones del programa o acontecimiento según va desarrollándose, mientras que la emisión en diferido parte de una grabación de la totalidad del evento o programa una vez finalizado. Lo relevante es que para realizar la emisión o transmisión del evento o programa en directo, el organismo responsable lleva a cabo una actividad de producción que implica un riesgo, una inversión económica y una organización técnica (situación de las cámaras y equipos de sonidos, selección de imágenes, edición, etc.), siendo necesaria una primera fijación de las imágenes y sonidos según transcurren en directo para seleccionar las que van a ser emitidas, sin perjuicio -como se ha dicho- de la fijación de la totalidad del evento o





programa a su finalización, que, realmente, no deja de ser una recopilación o suma del conjunto de fijaciones del material audiovisual captado por las cámaras y micrófonos que se han ido realizando en los equipos de almacenamiento a medida que va transcurriendo el evento o programa en directo.

122. Avalan el hecho de que se producen fijaciones en el proceso de captación y emisión o transmisión de imágenes y sonidos de acontecimientos en directo, las profusas repeticiones que se suelen ofrecer en tiempo casi real de lo acontecido en dicho evento (principalmente, pero no sólo, en acontecimientos deportivos).
123. Todos los argumentos expuestos permiten concluir a esta SPCPI, para los fines requeridos en el presente procedimiento, que tiene lugar un auténtico proceso de producción audiovisual mediante la fijación o grabación de imágenes y sonidos durante la captación, procesado, selección y emisión de imágenes y sonidos de acontecimientos y programas en directo, siempre y cuando el organismo responsable del proceso de emisión o transmisión lleve a cabo una fijación previa de carácter permanente en el centro de producción momentos antes de lanzar la señal al público; fijación que, como hemos dicho ya, entendemos que se lleva a cabo con carácter generalizado en la actualidad.
124. En consecuencia, es posible atribuir al organismo de radiodifusión responsable de la captación, grabación y emisión o transmisión de imágenes y sonidos de eventos en directo el derecho conexo de los productores de grabaciones audiovisuales previsto en los artículos 120 a 125 TRLPI. Sin perjuicio de que el mismo organismo radiodifusor responsable de la producción del evento en directo disponga también del derecho exclusivo de las entidades de radiodifusión sobre sus emisiones o transmisiones, es decir, sobre la señal propiamente dicha, recogido en el artículo 126 TRLPI; y de que pueda ejercerlo autorizando la retransmisión de sus emisiones o transmisiones por cualquier procedimiento técnico (artículo 126.1.d. TRLPI), exigiendo una contraprestación o no.
125. Apunta en este sentido el INF/DC/152/19 de la CNMC que: *“Con carácter general, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual actualmente sólo prevé (art. 31) que los licenciatarios de los servicios de comunicación audiovisual de ámbito estatal faciliten la cesión de sus canales principales de televisión en abierto, previa negociación para fijar la contraprestación económica acordada entre las partes (salvo en el caso de la CRTVE, respecto de la que no habrá contraprestación)”* (cfr. apartado 45, nota a pie nº 23). Y también que: *“(…) al contrario que sucede con otros operadores de TV de pago, en el caso de TELEFÓNICA, como derivación de los compromisos aprobados en el marco de la operación de concentración C/0612/14*





*TELEFÓNICA/DTS, tiene “la obligación de distribución en su plataforma IPTV de televisión de pago en España de los principales canales de ámbito nacional de TDT en abierto, siempre que los editores de estos canales lo soliciten”. La vigencia de esta obligación se prolonga al menos durante cinco años desde la autorización de la concentración por Resolución de 22 de abril de 2015” (cfr. apartado 48).*

126. Así pues, salvo en el caso mencionado de CRTVE, los organismos de radiodifusión titulares del derecho conexo sobre sus señales (emisiones o transmisiones) pueden prohibir o autorizar la retransmisión o cualquier otro tipo de acto de comunicación pública de sus señales televisivas, exigiendo o no un pago a los responsables de los actos secundarios de comunicación. Estos a su vez, particularmente las televisiones de pago por cable o satélite pueden optar libremente por retransmitir o no las señales de los organismos de radiodifusión que capten a partir de actos de emisión o transmisión por cualquier vía alámbrica o inalámbrica, salvo en el caso también mencionado de TELEFÓNICA sujeto a una obligación temporal de retransmisión de los canales nacionales emitidos a través de la TDT; obligación que responde a motivaciones de interés general y que no puede afectar al objeto último de este procedimiento de determinación de tarifas
127. Señala al respecto el mencionado INF/DC/152/19 de la CNMC (cfr. apartado 23, nota a pie nº 6) que los canales de TDT en abierto en España se suelen retransmitir en las distintas plataformas de televisión de pago tradicionales, normalmente sin compensación monetaria alguna (*Informe Propuesta en segunda fase expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/c061214>*). Ello se debe, seguramente, a que a los organismos de radiodifusión que emiten sus canales en abierto a través de la TDT les interesa una mayor difusión y consumo de sus emisiones y transmisiones para incrementar con ello sus ingresos por publicidad, algo que quizás no conseguirían si exigieran un canon o licencia por la retransmisión de sus canales por las televisiones de pago ante una posible negativa de estas a abonar una contraprestación por la retransmisión.
128. Pero esto no impide que otros organismos de radiodifusión nacionales o extranjeros responsables de canales temáticos, deportivos o informativos, que no emiten a través de TDT y que, por tanto, no llegan normalmente al conjunto de la población al ser accesibles únicamente a través de cable o satélite, puedan exigir un canon de licencia por la retransmisión de su señal a las televisiones de pago por cable o satélite, debiendo diferenciar en tal caso el coste que estos organismos de retransmisión tienen que asumir por los derechos de propiedad intelectual correspondientes a la retransmisión de la señal televisiva (arts. 126 y 127 TRLPI) y por los derechos de propiedad intelectual correspondientes a la retransmisión de las grabaciones audiovisuales que conforman el





contenido de esas señales televisivas (arts. 120 a 125 TRLPI). El uso de la señal quedará sujeto a una autorización individual y en su caso al pago de un canon de licencia gestionados directamente por el organismo de radiodifusión titular del derecho conexo sobre la misma, mientras que el uso de las grabaciones audiovisuales contenidas en la señal que sean titularidad del propio organismo de radiodifusión quedará sujeto a una autorización no exclusiva y al pago de una remuneración equitativa gestionados obligatoriamente por una entidad de gestión colectiva (en el caso de España, EGEDA).

129. Los organismos de radiodifusión, titulares del derecho conexo previsto en el artículo 126 TRLPI, podrán exigir entonces un canon de licencia por la retransmisión de sus señales televisivas, pero no podrán sin embargo reclamar un canon de licencia ni un derecho de remuneración por los contenidos audiovisuales incluidos en los programas televisivos emitidos o transmitidos, ya que estos contenidos son objeto del derecho conexo de los productores de grabaciones audiovisuales recogido en los artículos 120 y ss. TRLPI, correspondiendo la gestión del derecho exclusivo y de remuneración previsto para los actos de retransmisión, *ex art. 122 TRLPI*, a los productores audiovisuales a través de EGEDA, en cuanto única entidad de gestión encargada en España de la gestión colectiva de este derecho. Y en estos casos, como apunta la propia EGEDA en su escrito de conclusiones de 30 de diciembre de 2019 (pgs. 6-7), *“a diferencia de lo que pueden hacer las entidades de radiodifusión, respecto de su señal, las entidades de gestión NO pueden otorgar licencias sin contraprestación ex artículo 163 del TRLPP”*; máxime, se puede añadir, cuando el legislador sustituye el canon de licencia por un derecho de simple remuneración sujeto a las tarifas que debe fijar la entidad de gestión.
130. Llegados a este punto, es claro que hay organismos de radiodifusión que, además de responsables de la señal televisiva, producen sus propios contenidos audiovisuales, muchos de ellos eventos o programas en directo, reuniendo así la doble condición de titulares del derecho conexo sobre grabaciones audiovisuales y del derecho conexo de organismos de radiodifusión sobre sus señales televisivas. Mientras que otros organismos de radiodifusión se limitan a adquirir contenidos producidos por terceros para su emisión o transmisión por medios alámbricos o inalámbricos en su territorio nacional o hacia terceros países, en cuyo caso sólo serán titulares del derecho conexo sobre las señales televisivas, buscando ingresos directos por la autorización para retransmitir su señal, como sucede con canales temáticos y deportivos o informativos, y/o indirectos por publicidad. Sirva como muestra de lo dicho el variopinto listado de canales recogidos en la figura 10 del Informe motivado de TELEFÓNICA (ff.118-119).
131. Así pues, del mismo modo que una entidad de radiodifusión que produce contenidos propios pregrabados dispone simultáneamente de los dos derechos conexos, sobre grabaciones audiovisuales y sobre sus emisiones o transmisiones (artículos 122 y 126





TRLPI), también dispondrá de esos dos derechos en el caso de las fijaciones simultáneas de las imágenes y sonidos de acontecimientos en directo emitidos o transmitidos por medios alámbricos o inalámbricos.

132. En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, TELEFÓNICA denuncia que con esta interpretación se estaría diciendo que a partir de un solo hecho generador pueden surgir a favor de un mismo sujeto sendos derechos de propiedad intelectual sobre dos bienes inmateriales diferentes, cuando la Ley no contempla la posibilidad de que, a favor de un mismo sujeto que desempeñe un único y mismo rol, surjan de un mismo hecho generador dos bienes inmateriales diferentes. Pero no sucede así con las grabaciones y emisiones de programas y eventos en directo, pues una cosa es el proceso técnico de fijación de imágenes y sonidos siguiendo un determinado patrón organizativo para la captación y selección de los mismos antes de su emisión (labor de producción audiovisual), y otra diferente es el proceso técnico de emisión o transmisión de esas imágenes y sonidos (labor de radiodifusión), por más que la primera actividad sirva necesariamente a la segunda. Son, por tanto, dos hechos generadores diferentes: la producción objeto de fijación y la emisión o transmisión. Y son diferentes también los objetos de protección: un bien inmaterial -la grabación- plasmado en un soporte, en el caso del derecho del productor de grabaciones audiovisuales (art. 120 TRLPI); un bien inmaterial -la señal radiodifundida- no fijado en un soporte, en el caso del derecho del organismo de radiodifusión sobre sus emisiones (art. 126 TRLPI), sean o no de su titularidad los contenidos o producciones audiovisuales objeto de la emisión.
133. Por lo tanto, una cosa es la protección de las señales emitidas o transmitidas por cualquier medio técnico y otra cosa es la tutela del contenido de esas señales. Contenido de la señal que puede ser pregrabado o en directo (en cuyo caso, como decimos, tiene lugar una grabación o primera fijación simultánea durante el proceso de producción de la emisión). El hecho de que en los programas o acontecimientos en directo un organismo de radiodifusión lleve a cabo ambas actividades, una con carácter previo e instrumental de la otra, no significa que la emisión se encuentre fijada, como sugieren TELEFÓNICA y AGEDI en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, pues son dos actos diferentes: la fijación de materiales audiovisuales en un soporte a medida que se va sucediendo el programa o acontecimiento en directo y la posterior emisión de los materiales que son objeto de esa previa fijación y que se pueden recuperar durante el transcurso de la emisión (repeticiones). Así, la emisión como tal no se encuentra fijada, lo que no impide que pueda ser objeto de reproducción por el propio organismo de radiodifusión o por terceros según va transcurriendo. Pero sería una fijación “*ex post*” de la emisión, diferente de la fijación “*ex ante*” de los materiales audiovisuales que se realiza por el organismo de radiodifusión, precisamente, para hacer posible la emisión, tanto de acontecimientos o programas en directo como de programas pregrabados.





134. Ambas protecciones sobre bienes inmateriales distintos (en un caso la grabación audiovisual y en otro la señal de radio o televisión) pueden coincidir en un mismo sujeto, el organismo de radiodifusión, siendo diferente el hecho generador, el objeto de tutela y, por tanto, el régimen jurídico aplicable a cada actividad (la producción audiovisual y la emisión o transmisión de señales de radio y televisión).
135. Ninguna contradicción se produce, entonces, con el art. 13.b) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961, ratificada por España el 2 de agosto de 1991 (la “Convención de Roma”), de acuerdo con el cual los organismos de radiodifusión gozarán del derecho de autorizar o prohibir “la fijación sobre una base material de sus emisiones”, ni en consecuencia con el artículo 126 TRLPI, que otorga a las entidades de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar “la fijación de sus emisiones o transmisiones en cualquier soporte sonoro o visual”.
136. Según defiende TELEFÓNICA en las alegaciones a la Propuesta de Resolución, si se confiere a los organismos de radiodifusión el derecho de fijación sobre una base material de sus emisiones, es porque se parte de la premisa de que las emisiones en sí no se encuentran fijadas. Pero, realmente, el derecho conexo de los organismos de radiodifusión otorga a su titular el derecho a prohibir o autorizar la reproducción de sus emisiones, independientemente de a quién pertenezcan los contenidos audiovisuales que son objeto de las mismas. Evidentemente las emisiones no se encuentran fijadas, lo que sí está fijado son las producciones de contenidos audiovisuales que son objeto de tales emisiones, sean contenidos pregrabados tiempo antes de la emisión o contenidos que son objeto de grabación simultánea al devenir de un programa o acontecimiento en directo, segundos antes de su inyección en la señal de radiodifusión. De hecho, la mayoría de los contenidos que son objeto de radiodifusión están pregrabados y eso no impide al organismo de radiodifusión prohibir o autorizar la fijación de sus emisiones o transmisiones. En el derecho de los organismos de radiodifusión se está protegiendo el esfuerzo inversor y técnico necesario para la emisión o transmisión de contenidos audiovisuales. En el derecho de los productores de grabaciones audiovisuales la inversión y trabajo técnico de producción que se concreta en la fijación de los materiales audiovisuales.
137. Por lo demás, TELEFÓNICA no ha podido concretar a lo largo del procedimiento cuál es el peso específico que tienen los directos en el conjunto de emisiones o transmisiones que son objeto de retransmisión por las televisiones de pago. Ha de tenerse en cuenta que muchos de los programas en directo producidos por organismos de radiodifusión





contienen grabaciones previas que son inyectadas durante la emisión, siendo su peso específico relevante en muchos casos. Por no dejar al margen, además, la cuestión de los llamados “falsos directos” (frecuentes en informativos, magazines o concursos), en los que realmente el contenido emitido no es en riguroso directo, sino transcurrido un lapso temporal superior a los pocos segundos de retraso inevitables que tienen lugar en una emisión en directo.

138. Quiere decirse, con ello, que en muchas ocasiones no es fácil discernir qué peso específico global tienen los contenidos audiovisuales emitidos en estricto directo en el conjunto de los materiales o contenidos audiovisuales que son objeto de emisión o transmisión por los organismos de radiodifusión. Por lo tanto, a los fines de este procedimiento, este Órgano considera todos los contenidos audiovisuales emitidos o transmitidos por organismos de radiodifusión como producciones audiovisuales susceptibles de protección por el derecho conexo de los productores audiovisuales (art. 120 TRLPI) que pueden ser objeto de retransmisión por las televisiones de pago; sean o no obras audiovisuales; sean producciones audiovisuales en directo o pregrabadas. Existe una labor de producción audiovisual que se fija en soporte, tanto en los programas y acontecimientos en directo como en los programas o contenidos pregrabados, siendo ambos elementos (la labor de producción y la primera fijación de los materiales audiovisuales objeto de esa producción) decisivos para afirmar la aplicación a todos ellos del derecho conexo de los productores audiovisuales.
139. En definitiva, cuando una televisión por cable o satélite realiza actos de retransmisión de los canales de televisión emitidos o transmitidos por organismos de radiodifusión, independientemente de que pueda o no pagar un canon de licencia en concepto de retransmisión de la señal al organismo de radiodifusión, *ex art.* 126 TRLPI, deberá abonar el derecho de remuneración previsto en el artículo 122.2 TRLPI para los productores de grabaciones audiovisuales contenidas en los programas incluidos en la señal televisiva y gestionado por EGEDA, sin que se pueda discriminar en función del contenido de los canales retransmitidos, ya que han de considerarse grabaciones audiovisuales incluidas en el repertorio de EGEDA tanto los programas preproducidos como los programas en directo. Por lo tanto, esta SPCPI entiende, a los fines de este procedimiento, que, a efectos del requisito de intensidad de uso, previsto en el artículo 157.1 b) TRLPI (actualmente artículo 164.3 TRLPI) como criterio orientativo para el establecimiento de tarifas generales, no puede aceptarse -como propone TELEFÓNICA- que exista base para una reducción de la tarifa por producirse una utilización menor del repertorio de EGEDA en canales generalistas o canales deportivos y de información que emiten frecuentemente acontecimientos en directo.





140. La intensidad de uso del repertorio de EGEDA será prácticamente del 100 por 100 (salvo la parte, muy menor, que corresponde a AGEDI como entidad gestora de los “videoclips” en tanto que grabaciones audiovisuales realizadas por productores de fonogramas) en las actividades de retransmisión de los canales de televisión transmitidos o emitidos por medios alámbricos o inalámbricos por parte de organismos de radiodifusión nacionales o extranjeros, sea de forma gratuita o previo pago de un canon por parte de la entidad de retransmisión por el uso de la señal televisiva, ya que este Órgano considera -a los fines de fijación de la tarifa general por actos de retransmisión de grabaciones audiovisuales- que casi todos los contenidos audiovisuales incluidos en los canales de televisión retransmitidos por televisiones por cable y satélite pueden calificarse como grabaciones audiovisuales incluidas en el repertorio de EGEDA, al ser la única entidad que gestiona colectivamente los derechos conexos de los productores audiovisuales en nuestro país, independientemente de si esas grabaciones contienen o no obras audiovisuales o de si se trata de programas pregrabados o de programas en directo.
141. Lógicamente, los organismos de radiodifusión podrán participar del reparto de derechos recaudados por la explotación de grabaciones audiovisuales realizado en el seno de EGEDA de acuerdo con sus reglas de reparto. La forma en que los organismos de radiodifusión productores de contenidos audiovisuales (incluidos acontecimientos o programas en directo) participan del reparto de la recaudación de EGEDA es una cuestión interna de la entidad de gestión que poco o nada puede afectar a la determinación de la tarifa por el uso de su repertorio, máxime -como ya se ha dicho- cuando las televisiones de pago usuarias de dicho repertorio mediante actos de retransmisión no discriminan tampoco entre sus usuarios, haciendo así un uso pleno de la totalidad de los contenidos audiovisuales incluidos en las señales retransmitidas al cobrar a sus usuarios una cuota mensual por la mera puesta a disposición de dichas señales televisivas-y por tanto de dichos contenidos audiovisuales-, sin diferenciar entre la temática de los diferentes canales y la distinta audiencia que puedan tener unos u otros, entre obras y grabaciones audiovisuales o entre programas pregrabados o en directo.
142. No puede admitirse el argumento de TELEFÓNICA, expuesto en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución de que los operadores de televisión no deberían pagar el mismo precio (en concepto de tarifas generales) por la retransmisión de obras audiovisuales que de grabaciones audiovisuales, y menos aún si estas constituyen grabaciones de eventos o programas en directo, pues entiende que la inversión que hace el productor es muy inferior como inferior ha de ser entonces el valor de mercado de las mismas. El artículo 120 TRLPI reconoce a los productores audiovisuales un derecho de propiedad intelectual propio y autónomo sobre sus grabaciones audiovisuales, independientemente de si éstas pueden calificarse o no como obras audiovisuales, de modo que donde la Ley





no distingue no se debe distinguir. Además, la mayor o menor inversión en la producción audiovisual no determina el valor de mercado de la misma, pues un usuario comercial (operadores de televisión que emiten, transmiten o retransmiten contenidos) puede dar mayor valor a una mera grabación (incluidas las de eventos en directo) que a una obra audiovisual donde el esfuerzo de producción es mayor, y ello porque los usuarios finales o consumidores pueden dar mucho más valor a esas meras grabaciones que a las obras audiovisuales. Buena prueba de ello -como acabamos de decir- es que los operadores de televisión por cable no discriminan precios por el contenido de los canales retransmitidos, y si lo hacen (incluyendo canales temáticos o deportivos) es muy posible que el mayor precio cobrado a los clientes se corresponda con canales cuyos contenidos son meras grabaciones (como sucede con los canales de contenidos deportivos o informativos).

143. El artículo 3º del Reglamento de reparto de EGEDA versión 2019 (“Obras y grabaciones audiovisuales protegidas”), señala que: *“Las grabaciones audiovisuales se encuentran protegidas, a efectos de su inclusión en el reparto de derechos de copia privada, cuando sean al mismo tiempo obras audiovisuales”*; indicando a continuación que: *“Las grabaciones audiovisuales se encuentran protegidas a los efectos de los repartos de los restantes derechos gestionados por la Entidad, pudiendo asignarse, en los casos de gestión colectiva obligatoria, un porcentaje del reparto a la distribución a las grabaciones audiovisuales, mediante un sistema de reivindicación por parte de los titulares”*.
144. El artículo 6º del mismo Reglamento en su versión de 2019 se ocupa en particular de las producciones incluidas en canales de televisión considerados en los repartos de los derechos de gestión colectiva obligatoria, disponiendo que se incluirán en el reparto *“aquellas producciones emitidas en cualquiera de los canales nacionales o autonómicos en abierto que realicen actividades de difusión en España medidos por un proveedor oficial...”*, para lo cual se establecen una serie de criterios y la facultad para el Consejo de Administración de fijar el número de canales y el mínimo de audiencia para considerar los canales objeto de reparto. *“La inclusión de las producciones emitidas en otros canales, tales como plataformas digitales, canales recibidos vía satélite, cable o canales locales, será decidido por el Consejo de Administración”*, quien, cuando resulte inviable económicamente la inclusión de algún canal, podrá decidir primar en el reparto que se efectúe el género o los géneros de producciones mayoritariamente emitido o que conforme la parte fundamental de la oferta en los canales considerados.
145. Y en el artículo 9º sobre reglas de reparto se establece que las reglas que determinan el grado de utilización en los derechos de gestión colectiva obligatoria son los de pase (emisión) y audiencia, predisponiendo una serie de reglas que, en el caso de los canales





de televisión, se basan en el análisis de los listados de emisiones que elaboran las cadenas de televisión y en las parrillas de programación publicadas por periódicos, revistas, etc.

146. No se establecen diferencias en función del contenido temático de los canales y tampoco dependiendo de si emiten o transmiten contenidos pregrabados o en directo. En consecuencia, volviendo al argumento esgrimido en el INF/DC/152/19 de la CNMC (apartado 44), si en el Reglamento de reparto de EGEDA no se establecen distinciones en función de la naturaleza y temática de los contenidos emitidos en canales de televisión, habrá que pensar -a falta de prueba en contrario- que quedan incluidas en el reparto también las producciones de eventos y programas en directo, decayendo a la postre el argumento según el cual cualquier diferenciación en los criterios de reparto, no ya entre obras y grabaciones audiovisuales (anteriormente descartado, “ut supra” apartados 94 a 99), sino entre producciones audiovisuales pregrabadas y producciones en directo, debería tener reflejo en las tarifas establecidas para los actos secundarios de comunicación de grabaciones audiovisuales, en particular la retransmisión a través de televisiones de pago.

### ***II.3.2. Formas de explotación: Derecho de comunicación pública en la modalidad de retransmisión por cable y satélite.***

147. El artículo 122.1 TRLPI establece que: “*Corresponde al productor de grabaciones audiovisuales el derecho de autorizar la comunicación pública de éstas. Cuando la comunicación al público se realice por cable y en los términos previstos en el apartado 4 del artículo 20 de esta Ley, será de aplicación lo dispuesto en dicho precepto*”.
148. El artículo 122.2 TRLPI dispone a su vez, lo siguiente: “*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 establecidas por la correspondiente entidad de gestión*”.
149. Y el artículo 122.3 TRLPI señala finalmente que: “*El derecho de 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. La efectividad de este derecho a través de las respectivas entidades de gestión comprenderá la negociación con los usuarios, la determinación, recaudación y distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquél*”.





150. Así pues, el derecho exclusivo conexo de los productores de grabaciones audiovisuales incluye la facultad de prohibir o autorizar (“*ius prohibendi*”) la comunicación pública de sus fijaciones por cualquier medio técnico que sirva para hacerlas llegar al público. Eso incluye, dentro del catálogo de actos o modalidades de comunicación pública recogidos en el artículo 20.2 TRLPI (por remisión del artículo 132 TRLPI), aquellas que son aptas para la comunicación de grabaciones audiovisuales, excluyendo aquellas otras cuyo objeto es la comunicación de otro tipo de creaciones y prestaciones afines.
151. Entonces, quedarán incluidos en el derecho exclusivo del productor de grabaciones audiovisuales los actos de comunicación pública previstos en las letras b. (actos de proyección o exhibición pública), c. (emisión o cualquier otro acto de radiodifusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes), d. (radiodifusión o comunicación al público vía satélite), e. (transmisión por cable, hilo, fibra óptica o cualquier otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono), f. (la retransmisión por cualquiera de los medios anteriores y por entidad distinta de la de origen), g. (la emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo), i. (la puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija), y j. (el acceso público en cualquier forma a las obra y prestaciones incorporadas a una base de datos).
152. En este procedimiento de determinación de tarifas sólo interesan los actos de comunicación al público de grabaciones audiovisuales incluidos en el artículo 20.2 f) TRLPI; esto es, los actos de retransmisión de grabaciones audiovisuales contenidas en emisiones o transmisiones de televisión, por una entidad distinta de la de origen, que tengan lugar bien mediante actos de comunicación inalámbrica, por vía hertziana o por satélite, o bien mediante actos de comunicación por cable, hilo, fibra óptica o cualquier otro procedimiento análogo, sea o no -en ambos casos- mediante abono.
153. TELEFÓNICA realiza actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales en la modalidad de retransmisión por cable (mediante el sistema de IPTV en la plataforma Movistar+) y de retransmisión por satélite (en la plataforma Movistar+ Satélite, tras la adquisición en 2015 de la empresa DTS por TELEFÓNICA).
154. La retransmisión constituye un acto de comunicación pública de segundo grado pues supone volver a comunicar a un público distante emisiones o transmisiones que constituyen ya actos de comunicación pública a distancia.
155. La retransmisión es así una comunicación pública de segundo grado simultánea, inalterada e íntegra de emisiones o transmisiones televisivas iniciales que se puede





efectuar tanto por medios alámbricos (por cable, hilo, fibra óptica o procedimiento análogo) como por medios inalámbricos (ondas hertzianas o satélite).

156. En los canales generalistas emitidos por TDT el público al que va dirigida la retransmisión no constituye en sentido estricto una nueva audiencia, pues todos o una gran parte de los destinatarios del acto de retransmisión pueden tener acceso a la emisión o transmisión original por otros medios (por ejemplo, a través de la TDT o señales televisivas captadas por satélite). Sin embargo, cabe destacar el valor añadido que pueden aportar las plataformas de retransmisión para los usuarios finales, que puede ser variado: señales de mejor calidad; agrupamiento de un gran número de canales sin tener que sintonizarlos mediante el dial de frecuencias; evitar antenas o aparatos de recepción de señales; suministro de programas propios del organismo retransmisor que se combinan con los programas retransmitidos; servicios de grabación de programas en la nube para facilitar a los clientes el acceso y disfrute de los mismos en horarios distintos libremente seleccionados, etc.
157. Sin embargo, en canales emitidos o transmitidos al margen de la TDT, por medios alámbricos o inalámbricos (particularmente a través de señales de satélite), la retransmisión que se hace de los mismos a través de las televisiones de pago sí que puede suponer la puesta a disposición de un nuevo público, incrementando todavía más el valor añadido que aportan los organismos de retransmisión. Un efecto similar puede tener la retransmisión de canales emitidos o transmitidos por TDT, con una cobertura geográfica determinada, cuando la retransmisión se realiza para una región no cubierta.
158. Las partes principales del procedimiento coinciden en que las tarifas generales establecidas por EGEDA y discutidas por TELEFÓNICA se dirigen a remunerar el uso de grabaciones audiovisuales -incluidas en su repertorio- en los actos de retransmisión por parte de las plataformas de televisión por cable. Discrepan sin embargo sobre si las mismas tarifas se deben aplicar también a los actos de retransmisión por parte de las plataformas de televisión de pago por medio de satélite, como sucede en particular en el caso de TELEFÓNICA tras la adquisición de la empresa DTS en el año 2015.
159. Estamos, por tanto, ante actos de comunicación al público en la modalidad de retransmisión por diversos medios técnicos sometidos a un confuso régimen legal que combina un derecho exclusivo del productor con un derecho de remuneración de gestión colectiva obligatoria.
160. La remisión que el artículo 20.2 f) TRLPI hace a la retransmisión “por cualquiera de los medios anteriores”, queda limitada en la práctica a la retransmisión por ondas hertzianas o vía satélite (artículo 20.2 d. TRLPI) y a la retransmisión por cable o procedimiento





análogo (art. 20.2 e. TRLPI). En consecuencia, los actos de retransmisión por medios alámbricos o inalámbricos de grabaciones audiovisuales contenidas en emisiones o transmisiones previas de televisión (independientemente de si las señales captadas por el retransmisor se transmiten por cable o se emitan por ondas o satélite) necesitan contar, a priori, con la autorización de los productores titulares del derecho exclusivo de comunicación pública; autorización que incluye la retransmisión de grabaciones audiovisuales y de las obras que, en su caso, contengan dichas grabaciones, conocida la acumulación de derechos de autor y conexos en la figura del productor audiovisual con base en la presunción de cesión exclusiva contemplada en el artículo 88.1 TRLPI.

161. Aunque en el caso de la retransmisión por cable el artículo 122.1 TRLPI se remite en su párrafo segundo al régimen especial contenido en el artículo 20.4 TRLPI (procedente de la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable), según el cual el ejercicio del derecho exclusivo que asiste a los titulares de autorizar la retransmisión por cable se ejercerá, exclusivamente, a través de una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual cuando tenga por objeto la explotación en territorio español de emisiones o transmisiones de programas procedentes de otros países de la Unión Europea, estableciendo así un peculiar régimen de gestión colectiva obligatoria de un derecho exclusivo. En el caso de los titulares de derechos que no hubieran encomendado la gestión de sus derechos a una entidad de gestión colectiva (gestión colectiva voluntaria), tales derechos se harán efectivos a través de la entidad que gestione derechos de la misma categoría.
162. En el caso de España, EGEDA es la única entidad que gestiona los derechos conexos de los productores de grabaciones audiovisuales, actuando, así como monopolio de hecho en dicho subsector del mercado, de modo que será esta entidad la única que puede autorizar los actos de retransmisión por cable de las grabaciones audiovisuales contenidas en emisiones o transmisiones procedentes de otros Estados miembros.
163. En el caso de las grabaciones audiovisuales contenidas en emisiones o transmisiones de programas que procedan de territorio español, EGEDA concederá las autorizaciones no exclusivas en régimen de gestión colectiva voluntaria, pues se presume que la totalidad o práctica totalidad de los productores audiovisuales españoles ha encomendado la gestión de sus derechos exclusivos a EGEDA mediante el pertinente contrato de gestión.
164. En cualquier caso, es lógico pensar que el régimen de gestión colectiva obligatoria del derecho exclusivo de los productores de grabaciones audiovisuales contenidas en emisiones o transmisiones de programas procedentes de otros países de la UE para





autorizar su retransmisión por cable en España, se extienda a efectos prácticos a la gestión del derecho exclusivo de productores audiovisuales sobre grabaciones contenidas en emisiones o transmisiones que tengan su origen en territorio español y sean objeto de retransmisión por cable también en España. Siquiera sea porque en ambas situaciones la entidad de retransmisión debe abonar una remuneración equitativa que ha de ser gestionada obligatoriamente por una entidad de gestión colectiva que, en el caso de España, es la entidad EGEDA, por ser la única autorizada al respecto por el Ministerio de Cultura.

165. En ambos casos, gestión colectiva obligatoria o gestión colectiva voluntaria, la entidad de gestión EGEDA tendrá que realizar su actividad de gestión en los términos previstos en el artículo 163 TRLPI; a saber: obligación de negociar y contratar bajo remuneración con los usuarios que lo soliciten, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, actuando ambas partes bajo los principios de buena fe y transparencia, y basándose la concesión de las autorizaciones en condiciones equitativas y no discriminatorias.
166. Por lo tanto, los actos de retransmisión de grabaciones audiovisuales por medio de cable o procedimiento análogo serán autorizados exclusivamente, mediante licencias no exclusivas (cfr. artículo 50.2 TRLPI), por la entidad de gestión colectiva EGEDA. Mientras que, en principio, los actos de retransmisión de grabaciones audiovisuales por medio de comunicación inalámbrica, hertziana o vía satélite, tendrían que ser autorizados -o no- individualmente por los respectivos productores titulares del derecho exclusivo sobre esas grabaciones en las condiciones que, en su caso, libremente acuerden con las entidades de retransmisión (gestión individual); a no ser que los productores hayan encomendado la gestión de las pertinentes autorizaciones a la entidad de gestión colectiva (gestión colectiva voluntaria), algo que puede presumirse en el caso de productores españoles, pero no en productores de terceros países dentro o fuera de la Unión Europea (sin desconocer la existencia de múltiples acuerdos de reciprocidad entre entidades de gestión de diferentes países que sirven para legitimar la gestión en España de derechos de titulares de terceros países).
167. Sin embargo, el artículo 122.2 TRLPI dispone que los usuarios de grabaciones audiovisuales que se utilicen para los actos de comunicación previstos en el artículo 20.2 f. (la retransmisión por cualquiera de los medios anteriores y por entidad distinta de la de origen) y g. (la emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo), tienen la obligación de pagar a los productores de grabaciones audiovisuales (y a los artistas intérpretes o ejecutantes) la remuneración que proceda de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión.





168. Se establece así un derecho de remuneración de gestión colectiva obligatoria que concurre para la misma categoría de titulares de derechos (los productores de grabaciones audiovisuales) con un derecho exclusivo a autorizar el acto de retransmisión, el cual en unos casos es de gestión colectiva obligatoria (retransmisión por cable) y en otros de gestión individual por el titular de derechos o de gestión colectiva voluntaria previo encargo a la entidad de gestión por parte del titular del derecho.
169. Es decir, por lo que a este procedimiento interesa, las plataformas de televisión por cable o por satélite que realicen actos de retransmisión de grabaciones audiovisuales están obligadas a abonar la remuneración que se establezca por parte de EGEDA mediante tarifas generales (salvo que existan acuerdos entre las partes), en tanto que única entidad facultada para gestionar los derechos de productores audiovisuales en territorio español. Ahora bien, se entiende que para abonar ese derecho los usuarios que realicen actos de retransmisión deberían haber sido previamente autorizados por la propia entidad de gestión (en caso de retransmisión por cable) o por el productor titular del derecho conexo (en el caso de retransmisión por satélite, salvo que hubiera encomendado la gestión voluntariamente a la entidad de gestión) para utilizar las grabaciones audiovisuales con fines de retransmisión.
170. En el caso de la retransmisión por cable, en la práctica se entiende autorizada de manera implícita la retransmisión cuando la entidad de gestión se limita a reclamar el pago de la remuneración equitativa acordada con el usuario mediante contrato privado o establecida como tarifa general.
171. No es tan clara la cuestión en el caso de los actos de retransmisión de grabaciones audiovisuales por medio de plataformas de televisión vía satélite, como sucede con la plataforma DTS adquirida por TELEFÓNICA en el año 2015 y explotada desde entonces bajo la marca Movistar + (que ha sido recientemente objeto de fusión por absorción, desapareciendo así como entidad autónoma y quedando subsumida plenamente la actividad televisiva del satélite en la propia TELEFÓNICA)
172. Ni TELEFÓNICA, ni antes DTS, han abonado nunca derechos de remuneración a EGEDA por los actos de retransmisión de grabaciones audiovisuales mediante la plataforma de televisión por satélite. EGEDA y DTS, y posteriormente EGEDA y TELEFÓNICA, nunca han alcanzado un acuerdo al respecto.
173. En el catálogo de tarifas generales por los derechos exclusivos y los derechos de remuneración administrados por EGEDA y aprobado por esta entidad en junio de 2016, se especifica, entre otras cosas, que EGEDA gestiona la comunicación pública de obras





y grabaciones audiovisuales en las formas previstas en la letra f) del número 2 del artículo 20 TRLPI y la remuneración reconocida en el artículo 122.2 TRLPI.

174. En el Epígrafe 1 de dicho catálogo de tarifas generales EGEDA (“Retransmisión”) hace constar que la tarifa general aplicable comprende la contraprestación por la concesión de la autorización, derecho exclusivo de los productores audiovisuales, así como la remuneración correspondiente a los productores audiovisuales a la que se refiere el artículo 122.2 en relación con el acto de comunicación al público previsto en la letra f) del artículo 20.2 TRLPI. Acto de comunicación al público -la retransmisión- cuya autorización se entiende incluida con el pago de la tarifa general, y que, a juicio de EGEDA, comprende no sólo los actos de retransmisión íntegra, inalterada y simultánea por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento similar, y por cualquier otro procedimiento, de las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en las emisiones y/o transmisiones de entidades de radiodifusión televisual, cuando sea efectuada por una entidad diferente del emisor primario, sea o no titular de la red de distribución y tenga o no la consideración de entidad de radiodifusión, sino también la retransmisión que se realiza por vía inalámbrica, hertziana, por satélite o cualquier otro sistema, en formato analógico o digital, de las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en las emisiones y/o transmisiones de entidades de radiodifusión cuando la retransmisión sea efectuada por una entidad diferente del emisor primario y tenga o no la consideración de entidad de radiodifusión.
175. Sin embargo, TELEFÓNICA niega que tenga que abonar derechos de remuneración por la retransmisión de grabaciones audiovisuales que lleva a cabo vía satélite a través de la plataforma Movistar + Satélite. Alega al respecto que la gestión real de EGEDA sólo alcanza a la retransmisión por cable, al ser el único ámbito donde puede invocar un derecho de gestión colectiva obligatoria, lo que determina que la parte de la plataforma Movistar + explotada por satélite y no por ITPV quede fuera de la órbita de la gestión de EGEDA.
176. Arguye TELEFÓNICA que EGEDA no puede reclamar el pago del derecho de remuneración por los actos de retransmisión por satélite de grabaciones audiovisuales si antes no demuestra -cosa que nunca ha hecho- que dispone del mandato de los productores titulares del derecho conexo para autorizar la retransmisión vía satélite.
177. Según TELEFÓNICA, en el caso de la retransmisión por cable EGEDA acumula el derecho exclusivo de gestión colectiva obligatoria (artículos 122.1 y 20.4 TRLPI) y el derecho de simple remuneración (artículo 122.2 TRLPI), comprendiendo la tarifa tanto la autorización del derecho exclusivo como la remuneración equitativa. Pero en el caso de la retransmisión por satélite considera que EGEDA tendría que acreditar primero, de





manera fehaciente, que dispone del mandato de los productores titulares de derechos exclusivos sobre las grabaciones audiovisuales objeto de retransmisión satelital (gestión colectiva voluntaria), incluyendo el de los productores de terceros países cuyas grabaciones audiovisuales son emitidas o transmitidas, para poder reclamar el pago de la remuneración de acuerdo con las tarifas generales establecidas al efecto.

178. Reitera los mismos argumentos en el escrito de conclusiones presentado el 30 de diciembre de 2019 y en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, insistiendo en que EGEDA nunca ha gestionado derechos por los actos de retransmisión por satélite y nunca ha repartido derechos a sus asociados por este concepto: *“Si EGEDA quisiera gestionar de verdad la modalidad de retransmisión por satélite tendría que recabar el mandato de los productores que voluntariamente quisieran encomendarle la gestión del correspondiente derecho exclusivo. Y si se limitara a gestionar la parte del derecho de remuneración correspondiente al satélite, se vería obligada a evidenciar en qué proporción pone precio a cada uno de los derechos que integran ese par (exclusivo y de remuneración), operación de desglose a la que EGEDA se ha resistido históricamente”* (apartado 142). *“A lo anterior se añade que, así como el derecho de retransmisión por cable está armonizado a nivel UE desde 1993, ello no ocurre con el satélite. EGEDA no podría trabar acuerdos de reciprocidad con entidades homólogas, lo que aconseja, para mantener la homogeneidad, no gestionar un derecho que esas otras entidades no van a gestionar en sus respectivos países a favor de los productores audiovisuales españoles”* (apartado 143). Este mismo argumento es defendido por ORANGE en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución.
179. El INF/DC/152/19 de la CNMC pone en duda también la legitimación de EGEDA para gestionar derechos por los actos de retransmisión vía satélite, aunque sin argumentos jurídicos de fondo. Arguye en concreto la CNMC que *“(…) si resulta relevante, desde la perspectiva de la carga de la argumentación, que la entidad de gestión de que se trate, en este caso EGEDA, deba justificar aquellas modificaciones que plantee respecto de la práctica hasta la fecha desarrollada en la aplicación de su tarifa por el uso de grabaciones audiovisuales en plataformas de TV de pago en la modalidad de retransmisión. Así, si la retransmisión satelital ha quedado excluida tradicionalmente de la gestión colectiva de EGEDA correspondería a esta entidad motivar un cambio en esa práctica, dada la diferencia de regulación entre la retransmisión por vía inalámbrica (vía satélite), sujeta en parte a un régimen de exclusiva de gestión colectiva voluntaria (arts. 122.1 del TRLPI), y la retransmisión por cable, de gestión colectiva obligatoria (arts. 122.1 y 20.4 TRLPI)”*. Argumento este compartido por TELÉFONICA en su escrito de conclusiones finales (cfr. apartado 145).





180. Se trata, una vez más, de una cuestión compleja que no ha sido abordada en profundidad ni definitivamente resuelta por los tribunales y la doctrina científica, y sobre la que esta SPCPI se tiene que pronunciar necesariamente para resolver el fondo del asunto planteado en el presente procedimiento, por más que la postura de este Órgano sirva exclusivamente a los fines de la determinación de tarifas objeto del mismo
181. Conviene advertir, en vía de principio, que la retransmisión vía satélite siempre se ha incluido entre los objetivos de gestión de EGEDA, tal y como consta en el artículo 2 de sus Estatutos, aprobados por el Ministerio de Cultura. Y como se ha visto, la gestión de la retransmisión vía satélite se ha venido incluyendo en los sucesivos catálogos de tarifas de la entidad, también en el aprobado en junio de 2016 (vid. supra, apartado174). Cuestión distinta es que la entidad no haya llevado a cabo nunca una gestión colectiva activa de los derechos sobre la retransmisión vía satélite, lo cual puede deberse a diversos motivos entre los que no cabe descartar los de oportunidad y conveniencia por motivos de organización interna y recursos disponibles ante la negativa de los operadores de cable a alcanzar un acuerdo al respecto
182. Ahora bien, el hecho de que EGEDA no haya llevado a cabo una gestión activa de los derechos derivados de la retransmisión vía satélite no puede interpretarse como una renuncia a la gestión colectiva que pudiera servir para descartar de inicio cualquier reclamación al respecto si ésta viene fundada en Derecho, invocando expresa o tácitamente la doctrina del “venire contra factum proprium non valet” (como parece desprenderse de los argumentos del INF/DC/152/19 y de la postura de TELEFÓNICA).
183. El derecho de propiedad (en este caso propiedad intelectual) gestionado por EGEDA en representación de los productores de grabaciones audiovisuales no pierde su valor ni su eficacia por el mero hecho de su falta de ejercicio activo mediante la interposición de reclamaciones judiciales o extrajudiciales. Si la propiedad ordinaria no pierde su eficacia ni siquiera en los casos de precario, menos aún puede perderla una propiedad fuerte, en forma de derecho exclusivo y excluyente que otorga un monopolio jurídico sobre un bien inmaterial, como es la propiedad intelectual. Eso no impide que se apliquen los límites establecidos legalmente, así como la institución de la prescripción, cuyo objetivo es aportar seguridad jurídica a las relaciones jurídicas “inter-partes”. Por lo tanto, así como un titular de derechos de autor o conexos puede ejercitar acciones en defensa de su derecho, dentro de los plazos de prescripción, frente a infracciones de terceros por más que las haya conocido con anterioridad, del mismo modo una entidad de gestión colectiva puede gestionar los derechos que se le atribuyan legal o voluntariamente cuando disponga de los medios necesarios para hacerlo de modo eficaz, a pesar de que no lo hubiera hecho anteriormente. La doctrina de los propios actos sólo podrá





esgrimirse como mecanismo defensivo previa acreditación de un ejercicio abusivo del derecho que en este caso no se aprecia.

184. Cuestión diferente es que EGEDA esté efectivamente legitimada para la gestión colectiva de los actos de retransmisión vía satélite de grabaciones audiovisuales, lo cual requiere un examen detenido de la Legislación.
185. Ciertamente, el derecho de comunicación al público de grabaciones audiovisuales mediante la retransmisión por vía inalámbrica (esencialmente vía satélite) está sujeto al régimen de exclusiva del productor titular del mismo. A diferencia de lo que ocurre con las autorizaciones para realizar retransmisiones por cable de grabaciones audiovisuales, objeto de un derecho exclusivo de gestión colectiva obligatoria donde la autorización o licencia no exclusiva que concede la entidad (EGEDA) queda subsumida en el pago de la remuneración equitativa también de gestión colectiva obligatoria prevista legalmente para retribuir a los titulares de derechos.
186. Como se ha señalado ya, la gestión colectiva obligatoria de la autorización para retransmitir por cable tiene por objeto, en principio, únicamente las grabaciones audiovisuales contenidas en emisiones o transmisiones de programas procedentes de otros países de la Unión Europea. Aunque en la práctica la gestión colectiva de las autorizaciones de retransmisión por cable por parte de EGEDA se extiende a las grabaciones audiovisuales incluidas en emisiones o transmisiones que tienen su origen en territorio español (algo que TELEFÓNICA no parece discutir en ningún momento), sea por una mera cuestión de hecho a efectos prácticos o sea porque la actividad de EGEDA esté amparada en mandatos concedidos por los productores audiovisuales españoles y por acuerdos de reciprocidad con entidades de gestión análogas de otros países europeos o no europeos.
187. Por lo tanto, en principio, al no ser de gestión colectiva obligatoria la explotación de grabaciones audiovisuales mediante actos de retransmisión vía satélite, los operadores de plataformas de televisión por satélite deberían negociar y obtener autorización de los respectivos productores titulares de derechos sobre las grabaciones audiovisuales contenidas en las emisiones o transmisiones televisivas objeto de retransmisión. A no ser que los productores titulares del derecho conexo, en España o fuera de España (directamente o indirectamente mediante acuerdos de reciprocidad entre entidades gemelas), hubieran encomendado a EGEDA la gestión de sus derechos de retransmisión por satélite mediante el oportuno contrato de gestión, en cuyo caso las plataformas de televisión por satélite, como Movistar + Satélite, tendrían que negociar con EGEDA la concesión de autorizaciones no exclusivas además del preceptivo pago de la remuneración equitativa (común a la retransmisión por cable o por satélite) libremente





negociada o, en su defecto, establecida en las tarifas generales de la entidad, *ex* artículos 122.2 y 3 TRLPI.

188. TELEFÓNICA niega que EGEDA disponga de autorizaciones de los productores titulares de derechos sobre grabaciones audiovisuales para la concesión de licencias no exclusivas de explotación en la modalidad de retransmisión vía satélite. Motivo por el que -afirma- EGEDA nunca ha gestionado realmente el pago de la remuneración equitativa correspondiente a los actos de retransmisión, por satélite por más que incluya esa gestión en su catálogo de tarifas.
189. En definitiva, sin contar con una encomienda de gestión previa por parte de los titulares de derechos sobre grabaciones audiovisuales que son objeto de retransmisión por satélite, EGEDA no dispone -según TELEFÓNICA y ORANGE- de legitimidad para reclamar el pago del derecho de remuneración previsto en el artículo 122.2 TRLPI para esos mismos actos.
190. EGEDA defiende, sin embargo, su plena legitimación a lo largo del procedimiento, y con especial énfasis en su escrito de conclusiones de 30 de diciembre de 2019 (pg. 11), donde pone de manifiesto cómo AGICOA, mediante certificado de 22 de marzo de 2019 (cfr. folio 3863), reconoce el derecho de EGEDA de licenciar el repertorio internacional de AGICOA que agrupa a productores, asociaciones de productores y sus organizaciones nacionales de gestión colectiva listadas en el anexo I a dicho certificado. A lo que se añade, además la legitimación estatutaria de EGEDA para licenciar todo el repertorio de sus miembros y los repertorios de todas las entidades de gestión de productores audiovisuales de Latinoamérica.
191. A juicio de esta SPCPI la argumentación de TELEFÓNICA se construye aprovechando un error de técnica legislativa en el conjunto del artículo 122 TRLPI para, mediante una interpretación jurídico-formal, negar la necesidad de pagar remuneración alguna por unos actos de retransmisión por satélite de grabaciones audiovisuales contenidas en emisiones o transmisiones televisivas que realiza de manera constante en su plataforma de televisión por satélite Movistar + Satélite, sin que haya demostrado en ningún momento haber negociado ni obtenido autorización individual de los titulares de derechos afectados, ni tampoco haber ofrecido el pago de la preceptiva remuneración equitativa a EGEDA. Es decir, TELEFÓNICA y ORANGE niegan que deban abonar la remuneración equitativa por actos de retransmisión vía satélite de grabaciones audiovisuales radiodifundidas previamente (por ondas, cable o satélite), si previamente no se acredita por la entidad de gestión responsable de gestionar el cobro de ese derecho de remuneración (EGEDA) que dispone de los mandatos preceptivos de los productores





audiovisuales titulares del derecho conexo sobre las obras y grabaciones audiovisuales objeto de esos actos de retransmisión por satélite.

192. Realmente, la negociación de autorizaciones individuales de los productores de grabaciones audiovisuales contenidas en los programas emitidos o transmitidos y luego retransmitidos por televisiones de pago se antoja sumamente complicada, casi imposible, si no es con la intervención de una entidad de gestión colectiva, dado el número y la frecuencia de actos de explotación. Es precisamente la dificultad o imposibilidad práctica para gestionar licencias individuales por parte de los titulares de derechos (conocida como imperfección de mercado) lo que justifica la gestión colectiva voluntaria u obligatoria, así como la sustitución del pago de una licencia por un derecho de simple remuneración de gestión colectiva obligatoria. Es innegable, por tanto, la legitimación de EGEDA para representar los derechos de los productores de grabaciones audiovisuales españoles y europeos o extracomunitarios, y así lo reconoce expresamente la Sala Primera del Tribunal Supremo en consolidada jurisprudencia: *“Por lo demás no existía problema al respecto -de la legitimación activa- porque la entidad actora -EGEDA- acreditó la autorización administrativa como Entidad de gestión (Órdenes Ministeriales de 29 de octubre de 1990, 28 de agosto de 1992, 20 de diciembre de 1993 y 6 de marzo de 1995) y aportó copia de los Estatutos de los que resulta su legitimación propia para actuar respecto de aquellos derechos cuya gestión "in genere" constituye el objeto de su actividad, lo que es suficiente "a prima facie", sin necesidad de acreditar las autorizaciones individuales de los titulares de los derechos de explotación, según viene entendiendo la doctrina jurisprudencial de esta Sala (SS., entre otras, 29 octubre 1999 - dos sentencias-, 18 octubre 2001, 24 septiembre Y 15 octubre 2002, 31 enero y 10 marzo 2003, 24 noviembre y 12 diciembre 2006 )”* (cfr. STS, Sala Primera, 1393/2008, de 15 de enero).

193. Es decir, TELEFÓNICA niega tener que pagar por actos de explotación que reconoce abiertamente realizar habitualmente en su plataforma de televisión de pago por satélite, obviando la necesidad de obtener autorizaciones para realizar esos actos de explotación; suponiendo tal vez que si los productores no exigen la obtención de autorizaciones para retransmitir será porque consienten tácitamente dicha explotación.

194. Pero lo cierto es que difícilmente un productor de grabaciones audiovisuales va a negociar individualmente la concesión de licencias para la retransmisión vía satélite de contenidos incluidos en emisiones y transmisiones televisivas. Primero por la dificultad de negociar y autorizar actos de explotación secundarios de grabaciones audiovisuales que se realizan en masa diariamente a partir de emisiones o transmisiones televisivas que pueden tener su origen en España o en otros Estados miembros de la Unión Europea (o incluso en terceros países); y segundo -y fundamental- porque en esa negociación





individual no podrían incluir el pago de un precio por la licencia, ya que la Ley española establece que el pago por el uso mediante retransmisión alámbrica o inalámbrica de grabaciones audiovisuales deberá hacerse mediante una remuneración de gestión colectiva obligatoria y, por tanto, fijada por la entidad de gestión que representa los derechos de los productores audiovisuales.

195. Advierte al respecto la doctrina científica que podría discutirse si respecto de las modalidades de comunicación pública previstas en las letras f) y g) del artículo 20.2 TRLPI el derecho exclusivo es de gestión colectiva obligatoria, por serlo el correspondiente derecho de remuneración. (Refiriéndose en el caso de la retransmisión a la que tiene lugar por medios inalámbricos como el satélite, ya que en el caso de la retransmisión por cable viene impuesta la gestión colectiva obligatoria del derecho exclusivo por el artículo 20.4 TRLPI.) Concluyendo que: *“Jurídicamente no hay razón para que así sea: tratándose de dos derechos distintos y compatibles, pueden gestionarse separadamente y de manera diversa. En términos de eficiencia económica, sin embargo, parece un sinsentido que, debiendo hacerse efectiva necesariamente por la entidad de gestión correspondiente la remuneración por la explotación de la obra, la autorización pueda proceder del propio productor. Tratándose de una modalidad de explotación secundaria, de difícil gestión individual, lo razonable es que sea la entidad de gestión la que se encargue no sólo de cobrar la remuneración, sino también de conceder la autorización. De hecho, así es como sucede en la práctica”* (vid. GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso, “Comentario al artículo 122”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed. Tecnos, Madrid, 2017, pg. 1731).
196. Efectivamente, así es como sucede en la práctica; al menos por lo que respecta a los actos de comunicación pública previstos en el artículo 20.2 g) TRLPI (la emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo), sujetos al mismo régimen de superposición de derecho exclusivo y derecho de simple remuneración que la retransmisión por medios inalámbricos de la letra g) del mismo artículo 20.2 TRLPI, pues sería impensable que los productores audiovisuales tuvieran que autorizar individualmente el uso que se hace de sus grabaciones, de manera masiva e incontrolada, en establecimientos abiertos al público (como bares, restaurantes, cafeterías, boleras, centros de ocio y otros establecimientos de hostelería). En estos casos las tarifas generales de EGEDA recogidas en el Epígrafe 2 (“Comunicación en lugares accesibles al público”) comprenden la contraprestación por la concesión de la autorización del derecho exclusivo de los productores audiovisuales previstos en el artículo 122.1 y por la remuneración a la que se refiere el artículo 122.2 TRLPI.
197. Y así es como, efectivamente, debería suceder en la práctica en el terreno de las retransmisiones vía satélite o inalámbrica en general de grabaciones audiovisuales:





entender concedida la autorización del derecho exclusivo del artículo 122.1 por parte de la entidad de gestión colectiva que gestiona la remuneración prevista en el artículo 122.2 TRLPI. Máxime cuando resulta evidente el uso constante de las grabaciones audiovisuales en las plataformas de televisión por satélite que, como Movistar+ Satélite, realizan actos de retransmisión de emisiones y transmisiones televisivas.

198. Esta SPCPI comparte el argumento de EGEDA cuando señala, en su escrito de conclusiones (pg. 11), que: “(...) *el fundamento de la gestión colectiva obligatoria es la imposibilidad o grave dificultad de la gestión individual del derecho por el titular, y es fácilmente comprensible que el mismo fundamento de la gestión colectiva obligatoria que subyace en el caso de la retransmisión por cable, subyace en la retransmisión por satélite*”.
199. Como anteriormente se ha sugerido, el problema parte de un error de técnica legislativa, pues muy probablemente cuando el legislador estableció en nuestra legislación de propiedad intelectual -mediante la reforma operada por la Ley 43/1994- un derecho de simple remuneración de gestión colectiva obligatoria por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales a favor de los productores audiovisuales y de los artistas e intérpretes (derecho éste que no venía exigido por la Directiva 93/83/CEE que se incorporó mediante la mencionada Ley 43/1994), el cual se limitó luego en el artículo 122.2 TRLPI 1996 a las modalidades de comunicación pública previstas en las letras f) y g) del artículo 20.2 TRLPI, su verdadera intención era la de suprimir el derecho exclusivo de los productores sobre esas modalidades de comunicación pública (retransmisión y emisión o transmisión en lugares accesibles al público) para otorgar a los productores -igual que a los artistas e intérpretes- únicamente un derecho de mera remuneración, facilitando con ello a los usuarios la realización de esos actos de comunicación pública secundaria que tienen lugar de forma masiva sin necesidad de tener que gestionar autorizaciones por cada uno de ellos a los productores, y también a los titulares de derechos la percepción de una remuneración adecuada por la utilización de sus grabaciones en un tipo de actos de explotación secundaria que difícilmente podrían controlar directamente (cfr. GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso, ob. cit., pgs. 1730-1731).
200. Pero el legislador finalmente no eliminó el derecho exclusivo para esas dos modalidades de comunicación pública donde reconoció un derecho de simple remuneración de gestión colectiva obligatoria como única forma posible de retribución a los productores por el uso de sus grabaciones audiovisuales, siendo luego confirmada la compatibilidad entre derecho exclusivo y derecho de remuneración por nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 2 de diciembre de 2002, según la cual la retransmisión por cable de grabaciones audiovisuales radiodifundidas necesita tanto la autorización de los





productores de grabaciones audiovisuales (artículo 122.1 TRLPI) como la autorización de la entidad de radiodifusión responsable de la emisión originaria (artículo 126 TRLPI).

201. Todo ello ha dado lugar a múltiples confusiones en la práctica del sector, como demuestran las posturas encontradas manifestadas en este procedimiento entre TELEFÓNICA y EGEDA. Pero la realidad es que TELEFÓNICA hace uso constante de grabaciones audiovisuales contenidas en emisiones y transmisiones que retransmite vía satélite en su plataforma Movistar+ Satélite, en idéntica programación a la retransmisión que hace a través de la plataforma Movistar+ IPTV. Como igualmente real es la evidente dificultad, si no imposibilidad práctica, para los productores audiovisuales españoles y de terceros territorios de gestionar individualmente autorizaciones a las entidades de retransmisión que exploten las grabaciones contenidas en emisiones y transmisiones televisivas con origen en España o en otros territorios de la UE o incluso de terceros países, así como es también obvia la dificultad para los productores audiovisuales de identificar y perseguir mediante el ejercicio de las pertinentes acciones judiciales los actos de retransmisión no autorizados, sin el concurso de una entidad de gestión colectiva.
202. Es por ello lógico a los fines de este procedimiento que el régimen de gestión colectiva consolidado en el sector de la retransmisión por cable se extienda “de facto” también al sector de la retransmisión por satélite, sobre todo si un mismo operador explota simultáneamente la misma programación mediante los dos sistemas, como ocurre con TELEFÓNICA y su plataforma Movistar+ y Movistar+ Satélite. De manera que, al igual que sucede con la retransmisión por cable, al gestionarse colectivamente el cobro del derecho de remuneración previsto en el artículo 122.2 TRLPI para los actos de retransmisión alámbricos o inalámbricos, se entienda ya concedida la autorización no exclusiva para retransmitir a partir del derecho exclusivo contemplado en el artículo 122.1 TRLPI.
203. Y ello independientemente de si esta práctica se justifica en un régimen legal explícito (como sucede en la gestión colectiva obligatoria de autorizaciones para la retransmisión por cable de programas contenidos en emisiones o transmisiones de otros países de la Unión Europea), de si se ampara en mandatos conferidos por los productores audiovisuales nacionales y de terceros países (sea directamente o sea mediante acuerdos de reciprocidad con otras entidades análogas), o incluso de si se trata simplemente de una práctica “de facto” consecuente con una gestión más eficiente del sector, en interés tanto de los titulares de derechos como de los usuarios comerciales que realizan actos de retransmisión, contribuyendo a reducir notablemente los costes de transacción y a garantizar el uso pacífico de las producciones audiovisuales a las entidades de retransmisión (ante la posibilidad de negativas a licenciar por parte de determinados





productores), así como un retorno económico justo y equitativo a los titulares de derechos (ante la dificultad de controlar individualmente el uso que se hace de sus contenidos y, consecuentemente, de negociar licencias individuales o, llegado el caso, de perseguir a los infractores).

204. El hecho de que, como denuncian ORANGE y TELEFÓNICA, EGEDA retenga para sí prácticamente un tercio de su recaudación por corresponder a la explotación de obras y grabaciones audiovisuales de productores que ni son socios de EGEDA ni se incluyen en entidades gemelas de otros países, es algo (caso de ser cierto) que excede del objeto de este procedimiento y que, en cualquier caso, deberá resolverse entre la propia EGEDA y tales productores (que dispondrán de un derecho de crédito frente a la entidad susceptible de ser reclamado dentro de los plazos legales de prescripción); tanto en el caso de la gestión colectiva de la explotación por cable como en la gestión colectiva de la explotación por satélite.
205. Esta gestión colectiva acumulada “de facto” de un derecho exclusivo (gestión colectiva voluntaria) y de un derecho de simple remuneración (gestión colectiva obligatoria) se contempla expresamente por el legislador en el artículo 158.bis.3 TRLPI, en la redacción otorgada por la Ley 21/2014 (artículo 194.3 TRLPI en el texto vigente tras la promulgación de la Ley 2/2019), cuando dispone que: *“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”*.
206. La misma fórmula se utiliza en la Disposición transitoria segunda, apartado 3, párrafo II de la Ley 21/2014, según la cual cuando los usuarios comerciales quieran activar el procedimiento de determinación de tarifas ante la SPCPI *“(…) deberán pagar a cuenta, en relación con la remuneración exigida por las entidades de gestión por la explotación de derechos de remuneración y a los efectos de entender concedida la autorización respecto a los derechos exclusivos concurrentes con éstos, el 70 por 100 de las tarifas generales aprobadas por cada entidad de gestión. Cuando un acto de explotación de una obra o prestación protegida esté sujeto a un derecho de remuneración y concorra con un derecho exclusivo sobre la misma obra o prestación de la misma categoría de titulares a la que corresponde el derecho de remuneración, la tarifa de ambos derechos se someterá al régimen establecido en este apartado”*. Y también en la Disposición adicional tercera, apartado 1 de la Ley 21/2014, en relación con la tasa por determinación de tarifas.





207. Apunta la doctrina que se produce en estos casos una concurrencia cualificada subjetiva y objetivamente, pues se requiere que los derechos exclusivos y de simple remuneración los ostente una misma categoría de titulares de derechos y que recaigan sobre una misma obra o prestación (CASAS VALLÉS, Ramón, “Comentario al artículo 158bis”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed. Tecnos, Madrid, 2017, pg. 2135).
208. Y una de las situaciones posibles de esta concurrencia cualificada es, precisamente, la concurrencia del derecho exclusivo a autorizar la retransmisión por cualquier medio de grabaciones audiovisuales del artículo 122.1 TRLPI con el derecho de simple remuneración aplicable a dichos actos del artículo 122.2 TRLPI (CASAS VALLÉS, Ramón, *ibídem*, pg. 2137).
209. Siendo todo derecho exclusivo objeto de una posible gestión colectiva voluntaria, es claro que esta peculiar situación en el campo de las grabaciones audiovisuales sólo se produce en el caso de la retransmisión por medios distintos al cable, es decir por medios inalámbricos como las ondas hertzianas o el satélite, ya que en el caso del cable la gestión colectiva es obligatoria para el derecho exclusivo y para el derecho de simple remuneración.
210. Con ello, la Ley 21/2014 busca introducir racionalidad económica en una situación donde falla la racionalidad dogmática (concurrencia de un derecho exclusivo de gestión individual o colectiva voluntaria con un derecho de remuneración de gestión colectiva obligatoria), y así *“aunque la compatibilidad siga existiendo, sus efectos negativos se neutralizarán por la vía de la determinación conjunta de las tarifas”*; de modo que en este tipo de situaciones, *“el derecho exclusivo acabará tratado a efectos económicos como si fuera un derecho de simple remuneración”* (cfr. CASAS VALLÉS, Ramón, *ibídem*, pg. 2138).
211. Así pues, la Ley 21/2014 de modificación del TRLPI deja abierta la puerta a esta SPCPI para determinar, a los fines del procedimiento de determinación de tarifas, *ex* artículo 158.bis.3 TRLPI (el vigente artículo 194.3 TRLPI), las tarifas correspondientes al uso de grabaciones audiovisuales en el sector de la retransmisión inalámbrica, incluyendo dentro de las mismas la autorización para la explotación en forma de retransmisión y la remuneración correspondiente, superando así la irracionalidad jurídica y económica que supone dejar la autorización del derecho exclusivo en manos de los titulares de derechos (que difícilmente podrían gestionar en la práctica) y encomendar la remuneración a una entidad de gestión colectiva.
212. Es de esperar que esta anomalía del ordenamiento sea corregida en un futuro inmediato cuando se proceda a la incorporación al Derecho interno de la Directiva (UE) 2019/789





del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por la que se establecen normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, y por la que se modifica la Directiva 93/83/CEE (DOCE L 130/82 de 17 de mayo de 2019).

213. La Directiva 2019/789, que tiene por objeto mejorar el acceso transfronterizo a un mayor número de programas de radio y televisión, facilitando la obtención de derechos para la prestación de servicios en línea que son accesorios a la emisión de determinados tipos de programas de radio y televisión, así como para la retransmisión de programas de radio y televisión (artículo 1), dispone en su artículo 4 que; *“Los actos de retransmisión de programas deben ser autorizados por los titulares del derecho exclusivo de comunicación público”*; si bien añade que: *“Los Estados miembros garantizarán que los titulares de derechos que no sean organismos de radiodifusión, solamente puedan ejercer sus derechos a conceder o denegar la autorización para una retransmisión a través de una entidad de gestión colectiva”*.
214. Es decir, el régimen de gestión colectiva obligatoria del derecho exclusivo de comunicación pública en la modalidad de retransmisión por cable, que introdujo el legislador de la UE en la Directiva 93/83 (cfr. artículo 20.4 TRLPI), se extiende ahora a los actos de retransmisión por cualquier medio técnico, alámbrico o inalámbrico (cfr. Considerandos 6, 7, 14 y 15).
215. Apunta el Considerando 14 de la referida Directiva 2019/789 que: *“Los operadores de servicios de retransmisión pueden utilizar diferentes tecnologías cuando retransmiten de forma simultánea, inalterada e íntegra, para su recepción por el público, una retransmisión inicial desde otro Estado miembro de un programa de radio o televisión (...) Tales servicios de los operadores pueden ofrecerse vía satélite, por vía digital terrestre, por redes móviles o en circuito cerrado basadas en el IP o similares, o a través de servicios de acceso a Internet...(...) Por tanto, los operadores de servicios de retransmisión que utilicen dichas tecnologías para sus retransmisiones deben entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva y beneficiarse del mecanismo que introduce la gestión colectiva de derechos obligatoria”*.
216. El Considerando 15 completa la justificación al señalar que: *“Para retransmitir las transmisiones iniciales de programas de radio y televisión, los operadores de servicios de retransmisión tienen que obtener una autorización de los titulares del derecho exclusivo de comunicación al público de obras u otras prestaciones protegidas. A fin de proporcionar seguridad jurídica a los operadores de servicios de retransmisión y superar las disparidades existentes en Derecho nacional relativas a este tipo de*





*servicios de retransmisión, procede aplicar normas similares a las que se aplican a la distribución por cable tal como se define en la Directiva 93/83/CEE. Las normas en virtud de esa Directiva incluyen la obligación de ejercer el derecho de conceder o denegar la autorización a un operador de un servicio de retransmisión a través de una entidad de gestión colectiva. En virtud de dichas normas permanece inalterado el derecho a conceder o denegar una autorización propiamente dicho, y sólo se regula en cierta medida el ejercicio de dicho derecho. Los titulares de derechos deben recibir una remuneración adecuada por la retransmisión de sus obras y otras prestaciones protegidas”.*

217. En definitiva, el legislador de la Unión Europea ha decidido ampliar el régimen de gestión colectiva de las autorizaciones de actos de retransmisión por cable de obras y prestaciones afines a cualesquiera otros medios técnicos de retransmisión, como el satélite, la televisión digital terrestre, redes móviles en circuito cerrado o servicios de Internet. Y señala que los titulares de derechos deben recibir una remuneración adecuada, se entiende que por parte de las entidades de gestión colectiva encargadas de la gestión colectiva obligatoria del derecho exclusivo de retransmisión; remuneración que puede consistir en el precio de una licencia o, como sucede en el ordenamiento español, en un derecho de simple remuneración fijado mediante tarifas generales de las entidades correspondientes (artículos 90, 108, 116 y 122 TRLPI).
218. Por lo demás, indica el mismo Considerando 15 en este sentido que, a la hora de determinarse las condiciones razonables de concesión de licencias por las entidades de gestión colectiva facultadas a tal fin, “*debe tenerse en cuenta, entre otros factores, el valor económico de la utilización de los derechos negociados, incluido el valor asignado a los medios de retransmisión*” (cfr. artículo 164.3 TRLPI).
219. El régimen de gestión colectiva obligatoria del derecho exclusivo de retransmisión (y el sistema de remuneración, vía canon de licencia o derecho de simple remuneración que se establezca en cada país) se aplicará también a los derechos de los titulares que no estén representados por la entidad de gestión encargada de la gestión colectiva de los derechos propios de esa categoría de titulares en el territorio del Estado miembro en el que el operador de un servicio de retransmisión pretende obtener los derechos de una retransmisión, “*sin que a los titulares se les permita excluir sus obras u otras prestaciones de la aplicación de ese mecanismo*” (Considerando 16).
220. De modo que la entidad de gestión competente para autorizar los actos de retransmisión en cada Estado miembro podrá y deberá gestionar los derechos de los titulares que no le hubieran encomendado la gestión, concediendo o denegando la utilización de sus obras o prestaciones a los operadores de servicios de retransmisión; y si hubiera más de una





entidad de gestión por categoría de titulares de derechos en un Estado miembro, corresponderá a éste decidir cuál de ellas tendrá derecho a conceder o denegar la autorización para la retransmisión (cfr. artículo 4.2 Directiva 2019/789).

221. También deberán garantizar los Estados miembros que los titulares de derechos gocen de los mismos derechos y obligaciones derivados de un acuerdo entre un operador de un servicio de retransmisión y una entidad de gestión colectiva que aquellos otros titulares de derechos que hayan mandatado a esa entidad la gestión colectiva, concediéndole la posibilidad de reclamar sus derechos en un plazo que se establezca en el ordenamiento nacional y que no será inferior a tres años a partir de la fecha de la retransmisión que incluya su obra o prestación (artículo 4.3 Directiva 2019/789). Se resuelve así el problema práctico denunciado por TELEFÓNICA y ORANGE que, según alegan, justificaría una correspondencia -a la baja- de la tarifa general para excluir de la misma los usos de grabaciones audiovisuales correspondientes a productores extranjeros que carezcan de acuerdo con EGEDA o no estén incluidos en alguna de las entidades gemelas de otros países,
222. Este nuevo régimen de la retransmisión que se amplía a cualesquiera medios técnicos refuerza sin duda la argumentación que mantenemos en esta resolución, en el sentido antes expuesto de interpretar la normativa vigente en nuestro ordenamiento de forma homogénea para los actos de retransmisión por cable o medios análogos y para los actos de retransmisión por vías inalámbricas a los fines de determinación de la tarifa aplicable. Esto es, aplicar a todos los actos de retransmisión alámbrica o inalámbrica de grabaciones audiovisuales el régimen de gestión colectiva obligatoria del derecho exclusivo previsto en el artículo 122.1 TRLPI y del derecho de simple remuneración recogido en el artículo 122.2 TRLPI, pues, como antes se expuso, si el cobro de la remuneración es de gestión colectiva obligatoria es lógico que también lo sea la concesión de la autorización, tanto en interés de los titulares de derechos (que difícilmente podrán gestionar individualmente y controlar actos secundarios de comunicación pública) como en el de los propios usuarios (que de esta manera se garantizan la posibilidad de explotar las grabaciones audiovisuales contenidas en las emisiones y transmisiones retransmitidas sin el riesgo de verse bloqueados por una hipotética negativa de los productores titulares del derecho conexo).
223. Y no sólo ha de quedar limitado este régimen amplio de gestión colectiva a los actos de retransmisión de grabaciones audiovisuales contenidas en programas emitidos o transmitidos desde otros Estados miembros de la UE, sino que debe incluir también los actos de retransmisión de emisiones o transmisiones que tengan origen y final en España.





224. Además de las razones antes expuestas relacionadas con la práctica del sector -amparada en contratos de gestión voluntaria- y la eficiencia económica en la gestión de los derechos afectados (supra, apartados 192 a 200), avala asimismo esta posición la misma Directiva 2019/789 cuando dispone que los Estados miembros deben poder aplicar las normas sobre retransmisión establecidas en la presente Directiva y en la Directiva 93/83/CEE a situaciones en las que tanto la transmisión inicial como la retransmisión se efectúen en su territorio (cfr. Considerando 19 y artículo 7).
225. Es de esperar, entonces, que para clarificar la confusa situación actual y adecuar la legislación a la práctica del sector, la próxima modificación del TRLPI que necesariamente ha de producirse para incorporar las Directivas 2019/789 (transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y retransmisiones de programas de radio y televisión) y 2019/790 (Derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital), incorpore esta previsión para extender el régimen de gestión colectiva obligatoria del derecho exclusivo de los productores audiovisuales y el adjunto derecho de simple remuneración a las retransmisiones de emisiones y transmisiones alámbricas e inalámbricas tanto nacionales como procedentes de otros Estados miembros.
226. Se trata pues de aplicar la solución más satisfactoria y equilibrada para los distintos intereses en juego, pues como se indica con meridiana claridad en el Considerando 4 de la citada Directiva 2019/789: *“Los operadores de servicios de retransmisión ofrecen habitualmente múltiples programas que comprenden una gran cantidad de obras y otras prestaciones protegidas y tienen un plazo muy corto para obtener las licencias necesarias, por lo que afrontan una importante carga en obtención de derechos. Los autores, productores y otros titulares de derechos también se arriesgan a que sus obras y otras prestaciones protegidas se utilicen sin autorización o sin el pago de una remuneración adecuada. Dicha remuneración por la retransmisión de sus obras y otras prestaciones protegidas es importante a la hora de garantizar que exista una oferta de contenidos diversa, lo que también redundará en interés de los consumidores”*.
227. Lo que no tiene ningún sentido ni se puede mantener de ninguna manera es negar la obligación de tener que realizar un pago a EGEDA como única entidad de gestión que se encarga de gestionar el derecho de remuneración por actos de retransmisión (artículo 122.2 TRLPI), cuando desde hace años TELEFÓNICA (y antes DTS) viene utilizando masivamente las grabaciones audiovisuales incluidas en emisiones y transmisiones mediante la plataforma de comunicación por satélite Movistar+ Satélite, sin que haya acreditado haber adquirido, ni siquiera negociado, licencias de los productores audiovisuales afectados por los actos de retransmisión, aprovechando un error de técnica jurídica de nuestro legislador, contrario muy probablemente a la verdadera intención perseguida por éste.





228. Menos aun cuando el derecho vigente (artículo 194.3 TRLPI y Disposición transitoria segunda, apartado 3 Ley 21/2014) contiene señales evidentes de la conveniencia de determinar una única tarifa por la autorización para retransmitir y el pago de la remuneración establecida por una entidad de gestión colectiva o, en su caso, determinada por la SPCPI si se activa el procedimiento de determinación de tarifas, y cuando el “derecho previsible” (Directiva UE 2019/789, de 20 de mayo) avala claramente la conveniencia y necesidad de una gestión colectiva obligatoria de la autorización y del cobro de la remuneración por actos de retransmisión alámbrica o inalámbrica, precisamente para facilitar el acceso de las entidades de retransmisión a los derechos de propiedad intelectual necesarios para realizar su actividad, reduciendo costes de transacción, y en justo equilibrio con los intereses de los titulares de derechos, para beneficiar en último término a los consumidores de contenidos audiovisuales.
229. Tampoco pueden prosperar, bajo el régimen todavía vigente, argumentos como el esgrimido por TELEFÓNICA en su escrito de conclusiones (pg. 68), apuntando que la falta de armonización del derecho de retransmisión por satélite impide a EGEDA trabar acuerdos de reciprocidad con entidades homólogas, *“lo que aconseja, para mantener la homogeneidad, no gestionar un derecho que esas otras entidades no van a gestionar en sus respectivos países a favor de los productores audiovisuales españoles”*. El mismo argumento de la necesaria reciprocidad es manejado por ORANGE en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución.
230. Esto supondría una violación del principio de no discriminación dentro de la Unión Europea (cfr. STJUE de 20 de octubre de 1993, As. Acumulados C-92/92 y C-326/92, Phill Collins; STJUE de 6 de junio de 2002, As. C-360/00, La Bohème; STS 177/2015, de 13 de abril, caso Chesterton; todas ellas sobre el plazo de protección aplicable en un Estado miembro de la UE a las obras de autores ya fallecidos de otro Estado miembro).
231. También una discriminación injustificada respecto a titulares de derechos de terceros países extracomunitarios por aplicación del principio de trato nacional que rige los grandes convenios internacionales en materia de propiedad intelectual, en particular el Convenio de Berna de 1886 y el Acuerdo ADPIC (Anexo 1 C del Tratado de Marrakech, constitutivo de la Organización Mundial del Comercio).
232. De hecho, invocar la regla de reciprocidad es una excepción al principio de trato nacional que sólo puede admitirse en casos concretos expresamente previstos en la Ley y siempre en relación con países no pertenecientes a la Unión Europea. Así se desprende de lo previsto en el art. 24.3 TRLPI, según el cual: *“La protección del derecho de participación se reconoce a los autores españoles, a los autores nacionales de otros*





*Estados miembros de la Unión Europea, así como a los nacionales de terceros países con residencia habitual en España. Para los autores que sean nacionales de terceros países y no tengan residencia habitual en España, el derecho de participación se reconocerá únicamente cuando la legislación del país de que el autor sea nacional reconozca a su vez el derecho de participación a los autores de los Estados miembros de la Unión Europea y a sus derechohabientes”.*

233. Esta regla especial, procedente de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, por la que se incorporó a la legislación española la Directiva 2001/84/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, se explica en el Considerando nº 6 de la Directiva: “*El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas establece que el derecho de participación sólo será exigible si la legislación nacional del autor lo admite; por consiguiente, el derecho de participación es facultativo y está sujeto a la regla de reciprocidad; según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la aplicación del principio de no discriminación consagrado en el artículo 12 del Tratado, desarrollado en la sentencia de 20 de octubre de 1993 en los asuntos acumulados C-92/92 y C-326/92: Phil Collins y otros(4), no pueden invocarse disposiciones nacionales que contengan cláusulas de reciprocidad para denegar a los nacionales de otros Estados miembros los derechos reconocidos a los autores nacionales; la aplicación de dichas cláusulas en el contexto comunitario es contraria al principio de igualdad de trato que resulta de la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad”.*
234. Este argumentario es recogido por el Abogado General, Sr. Evgeni Tanchev, de fecha 2 de julio 2020 en el Asunto C-265/19 (“Records Artist Actors Performers c. Phonograpich Performance Ireland”), donde, en relación con el cobro de la remuneración equitativa y única de productores de fonogramas y artistas intérpretes o ejecutantes por los actos de comunicación pública de fonogramas (art. 8 la Directiva 2006/115/CE de 12 de diciembre de 2006 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, versión codificada; DAPDA), afirma que los artistas intérpretes y ejecutantes y los productores fonográficos nacionales de terceros países ajenos a la UE no están excluidos de su ámbito de aplicación, siendo esta conclusión plenamente coherente con las obligaciones que incumben a la Unión en el ámbito del WPPT (TOIEF) y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De modo que los Estados miembros como la Unión deben velar por que en la Unión Europea todo intérprete y todo productor reciban una remuneración equitativa por la comunicación de su actuación al público, con independencia de la existencia de una reserva de un tercer país en virtud de la cual los intérpretes y productores del EEE no reciban tal remuneración en el territorio de ese





tercer país; y ello porque los derechos fundamentales son de carácter universal, y aquí se trata del derecho de propiedad (Conclusiones AG, ap. 53).

235. Apunta asimismo el Abogado General que: *“El artículo 8, apartado 2, no contiene ningún elemento que, en relación con el artículo 15 del WPPT, permita deducir que la actuación concreta fijada en el fonograma deba «haber sido realizada o fijada por primera vez» en el territorio de la Unión, para poder disfrutar del derecho a una remuneración equitativa”* (Conclusiones, pfo. 100). Y concluye señalando que un Estado Miembro no tiene competencias para responder a las reservas de terceros países, correspondiendo dicha decisión exclusivamente a las autoridades de la UE (Conclusiones AG, ap. 152), como de hecho ya lo hizo -estableciendo estrictos criterios de reciprocidad frente al principio general de trato nacional- en el artículo 7.1 de la Directiva 2001/84/CE de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, en el artículo de la 11 de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, y en el artículo 1.2 de la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas.
236. En definitiva, EGEDA no sólo puede, sino que debe, en virtud de las normas de la UE y nacionales que establecen la gestión colectiva obligatoria de los actos de autorización de la retransmisión por cable y del derecho de remuneración (extensivos a los actos de retransmisión por satélite), y en virtud también de los acuerdos de reciprocidad concertados con entidades de otros países, gestionar en España los derechos que a titulares de derechos extranjeros les puedan corresponder por el uso de sus grabaciones audiovisuales en actos de explotación cuya gestión corresponda a dicha entidad, reclamando a su vez a esas otras entidades extranjeras la parte de la recaudación que pudiera corresponder a productores audiovisuales españoles por el uso que se hiciera de sus grabaciones en terceros países en modalidades de explotación previstas o no previstas en nuestra legislación y cuya gestión correspondiera a una entidad de gestión colectiva análoga.
237. Por todas estas razones, frente a lo sostenido por TELEFÓNICA y ORANGE, esta SPCPI considera, a los fines de este procedimiento de determinación de tarifas, que el repertorio de EGEDA sobre las grabaciones audiovisuales objeto de retransmisión por las televisiones de pago es universal. El hecho de que algunos productores extranjeros no reciban remuneración alguna en el proceso de reparto de EGEDA, por el hecho de no estar incluidos en ninguna entidad gemela de otro país, no puede influir en el diseño de la tarifa general, pues tales producciones son igualmente utilizadas en la retransmisión por los operadores de televisión y resultan acreedoras del derecho de remuneración





establecido con carácter general en el art. 122.2 TRLPI; todo ello sin perjuicio, claro está, de los legítimos derechos de los productores audiovisuales responsables de esas grabaciones para reclamar a EGEDA sus derechos dentro del plazo de prescripción que se establezca en el Derecho nacional (y que, según dispone el art. 4.3 de la Directiva 2019/789, no podrá ser inferior a tres años a partir de la fecha de retransmisión que incluya su obra o prestación).

238. La autorización no exclusiva y el derecho de simple remuneración vinculado a los actos de retransmisión que son gestionados en España por EGEDA, tanto para los productores nacionales como para los otros Estados miembros o terceros países ajenos a la UE, abarca entonces cualquier tipo de retransmisión por cable, satélite u ondas de las obras y grabaciones audiovisuales incluidas en los canales televisivos radiodifundidos por cualquier medio, ondas, satélite o cable.
239. El TRLPI no discrimina en función de la tecnología de radiodifusión original, ya sea esta el cable, el satélite, la TDT o cualquier otro medio de radiodifusión, al delimitar el concepto de retransmisión. Este tipo de discriminación no tendría sentido, ni desde un punto de vista jurídico (puesto que los derechos inherentes a la grabación audiovisual emitida o transmitida por cualquier medio técnico son acreedores de igual protección independientemente del medio de radiodifusión original), ni económico (puesto que la retransmisión aporta valor en la actividad del usuario, independientemente del medio de radiodifusión original), ni técnico (puesto que es claro que las emisiones por satélite se producen a través del espectro radioeléctrico). A mayor abundamiento, el artículo 20.2.f) del TRLPI identifica “radiodifusión” con “comunicación al público vía satélite”, al definir indistintamente “la radiodifusión o comunicación al público vía satélite”, como el “acto de introducir, bajo el control y responsabilidad de la entidad radiodifusora las señales portadoras de programa, destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la tierra”, por lo que no cabe duda que el concepto de radiodifusión, que, según ORANGE, la CNMC, parece identificar solamente con la emisión en abierto vía TDT, comprende también la emisión en abierto vía satélite.

## **II.4. Sobre la determinación de tarifas por parte de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual.**

### ***II.4.1. Competencias de la Sección de Primera de Propiedad Intelectual en el procedimiento de determinación de tarifas para la explotación de los derechos de productores de grabaciones audiovisuales.***





240. Uno de los elementos importantes procedentes de la reforma operada en el TRLPI a través de la Ley 21/2014 a tener en cuenta, es que, en el caso de los derechos de gestión colectiva obligatoria y de los derechos de gestión colectiva voluntaria concurrentes con ellos, el legislador ha querido propiciar que las tarifas generales de las entidades de gestión se construyan a través de un procedimiento de negociación con los usuarios, y en su defecto, mediante la determinación de dichas tarifas generales por parte de la SPCPI (cfr. artículo 158 bis.3 TRLPI en la redacción de la Ley 21/2014; artículo 194.3 TRLPI en la redacción de la Ley 2/2019).
241. Como se analiza a continuación, ambos presupuestos de hecho se cumplen en el presente procedimiento de determinación de tarifas, por lo que se activa la habilitación competencial de la SPCPI que le atribuye el artículo 194.3 del TRLPI.
242. Así, en cuanto al primero de los condicionantes enunciados, partimos de lo contenido en el apartado tercero del artículo 194 TRLPI -en la redacción conferida por la Ley 2/2019- que otorga a la SPCPI la función de determinación de 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.
243. Se ha de tener en cuenta que la tarifa objeto de determinación en el presente procedimiento es la tarifa general por el uso de grabaciones audiovisuales por medio de la retransmisión en plataformas de televisión de pago.
244. La tarifa incluye el derecho exclusivo de autorización previsto en el apartado primero del artículo 122 del TRLPI, y el derecho de remuneración al que se refiere el apartado segundo del mismo precepto. Y, como se expuso anteriormente (supra II.3.2) dicha tarifa debe incluir tanto los actos de retransmisión por cable o procedimientos alámbricos análogos, como los actos de retransmisión por satélite u otros medios inalámbricos.
245. Por tanto, en el presente procedimiento se está solicitando la fijación de una tarifa para la explotación de un derecho del que son titulares los productores de grabaciones audiovisuales, consistente en considerar autorizado el acto de explotación y obtener una remuneración equitativa de las plataformas de televisión de pago cuando lleven a cabo la retransmisión de sus grabaciones audiovisuales por medios alámbricos o inalámbricos, *ex* artículos 20.2 f), 122.1 y 122.2 TRLPI.
246. Este derecho, como exige el apartado tercero del artículo 122 del TRLPI, se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual; en el caso concreto la entidad de gestión EGEDA, al ser la única entidad de gestión





autorizada en nuestro país para gestionar los derechos de los productores de grabaciones audiovisuales.

247. En cuanto al segundo presupuesto de hecho anteriormente mencionado, el apartado tercero de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 21/2014 prevé la obligación de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de negociar con las asociaciones representativas a nivel nacional del sector correspondiente y con los organismos de radiodifusión, nuevas tarifas adaptadas a los criterios establecidos en el artículo 157.1 b. TRLPI (actualmente artículo 164.3 TRLPI). Y a falta de acuerdo se estaría a lo dispuesto en el artículo 158.bis.3 TRLPI (artículo 194.3 del actual TRLPI).
248. Pues bien, según se ha puesto de manifiesto a través de la documentación aportada a este procedimiento por la entidad solicitante, las negociaciones mantenidas durante más de seis meses entre EGEDA y TELEFÓNICA fueron infructuosas (ff.39-40), sin poder llegar a un acuerdo, aprobando EGEDA sus tarifas generales en junio de 2016 e instando TELEFÓNICA el presente procedimiento de determinación de tarifas a finales de julio de 2017, por no considerarlas equitativas ni conformes a los criterios normativos vigentes.
249. Por todo lo expuesto anteriormente, la SPCPI se encuentra habilitada competencialmente para fijar la tarifa controvertida en el presente procedimiento y, como dispone el artículo 158 bis.3, párrafo II TRLPI (artículo 194.3, párrafo II TRLPI en la redacción vigente otorgada por la Ley 2/2019), 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 de gestión colectiva obligatoria y 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.
250. Sigue diciendo el mismo precepto que, en el ejercicio de esta función, la SPCPI 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.
251. Pues bien, para la mejor resolución del presente procedimiento, esta SPCPI ha decidido solicitar informe previo a la CNMC. Informe evacuado con fecha de 28 de noviembre de 2019 (INF/DC/152/19) y al que nos venimos refiriendo a lo largo de la presente resolución.





***II.4.2. Sobre la competencia de la SPCPI para interpretar la legislación de propiedad intelectual y cualquier normativa concordante en el seno del procedimiento de determinación de tarifas.***

252. Alega TELEFÓNICA en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución (sin haberlo mencionado ni una sola vez a lo largo del procedimiento) que la SPCPI carece de competencia para interpretar el concepto de grabación audiovisual (a fin de incluir las grabaciones de eventos y programas en directo) y también para determinar el régimen de gestión del derecho de retransmisión por satélite.
253. Considera que se trata de cuestiones jurídico sustantivas cuya competencia corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales de la jurisdicción civil. Apunta así que: *“La SPCPI tiene atribuciones para determinar el importe de la remuneración por el uso del repertorio de que se trate, fijar la forma de pago y otras condiciones para hacer efectiva la tarifa, pero obviamente esas facultades no alcanzan a establecer el modo en el que debe interpretarse una noción plasmada en la legislación civil de propiedad intelectual que se encuentre ayuna de la deseable guía de aplicación”*. Una alegación similar efectúa AGEDI en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, aunque únicamente por lo que se refiere a la interpretación de los directos como grabaciones audiovisuales.
254. Se invoca al respecto lo dispuesto en el art. 24.4 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: *“La resolución no alterará la naturaleza jurídico-civil de los derechos con respecto a los cuales se fije la determinación de tarifas y las demás condiciones necesarias para hacerlos efectivos”*.
255. Pues bien, esta SPCPI considera que no sólo puede, sino que necesariamente debe interpretar los derechos de naturaleza jurídico-civil regulados en la legislación de propiedad intelectual (y, en su caso, en otras leyes concurrentes) a la hora de resolver los procedimientos de determinación de tarifas o cualesquiera otros de su competencia.
256. De hecho, bien entendido, el art. 24.4 del Real Decreto 1023/2015 está reconociendo implícitamente que la SPCPI puede y debe interpretar los derechos de propiedad intelectual con respecto a los cuales se fije la determinación de tarifas y demás condiciones necesarias para hacerlos efectivos, si bien aclara que dicha interpretación por parte de un órgano administrativo (como es la SPCPI) no supondrá alteración de la naturaleza jurídico-civil de dichos derechos; esto es, que no supondrá la “administrativización” de esos derechos.





257. Otra cosa es que dicha interpretación de derechos sustantivos de propiedad intelectual lo sea “a los únicos fines” del procedimiento administrativo objeto de las competencias de la SPCPI, como reiteradamente venimos manifestando a lo largo de la presente Resolución. Lo cual no significa que la interpretación que de los derechos de propiedad intelectual haga esta SPCPI tenga una vigencia autónoma en el procedimiento administrativo al margen de la interpretación -prioritaria en todo caso- que puedan hacer los jueces y tribunales de la jurisdicción civil. Lógicamente, la interpretación que del TRLPI y otras Leyes pueda realizar la SPCPI, no vinculará en ningún caso, por supuesto, a los órganos jurisdiccionales civiles. Antes bien, será la jurisprudencia emanada de los tribunales civiles (o del TJUE en su caso) la que sí vinculará a la SPCPI, cuando esa jurisprudencia resuelva definitivamente las cuestiones de fondo que pudieran plantearse ante este órgano dentro de sus competencias.
258. Pero no parece muy correcto sostener que un órgano especializado en materia de propiedad intelectual, como es la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, no pueda interpretar los derechos (las normas) contenidos en la Ley de Propiedad Intelectual para resolver, de la manera que considere más adecuada en cada caso concreto a la vista de todos los datos concurrentes, las cuestiones planteadas en materias objeto de su competencia. No solo puede, sino que debe hacerlo, llegado el caso, si no hubiera ya Jurisprudencia firme y consolidada del Tribunal de Justicia de la UE o de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo o dicha Jurisprudencia fuera contradictoria, aunque con el único alcance de los procedimientos administrativos que se estén resolviendo en cada caso concreto.
259. Es más las alegaciones de TELEFÓNICA sobre la supuesta falta de competencias de esta SPCPI para interpretar derechos civiles, como son los contenidos en el TRLPI, suponen una actuación contra sus propios actos invocada en fase de alegaciones a la Propuesta de Resolución (al comprobar que no se acogen algunas de sus principales tesis). No en vano, ha sido la propia TELEFÓNICA quien, desde el inicio del presente procedimiento a instancias suyas, ha requerido una interpretación de los conceptos de grabación audiovisual y del régimen de gestión colectiva de la retransmisión por satélite por parte de esta SPCPI, al objeto de conseguir una reducción de la tarifa general aprobada por EGEDA en junio de 2016. No puede pretender, por tanto, que este órgano tenga competencia para interpretar las normas sobre propiedad intelectual sólo cuando dicha interpretación coincida con la suya, pero en ningún caso si se desvía de la misma, sobre todo si tal interpretación es objeto de contradicción por la otra parte implicada en el procedimiento.
260. Más aún, no resulta muy coherente defender que la SPCPI no puede interpretar la legislación de propiedad intelectual por resultar esa función exclusiva de los Jueces y





Tribunales Civiles y plantear al mismo tiempo una Declinatoria ante el Juzgado de lo Mercantil encargado de resolver la demanda interpuesta por EGEDA para resolver -en la jurisdicción civil- los pagos pendientes de las tarifas generales comprendidos desde enero de 2017 hasta que esta SPCPI publique en el BOE la resolución que de fin al presente procedimiento administrativo de determinación de tarifas.

261. Goza, en definitiva, esta SPCPI de plenas competencias para interpretar los derechos de propiedad intelectual, y así lo hacemos en la presente resolución, con plena consciencia de nuestras funciones y de que el alcance de nuestras decisiones se limita a los efectos de los procedimientos administrativos objeto de nuestras competencias.

#### ***II.4.3. Criterios legales orientativos para la determinación de tarifas por los actos de retransmisión de grabaciones audiovisuales.***

262. El artículo 158 bis.3 párrafo III TRLPI, en la redacción conferida por la Ley 21/2014 (actual artículo 194.3 párrafo III TRLPI, tras la redacción de la Ley 2/2019), dispone que en la determinación de las tarifas que deban resultar del procedimiento de determinación de tarifas, la SPCPI “observará, al menos, los criterios establecidos en la letra b) del artículo 157.1. TRLP”, actualmente artículo 164.3 TRLPI. El referido artículo 157.1.b) TRLPI, establece que: “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”.





263. Se trata de criterios orientativos que deben respetar las entidades de gestión en la fijación de sus tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, y que también debe respetar la SPCPI a la hora de fijar la tarifa que corresponda en un procedimiento -como el presente- de determinación de 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.
264. Corresponde, por tanto, a esta SPCPI en el presente procedimiento adaptar esos criterios legales orientativos a la determinación de tarifas por los actos de utilización del repertorio de EGEDA, en cuanto única entidad de gestión de los derechos de productores de obras y grabaciones audiovisuales, por parte de televisiones de pago que, como la plataforma Movistar+ de la que es titular TELEFÓNICA, explotan dichos derechos mediante actos de retransmisión por medios alámbricos o inalámbricos.
265. Así pues, debe este órgano fijar el importe de la tarifa general por actos de retransmisión por cable o satélite de grabaciones audiovisuales. Tarifa que comprenderá tanto la autorización del derecho exclusivo de comunicación al público en la modalidad de retransmisión alámbrica o inalámbrica como el derecho de simple remuneración que corresponda a la utilización de las grabaciones audiovisuales en la forma indicada. Tarifa, por lo demás, que 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 usuario, y buscando el justo equilibrio entre ambas partes (...)”*.
266. La tarifa debe expresar, en suma, el valor económico que razonablemente corresponda a la utilización de los derechos sobre grabaciones audiovisuales mediante actos de retransmisión dentro del conjunto de la actividad del usuario comercial, es decir dentro del conjunto de actividades de una plataforma de televisión de pago por cable o satélite.
267. Para ello es imprescindible realizar operaciones de cálculo económico que permitan aislar el “valor económico razonable” de la actividad de retransmisión de grabaciones audiovisuales en las actividades que llevan a cabo el conjunto de las plataformas de televisión por cable o satélite en nuestro país, atendiendo a las reglas y a los principios orientadores recogidos en el TRLPI.

***II.4.4. Excursus: sobre la posible nulidad de las tarifas generales de EGEDA y su propagación al procedimiento de determinación de tarifas ante la SPCPI.***





268. La Ley 21/2014 introdujo en el artículo 157.1 b) TRLPI un último párrafo indicando que: *“La metodología para la determinación de las tarifas generales se aprobará mediante orden del Ministerio de Cultura y Deporte, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos”*.
269. La misma previsión se contiene en el vigente artículo 164.4 TRLPI, tras la redacción de la Ley 2/2019.
270. Una vez entrada en vigor la Ley 21/2014, se elaboró y publicó la Orden Ministerial OECD/2574/2015, de 2 de diciembre, aprobando la metodología a seguir para la determinación de tarifas generales (en vigor desde el 5 de diciembre de 2015).
271. Siguiendo los conceptos y principios establecidos en la Orden ministerial, EGEDA aprobó en el mes de junio de 2016 las tarifas generales de los derechos exclusivos y de los derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria administrados por dicha entidad.
272. La referida Orden Ministerial OECD/2574/2015 aprobando la metodología a seguir para la determinación de tarifas generales fue declarada nula por la sentencia de 22 de marzo de 2018 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.
273. Ahora bien, esta SPCPI considera que eso no significa necesariamente que las tarifas establecidas por las entidades de gestión carezcan de virtualidad alguna pues, al fin y al cabo, los criterios fijados en esa Orden no son sino el desarrollo metodológico de los criterios establecidos con carácter general en el artículo 157.1 b. TRLPI (actualmente artículo 164.3 TRLPI) para que las entidades de gestión establezcan tarifas generales, simples y claras, que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio.
274. Como acertadamente apunta el INF/DC/152/19 de la CNMC (apartado 18), la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en un caso análogo avala el recurso a la Orden ministerial anulada como guía orientativa, refiriéndose a la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2015 (recurso nº 1402/2013) por la que se anuló la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio sobre copia privada, por ausencia de emisión del preceptivo informe del Consejo de Estado. En esta sentencia, el Alto Tribunal afirmaba que: *“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”.*

275. Frente a lo que sostienen AGEDI/AIE -en relación con esta sentencia- en sus escritos de alegaciones a la Propuesta de Resolución, en nada afecta que el caso resuelto por la misma afecte a un conflicto “inter partes”, mientras que el objeto del presente procedimiento de determinación de tarifas tiene efectos “erga omnes”; al igual que una entidad de gestión puede reclamar la compensación equitativa de acuerdo con los criterios básicos previstos en la Ley, un usuario o una entidad de gestión puede perfectamente solicitar y activar el procedimiento de determinación de tarifas ante la SPCPI para que ésta determine las tarifas generales de una entidad de gestión de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley de Propiedad Intelectual, independientemente de los efectos “erga omnes” de la Resolución administrativa, pues, como se ha dicho ya, la Orden anulada se limitaba a proponer una serie de criterios metodológicos para determinar las tarifas generales por parte de las entidades de gestión, siempre de acuerdo con los principios o criterios introducidos por la Ley 21/2014 de reforma del TRLPI. De manera que, el hecho de que dicha Orden haya sido expulsada del Ordenamiento Jurídico, no impide a esta SPCPI revisar las tarifas generales elaboradas conforme a los criterios sugeridos por dicha Orden, máxime cuando no recogía criterios metodológicos firmes y cerrados, como reconocen las propias AGEDI y AIE, dado que en todo caso esas tarifas generales se elaboraron, ante todo, sobre la base fundamental de los criterios incorporados en el artículo 157.1 b. TRLPI (actual artículo 164.3 TRLPI)
276. La metodología para la determinación de las tarifas generales aprobada mediante Orden Ministerial debe servir de ayuda a las entidades para aprobar las tarifas generales, pero parece contrario a la lógica que si la Administración no dicta la referida Orden (o esta resulta anulada judicialmente por cuestiones materiales o puramente formales, como de hecho ha sucedido, y no se dicta una nueva en un tiempo razonable) quede paralizada toda la actividad del sector de las entidades de gestión y que éstas no puedan exigir a los usuarios el pago de una cantidades razonables por el uso de su repertorio.
277. La invalidez de un reglamento (y aunque la Orden Ministerial OECD/2574/2015 no constituya en rigor un Reglamento, sí que puede equipararse al contener un desarrollo metodológico de las posibles formas de aplicar los criterios legales de determinación de tarifas generales) no tiene por qué provocar la nulidad de los actos dictados en su aplicación si estos encuentran cobertura jurídica directamente en la Ley o norma que desarrolla dicho reglamento.





278. En este sentido se pronunció el Informe de la Abogacía del Estado acerca de los efectos de la anulación de la Orden ECD 2754/2015 (Exp. 18.0.634.-MLF, consideración jurídica segunda, pg. 4).
279. Como venimos diciendo, la metodología para la fijación de tarifas establecida reglamentariamente en la anulada Orden ECD 2754/2015, de 2 de diciembre, se limitaba a desarrollar la metodología para aplicar los criterios previstos en el TRLPI para la determinación de tarifas generales por parte de las entidades de gestión, lo cual significa que las tarifas aprobadas antes de la anulación de dicha Orden disponen de amparo normativo suficiente, como también lo tendrán las que en su caso se aprueben o hayan aprobado posteriormente siempre que -unas y otras- reflejen los criterios establecidos en el TRLPI (artículo 157.1 b TRLPI en la redacción de la Ley 21/2014, y artículo 164.3 TRLPI en la redacción de la Ley 2/2019).
280. Ciertamente, el apartado 1 de la Disposición transitoria segunda de la Ley 21/2014 dispuso que: *“Las entidades de gestión deberán aprobar nuevas tarifas generales adecuadas a los criterios establecidos en esta ley en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la orden del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte que apruebe la metodología para la determinación de dichas tarifas prevista en el artículo 157.1.b) del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual”*. Ahora bien, la anulación de la Orden Ministerial de aprobación de metodología no significa que las tarifas generales aprobadas por las entidades de gestión carezcan por completo de validez, máxime si se han fijado tomando como referencia básica y fundamental los criterios legales; ni que, por tanto, no puedan ser objeto de discusión por parte de los usuarios activando el correspondiente procedimiento de determinación de tarifas ante la SPCPI.
281. Afirmar lo contrario podría provocar el colapso en la actividad del sector, pues ni las entidades podrían establecer nuevas tarifas hasta que se apruebe una nueva Orden Ministerial, ni los usuarios dispondrían de referencias para proceder al pago por el uso de obras y prestaciones protegidas, todo lo cual acabaría perjudicando por igual a usuarios y a titulares de derechos ante la inseguridad jurídica generada, pero especialmente a estos últimos pues el uso de obras y prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos conexos incluidos en repertorios de entidades de gestión no cesa en la práctica por el hecho de que no se aprueben o no se puedan aprobar tarifas generales por las entidades de gestión colectiva, perjudicando así claramente a los titulares de derechos.
282. En definitiva, ni la anulada Orden Ministerial ECD 2754/2015, de 2 de diciembre, dictada al amparo del otrora artículo 157.1 b) TRLPI (incorporado por la Ley 21/2014),





ni la Orden Ministerial en la que, de acuerdo con lo previsto en el vigente artículo 164.4 TRLPI (tras la redacción de la Ley 2/2019), se desarrolle la metodología para la determinación de tarifas generales por las entidades de gestión, pueden considerarse -a juicio de esta SPCPI- condición “sine qua non” que supedita la elaboración, publicación y aplicación de tarifas generales por parte de las entidades de gestión, frente a lo que defienden con ahínco AGEDI y AIE. Dicha Orden, al no ser un desarrollo reglamentario de los principios legales, constituye más bien una ayuda para definir con mayor precisión las tarifas generales aplicables a los distintos actos de explotación del repertorio de las entidades de gestión, partiendo siempre de los criterios o principios definidos en el artículo 164.3 TRLPI, a los que deben atenerse las entidades de gestión al establecer las tarifas generales y esta SPCPI al determinar las tarifas en un procedimiento administrativo.

283. En definitiva, esta SPCPI se considera plenamente habilitada para dictar una resolución de determinación de tarifas ajustándose a los criterios orientadores previstos en el TRLPI, sin que la nulidad de la Orden de metodología pueda viciar en origen el presente procedimiento.

### III. FUNDAMENTACIÓN ECONÓMICA

#### III.1 Pretensiones económicas de las partes.

##### III.1.1. EGEDA: Tarifas generales y negociadas.

284. De acuerdo con el epígrafe 1.A (f.1111) de las tarifas generales aprobadas por EGEDA en junio de 2016 “*Retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales, efectuada por empresas de telecomunicaciones, cable distribución, satélite, u otras entidades diferentes de las incluidas en las siguientes letras de este epígrafe 1, que realicen retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales*”, se establecen dos modalidades:

- a) Tarifa de uso efectivo, Tarifa mensual por abonado o vivienda conectada a la red (f.1112) 0,25euros.De esta tarifa el 92% corresponde a la explotación de los derechos y el 8% se corresponde con el servicio prestado por la Entidad de Gestión.
- b) Tarifa general de uso por disponibilidad promediada. Se abonaría mensualmente la cantidad que aparece en la columna 3 en función del número de abonados medios del mes a facturar.

Número de abonados o viviendas conectadas a la red de distribución	<b>COLUMNA 3</b>	<b>COLUMNA 4</b>	<b>COLUMNA 5</b>
--	------------------	------------------	------------------





COLUMNA 1 De	COLUMNA 2 hasta	Tarifa total mensual (€)	Tarifa mensual (€ por abonado y mes) (1)	Tarifa mensual (€ por abonado y mes) (2)
0	100.000	12.500	---	0,13
100.001	500.000	75.000	0,75	0,15
500.001	1.000.000	187.500	0,37	0,19
1.000.001	1.500.000	312.500	0,31	0,21
1.500.001	2.000.000	437.500	0,29	0,22
2.000.001	2.500.000	562.500	0,28	0,23
2.500.001	3.000.000	687.500	0,27	0,23
3.000.001	3.500.000	812.500	0,27	0,23
3.500.001	4.000.000	937.500	0,27	0,23
4.000.001	4.500.000	1.062.500	0,27	0,24
4.500.001	5.000.000	1.187.500	0,26	0,24
Más de 5 millones		1.250.000		0,25

(1) Se obtiene de dividir la tarifa mensual a pagar por las operadoras que se encuentren en ese intervalo entre el número de abonados del extremo inferior del intervalo (elaboración propia no aparece en el tarifario).

(2) Se obtiene de dividir la tarifa mensual a pagar por las operadoras que se encuentren en ese intervalo entre el número de abonados del extremo superior del intervalo. (elaboración propia, no aparece en el tarifario).

285. Según aparece en el tarifario (folio 1111), las operadoras elegirían entre la Tarifa de Disponibilidad promediada (b) o una Tarifa de Uso Efectivo (a).

286. De acuerdo con el cuadro anterior la tarifa promediada sería más ventajosa que la tarifa de uso efectivo (0,25 euros), para aquellas operadoras que registren un número de abonados medios mensual próximo a los extremos superiores de los intervalos de la Tarifa por Disponibilidad Promediada (COLUMNA 2).

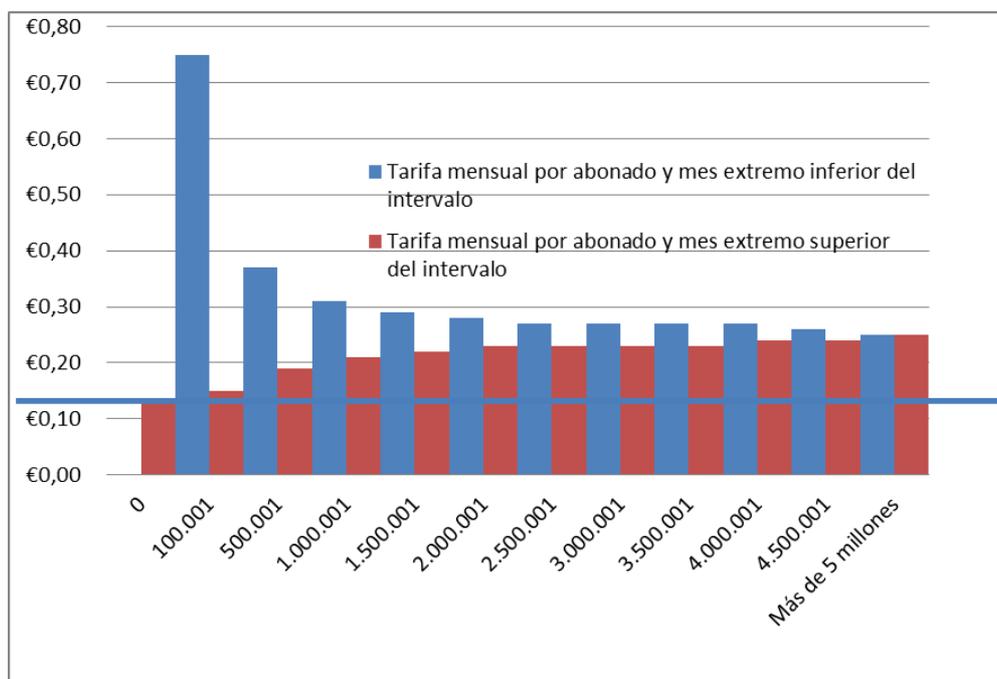
287. Así, por ejemplo, en una operadora con un número de abonados cercano e inferior a los 100.000, su tarifa estaría próxima a los 0,13 euros por abonado y mes (hay que tener presente que el 8% se correspondería con los servicios prestados por la Entidad de Gestión y que hay que añadir los impuestos indirectos), cuando para otra operadora, con un número de abonados superior y cercano a los 100.000, su tarifa estaría cerca de los 0,75 euros. Así, se dan situaciones en las que la tarifa final por abonado sería significativamente muy diferente en función del número de abonados de la operadora y





más ventajosa económicamente con un número de abonados cercanos pero menores a 100.000, 500.000 o 1.000.000.

288. A continuación, se representa gráficamente la tarifa por abonado (columnas 4 y 5 de la tabla anterior). En cada uno de los tramos, se ha trazado la línea paralela al eje de abscisas en 0,13 euros del eje de ordenadas.



(Elaboración propia a partir de la Tarifa Disponibilidad Promediada del tarifario de EGEDA)

289. Como explicación económica en la formación de las tarifas anteriores, EGEDA (f. 57) remite a TELEFÓNICA al apartado 2.2.2 (págs. 11-13) de la memoria justificativa con la finalidad de comprender la formación de las tarifas generales.

290. En la mencionada Memoria clasifica a las Empresas de Telecomunicaciones que realizan retransmisión de televisión por cable, satélite u otra forma en el epígrafe 1ª, para a continuación, en el apartado 2.2.2 de la Memoria (titulado “Los criterios de determinación de la Tarifa”), explicar cómo intervienen cada uno de los siete criterios en la formación de la tarifa, concluyendo lo siguiente:

291. Se afirma que es imposible conocer el grado de uso, la intensidad y que los ingresos no dependen de cuantas obras o grabaciones audiovisuales sean explotadas. EGEDA afirma





en la Memoria mencionada (págs. 12 y 13 de la misma) que *“los ingresos obtenidos por los usuarios vinculados a la retransmisión de las obras y grabaciones audiovisuales no dependen de cuántas obras y /o grabaciones sean utilizadas por los clientes de los usuarios, [...] no se puede utilizar el grado de uso efectivo del repertorio y la intensidad del uso del repertorio en el cálculo de las tarifas generales de EGEDA, aparte que es imposible de conocer por EGEDA”*.

292. Más adelante continúa explicando que los ingresos que obtienen los usuarios no dependen ni de la intensidad ni del grado de uso de las obras por tanto no se pueden utilizar para definir las tarifas generales. En su informe KPMG reconoce que no tiene sentido utilizar la intensidad, cuando el usuario obtiene los ingresos por la puesta a disposición.
293. Establece que la explotación del repertorio tiene relevancia principal, en la actividad de las operadoras de televisión, sin cuantificar ni argumentar como afectaría la no explotación del repertorio en su actividad.
294. Afirma que la amplitud del repertorio de EGEDA es universal, por incluir todas las obras y grabaciones audiovisuales, por lo que no necesitan incorporar la amplitud como criterio para definir sus tarifas generales.
295. No se realiza una comparativa con las tarifas establecidas con otros usuarios para la misma modalidad de explotación, tan sólo establece que una tarifa por debajo del 3% de los ingresos vinculados por la explotación del repertorio debe de ser considerada como razonable, EGEDA afirma que ha remitido un cuestionario con la finalidad de realizar comparativa con otras entidades de gestión de la UE, obtuvo respuesta de Austria, Portugal, Holanda y Suecia, concluyendo finalmente que no es comparable con ninguno de estos países (en Austria, el derecho de retransmisión no es de gestión colectiva obligatoria; en Portugal y Suecia, se gestionan colectivamente los derechos correspondientes a obras, pero no a grabaciones audiovisuales; y en Holanda, la entidad que gestiona el derecho de los productores no gestiona de retransmisión, sólo gestiona un derecho de autorización pero no un derecho de autorización y de remuneración).
296. Por lo tanto, no se ha obtenido una explicación consistente de cómo han contribuido cada uno de los criterios en la formación de las tarifas de EGEDA aprobadas en 2016.
297. Por otro lado, y de acuerdo con la información aportada y contenida en los folios 1130 y 1131 del expediente, la relación de los contratos firmados por EGEDA y los usuarios es la siguiente (no se incluye TELEFÓNICA):





***Contratos de retransmisión ONO-VODAFONE:***

- 2004-09-23 Contrato retransmisión EGEDA-ONO (2004-2010)
- 2009-12-15 Prórroga contrato retransmisión EGEDA-ONO (2010-2015)
- 2015-10-27 Anexo inclusión VODAFONE ESPAÑA al contrato 23\_09\_2004
- 2015-11-10 Prórroga contrato retransmisión EGEDA-VODAFONE ONO (2016-2020)

***Contratos de retransmisión ORANGE:***

- 2012-03-01 Contrato retransmisión EGEDA-ORANGE (2010-2015)
- 2016-04-15 Adenda al contrato de retransmisión EGEDA-ORANGE (2016-renov. aut.)

***Contratos de retransmisión EUSKALTEL:***

- 2010-02-05 Contrato retransmisión EGEDA-EUSKALTEL (2010-2015)
- 2016-01-02 Prórroga contrato retransmisión EGEDA-EUSKALTEL (2016-renov. aut.)

***Contratos de retransmisión R GALICIA:***

- 2010-01-26 Contrato retransmisión EGEDA-R Cable Galicia (2010-2015)
- 2016-01-02 Prórroga contrato retransmisión EGEDA-R GALICIA (2016-renov. aut.)

***Contratos de retransmisión TELECABLE DE ASTURIAS:***

- 2010-02-08 Contrato retransmisión EGEDA-TELECABLE DE ASTURIAS (2010-2015)
- 2016-01-02 Prórroga contrato retransmisión EGEDA-TELECABLE DE ASTURIAS (2016-renov. aut.)

***Acuerdos Marco con asociaciones representativas de usuarios:***





- 2009-12-01 Acuerdo Marco retransmisión EGEDA-AOTEC (asociación de operadores 2010-2015)
- 2015-12-17 Prórroga Acuerdo Marco retransmisión EGEDA-AOTEC (asociación de operadores 2016-2018)
- 2010-02-15 Acuerdo Marco retransmisión EGEDA-ACUTEL (asociación de operadores 2010-2015)
- 2015-11-11 Acuerdo Marco retransmisión EGEDA-ACUTEL (asociación de operadores 2016-2018)

298. Los acuerdos con las operadoras relacionados anteriormente fueron prorrogados (folios 1.153 a 1236) de acuerdo con las fechas que aparecen en el siguiente cuadro:

OPERADORA	DE	HASTA
ONO VODAFONE	1/1/2016	31/12/2020
ORANGE	1/1/2016	31/12/2017
EUSKATEL	01/01/2016	Prórroga anualmente de forma automática
R CABLE Y TELEGALICIA	01/01/2016	Prórroga anualmente de forma automática
TELECABLE ASTURIAS	01/01/2016	Prórroga anualmente de forma automática
AOTEC (138 socios)	01/01/2015	Prórroga automáticamente por periodos de 5 años
ACUTEL (71 socios)	1/11/2015	31/12/2018

299. En base a la información obtenida de los contratos, la tarifa bruta (sin incluir descuentos) acordado por el uso de los derechos se estableció, para todas las operadoras en una misma cuantía, pero la tarifa neta (incluidos los descuentos, que dependen del número de abonados) no es igual en todos los operadores, esto es debido a que aplica diferentes descuentos dependiendo del número de abonados a la operadora.

300. Los acuerdos alcanzados entre EGEDA y TELEFÓNICA son los siguientes:

- Folio 493 “Acuerdo julio 2008 entre Telefónica de España S.A.U. sobre retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales”. El objeto de este contrato es “dar satisfacción a todos los derechos de propiedad intelectual, ya de autorización, ya de carácter remuneratorio, de los que EGEDA pueda ser acreedora de TELEFÓNICA, con motivo de la prestación del servicio Imagenio”. Se establecen los derechos de EGEDA por la retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales regulada en el artículo 122.2 en relación con el artículo 20.2 f) TRLPI, así como los de autorización por comunicación pública que pudieran corresponder”. Se acuerda una tarifa a facturar trimestralmente de acuerdo a los





abonados medios trimestrales, junto con los descuentos aplicables si el número de abonados medios mensuales se sitúa entre los 450.000 y 800.000.

- Folio 505, renovación noviembre 2010 del Acuerdo 2008. Las partes acuerdan renovar el contrato de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2013. Se acuerda una tarifa incrementada un 0,89%, añadiendo el tramo con descuentos de 800.000 a 1.400.000 abonados medios mensuales, se establece una actualización conforme a la variación del IPC.
- Folio 508, renovación abril 2013 del acuerdo 2010, se acuerda una tarifa incrementada un 8,8% con respecto al acuerdo del 2010 y un 9,8% con respecto a la de julio del 2008, permaneciendo los mismos tramos de descuentos y cuantía que en el acuerdo anterior.
- Folio 510, renovación diciembre de 2015 del acuerdo de 2013. Se incluye en el presente contrato la retransmisión a través de Movistar + y Yomvi (visualizar contenidos audiovisuales a través de dispositivos móviles). Se acuerda una tarifa similar a la del acuerdo de noviembre de 2010, aumenta dos tramos de descuentos (1.400.000-2.000.000, 2.000.000-2.400.000, más de 2.400.000), además se establece una cuantía máxima anual, a abonar a EGEDA, en concepto de retransmisión e independientemente del número de abonados de 4.500.000 euros, si el número de abonados medios mensuales de telefónica de ese año supera los 2.500.000.

301. La tarifa bruta acordada con TELEFÓNICA es sensiblemente diferente e inferior a la acordada con el resto de las operadoras, antes del 2015, para finalmente en el 2016 acordarse, para todas las operadoras, la misma tarifa bruta por abonado y mes, 0,226 euros. Pero para analizar las diferencias tarifarias existentes realmente entre las operadoras, es preciso contemplar las tarifas en términos netos, debido a que esta sería la cantidad que efectivamente percibiría EGEDA, en concepto de remuneración por la explotación de los derechos.

302. Se observa que para las pequeñas operadoras pertenecientes a AOTEC Y ACUTEL, con 209 televisiones de pago asociadas, no se prevé ningún descuento, por superar determinados números de abonados, pero con el resto de las operadoras, de mayor tamaño, si se prevén descuentos, aunque diferentes, en mismo número de abonados, resultando tarifas netas diferentes.

303. Por ejemplo, para 200.000 abonados la tarifa neta sería igual a 0,20 euros para ORANGE, EUSKATEL, R CABLE Y TELECALICIA cuando a VODAFONE Y





TELEFÓNICA se les exige superar los 500.000 abonados medios mensuales. En el último acuerdo firmado con TELEFÓNICA se establece que los descuentos aplicables pueden suponer que la tarifa neta sea de 0,15 euros por abonado y mes, exigiéndose tan sólo superar los 2.500.000 abonados, con una cuantía máxima de 4.500.000 euros anuales, 375.000 euros mensuales.

### ***III.1.2 TELEFÓNICA. Análisis económico de las tarifas generales de EGEDA y respuesta de TELEFÓNICA a las críticas de EGEDA sobre su propuesta tarifaria.***

304. El artículo 157.1 b). TRLPI (actualmente artículo 164.3 TRLPI) señala que el importe de las tarifas generales establecidas por las entidades de gestión 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 criterios que a continuación enumera.
305. TELEFÓNICA extrae algunas conclusiones del “análisis económico de las tarifas de EGEDA para plataformas de televisión de pago” aprobadas en 2016, plasmado en el informe de RBB Economics de 13 de agosto de 2018 (ff.2943 a 3022).
306. La primera conclusión se basa en la idea de que las tarifas generales aprobadas por EGEDA en 2016 para plataformas de televisión de pago no pueden considerarse adecuadas ni equitativas por los siguientes motivos:
307. En primer lugar, porque la base utilizada para su construcción, esto es, las tarifas acordadas con los usuarios en el pasado, es inadecuada.
308. TELEFÓNICA estima que la búsqueda del justo equilibrio en el proceso de determinación del importe de toda tarifa obliga a considerar que las tarifas preexistentes o aceptadas por los usuarios hasta la entrada en vigor de la Ley 21/2014 constituyen un techo con respecto al cual no podrán elevarse las nuevas tarifas generales de las entidades de gestión, salvo que existieran motivos objetivos que justificaran dicho incremento. En cambio está a priori justificado que las nuevas tarifas generales se traduzcan en una reducción del importe de las tarifas preexistentes o aceptadas por los usuarios, ya que éstas se fijaron en un escenario en el que las entidades de gestión gozaban de una posición de dominio en el mercado y por tanto podían imponer sus tarifas sin sujeción a un control de equidad “ex ante” ni “ex post”.





309. Asimismo, TELEFÓNICA sostiene que la premisa de la que parte EGEDA de considerar que cualquier tarifa que haya sido acordada por la entidad de gestión y los usuarios es equitativa es errónea, ya que estamos en un mercado en el que existe un único oferente (EGEDA) y, por tanto, se trata un mercado monopolizado y no de competencia perfecta y, como consecuencia, en él los usuarios no tienen más alternativas para acceder a los derechos. En un mercado de estas características el precio que se acuerde entre el monopolista y los usuarios no tiene por qué ser equitativo, pues no existe un equilibrio en el poder negociador de las partes.
310. Para apoyar este argumento TELEFÓNICA cita el Informe de la Comisión Nacional de Competencia (CNC) de 2009 sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, según el cual “ *no se puede afirmar que el proceso de negociación entre entidades y usuarios sea un proceso de negociación que garantice la equidad de las tarifas, principalmente porque las entidades tienen un elevado poder de mercado y el marco legal y procesal favorece que puedan conseguir una tarifa fijada de modo unilateral en una fase previa a la negociación*”.
311. También alude a precedentes de tarifas acordadas que fueron declaradas inequitativas. Así, por ejemplo, en la Resolución de 19 de diciembre de 2011, la CNC concluyó que las tarifas de AISGE para salas de cine eran inequitativas, a pesar de haber sido acordadas mediante convenios.
312. Y en la Resolución de la CNC de 2 de marzo de 2012 (Expte. S/0157/09 EGEDA) se indica: “*que la desproporción existente entre las tarifas generales y las tarifas pactadas por EGEDA en sus acuerdos, que no está justificada objetivamente, muestra una estrategia abusiva de EGEDA mediante la cual, al fijar unilateralmente un precio base desproporcionado, que de acuerdo con la Ley y tal como recogen los contratos firmados, será supletorio en caso de incumplimiento, distorsiona la obligada negociación que impone la LPI. En efecto, el carácter supletorio de la tarifa general y el reconocimiento del derecho a exigir las en procedimientos judiciales que le da la LPI (artículo 150), genera una asimetría de poder entre las partes negociadoras y ejerce una presión adicional sobre los usuarios por alcanzar acuerdos sobre precios siempre que sean más bajos que los de la tarifa general. Pero que sean más bajos no evita la distorsión en la negociación y en el resultado de la misma*”.
313. El INF/DC/152/19 (cfr. apartado 13) recoge las mismas ideas. La CNMC presupone que la aplicación de los nuevos criterios plasmados en el vigente artículo 164.3 TRLPI y a los que deben ajustarse las entidades de gestión para definir la tarifa general, debería dar una tarifa más reducida que las aprobadas o pactadas con anterioridad. Incluso sugiere





que la previsión de la DT2ª Ley 21/2014, que fija un pago a cuenta del 70% de la tarifa anterior, es un reflejo de la necesaria reducción que debería producirse.

314. EGEDA insiste, sin embargo, en que el criterio del justo equilibrio no permite considerar que sus tarifas anteriores sean un techo ni que la búsqueda del justo equilibrio justifique una reducción de su tarifa. Además, aduce que sus tarifas de 2016 ya reflejan una disminución con respecto a la del año 2015. A lo que TELEFÓNICA responde que esa supuesta bajada de precios fue un efecto más impostado que real, alegando que lo que sucedió es que EGEDA decidió incrementar en 2015 sus tarifas generales con relación a las de años precedentes para, posteriormente, llegado el momento de aprobar tarifas acordes a la Ley 21/2014, poder presumir de haber introducido una rebaja (tarifa 2014: 0,245 euros; 2015: 0,32 euros; 2016: 0,25 euros)
315. En segundo lugar, porque TELEFÓNICA considera que las nuevas tarifas generales suponen un aumento considerable frente a las tarifas acordadas por EGEDA y TELEFÓNICA en el pasado. Así, la nueva tarifa general por uso efectivo de EGEDA, 0,25 euros por abonado y mes, es un 10,6% superior a la de la última prórroga del acuerdo de TELEFÓNICA con EGEDA, que ascendía a 0,226 euros. Incremento que según EGEDA se encuentra justificado por los menores costes en los que incurre EGEDA al alcanzar un acuerdo con los usuarios, fundamentalmente en términos de ahorro en tiempo dedicado a la gestión del derecho y costes legales. En relación a esta cuestión, señala TELEFÓNICA que ese incremento cuantificado en aproximadamente 1,9 millones de euros por cada año de aplicación de la tarifa, no se encuentra justificado de ninguna forma ni en las tarifas de EGEDA ni en la memoria económica de Compass Lexecon, ni tampoco se justifica que ese importe pueda y deba repercutirse al usuario.
316. Además, la tarifa de la última prórroga del acuerdo Telefónica con EGEDA contemplaba un descuento en función del número de abonados, que alcanzaba los 0,076 euros en caso de que TELEFÓNICA superase los 2,5 millones de abonados, y que no se contempla en las tarifas generales. La nueva tarifa general de EGEDA es por tanto un 66,7% superior a los 0,15 euros por abonado que pagaría TELEFÓNICA si se aplicara este descuento.
317. En lo referente a este punto, señala TELEFÓNICA que la tarifa de la última prórroga del acuerdo de TELEFÓNICA con EGEDA establecía un pago máximo anual de 4,5 millones de euros, que se corresponde con la cantidad a pagar por una base de abonados de 2,5 millones si se aplica la tarifa descontada de 0,15 euros. Las nuevas tarifas aprobadas por EGEDA establecen una tarifa por disponibilidad que varía en función del tramo de número de abonados en que se sitúe el operador. La tarifa por disponibilidad se calcula en todos los casos aplicando la tarifa por uso de 0,25 euros al punto medio del tramo salvo en el último tramo en el que la tarifa por disponibilidad, que actúa como





pago máximo, asciende a 1,25 millones euros al mes o 15 millones euros al año, frente a los 4,5 millones euros del anterior acuerdo, lo que supone un incremento del 233,3%.

318. En tercer lugar, porque TELEFÓNICA considera que las tarifas de EGEDA no tienen en cuenta el uso efectivo. Al respecto, y en contra de lo que sostiene Compass Lexecon, la medición del uso ha de ser factible porque se observa que el resto de las entidades de gestión que han fijado tarifas para esta categoría de usuarios (plataformas de televisión de pago sí lo tienen en cuenta (ejemplos: VEGAP o SGAE) a pesar de que la medición de su uso es mucho más compleja. AISGE, por ejemplo, gradúa además relevancia y grado.
319. No medir el uso supone, según TELEFÓNICA, que la tarifa no se ajuste al valor económico que proporciona el repertorio de la entidad de gestión a las plataformas de televisión de pago. Una cantidad por abonado no refleja adecuadamente el valor económico que aportan los derechos explotados a la actividad del usuario. La principal consecuencia de este hecho es que el operador de televisión de pago no puede modular la cantidad que paga en conceptos de derechos modificando su programación.
320. En cuarto lugar, argumenta TELEFÓNICA que las nuevas tarifas de EGEDA sobreestiman el ingreso vinculado a la explotación del repertorio, ya que parten de la base de que la práctica totalidad de los ingresos de los operadores de televisión de pago están vinculados al uso del repertorio de EGEDA, excluyéndose sólo el pago por visión, que representa aproximadamente un 2% de los ingresos por televisión de pago. El 98% serían los ingresos que los operadores de pago perderían si no retransmitieran el repertorio de EGEDA.
321. Sin embargo, según TELEFÓNICA el valor que aporta el uso de los derechos de EGEDA será menor, al menos, en los canales de deportes e informativos que en otros canales, incluso aceptando la tesis de EGEDA sobre el alcance de su repertorio.
322. Además, señala que no existe la relación de proporcionalidad alegada por Compass Lexecon entre el número de abonados e ingresos vinculados al repertorio de EGEDA.
323. La segunda conclusión es que una parte importante de la reducción del importe que percibiría EGEDA por sus derechos como consecuencia de la aplicación de la propuesta tarifaria de TELEFÓNICA, tiene su origen en la controversia relativa al alcance del repertorio de EGEDA, y más concretamente en que, a juicio de TELEFÓNICA, éste no incluye los derechos de retransmisión vía satélite y los contenidos emitidos, por ejemplo, en canales informativos y de deportes, que TELEFÓNICA entiende excluidos y EGEDA considera incluidos en calidad de grabaciones audiovisuales.





324. Además, puede venir explicada por la situación, ya descrita anteriormente, de desequilibrio en el poder negociador de EGEDA frente a los usuarios y riesgo, por tanto, de existencia de tarifas inequitativas. El nuevo marco regulatorio que supuso la reforma del TRLPI mediante la Ley 21/2014 debería llevar consigo un incremento en la eficiencia y transparencia y un mayor equilibrio en el poder negociador a través de la figura de esta SPCPI y, en su caso, a tarifas inferiores.
325. Asimismo, TELEFÓNICA argumenta, en relación a esta misma cuestión, que las tarifas anteriores no guardan relación con el valor que el repertorio de EGEDA aporta a los usuarios. Para llegar a esta conclusión, señala que el importe que TELEFÓNICA paga por el derecho a emitir los contenidos que incluyen derechos de EGEDA no se limita a la tarifa de ésta, sino que TELEFÓNICA paga además importes muy sustanciales por la adquisición de los derechos de emisión a las productoras y distribuidoras de contenidos. Estos pagos se efectúan al mismo colectivo representado por EGEDA. Según los datos aportados por TELEFÓNICA para el año 2016, los costes de adquisición de contenidos suponen alrededor de un 75% de los ingresos de su plataforma de televisión de pago. A estos costes se sumarían los importes pagados a las entidades de gestión, que en 2015 supusieron algo más del 22% del margen del negocio de televisión de pago de TELEFÓNICA. Es decir, que, bajo el marco tarifario anterior, TELEFÓNICA debía pagar a los colectivos representados por las entidades de gestión, además de las tres cuartas partes de sus ingresos en origen, cerca de una cuarta parte de sus beneficios en concepto de tarifas de entidades de gestión. Además, TELEFÓNICA paga a EGEDA más que a ninguna otra entidad de gestión (por contenidos audiovisuales): 25% más que a AISGE y un 65% más que a SGAE+DAMA por la parte audiovisual de su repertorio. No hay justificación objetiva, según TELEFÓNICA, de por qué el repertorio de EGEDA es más valioso que el de otras entidades de gestión.
326. Por otro lado, en relación a las réplicas que hace TELEFÓNICA sobre las críticas efectuadas por EGEDA a su propuesta tarifaria, se ha de tener en cuenta el informe de 13 de agosto de 2018, elaborado por RBB Economics, por encargo de TELEFÓNICA.
327. Como ya se expuso en el apartado II.2.1, la tarifa propuesta por TELEFÓNICA adopta la forma de un tipo tarifario sobre una base de cálculo, sobre la cual TELEFÓNICA dice reflejar los diferentes criterios establecidos en artículo 157.1 b. TRLPI (actualmente artículo 164.3 TRLPI) con el objeto de medir el valor económico de la utilización del repertorio de EGEDA en la actividad desarrollada por TELEFÓNICA a través de su plataforma de televisión de pago Movistar +.





328. En lo que se refiere a la base de cálculo, está compuesta por los ingresos computables que, según el criterio de TELEFÓNICA, han de ser sólo los estrictamente vinculados con la explotación del repertorio, es decir ingresos por abonados y publicidad. Excluyendo algunos costes técnicos (descodificadores y captación y fidelización de clientes).
329. Llegados a este punto, y en relación a la forma de cálculo de los ingresos vinculados a la explotación del repertorio, TELEFÓNICA responde a las críticas enunciadas en las alegaciones de EGEDA y en el informe de Compass Lexecon (ff.158 a 193) en el sentido que se expone a continuación.
330. En primer lugar, señala EGEDA que el hecho de que el servicio de la televisión de pago forme parte de una oferta convergente de servicios lleva consigo que este servicio genere unos ingresos indirectos que también se encuentran vinculados a la explotación del repertorio. Ya que al empaquetar los servicios, existe una mayor fidelidad de los clientes y están dispuestos a pagar por el servicio un importe mayor, obteniendo unos mayores ingresos que benefician al conjunto de los servicios incluidos en el paquete contratado.
331. A lo que responde TELEFÓNICA que la visión de EGEDA es parcial y sesgada, ya que una oferta empaquetada genera también ventajas para los clientes, pues permite a los operadores obtener sinergias de costes al poder utilizar una misma red de comunicaciones para prestar todos los servicios y ofrecer precios más competitivos. Asimismo los clientes reducen sus costes de transacción al centralizar sus necesidades de contratación, consultas o servicio técnico en un único proveedor. Por tanto, si se incluyen en la base de cálculo los ingresos indirectos a los que alude EGEDA también deberían deducirse de ella los ingresos indirectos que generan los servicios de telecomunicaciones para el servicio de televisión. En todo caso, habría que cuantificar esos ingresos indirectos, lo que conlleva una gran dificultad añadida.
332. En segundo lugar, TELEFÓNICA deduce de la base los ingresos destinados a financiar o cubrir los costes de los descodificadores y de captación de clientes. Lo justifica explicando que los descodificadores son un servicio técnico que TELEFÓNICA facilita e incluye en el precio cobrado a los abonados, pero que perfectamente podría ser un servicio externalizado y por tanto, si así fuera, el usuario lo debería abonar a la empresa suministradora, subcontratada por TELEFÓNICA. En este caso, los ingresos asociados a este servicio no formarían parte de sus ingresos y por tanto quedarían excluidos de la base de cálculo a efectos de determinar la tarifa. Por lo que concluye que esos ingresos difícilmente se pueden considerar vinculados a la explotación del repertorio de EGEDA.





333. Y los costes de captación y fidelización de clientes TELEFÓNICA los asimila a los descuentos sobre la factura de los abonados, y por tanto considera razonable que se deduzcan de la base de la misma forma en que no tendría lógica considerar dentro de la base los ingresos no realizados como consecuencia de la aplicación de un descuento.
334. EGEDA, sin embargo, considera que TELEFÓNICA no debería excluir ninguna de estas dos partidas de los ingresos computables porque ambos conceptos son costes para TELEFÓNICA, no ingresos.
335. Continuando con la propuesta tarifaria de TELEFÓNICA, ésta considera que los ingresos deben ser sólo los correspondientes a los canales retransmitidos, excluyendo los referidos a canales propios o aquellos directamente suministrados por un editor de canales. Por otro lado, conforme a lo indicado anteriormente, no se incluyen tampoco los ingresos derivados de la explotación de la plataforma Movistar + Satélite.
336. Debido a los ajustes anteriores, los ingresos inicialmente computables obtenidos de abonados y publicidad (correspondientes a la plataforma de Movistar + IPTV) que equivalen en el 2016 a 923.757.860 euros, resultan ser 731.429.695 euros, después de la deducción de los costes por descodificadores y captación de clientes, y 216.795.108 euros tras descontar los ingresos procedentes de canales propios y de preeditados.
337. Estos ingresos son finalmente distribuidos por tipología de canales porque, según TELEFÓNICA, en una plataforma multicanal como es Movistar + el servicio que se presta desde el punto de vista del uso del repertorio de EGEDA es heterogéneo. Así, hay canales donde el uso puede ser muy intenso, como en los temáticos de cine y series, y otros-como los informativos, deportivos o musicales-donde no se hace uso o apenas se hace uso del repertorio de EGEDA. Por esta razón, considera que debe aplicar a cada categoría de canal unos factores de ajuste diferentes (intensidad de uso, relevancia, grado de uso, audiencia real y amplitud del repertorio). Aplica a cada categoría de canales y de forma acumulativa estos criterios de ajuste que varían entre el 0% y el 100% de los ingresos.
338. También critican EGEDA y Compass Lexecon el reparto de los ingresos por canales que se realiza en la propuesta de TELEFÓNICA, con el objeto de aplicar después la intensidad, grado y relevancia de uso que corresponde a cada canal, al considerarlo contrario a la normativa y debido a que el coste de aplicar este sistema sería desproporcionado.
339. En relación a esta cuestión, TELEFÓNICA sostiene que hay que tener en cuenta que el criterio fundamental que se establece en la normativa es que la tarifa debe reflejar el





valor que aporta el uso del repertorio de la entidad de gestión al usuario. Y para ello es necesario, en este caso, llevar a cabo una caracterización de los canales de la oferta del operador de televisión de pago, ya que el valor que aporta a la oferta de televisión de TELEFÓNICA cada uno de los contenidos o canales retransmitidos puede ser muy distinto. Adicionalmente, el uso de derechos de EGEDA varía de forma muy significativa de unos canales a otros. Todo ello determina que un enfoque agregado, como el que propone EGEDA, basado en el pago de una cantidad por abonado, si bien más sencillo y menos costoso de aplicar, en la práctica lleva a medir de forma errónea el valor que aporta su repertorio en los distintos operadores.

340. La forma de aplicación de los criterios del artículo 164.3 TRLPI en la propuesta tarifaria de TELEFÓNICA se puede resumir así:
341. *Intensidad de uso*: la propuesta mide en términos porcentuales para cada tipo de canal la porción de tiempo en la que se hace uso del repertorio de EGEDA, considerando una intensidad de uso máxima en canales de cines/series, media en los generalistas y nula o prácticamente inexistente en informativos y deportivos.
342. *Grado de uso*: mide el número de ítems del repertorio de la entidad que es objeto de utilización por el usuario. Señala TELEFÓNICA que las mediciones empíricas acreditan que el grado de uso estaba algo infra ponderado en la propuesta para los canales generalistas, pero altamente sobre ponderado en los temáticos de cine/series e infantiles.
343. *Relevancia de uso*: según TELEFÓNICA la relevancia debe calibrarse en función del grado de sustituibilidad del repertorio por otro tipo de contenidos. Así, no sería posible hacer un canal temático de cine sin programar películas, sí es posible hacer un canal generalista con poco o nada de contenidos audiovisual de ficción. De ahí, la importancia de que la relevancia se calibre de manera diferenciada según tipos de canales.
344. *Amplitud del repertorio*: considera TELEFÓNICA que el hecho que los derechos administrados por EGEDA sean de gestión colectiva obligatoria no significa que posea una máxima amplitud de repertorio a efectos de determinación de la tarifa. Si así fuera, no tendría sentido que la Ley señalara este factor como criterio para calibrar los ingresos vinculados a la explotación del repertorio, ya que todos los derechos de simple remuneración son de gestión colectiva obligatoria. Que en un sector determinado no exista, por el momento, más que una entidad de gestión no significa que su repertorio real cubra todo el universo de titulares posibles. Si la representatividad de la entidad es baja, su repertorio es menos amplio y su tarifa debe ser fijada en proporción a ello. Por ello sería importante que EGEDA informe transparentemente de los ítems que conforman su repertorio y los productores a los que representa.





345. TELEFÓNICA añade un nuevo criterio, no recogido en el TRLPI, a efectos de calcular la base tarifaria, que es la “*audiencia real*”. Señala TELEFÓNICA que la introducción de este criterio conecta con la idea, recogida en la jurisprudencia sobre equidad de las tarifas, de que a efectos tarifarios es necesario captar el uso efectivo y no la simple opcionalidad de uso. Pues en el caso de TELEFÓNICA muchos usuarios tienen el servicio de televisión porque viene en un paquete junto con el servicio telefónico y el acceso a Internet, pero eso no convierte a todos los clientes de TELEFÓNICA en telespectadores a los efectos de medir el uso efectivo del repertorio de EGEDA en la plataforma Movistar +.
346. Así, con el objeto de medir el porcentaje de abonados que realmente merecen computarse a efectos de determinar los ingresos vinculados a la explotación del repertorio, la propuesta de TELEFÓNICA no incluye a aquellos suscriptores que no hayan visionado al menos 10 minutos de cualquier canal de la plataforma Movistar + a lo largo de un mes.
347. EGEDA y Compass Lexecon critican la aplicación acumulativa de estos criterios, como lleva a cabo TELEFÓNICA en su propuesta, basándose en que esa aplicación no está prevista en la normativa y supone que se infraestimen de forma considerable y sin justificación objetiva los ingresos vinculados a la explotación del repertorio de EGEDA.
348. Sin embargo, TELEFÓNICA considera que está perfectamente justificada desde un punto de vista económico y del valor que aporta al usuario (que es el criterio principal del TRLPI para la fijación de las tarifas), partiendo de la base de que el tipo aplicado, del 2%, es el que corresponde al uso del repertorio de EGEDA con relevancia, grado e intensidad máxima.
349. Así, en primer lugar, la intensidad de uso permite aislar la parte del tiempo de emisión en que se hace uso del repertorio de EGEDA. Segundo, el grado de uso mide qué parte del repertorio de EGEDA se está utilizando en cada caso; es decir, el grado de uso será mayor en un canal en que se hace uso de 1.000 obras distintas del repertorio de EGEDA, que para otro que se hace uso de 500. TELEFÓNICA sostiene que, desde un punto de vista económico tiene sentido utilizar este criterio, además de la intensidad, porque si se parte de que el valor marginal que aporta la emisión de una misma obra es decreciente, ello implica que, a igualdad de intensidad de uso, un menor grado de uso supondría un menor valor, porque supone una mayor repetición, lo que justifica aplicar un coeficiente corrector a la baja en canales que tienen un menor grado de uso. Tercero, la relevancia mediría el papel que juegan los derechos dentro de cada canal (canal de cine o series relevancia principal; canal de deportes relevancia secundaria). Por último, el criterio de





audiencia tendría por objetivo excluir los ingresos relativos a las personas que no ven o no utilizan el servicio de televisión de pago. Este criterio permite refinar el proceso de delimitación de los ingresos realmente vinculados con el uso efectivo del repertorio.

350. En lo referente al tipo tarifario, EGEDA considera que el tipo tarifario de la propuesta de TELEFÓNICA (cfr. apartado 27) es arbitrario y no está basado en los criterios de la normativa. EGEDA considera más apropiado fijar un pago por abonado que una tarifa consistente en un porcentaje de los ingresos, con el objeto de evitar que la remuneración de EGEDA esté ligada a la política de precios del operador.
351. TELEFÓNICA señala que dado que el objetivo primordial es determinar el valor que aporta el repertorio de EGEDA a los operadores de televisión de pago resulta razonable fijar un tipo tarifario que represente el valor que aporta dicho repertorio en aquellas situaciones donde la intensidad, grado y relevancia de uso es máxima, teniendo en cuenta que posteriormente se van a realizar ajustes en función de los criterios explicados anteriormente
352. Según los cálculos realizados se indica que dicho tipo implica que TELEFÓNICA pagaría a EGEDA algo más del 35% del margen (excluyendo pagos a entidades de gestión) que obtiene por las emisiones en las que la intensidad, grado y relevancia de uso del repertorio de esta entidad es máxima.
353. El resultado de aplicar este tipo tarifario a los distintos grupos de canales arroja un importe total a pagar a EGEDA por la utilización de su repertorio en la plataforma Movistar + de 382.692 euros al año.

### ***III.1.3. Valoración de las pretensiones económicas de las partes por la SPCPI.***

354. Esta SPCPI considera que no se ha justificado que las tarifas generales aprobadas por EGEDA en junio de 2016 se hayan determinado atendiendo al principio de atender al valor económico de la utilización de los derechos protegidos en la actividad de los usuarios (televisión de pago, por cable o satélite, que realizan actos de retransmisión junto a transmisiones de canales preeditados y propios) y teniendo en cuenta los criterios que marca el TRLPI desde las modificaciones introducidas por la Ley 21/2014.
355. Adicionalmente, no fueron tarifas acordadas con los usuarios y su importe difiere significativamente de los de los últimos acuerdos alcanzados con los distintos usuarios o asociaciones de usuarios.





356. Se observa, además, que dichos acuerdos establecen tarifas significativamente distintas entre unos usuarios y otros, por lo que la aplicación de las tarifas generales supondría incrementos también muy diferenciados entre unos operadores y otros.
357. No cabe admitir el argumento principal de EGEDA, en el sentido de que las tarifas generales parten de acuerdos anteriores con los diferentes operadores y que a partir de tales acuerdos puede presumirse su carácter equitativo. Como señala el INF/DC/152/19 de la CNMC (apartado 44): “*El carácter acordado de las tarifas no las convierte en equitativas desde una perspectiva económica*”. En particular, la posición de dominio de la que, según la CNMC, goza EGEDA en el mercado de otorgamiento de autorizaciones por comunicación pública y de gestión de remuneración por comunicación pública de los derechos de los productores audiovisuales, no permite concluir que las tarifas acordadas sean necesariamente equitativas desde la perspectiva económica.
358. Así, no puede aplicarse sin más la presunción de que resultan equitativas, al distar significativamente de tarifas acordadas que, por otro lado, no pueden presumirse automáticamente como equitativas, y tampoco puede concluirse sin más análisis que atiendan al valor económico del derecho o prestación en los ingresos de los usuarios, puesto que no fueron calculadas con esta orientación, ni tuvieron en cuenta los criterios que para ello marca el TRLPI.
359. La principal virtud de la tarifa general de EGEDA es su simplicidad de cálculo y facilidad de seguimiento y aplicación.
360. Esta SPCPI considera que la metodología propuesta por TELEFÓNICA tampoco se ajusta a los principios y criterios que marca el TRLPI.
361. En primer lugar, se trata de una metodología “ad hoc”, ajustada a los parámetros específicos de TELEFÓNICA y difícilmente trasladable a otros operadores con características diferentes, al menos a un coste no desproporcionado, especialmente para los operadores de menor tamaño, derivado de las dificultades que se exponen en el siguiente párrafo para implantar un sistema informativo, ajustado a la metodología propuesta por TELEFÓNICA, que sea razonablemente transparente y verificable.
362. En segundo lugar, dista de ser una tarifa simple y no está fijada con criterios transparentes, dado que se basa en imputaciones de ingresos efectuadas por la propia TELEFÓNICA. Estos ingresos no resultan directamente verificables a través de la contabilidad financiera, que los recoge agregados junto con los obtenidos de otros servicios que se venden de forma empaquetada, y los criterios de imputación a unos





servicios u otros no se basan en una contabilidad de costes regulada o consensuada con las entidades de gestión que permitan verificar su razonabilidad.

363. En tercer lugar, aunque nominalmente se aplican los criterios que marca el TRLPI, esta aplicación se realiza sin tener en cuenta el principio de que los criterios sirvan al objetivo de atender al valor económico del uso de la prestación o los derechos en la actividad del usuario. Y ello por las siguientes razones:
364. Este órgano considera que TELEFÓNICA no debe realizar ajustes por retransmisión de contenidos audiovisuales (con excepción de los publicitarios) que, como los acontecimientos en directo, aun no teniendo la naturaleza de obra audiovisual son grabaciones audiovisuales y por tanto, como ya se ha expuesto, forman parte del repertorio de EGEDA a efectos de la tarifa objeto de controversia (supra, II.3.1, apartados 105 a 139).
365. El ámbito de aplicación que propone TELEFÓNICA excluye la retransmisión por vía satélite, lo que es incorrecto, como se ha expuesto anteriormente (supra, II.3.2, apartados 181 a 223).
366. Resulta igualmente incorrecta, puesto que no contribuye a una mejor determinación del valor económico que obtiene el usuario por la explotación de los derechos, la reducción de determinadas partidas de coste (alquiler de codificadores y costes de captación y fidelización de los clientes) en los ingresos económicos vinculados a la explotación del repertorio. Resulta obvio que para obtener dichos ingresos, TELEFÓNICA y cualquier otro operador de televisión de pago deben incurrir en costes variados (además de los referidos, el uso de la red propia o alquilada para efectuar la retransmisión, los costes de publicidad y marketing, para vender los servicios, los costes de facturación, administrativos, gerenciales, etc.), sin que esté justificado que determinadas categorías deban tenerse en especial consideración. Criterio este que comparte el INF/DC/152/19 de la CNMC (apartado 84), para quien los costes de los descodificadores y de captación y fidelización de clientes son también costes directamente vinculados a la actividad de la plataforma que genera el devengo del derecho de remuneración.
367. Tampoco es admisible la consideración de la audiencia real como criterio para minorar los ingresos económicos obtenidos de la explotación comercial. Resulta evidente que TELEFÓNICA y los demás operadores de televisión de pago que basan su negocio en el cobro mediante cuotas a los abonados, perciben un ingreso por la puesta a disposición de sus clientes de los contenidos audiovisuales contenidos en su oferta, incluidos los retransmitidos. Este ingreso no se minorará, ni aumentará, por un menor, o mayor, uso efectivo de dichos contenidos por parte de un cliente concreto. En consecuencia, la





reducción en función de la audiencia que pretende TELEFÓNICA llevaría a una clara infravaloración del valor económico que obtiene dicha empresa por la explotación comercial del derecho.

368. En el INF/DC/152/19 de la CNMC se indica al respecto que (apartado 50): *“Si bien los canales de televisión en abierto son los que más audiencia tienen en estas plataformas de televisión de pago, la principal fuente de ingresos de estas plataformas son las cuotas de abono, por lo que los operadores de TV de pago buscan maximizar el número de abonados mediante la emisión de contenidos atractivos, que induzcan a los abonados a abonar una suscripción por tener acceso a la plataforma de pago, siendo estos contenidos atractivos fundamentalmente fútbol, series de estreno y cine, por la fidelidad que generan en el consumidor a la hora de pagar la cuota mensual de abono recurrente, y no dependen de la audiencia concreta de los canales que se difunden en dicha plataforma de televisión de pago, al tener la publicidad un papel mucho menos relevante que en la televisión en abierto”*. Por ello, como decimos, el criterio de audiencia no resulta en general aplicable, salvo en los casos en que se justifique que es un indicador adecuado del valor que el uso de los derechos mediante la retransmisión genera para las televisiones de pago.
369. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que TELEFÓNICA parte, antes de aplicar nominalmente estos criterios, de una estimación de los ingresos vinculados a la retransmisión de los canales emitidos en abierto a través de la TDT o por otros medios. Si esta estimación estuviera correctamente realizada, habría que concluir que los criterios de amplitud del repertorio, relevancia, intensidad o grado de uso ya han sido implícitamente tenidos en cuenta al realizarla.
370. En efecto, una vez aclarado que, a los fines de este procedimiento, todos los contenidos retransmitidos son grabaciones audiovisuales, teniendo en cuenta que el cobro del derecho de remuneración por actos de retransmisión es una prestación de gestión colectiva obligatoria en la que se subsume la autorización del derecho exclusivo y que EGEDA es la única entidad de gestión autorizada para gestionarla, es evidente que todo ingreso asociado a la retransmisión es relevante para determinar el valor económico que aporta la utilización de los derechos sobre grabaciones audiovisuales incluidos en el repertorio de EGEDA. No es posible obtener ingresos asociados a la retransmisión sin retransmitir los contenidos audiovisuales objeto de la tarifa. Cuestión distinta hubiera sido si TELEFÓNICA hubiera propuesto partir del conjunto de sus ingresos por televisión de pago, o incluso del conjunto de sus ingresos por la venta de productos que incluyen no sólo televisión de pago, sino también otros servicios de telecomunicaciones, o del conjunto global de sus ingresos. En este caso, sí hubiera sido preciso aplicar el criterio de relevancia para ponderar, dentro de esos ingresos por la venta de paquetes de





productos o del total de su actividad, el valor que aportan los derechos objeto de protección.

371. Similarmente, con independencia de que el repertorio de EGEDA sea más o menos amplio, los ingresos estimados responden únicamente a la utilización de dicho repertorio en su actividad de retransmisión de canales televisivos. Y de la misma forma, independientemente de que se haya utilizado en mayor o menor grado el repertorio de EGEDA por los clientes de la plataforma Movistar +, todo el ingreso estimado responde a ese grado de uso del repertorio. Uso del repertorio de EGEDA que realiza TELEFÓNICA al ponerlo a disposición de los usuarios finales en sus plataformas Movistar + y Movistar + Satélite.
372. A este respecto, si como sostiene TELEFÓNICA, la utilización repetida de una obra o grabación audiovisual genera una utilidad decreciente para los clientes de TELEFÓNICA (esta SPCPI no se pronuncia al respecto), y con ello una menor disposición al pago, esta menor disposición al pago está ya reflejada en los precios que TELEFÓNICA cobra a sus clientes y, por tanto, en una estimación de ingreso menor de la que (hipotéticamente) hubiera obtenido TELEFÓNICA en el caso de haber incluido en su oferta televisiva contenidos retransmitidos con una programación menos repetitiva.
373. Si al ingreso estimado, sobre la base de los precios realmente cobrados, que se vincula ya exclusivamente con los contenidos audiovisuales retransmitidos y objeto de la tarifa, se le aplican coeficientes reductores como plantea TELEFÓNICA, el resultado es una doble minoración de los ingresos que no responde a una menor aportación de valor. Esta doble minoración se produce al separar, primero, los ingresos asociados a la retransmisión de canales de otros ingresos por televisión de pago o por otros servicios de telecomunicaciones y, después, al aplicar los coeficientes reductores.
374. Adicionalmente, la propuesta de TELEFÓNICA, aún en el caso de que fuera replicable a costes razonables para otros operadores, daría lugar a valoraciones distintas del valor económico de los derechos sujetos a la tarifa para unos operadores u otros, aun cuando realicen un uso similar de la posibilidad de retransmitir los canales públicos. Estas valoraciones distintas no se comparan con una lógica de mercado de acuerdo con la cual el precio de un input (en este caso el derecho o prestación objeto de la tarifa) debe ser igual para los distintos operadores, siempre que hagan un uso similar de dicho input.

### III.2. Análisis de la situación del sector de la televisión de pago.

375. En este apartado se analiza la situación actual y perspectivas del sector de televisión de pago, con el objeto de disponer de la información de contexto necesaria para determinar





el valor económico de la utilización de los derechos de propiedad intelectual asociados a la retransmisión.

376. El contexto actual del sector televisivo en España se encuentra caracterizado por una profunda transformación, marcada por la digitalización y la convergencia que está implicando cambios significativos en los patrones de consumo y en la producción y puesta a disposición de los contenidos. Los operadores de televisión, las empresas de telecomunicaciones o telefonía han mudado su modelo de negocio tradicional buscando convertirse en creadores y distribuidores del contenido audiovisual.
377. Del informe publicado por la consultora Barlovento Comunicación titulado “Análisis Televisivo 2018” (disponible en <https://www.barloventocomunicacion.es/audiencias-anuales/analisis-televisivo-2018/>) se pueden extraer algunos datos fundamentales con el objeto de describir cuál es la situación actual del mercado televisivo en nuestro país.
378. El primero de estos rasgos consiste en un consumo lineal tradicional de 8 minutos al día menos que en 2017 y un consumo de “diferido” (contenidos televisivos vistos durante los 7 días siguientes de la emisión original) de 2 minutos más al día que en 2017.
379. En segundo lugar, en lo referente a la audiencia, los datos muestran que Telecinco es la cadena más vista por los españoles por séptimo año consecutivo desde 2012 y una cuota del 14,1%. Antena 3 es la segunda cadena más seguida con una cuota del 12,3%. La 1 de TVE logra la tercera plaza de la clasificación. Después se sitúan las cadenas de FORTA, las autonómicas, que registran el 7,9% de la cuota total. La oferta global de las cadenas de pago registra el 7,6% y una merma de dos décimas respecto del año precedente. La Sexta consigue un 6,9% y Cuatro un 6,0%.
380. Por otra parte, respecto a cómo se sintoniza la televisión en los distintos sistemas de distribución de la señal, predomina el visionado en la TDT convencional, con el 75% del total, un punto menos que el año 2017: es decir, 3 de cada 4 minutos que ven la televisión los españoles, lo hacen a través de la TDT.
381. Sin embargo, el año 2018 nos deja un nuevo récord en el visionado de televisión de pago, con el 25% de cuota en el consumo total, un punto más que en 2017, que significa que 1 de cada 4 minutos vistos se ven por la modalidad de recepción de la señal, bien sea a través de IPTV (televisión por protocolo de internet), cable, satélite o de web TV. Este registro ha sido posible por el incremento del consumo televisivo a través de IPTV.





382. No obstante, debe indicarse que, de todos esos minutos anuales, dos terceras partes se dedican y se ven cadenas en abierto y un tercio del mencionado consumo se ven los canales creados de modo exclusivo y que sólo emiten en Pago.
383. También se ha de destacar que España es el país europeo con mayor despliegue e implantación de la fibra óptica. La implantación de la fibra óptica en España equivale a la suma de Reino Unido, Alemania, Francia, Italia y Portugal.
384. Los datos de septiembre de 2018 ponen de relieve que en España ya hay registrados 8 millones de hogares (de un total de casi 19 millones) con fibra óptica, dos millones más que en 2017, mientras que la tecnología anterior, ADSL, ha descendido a 4 millones de hogares en 2018 (contaba en 2016 con 7,2 millones).
385. Todo ello ha posibilitado, según los datos publicados por la CNMC en su “Informe Económico Sectorial de las Telecomunicaciones y el Audiovisual 2018” (*ESTAD/CNMC/004/19*), que el número de abonados a la televisión de pago en 2018 haya crecido un 3,4%, alcanzándose a final del año 2018 6,9 millones de suscripciones. En los últimos 5 años, el número de suscripciones a televisión de pago ha experimentado un crecimiento de más de 2,8 millones de abonados. En este contexto se ha de destacar que el número de usuarios abonados a la televisión de pago a través de TV IP sumaron en 2018 4,6 millones (en 2011 suponían tan sólo 913.148). Los servicios de TV IP representaban a finales de 2018 ya el 12% del tiempo total que los españoles dedicaron a ver la televisión. Ello pone de manifiesto la aceptación por parte del público de las nuevas formas de visualizar contenidos, sin pausas ni cortes publicitarios y una elevada calidad de imagen y sonido, lo que conlleva una mayor visualización de contenidos audiovisuales por unidad de tiempo.
386. Otra de las tendencias actuales consiste en el crecimiento con fuerza de las OTT’S (“Over The Top”) de “streaming”, en la modalidad de suscripción. Así, según los últimos datos del Panel de Hogares de la CNMC, referido al segundo semestre de 2018, *“un tercio de los hogares españoles utilizaron una plataforma de pago para consumir contenidos audiovisuales online a finales del cuarto trimestre de 2018”*. La plataforma que cuenta con un mayor número de suscriptores en la modalidad de televisión OTT por “streaming” es Movistar +, que representa el 13,4% del total. En segundo lugar, Netflix con una cuota de penetración del 12,5%. En tercer lugar, Vodafone y en cuarto lugar Orange.
387. Asimismo se ha de poner de relieve que el mercado audiovisual español se caracteriza por un elevado grado de empaquetamientos. Es decir, en la actualidad el servicio de





televisión de pago tradicional (que ahora incluye también servicios de contenidos bajo demanda online) suele venderse conjuntamente con los de comunicaciones electrónicas.

388. En 2018, un 35,6% de los hogares disponía de televisión de pago que se contrataba casi exclusivamente con servicios de comunicaciones electrónicas. El 91,3% de los abonados corresponden a ofertas conjuntas con otros servicios, esto es, 30 puntos porcentuales más que en el año 2014 (61%). Tres de cada diez hogares con televisión de pago manifiestan que el motivo principal para su contratación fue que el operador realizó una oferta conjunta de estos servicios.
389. Esta tendencia (ofertas convergentes o empaquetamientos) se observó a partir del 2012, con el lanzamiento de Movistar Fusión. Fue a partir de entonces cuando empezaron a popularizarse los empaquetamientos cuádruples, con servicios fijos y móviles tanto de voz como de banda ancha.
390. Posteriormente, en 2014, Movistar comenzó a apostar por los contenidos y, por tanto, por los paquetes quíntuples, que añaden el servicio de televisión de pago a los cuádruples, y le siguieron el resto de los principales operadores. Desde entonces, los paquetes quíntuples no han dejado de crecer hasta rozar los 6 millones a finales de 2018, con casi medio millón más de nuevas contrataciones durante el ejercicio, frente a los cuádruples que sumaron sólo 100 mil unidades.
391. Además, se ha de tener en cuenta que la operación de concentración TELEFÓNICA/DTS (Abril de 2015) tuvo importantes consecuencias en el sector audiovisual y, más concretamente, en el segmento de la televisión de pago y de las comunicaciones electrónicas. Así, los servicios de televisión de pago de DTS pasaron a empaquetarse con los servicios de comunicaciones electrónicas de TELEFÓNICA, reforzando la tendencia de venta empaquetada descrita anteriormente que es la vía de crecimiento del sector en los últimos años.
392. Por ello, TELEFÓNICA pasó a disponer de una mayor cuota de mercado, tanto en términos de abonados como de ingresos, al absorber a DTS, hasta entonces su principal competidor tanto en el segmento de televisión de pago, como en la adquisición de contenidos audiovisuales.
393. En 2018 TELEFÓNICA fue el operador que más paquetes quíntuples ganó en números absolutos y también en cuota, hasta representar casi el 64% del total. ORANGE y Euskaltel crecieron de forma más moderada, pero consiguieron aumentar su contribución. El único operador que disminuyó fue VODAFONE, que cedió dos puntos





porcentuales, con casi 30.000 paquetes menos que en 2017, como consecuencia de no incluir algunos contenidos de fútbol en su oferta de televisión.

394. El mercado de paquetes quíntuples se reparte entre los principales operadores, con el 95% del total, y Euskaltel, con R y TeleCable incluidos, con el 5% restante.
395. A finales del 2018 el operador con mayor cuota de mercado era TELEFÓNICA con el 59,4% de los abonados. A cierre del ejercicio, tenía un total de 4,1 millones de abonados a televisión de pago, que se desglosaron en 3,4 millones a través de TV IP y 674 mil por satélite.
396. Por último, en lo referente a las perspectivas de futuro de este mercado, el Informe titulado “Entertainment an Media Outlook 2017-2021. España” elaborado por PWC (disponible en <https://www.pwc.es/es/entretanimiento-medios/entertainment-media-outlook-2017-2021-espana.html>) señala que en los próximos cinco años habrá margen para el crecimiento en el segmento de televisión de pago, con un incremento estimado de 4% en los ingresos que alcanzarán los 2.265 millones de euros en 2021.
397. La penetración de la televisión de pago aumentará alcanzando un total de 7,1 millones de hogares en 2021. Se estima que la IPTV llegará a 4,7 millones de hogares en 2021.
398. A pesar del crecimiento proyectado, la televisión de pago en España sigue muy por debajo que en otros países europeos. La penetración media en Europa se sitúa en el 55,9% en 2016 y se espera que alcance el 57,5% en 2021. Y, como se ha dicho, en nuestro país equivale al 35,6%.
399. Sin embargo, en nuestro país el crecimiento de la televisión de pago será mayor, lo que permitirá a España acercarse a la media. El aumento de la penetración de la televisión de pago estará motivado por diversos factores:
400. Primero, porque los principales proveedores de televisión de pago han buscado mantener y aumentar su base de suscriptores a través de la mejora de sus ofertas convergentes.
401. En segundo lugar, la penetración de la televisión de pago es más baja en España que en la media europea debido, en parte, a la calidad de contenidos de la televisión en abierto. De ahí que algunos operadores como TELEFÓNICA hayan puesto el foco en el lanzamiento de contenidos premium que les permita diferenciarse y fidelizar clientes.
402. Por último, y dado el continuo crecimiento del mercado OTT, se han producido importantes alianzas en el sector, como VODAFONE incluyendo HBO gratis en sus





paquetes, ORANGE ofreciendo tres meses gratuitos de Netflix y TELEFÓNICA sumando Netflix a su oferta.

403. En su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución, EGEDA (alegaciones PRIMERA a TERCERA) describe la estructura de la propuesta y realiza una serie de observaciones a su epígrafe III.2, relativo al análisis de la situación del sector de la televisión de pago.
404. EGEDA Señala que se deberían haber utilizado datos más actualizados y revisa algunos de ellos con base en el informe “Análisis televisivo 2019” elaborado por Barlovento Comunicación. Así, afirma EGEDA que el dato de consumo de televisión convencional promedio actualizado a 2019 fue de 222 minutos al día, de los que 206 corresponden al consumo de televisión lineal, a los que se deben añadir 10 minutos que corresponden al concepto de invitados y 6 minutos al consumo de diferido. Asimismo, proporciona datos actualizados de las audiencias por share o cuota de pantalla, según el informe citado, y destaca que a la vista del mismo cabe mantener las conclusiones expuestas respecto al reparto de audiencia entre las distintas modalidades de recepción de la señal televisiva. Incide además EGEDA en que, de acuerdo con el informe del total de minutos vistos en televisión de pago el 36% se dedica a ver los canales “propriadamente de pago” y el 64% a ver canales en abierto.
405. Esta SPCPI considera que la actualización de datos del informe elaborado por Barlovento Comunicación y referenciado en las alegaciones de EGEDA viene a corroborar las conclusiones del análisis del sector de la televisión de pago efectuado en la Propuesta de Resolución (y mantenido en esta Resolución), que sirve para contextualizar la determinación de la tarifa y es más próximo a los datos utilizados en su cálculo.
406. La extrapolación de las tendencias contenidas en el citado análisis motiva las previsiones de crecimiento de la televisión de pago y sirve de soporte a una tarifa determinada con vocación de estabilidad. Finalmente, los datos de audiencia relativa a través de plataformas de pago que expone EGEDA, entre los canales emitidos en abierto (retransmitidos) y los contenidos de pago propriadamente dichos (canales propios o preeditados) son muy similares a los empleados para la determinación de la tarifa (lo que es un argumento para su estabilidad), si bien esta SPCPI considera que es necesario emplear cifras tan próximas en el tiempo como sea posible al resto de datos utilizados (referidos a 2016 y 2017) con el objetivo de mantener la necesaria coherencia en los cálculos que sirven de base para la determinación de la tarifa.





### III.3. Explicación de los criterios utilizados para el cálculo de la tarifa general.

407. Como se ha señalado en el fundamento jurídico II.4.2, el TRLPI establece una serie de criterios orientativos para atender al principio rector para la fijación del importe de las tarifas: la determinación del valor económico de la utilización de los derechos protegidos en la actividad del usuario, teniendo presente el necesario equilibrio entre usuarios y titulares de los mismos. Los criterios orientativos deben aplicarse, por tanto, en la forma y medida en que contribuyan a alinear las tarifas a dicho principio rector y, en todo caso, no constituyen una lista cerrada de criterios, sino que pueden combinarse con otros que sirvan a la consecución del objetivo señalado.
408. En particular debe tenerse en cuenta que, conforme a lo previsto en el artículo 157.1.b) TRLPI (actualmente artículo 164.3 TRLPI), las tarifas generales deben ser “simples y claras”. En efecto, por su naturaleza, deben resultar aplicables para un conjunto de usuarios diverso y, por lo tanto, deben ser suficientemente simples y claras para resultar comprensibles para los usuarios. Además, es necesario que la aplicación de las tarifas no suponga costes desproporcionados de gestión, supervisión o cumplimiento, ni para las entidades de gestión, ni para los propios usuarios, lo que implica la necesidad de un diseño tarifario eficiente. Por todo ello, la claridad y simplicidad son otros principios a tener en cuenta en el diseño de las tarifas.
409. Para la determinación de la tarifa general por el uso de obras o grabaciones audiovisuales en plataformas de televisión de pago por medio de la retransmisión, se atenderá a este principio rector, a los criterios que establece el artículo 157.1 b). TRLPI (actualmente artículo 164.3 TRLPI), y a los principios de claridad y simplicidad expuestos en el artículo 164.1. TRLPI.
410. Conviene ahora, sucintamente, realizar una serie de precisiones sobre la forma en que entendemos deben ser aplicados en el caso concreto para fijar una tarifa general para la retransmisión de grabaciones audiovisuales en plataformas de televisión por cable y por satélite.
411. Por lo que se refiere al primer criterio orientador, el “*grado de uso efectivo en el conjunto de la actividad del usuario*”, hay que precisar que las televisiones de pago por cable o satélite únicamente utilizan el repertorio que gestiona la entidad para los actos de retransmisión de emisiones o transmisiones de organismos de radiodifusión, ya que en el resto de sus actividades, como las de emisión o transmisión de canales preeditados o las de televisión a la carta, la plataforma de televisión negocia individualmente la concesión de licencias de explotación con los productores audiovisuales o simplemente explota





directamente sus propios derechos de propiedad intelectual (“ius utendi”) en el caso de aquellas plataformas que, como Movistar+, dispongan de canales donde emiten o transmiten sus propias producciones. De modo que el grado de uso efectivo del repertorio de EGEDA en los actos de retransmisión que realizan las televisiones de pago, por cable o satélite, es pleno, o cuasi pleno, sin perjuicio del uso efectivo correspondiente a videos musicales, que gestiona AGEDI y que puedan ser incluidos, en su caso, en actos de retransmisión.

412. Lo mismo puede decirse respecto al segundo criterio: *“intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario”*.
413. Por lo tanto, aunque la CNMC en su INF/DC/152/19 considera (apartado 56) que: *“(…) la pretensión de EGEDA de que su repertorio incluye todas las obras y grabaciones audiovisuales y que por ello la intensidad, grado de uso y amplitud del repertorio es, en todos los canales, igual al 100%, entiende esta CNMC que no responde a la realidad del uso efectivo del repertorio por los operadores de TV de pago y no alcanza a cubrir la obligación que el TRLPI impone a las entidades de gestión en materia de establecimiento de tarifas generales en condiciones razonables”*, el análisis efectuado por esta SPCPI indica que, a la hora de interpretar estos dos primeros criterios orientadores conviene precisar que el grado, intensidad y relevancia del uso del repertorio de EGEDA será del 100 por 100 en las actividades de retransmisión de emisiones o transmisiones de organismos de radiodifusión que contienen grabaciones audiovisuales, salvo en lo que se refiera al contenido de videos musicales que se incorporen en las actividades de retransmisión.
414. Es así porque, como se expuso anteriormente, a los fines de este procedimiento de determinación de tarifas, en las retransmisiones por cable, satélite u ondas hertzianas todos los contenidos de las emisiones o retransmisiones televisivas deben considerarse protegidos por el derecho conexo de los productores de grabaciones audiovisuales, incluidas las emisiones o transmisiones de grabaciones en directo.
415. En definitiva, con las salvedades citadas en relación con los vídeos musicales, cuya incidencia en el conjunto del mercado de la retransmisión es limitada, el grado de uso efectivo de grabaciones audiovisuales se considera del 100 por 100 en las actividades de retransmisión. La relevancia del uso de las grabaciones audiovisuales será principal en las actividades de retransmisión, al tener un carácter esencial y no meramente secundario. Y la intensidad de uso será también plena, ya que la totalidad de los contenidos de las emisiones o transmisiones retransmitidas han de considerarse grabaciones audiovisuales protegidas.





416. La CNMC insiste reiteradamente, en el INF/DC/152/19 y en resoluciones e informes anteriores, a los que se remite, en que *“siempre que sea posible, las tarifas deben referenciarse al uso efectivo del repertorio, considerando que en el sector de la TV de pago en España, y en lo relativo en particular a la retransmisión de los canales de TDT en abierto, se dan unas circunstancias que hacen viable la aplicación de este tipo de tarifa sin incurrir en costes excesivos de implementación y supervisión”* (cfr. apartado 57). Sugiere así la CNMC (desde su informe de 2009) que es posible fijar una tarifa que mida el uso efectivo que una televisión de pago, por cable o satélite, haga puntualmente de cada uno los contenidos (grabaciones audiovisuales) que forman parte del repertorio de EGEDA, rechazando las tarifas por disponibilidad del repertorio que ocultan -dise- prácticas opacas respecto al repertorio realmente gestionado.
417. Sin embargo, esta SPCPI considera que la realidad del mercado de actos secundarios de comunicación pública mediante retransmisión de grabaciones audiovisuales (y de los mercados de actos secundarios de comunicación pública en general) es muy diferente. Las fórmulas de gestión colectiva obligatoria en la concesión de licencias no exclusivas (como sucede en el cable) y en el cobro de derechos de simple remuneración (que en la práctica subsumen las autorizaciones tanto en la gestión colectiva obligatoria del cable como en la gestión colectiva voluntaria del satélite) encuentran su razón de ser, precisamente, en la imperfección de mercado que supone la imposibilidad o extrema dificultad de identificar los usos múltiples de los diferentes contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual que tienen lugar mediante actos secundarios de comunicación al público; dificultad que a su vez hace prácticamente imposible la gestión individual mediante licencias contractuales no exclusivas por el uso de los contenidos efectivamente usados en esos actos secundarios de comunicación al público.
418. Si, como sugiere la CNMC, fuera posible determinar con precisión (siquiera relativa) el uso efectivo que se hace de cada una de las grabaciones audiovisuales protegidas por derechos conexos, carecería de sentido la gestión colectiva obligatoria en la concesión de autorizaciones (en la distribución por cable, que se hace extensiva al satélite en la Directiva 789/2019) e incluso la gestión colectiva voluntaria. Si fuera posible determinar el uso efectivo en los actos de comunicación secundarios, cada productor o la entidad de gestión colectiva mandatada por los productores podría gestionar la concesión de autorizaciones individuales y negociar libremente el precio por el uso que cada usuario pretendiera hacer de las grabaciones audiovisuales. Este escenario no es real en la actualidad, y apenas se barrunta en el futuro inmediato si se hacen realidad las promesas que trae consigo la tecnología de bloques o “blockchain” para determinar la trazabilidad en el uso de cada ítem; tecnología de bloques, por cierto, que puede ser utilizada por los titulares de derechos para una gestión individual de sus obras y prestaciones, o bien por





las propias entidades de gestión colectiva en régimen de gestión voluntaria, a fin de facilitar la gestión a los titulares.

419. Por lo demás, no es posible tampoco determinar el uso efectivo del repertorio de la entidad de gestión (EGEDA en este caso) sobre las preferencias de los clientes de las plataformas de televisión de pago, tomando en consideración la mayor o menor audiencia de los diferentes canales televisivos.
420. El TRLPI es claro al referir que el grado, relevancia e intensidad de uso debe medirse sobre la actividad del usuario comercial (cfr. artículo 3 k. de la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior) y no sobre las preferencias de los usuarios finales (clientes consumidores de contenidos). La entidad de retransmisión, como usuario comercial, hace un uso pleno de las grabaciones audiovisuales contenidas en las emisiones o transmisiones retransmitidas, independientemente de que el conjunto de los usuarios finales visualice en mayor o menor medida dichas grabaciones. Basta con que la entidad de radiodifusión ponga a disposición de sus clientes los canales emitidos o transmitidos simultáneamente en abierto (sea a través de TDT, de cable o de satélite) para que se produzca un uso pleno de las grabaciones audiovisuales incluidas en dichas emisiones y transmisiones.
421. La audiencia de cada uno de los canales es independiente del uso efectivo, relevancia e intensidad de uso que de las grabaciones audiovisuales hace la plataforma televisiva en sus actividades de retransmisión, pues su actividad consiste precisamente en poner a disposición (facilitar el acceso) de los clientes los programas o grabaciones contenidas en las emisiones o transmisiones retransmitidas, siendo una decisión soberana de cada cliente visualizar o no determinados canales.
422. Así, no se puede utilizar el criterio de la audiencia de cada canal para hacer un promedio del uso efectivo, relevancia e intensidad del repertorio de EGEDA en el conjunto de la actividad de retransmisión: las grabaciones audiovisuales constituyen un “input” fundamental en dicha actividad, pues lo que ofertan las plataformas televisivas de pago es precisamente la mera posibilidad de acceder a contenidos muy diversos, no discriminando las cuotas a pagar por los clientes en función de si acceden más o menos a los diversos canales retransmitidos. De modo que si no se discrimina en el precio cobrado a los abonados no se puede pretender luego reducir la tarifa por actos de retransmisión alegando la menor utilización del repertorio de EGEDA en canales poco visitados o visualizados por los televidentes abonados al servicio de televisión de pago.





423. En cuanto al tercer criterio, la “*amplitud del repertorio de la entidad de gestión*”, al ser EGEDA la única entidad encargada en nuestro país de la gestión colectiva de los derechos de productores audiovisuales para los actos de retransmisión ha de entenderse que es una amplitud plena o del 100 por 100, al funcionar como un monopolio de hecho en el mercado. Es decir, al gestionar EGEDA tanto las autorizaciones de derechos exclusivos como el derecho de remuneración por los actos de retransmisión de grabaciones audiovisuales, sea en virtud de una gestión colectiva obligatoria como en el caso del cable, o de una gestión colectiva voluntaria del derecho exclusivo que concurre con una gestión colectiva obligatoria del derecho de simple remuneración como en el caso del satélite u otras retransmisiones inalámbricas, el repertorio de EGEDA ha de considerarse global o universal, repartiendo luego los ingresos en virtud de los criterios dispuestos en sus estatutos y en los acuerdos de reciprocidad con entidades análogas de terceros países.
424. Todo ello sin perjuicio de que los derechos correspondientes a videos musicales incorporados a las actividades de retransmisión sean gestionados por AGEDI, porque, dada su presencia reducida en el conjunto de los canales en abierto retransmitidos (además de sumamente diferenciada entre unos operadores y otros), esta SPCPI considera que -a los efectos prácticos de lo discutido en este procedimiento- no hace falta realizar un cálculo preciso de su peso específico dentro del conjunto de grabaciones audiovisuales cuando se utiliza una técnica estimativa del valor de la retransmisión dentro del conjunto de la actividad de los operadores de televisión por cable.
425. No comparte este criterio el INF/DC/152/19 que, remitiéndose a su Informe de diciembre de 2009 sobre Entidades de Gestión y Libre Competencia, señala (apartado 63) 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*”.
426. Pero esta conclusión de la CNMC parte de una premisa que esta SPCPI rechaza; a saber, que parte de las grabaciones audiovisuales que son objeto de retransmisión en las televisiones de pago no forman parte del repertorio de EGEDA. Como se ha expuesto anteriormente, EGEDA es (al menos de momento) la única entidad de gestión autorizada por el Ministerio de Cultura y Deporte para la gestión colectiva obligatoria de derechos conexos de los productores de grabaciones audiovisuales (salvo en la parte reducida de las grabaciones de vídeos musicales que gestione AGEDI), de modo que no sólo puede





sino que debe gestionar las autorizaciones no exclusivas y el cobro de derechos de remuneración derivados del uso de tales grabaciones en actos secundarios de comunicación al público como son, en este caso concreto, los de retransmisión en plataformas de televisión de pago. Y ese deber de gestión colectiva obligatoria se hace extensivo no sólo a las grabaciones audiovisuales de productores españoles, sino también a las de productores de otros Estados miembros de la UE e incluso de terceros países extracomunitarios en virtud de los acuerdos de reciprocidad concertados por EGEDA con entidades análogas (cfr. las consideraciones vertidas “ut supra”, apartados 219 a 223).

427. No obstante, es preciso insistir en que el grado de uso efectivo, relevancia, intensidad y amplitud del repertorio del 100 por 100 de las grabaciones audiovisuales gestionadas por EGEDA (con la salvedad de las grabaciones correspondientes a videos musicales) se refiere únicamente a las actividades de retransmisión por medios alámbricos o inalámbricos que llevan a cabo las plataformas de televisión de pago. El criterio del uso efectivo debe medirse, entonces, no por el uso que se haga de cada uno de los contenidos audiovisuales que sean objeto de retransmisión (algo prácticamente imposible o sumamente complejo a día de hoy), sino por el uso efectivo que del repertorio de EGEDA hacen los operadores de televisión por cable y satélite en su actividad de retransmisión, y este es necesariamente del 100 por 100, dado que todo el contenido audiovisual retransmitido son grabaciones audiovisuales que, como tales, están incluidas, a efectos del derecho conexo de los productores, en el ámbito de gestión colectiva que ejerce EGEDA.
428. En relación con el cuarto criterio, “*los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio*”, lo que debe hacer esta SPCPI para determinar la tarifa general es aislar el ingreso económico de la retransmisión de grabaciones audiovisuales dentro del conjunto de la actividad de la plataforma de televisión de pago y, a partir de ahí, estimar el valor económico que aporta la explotación del repertorio en esa modalidad de comunicación pública en la actividad de dicho usuario comercial.
429. Para determinar la tarifa general será necesario aislar el valor económico de la retransmisión de grabaciones audiovisuales dentro del conjunto de la actividad de cualquier usuario, para lo cual es necesario utilizar datos económicos del conjunto del sector y no sólo del usuario que ha instado el presente procedimiento.
430. Realizada esta primera operación desde el plano económico habrá que tener en cuenta el resto de los criterios previstos en el TRLPI.





431. El quinto criterio hace referencia al “*valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas*”, que deberá reflejar los costes de fijación, cobro y supervisión de las tarifas. En la medida en que se diseñen tarifas simples y eficientes, estos costes deberán ser necesariamente reducidos en la gestión colectiva de las autorizaciones no exclusivas y cobro de derechos de remuneración en el sector de las televisiones por cable y satélite, mucho menos atomizado que otros mercados (como el de la hostelería o el alojamiento), donde también se producen actos secundarios de comunicación al público masivos.
432. A mayor abundamiento, apunta en este aspecto el INF/DC/152/19 de la CNMC (apartado 85) que: “*En relación con el valor económico del servicio prestado por EGEDA para hacer efectiva la aplicación de las tarifas, previsto en el artículo 164.3.e) del TRLPI y que se regulaba en los artículos 7 y 14.3 de la anulada Orden ECD/2574/2015, esta CNMC insiste en resaltar la importancia que tiene la aplicación efectiva de los principios generales de eficiencia y buena gestión, a fin de evitar que se incrementen artificialmente los costes de prestación del servicio*”
433. El sexto criterio menciona la comparación con las “*tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de utilización*”, que obliga a examinar las tarifas que EGEDA ha pactado con las distintas plataformas televisivas por el uso de su repertorio, si bien estos datos, aunque pueden emplearse como referencia para promediar el valor en el conjunto del sector, deben relativizarse cuando se trata de fijar una tarifa general aplicable a todos los operadores del mercado.
434. La SPCPI no considera que se pueda establecer una comparación con otros mercados donde se produce la retransmisión de grabaciones audiovisuales, como el de las habitaciones de hoteles y establecimientos de alojamiento en general, por ser muy distinta la estructura del mercado y el propio peso específico de la retransmisión televisiva en la actividad del usuario, toda vez que mientras en el mercado de la televisión por cable hablamos de un uso principal en la retransmisión, en el mercado de alojamiento el uso es accesorio. También por la muy diferente estructura que presentan las tarifas aprobadas por EGEDA para uno y otro caso. La CNMC descarta esta comparación en el INF/DC/152/19 (cfr. apartado 44).
435. El séptimo criterio se refiere a la comparación con 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*”, factor comparativo sin duda relevante pero que obliga, como se indica, a tener muy presente la existencia o no de bases homogéneas de comparación. En el caso concreto el similar o diferente grado de penetración de la televisión en abierto entre el conjunto de





los ciudadanos y, consecuentemente, el mayor o menor grado de penetración de la televisión de pago por cable o satélite en el conjunto de la población; pues ha de entenderse que pueden ser servicios sustitutivos, de manera que a mayor grado de penetración de la televisión en abierto por medios alámbricos o inalámbricos, menor será el valor que los clientes concedan a la retransmisión simultánea de los mismos canales en televisiones de pago, y viceversa, a menor implantación de la televisión en abierto en un territorio, mayor será el valor que los clientes otorguen a la retransmisión en televisiones de pago. Todo lo cual ha de influir necesariamente en la cuantía de la tarifa por retransmisión en televisiones de pago por cable o satélite.

436. Los criterios orientativos para la determinación de tarifas generales recogidos en artículo 157.1 b) TRLPI (actualmente artículo 164.3 TRLPI) no constituyen una lista cerrada, pues la norma deja abierta la puerta a la utilización de otros criterios adicionales o complementarios, al indicar que “al menos” se tendrán en cuenta los referidos criterios legales.
437. Es posible entonces tener en cuenta otros posibles criterios tanto por las entidades de gestión como por esta SPCPI para determinar las tarifas generales.
438. En particular, es posible acudir a criterios como la audiencia de los canales retransmitidos frente al total de la audiencia de la plataforma de televisión de pago. Es decir, el peso específico de los canales retransmitidos sobre los canales preeditados y de contenidos propios y de la televisión bajo demanda (en régimen de pago por uso). Criterio que puede ser especialmente relevante para los clientes que no acceden a los contenidos de la televisión en abierto a través de la TDT o a otros contenidos televisivos transmitidos o emitidos por cable o satélite por vía diferente a la televisión de pago.
439. Si bien este factor debe moderarse con otro criterio relevante como es el mayor valor que los usuarios asignan a los contenidos más exclusivos (canales de series y películas, canales temáticos preeditados, canales de deportes, etc.) que ofrece una televisión de pago, frente a los contenidos que cualquier usuario puede disfrutar también a través de la televisión en abierto sin necesidad de contratar un servicio de pago.
440. Por lo demás, es importante tener en cuenta el valor que los clientes conceden a la retransmisión de canales en abierto por medio de plataformas de pago de cable o satélite, por más que puedan acceder a los mismos directamente mediante la TDT o de otras fuentes de emisión o transmisión (cable de televisiones locales o regionales y canales internacionales recibidos a través de satélite)





441. En este sentido, como antes se dijo (supra, apartado 218), la Directiva (UE) 2019/789 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por la que se establecen normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, y por la que se modifica la Directiva 93/83/CEE, apunta en su Considerando nº15 que, a la hora de determinarse las condiciones razonables de concesión de licencias por las entidades de gestión colectiva facultadas a tal fin, *“debe tenerse en cuenta, entre otros factores, el valor económico de la utilización de los derechos negociados, incluido el valor asignado a los medios de retransmisión”*.
442. Por lo tanto, a los criterios legales orientativos para la determinación de tarifas previstos en el artículo 157.1 b. TRLPI (actualmente artículo 164.3 TRLPI), se puede sumar, entre cualesquiera otros que se consideren oportunos para calcular el valor económico de la utilización de las obras o grabaciones audiovisuales del repertorio de una entidad de gestión en la actividad de un usuario comercial, el valor asignado a los medios de retransmisión, entendiéndose por tal el valor que un cliente puede atribuir a las actividades de retransmisión dentro del conjunto de actividades o servicios ofrecidos y prestados por las televisiones de pago por cable o satélite
443. Para la determinación de la tarifa, esta SPCPI parte de estimar el ingreso comercial medio, vinculado con el uso mediante retransmisión del repertorio de obras y grabaciones audiovisuales sujetas a derechos exclusivos y derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria, que obtiene un usuario tipo de dichos derechos audiovisuales, con alto nivel de actividad de retransmisión, por cada cliente al que presta servicios lineales de televisión de pago.
444. Esta estimación se realiza para el conjunto del sector de televisión de pago lineal, dado que esta SPCPI entiende que, a efectos de la determinación de esta tarifa, para usos similares, el valor económico aportado por el uso de los derechos objeto de tarificación es también similar. En este sentido, el valor estimado para la aportación es independiente de otros aspectos de la política comercial de los operadores, como la combinación con otros servicios audiovisuales distintos de la retransmisión, que habitualmente son diferenciados entre los distintos tipos de operadores, o la combinación con otros servicios de comunicaciones electrónicas, en los que también cabe establecer diferenciaciones. Por razones análogas, este órgano considera que el valor aportado por los derechos objeto de tarificación es independiente de que los contenidos retransmitidos puedan adquirirse por los clientes de los operadores combinados sólo con otros contenidos audiovisuales o con contenidos audiovisuales y otros servicios de comunicaciones electrónicas. También es independiente de la tecnología empleada para





la retransmisión y de las distintas categorías de costes en los que puedan incurrir los operadores de televisión de pago para captar clientes, garantizarles un servicio de calidad y ofrecerles los contenidos retransmitidos.

445. En consecuencia, la estimación se realizará partiendo de la forma de comercialización y medio de retransmisión más frecuente en el sector: la comercialización conjunta, a través de plataformas IPTV y satélite, con otros contenidos audiovisuales y otros servicios de comunicaciones electrónicas a través de los paquetes 5P. El valor que se obtenga resultará aplicable a otras formas de comercialización.
446. Una vez estimados los ingresos comerciales se analiza la aplicación de algunos de los criterios a los que se refiere el artículo 157.1 b. TRLPI (actualmente artículo 164.3 TRLPI: amplitud, grado de uso, intensidad y relevancia), dando lugar a la determinación de una base imponible que queda referenciada como un importe por cada abonado a televisión de pago. Con ello, en aplicación de los criterios de claridad, y simplicidad, se facilita la gestión y supervisión de la aplicación de la tarifa, minimizando los costes asociados.
447. Sobre esta base se aplicará un tipo tarifario del que resulta el importe a pagar, por cada abonado a televisión de pago, por parte del usuario de las prestaciones o derechos a que se refiere la tarifa. A este importe se le añadirá el valor económico del servicio prestado.
448. Y finalmente la tarifa se determinará de acuerdo con otros criterios orientativos, fijados en el mencionado artículo 157.1.b TRLPI (actual 164.3 TRLPI).
449. Aunque la CNMC parece cuestionar en su INF/DC/152/19 (apartados 66 a 81) que una tarifa por abonado/mes pueda reflejar correctamente el uso efectivo del repertorio, debe tenerse en cuenta que, como se argumenta en los apartados 416 a 427 de esta Resolución, es la puesta a disposición de grabaciones audiovisuales a través de la retransmisión de canales de televisión a los hogares o establecimientos de los abonados la que determina el uso efectivo de los derechos por parte de las televisiones de pago por cable o satélite y les reporta ingresos económicos. Esta situación difiere notablemente, como ya se ha dicho (supra, apartado 434) de la que se describe en la resolución de la CNC S/0157/09 con relación a los actos de comunicación pública en habitaciones de 152/19es, donde, efectivamente, el número de plazas disponibles no es un indicador directo del uso efectivo de los derechos, que guarda mejor relación con el número de plazas ocupadas. Así, en las habitaciones disponibles, pero no ocupadas es claro que no existe una puesta a disposición ni se generan ingresos para los empresarios. Por razones similares, como ya se ha señalado (supra, apartado 386), no es aplicable el criterio de “audiencias reales” propuesto por TELEFÓNICA y reflejado en los apartados 89 y 90





del INF/DC/152/19 de la CNMC, ya que no determina un menor uso de los derechos por los operadores de televisión de pago, que efectúan la puesta a disposición mediante la retransmisión, ni incide sobre los ingresos que obtienen por el uso de dichos derechos.

450. Adicionalmente, esta SPCPI considera, en línea con las observaciones del INF/DC/152/19 (apartado 70), que es deseable que el modelo tarifario permita a los usuarios gestionar sus costes de manera eficiente. Para buscar un equilibrio razonable entre esta capacidad y la claridad y simplicidad de la tarifa se establece más adelante un ajuste en función de que la utilización de la retransmisión de canales y, en consecuencia, de los derechos gestionados por EGEDA, sea más o menos significativa. De esta forma resulta compatible el establecimiento de una tarifa por abonado/mes con una eficiente gestión de costes por parte de los operadores de televisión de pago en función de la utilización que decidan hacer de la modalidad de retransmisión.
451. Diversas partes interesadas han presentado alegaciones sobre el apartado III.3 de la Propuesta de Resolución, relativo a la explicación de los criterios utilizados para el cálculo de la tarifa general, que se corresponde con el contenido de este apartado. Se resumen y valoran a continuación dichas alegaciones, señalando también los aspectos en que han sido atendidas.
452. TELEFÓNICA, en su escrito de alegaciones (alegación TERCERA) expone que la fijación de una tarifa por abonado y mes supone, en la práctica, rechazar la fijación de una tarifa que tenga en consideración el uso efectivo del repertorio de EGEDA.
453. Este argumento, que parece identificar el uso efectivo del repertorio con el visionado de los canales retransmitidos por el cliente del operador de TV de pago, no tiene presente que, como conoce TELEFÓNICA y expone en su Informe Motivado (folio 73), “el acto de explotación se consuma con independencia de si los destinatarios del mismo –clientes o abonados- acceden o no a las transmisiones o retransmisiones efectuadas”. Este razonamiento está en línea con lo expuesto en el apartado 412 de la propuesta. Por otro lado, como se explica en el apartado 413 de la propuesta, la modulación de la tarifa en varios niveles atendiendo a que la actividad de retransmisión sea más o menos sustantiva, permite conciliar el diseño de una tarifa clara y simple con la utilización efectiva del repertorio sujeto a la tarifa.
454. En su alegación CUARTA, TELEFÓNICA interpreta que la propuesta de resolución fija una tarifa por disponibilidad promediada, basada en un precio unitario por cada abonado y mes.





455. Esta SPCPI, por el contrario, considera que la tarifa fijada refleja el uso efectivo del repertorio de EGEDA por cada usuario. Este uso crece con el número de abonados (que implica una puesta a disposición del repertorio más elevada) que se calcula individualmente para cada usuario. Por otro lado, los ajustes por actividad de retransmisión del operador previstos permiten también la individualización del cálculo de la tarifa en función de la utilización efectiva del repertorio que lleve a cabo el usuario. Ciertamente, para el cálculo del ingreso vinculado a la explotación del repertorio, se utiliza una metodología de estimación de un valor representativo de un usuario que haga un uso intensivo del repertorio, al entender la SPCPI que para usuarios que hagan usos similares el valor estimado ha de ser también similar. Pero sería incorrecto concluir que con ello se configura una tarifa promediada, ya que los valores que concretan el pago (número de abonados y ajuste por actividad de retransmisión) son calculados individualmente para cada usuario.
456. De hecho, en conexión con este tema, ORANGE interpreta correctamente que la tarifa fijada es una tarifa por uso efectivo y, en su alegación TERCERA a la Propuesta de Resolución, además, plantea la necesidad de fijar una tarifa por disponibilidad promediada que sustituya a la aprobada por EGEDA. Considera que la SPCPI debería hacerlo tomando como valor máximo la tarifa por uso efectivo aplicable, para los usuarios con un número de abonados superior a 5 millones y fijar a partir de ahí un escalado, en función de los intervalos de abonados, de forma que la tarifa promediada a pagar por el número de abonados de la parte más alta de cada intervalo no supere el valor de la tarifa por uso efectivo correspondiente a dicho número de abonados.
457. A este respecto, la SPCPI no considera necesario el establecimiento de una tarifa adicional por disponibilidad promediada. La sencillez de la tarifa estimada, en la que la cuantía se fija simplemente conociendo los parámetros de abonado y mes y evaluando anualmente la audiencia de los canales retransmitidos lo hace innecesario. Los usuarios son perfectamente conocedores de estos parámetros que resultan, además, fácilmente comprobables, por lo que la determinación de una tarifa promediada que, además, según el esquema propuesto generaría incentivos al abandono de la tarifa por uso efectivo, no resulta conveniente.
458. EGEDA, en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución (alegación CUARTA) también realiza varias observaciones sobre los criterios utilizados para el cálculo de la tarifa general.
459. Con relación al criterio de grado de uso, EGEDA manifiesta que, sin perjuicio de que las plataformas de TV de pago adquieran derechos de emisión o transmisión primaria, hay plataformas de pago que prestan otros servicios de valor añadido, como el servicio en





diferido o catch up, sin haber obtenido la necesaria licencia de los productores audiovisuales. EGEDA. Añade que al incorporar la directiva 789/2019 España podrá disponer la gestión colectiva obligatoria por el sistema de inyección directa, por lo que a su juicio habrá que hacer otra tarifa que se sumará a la actual. También manifiesta su acuerdo con que, en lo que se refiere a la comunicación pública en la modalidad de retransmisión en las televisiones de pago, el grado de uso efectivo del repertorio de EGEDA es pleno.

460. Con relación al criterio de intensidad y relevancia del uso del repertorio, EGEDA coincide con la propuesta de resolución en que la relevancia es principal y la intensidad plena. También señala que el uso efectivo del repertorio debe medirse en la actividad del usuario (que es la TV de pago) y no en el visionado de canales que realiza el abonado. Matiza que la tarifa es comprensiva del derecho exclusivo y de remuneración desde la perspectiva económica, sin perjuicio de que EGEDA pueda ejercitar, en su caso, el derecho de autorizar y de prohibir la utilización, mediante acciones de cesación en el caso de utilizaciones ilícitas.
461. Estas consideraciones de EGEDA están en general alineadas y refuerzan los argumentos de la Propuesta de Resolución que se mantienen en esta Resolución. La SPCPI considera que las eventuales irregularidades en la prestación de servicios de valor añadido sobre contenidos audiovisuales son ajenas a este procedimiento, como también lo es la potencial decisión futura del legislador español de definir nuevos ámbitos de gestión colectiva obligatoria.
462. En cuanto al criterio de amplitud del repertorio, EGEDA señala que en el caso de la retransmisión por satélite concurre un derecho de gestión colectiva voluntaria (hasta la incorporación al derecho interno de la Directiva 789/2019 que establece la gestión colectiva obligatoria) con un derecho de gestión colectiva obligatoria (la remuneración del artículo 122.2 del TRLPI) y apoya los argumentos de la propuesta de resolución sobre la imposibilidad de la gestión individual de la licencia. También refuerza EGEDA el argumento de la propuesta de resolución que invoca el principio de no discriminación y trato nacional, dando así contestación al argumento de TELEFÓNICA contrario a la conveniencia de que EGEDA tenga suscritos convenios para la gestión de la retransmisión por satélite dentro de la Unión Europea. Añade que también sería contrario a dichos principios respecto de los titulares de países extracomunitarios, por aplicación del principio del trato nacional y porque la regla de reciprocidad, como excepción a este principio, sólo puede admitirse en casos concretos expresamente previstos por la ley. Cita diversas sentencias y el artículo 10.4 del Código Civil en apoyo de esta interpretación y, con respecto a los titulares de Estados Unidos, los canjes de notas en 1895 y 1902 que considera incluidos en la categoría de convenios y tratados





internacionales. Estas observaciones refuerzan los argumentos expuestos por la SPCPI en la Propuesta de Resolución y mantenidos en la presente Resolución.

463. En lo que se refiere al criterio de ingresos económicos por la explotación del repertorio, EGEDA considera paradójica la Propuesta de Resolución (párrafo 391 de la propuesta) que indica que debe aislarse el ingreso económico de la retransmisión de grabaciones audiovisuales, dentro del conjunto de la actividad de la plataforma de televisión de pago, y, a partir de ahí estimar el valor económico que aporta la explotación del repertorio en esa modalidad de comunicación pública en la actividad del usuario. Considera EGEDA que “aislados los ingresos procedentes de la retransmisión, ya está determinado el valor de la retransmisión [sic]”
464. A este respecto, cabe recordar que el artículo 164.3 del TRLPI señala que la tarifa debe establecerse “*atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario*” y establece en su letra d) como uno de los criterios a tener en cuenta para hacerlo “*Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio*”. Por lo tanto, se trata de dos conceptos distintos. A título ilustrativo, el valor económico de la utilización de los derechos podría ser superior a los ingresos comerciales si, por ejemplo, un usuario decide regalar a sus clientes un producto que incluya estos derechos. El hecho de no obtener ingresos comerciales no implica, en este ejemplo, que el uso de los derechos carezca de valor económico en la actividad del usuario. Por otro lado, el usuario puede precisar otros insumos, además de los derechos sobre las obras o prestaciones protegidas, para obtener los ingresos comerciales, lo que implica que el valor será generado conjuntamente por estos derechos y prestaciones y otros insumos y no atribuible exclusivamente a los derechos sobre las obras o prestaciones.
465. En este sentido, EGEDA identifica erróneamente ingresos comerciales procedentes de la retransmisión con valor aportado por la retransmisión y, de forma implícita, identifica también erróneamente el valor aportado por la retransmisión con el valor aportado por la explotación de los derechos o prestaciones. Por un lado, la retransmisión podría (al menos teóricamente) incluir contenidos no protegidos por los derechos conexos de los productores audiovisuales, si bien, para este caso concreto, el análisis efectuado ha llevado a la SPCPI a la convicción que todos los contenidos retransmitidos son grabaciones y, por ello, incluidos en el derecho exclusivo y objeto del derecho de remuneración del artículo 122 TRLPI. Por otro lado, el valor de la retransmisión es generado conjuntamente por los contenidos audiovisuales protegidos y por otros insumos que utiliza la plataforma de televisión de pago (redes de telecomunicaciones, programas informáticos, promoción comercial, etc.), por lo que no se puede identificar





de forma automática con el valor económico de la utilización de las grabaciones audiovisuales retransmitidas sobre la actividad del usuario.

466. En lo que se refiere al valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de las tarifas, EGEDA considera preciso añadir costes como el del procedimiento de determinación de tarifas generales. La SCPI considera que esta alegación no puede estimarse ya que, por un lado, en sintonía con lo apuntado en el informe de la CNMC, es importante aplicar los principios generales de eficiencia y buena gestión y, por ello, no resulta razonable que el coste de la determinación por parte de esta SPCPI de una tarifa general, derivado de una fijación inicial de una tarifa no adecuada por parte de la entidad de gestión, se repercuta a los usuarios sujetos a dicha tarifa. Por otro lado, hacerlo supondría dejar sin efecto, en la práctica, lo previsto en el Real Decreto 1023/2015 que determina el pago por la entidad de gestión cuyas tarifas se determinen en el procedimiento del 50% de la tasa correspondiente. Si se aceptara la propuesta de EGEDA, este 50% sería repercutido a los usuarios.
467. En lo relativo a la comparación con las tarifas establecidas por la entidad de gestión para otros usuarios para la misma modalidad de utilización, EGEDA comparte el criterio de la SPCPI de circunscribir dicha comparación a los precios pactados por EGEDA con diversas plataformas de televisión.
468. Con relación al criterio de comparación con las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea siempre que existan bases de comparación homogéneas, EGEDA manifiesta discrepar con el argumento de la SPCPI de que debe tenerse en cuenta el diferente grado de penetración de la televisión en abierto. Considera EGEDA que este argumento es desacertado y que muestra falta de coherencia con la premisa de que los criterios de grado e intensidad de uso se deben referir al usuario comercial y no a sus clientes. Añade que no se compadece con los datos de audiencia comparativa entre canales de pago y retransmitidos ni con los datos de canales puestos a disposición en las plataformas.
469. A este respecto, la SPCPI considera que el grado de penetración de la televisión en abierto es uno de los factores determinantes de la existencia de bases de comparación homogéneas. Como se razona en la Propuesta y en esta Resolución, la existencia de un mayor grado de penetración de televisión en abierto determina que, para un porcentaje más elevado de la población, exista una alternativa gratuita al visionado de los canales retransmitidos. Desde la perspectiva del valor económico que la retransmisión aporta al usuario, ello supone que sus clientes tendrán, a igualdad del resto de los factores, una menor disposición a pagar por la retransmisión, ya que pueden disponer de un bien sustitutivo muy similar gratuito. Esto no implica que se esté valorando el uso que los





clientes hacen de la retransmisión (ni de las grabaciones audiovisuales que esta incorpora), sino que la valoración de la retransmisión por los clientes es uno de los determinantes del valor que el usuario (la plataforma de televisión de pago) puede obtener de las obras y grabaciones audiovisuales que está utilizando. Si la oferta gratuita está ampliamente disponible en un país y muy limitada en otro, el valor que los usuarios pueden obtener de las obras y grabaciones audiovisuales explotadas será (a igualdad del resto de factores) muy distinto: más reducido en el primer caso y más elevado en el segundo, por lo que las bases de comparación no serán homogéneas y la utilidad de comparar las tarifas, muy limitada.

470. En lo que se refiere a la audiencia relativa entre canales de pago y retransmitidos y al número de canales puestos a disposición en las plataformas, hay que señalar que ambos elementos han sido debidamente tenidos en cuenta a la hora de distribuir los ingresos de la televisión de pago entre la actividad de retransmisión y la actividad de emisión o transmisión de canales propios o preeditados. Lógicamente, también se han tenido en cuenta otros factores, como el carácter más exclusivo de los contenidos de pago (en especial, de los incluidos en las ofertas comerciales de mayor precio), o el menor contenido publicitario, que es valorado positivamente por los clientes. Asumir, como parece hacer EGEDA, que el valor que los clientes conceden a los canales retransmitidos, frente a los propios o pre-editados, puede determinarse teniendo en cuenta únicamente la audiencia relativa entre unos y otros en las plataformas de pago supondría entender que los clientes de las plataformas de pago actúan irracionalmente, mostrándose dispuestos a incurrir en costes muy elevados por acceder a un producto muy similar al que tienen disponible de forma gratuita. Esta presunción sería también contradictoria con el hecho cierto de que los clientes pagan más por las ofertas que incorporan mayores contenidos de pago y mantienen los mismos contenidos retransmitidos que en las ofertas básicas. Esta diferencia de precio es además proporcionalmente mayor que el número de canales que se adicionan en las ofertas de mayor precio, lo que indica que los canales propios o pre-editados que se adicionan son más valorados por los clientes que el resto y determina que el usuario comercial obtenga un mayor valor por ellos. En definitiva la alegación que plantea EGEDA es contraria a la lógica económica y a los datos observados y no puede servir de base para la estimación.

471. EGEDA plantea también que, admitiendo que la enumeración de criterios del artículo 164 no es exhaustiva, cualquier criterio adicional no contemplado específicamente por el legislador debe ser considerado meramente complementario, pues considera que no tiene razón de ser que el legislador haya omitido criterios relevantes. Además, sostiene que la asimilación que realiza la propuesta entre el “valor asignado a los medios de retransmisión” y el “valor que un cliente puede atribuir a las actividades de retransmisión dentro del conjunto de actividades o servicios ofrecidos y prestados por las





televisiones de pago por cable o satélite” no es aceptable, porque no tiene apoyatura legal de ninguna clase y ni siquiera se identifica con la acepción corriente de medio de transmisión (o de retransmisión) que aludiría más bien a infraestructuras o a sistemas de difusión.

472. A este respecto, esta SPCPI considera que el TRLPI plantea una lista abierta de criterios sin especificar, como podía haberlo hecho si el legislador lo hubiera estimado necesario, que otros criterios adicionales deban ser considerados meramente complementarios. La diversidad de derechos y modalidades de uso a las que pueden aplicarse las tarifas generales a que se refiere el artículo 164, junto con variedad y dinámica de situaciones de mercado, de tecnología, acceso y coste a la información, entre otros factores, son razones suficientes para que esta lista no tenga un carácter cerrado, sin que ello implique una voluntad del legislador de omitir criterios relevantes o de otorgar un carácter meramente complementario a los que no cita expresamente. En todo caso, los criterios citados y los que puedan adicionarse deberán servir siempre a los principios de atender al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario y buscar el justo equilibrio entre ambas partes.
473. En todo caso, el criterio de audiencia de los canales retransmitidos frente al conjunto de canales de la televisión de pago, para estimar la valoración que hacen los clientes de los distintos tipos de contenido, se utiliza en la Propuesta y en esta Resolución como parte de la metodología para concretar el criterio de los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación del repertorio de EGEDA. Como se ha expuesto, los ingresos económicos que los operadores pueden obtener por la actividad de retransmisión guardan relación con el valor que, para sus clientes, tiene esa actividad. Se trata por lo tanto del desarrollo o concreción de un criterio especificado en el TRLPI, que encuentra suficiente apoyatura legal en el propio artículo 164.3, por lo que no es determinante, a efectos de este procedimiento, resolver las cuestiones sobre si los criterios adicionales deben tener necesariamente un carácter complementario con relación a los citados en dicho artículo, o sobre si el concepto de “valor asignado a los medios de retransmisión” es asimilable o no al “valor que un cliente puede atribuir a las actividades de retransmisión”, o sobre si, en ese caso, el considerando que se cita es un apoyo razonable para utilizar el citado criterio de audiencia relativa.
474. ORANGE, en su alegación PRIMERA, discrepa del contenido del epígrafe III.3 de la propuesta por considerar que la argumentación de la SPCPI sobre la dificultad de medición del uso efectivo es insuficiente para descartar su aplicación. Asimismo, considera que el 100% de las obras y grabaciones audiovisuales retransmitidas no están sujetas a la gestión de EGEDA, dado que AGEDI gestiona los derechos que corresponden a los productores de videos musicales, por lo que no puede excluirse sin





más la aplicación de los criterios de uso efectivo, intensidad y relevancia. Añade que, al fijarse tarifas generales para todos los operadores, debe tenerse presente la existencia de realidades diversas y que no tener en cuenta el repertorio que gestiona AGEDI o despreciarlo para el cálculo sobre la base de un peso relativo mínimo, conduciría a un doble pago a AGEDI y EGEDA por un mismo uso. Ilustra esta alegación con un ejemplo en el que la retransmisión del canal MTV, dedicado a videoclips (aunque no emite sólo videoclips), supondría, si el operador emite 10 canales, algo menos del 10% de los contenidos emitidos y si emite 66, cerca del 1,5%.

475. Esta SPCPI recuerda que la dificultad de medición de uso a la que hace alusión en la Propuesta de Resolución se refiere a la determinación con precisión del “uso efectivo que se hace de cada una de las grabaciones audiovisuales protegidas” que son objeto de retransmisión. Considera, en todo caso, que el peso de los videos musicales en los contenidos retransmitidos es, en general, mínimo, como muestra el propio ejemplo aportado por ORANGE; y que, dadas las técnicas estimativas empleadas, no altera en los sustantivo, ni el razonamiento, ni la determinación de la tarifa objeto de este procedimiento. Conviene no obstante, con ORANGE en que deben matizarse las afirmaciones de este apartado, interpretándolas en el sentido de cuasi universalidad del repertorio, intensidad cuasi plena y grado de uso cuasi pleno y salvaguardando el ámbito de gestión colectiva de AGEDI. Por otro lado, comparte con ORANGE que este uso puede ser variado en función de que los operadores incorporen retransmisión de canales musicales a su oferta o no lo hagan, y de que los combinen con cantidades mayores o menores de contenidos retransmitidos. No tiene sentido, por lo tanto, realizar un ajuste genérico que afecte a la determinación del valor de la tarifa general calculada para un nivel de utilización o del repertorio de EGEDA muy elevado, aunque no necesariamente máximo. En este sentido, una definición más precisa de los cálculos de audiencia para la aplicación de los ajustes por actividad de retransmisión, excluyendo de su cómputo los canales retransmitidos que se dediquen mayoritariamente a la emisión de videos musicales y, en su caso, se incorporen a la oferta comercial, permite el ajuste de la tarifa general a las particularidades que puedan presentar los distintos operadores, con relación a la incorporación de este tipo de contenidos no gestionados por EGEDA. Esta definición se incorpora en el epígrafe III.4.1 de esta Resolución.
476. También AGEDI, en su alegación PRIMERA, realiza determinadas precisiones sobre la consideración de EGEDA como entidad de gestión monopolista de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual de los productores de grabaciones audiovisuales. Recuerda que AGEDI gestiona los derechos exclusivos y de remuneración que corresponden a los productores de fonogramas respecto de los videos musicales o videoclips; cuestiona las menciones al peso específico mínimo en el conjunto de contenidos retransmitidos, admitiendo que este es reducido, y recuerda la





presencia de videoclips, por un lado, en canales generalistas y, por otro lado, en canales dedicados a videos musicales, algunos de ellos retransmitidos o susceptibles de serlo.

477. Esta SPCPI no desconoce el papel de AGEDI como gestora de derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas relativos a videos musicales, ni la presencia de estos videos en canales generalistas retransmitidos o en canales dedicados prioritariamente a videos musicales que son objeto de retransmisión por algún operador o pueden llegar a serlo. Como ha puesto de manifiesto ORANGE en sus alegaciones, este contenido puede resultar muy variable en función de las decisiones de los operadores de televisión de pago de incorporación o no de canales dedicados a videos musicales en sus ofertas. Las propias alegaciones de AGEDI muestran que, efectivamente, estas decisiones son variadas. El contenido de videos musicales de los canales generalistas, por otro lado, es reducido y también variable. Debe tenerse en cuenta, además, que los índices de audiencia de los canales dedicados a vídeos musicales emitidos en abierto son también reducidos, hasta el punto de no figurar o figurar con valor nulo en los rankings de los principales informes del sector (véase, por ejemplo, el Análisis Televisivo 2019 de Barlovento Comunicación). A la vista de todo lo anterior, a los meros efectos de la determinación de esta tarifa y teniendo en cuenta la técnica estimativa, que, de acuerdo a lo previsto en el TRLPI, se ha decidido emplear, no se considera conveniente ni proporcionado el abordar un complejo estudio para realizar una estimación específica del contenido de videos musicales incorporado a las ofertas de canales retransmitidos de cada uno de los operadores de televisión de pago, que podría además, resultar en un diseño tarifario alejado de la simplicidad y eficiencia que se pretende. Ello no es obstáculo para que se tenga presente la existencia de canales dedicados prioritariamente a la emisión de vídeos musicales, que pueden ser incorporados a los contenidos retransmitidos, a efectos del ajuste por actividad de retransmisión. Todo ello, sin perjuicio de las tarifas generales de AGEDI.

478. Por lo demás, esta SPCPI no comparte la alegación efectuada por AGEDI a la Propuesta de Resolución en el sentido de que reconocer como grabaciones audiovisuales las fijaciones simultáneas de los eventos y programas en directo, puede alterar los equilibrios entre entidades de gestión e incluso el comportamiento de los organismos de radiodifusión que, por mor de dicho reconocimiento, adquieren la condición de productores audiovisuales. De hecho, los organismos de radiodifusión son ya socios de EGEDA y reclaman el pago de sus derechos de acuerdo con la metodología de reparto recogida en los estatutos de esta entidad (pase y audiencia a partir análisis de los listados de emisiones que elaboran las cadenas de televisión y en las parrillas de programación publicadas por periódicos o revistas). Y el hecho de que entre las fijaciones de eventos en directo figuren conciertos musicales en vivo no significa -como sugiere AGEDI por equiparación con la producción de clips musicales- que el productor de dichas





grabaciones haya de calificarse como productor audiovisual de videoclips, pues no son tales estas grabaciones, sino fijaciones instrumentales de la emisión que realiza un organismo de radiodifusión.

### ***III.3.2. Determinación de los ingresos comerciales vinculados a la retransmisión.***

479. La información que los operadores de televisión de pago proporcionan a la CNMC permite realizar una estimación directa de los ingresos que han obtenido en los últimos años operadores de televisión de pago por este segmento de su negocio.
480. Esta cifra separa los ingresos de la televisión de pago de los correspondientes a otros servicios, en particular, servicios de telecomunicaciones, que habitualmente se venden a los clientes de forma conjunta o empaquetada.
481. No obstante, esta cifra incluye de forma indiferenciada los ingresos atribuibles a canales que son emitidos o transmitidos por los operadores de televisión de pago lineal (como los canales de producción propia y los canales preeditados) y los que son objeto de retransmisión por parte de los operadores, como los canales públicos o canales en abierto, entendiéndose por tales los que son emitidos de forma gratuita para el telespectador a través de la TDT, o de otros medios como el satélite, independientemente de la titularidad pública o privada de las emisoras de televisión en cuestión.
482. Por lo tanto, para la determinación de los ingresos comerciales asociados con los derechos o prestaciones sujetos a la tarifa es necesario, en primer lugar, proceder a la diferenciación de los ingresos correspondientes a cada uno de los dos tipos de canales (canales objeto de emisión o transmisión y canales objeto de retransmisión).
483. Dado que, como se ha señalado, los servicios de televisión de pago se comercializan por lo general de forma conjunta, sin singularizar el precio pagado por los canales retransmitidos, frente a los propios o los preeditados, esta SPCPI considera lo más adecuado analizar la cuestión desde enfoque plural, combinando diversas aproximaciones, que permitan estimar con la mayor robustez posible los ingresos de televisión de pago que están vinculados con los canales objeto de retransmisión.
484. Este enfoque se desarrolla en los siguientes apartados. En primer lugar, se realiza una aproximación cualitativa, completada con un análisis estadístico y de costes que permite tener una visión global de la importancia relativa de los distintos tipos de canales en la determinación de los ingresos. Teniendo en cuenta este análisis, se realiza una estimación a través del precio de las ofertas comerciales de los principales operadores de





servicios de Televisión de pago, comercializados habitualmente a través de los llamados paquetes 5P.

485. Se realiza así una estimación de los ingresos por abonado vinculados a los canales objeto de retransmisión, es decir una estimación de los ingresos, por abonado, vinculados a la explotación del repertorio de EGEDA en los actos de retransmisión dentro del conjunto de la actividad de las plataformas de televisión de pago.
486. Debido a la importancia que tuvo la operación de concentración TELEFÓNICA/DTS en el sector de la televisión de pago, en esta resolución se utilizan los datos relativos a los ejercicios económicos 2016 y 2017, años en los que el sector ya reflejaba los efectos de la concentración, como base para el cálculo de la tarifa objeto de controversia.
487. Como primera aproximación al análisis cualitativo, estadístico y de costes, que se va a desarrollar en los apartados 487 a 508, se ha de tener en cuenta que, según se ha comprobado al analizar la situación general del sector (supra apartado III.2), la contratación de televisión de pago se realiza en España fundamentalmente a través de paquetes que incluyen otros servicios de telecomunicaciones y, especialmente, a través de paquetes quintuples, que combinan telefonía fija y móvil, banda ancha, internet, datos, y otros servicios digitales con los de televisión de pago.
488. También se ha comprobado que el principal motivo de contratación de servicios de televisión de pago es su oferta empaquetada con otros servicios de comunicaciones electrónicas. Otros motivos apuntan a la valoración por parte de los clientes de contenidos específicos (deportivos, series, películas de estreno reciente, oferta infantil, etc.) que pueden estar presentes tanto en canales propios o preeditados, como en canales emitidos en abierto de naturaleza temática. Otro de los motivos aducidos es limitar la visión de publicidad, que constituye la principal fuente de ingresos de los canales públicos.
489. En todo caso, hay que considerar que los canales en abierto que son objeto de retransmisión por parte de los operadores de televisión de pago están, por lo general, disponibles para los clientes de dichos operadores de forma gratuita a través de la TDT. Otros canales pueden resultar accesibles para una capa considerable de ciudadanos por medio de algunas televisiones por cable o vía satélite de acceso gratuito.
490. Al tratarse de productos virtualmente iguales, puede inferirse que los clientes que actúen racionalmente no estarán en disposición de pagar precios diferentes por la versión recibida gratuitamente a través de la TDT o por otros medios de emisión o transmisión



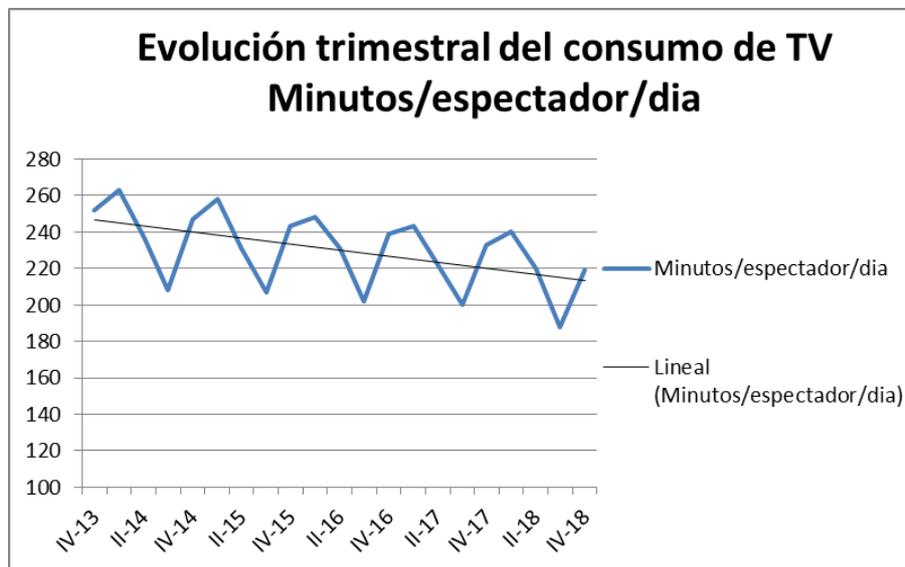


alámbricos o inalámbricos y por la versión recibida a través de sistema del operador de televisión de pago, salvo que esta última aporte características diferenciadas que los clientes valoren.

491. Entre estas características diferenciadas figuran las siguientes:

- Las plataformas de retransmisión por cable y satélite ofrecen un valor añadido sobre las emisiones accesibles por TDT u otros medios de emisión o transmisión alámbricos o inalámbricos al posibilitar recibir los canales en abierto en zonas donde no existe cobertura adecuada de la TDT, o de los medios de emisión o transmisión alternativos, de disfrutar de una mejor calidad en la señal, de evitar las antenas y su mantenimiento, etc.
- La posibilidad de utilizar con los canales en abierto funcionalidades aportadas por las plataformas de los operadores de televisión de pago, como las guías de programación, los servicios de televisión al día (“*catch up*”) o de televisión a la carta
- La combinación de programas propios con los retransmitidos, que aporta un valor añadido (por ejemplo, canales propios de deportes que analizan los eventos emitidos en los canales públicos).
- La comodidad que puede suponer el acceder al conjunto de canales a través de una aplicación única, proporcionada por el proveedor de televisión de pago que agrupa y organiza los canales sin necesidad de que lo haga el cliente.
- El ahorro de tiempo de consumo que la visualización de los canales en abierto a través de la plataforma de pago permite a los televidentes debido a las funcionalidades ofrecidas por las plataformas de pago ya comentadas. Este ahorro está en línea con la tendencia general de evolución del tiempo de consumo de televisión.
- La posibilidad de acceder a los contenidos retransmitidos a través de varios dispositivos simultáneamente por los distintos miembros de la unidad familiar (televisores, tablets, teléfonos inteligentes, etc.).





Fuente informe audiovisual CNMC 2018

492. Este valor añadido que ofrece la televisión de pago requiere el input fundamental que son los canales en abierto y sus contenidos (las grabaciones).
493. No obstante, estas características, que dan lugar a que la retransmisión de canales en abierto aporte valor a la oferta de los operadores de televisión de pago, tienen una importancia limitada, principalmente por las siguientes razones:
- La plataforma de TDT, a través de la que se emiten buena parte de los canales que son objeto de retransmisión, goza en España de una amplia cobertura, entre otras razones, por las obligaciones legales que tienen los licenciarios de los múltiples digitales de TDT, que suponen, para los poseedores de licencias de ámbito nacional, coberturas mínimas del 96% de la población que se elevan al 98% para algunos de los canales del grupo Corporación Radio Televisión Española (según Real Decreto 805/2014, de 19 de septiembre, por el que se desarrolla el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre y se regulan determinados aspectos para la liberación del dividendo digital). De hecho, España figura entre los países de la Unión Europea (UE-28) en los que es mayor el porcentaje de hogares que accede a la TV a través de la TDT, con una tasa del 80%, sólo por detrás de Italia y Grecia y muy superior al 35% de media de la UE (Comisión Europea, Eurobarómetro 462. Special Eurobarometer household survey on E-Communications and Telecom Single Market, julio de 2018). Esto implica que, por lo general, la oferta gratuita de los canales en abierto a través de la TDT es accesible para los espectadores españoles, a

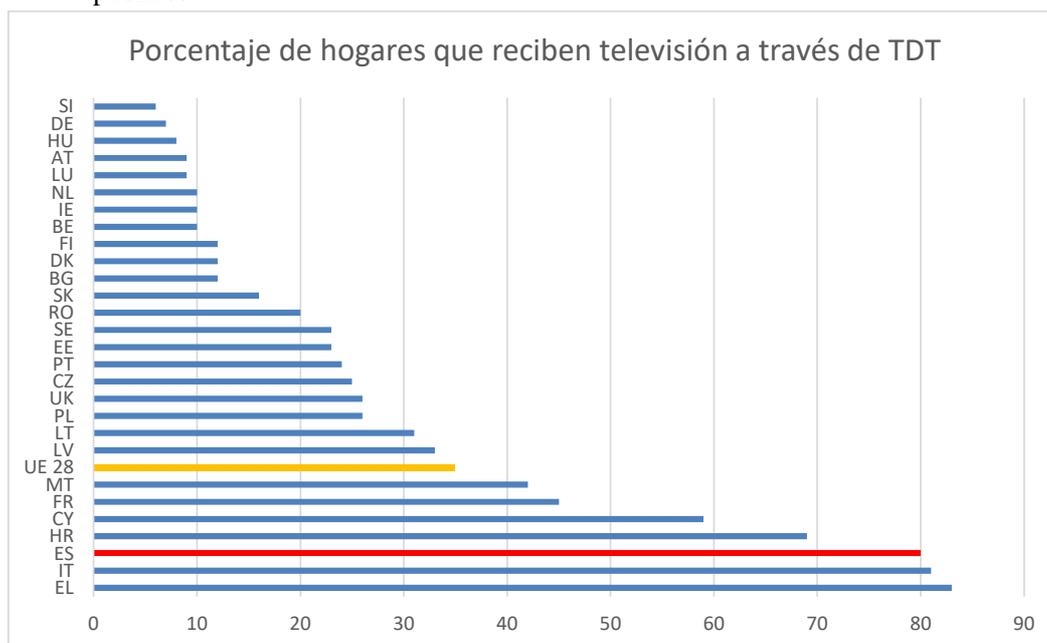
Página 127 de 185





diferencia de lo que puede ocurrir en otros países de la UE donde, por tanto, la retransmisión a través de plataformas de pago podría aportar un valor significativamente mayor. Este argumento no es extensible a canales emitidos en abierto a través de satélite o redes de cable locales que sí podrían aportar un valor superior a las ofertas de las TV de pago, dado que el número de hogares con capacidad de acceso gratuito a estos canales es más limitado. Así, según datos del Eurobarómetro antes citado, sólo el 4% de los hogares españoles acceden a la televisión a través del satélite, frente al 20% en la UE-28.

- Algunas de las funcionalidades adicionales que pueden aportar las plataformas de operadores de pago son también accesibles, al menos para los principales canales públicos, a través de vías alternativas sin coste adicional para el telespectador, mediante plataformas IP gratuitas desarrolladas por los titulares de los canales públicos.



Fuente: Special Eurobarometer n 462. E-communications and the Telecom Market

494. En conclusión, desde una perspectiva cualitativa se puede afirmar que la inclusión de los canales en abierto aporta valor a la oferta de los operadores de televisión de pago. Sin embargo, la existencia de una oferta gratuita para los clientes de este tipo de canales, especialmente de los emitidos a través de la TDT, con una amplia cobertura en el territorio español, determina que esta aportación de valor sea limitada. La incorporación en las ofertas de las TV de pago de canales que sólo son recibidos en abierto por una

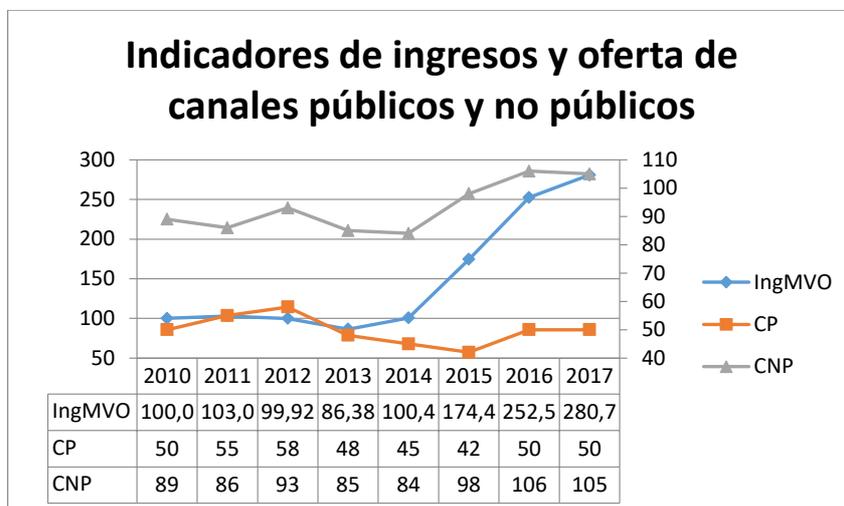




minoría de hogares mediante satélite o cable, así como la existencia de un porcentaje de hogares sin acceso a la TDT, actuaría en sentido contrario, sin, por ello, cuestionar el valor fundamental que la emisión o transmisión de contenidos propios o pre-editados aporta dichas ofertas.

495. El análisis estadístico de la relación entre la evolución de los ingresos en el conjunto del sector de televisión de pago y la disponibilidad de canales públicos, preeditados o de producción propia confirma esta conclusión.
496. El análisis se ha efectuado con datos del período 2010-2017. Se ha utilizado como variable a explicar un índice con base 100 en 2010 que refleja los ingresos conjuntos de TELEFÓNICA y de VODAFONE (IngMVO), obtenidos a través de clientes abonados por plataforma IP (es decir, no se han incluido los ingresos correspondientes a clientes abonados a TV por satélite). Esta construcción de la variable IngMVO es coherente con el diseño de los indicadores CP y CNP que recogen la oferta de canales a través de plataforma IP y no a través de satélite, y, como variables explicativas, dos indicadores que aproximan la oferta de canales en abierto o públicos (CP), por un lado, y propios y preeditados (CNP), por otro, existente para clientes de televisión de pago a través de plataforma IP. En las siguientes tablas y gráficos se recoge la evolución de los indicadores.
497. CP es el número de canales en abierto máximo ofrecido por TELEFÓNICA o VODAFONE a través de sus plataformas de IP. Refleja la disponibilidad de canales en abierto en el sector a través de este medio, ya que los canales públicos retransmitidos se repiten entre un operador y otro. Por su parte, CNP es el número de canales preeditados máximo ofrecido por TELEFÓNICA o VODAFONE a través de sus plataformas de IP, más el número de canales propios que ofrece Movistar +. Refleja la disponibilidad de canales no públicos o en abierto a través de este medio.





Fuente: elaboración propia a partir de CNMC data y respuestas a requerimientos de información de VODAFONE y TELEFÓNICA (F. 1621 a 1628 y 2269 a 2620).

498. El análisis del gráfico muestra una relación entre la oferta de canales no públicos y el indicador de ingresos que no parece clara en el caso de los canales públicos o en abierto. Para corroborar estadísticamente esta conclusión, teniendo en cuenta las limitaciones en cuanto a la disponibilidad de datos, se han realizado tres ejercicios de regresión, cuyos resultados se resumen en la siguiente tabla.

#### VARIABLES EXPLICATIVAS CANALES PÚBLICOS Y NO PÚBLICOS

<i>Estadísticas de la regresión</i>				
Coefficiente de correlación múltiple	0,9494			
Coefficiente de determinación R <sup>2</sup>	0,9014			
R <sup>2</sup> ajustado	0,8619			
Error típico	28,7540			
F	22,8497			
Valor crítico de F	0,0031			
	<i>Coefficientes</i>	<i>Error típico</i>	<i>Estadístico t</i>	<i>Probabilidad</i>
Intercepción	- 518,7470	159,9950	- 3,2423	0,0229
CP	- 1,9100	2,1363	- 0,8941	0,4122
CNP	8,1872	1,2300	6,6563	0,0012





**VARIABLE EXPLICATIVA CANALES NO PÚBLICOS**

<i>Estadísticas de la regresión</i>	
Coefficiente de correlación múltiple	0,9411
Coefficiente de determinación R <sup>2</sup>	0,8856
R <sup>2</sup> ajustado	0,8665
Error típico	28,2693
F	46,4529
Valor crítico de F	0,0005

	<i>Coefficientes</i>	<i>Error típico</i>	<i>Estadístico t</i>	<i>Probabilidad</i>
Intercepción	- 618,1633	113,1029	- 5,4655	0,0016
CNP	8,2343	1,2082	6,8156	0,0005

**VARIABLE EXPLICATIVA CANALES PÚBLICOS**

<i>Estadísticas de la regresión</i>	
Coefficiente de correlación múltiple	0,1658
Coefficiente de determinación R <sup>2</sup>	0,0275
R <sup>2</sup> ajustado	- 0,1346
Error típico	82,4279
F	0,1695
Valor crítico de F	0,6949

	<i>Coefficientes</i>	<i>Error típico</i>	<i>Estadístico t</i>	<i>Probabilidad</i>
Intercepción	275,0102	305,7810	0,8994	0,4031
CP	- 2,5190	6,1184	- 0,4117	0,6949

499. La regresión de IngMOV sobre CP y CNP arroja un coeficiente positivo y significativo, para los niveles de confianza habituales, para CNP y un coeficiente negativo y no significativo para CP. Los resultados, que se pueden observar en la siguiente tabla, apuntan, por lo tanto, a una incidencia positiva de la variación de los canales preeditados y propios sobre la variación de los ingresos por televisión de pago. Por el contrario, no es posible determinar estadísticamente que haya existido en este período una incidencia significativa de la oferta de CP en los ingresos de la Televisión de pago.

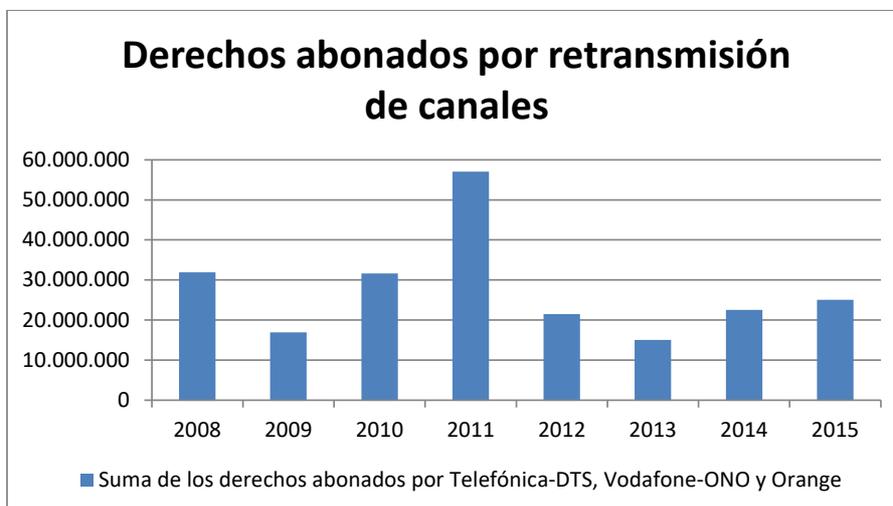
500. La regresión de IngMOV sobre CNP confirma el análisis anterior. El coeficiente de determinación indica que en torno al 89% (87% si se tiene en cuenta el coeficiente R<sup>2</sup> corregido) de la varianza de los ingresos de la televisión de pago por protocolo IP está estadísticamente vinculada con los cambios en la oferta de canales preeditados y propios.





501. Finalmente, la regresión de IngMOV sobre CP arroja resultados que no son estadísticamente significativos.
502. En definitiva, tanto el análisis gráfico como el estadístico confirman la conclusión del análisis cualitativo, en el sentido de que existe una relación directa entre la oferta de canales preeditados y propios y los ingresos de la televisión de pago, mientras que no es posible identificar estadísticamente el impacto que puedan tener los canales públicos retransmitidos por los operadores de televisión de pago en sus ingresos.
503. Finalmente, es preciso considerar que los operadores de televisión de pago incluyen en sus ofertas comerciales la retransmisión de canales emitidos en abierto a través de la TDT o por otros medios alámbricos o inalámbricos, asumiendo una serie de costes, que incluyen los derivados de pagos por derechos o prestaciones de propiedad intelectual (existen otros costes como los asociados al uso de la propia red para la retransmisión o, en su caso, al recurso a servicios mayoristas de red, elaboración y actualización de guías, desarrollo de las aplicaciones, etc.). Esta asunción de costes sólo tiene sentido económico si los operadores de televisión de pago consideran que con ello mejoran su oferta comercial, lo que supone que la retransmisión tiene impacto positivo en sus ingresos.
504. En el siguiente gráfico se muestra la evolución agregada de dichos costes entre 2008 y 2015 (antes, por lo tanto, de que se viera influida por el conflicto sobre la tarifa objeto de determinación). Los datos agregan los derechos abonados por los principales operadores (TELFÓNICA y DTS, VODAFONE y ORANGE). Los datos incluyen derechos abonados a emisoras de TV y derechos abonados a entidades de gestión. Los datos deben interpretarse como una mera aproximación, teniendo en cuenta que algunos operadores han manifestado no disponer de información desagregada de los pagos efectuados a entidades de gestión por la retransmisión de canales públicos y que algunos operadores han comunicado que los pagos de algunos años corresponden en realidad a períodos plurianuales, lo que explica las grandes diferencias entre los costes reflejados en distintos años.





505. Puede observarse que los principales operadores de televisión de pago realizaron en el período pagos anuales entre, aproximadamente, 17 y 57 millones de euros asociados a la retransmisión. Al valorar esta cifra, inferior a los costes de canales preeditados y propios, hay que considerar que puede haberse visto afectada a la baja por distintas variables, entre ellas:
506. En primer lugar, porque la Corporación de Radio y Televisión Española tiene la obligación legal de ceder a los prestadores de servicios de televisión por cable, por satélite y por protocolo de Internet, sin contraprestación económica, sus canales (artículo 31.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual).
507. En segundo lugar, porque los emisores de los canales en abierto a través de la TDT, o de otras plataformas, pueden tener incentivos para permitir a coste reducido o nulo la retransmisión de sus canales por parte de los prestadores de servicios de televisión de pago, si con ello obtiene una mayor difusión e impacto publicitario. (Como señala la Dirección de Competencia de la CNMC en INFORME PROPUESTA EN SEGUNDA FASE, EXPEDIENTE C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS: *Asimismo, los canales de TDT en abierto en España se suelen retransmitir en las distintas plataformas de televisión de pago tradicionales, normalmente sin compensación monetaria alguna.* Esta afirmación de la CNMC es consistente con los datos y aclaraciones que han proporcionado TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE, ya que sólo en algunos años aislados se observan pagos de algunos operadores de Televisión de pago a las televisiones en abierto vinculados a la retransmisión).
508. En conclusión, del análisis efectuado y teniendo en cuenta las limitaciones señaladas, se puede afirmar que la retransmisión de los canales emitidos en abierto a través de la TDT o por otros medios alámbricos o inalámbricos y, por tanto, los derechos o prestaciones de propiedad intelectual asociados a la misma, genera un valor para los operadores de
- Página **133** de **185**





televisión de pago que, históricamente, han estado dispuestos a asumir costes significativos para efectuarla. Aunque para gran parte de la población existe una oferta gratuita de los canales emitidos en abierto a través de las plataformas TDT o por otros medios, la calidad y funcionalidades ofrecidas por las plataformas de televisión de pago, aplicadas a estos canales, generan un valor adicional. Este valor será especialmente significativo para los abonados a plataformas de TV de pago que no dispongan de alternativa gratuita.

509. Varias de las partes interesadas han presentado alegaciones sobre el análisis cualitativo, estadístico y de costes presentado en el epígrafe III.3.1 de la Propuesta de Resolución, que se corresponde con el contenido en este epígrafe de la Resolución. Se resumen y valoran, a continuación, dichas alegaciones.
510. En relación con el análisis cualitativo, estadístico y de costes efectuado, TELEFÓNICA argumenta, en su alegación TERCERA, que la SPCPI justifica su modelo tarifario por referencia al precio determinado por un monopolista durante años. Apoya su alegación en una interpretación crítica de los análisis cualitativo, estadístico y de costes efectuados en este epígrafe III.3.1 que le lleva a concluir que el análisis cualitativo muestra que la retransmisión de canales en abierto aporta un valor muy limitado a los servicios de TV de pago; que el análisis gráfico y estadístico permiten apreciar la falta de relación entre el mayor número de canales públicos ofertado y los ingresos por el servicio de TV de pago por cable y que, el único argumento que, según TELEFÓNICA, lleva a la SPCPI a poder fundamentar que los canales retransmitidos aportan valor a la oferta de TV de pago es el análisis de costes (identificado erróneamente por TELEFÓNICA como el historial de los pagos efectuados por los operadores a EGEDA entre 2008 y 2015).
511. A este respecto, conviene señalar que el análisis cualitativo efectuado por esta SPCPI le lleva a considerar que la retransmisión aporta valor a los servicios de TV de pago, si bien este valor es limitado. Del análisis gráfico y estadístico se concluye que no puede determinarse una correlación estadísticamente significativa entre la varianza del número de canales públicos incluidos en las ofertas de TV de pago y la varianza de los ingresos, en el período analizado, lo que no es equivalente a considerar probada una aportación de valor nula. Finalmente, en el criterio de costes se han tenido en cuenta otros costes además de los pagos efectuado a EGEDA. Así se “incluyen derechos abonados a emisoras de TV y derechos abonados a entidades de gestión” y además, aunque no se han cuantificado, se ha advertido la existencia de otros costes (por ejemplo, por uso de la propia red para la retransmisión o, en su caso, por recurso a servicios mayoristas de red) en los que incurren los operadores de TV de pago para poder retransmitir. Salvo en los casos en que los operadores estén obligados a efectuar la retransmisión, y esta obligación sea efectivamente exigida, y aplicando esta salvedad al perímetro estricto de la





obligación, la disposición a incurrir en costes es un firme indicador de que los operadores de TV de pago obtienen un valor de la retransmisión. Este indicador, además, es independiente de que algunos de los costes (no todos) tengan su origen en precios fijados por monopolistas y en la adecuación de dichos precios a la normativa de competencia, ya que, en cualquier caso, refleja una disposición a pagar por parte de los operadores de TV de pago que indica que obtienen un valor por la retransmisión.

512. En definitiva, de los tres análisis que se efectúan, dos de ellos, el cualitativo y el de costes, apoyan la existencia de un valor asociado a la retransmisión, mientras que el tercero, el gráfico y estadístico, no es concluyente. En todo caso, la estimación de los ingresos vinculados no se ha apoyado sólo en estos análisis y no se ha efectuado cuantitativamente a través de los costes, sino que ha tomado como base los precios de las ofertas a sus clientes de los operadores de TV de pago.
513. Adicionalmente, y como se argumentará más adelante, si se adoptan bases de comparación razonablemente homogéneas el porcentaje sobre los ingresos de TV de pago que supone el ingreso vinculado a la actividad de retransmisión estimado por esta SPCPI es muy similar al estimado por la propia TELEFÓNICA empleando una metodología diferente, aunque TELEFÓNICA considere, en discrepancia con esta SPCPI, que una parte muy significativa de estos ingresos no debería estar sujeta a la tarifa objeto de determinación.
514. TELEFÓNICA expone además, en su alegación TERCERA, que el valor añadido que resulta de utilizar sobre los canales retransmitidos las funcionalidades que aportan las plataformas de los usuarios, es en realidad aportado por la plataforma desarrollada por los operadores de TV de pago más que por los canales objeto de retransmisión y, en su alegación SEXTA, desarrolla este argumento estimando, apoyándose en el informe pericial aportado por RBB, que, para los clientes que reciben en abierto los canales emitidos que TELEFÓNICA retransmite en su oferta de pago, el único valor perceptible es un ahorro de tiempo. Sobre la base de dicho informe pericial, TELEFÓNICA estima que el porcentaje de ingreso vinculado a los canales retransmitidos, para estos clientes, debería ser (aproximadamente) la mitad del que estima la SPCPI.
515. A este respecto, conviene recordar, por un lado, las funcionalidades desarrolladas por los operadores de TV de pago no generan valor si se aplican sobre el vacío, sino que estas funcionalidades deben aplicarse, necesariamente, sobre unos contenidos audiovisuales para generar valor. Los canales retransmitidos que forman parte de las ofertas audiovisuales de los operadores de TV de pago forman parte de estos contenidos audiovisuales y, por ello, contribuyen sustantivamente a dicha generación de valor. En otros términos, si las funcionalidades desarrolladas por los operadores no pudieran





aplicarse a la oferta de canales retransmitidos la valoración de las ofertas de los operadores de TV de pago por sus clientes y, en consecuencia, los ingresos que los operadores obtendrían serían menores.

516. Una de las fuentes de generación de valor es, efectivamente, el ahorro de tiempo que supone para el cliente el poder aplicar estas funcionalidades a los canales retransmitidos. El análisis efectuado por RBB viene a mostrar que esta fuente de generación de valor, considerada aisladamente, explicaría, por sí misma, en torno al 50% del ingreso que la SPCPI estima como vinculado a la retransmisión. El ingreso vinculado total estimado es, sin embargo, necesariamente superior, ya que existen otras fuentes adicionales de generación de valor para el cliente a las que también contribuyen los contenidos retransmitidos: la mejora en la calidad de recepción, incluso para clientes que reciben los canales en abierto; las funcionalidades añadidas que ofrecen otras fuentes de valor, adicionales al ahorro de tiempo (por ejemplo, los servicios de “catch up”); la facilidad para combinar programas propios con retransmitidos, la posibilidad de hasta cinco accesos simultáneos desde diferentes dispositivos, etc.
517. EGEDA, en su alegación QUINTA también plantea varias alegaciones con relación al análisis cualitativo, estadístico y de costes efectuado. En primer lugar, afirma que la SPCPI entiende que para la determinación de los ingresos comerciales vinculados a la retransmisión debe partirse exclusivamente de los ingresos comerciales declarados por los operadores a la CNMC que separan los ingresos de la televisión de pago de otros servicios empaquetados. A continuación afirma que el criterio usado por la SPCPI no contempla “los efectos positivos que para los ingresos de la televisión de pago [sic] genera el hecho de empaquetar un servicio de televisión de pago con otros (del triple al quintuple play) como son la telefonía fija y móvil o el servicio de datos, cuyos ingresos son decrecientes”. Apoya esta afirmación en una serie de datos extraídos del Informe Económico Sectorial de las Telecomunicaciones y el Audiovisual de la CNMC de 2017 que se refieren sólo a TELEFÓNICA y no al conjunto del mercado.
518. EGEDA no interpreta correctamente los párrafos 414 y 415 de la Propuesta de Resolución, donde se afirma que la información proporcionada por los operadores a la CNMC permite realizar una estimación directa de los ingresos obtenidos por la televisión de pago ya que separa los ingresos de televisión de pago de los servicios de telecomunicaciones, para a continuación aclarar (párrafo 416 de la Propuesta) que no separa los ingresos atribuibles a canales retransmitidos de los propios o pre-editados. No afirma la SPCPI que para la determinación de los ingresos comerciales vinculados a la retransmisión deba partirse de esta cifra y menos que deba hacerse con carácter exclusivo.





519. De hecho, en el análisis cualitativo, estadístico y de costes desarrollado se emplean, además de esta cifra, otros indicadores (opiniones de los consumidores y costes) para analizar la cuestión desde un enfoque plural. Y en la estimación de los ingresos vinculados a la retransmisión de canales por las plataformas de televisión de pago no se emplea esta cifra, sino un análisis de las ofertas comerciales de los principales operadores.
520. Con relación a la posible generación de efectos positivos en los ingresos de los operadores derivados del empaquetamiento de servicios de televisión de pago con servicios de telefonía fija y móvil, debe aclararse que lo que interesa a efectos de determinación de la tarifa es el valor aportado por la explotación de las obras y grabaciones audiovisuales mediante la actividad de retransmisión, no el aportado por otros servicios de televisión de pago. A este respecto, el análisis gráfico y estadístico efectuado muestra que el crecimiento de los ingresos de televisión de pago a través de las plataformas IP se encontraba estancado hasta 2014 y que su aumento a partir de 2015 no se puede vincular estadísticamente a un aumento de los contenidos retransmitidos, dado que la oferta de canales retransmitidos en el conjunto del mercado permanece básicamente estable.
521. Por otro lado, los potenciales efectos positivos del empaquetamiento de productos sobre los ingresos de los operadores se asocian a la fidelización que genera en la clientela. Como señala la CNMC en su Informe Económico Sectorial de las Telecomunicaciones y el Audiovisual 2017 (p. 78) *”Los principales operadores han centrado sus estrategias en la comercialización de ofertas con 4 o 5 servicios e intentan fidelizar a sus clientes de empaquetamientos dobles o triples, completando su oferta con servicios móviles y televisión de pago”*. Esta fidelización es atribuible a la comodidad que puede suponer el tratar con un solo proveedor para disponer de múltiples servicios, al descuento con el que generalmente se comercializan los productos empaquetados, frente a la opción de adquirirlos por separado, y a la diferenciación de algunos de los productos empaquetados para adecuarlos a los gustos del cliente. Este último efecto, mediante la venta empaquetada, proyecta la fidelización desde los productos diferenciados a los productos indiferenciados incluidos en el paquete, para los que el cliente sería más proclive a cambiar de proveedor ante mejoras en el precio. Los efectos de comodidad y descuento son comunes a todos los servicios empaquetados y, al partir de un análisis de las ofertas empaquetadas y distribuir su precio entre los distintos servicios, se tienen en cuenta. En cuanto al efecto de diferenciación y adecuación al gusto del cliente, es difícil sostener que los canales retransmitidos generen efectos sustantivos de fidelización que puedan proyectarse en un mayor valor de otros productos incluidos en el paquete. Así, los contenidos de los canales retransmitidos (o al menos de los principales) están disponibles en la generalidad de las ofertas de los operadores de televisión de pago y,





para un colectivo de clientes, también están disponibles a través de las emisiones en abierto. No puede generar fidelidad comercial lo que no se pierde si se cambia de proveedor.

522. EGEDA sostiene igualmente que la SCPI debería haber analizado desde un punto de vista cualitativo la hipótesis de una televisión de pago sin canales retransmitidos, para delimitar con mayor precisión el valor que aporta a la televisión de pago la retransmisión de canales cuyos contenidos forman parte del repertorio de EGEDA. Avanza que considera que ese valor es sustantivo.
523. La SPCPI considera que la estimación llevada a cabo en la Propuesta de Resolución es consistente con una aportación sustantiva (aunque limitada) de la retransmisión a los ingresos de la televisión de pago, por lo que no se aprecia contradicción de fondo con lo alegado por EGEDA. En lo que se refiere a la valoración cualitativa de un modelo de televisión de pago que no incorpore la retransmisión hay que señalar que dicho modelo es concebible. Así, a pesar de que, al menos los principales operadores de televisión de pago que emiten contenidos lineales (canales propios y preeditados), incorporan en sus ofertas canales retransmitidos, existen modelos próximos (de televisión de pago bajo demanda), en los que la incorporación de contenidos retransmitidos no se observa. Por el contrario, parece difícil concebir un modelo de televisión de pago sustentado únicamente en la retransmisión de canales emitidos en abierto, especialmente si esos canales pueden ser recibidos en abierto y gratuitamente por parte de los clientes. Esta SPCPI, sobre la base del conjunto de análisis realizados, considera, no obstante, que una oferta de televisión lineal de pago que no incorporara contenidos retransmitidos, en un mercado donde otros operadores sí los incorporan, daría lugar a una menor valoración de esa oferta por parte de los clientes.
524. EGEDA cuestiona el análisis estadístico y gráfico efectuado en la propuesta indicando que observa discrepancias entre la información aportada por TELEFÓNICA en su informe motivado, relativa a número de canales retransmitidos (más elevado en el informe motivado) y en que puede haber otras causas que incidan en la evolución de los ingresos, entre ellas las políticas comerciales o la actualización de tarifas de los operadores.
525. A este respecto, los datos sobre número de canales retransmitidos empleados en el análisis proceden de las respuestas de los operadores a los requerimientos de información y son consistentes con la modalidad de comercialización analizada y el período temporal al que se refieren los datos. El valor absoluto del número de canales no tiene, en realidad, trascendencia en este análisis, dado que el interés es estudiar la relación (gráfica o estadística) entre las variaciones de la oferta de los distintos tipos de





canales y los ingresos de la televisión de pago. Lo que se determina gráfica y estadísticamente es que no puede afirmarse que la variación en los ingresos que se produjo en el período esté estadísticamente asociada a variaciones en la oferta de canales retransmitidos. En particular, el fuerte incremento en los ingresos desde 2015 se produce en un contexto de oferta de canales retransmitidos relativamente estable. Ciertamente, este tipo de análisis, como los demás efectuados, tiene limitaciones. Son precisamente estas limitaciones las que llevaron a la SPCPI a plantear un análisis desde un enfoque plural, combinando diversas aproximaciones, para dotar de mayor robustez a la estimación del ingreso vinculado.

526. Tras haber enfocado la cuestión desde una triple perspectiva cualitativa, estadística y de costes, a efectos del cálculo de la tarifa, se lleva a cabo una estimación de los ingresos vinculados a la retransmisión de canales por las plataformas de televisión de pago a través de un análisis de sus ofertas comerciales.
527. La información aportada al expediente por TELEFÓNICA y VODAFONE sirve de base para dicha estimación. Como se ha señalado, se utilizarán datos correspondientes a los ejercicios 2016 y 2017, período en el que el sector puede considerarse adaptado a los cambios resultantes de la concentración TELEFÓNICA-DTS, dado que son los años para los que se dispone de información más completa. La elección de un período bianual dota, por otro lado, de mayor robustez a la estimación que la elección de un año aislado.
528. La elección de TELEFÓNICA y VODAFONE como base para la estimación supone seleccionar dos operadores de televisión de pago que incluyen, en sus ofertas comerciales, los canales de televisión en abierto emitidos a través de la TDT de mayor audiencia, así como canales emitidos en abierto por satélite u otros medios y, por lo tanto, presentan un alto nivel de actividad en la modalidad de retransmisión.
529. Conjuntamente, la cuota de mercado de TELEFÓNICA y VODAFONE sobre los ingresos del sector de televisión de pago fue del 91% en media ponderada, en los años de referencia, por lo que los resultados pueden considerarse representativos del conjunto del sector y extensibles a otros operadores que tengan, igualmente, un elevado nivel de actividad de retransmisión.
530. Las ofertas de televisión de Movistar + recogidas en la siguiente tabla incorporan un paquete de servicios de telecomunicaciones (Teléfono fijo, banda ancha fija y 1, 2 o 4 líneas de telefonía móvil, con voz y banda ancha, según el paquete). Para estimar el valor del componente de televisión en la oferta básica (esto es, la que incorpora menos servicios), el importe de dicho paquete se ha distribuido entre los servicios que incluye, en proporción a los precios que tendrían dichos servicios, o los que presentan





características más próximas, de acuerdo con los catálogos oficiales de TELEFÓNICA y con sus contestaciones a los requerimientos de información, si hubieran sido contratados individualmente. Los servicios considerados y fuentes de datos son los siguientes:

- Telefonía y banda ancha fijas: ADSL máxima velocidad + llamadas fijas + llamadas móviles. Manual de precios del servicio de telefonía fijo de Movistar. Precios en vigor a 1 de mayo de 2016 y a 1 de agosto de 2017
- Línea móvil: En 2016, Tarifa VIVE 34. En 2017, media de las tarifas #6 y #10. Manual de precios del servicio de telefonía móvil de Movistar. Precios en vigor a 1 de marzo de 2016 y a 1 de junio de 2017.
- Servicios de televisión de pago: Precio Movistar+ Familiar (sólo TV). Para 2016, media ponderada de las tarifas del año. FUENTE Respuesta a requerimiento de la SPCPI de 27 de agosto 2019.

ESTIMACIÓN DEL PORCENTAJE DE VALOR DE LOS SERVICIOS DE TELEVISIÓN EN EL PAQUETE 5P BÁSICO DE MOVISTAR				
	2016		2017	
Producto	Precio	Porcentaje	Precio	Porcentaje
Telefonía y banda ancha fijas	29,7525	38,66%	31,4049	40,19%
Línea móvil	28,0992	36,52%	26,0331	33,32%
Servicios de TV de pago	19,0992	24,82%	20,7000	26,49%

**OFERTAS MOVISTAR + (precios en euros por abonado y mes, sin impuestos indirectos) (ff.4119 a 4123) La información contenida en esta tabla es confidencial para terceros personados en el procedimiento.**

PAQUETES CON CANALES PÚBLICOS	TARIFA MENSUAL	CANALES RETRANSMITIDOS	CANALES PROPIOS O PREEDITADOS	TOTAL CANALES	PRECIO TELECOM.	PRECIO TV	INGRESO POR CANAL
<b>AÑO 2016</b>							
Fusión+	56,20	66	46	112	42,25	13,95	0,12
Fusión+ 2	82,64	66	49	115	52,58	30,06	0,26
Fusión+ 2 Premiu	103,31	66	62	128	52,58	50,73	0,40





m								
Fusión+ Premiu m Extra	2	115,70	66	67	133	52,58	63,12	0,47
Fusión+ Premiu m	4	123,97	66	62	128	73,24	50,73	0,40
Fusión+ Premiu m Extra	4	136,36	66	67	133	73,24	63,12	0,47
Fusión+ Premiu m Total	4	152,89	66	68	134	73,24	79,65	0,59
<b>AÑO 2017</b>								
Fusión+ Fútbol		49,59	66	47	113	36,45	13,14	0,12
Fusión+ Ocio		74,38	66	46	112	36,45	37,93	0,34
Fusión+ Ficción Total		86,78	66	56	122	36,45	50,33	0,41
Fusión+ Fútbol Total		86,78	66	50	116	36,45	50,33	0,43
Fusión+ Premiu m		107,44	66	64	130	36,45	70,99	0,55
Fusión+ Premiu m Extra		123,97	66	69	135	36,45	87,52	0,65

Fuente: respuesta a requerimientos de información, Manuales de precios del servicio de telefonía fijo de Movistar, y Manuales de precios del servicio de telefonía móvil de Movistar.

**OFERTAS VODAFONE (precios en euros por abonado y mes, sin impuestos indirectos)**

PAQUETES CON CANALES PÚBLICOS	TARIFA MENSUAL	CANALES RETRANSMITIDOS	CANALES PROPIOS O PREEDITADOS	TOTAL NÚMERO CANALES	PRECIO TELECOM.	PRECIO TV	INGRESO POR CANAL
<b>2016</b>							
Esencial	4,96	33	31	64	--	4,96	0,08
TV en tu local	7,44	33	54	87	--	7,44	0,09
Extra	9,92	33	67	100	--	9,92	0,10
<b>Total</b>	<b>14,88</b>	<b>33</b>	<b>85</b>	<b>118</b>	<b>--</b>	<b>14,88</b>	<b>0,13</b>
<b>2017</b>							
Esencial	4,96	34	31	65	--	4,96	0,08
TV en tu local	7,44	34	54	88	--	7,44	0,08





Extra	9,92	34	67	101	--	9,92	0,10
<b>Total</b>	<b>14,88</b>	<b>34</b>	<b>87</b>	<b>121</b>	<b>--</b>	<b>14,88</b>	<b>0,12</b>

Fuente: respuesta a requerimientos de información y elaboración propia.

531. Del análisis de las tablas se concluye que el ingreso por canal emitido o retransmitido es más reducido en las ofertas básicas (Fusión+ y Fusión+ Fútbol en el caso de TELEFÓNICA y Esencial, en el caso de VODAFONE) y aumenta progresivamente en las ofertas superiores, que mantienen el mismo número de canales retransmitidos e incorporan canales adicionales preeditados o de producción propia.

532. Esta pauta indica, por un lado, que todo el valor incremental de las ofertas superiores es atribuible, exclusivamente, a los canales propios y preeditados, puesto que la oferta de canales retransmitidos que contienen es idéntica a la de las básicas. Por otro lado, el fuerte incremento en el precio de las ofertas al añadir un número relativamente reducido de canales propios o preeditados adicionales indica que los operadores reservan, en general, contenidos particularmente valorados para las ofertas superiores, lo que permite concluir que el valor de los canales propios o preeditados incluidos en las ofertas básicas es más próximo al de los canales retransmitidos. Esta conclusión se corresponde, por otro lado, con la que puede extraerse del nombre comercial de los paquetes superiores (Premium, Extra, Total) y del mero análisis de los contenidos audiovisuales que adicionan sobre la oferta básica.

533. Sobre la base de este análisis, es posible proceder a una estimación del ingreso vinculado a la retransmisión de canales en abierto que obtienen los operadores en sus ofertas básicas. Dado que las ofertas superiores o premium contienen idéntico número de canales en abierto, el ingreso comercial vinculado por abonado así obtenido es aplicable también a estas ofertas.

534. En primer lugar, con objeto de obtener una representación más próxima al mercado, se construye una oferta básica sintética de las de TELEFÓNICA y VODAFONE, para los años 2016 y 2017. Los factores de ponderación empleados para agregar precios y canales se construyen a partir del número de abonados de cada uno de los operadores.

#### CÁLCULO DE FACTORES DE PONDERACIÓN

	ABONADOS		FACTORES DE PONDERACIÓN	
	2016	2017	2016	2017
Telefónica	3.646.984	3.846.172	74,04%	73,37%
Vodafone	1.278.793	1.396.206	25,96%	26,63%
<b>SUMA</b>	<b>4.925.777</b>	<b>5.242.378</b>	<b>100,00%</b>	<b>100,00%</b>

Fuente: elaboración propia a partir de CNMCdata





**ESTIMACIÓN DE LA OFERTA BÁSICA SINTÉTICA.**

	PRECIO MENSUAL TV (€ POR ABONADO Y MES)	CANALES RETRANSMITIDOS	CANALES PROPIOS O PREEDITADOS	TOTAL CANALES
2016	11,61	57,4	42,1	99,5
2017	10,96	57,5	42,7	100,2
Media 2016-2017	11,29	57,5	42,4	99,9

Fuente: elaboración propia a partir de CNMC, respuestas de los operadores a requerimientos de información y Manuales de precios de servicios fijos de Telefónica.

535. Mediante este ejercicio, se estima un precio de la oferta básica sintética de 11,29 euros por abonado y mes.

536. Para calcular el ingreso comercial vinculado a la retransmisión, a partir de este precio y de esta oferta básica sintética, se parte de estimar dos colectivos de abonados: los abonados a TV de pago que no pueden acceder a TV en abierto ni por TDT ni por satélite u otras fuentes (G1), y los abonados a TV de pago con acceso a canales en abierto sólo a través de la TDT (G2). El primero de estos grupos se estima extrapolando al conjunto de abonados el porcentaje de hogares que acceden a TV y no acceden a la TDT (16%) y asumiendo que tampoco acceden vía satélite (razonablemente, dado que es necesario disponer de una antena en uso efectivo para acceder a un satélite, que ello facilita el acceso a la TDT, la amplia cobertura de la TDT en España y el bajo nivel de acceso al satélite, el porcentaje de abonados que pudiera acceder por satélite u otras fuentes a canales en abierto y no accede por TDT es cuantitativamente irrelevante). El segundo grupo se estima, a partir del primero y de los datos comunicados por los operadores a la CNMC, como el porcentaje de abonados a servicios de TV de pago con acceso a TDT, excluyendo los abonados vía satélite. Se asume que dichos abonados disponen de una antena en uso efectivo que les permite también acceder a los servicios de TDT. Esta SPCPI entiende que, dados el reducido porcentaje de acceso a la TV por satélite en la población española y el elevado porcentaje de concentración de estos accesos entre los abonados a TV de pago a través de plataformas satelitales, el caso teórico de abonados por plataforma IP que, además, acceden a canales en abierto por vía satélite no es cuantitativamente relevante. Las estimaciones se han realizado tomando datos referidos al período temporal en que se realizó el trabajo de campo para el Eurobarómetro que sirve de base a los cálculos (abril de 2017) o el más próximo posible, por motivos de homogeneidad





537. Los dos grupos de abonados tienen limitaciones diferentes de acceso a los canales emitidos o transmitidos en abierto. Mientras que para G1 esa limitación es total, para G2 se trata de una limitación parcial, puesto que sus integrantes pueden acceder a los canales que se emiten en abierto vía TDT. En España existen 35 canales emitidos en abierto por la TDT de cobertura nacional ([www.televisiodigital.gob.es](http://www.televisiodigital.gob.es)), 8 de los cuales se emiten en doble versión (HD y no HD), de las que sólo una (la versión HD) suele incorporarse en las ofertas de TV de pago. Adicionalmente, los operadores pueden ofrecer a través de las plataformas de pago la retransmisión de canales TDT de cobertura regional. Sobre esta base, la SPCPI estima que en torno al 50% de los canales incluidos en la oferta básica sintética se corresponden con canales emitidos en abierto vía satélite a los que, por lo tanto, los abonados del grupo G2 no podrían acceder gratuitamente.
538. A partir de estos datos, se construyen dos grupos de abonados equivalentes: el grupo E1, de abonados equivalentes sin acceso a canales en abierto (donde los abonados del grupo G1 ponderan al 100% y los del grupo G2 al 50%) y el grupo E2 de abonados equivalentes con acceso a canales en abierto (calculado como la diferencia entre el 100% de los abonados y E1).
539. Para los abonados equivalentes con acceso a los canales en abierto (en torno al 30,6% del total de abonados a TV de pago), el ingreso por abonado se distribuye linealmente atendiendo al número de canales retransmitidos frente al número de canales propios o preeditados que se incluyen en la oferta básica sintética. Es decir, se otorga un valor unitario similar a los canales propios o preeditados y a los canales retransmitidos. Aunque estos hogares tienen acceso a una versión gratuita de los canales retransmitidos, se ha tenido en cuenta el hecho de que las ofertas básicas se diferencian de las ofertas superiores o premium en que en las primeras es menos relevante la presencia de canales propios o preeditados de contenidos más exclusivos, así como la calidad, funcionalidades y comodidad adicionales que supone el visionado de los canales en abierto a través de plataformas de pago. Todo ello justifica una valoración similar de ambos tipos de canales. Para los abonados equivalentes sin acceso a los canales en abierto (en torno al 69,4% de los abonados a televisión de pago), el valor aportado por la retransmisión es más elevado y se emplea como factor de ponderación, entre canales retransmitidos y propios o preeditados, la audiencia relativa de unos y otros a través de plataformas de pago. Este criterio se aplica al considerar que, ante la inexistencia de una oferta alternativa gratuita de los canales de la TDT o de los emitidos o transmitidos por satélite u otras fuentes, y dadas las similitudes en cuanto a exclusividad o carácter premium de contenidos ya citadas, la audiencia relativa es, en este caso en particular, el mejor indicador disponible de la aceptación de los contenidos por parte de los clientes de las plataformas de TV de pago y, por tanto, de la aportación de valor que generan.





540. En ambos casos, se efectúa un ajuste previo, para descontar el mayor contenido publicitario de los canales retransmitidos, dado que éste no aporta valor a la oferta de los operadores de televisión de pago (de hecho, uno de los motivos aducidos por los clientes para contratar televisión de pago es ver menos publicidad). Es trasladable, además, en este punto, lo dispuesto en el artículo 90.6 TRLPI en el sentido de que los derechos de simple remuneración reconocidos a los autores de obras audiovisuales y de obras preexistentes incorporadas a estas por actos de comunicación pública no serán de aplicación a los autores de obras audiovisuales de carácter publicitario. Es perfectamente lógico, así, que el derecho de simple remuneración previsto en el artículo 122.2 TRLPI no se aplique a los productores de grabaciones audiovisuales de carácter publicitario.
541. Según los datos facilitados (CRTVE, Mediaset y AtresMedia), y que obran en el expediente, el contenido publicitario medio, ponderado por sus audiencias (Audiencia media trimestral a partir de las audiencias trimestrales de Kantar Media), de los principales canales públicos fue en 2017 del 10,47%, dato que esta SPCPI considera extrapolable al conjunto del mercado. Así las cosas, el factor de ajuste a aplicar es del 89,53%.

ESTIMACIÓN DEL PORCENTAJE DE ABONADOS A TV DE PAGO CON ACCESO LIMITADO A CANALES EN ABIERTO	
Hogares que acceden a TV (1)	96%
Hogares que acceden a TV por TDT (2)	80%
Hogares que acceden a TV y no lo hacen por TDT (3=1-2)	16%
Hogares con TV de pago (4)	30,50%
Abonados TV de pago por satélite (5)	13,6%
Factor de ponderación acceso limitado por satélite (6)	50,0%
G1: Abonados TV de pago sin acceso a TV en abierto (7=3/4)	52,5%
G2: Abonados TV de pago con acceso TDT y sin Satélite (8=100%-7-5)	34,0%
E1: Abonados TV de pago sin acceso a canales en abierto (equivalentes) (9=7+8*4)	69,4%
E2: Abonados a TV de pago con acceso a canales en abierto (equivalentes) (10=100%-9)	30,6%
Fuente: Calculado a partir de Special Eurobarometer n 462. E-communications and the Telecom Market; CNMC data II Trimestre 2017 y Panel de Hogares de la CNMC, II 2017	

PORCENTAJE DE AUDIENCIA DE LOS CANALES RETRANSMITIDOS Y PROPIOS O PREEDITADOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DE PAGO					
	2016	2017	Media 2016-2017	Ajuste por publicidad	Cuotas netas de publicidad
Canales retransmitidos	66,0%	65,0%	65,5%	58,6%	63,0%





Canales propios o preeditados	34,0 %	35,0 %	34,5%	34,5%	37,0%
TOTAL	100,0 %	100,0 %	100,0%	93,1%	100,0%

Fuente: Expediente, contestación Telefónica, con datos de Kantar Media (folio 2296).

PORCENTAJE DE CANALES RETRANSMITIDOS Y PROPIOS O PREEDITADOS EN LA OFERTA BÁSICA SINTÉTICA			
	Número de canales	Ajuste por publicidad	Porcentaje de canales netos de publicidad
Canales retransmitidos	57,5	51,4	54,8%
Canales propios o preeditados	42,4	42,4	45,2%
TOTAL	99,9	93,9	100,0%

Fuente: Contestación a requerimientos de información

CÁLCULO DEL INGRESO VINCULADO A LA RETRANSMISIÓN DE LOS CANALES 2016-2017				
	Porcentaje de abonados	Factor de ponderación	Precio mensual TV	Contribución
E1: Abonados TV de pago sin acceso a canales en abierto (equivalentes)	69,4%	63,0%	11,29	4,9348
E2: Abonados a TV de pago con acceso a canales en abierto (equivalentes)	30,6%	54,8%	11,29	1,8899
Ingreso comercial por abonado y mes vinculado a la retransmisión de canales públicos en abierto				6,8247

542. Aplicando esta metodología, se estima un ingreso comercial por abonado y mes vinculado a la retransmisión de canales públicos de 6,8247 euros. Este ingreso se considera representativo para todos los abonados que reciben un servicio de televisión de pago que, como los ofertados por VODAFONE y TELEFÓNICA, tiene una presencia elevada de canales retransmitidos.





543. Esta SPCPI considera que esta estimación del ingreso comercial vinculado a la retransmisión de 6,8247 euros mensuales por cada abonado de televisión de pago es la más adecuada para operadores con un alto nivel de actividad de retransmisión en sus ofertas comerciales.
544. Las partes han presentado también alegaciones relativas a la estimación de los ingresos vinculados a la retransmisión de canales por las plataformas de televisión de pago a través del análisis de las ofertas comerciales de los principales operadores, recogida en el epígrafe III.3.1 de la Propuesta de Resolución que se corresponde con este epígrafe de la resolución.
545. En su alegación CUARTA (párrafos 100 y siguientes) TELEFÓNICA plantea la corrección de lo que considera “incongruencias” de la metodología planteada en la Propuesta de Resolución. La primera de ellas (párrafos 101 y siguientes) hace referencia a la necesidad de descontar el valor imputable a un canal concreto, el canal Bein La Liga, del valor atribuido a la oferta básica de TELEFÓNICA, antes de proceder a la construcción de la oferta básica sintética que sirve de base a la estimación del ingreso comercial vinculado por abonado.
546. Este descuento pretendido por TELEFÓNICA debe desestimarse, ya que, se aparta del enfoque metodológico general utilizado por la SPCPI, planteando un impropio ajuste “ad hoc” de naturaleza asimétrica; se apoya en instrumentos definidos para el control de potenciales efectos anticompetitivos y no en los precios ofertados a clientes finales, por lo que no guarda la necesaria relación con la estimación del valor aportado a los ingresos por los distintos servicios que TELEFÓNICA comercializa de forma conjunta con sus ofertas de TV de pago, y, como resultado de lo anterior y de los criterios con que TELEFÓNICA propone realizar el descuento, daría lugar a una estimación del ingreso vinculado a la retransmisión sesgada a la baja. De hecho, si se compara sobre bases razonablemente homogéneas, esta estimación resultaría muy inferior a la efectuada por la propia TELEFÓNICA en su propuesta tarifaria; propuesta que mantiene en sus alegaciones.
547. Así, el ajuste propuesto en la alegación de TELEFÓNICA se aparta del enfoque metodológico adoptado por la SPCPI para la estimación del ingreso comercial medio vinculado a la actividad de retransmisión. Dicho enfoque, fundamentado en que “para usos similares, el valor económico aportado por el uso de los derechos objeto de tarificación es también similar” (apartado 407 de la propuesta), persigue estimar un valor “independiente de otros aspectos de la política comercial de los operadores, como la combinación con otros servicios audiovisuales distintos de la retransmisión” (ap. 407) y





se concreta en la realización de una estimación “a través del precio de las ofertas comerciales de los principales operadores de servicios de Televisión de pago, comercializados habitualmente a través de los llamados paquetes 5P” (apartado 419 de la propuesta), construyendo, para ello, una “oferta básica sintética de las de TELEFÓNICA y VODAFONE, para los años 2016 y 2017” (apartado 452 de la propuesta).

548. Apartarse de este enfoque general, minorando el valor de la oferta básica de TELEFÓNICA, sobre la base de introducir un criterio “ad hoc”, de naturaleza asimétrica, consistente en aplicar un tratamiento diferencial a uno de los canales en ella integrados que, en opinión de TELEFÓNICA, aporta un valor más elevado que el promedio de canales, sesga a la baja el resultado de la estimación. Simétricamente, podría haberse planteado excluir de las ofertas básicas sintéticas los canales propios o preeditados cuyo valor pudiera considerarse inferior al valor medio, lo que hubiera resultado en un sesgo al alza del resultado de la estimación.
549. Además, el indicador que plantea TELEFÓNICA para tratar de forma diferenciada uno de los canales integrados en la oferta básica no es un precio al que los clientes de TV de pago de TELEFÓNICA puedan adquirir dicho canal o incorporarlo a otros servicios prestados por TELEFÓNICA. Se trata de un Coste Por Abonado (CPA), previsto en los compromisos adquiridos por TELEFÓNICA en el contexto de la concentración TELEFÓNICA/DTS (resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015, C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS), que se calcula a efectos de determinar el “número máximo de cuotas de abono mensuales por cliente residencial del canal” que se corresponde con el Coste Mínimo Garantizado (CMG). Este CMG se calcula para cada operador que adquiere el servicio mayorista correspondiente al canal minorista Bein La Liga, con “el fin de compartir el riesgo que asume la entidad resultante en la adquisición de derechos en exclusiva en España de contenidos audiovisuales de terceros de Fútbol, Fórmula 1 o Moto GP del canal ofertado a nivel mayorista”, de forma que el coste fijo de adquisición de derechos y de producción se repercuta a los operadores de TV de pago que adquieran el canal mayorista. Es decir, el CPA forma parte de un mecanismo de atribución de riesgos de inversión entre los usuarios de los canales mayoristas correspondientes, actuando “como una franquicia que da derecho a un número máximo de cuotas de abono mensuales para el período temporal cubierto” (resolución de la CNMC de 11 de junio de 2019, VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS). En consecuencia, el CPA podría interpretarse, en todo caso, como un indicador de la disposición de los operadores de TV de pago a asumir parte de ese riesgo.
550. No obstante, esta interpretación debe matizarse para el período analizado, puesto que en las temporadas 2016/2017 y 2017/2018 (a las que corresponden los CPA indicados por TELEFÓNICA) ningún operador de TV de pago decidió contratar la oferta de





TELEFÓNICA del canal mayorista equivalente a Be In La Liga (de acuerdo con la resolución de la CNMC de 11 de junio de 2019). Por tanto, en este período, el CPA tampoco fue un indicador efectivo de la disposición de otros operadores de TV de pago a asumir un riesgo inversor por emitir dicho canal.

551. TELEFÓNICA tiene además la obligación de garantizar la replicabilidad y el no estrechamiento de márgenes en las ofertas en que incluya este canal mayorista. Sin embargo, el cumplimiento de este compromiso (que no ha sido objeto de análisis hasta la fecha en los informes de vigilancia parcial publicados por la CNMC), dado que el canal minorista correspondiente sólo se comercializa integrado en paquetes que engloban múltiples servicios, podría respetarse fijando diversas combinaciones de precio minorista para el paquete y de precios mayoristas de los diversos servicios mayoristas ofrecidos por TELEFÓNICA que garantizaran su replicabilidad, sin que pueda deducirse de ello una valoración de los clientes finales por el canal Be In La Liga que fuera necesariamente igual o superior al CPA fijado regulatoriamente.
552. En suma, el indicador que propone TELEFÓNICA no guarda relación, a diferencia de los precios de las ofertas comerciales efectuadas a los clientes finales, con la valoración que estos puedan hacer de los contenidos incluidos en el canal y, por tanto, con su contribución a los ingresos que obtiene TELEFÓNICA por el paquete en que se integran.
553. Por otro lado, TELEFÓNICA propone la deducción del valor estimado para el canal Bein La Liga dentro de la oferta básica aplicando varios criterios que conducirían a reducciones adicionales del valor estimado para el ingreso vinculado a la retransmisión. Estos criterios no están justificados. Así, TELEFÓNICA plantea la exclusión del valor imputado a dicho canal como si este hubiera estado incluido en la oferta básica de TELEFÓNICA durante la totalidad de los años 2016 a 2017. Sin embargo, de acuerdo con la información aportada por TELEFÓNICA en su Informe Motivado (folio 73), el canal comenzó a incluirse en dicha oferta en julio de 2016. Además, propone la aplicación del CPA para la liga 2016-2017 (más reducido) sólo para el año 2016 y del CPA calculado para la liga 2017-2018 (más elevado) para el año 2017. Sin embargo, cada CPA se calcula para el período de duración del evento asociado, que es cuando el canal mayorista está a disposición de los operadores de TV de pago (ver epígrafe 5.1 de la resolución de la CNMC de 22 de junio de 2018, VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS). Así, el de la liga 2016/2017 aplicaría desde mediados de agosto de 2016 a mediados de agosto de 2017 y el de la liga 2017/2018 desde mediados de agosto de 2017 a mediados de agosto de 2018.





554. Finalmente, TELEFÓNICA no tiene en cuenta que todos los servicios básicos integrados en el paquete Fusión+ son objeto de, al menos, un doble empaquetamiento: en un primer nivel con los servicios de la misma familia (paquete audiovisual, paquete de servicios de comunicaciones fijas y paquete de servicios de comunicaciones móviles) y en un segundo nivel para conformar el paquete Fusión. A título ilustrativo, podrían replicarse los servicios incluidos en ADSL máxima velocidad + llamadas fijas + llamadas móviles, adquiriendo, separadamente, por un lado, el servicio ADSL, y por otro, una línea de voz con tarifa plana (producto similar, aunque algo inferior, al integrado en el paquete). El resultado, como se muestra en la tabla es un precio por los servicios individualmente adquiridos superior en un 78% en 2016 y un 79% en 2017 al precio del paquete que los integra. Sin embargo, el tratamiento que TELEFÓNICA propone para el canal Bein La Liga, consiste en aplicar un único descuento, correspondiente a un único nivel de empaquetamiento, lo que supone sobreestimar su aportación al paquete total. Sin perjuicio, de que (incluso si se dispusiera de un indicador de precios para el canal Be In La Liga que reflejara la valoración del mismo por los clientes) el ajuste que propone TELEFÓNICA plantearía un problema de asimetría (al centrarse en el canal al que TELEFÓNICA atribuye un mayor valor, sin un tratamiento simétrico para los de valor inferior al promedio), la aplicación de cada uno de estos criterios supondría, en todo caso, una sobreestimación del valor imputado al canal, en detrimento de la estimación de ingresos vinculados a la retransmisión.

	2016	2017
	Precio	Precio
<b>Línea tarifa plana</b>	27,4463	29,0991
<b>Adsl máxima velocidad</b>	25,5372	27,1900
<b>Suma</b>	52,9835	56,2891
<b>Banda ancha y voz fijas (1)</b>	29,7525	31,4049
(1) ADSL máxima velocidad + llamadas fijos + llamadas móviles.		
Fuente: Manual de precios del servicio de telefonía fijo de Movistar. Precios en vigor a 1 de mayo de 2016 y a 1 de agosto de 2017		

555. Como resultado de todo lo anterior, la aplicación del descuento del valor del canal Be In La Liga planteada por TELEFÓNICA en su propuesta lleva a una estimación de los ingresos vinculados a la retransmisión injustificadamente reducida. Así, adoptando bases de comparación homogéneas, esta estimación sería inferior, en porcentaje sobre el total de ingresos de la TV de pago, a la mitad del peso que TELEFÓNICA atribuye a los ingresos debidos a canales retransmitidos, sobre los ingresos de la TV de pago en su Informe Motivado. En concreto, la metodología que TELEFÓNICA aplica en su Informe motivado le lleva a determinar unos ingresos vinculados a la retransmisión (limitados a la plataforma IP) de 216.795.108 € en 2016 (folio 117), lo que supone un





23,47% del total de ingresos que, según TELEFÓNICA, serían atribuibles a la TV de pago por el canal IP (923.757.860 €, folio 92). La metodología desarrollada por la SPCPI en su Propuesta, si se aplicara exclusivamente sobre los datos de TELEFÓNICA relativos a 2016 (para el conjunto de clientes de TV de pago por plataforma IP y satélite) llevaría atribuir unos ingresos a la retransmisión en 2016 de unos 371.815.607 €, que representan aproximadamente el 23,54% del total de ingresos de la TV de pago de TELEFÓNICA (incluyendo IP y satélite, 1.579.280.000 €, con datos de la CNMC). El ajuste que plantea TELEFÓNICA en su alegación llevaría a estimar unos ingresos vinculados a la retransmisión en 2016 de 186.574.140 € (para clientes de las plataformas IP y de satélite), que supondrían el 11,81% de los ingresos totales de la TV de pago de TELEFÓNICA. Este porcentaje es, como se ha señalado, inferior a la mitad del que resulta de las cifras estimadas por TELEFÓNICA en su Informe Motivado. De hecho, la estimación en valor absoluto es inferior también a la calculada por TELEFÓNICA en dicho Informe, a pesar de que la cifra del Informe Motivado recoge sólo los ingresos de la plataforma IP vinculados a los canales retransmitidos y la cifra que resultaría de la alegación recoge, además, los ingresos de la plataforma satelital vinculados a estos canales. Estas comparaciones muestran que el ajuste que propone TELEFÓNICA en su alegación no resulta razonable.

COMPARACIÓN DE RESULTADOS SÓLO PARA TELEFÓNICA EN 2016				
		Precio oferta básica de TV (Sin Bein)	Precio Oferta básica de TV (Con Bein)	Estimación informe TELEFÓNICA (sólo IPTV)
Precios (1)		7,00 €	13,95 €	--
Ingreso por abonado vinculado a retransmisión (2)=1*a*c+1*b*d		4,26 €	8,50 €	--
Abonados (3)		3.646.984	3.646.984	--
Ingreso vinculado a retransmisión (4=2*12*3)		186.574.140 €	371.815.607 €	216.795.108 €
Total ingreso TV de pago (5)		1.579.280.000 €	1.579.280.000 €	923.757.860 €
Retransmisión / total (4/5)		11,81%	23,54%	23,47%
	% abonados E1 (a)	% abonados E2 (b)	Factor de ponderación E1 (c)	Factor de ponderación E2 (d)





Ponderadores	69,45%	30,55%	62,96%	56,23%
Fuentes: Informe motivado de TELEFÓNICA (ff 79 a 129); CNMC data (abonados y total ingreso TV de pago)				

556. En su alegación QUINTA, TELEFÓNICA expone la existencia de lo que califica como un error en la tabla de la página 117 de la propuesta. Así, según TELEFÓNICA, la descripción del Grupo G2 en la tabla de la página 117 sería errónea, pues debería definirse como “abonados TV de pago sin acceso TDT y con satélite”, en lugar de “abonados TV de pago con acceso TDT y sin Satélite”.
557. En realidad, la descripción de la tabla de la página 117 de la propuesta es correcta y acorde con los cálculos efectuados por la SPCPI y, de hecho, junto con las fórmulas incluidas en la misma tabla, ha permitido a TELEFÓNICA interpretar correctamente dichos cálculos y plantear propuestas de modificación sobre los mismos. Es obligado reconocer, no obstante, que existen errores materiales en la redacción de los apartados 454 y 455 de la propuesta (corregidos en esta resolución), que son fácilmente advertibles por los interesados, puesto que llevan a contradicción con razonamientos que se incluyen en los propios apartados.
558. En síntesis, el grupo G2, constituido por clientes con acceso limitado a canales en abierto, está compuesto por clientes que acceden a canales emitidos por la TDT, pero no a canales emitidos vía satélite. En caso contrario (grupo G2 compuesto por clientes que acceden a canales emitidos vía satélite, pero no a canales emitidos por la TDT), es evidente una contradicción con los razonamientos incluidos en el propio párrafo 454, según los cuales, “es necesario disponer de una antena en uso efectivo para acceder a un satélite” y “ello facilita el acceso a la TDT” y “Se asume que dichos abonados [los abonados vía satélite] disponen de una antena en uso efectivo que les permite también acceder a los servicios de TDT”. Esta interpretación del grupo G2 es coherente con la descripción y los cálculos recogidos en la tabla de la página 117 de la propuesta de forma que TELEFÓNICA también ha podido interpretarlos correctamente.
559. La pretensión de TELEFÓNICA, de modificar el cálculo, de forma que el grupo G2 se correspondiera con los abonados vía satélite y se asumiera que dichos abonados tienen un acceso limitado a la emisión de los canales en abierto, por no acceder a los emitidos vía TDT, es, como se ha señalado contraria al razonamiento sostenido por la SPCPI de que dichos abonados disponen de una antena en uso efectivo y, por lo tanto, puede presumirse que cuentan en general con capacidad para recibir las emisiones vía TDT, por lo que no puede aceptarse.





560. Adicionalmente, TELEFÓNICA, también en su alegación QUINTA, razona que existe un fallo en los datos o en la interpretación de los mismos que se emplean para el cálculo del grupo G1. En concreto, considera que debería tomarse como indicador de los clientes que tienen acceso a TDT la cobertura que ofrecen los operadores de TV en abierto que según el Informe Final de Impulsa TDT publicado por el Ministerio de Industria Comercio y Turismo se sitúa en niveles del 97,91% de los hogares para las televisiones privadas y del 98,57% para las televisiones públicas. Razona TELEFÓNICA que conforme a estos porcentajes, el número de clientes estimado sin acceso a TDT no debería superar el 2%. Considera TELEFÓNICA que el indicador debe reflejar un situación de potencia y no de acto. Los porcentajes citados por TELEFÓNICA se refieren a la cobertura poblacional que ofrece la señal emitida por los operadores de televisión en abierto, públicos o privados.
561. La sustitución de criterio que propone TELEFÓNICA, frente a la aproximación más real que ofrece el número de hogares que acceden a la TDT proporcionada por el Eurobarómetro y utilizada en los cálculos de la tarifa, no contribuiría a reflejar mejor el valor que aporta la retransmisión a las ofertas de las TV de pago. Este valor deriva de que los hogares que no acceden a la TDT deben afrontar costes adicionales para recuperar este acceso (si se encuentran en zonas con cobertura, si se encuentran en zonas sin cobertura, no resultaría posible). Estos costes están asociados a la adaptación y mantenimiento de las antenas y equipos receptores (comunitarios o individuales), a la antenización en el interior de los hogares, a la reubicación, en su caso, de los equipos de televisión y a la instalación correspondiente, e incluyen también costes menores como los asociados a la resintonización de los canales. Debe destacarse, además, que la encuesta del Eurobarómetro admite respuesta múltiple, por lo que el porcentaje de hogares que dice no acceder a la TDT (o no recibir la TDT, si se prefiere utilizar la traducción directa del francés o del alemán, que quizá resulte más clara que la traducción directa del inglés) debe entenderse que no accede (o no recibe) nunca a la TDT, no que lo haga ocasionalmente, aunque de forma habitual acceda a la televisión por otro medio. En consecuencia, para este grupo de hogares, no existe una oferta en abierto que pueda calificarse como gratuita, puesto que para ellos acceder a la TDT conlleva costes. Esta SPCPI considera que el coste de readaptación de estos hogares es relevante para justificar que su acceso a la TDT es limitado y que ello genera un valor más elevado de la actividad de retransmisión que en hogares que no deben afrontarlo. Para el cálculo de la tarifa se estima un valor promedio para este grupo de clientes y esta SPCPI puede compartir con TELEFÓNICA que para los hogares con imposibilidad absoluta de acceso a la TDT el valor diferencial de la retransmisión será sensiblemente más elevado y para los hogares que deben acometer adaptaciones menores para acceder a la TDT el valor diferencial será más reducido.





562. TELEFÓNICA aduce, en su alegación SEXTA que los ponderadores a que dan lugar los criterios empleados (valor unitario similar de canales retransmitidos y propios o pre-editados para clientes sin limitaciones de acceso a canales en abierto y valor basado en audiencia relativa, a través de la televisión de pago, de ambos tipos de canales, para clientes equivalentes con acceso limitado) no reflejan adecuadamente el valor relativo de los canales retransmitidos y propios o editados. Considera que para el grupo de abonados con acceso a canales emitidos en abierto el ponderador debería reflejar exclusivamente el ahorro de tiempo de visionado y que para el grupo de abonados equivalentes sin acceso a canales emitidos en abierto, el ponderador debería ser el porcentaje que representan los canales en abierto sobre el total. Señala, además, que le parece contradictorio que la SPCPI no acepte la aplicación del criterio de audiencia real, incluido en la propuesta de su informe motivado, y aplique en cambio un criterio basado en la audiencia de los distintos tipos de canales.
563. La SPCPI considera que la aplicación de los ponderadores que propone TELEFÓNICA conduciría a una infraestimación de la aportación de valor de los canales retransmitidos.
564. En lo que se refiere al grupo con acceso a canales emitidos en abierto debe tenerse en cuenta, como se ha señalado ya, que además del ahorro de tiempo que estima TELEFÓNICA apoyándose en el informe pericial de RBB, la retransmisión a través de plataformas de pago permite que la mayor calidad de recepción y las funcionales adicionales que estas ofrecen se apliquen también a los canales retransmitidos. Para el cliente del operador de TV de pago, sustituir esta vía de recepción por la recepción vía TDT o satélite supondría renunciar a calidad y a funcionalidades. Ello se traduce en mayor disposición al pago por parte de los clientes y, en consecuencia, en mayor generación de valor para los operadores de TV de pago. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la metodología para el establecimiento de la tarifa contempla un ajuste por contenido publicitario que afecta sólo a los canales emitidos en abierto y redistribuye valor, dentro de la oferta básica sintética, hacia canales propios y pre-editados. Como resultado, para este grupo de clientes, el valor medio finalmente estimado para los canales propios y pre-editados es superior al estimado para los canales retransmitidos. En consecuencia, la SPCPI considera que esta alegación no puede admitirse.
565. En lo que se refiere al grupo sin acceso a canales emitidos en abierto, esta SPCPI no aprecia la contradicción entre la no aceptación del criterio de audiencia real o efectiva que plantea TELEFÓNICA en su propuesta tarifaria y la utilización de un indicador de audiencia relativa para valorar, para este grupo, el valor relativo de los canales públicos y propios o preeditados incluidos en la oferta básica. Debe tenerse en cuenta que, a pesar de la aparente coincidencia nominal (audiencia real y audiencia relativa) los conceptos





que subyacen a ambos criterios, su orientación y la forma en que se aplican y los efectos que producen son distintos.

566. Así, el criterio de audiencia real o efectiva que pretende aplicar TELEFÓNICA en su Informe Motivado se apoya en un concepto de audiencia que consisten en excluir del cómputo a los clientes que hacen un uso limitado de cada uno de los canales (aquellos que no hayan permanecido en el canal durante “al menos 10 minutos a lo largo de alguno de los días del mes objeto de estudio”, (folio 105). Este concepto es además asimétrico, pues si bien valora en negativo que algún cliente haga un uso muy limitado o nulo de algún canal, no permite valorar en positivo, que ese mismo cliente (o algún otro) haga un uso particularmente intenso de algún canal. Además es un criterio difícilmente replicable por otros operadores de TV, como quedo acreditado en las reuniones mantenidas con los distintos operadores personados en el procedimiento.
567. Además, la orientación y aplicación del criterio es hacia la reducción del volumen de ingresos vinculados a la retransmisión (con independencia de que, según TELEFÓNICA, los contenidos retransmitidos estén o no sujetos a la tarifa objeto de determinación). Por construcción, la audiencia real de cada canal, tal y como la define TELEFÓNICA, es igual o inferior al 100% y, en general, puede inferirse que será siempre inferior al 100%, dado que, en la plantilla de clientes de TELEFÓNICA es razonable pensar que, por múltiples razones, para cualquier canal (ya sea propio, pre-editado o retransmitido) siempre habrá algunos clientes que opten por no verlo (o verlo poco) entre los numerosos canales ofertados. La metodología planteada por TELEFÓNICA aplica el criterio como un coeficiente reductor de ingresos. En los siguientes apartados se realiza un ejercicio para ilustrar la forma en que se aplica el criterio y el efecto que produce.
568. TELEFÓNICA parte en su Informe Motivado de una base de ingresos de la TV de pago, referida sólo a la plataforma IP, que cifra en unos 923.757.860 euros (folio 92), sobre esta base, tras realizar determinados ajustes, llega a determinar unos ingresos que denomina “base ajustada” (folio 117) de 216.795.108 euros. Es importante recordar que, de acuerdo con TELEFÓNICA, esta base computa “sólo los ingresos de los “canales públicos”, esto es los que son objeto de una emisión primaria al público (descontando por lo tanto los ingresos de canales propios y de canales pre-editados adquiridos de manos del editor de canales) que son objeto de retransmisión” (folio 117). Recoge, por lo tanto, según lo que expone TELEFÓNICA, estrictamente ingresos vinculados a la retransmisión (con independencia de que TELEFÓNICA considere que no todos estos ingresos están vinculados al repertorio de EGEDA). Además, TELEFÓNICA efectúa una distribución de estos ingresos por tipología de canales (folio 118). Dicha distribución de ingresos sirve de base para todos los ajustes que realiza después





TELEFÓNICA apoyándose en diversos criterios, entre ellos el de audiencia real. TELEFÓNICA aplica este criterio en cuarto lugar, para cada tipo de canales identificado, tras efectuar otros ajustes sobre la cifra de ingresos vinculados a la retransmisión (también para cada tipo de canal) que responden a interpretaciones de los criterios de intensidad, relevancia, y grado de uso que difieren de las que sostiene esta SPCPI. Dado que TELEFÓNICA emplea un modelo multiplicativo para la aplicación de los sucesivos criterios y que, como es sabido, la multiplicación está dotada de la propiedad conmutativa, es equivalente (y aporta mayor claridad sobre la orientación, aplicación y efectos del criterio de audiencia real) alterar este orden y analizar directamente la aplicación del criterio sobre los ingresos vinculados a la retransmisión que estima TELEFÓNICA (base ajustada), para cada tipo de canal. Si se aplica únicamente este criterio se obtiene una imagen clara del efecto reductor sobre la base de ingresos (ver tabla) que se cifra en minoraciones entre el -41,3% y el -85,7% de los ingresos atribuidos a la retransmisión, según el tipo de canal. Agregadamente, la aplicación del criterio de audiencia real sería equivalente a que más de la mitad de los ingresos que TELEFÓNICA estima que corresponden sólo a los canales “públicos” (esto es, a los canales retransmitidos) hubieran dejado de formar parte de la base para el cálculo de la tarifa.

	Base ajustada (i)	Audiencia real (ii)	Ingreso computable ajustado por audiencia (iii=i*ii)	Variación en % (iv=(iii/i)-1)
<b>Generalistas</b>	141.579.959 €	58,69%	83.093.278 €	-41,3%
<b>Cine y series</b>	13.617.605 €	41,74%	5.683.988 €	-58,3%
<b>Documentales</b>	5.970.966 €	16,74%	999.540 €	-83,3%
<b>Infantil</b>	15.765.251 €	14,26%	2.248.125 €	-85,7%
<b>Deportes e informativos</b>	35.566.036 €	41,06%	14.603.414 €	-58,9%
<b>Música</b>	4.295.292 €	17,70%	760.267 €	-82,3%

Fuente: folios: 106 y 118 y elaboración propia.

569. Conviene examinar cómo justifica TELEFÓNICA esta exclusión. No lo hace porque la base de partida (base ajustada) contenga ingresos ajenos a la actividad de retransmisión que sea preciso depurar. Como se ha señalado, TELEFÓNICA determina esa base expresamente de forma que, según sus propios cálculos y criterios, contiene sólo ingresos procedentes de los canales retransmitidos. Tampoco aplica argumentos sobre si el contenido audiovisual de dichos canales está sujeto o no a la tarifa por formar o no





parte de ámbito cubierto por la prestación e incluido en el ámbito de gestión de EGEDA. Para esta discusión, TELEFÓNICA aplica otros criterios e introduce otros ajustes (sin perjuicio de que, a juicio de esta SPCPI, no sean correctos). Tampoco lo hace para redistribuir el ingreso estimado entre los diferentes tipos de canales. Como se ha visto, no hay un efecto de redistribución del valor (al margen de que TELEFÓNICA parte ya de una distribución inicial) sino de reducción del valor. Tampoco lo hace porque piense que en estos casos no está haciendo un uso efectivo del repertorio, pues es conocedora de que “el acto de explotación se consume con independencia de si los destinatarios del mismo –clientes o abonados- acceden o no a las transmisiones o retransmisiones efectuadas” (folio 100). Lo hace porque a su juicio “carece de sentido computar los ingresos de aquellos abonados que, aunque estén nominalmente dentro de la planta, no realizan –por la razón que sea- un uso mínimamente apreciable del servicio de televisión que tienen contratado” (folio 105).

570. Conviene detenerse en este argumento. Por un lado, hay que señalar un salto intelectual entre el propio argumento que apunta la exclusión de los ingresos procedentes de quien no realice un uso apreciable “del servicio de televisión” (que tampoco sería correcta, puesto que TELEFÓNICA estaría obteniendo ingresos por la puesta a disposición) y su materialización, que supone la exclusión del cómputo de los ingresos atribuidos a algún canal retransmitido si el cliente no hace un uso apreciable de dicho canal en concreto (aunque haga uso de otros canales incluidos en el “servicio de televisión”). Por otro lado, no explica TELEFÓNICA la razón por la que a su juicio carece de sentido computar estos ingresos, y, sobre todo no señala cuál es el origen de los mismos (más de la mitad de los ingresos que ella misma atribuye a la retransmisión) si considera que no deben computarse como ingresos vinculados a la retransmisión y es claro, por la construcción del modelo, que no se trata de ingresos atribuibles a otros servicios audiovisuales (ya excluidos de la base) o a servicios de telecomunicaciones que se vendan conjuntamente (también excluidos de la base). En suma, el criterio así aplicado no contribuye a una mejor estimación del valor aportado por la retransmisión en la actividad del usuario (es claro que los ingresos excluidos guardan relación con ese valor, pues son pagados por los clientes como contraprestación al servicio recibido y se ha excluido previamente del cómputo el valor imputado al resto de servicios que el cliente adquiere conjuntamente), sino que se orienta a su minoración. Si TELEFÓNICA hubiera deseado mejorar la estimación de los ingresos atribuibles a cada tipología de canal, utilizando algún criterio basado en la audiencia para aproximar la valoración que hacen los clientes de unos canales frente a otros (a pesar de que ya partía de una atribución inicial de dichos ingresos por tipología de canal construida por ella misma) hubiera debido hacerlo sin alterar en este proceso la cifra total que ella misma atribuye a la actividad de retransmisión. Esto es utilizando el criterio para distribuir el ingreso ya estimado (desde





los canales menos vistos, considerando que son menos valorados, a los más vistos, considerando que son más valorados) y no para reducirlo.

571. En contraposición a este concepto de audiencia real concebido por TELEFÓNICA, el indicador de audiencia relativa aplicado por esta SPCPI persigue la comparación de unos canales con otros, con objeto de valorar su grado de aceptación relativa por los clientes. De esta forma se facilita, para el grupo de clientes sin acceso a canales en abierto equivalentes, una correcta distribución del ingreso atribuido a la oferta básica audiovisual entre los canales retransmitidos y los propios o preeditados. La razonabilidad de este criterio para este grupo de clientes se expone en el párrafo 457 de la Propuesta. El resultado alcanzado (que los canales retransmitidos, en conjunto, tienen una audiencia superior y, por tanto, generan un valor estimado superior al de los canales propios o preeditados) no resulta sorprendente. Así, para los clientes que no disponen de un acceso sin coste a estos canales, es razonable que la posibilidad de acceso a los principales canales emitidos en abierto se valore especialmente, tanto por la aceptación general de que disfrutaban estos canales, como por el efecto de red que puede atribuirse a disponer de acceso a contenidos audiovisuales a los que está accediendo el conjunto de la población. De hecho, las propias alegaciones de TELEFÓNICA reflejan la afirmación, incluida en el informe pericial de RBB, de que los canales principales emitidos en abierto tienen más valor. Así, se señala que “tanto Telefónica como Vodafone incluyen dentro de su paquete básico los canales en abiertos principales y de mayor valor” (apartado 105 del escrito de alegaciones).
572. Con relación al ajuste por contenidos publicitarios, TELEFÓNICA señala, en su alegación SÉPTIMA, que, aunque comparte la lógica de la existencia del ponderador, el valor del contenido publicitario medio empleado en la propuesta de resolución es erróneo y debe ser corregido. Considera TELEFÓNICA que la base empleada para determinar dicho ajuste por porcentaje de publicidad, equivalente a la media del porcentaje de publicidad en su emisión por los principales operadores de televisión en abierto (CRTVE, Atresmedia y Mediaset) ponderados por sus respectivos niveles de audiencia, no es aceptable. Argumenta que CRTVE tiene legalmente limitado el contenido publicitario que puede emitir y que por ello no debe computarse a efectos del cálculo del ponderador y que, debería utilizarse el porcentaje de emisión de contenidos publicitarios máximo que pueden aplicar los operadores privados que emiten en abierto (un 20%, resultado del límite de 12 minutos de publicidad por hora natural). Manifiesta, además, que algunos de los datos empleados para el cálculo del ponderador no figuran en el expediente o figuran censurados, por lo que no ha podido tener acceso a los mismos.





573. La alegación de TELEFÓNICA debe desestimarse. La lógica del ajuste efectuado, que TELEFÓNICA manifiesta compartir, es obtener una mejor aproximación al valor aportado por la explotación de la prestación gestionada por EGEDA en la actividad de los usuarios. Así, de acuerdo con las opiniones manifestadas por los consumidores, que señalan como una de las razones para optar por televisión de pago su menor contenido publicitario, la publicidad emitida en los canales en abierto no añade un valor a la actividad de los usuarios que estos puedan repercutir en las cuotas que cobran a sus clientes. Por ello, procede realizar el ajuste planteado y detraer el tiempo dedicado, en promedio, a la emisión de contenidos publicitarios. Ahora bien, la no aportación de valor sólo puede predicarse del tiempo dedicado a la publicidad efectivamente emitida. En los casos en los que, ya sea por limitaciones legales (CRTVE) o por libre decisión empresarial (televisión privadas), el contenido publicitario no llega a la cuota del 20% que tienen autorizada los operadores de televisión privados, la diferencia de tiempo entre el dedicado a la publicidad efectivamente emitida y esta cuota del 20% se dedica a la emisión de otros contenidos audiovisuales que sí aportan valor al usuario y, por ello, no debe descontarse.
574. En lo que se refiere a la alegación de potencial indefensión de TELEFÓNICA hay que reseñar que los datos referidos al porcentaje de publicidad de Mediaset se han calculado a partir de la información contenida en el folio 2750 del expediente. Dicho folio incluye de forma explícita los porcentajes de obras, por un lado, y grabaciones audiovisuales (distintas de las obras), por otro lado y aclara que el total incluye, además, la publicidad, por lo que basta realizar una operación aritmética para obtener el porcentaje de publicidad emitida (restar del 100% los porcentajes relativos a obras y otras grabaciones). Los porcentajes de publicidad emitida por Atresmedia figuran en el folio 2842. Los porcentajes de publicidad emitidos por CRTVE figuran en el folio 3349, cuyo contenido se explica en el folio 3348. Estos últimos datos son confidenciales para TELEFÓNICA por solicitud de CRTVE. TELEFÓNICA no ha solicitado el levantamiento de dicha confidencialidad, como podría haber hecho si hubiera entendido que el conocimiento preciso de estos datos era de especial relevancia para la defensa de sus intereses. En todo caso, TELEFÓNICA conoce la regulación que afecta a la emisión de publicidad de CRTVE, lo que le permite inferir con un grado de certidumbre razonable que el porcentaje de publicidad emitido por este operador es particularmente reducido. Las audiencias de los distintos grupos televisivos son accesibles en informes y documentos públicos. En cualquier caso, la información accesible en el expediente ha permitido a TELEFÓNICA presentar, y de hecho así lo ha hecho, alegaciones sobre este aspecto concreto de la metodología, manifestando su acuerdo con la lógica subyacente y proponiendo un ponderador alternativo que, por las razones expuestas en el párrafo anterior, no ha sido aceptado.





575. EGEDA en su escrito de alegaciones (alegación QUINTA) realiza varias observaciones sobre la metodología aplicada para realizar la estimación. Así, considera que el sistema incurre en una simplificación al calcular la oferta básica sintética, que es la unificación de todos los abonados cualquiera que sea la oferta que han suscrito, lo que a su juicio desvirtúa el precio obtenido. Adicionalmente, EGEDA realiza una comparación entre el ingreso comercial por abonado y mes vinculado a la retransmisión estimado por la SPCPI para la oferta básica sintética y el total de ingresos de televisión de pago de Movistar+ del año 2016 y concluye que representa un 18,91% de este total, cifra que considera inferior a la que resulta, según sus cálculos de la estimación de TELEFÓNICA en su informe motivado (29,64%). Concluye de esta comparación que los ingresos de canales retransmitidos ascienden a un importe de 8,96 euros por abonado y mes. Añade EGEDA que la SPCPI supone pero no estima qué parte de los ingresos de la televisión de pago se corresponden con el valor que los consumidores atribuyen a los canales retransmitidos y que la única manera de estimar adecuadamente qué porcentaje del precio por abonado se corresponde con los canales retransmitidos es la utilización de encuestas que simulen la decisión de los consumidores si tuvieran la alternativa de elegir paquetes que no incorporen esta oferta (*choice modelling*).
576. La unificación de todos los abonados a que hace referencia EGEDA, no afecta a la estimación del ingreso vinculado a la retransmisión, que es el relevante para la determinación de la tarifa, ya que como se expone en el párrafo 451 de la Propuesta de Resolución, la oferta de canales retransmitidos contenidas en las ofertas básicas o de acceso de los operadores que sirven de base para la estimación es la misma que la contenida en ofertas comerciales superiores o premium. Es decir, es única en todas las ofertas analizadas. Por ello, el ingreso imputable a los canales retransmitidos en estas ofertas debe ser también el mismo. Este planteamiento es consistente, por otro lado, con las tarifas propuestas por EGEDA y con las practicadas en otros países de la UE, en las que se define la misma tarifa (generalmente en términos de un pago por abonado y mes) independientemente de que en el paquete adquirido por cada abonado en concreto los canales retransmitidos se comercialicen conjuntamente con otros contenidos audiovisuales de mayor o de menor valor.
577. Con relación al porcentaje que los ingresos estimados vinculados a la retransmisión suponen sobre el total de ingresos de televisión de pago conviene aclarar, en primer lugar, que TELEFÓNICA aplica una metodología de cálculo propia y que la SPCPI no está vinculada, ni en este, ni en otros aspectos, por las estimaciones que puedan derivarse de dicha metodología. En segundo lugar, que la cifra estimada por la SPCPI persigue ser representativa de un usuario (operador de televisión de pago) tipo que incorpore un alto nivel de actividad de retransmisión en sus ofertas comerciales, al considerar (párrafo 407 de la propuesta de resolución) que para usos similares el valor





económico aportado por el uso de los derechos y prestaciones es también similar. Por ello, la cifra estimada debe interpretarse como un valor de mercado, sin que pueda concluirse que esta cifra debe representar el mismo porcentaje de los ingresos totales por televisión de pago para todos los operadores. Esta presunción supondría ignorar que los distintos operadores combinan los contenidos retransmitidos con conjuntos de canales propios o preeditados diferenciados, cuyo valor también es, lógicamente, distinto. En tercer lugar, EGEDA realiza una comparación sobre bases no homogéneas (compara datos de 2016 referidos exclusivamente a la oferta IP de TELEFÓNICA, con datos de 2016-2017 referidos a la oferta de un operador sintético) y toma como base de comparación unos ingresos de televisión de pago por plataforma IP de 731.429.695 € inferiores a los que realmente declara recibir TELEFÓNICA (923.757.860 €, folio 92). La cifra utilizada por EGEDA es lo que TELEFÓNICA denomina base ajustada de ingresos de explotación y es el resultado de su minoración por el importe de determinados costes, minoración que ni la SPCPI ni la propia EGEDA consideran adecuado aplicar. Como se ha señalado con anterioridad (párrafo 555) si se realiza la comparación sobre bases mínimamente homogéneas el porcentaje de ingresos vinculados a la retransmisión sobre el total de ingresos de la televisión de pago que podría estimarse aplicando la metodología de la SPCPI a los datos de TELEFÓNICA de 2016 (23,54%) es muy similar al que resulta de las estimaciones derivadas de la metodología de TELEFÓNICA (23,47%). Lógicamente, este porcentaje es un porcentaje promedio y, si se compara oferta a oferta, resultará superior en las ofertas básicas (donde una oferta de canales retransmitidos se combina con contenidos propios o pre-editados de valor relativamente próximo) y más reducido en las ofertas premium (donde la misma oferta de canales retransmitidos que se incorpora a las ofertas básicas se combina con una oferta de canales propios o pre-editados de valor sensiblemente superior a la que éstas contienen).

578. Por otro lado, la SPCPI estima el ingreso vinculado a la retransmisión, dentro del precio estimado para la oferta básica sintética, aplicando ponderadores o vectores de atribución de ingresos relacionados con las valoraciones relativas que los distintos grupos de usuarios (con acceso gratuito a canales emitidos en abierto o sin acceso a estos canales) pueden hacer de los canales incluidos en las ofertas básicas. Esta tipo de metodología, consistente en atribuir ingresos o costes entre distintos procesos, productos o servicios mediante variables que funcionan como vectores de atribución, es estándar en procedimientos de regulación de precios y la razonabilidad de los vectores de atribución planteados se expone en el párrafo 457 de la propuesta. Sin negar que las encuestas tipo *choice modelling* puedan tener utilidad como punto de partida para aproximar el precio de un bien en ausencia de mercado, lo cierto es que su aplicación resulta controvertida (véase a este respecto la Resolución de la Comisión Nacional de Competencia, de 2 de marzo de 2012, S/0157/09) y, desde luego, no pueden calificarse como el único método viable. Entre otros factores, los resultados de este tipo de encuesta pueden verse





afectados por la credibilidad de la alternativa, la forma en que se plantee la pregunta (por ejemplo, en este caso, podrían obtenerse resultados incoherentes si se pregunta al potencial cliente, cómo valoraría una oferta de televisión de pago si se suprimen los canales retransmitidos y se le pregunta también cómo valoraría esa misma oferta si sólo se mantienen los canales retransmitidos y se suprimen el resto de contenidos audiovisuales), y pueden conducir a valoraciones de las partes que componen un servicio empaquetado superiores a la valoración total de dicho servicio. De hecho, este es el caso habitual, ya que las encuestas tipo *choice modelling*, incluso aunque no se vieran afectadas por las otras distorsiones señaladas, reflejarían en realidad la disposición máxima al pago de cada uno de los consumidores encuestados por el servicio prestado. Este valor, en mercados competitivos, es siempre superior al precio que puede obtener el oferente, que vendría determinado por la disponibilidad al pago más baja de entre todos los consumidores que contratan el servicio.

### ***III.3.2. Aplicación de otros criterios del artículo 157.1 b). TRLPI (actualmente artículo 164.3 TRLPI). Amplitud del repertorio, grado de uso e intensidad y relevancia.***

579. Como se ha señalado, la aplicación de los criterios contenidos en el TRLPI para la determinación de las tarifas debe orientarse a determinar al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario. En los siguientes apartados se examinan algunos de los criterios citados (amplitud, grado de uso, intensidad y relevancia), desde esta perspectiva y teniendo en cuenta que los ingresos comerciales vinculados a la prestación que se han calculado corresponden, exclusivamente, a la actividad de retransmisión, dado que la metodología aplicada los aísla de los ingresos de otras actividades (ya sean de televisión de pago o de telecomunicaciones).
580. La comparación con tarifas establecidas por la entidad de gestión para otros usuarios para la misma modalidad de uso y con tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la UE, para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación, se efectuará una vez determinada la tarifa general aplicable.
581. La tarifa controvertida (tarifa general por el uso de grabaciones audiovisuales en plataforma de televisión de pago por medio de la retransmisión) tiene su origen en el apartado 2 del artículo 122 del TRLPI que establece, para los usuarios de las grabaciones audiovisuales que se utilicen, entre otros, para actos de retransmisión (artículo 20.2.f y g) la “obligación de pagar” entre otros “a los productores de grabaciones audiovisuales la remuneración que proceda”.





582. El apartado 2 del citado artículo 122 especifica que el derecho a esta remuneración se hará efectivo a través de las entidades de gestión de propiedad intelectual. Es decir, se trata de un derecho de gestión colectiva obligatoria.
583. La amplitud del repertorio de la entidad de gestión podría ayudar a determinar si el valor económico de la explotación de los derechos es mayor o menor en determinados casos. Así, si concurrieran varias entidades en la gestión de una misma categoría de derechos, la amplitud del repertorio de cada una ellas (a falta de indicadores más precisos sobre el uso efectivo por parte de los usuarios de los derechos) sería un indicador adecuado para determinar el valor económico que aporta el repertorio de cada entidad al usuario.
584. En el caso que nos ocupa, la única entidad de gestión colectiva que, según sus previsiones estatutarias (folio 1315), gestiona en España la prestación de referencia es EGEDA. Dado que se trata de una prestación de gestión colectiva obligatoria, puede considerarse que la amplitud de su repertorio, con relación a esta prestación, es universal y que, por tanto, el criterio de amplitud está ya implícito en la determinación del ingreso comercial vinculada efectuada, sin que sean necesarias modulaciones adicionales expresas.
585. Esta SPCPI no comparte el criterio de la CNMC en su INF/DC/152/19 (apartado 65) en el sentido de que *“la determinación de tarifas, que tiene repercusión general para usuarios análogos y cierta vocación de duración en el tiempo, no debería hacerse tomando como premisa la situación actual, en la que sólo EGEDA es la entidad que gestiona los derechos afectados por este expediente. Corresponde alcanzar una fórmula que pudiera ser igualmente válida para el caso de que otra entidad de gestión (de ámbito nacional o inferior) proceda a gestionar igualmente esa categoría de derechos”*. En particular, a los efectos de la determinación de esta tarifa, no parece relevante la mención a los derechos que gestiona AGEDI (derecho conexo de los productores de fonogramas) sobre una categoría de grabaciones audiovisuales (los videoclips) que pueden ser objeto de retransmisión, pues su peso específico en el conjunto de los contenidos retransmitidos es reducido.
586. Por lo demás, no parece oportuno tampoco en este momento realizar una estimación a futuro (a un futuro incierto) en el que EGEDA pueda gestionar el mercado de la comunicación pública de grabaciones audiovisuales en competencia con otras entidades nacionales o extranjeras. En cualquier caso, las estimaciones actuales se mantendrán salvo que en el futuro la concurrencia de otras entidades de gestión con EGEDA en la gestión de los derechos altere los supuestos de partida empleados para el cálculo de la tarifa.





587. Con relación al criterio de grado de uso, esta SPCPI entiende que, dado que no concurren grabaciones audiovisuales gestionadas por EGEDA con grabaciones audiovisuales gestionadas por otras entidades, y que los ingresos vinculados se refieren exclusivamente a la actividad de retransmisión de grabaciones audiovisuales, el grado de uso del repertorio de EGEDA, con relación a esta prestación, es del 100 por 100, para todos los operadores que estén realizando retransmisiones. No es, por tanto, preciso un análisis individualizado o nominal de las grabaciones retransmitidas que tuviera por objeto determinar si los operadores de televisión de pago usan en mayor o menor grado las grabaciones audiovisuales que dan lugar a prestaciones gestionadas por una entidad de gestión o por otra.
588. La metodología aplicada para el cálculo de los ingresos comerciales vinculados se orienta a diferenciar dichos ingresos de los no relacionados con el uso del derecho o prestación. Así, el objetivo ha sido excluir los ingresos para los cuales el uso del repertorio no es relevante; en este caso, dentro de los ingresos por televisión de pago, se han excluido los relativos a canales propios y preeditados, de acuerdo con lo que también sostiene la CNMC en su INF/DC/152/19 (apartado 84).
589. Además, en la metodología aplicada se ha tenido en cuenta que la emisión de publicidad en los canales retransmitidos no genera en realidad valor para los prestadores de servicios de televisión de pago. En efecto, como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, uno de los motivos de los clientes de televisión de pago para contratar estos servicios es reducir el contenido publicitario.
590. Así las cosas, los ingresos comerciales vinculados estimados, dada la metodología aplicada, están referidos exclusivamente a la retransmisión de grabaciones audiovisuales, por lo que la intensidad del uso del repertorio es plena y dicho uso es también plenamente relevante para la obtención de dichos ingresos, siempre que el usuario de los derechos de propiedad intelectual esté efectuando un uso similar al de los operadores que se han tomado como referencia.

#### **III.4. Determinación de la tarifa general aplicable.**

##### ***III.4.1. Ajustes por actividad de retransmisión del operador, determinación del tipo tarifario y de la tarifa.***

591. Como se ha señalado, el ingreso comercial vinculado por abonado se ha calculado sobre la base de ofertas comerciales de dos operadores que retransmiten, a través de sus ofertas





de televisión de pago, la generalidad de los canales en abierto o al menos los de mayor audiencia.

592. Este órgano considera que ese dato debe tenerse en cuenta para graduar la tarifa a pagar en el caso de operadores que utilicen significativamente menos la retransmisión de canales. Para determinar si la utilización de los canales en abierto es más o menos significativa se tiene en cuenta la audiencia de dichos canales, calculada conforme a las siguientes precisiones:

- El porcentaje de audiencia de los canales retransmitidos incluidos en la oferta comercial de los operadores de TV de pago a tener en cuenta es la audiencia acumulada promedio anual que tuvieron dichos canales en el año precedente, excluidos, en su caso, los canales cuyo contenido mayoritario corresponda a vídeos musicales, calculado sobre el total de las audiencias de televisión lineal (independientemente de que se acceda a través de emisiones en abierto o de plataformas de TV de pago).
- Con el objetivo de mantener la simplicidad de la tarifa y la eficiencia en su gestión, se considerará la audiencia acumulada por todos los canales retransmitidos que se incluyan en alguna de las ofertas del operador de TV de pago.

593. Dado que, en 2017, la audiencia acumulada de los principales grupos empresariales que emiten en abierto (Corporación de Radiotelevisión Española, Mediaset y Atresmedia) se situó en el 72% (folio 1992) y, considerando la variabilidad que puede experimentar año a año esa cifra, este órgano considera que el ingreso comercial vinculado por abonado ajustado es válido para operadores de televisión de pago que incluyan en su oferta comercial canales con una audiencia igual o superior al 50% en el ejercicio precedente al de aplicación de la tarifa. En caso de que la audiencia de los canales ofertados fuera inferior a dicha cifra, se realizarían los siguientes ajustes.

AJUSTES POR NIVEL DE ACTIVIDAD DE RETRANSMISIÓN DE CANALES EN ABIERTO

	% Audiencia	Factor De ajuste	Ingreso comercial vinculado (€ por abonado y mes)	Ingreso comercial vinculado ajustado (€ por abonado y mes)
ALTO	Mayor o igual 50%	100%	6,8247	6,8247





<b>MEDIO</b>	Mayor o igual 25% y menor 50%	50%	6,8247	3,4123
<b>BAJO</b>	Mayor que 0% y menor que 25%	25%	6,8247	1,7062

% Audiencia: porcentaje de audiencia, en el ejercicio anterior al de aplicación de la tarifa, de los canales públicos que incluye alguna oferta comercial del Operador de Televisión de pago, medido de acuerdo con KANTAR MEDIA.

594. Como se ha expuesto, el ingreso comercial vinculado estimado que sirve de base para determinar la tarifa se ha calculado excluyendo cualquier ingreso que no esté directamente vinculado con el uso del derecho de retransmisión. Se ha tenido en cuenta, además, la posibilidad de que existan operadores con un nivel menos elevado de actividad de retransmisión.

595. En consecuencia, esta SPCPI considera que corresponde aplicar, para el cálculo de la tarifa, un tipo tarifario que refleje adecuadamente el valor económico que el uso de los derechos de retransmisión de grabaciones audiovisuales genera para sus usuarios, teniendo presente que dicho tipo se aplicará sobre una base estimada neta de ingresos no vinculados a los actos de retransmisión.

596. Tradicionalmente, en el ámbito de los derechos autorales para explotaciones que, basadas en una comunicación pública, son realizadas por usuarios que efectúan una utilización de máxima intensidad y relevancia, como las salas de cine o los operadores de televisión en canales temáticos de cine y series, se viene aplicando un tipo tarifario del 2%.

597. Esta SPCPI considera que dicho tipo tarifario, aplicado sobre el ingreso comercial vinculado ajustado por intensidad y relevancia, refleja adecuadamente el valor económico aportado por el derecho o prestación objeto de la tarifa.

598. En consecuencia, la tarifa se determina de acuerdo con el siguiente cuadro para cada nivel de actividad de retransmisión.

	Tipo aplicable	Ingresos comerciales vinculados (€ por abonado y	Tarifa (€ por abonado y mes)





		mes)	
ALTO	2%	6,8247	0,1365
MEDIO	2%	3,4123	0,0682
BAJO	2%	1,7062	0,0341

599. Tanto TELEFÓNICA como EGEDA han presentado alegaciones relativas a los ajustes por actividad de retransmisión y la fijación del tipo tarifario.

600. Así, en relación con los ajustes por actividad de retransmisión, TELEFÓNICA expone, en su alegación PRIMERA, que la tarifa fijada en la propuesta de resolución no admite variación real en función del uso efectivo del repertorio de EGEDA, señalando que los umbrales manejados para la magnitud de referencia colocarán indefectiblemente a todos los operadores en la franja más alta. Indica además que TELEFÓNICA no tendría forma de eludir este efecto en tanto que los compromisos asumidos en el marco del expediente C/0612/14/Telefónica/DTS por virtud de la Resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015 le imponen la obligación de retransmitir, precisamente, los canales públicos de mayor audiencia. Recuerda que este hecho fue puesto de manifiesto en el informe emitido por la CNMC (INF/DC/152/19) y quedó recogido en la propuesta de Resolución. También en su alegación NOVENA incide sobre este aspecto de la propuesta, proponiendo la utilización del indicador de audiencia como ponderador lineal de la cantidad final a pagar o, subsidiariamente, la fijación de tramos del 10% del nivel de audiencia aplicable.

601. A este respecto, es preciso recordar que la tarifa determinada por la SPCPI se ha fijado sobre la base de la estimación de un ingreso medio vinculado al uso de los derechos mediante la construcción de una oferta básica sintética. Esta oferta básica sintética refleja una utilización elevada, aunque no la máxima posible, de la retransmisión de canales públicos, ya que para su construcción se han utilizado datos de operadores que retransmiten, a través de sus ofertas de televisión de pago, la generalidad de los canales emitidos en abierto o al menos los de mayor audiencia, aunque no necesariamente todos ellos. Existe, además, una cierta variación entre los canales retransmitidos por los dos operadores cuyas ofertas se han utilizado para la construcción de la oferta básica sintética.

602. Esta técnica estimativa, junto con la necesidad de que la gestión de la tarifa sea simple, aconseja que los intervalos aplicados sean amplios y, en particular, que el correspondiente al nivel de utilización elevada sea suficientemente amplio. De esta





forma tienen cabida en dicho nivel ofertas que hagan una utilización de la retransmisión similares a las de cada uno de los operadores que han servido de base para la estimación, así como las que pudieran resultar razonablemente próximas, bien por una utilización más elevada o por una utilización más moderada. Esta SPCPI considera que, cumpliéndose el criterio de que la audiencia de los canales recogidos en la oferta de los operadores sea igual o superior al 50% de la audiencia total de la televisión en abierto, el valor económico que podría estimarse que aportan los derechos explotados a través de la retransmisión es también razonablemente similar al estimado para el operador sintético que ha servido como base para el cálculo de la tarifa, por lo que la tarifa debe ser la misma.

603. La inclusión de dos niveles de utilización inferiores permite a los operadores decidir sus políticas comerciales, diseñando ofertas selectivas que incorporen sólo los canales retransmitidos que consideren de mayor interés para sus clientes, de forma que mantengan el nivel de utilización deseado. Lógicamente, y teniendo presente la técnica estimativa aplicada, para que pueda considerarse un valor económico inferior derivado de los derechos incorporados a los contenidos retransmitidos, la utilización de la retransmisión tiene que ser sustantivamente inferior a la de la oferta sintética que sirve de base para el cálculo de la tarifa.
604. Ciertamente TELEFÓNICA podría tener dificultades para realizar este tipo de ajustes en su oferta mientras subsista la vigencia de los compromisos temporales asumidos en el marco del expediente C/0612/14/Telefónica/DTS de la CNMC, en el caso de que la obligación de retransmitir los canales principales fuera efectiva. A este respecto, cabe recordar que la efectividad de esta obligación depende de que los editores de los canales emitidos soliciten su aplicación. TELEFÓNICA no aclara si esta solicitud se ha producido. En todo caso, es preciso señalar que, al presentar esos compromisos y al asumirlos, tanto TELEFÓNICA como la CNMC eran conocedoras de que estaban limitando la libre configuración de ofertas comerciales de TELEFÓNICA y de que la retransmisión de los canales emitidos en abierto está sujeta al pago de una prestación económica a favor de los productores audiovisuales. En definitiva, la eventual limitación de la capacidad de TELEFÓNICA para configurar libremente su oferta de canales retransmitidos, si fuera de su interés, y reducir así el pago de la tarifa trae su causa en compromisos asumidos en sede de competencia que tienen por finalidad evitar los efectos negativos sobre la competencia que la operación de concentración con DTS pudiera haber generado y que no pueden servir de argumento para determinar una tarifa que permita reducir los pagos sin una reducción sustantiva de los contenidos retransmitidos que afecte a su valor estimado.





605. Adicionalmente, TELEFÓNICA manifiesta en su alegación NOVENA que el ajuste por actividad de retransmisión del operador está mal construido. Considera que la utilización de un ponderador que tiene en cuenta el porcentaje de audiencias es contradictorio con el párrafo 335 de la Propuesta dado que el valor del repertorio de EGEDA para el usuario se determine sobre la base de su actividad de puesta a disposición de los canales retransmitidos y no sobre el uso real que el cliente hace del repertorio. Propone como indicador alternativo el porcentaje de canales emitidos por un operador sobre el total de la oferta de canales públicos emitidos.
606. La SPCPI no encuentra contradicción entre tener en cuenta la audiencia de los canales retransmitidos para definir los intervalos de nivel de actividad y lo expuesto en el párrafo 335 de la Propuesta, que se refiere al concepto de “audiencia real” definido por TELEFÓNICA en su informe motivado, cuya orientación, aplicación y efectos ya se han analizado en extenso (epígrafe III.3.1 de esta Resolución). Como se señala en el párrafo 335 de la propuesta el “ingreso no se minora, ni aumenta, por un menor o mayor uso efectivo de dichos contenidos por parte de un cliente en concreto”, lo que no resulta incompatible con entender que los canales emitidos en abierto que gozan de mayor aceptación general por parte del público, lo que se refleja en índices de audiencia más elevados, aportan mayor valor al usuario cuando éste los incluye en su oferta de canales retransmitidos. La propia TELEFÓNICA parece entenderlo así, ya que incluye en su escrito de alegaciones (apartado 105) una afirmación del informe pericial emitido por RBB que equipara los canales en abierto principales con los de mayor valor: “tanto Telefónica como Vodafone incluyen dentro de su paquete básico los canales en abierto principales y de mayor valor”.
607. EGEDA, centra su alegación SÉPTIMA en los ajustes por actividad de retransmisión. Insiste en varios aspectos recogidos en otros apartados de sus alegaciones: el valor que aportan los canales retransmitidos es sustantivo; hubiera sido preciso un planteamiento de plataforma de televisión de pago sin retransmisión para establecer (por diferencia) los ingresos vinculados a la retransmisión; la SCPI considera criterios no establecidos legalmente en el artículo 164 que se utilizan para incorporar tres tramos de ajustes en las tarifas de EGEDA que implican cambios sustanciales en el valor económico de sus derechos (además, en ningún país europeo se efectúa una gradación de las tarifas atendiendo a la audiencia de los canales incluidos en la oferta de la plataforma). Considera además que no se han fundamentado los valores elegidos y que si la cuota de pantalla de los canales retransmitidos es el 91,8%, la reducción de audiencias hasta el porcentaje que se propone en la propuesta debe sustentarse de alguna forma. Concluye que el criterio de ajuste es inaplicable y que no responde al criterio de los ingresos vinculados a la explotación del repertorio por el usuario comercial.





608. Adicionalmente, sin perjuicio de sus alegaciones de fondo, y situándose en el sistema planteado por la SPCPI, EGEDA entiende que deben aclararse las siguientes cuestiones: la propuesta es que el factor sea la audiencia acumulada de los canales retransmitidos, debe aclararse que se trata de la audiencia acumulada anual; debería calcularse como la audiencia acumulada de todos los canales retransmitidos en alguna de las ofertas del operador de TV de pago (para evitar lo que EGEDA califica de posibles comportamientos oportunistas); debe aclararse que la audiencia se refiere a la audiencia total de los canales (independientemente de que se acceda de manera gratuita o desde plataformas de TV de pago); considera también necesario definir qué fuente de información se va a utilizar teniendo en cuenta que Kantar Media sólo mide las audiencias de TV lineal.
609. Respecto a los argumentos que reitera EGEDA, la SCPI considera oportuno recordar que la estimación llevada a cabo de los ingresos vinculados a la retransmisión, para un operador sintético con un nivel de actividad de retransmisión elevado, se ha realizado partiendo de dos operadores cuyo nivel de actividad de retransmisión se considera elevado por incluir en sus ofertas comerciales, entre otros, los principales canales que se emiten en abierto, aunque en otros aspectos (número de canales retransmitidos) sus ofertas presentan diferencias. Esta característica justifica que se adopte este criterio (audiencia total de los canales emitidos en abierto) como mecanismo para gradación de la tarifa en función del nivel de actividad de retransmisión. La observación de EGEDA de que hubiera sido necesario calcular el valor de la retransmisión por diferencia entre ofertas de plataformas de TV de pago que no incorporen canales retransmitidos exigiría, o bien partir de dos ofertas por lo demás idénticas (tanto en lo que se refiere a canales propios o pre-editados, como a otros productos o servicios de telecomunicaciones que se comercialicen de forma conjunta) una con canales retransmitidos y otra sin ellos o bien acudir a una metodología tipo *choice modelling*. La primera alternativa es inviable (por la inexistencia de ofertas comparables en esos términos) y la segunda supone realizar un ejercicio meramente hipotético (sin sustento en datos que revelen decisiones reales de los consumidores) que, además, está sujeto a los problemas ya descritos para este tipo de metodología. Frente a estas opciones la SPCPI ha considerado preferible, la realización de una estimación basada en precios de ofertas comerciales reales de los principales operadores de TV de pago y utilizando técnicas estimativas para la atribución, mediante variables o vectores de atribución, de los ingresos comerciales de paquetes de servicios comercializados conjuntamente a los canales retransmitidos.
610. Se ha razonado ya (epígrafe III.3 de esta Resolución) que la lista de criterios del artículo 164 no es exhaustiva y que el legislador no ha previsto expresamente que los eventuales criterios adicionales deban tener un carácter necesariamente complementario, como plantea EGEDA, aunque sí deben atender a los principios que marca el propio artículo.





Por otro lado cabe recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara en el sentido de que las tarifas deben fijarse por razón del "uso efectivo del repertorio" (Véanse, STS, Sala Tercera, de 19 de marzo de 2013 -recurso de casación núm. 2125/2009- y STS 4263/2017, de 23 de noviembre de 2017). Aplicado al caso presente, esto implica que los operadores de TV de pago deben de pagar tarifas más elevadas o más reducidas en función de que su nivel de utilización del repertorio (a través de la actividad de retransmisión) sea más alto o más bajo. En contra de lo que sostiene EGEDA, esto no supone cambios sustanciales en el valor económico de los derechos. Este valor no se altera por la graduación de la tarifa, que, simplemente, refleja que si los usuarios hacen usos sustancialmente distintos de los derechos, estando éstos dotados de igual valor, la tarifa que deben pagar los usuarios también debe ser sustancialmente distinta.

611. Con relación al hecho de que en otros países de la UE no se utilice el criterio de audiencia para graduar la aplicación de la tarifa, esta SPCPI considera que esto no es un obstáculo para la validez del mecanismo propuesto. De la información transmitida por EGEDA puede deducirse, además, que al menos en algunos países sí se gradúan las tarifas en función de que los contenidos retransmitidos sean más o menos amplios, aplicando el número de canales retransmitidos. Esta SPCPI considera, además, que tener en cuenta la audiencia de los canales incorporados en la oferta de la TV de pago permite una mejor aproximación al valor del uso del repertorio en la actividad del usuario y evita, en mayor medida que lo haría la utilización del número de canales, lo que EGEDA califica de comportamientos oportunistas. Así, si el ajuste se planteara por número de canales emitidos, sin tener en cuenta su audiencia, se estaría proporcionando incentivos a los operadores de TV de pago a excluir numerosos canales de audiencia minoritaria (en detrimento, además, del pluralismo de la oferta) para reducir los pagos, sin que realmente el valor del uso del repertorio fuera sustantivamente menor.
612. Los intervalos de nivel de uso de la actividad de retransmisión determinados, como ya se ha señalado, responden a que se ha empleado una técnica estimativa sobre una oferta básica sintética que refleja una utilización elevada, aunque no la máxima posible, de la retransmisión, lo que, junto a la necesidad de que la tarifa y su gestión sean simples, determina la conveniencia de intervalos amplios. Asimismo, la existencia de tres niveles refleja la necesidad de que los usuarios puedan definir la política comercial que estimen más adecuada, en relación con la incorporación de los canales retransmitidos.
613. Finalmente, de acuerdo con las alegaciones de EGEDA, esta SPCPI considera oportuno precisar en mayor medida los conceptos a aplicar para determinar la inclusión de las ofertas en cada nivel de actividad de retransmisión y mantener tarifas simples con costes de gestión reducidos. Se incorporan también precisiones que reflejan alegaciones de





otras partes sobre la necesidad de excluir del cómputo los contenidos audiovisuales (vídeos musicales) cuya gestión colectiva realiza AGEDI.:

614. Con relación al tipo tarifario, en sus alegaciones PRIMERA (apartado 59) y OCTAVA, TELEFÓNICA interpreta que la aplicación del tipo tarifario del 2% que plantea la SPCPI supone que se remunera por igual a las grabaciones audiovisuales que son a la vez obras audiovisuales y a las que son meras grabaciones audiovisuales. Mientras que una grabación audiovisual que a su vez es obra audiovisual atrae sobre sí dos categorías de derechos, autorales y conexos del productor, las grabaciones audiovisuales tan solo están revestidas del derecho conexo del productor. Propone utilizar a un criterio análogo al usado en sede de compensación equitativa por copia privada en el Real Decreto 1398/2018 de 23 de noviembre, que asigna a productores audiovisuales y a autores involucrados en las producciones audiovisuales un valor equivalente, igual a 1/3. Esta propuesta llevaría a que, si el tipo del 2% sirve para retribuir a las grabaciones audiovisuales que llevan aparejadas también derechos autorales, las grabaciones audiovisuales en las que sólo está en juego el derecho del productor, deberían retribuirse, según TELEFÓNICA, en la mitad de ese valor, es decir, al 1%.
615. A este respecto, conviene recordar que el objeto del procedimiento es la determinación de las tarifas generales aplicables a los actos de comunicación pública en la modalidad de retransmisión por cable de grabaciones audiovisuales correspondientes a los productores audiovisuales en virtud de lo establecido en el artículo 122 TRLPI, y que lo establecido en dicho artículo es independiente de si sobre la misma grabación el productor detenta o no otros derechos como cesionario de derechos de autor sobre obras audiovisuales. Como ya expusimos en un momento anterior, donde la Ley no distingue no se debe distinguir, y no hay motivos para atribuir mayor valor a priori a una grabación audiovisual de una obra que a una mera grabación audiovisual; valor, por lo demás, que no tiene por qué ser el mismo para los usuarios comerciales ni para sus clientes, que bien pueden atribuir mayor valor a las meras grabaciones que a las obras audiovisuales. Por lo tanto, el hecho de que en las reglas de reparto de EGEDA se atribuyan más derechos a las grabaciones de obras audiovisuales respecto a las meras grabaciones es algo que queda dentro del legítimo derecho de asociación y de propiedad, libremente decidido por su Asamblea, sin que pueda influir en el precio que deban abonar los usuarios que realizan retransmisión de canales televisivos en abierto y que, en principio, no distinguen entre la naturaleza de las grabaciones retransmitidas a la hora de cobrar a sus clientes. Adicionalmente, es conveniente reiterar que el valor de la tarifa se ha establecido atendiendo al valor que generan los derechos explotados en la actividad del usuario, sin pretender determinar (puesto que no es necesario hacerlo para establecer la tarifa) si el generado por grabaciones audiovisuales que, además, son obras es superior, igual o inferior al generado por grabaciones audiovisuales que no son obras.





Sería, por lo tanto, erróneo interpretar que el tipo del 2% se ha fijado para las grabaciones que son obras y derivar de ello que las grabaciones que no son obras deben estar sujetas a un tipo menor.

616. TELEFÓNICA argumenta también en sus alegaciones PRIMERA y OCTAVA que, desde el punto de vista de la retransmisión, no debería conferirse el mismo valor a una grabación preconfigurada por ser una obra audiovisual, realizada mediante un proceso de realización largo y complejo que requiere una fuerte inversión y comporta semanas o meses de rodaje, que a una grabación que, en el mejor de los casos, en el supuesto de existir, se fragua de manera automática, imperceptible e inevitable en el proceso de filmación y producción de la señal.
617. Parece entender TELEFÓNICA que el criterio que debe guiar la fijación del tipo tarifario (o al menos uno de ellos) es la recuperación de los costes incurridos en el proceso de producción audiovisual. Si fuera así (que no lo es) se debería tener presente la complejidad que puede suponer la producción de determinadas grabaciones emitidas en directo (por ejemplo, espectáculos deportivos donde se debe disponer de múltiples cámaras y coordinarse su intervención) y, además, se debería tener en cuenta otros parámetros que influyen en la recuperación de los costes. Entre ellos, cabe citar la existencia de múltiples vías para la recuperación de costes, las diferencias de ciclos de vida entre distintos tipos de grabaciones audiovisuales o la amplitud del público al que se dirigen.
618. A título meramente ilustrativo, un largometraje cinematográfico suele exhibirse primero en salas de proyección, puede ser luego comercializado a través de plataformas bajo demanda o en forma de DVD, emitido en televisiones en abierto en prime time (y retransmitido) y, posteriormente cuando ha perdido su carácter novedoso, emitido repetidas veces en otros horarios (también con retransmisión), puede ser exhibido, comercializado, emitido y retransmitido también en otros países, distintos de aquél en el que se ha producido, etc. No es infrecuente que años o décadas después de su producción este tipo de obras continúen generando ingresos para sus productores. Una grabación audiovisual realizada en directo sobre un tema de actualidad de interés local suele tener vías de recuperación de costes más limitadas, tanto por la amplitud de su público potencial, como por su ciclo de vida económica sensiblemente más corto. Así, podría ser emitida y retransmitida una sola vez, sin acceder a otros medios o públicos que pudieran contribuir a la recuperación de los costes de producción.
619. Sin embargo, como se ha señalado, esta SPCPI entiende que la recuperación de los costes de producción no es el principio que debe guiar la fijación del importe de la tarifa, determinado en este caso por la interacción de los ingresos comerciales vinculados y el





tipo tarifario. Por el contrario, se considera que el importe de la tarifa debe atender, conforme al principio marcado por la ley, al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario. Conforme a este principio y por las razones ya expuestas, se considera adecuado el tipo del 2%.

620. En su alegación OCTAVA, EGEDA expone que existen argumentos de índole jurídica y económica que podrían justificar la elección de un tipo superior al 2%. En primer lugar que concurren en la tarifa un derecho de simple remuneración, junto con un derecho exclusivo que faculta al titular para autorizar o prohibir la utilización. En segundo lugar, que no se ha analizado si la elección de un tipo tarifario del 2% implica que los operadores de televisión de pago estarían obteniendo una rentabilidad de la inversión muy superior a una rentabilidad de mercado acorde con el riesgo asumido. Señala EGEDA que la aplicación de este tipo supone que sólo el 2% de los ingresos iría a EGEDA y que el 98% restante se lo quedaría el operador de televisión de pago para cubrir los costes de retransmisión; remunerar al resto de titulares de propiedad intelectual y remunerar su inversión. EGEDA plantea que la SPCPI podría haber solicitado información a TELEFÓNICA sobre los costes incrementales asociados a la retransmisión. Y apunta que el tipo tarifario debería ser superior porque el tipo tarifario implícito en las tarifas acordadas por EGEDA con los operadores de televisión de pago oscila entre el 1,7% y el 8,8%.
621. Conviene recordar que el objeto del procedimiento es la determinación de las tarifas generales aplicables a los actos de comunicación pública en la modalidad de retransmisión por cable de obras y grabaciones audiovisuales correspondientes a los productores de grabaciones audiovisuales en virtud de lo establecido en el artículo 122 TRLPI y que el valor de la tarifa se ha establecido atendiendo al valor que generan los derechos explotados en la actividad del usuario, sin pretender diferenciar el valor asociado al derecho de autorizar la comunicación pública previsto en el artículo 122.1 o a la obligación de remuneración prevista en el artículo 122.2, puesto que esta SPCPI entiende que la autorización o licencia no exclusiva que concede la entidad queda subsumida en el pago de la remuneración equitativa (párrafo 175, de la Propuesta de Resolución).
622. Con relación al supuesto exceso de rentabilidad para el operador de televisión de pago, el que dichos operadores no precisen incurrir en costes adicionales o incrementales especialmente significativos para retransmitir canales, no implica que los ingresos procedentes de estos canales no deban contribuir a los costes comunes del conjunto de la actividad. En particular, las actividades de comunicaciones electrónicas (incluyendo en ellas los servicios de telecomunicaciones fijas y móviles y de transmisión o retransmisión de contenidos audiovisuales) se caracterizan por una estructura de costes





en la que predominan los costes fijos y de naturaleza común (especialmente los vinculados a la infraestructura de red, aunque también costes de estructura de la empresa, de marketing de las ofertas comerciales empaquetadas, etc.) de forma que si cada actividad o tipo de servicio cubriera sólo sus costes incrementales, el conjunto de servicios no podría prestarse o se prestaría con un elevado déficit económico. No existe ninguna razón para sostener que la actividad de retransmisión no debe contribuir a estos costes de naturaleza común en forma análoga al resto de actividades, por lo que no tiene sentido la pretensión de analizar los costes incrementales de esta actividad (y menos aún para un único operador), lo que, por otro lado tendría un coste desproporcionado, ya que exigiría la previa definición de criterios contabilidad de costes para definir los asociados a cada actividad.

623. Con relación a la comparación que realiza EGEDA con los tipos implícitos que resultarían de sus acuerdos con usuarios, cabe recordar, en primer lugar que dichos acuerdos implican tipos altamente diferenciados (en proporción superior a 5 a 1) para distintos usuarios, sin que EGEDA haya aportado justificación objetiva a estas diferencias y que, de acuerdo con el informe emitido por la CNMC, EGEDA goza de una posición de dominio que no permite concluir que los acuerdos revistan un carácter necesariamente equitativo (párrafos 324 y 325 de la Propuesta de Resolución).
624. El tipo determinado, por otro lado, es coherente con lo recogido en la memoria económica de las tarifas generales de EGEDA que defiende que “cualquier tarifa que represente menos del 3% de los ingresos vinculados a la explotación del repertorio debe ser considerada como una tarifa “razonable” a efectos del TRLPI” (Memoria económica justificativa del catálogo de tarifas generales de los derechos exclusivos y de los derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria gestionados por EGEDA, página 17). De hecho, la citada memoria cifraba las tarifas aceptadas por los usuarios entre el 0,5% y el 2,6% de los ingresos vinculados, por lo que una tarifa del 2% se encuentra en el rango medio-alto de los tipos que EGEDA parecía considerar razonables. Esta SPCPI no desconoce que el razonamiento anterior se apoyaba en un cálculo de los ingresos vinculados a la retransmisión más elevado del que subyace a la tarifa objeto de esta resolución. Sin embargo, considera que no puede apoyarse la razonabilidad y carácter equitativo de tipos superiores a los que EGEDA consideraba, en su momento, razonables sobre la base de que dichos tipos se hubieran reputado como razonables sólo para su aplicación a una a una base de ingresos sobrevalorada.

#### ***III.4.2. El valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de la tarifa.***





625. Finalmente es preciso estimar este dato. Dado que se ha optado por un diseño simple y eficiente de la tarifa, se estima que estos costes son también reducidos. Se trataría esencialmente de costes de naturaleza administrativa vinculados a: los procesos de facturación a los usuarios de los derechos o prestaciones (se considera que las facturaciones se producen trimestralmente); la contabilización de los ingresos (también trimestrales), informes trimestrales de supervisión, realizados por EGEDA o por un tercero contratado; y un estudio plurianual de revisión (se estima que dicho estudio deberá realizarse cada 5 años).

626. Los costes estimados, aplicando las categorías más próximas del Manual de Simplificación Administrativa de la AGE, se recogen en el siguiente cuadro. Dada la mayor complejidad del estudio de revisión plurianual, se estima para éste un coste equivalente al de los cuatro ejercicios de supervisión que se prevén para cada año. El coste estimado resulta, finalmente, en una repercusión adicional de 0,0002 euros por abonado y mes, independientemente de que el operador tenga un nivel alto, medio o bajo de actividad de retransmisión, dado que ello no afecta a las categorías de coste estimadas.

VALOR ECONOMICO DEL SERVICIO PRESTADO					
Elementos de coste (*)	Periodicidad anual	Usuarios	Eventos anuales (1)	Coste unitario	Coste anual
Facturación	Trimestral	185,5	4	5	3.700 €
Contabilización	Trimestral	--	4	300	1.200 €
Informes trimestrales	Trimestral	--	4	1.500	6.000 €
Estudio de revisión	Cada 5 años	--	0,2	6.000	1.200 €
Contribución a costes comunes (10% del total)	Anual	--	1	1.346 €	1.346 €
<b>TOTAL</b>					<b>13.456 €</b>
Coste por abonado y mes (media 2016/2017)					0,0002 € por abonado y mes
Fuentes:					
Manual de Simplificación Administrativa y Reducción de Cargas para la Administración General Del Estado					
Operadoras de Televisión de pago facturadas por EGEDA, según criterio de devengo. Media de los años 2016-2017					
Información aportada por EGEDA, folio 2156					

(\*) Se han asimilado los elementos de coste a las siguientes categorías del Manual. Facturación a Presentación convencional de documentos, facturas o requisitos; Contabilización a Llevanza de libros; Informes





trimestrales a auditoría o controles por organizaciones o profesionales externos, y para el Estudio de revisión se ha supuesto un importe equivalente al de cuatro Informes trimestrales

627. En su alegación NOVENA, EGEDA manifiesta que el valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de la tarifa estimado por la SPCPI está muy por debajo del coste de gestión que asume EGEDA.
628. En particular, EGEDA entiende que los costes de fijación de la tarifa deberían incluir los costes que ha supuesto el procedimiento de determinación de las tarifas generales (incluyendo recursos humanos, informes periciales y la parte de la tasa que EGEDA debe abonar). Considera también que debe contemplarse un escenario de incidencias en los cobros que incluya el coste de procedimientos judiciales. Igualmente considera que deben incluirse los costes de mantenimiento de la estructura de EGEDA.
629. Como ya se ha argumentado, la SPCPI considera que el coste de este procedimiento de determinación no debe incluirse ya que, por un lado, es importante aplicar los principios generales de eficiencia y buena gestión y, por ello, no resulta razonable que el coste de la determinación por parte de esta SPCPI de una tarifa general, derivado de una fijación inicial de una tarifa no adecuada por parte de la entidad de gestión, se repercuta a los usuarios sujetos a dicha tarifa. Por otro lado, hacerlo supondría dejar sin efecto, en la práctica, lo previsto en el Real Decreto 1023/2015 que determina el pago por la entidad de gestión cuyas tarifas se determinen en el procedimiento del 50% de la tasa correspondiente. Si se aceptara la propuesta de EGEDA, este 50% sería repercutido a los usuarios.
630. En lo que se refiere a los costes derivados de posibles incidencias en los cobros o procedimientos judiciales, esta SPCPI tampoco los considera admisibles, dado que las potenciales incidencias con algún usuario no pueden repercutirse, a través de la tarifa general, a todos los usuarios. Los procedimientos judiciales, por otro lado, disponen mecanismos propios para atribuir los costes a alguna de las partes cuando se estima procedente.
631. Si resulta razonable, en opinión de esta SPCPI, la alegación de que el valor económico del servicio prestado incorpora también determinados costes comunes (que EGEDA identifica con los asociados a la estructura) que no se han singularizado en el cálculo incluido en la propuesta. EGEDA financia los costes de los servicios que presta a sus asociados mediante un descuento sobre sus ingresos del entorno del 10%. Este porcentaje se puede aplicar, por analogía, al valor económico estimado del servicio prestado para hacer efectiva la aplicación de la tarifa. El resultado final es un incremento del valor estimado en 1.346 € al año que, sin embargo, no afecta a la tarifa estimada por





abonado y mes, dado que el efecto se produce a partir del quinto decimal y esta se redondea a cuatro decimales.

### ***III.4.3. Tarifa por abonado y mes, incluyendo el valor económico del servicio prestado***

<b>Nivel de Actividad De Retransmisión del operador</b>	<b>Tarifa incluido el coste del servicio prestado (€ por abonado y mes)</b>
ALTO	0,1367
MEDIO	0,0684
BAJO	0,0343

### **III.5. Comparación con tarifas para otros usuarios y con tarifas homólogas en otros países de la UE.**

#### ***III.5.1. Tarifas establecidas por la entidad de gestión para otros usuarios para la misma modalidad de uso.***

632. Este criterio tiene una escasa aplicabilidad en el caso de la tarifa objeto de controversia, pues se trata de fijar una tarifa general para todos los operadores del sector, no de decidir la tarifa aplicada a un concreto operador. Tampoco resulta aplicable, como ya se ha argumentado (apartado 397) la comparación con actividades de retransmisión en establecimientos de alojamiento. No obstante, se han tenido en cuenta, como ya se ha señalado, las distintas tarifas acordadas entre EGEDA y distintos operadores de televisión de pago por los actos de retransmisión de grabaciones audiovisuales.





***III.5.2. Tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la UE, para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación.***

633. La comparación con tarifas de entidades homólogas de países de la UE tiene una utilidad limitada, tanto por la diferencia en los derechos que son objeto de protección, como por las propias características de las economías de dichos Estados y, en particular, por los rasgos de sus sectores audiovisuales.
634. A pesar de estas diferencias, se observan algunos elementos comunes que conviene poner de relieve.
635. En primer lugar, para todos los países para los que EGEDA ha remitido información (Austria, Bélgica, Holanda, Dinamarca, Alemania, Finlandia, Suecia, Francia, Irlanda y Luxemburgo), el sistema habitual de tarificación es una cantidad por abonado y período de tiempo (abonado/mes o abonado/trimestre). Esta forma de tarificar es, por tanto, similar a la que se establece en esta resolución.
636. En segundo lugar, en varios de estos países (Dinamarca, Finlandia, Irlanda) la tarifa varía en función del número de canales que se retransmite, siendo mayor cuanto mayor es dicho número, aunque el coste adicional de cada canal es habitualmente decreciente. No siguen esta regla de coste decreciente canales que es de suponer que no están disponibles para los clientes del país en modalidad distinta a la retransmisión (como, por ejemplo, los canales suecos en Finlandia, que tienen un coste unitario superior al de los canales finlandeses).
637. En tercer lugar, en la información remitida por EGEDA no consta que las tarifas por abonado y período de tiempo aplicadas en estos países difieran en función del número de abonados de cada usuario, incorporando descuentos al aumentar dicho número, o que varíen al cambiar el número de abonados total del ámbito de la televisión de pago.
638. En lo que se refiere al importe de las tarifas, con la excepción de Francia, en todos los países objeto de análisis es superior al que se establece mediante esta resolución. No obstante, al valorar esta diferencia deben tenerse presentes los siguientes condicionantes:
- En parte, esta diferencia se reduce cuando se calculan las tarifas aplicando la corrección por paridad de poder de compra. En el caso de Francia al efectuar esta corrección aumenta la diferencia positiva a favor de la tarifa establecida para España.





- Debe tenerse en cuenta la naturaleza dispar de los derechos protegidos, que resta utilidad a la comparación.
- España es, con diferencia, el país de entre el grupo en el que es mayor el número de hogares que pueden acceder a los mismos contenidos que son objeto de retransmisión gratuitamente a través de la TDT, que constituyen la mayor parte de los canales retransmitidos. Como se ha argumentado, esta característica resta valor al uso de los derechos a través de la retransmisión, lo que, lógicamente debe reflejarse en la tarifa. Aunque el acceso de hogares a la emisión vía satélite es inferior en España al de la mayor parte de los países analizados, estas diferencias no son tan sustantivas como en el caso del acceso vía TDT y no compensan, por lo tanto, el menor valor de uso de los derechos a través de la retransmisión. Lamentablemente, EGEDA no ha podido proporcionar datos de entidades de gestión de economías donde el acceso a la TDT es más similar al de España (como Grecia o Italia).

Niveles comparativos de precios del consumo final de los hogares, incluidos los impuestos indirectos			Tarifa EEGG	
Países de la UE recopilados	Publicación Comisión Europea UE28=100	Elaboración Propia España=100	Tarifa € abonado/mes Precios corrientes de cada país	Tarifa € abonado/mes descontado el efecto precios del país, (se ha utilizado niveles de precios comparados de la UE )
Alemania	104,3	112,76%	0,1850	0,1641
Austria	109,6	118,49%	0,1930	0,1629
Bélgica	111,1	120,11%	0,5900	0,4912
Dinamarca	137,9	149,08%	2,0650	1,3852
España	92,5	100,00%	0,1367	0,1367
Finlandia	122,5	132,43%	0,5600	0,4229
Francia	110,3	119,24%	0,1000	0,0839
Irlanda	127,3	137,62%	1,3141	0,9549
Luxemburgo	126,6	136,86%	1,5758	1,1514
Suecia	118,5	128,11%	0,7500	0,5854
UE 28	100	108,11%		

Fuente: Eurostat base de datos actualizada a 1/08/2019

639. Aunque EGEDA argumenta que el mayor uso de la retransmisión en otros países genera economías de escala que facilitan tarifas menores, lo cierto es que la producción de los contenidos audiovisuales se beneficia de igual forma de economías de escala





(entendiendo por tales las obtenidas al explotar los derechos mediante la modalidad de retransmisión) y de economías de alcance (entendiendo por tales las obtenidas al explotar los derechos mediante modalidades distintas, como la emisión o transmisión). En este sentido, podría ser relevante, en todo caso, el tamaño total del sector audiovisual en el que se utilizan los contenidos y no el tamaño del segmento de televisión de pago. Este es un argumento adicional para subrayar la escasa utilidad de comparar el importe de la tarifa con países de tamaño reducido (como Dinamarca, Finlandia, Austria, Suecia, Bélgica, Holanda, Irlanda o Luxemburgo), pero no para inferir que en Estados con un número de hogares más similar al de España la tarifa deba ser menor por un mayor desarrollo del sector de televisión de pago.

#### IV. RESOLUCIÓN.

##### IV.1. Determinación de la tarifa controvertida.

640. Se determina la tarifa por abonado y mes que a continuación se indica, según los fundamentos expuestos en los apartados 591 a 598 e incluyendo el valor económico del servicio prestado, calculado conforme lo explicado en los apartados 625 a 631.

Nivel de actividad de retransmisión del operador	Tarifa incluido el coste del servicio prestado (€ por abonado y mes)
ALTO	0,1367
MEDIO	0,0684
BAJO	0,0343

##### IV.2. Entrada en vigor, alcance temporal y forma de pago de la tarifa.

641. Según lo dispuesto en el artículo 194.3 del TRLPI y 24.2 del RD 1023/2015, esta Resolución será aplicable a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, con alcance general para todos los titulares y obligados y a las





propias entidades de gestión, respecto de la misma modalidad de uso de obras y prestaciones e idéntico sector de usuarios.

642. En la Propuesta de Resolución esta SPCPI consideró que la tarifa general establecida debía sustituir las fijadas por EGEDA en junio de 2016, para su aplicación efectiva a partir de su notificación a la Administración competente (art. 186.d) TRLPI) , proponiendo así que la tarifa general fijada se aplicaría en el tiempo desde el momento en que se previó por EGEDA la aplicación de las tarifas generales aprobadas en 2016, esto es, desde el 22 de junio de 2016, fecha en que tuvo lugar la notificación del catálogo de tarifas generales de 2016 de EGEDA al, entonces, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.
643. Sin embargo, a la vista de las alegaciones presentadas por distintas partes interesadas, entre ellas EGEDA, AGEDI y AIE, esta SPCPI ha decidido reconsiderar su postura, entendiendo que, efectivamente, no existe basamento normativo suficiente para decidir una aplicación retroactiva de la Resolución dictada por este Órgano, y que por lo tanto - sin perjuicio de que en el futuro pueda ser aclarado por el legislador- no pueden recibir el mismo tratamiento las tarifas generales establecidas por las entidades de gestión que las tarifas determinadas por la SPCPI, por más que ambas deban decidirse a partir de criterios comunes y que las segundas corrijan y sustituyan a las primeras.
644. Nos anima también a modificar el anterior criterio el hecho -relevante- de que los tribunales civiles hayan admitido a trámite la demanda interpuesta por EGEDA contra TELEFÓNICA reclamando los pagos correspondientes a las tarifas generales entonces vigentes por el uso de su repertorio, desde su aprobación en junio de 2016 hasta la fecha en que se dicte y publique en el BOE esta Resolución de la SPCPI, desestimando así la Declinatoria presentada por TELEFÓNICA.
645. De tal modo, por más que esta Resolución corrija las tarifas generales aprobadas por EGEDA en junio de 2016, lo hace “ex nunc”, con efectos “erga omnes”, desde su publicación en el BOE, sin interferir en lo que hayan decidido o decidan las partes, o en su caso los tribunales de la jurisdicción ordinaria, en relación con las tarifas generales vigentes con anterioridad.
646. Así pues, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 194.3 TRLPI y 24.2 RD 1023/2015, esta Resolución y la tarifa en ella determinada será aplicable a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, con alcance general para todos los titulares y obligados y a las propias entidades de gestión, respecto de la misma modalidad de uso de obras y prestaciones e idéntico sector de usuarios.





647. No obstante, esta Resolución no afectará a los términos dispuestos en los acuerdos libremente alcanzados anteriormente entre la entidad de gestión (EGEDA) y los usuarios (televisiones de pago) en uso de la autonomía de su voluntad. Y es así porque la obligación de fijar tarifas generales para una entidad de gestión no impide la negociación de tarifas pactadas individualmente con los distintos usuarios de su repertorio. Así lo ha venido entendiendo la Sala Primera del Tribunal Supremo en sus Sentencias núm. 1393/2008, de 15 de enero y 228/2009, de 7 de abril. Y así lo prevé de hecho la normativa reglamentaria relativa al procedimiento de determinación de tarifas competencia de esta SPCPI: i) artículo 20 del RD 1023/2015, que establece como presupuesto de iniciación del procedimiento la frustración de cualquier acuerdo en las negociaciones de la entidad de gestión con usuarios de su repertorio; ii) párrafo segundo del apartado 4 del artículo 24 del RD 1023/2015, en virtud del cual “la resolución no afectará a los términos dispuestos en los acuerdos alcanzados entre entidades de gestión y usuarios en uso de la autonomía de la voluntad” y; iii) artículo 3 de la anulada Orden Ministerial ECD/2574/2015, según el cual (que utilizamos como mera referencia) la metodología para establecer tarifas generales “se entiende sin perjuicio de los acuerdos alcanzados entre entidades de gestión y los usuarios para la aplicación de tarifas distintas”.
648. No cabe estimar la alegación efectuada por ORANGE en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución, en el sentido de que el artículo 24.2 RD 1023/2015 está pensado para evitar que la decisión de la SPCPI pueda tener un efecto negativo sobre los acuerdos adoptados por los usuarios con las entidades de gestión, cuando estos tengan condiciones más beneficiosas. Y también en la interpretación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en virtud de la cual se considerarían nulos los acuerdos que fijasen una tarifa desproporcionadamente superior con la tarifa acordada posteriormente entre la entidad de gestión y otros operadores.
649. Interpretación ésta que no puede ser admitida, pues parte primero de la conclusión de que las Resoluciones de esta SPCPI siempre deben tener como resultado una reducción notable de las tarifas generales fijadas anteriormente por las entidades o de las acordadas entre las entidades y los usuarios; intenta trasladar a una resolución administrativa con efectos “erga omnes” interpretaciones judiciales que resuelven conflictos “inter partes”; y, finalmente, no tiene en cuenta lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 24 del RD 1023/2015 por el que se rige esta SPCPI, precepto literosuficiente para afirmar la prevalencia de los acuerdos alcanzados entre entidades de gestión y usuarios en uso de la autonomía de la voluntad; acuerdos, por cierto, en los que los usuarios seguramente negociaron una rebaja sobre las tarifas generales fijadas por la entidad de gestión.





650. Finalmente, al considerar esta SPCPI que la estabilidad en el tiempo de la tarifa determinada en la presente Resolución conlleva beneficios tanto para las entidades de gestión como para los usuarios, al minimizar los costes asociados a una posible modificación tarifaria, la solicitud de su revisión por parte de los sujetos indicados en el artículo 20.1 del RD 1023/2015 sólo se admitirá cuando se acredite motivadamente que han tenido lugar cambios significativos en el sector de la televisión de pago que afecten de forma manifiesta a la tarifa aquí determinada.

651. En cuanto a la forma de pago de la tarifa, se realizará en la forma en que EGEDA y los usuarios acuerden libremente.

#### **IV.3. Determinación de la tasa.**

652. El artículo 26 del RD 1023/2015 prevé el devengo de una tasa una vez finalizado el procedimiento de determinación de la tarifa, por resolución. La cuantía a ingresar en concepto de tasa se establecerá en cada procedimiento por la SPCPI, teniendo en cuenta la cifra total anual estimada equivalente a la explotación de los derechos objeto de la controversia, así como el plazo de duración de la resolución o acuerdo convencional. Sobre esa cantidad se aplicarán los tipos proporcionales indicados en dicho artículo, sin perjuicio de la cantidad mínima de 16.659,47 euros a abonar en aquellos procedimientos en que la cantidad resultante estimada no supere la cuantía de 16.659.470 euros.

653. Dado que, en el presente procedimiento, esta SPCPI estima que la cifra anual estimada equivalente a la explotación de los derechos de EGEDA por parte de TELEFÓNICA no supera los 16.659.470 euros, se establece que la cuota de esta tasa es igual a 16.659,47 euros. Correspondiendo a EGEDA el abono del cincuenta por ciento de dicho importe y el restante cincuenta por ciento a TELEFÓNICA.

#### **IV.4. Notificación y Publicación.**

654. Se ordena la notificación de esta Resolución a todas las partes y a los terceros interesados que se hayan personado en el presente procedimiento, en el plazo de diez días desde su adopción (artículo 24.2 RD 1023/2015 y artículo 40 LPAC) así como su publicación en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 194.3 TRLPI y 24.2 RD 1023/2015.

#### **IV.5. Recursos.**

655. La presente Resolución pone fin a la vía administrativa y puede ser impugnada directamente ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional





MINISTERIO  
DE CULTURA  
Y DEPORTE

COMISION DE PROPIEDAD  
INTELECTUAL

SECCIÓN PRIMERA

Secretaría

conforme a lo establecido en el artículo 11.1.a) de la *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, el artículo 66 de la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, el artículo 194.3 del *TRLPI* y el artículo 24.2 del *RD 1023/2015*, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.1 de la *citada Ley 29/1998*.

656. Asimismo, esta Resolución podrá ser recurrida potestativamente en reposición, en el plazo de un mes y ante esta misma SPCPI, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 123 y 124 de la *LPAC* y artículo 27 del *RD 1023/2015*.

657. La interposición de recurso contra esta Resolución no suspenderá la ejecución de la misma (*art. 24.3 RD 1023/2015 y art.117.1 LPAC*).

Madrid 23 de julio de 2020

EL SECRETARIO, por suplencia

V.B. El Presidente de la Sección Primera  
de la Comisión de la Propiedad  
Intelectual

FIRMADO CON CERTIFICADO ELECTRÓNICO

Juan Carlos Fernández Abad

Fernando Carbajo Gascón

