

Resolución (Expte.S/0157/09 EGEDA)

Consejo:

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D^a Paloma Ávila de Grado, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 2 de marzo de 2012.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición arriba expresada, y siendo Ponente la Consejera D^a María Jesús González López, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/0157/09 EGEDA, incoado contra la ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (“EGEDA”), por prácticas de abuso de posición de dominio contrarias a los artículos 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 10 de junio de 2009 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) denuncia formulada por la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (“CEHAT”), contra la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (“EGEDA”), por prácticas de abuso de posición de dominio contrarias a los artículos 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Según la denuncia, dichas prácticas consistirían en la imposición por parte de EGEDA de unas tarifas abusivas en concepto de remuneración por el derecho de comunicación pública, correspondiente a las retransmisiones efectuadas en las habitaciones de los huéspedes de hoteles (folios 1 a 225). Esta denuncia fue ampliada y complementada mediante escritos de CEHAT de 30 de junio de 2009 (folios 226 a 258) y 21 de junio de 2010 (folios 2.079 a 2.101).

2. Conforme a lo establecido en el artículo 49.2 LDC, la Dirección de Investigación abrió una información reservada. El 1 de julio de 2009 requirió información a EGEDA sobre las reuniones mantenidas entre ésta y CEHAT en el seno de la Comisión Mediadora de la Propiedad Intelectual, sobre el contrato firmado con la cadena de hoteles NH y sobre el repertorio administrado por la entidad de gestión (folios 259 a 261).
3. Lo escritos de EGEDA respondiendo al requerimiento de la DI y aportando información sobre su Registro de Obras y Grabaciones Audiovisuales y la metodología de reparto, sobre los contratos firmados y sobre el uso del “choice modelling”, como método para determinar tarifas, tuvieron entrada en la CNC los días 21 de julio de 2009, (folios 282 a 1.564); 22 de septiembre de 2009, (folios 1.609 a 1.675), y 27 de octubre de 2009 (folios 1.676 a 1.801).
4. La DI requirió a EGEDA información adicional el 5 de noviembre de 2009 (folios 1.802 a 1.804) y el 1 de febrero de 2010 (folios 1.819 a 1.821). EGEDA respondió a estos requerimientos por escritos de 1 de diciembre de 2009 (folios 1.812 a 1.818); 22 de febrero de 2010 (folios 1.829-1.965), y 16 de marzo de 2010 (folios 1.966-2.041).
5. El 7 de junio de 2010, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC, la Dirección de Investigación acordó la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia en el mercado de autorización de comunicación pública, correspondiente a las retransmisiones efectuadas por los titulares de los establecimientos hoteleros que estarían prohibidas en los artículos 2 de la LDC y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Este expediente quedó registrado con el número S/0157/09, al que se incorporó lo actuado en la información reservada (folios 2.055 y 2.066). En el mismo acuerdo se declara como interesada en el expediente a la denunciante, CEHAT.
6. El 11 de junio de 2010 tuvo entrada escrito de Antena 3 Televisión, S.A. en el que solicita el reconocimiento de la condición de interesado en el expediente de referencia (folio 2.071). Con fecha 2 de agosto de 2010, la Directora de Investigación acordó denegarle la condición de interesada en el expediente (folios 2.535 a 2.538).
7. El 5 de julio de 2010 tuvo entrada en la Dirección de Investigación escrito de NH Hoteles, S.A. (NH), en el que solicita el reconocimiento de la condición de interesado en el expediente de referencia (folios 2.504 a 2.519). El 16 de agosto de 2010, la Directora de Investigación acordó conceder a NH la condición de interesada en el expediente (folios 2.576 a 2.579).
8. Con fecha 2 de diciembre de 2010, la Dirección de Investigación solicitó a EGEDA información sobre los procesos judiciales emprendidos por EGEDA contra los titulares de establecimientos hoteleros, así como los contratos firmados entre EGEDA y titulares de establecimientos hoteleros y las condiciones tarifarias ofertadas por EGEDA (folios 2.615 y 2.616). La contestación a esta solicitud de información tuvo entrada en la CNC el 29 de diciembre de 2010 (folios 2.632 a 6.074), aportando EGEDA posteriormente una versión no confidencial, (folios 6.085 a 6.111).

9. El 12 de enero de 2011, la Dirección de Investigación solicitó a EGEDA información sobre las condiciones de reparto de la remuneración entre EGEDA y otras entidades de gestión en el caso de los contratos otorgados conjuntamente por EGEDA y otras entidades de gestión (folios 6.080 a 6.081). El 28 de enero de 2011 se recibe la respuesta de EGEDA 6.118 a 6.157). Y en la misma fecha EGEDA aportó información adicional que se incorpora al expediente relativa al proceso de negociación del nuevo contrato con la Federación Española de Hostelería, FEHR, (folios 6.158 a 6.172).
10. Con fecha 11 de febrero de 2011, se incorporó al expediente nota de prensa obtenida de la página web del Instituto Nacional de Estadística, “Encuesta de Ocupación de Alojamientos Turísticos” de 2009 (folio 6.178).
11. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC, el 14 de febrero de 2011, la DI formuló el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), que fue notificado a las partes el 15 de febrero de 2011, (folios 6.179 a 6.236).
12. Las alegaciones al PCH de las partes tuvieron entrada en la CNC en las siguientes fechas: CEHAT el 14 de marzo de 2011 (folios 6.322 a 6.326); NH el 15 de marzo de 2011 (folios 6.329 a 6.342), y EGEDA el 16 de marzo de 2011 (folios 6.688 a 6.747), proponiendo la práctica de determinadas pruebas. EGEDA remitió dos nuevos escritos de fecha 30 de marzo de 2011 complementando las anteriores alegaciones (folios 6.972 a 7.046).
13. Con fecha 16 de mayo de 2011 la DI solicitó a EGEDA información sobre el importe de la recaudación de todos los derechos que gestiona en el año 2010 y del importe de la recaudación total en España en relación con el mercado de gestión de autorizaciones y de remuneración por comunicación pública de los productores audiovisuales a los establecimientos hoteleros por actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes para cada uno de los años comprendidos entre 2005 y 2010, (folio 7.059 bis). EGEDA dio respuesta a esta petición en su escrito de fecha 27 de mayo de 2011 (folios 7.379 a 7.383 confidencial).
14. Con fecha 16 de mayo de 2011 la DI procedió al cierre de la instrucción a que se refiere el artículo 33 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), RD 261/2008 de 23 de febrero de 2008, (folio 7.063 bis), notificándolo a las partes al día siguiente.
15. El 17 de mayo de 2011 se recibió nuevo escrito de EGEDA comunicando la adopción de determinadas medidas de forma unilateral sobre la tarifa general comunicada al Ministerio de Cultura (folios 7.064 a 7.078).
16. Con fecha 18 de mayo de 2011 y de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, la DI remitió a las partes la Propuesta de Resolución, (folios 7.094 a 7.183, confidencial).
17. El 3 de junio de 2011 se recibieron en la CNC las alegaciones a la Propuesta de Resolución de CEHAT (folios 7.390 a 7.396) y el 7 de junio de 2011 las alegaciones de EGEDA, en las que solicita la práctica de pruebas y la celebración de vista (folios 7.397 y ss.).

18. Con fecha 7 de junio de 2011 la DI elevó al Consejo el Informe y Propuesta de Resolución a que se refiere el artículo 50.5 de la LDC, acompañado de las alegaciones a la Propuesta de Resolución y del expediente completo. La DI propone al Consejo:

PRIMERO: *Que se declare que EGEDA ha infringido el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, incurriendo en un abuso de posición de dominio en el mercado de otorgamiento de autorizaciones y de remuneración por comunicación pública de los productores audiovisuales a los establecimientos hoteleros por actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes, como consecuencia de las siguientes conductas:*

- a. *vincular la cuantía de la tarifa a la categoría de los hoteles, cuando dicha categoría carece de relación razonable con la prestación de EGEDA,*
- b. *vincular la tarifa general al número de plazas hoteleras disponibles, sin introducir en la misma otros mecanismos que permitan tener en cuenta la utilización real de la prestación de EGEDA, existiendo alternativas capaces de medir de una forma más precisa dicha utilización sin dar lugar a un incremento injustificado de los costes,*
- c. *establecer tarifas excesivas a los hoteles, en comparación con las vigentes en países de nuestro entorno y con las exigidas por la propia EGEDA a otros usuarios como los operadores de televisión de pago,*
- d. *desarrollar una estrategia consistente en aprobar unas tarifas generales elevadas y desproporcionadas con la finalidad de inducir a los hoteles a suscribir los correspondientes contratos con EGEDA y utilizarlas como mecanismo de retorsión en caso de incumplimiento contractual, y*
- e. *la falta de transparencia en los criterios de fijación y aplicación efectiva de las tarifas, que lleva a la discriminación injustificada entre hoteles.*

SEGUNDO: *Que se declare responsable de dicha infracción a EGEDA.*

TERCERO: *Que esas conductas prohibidas se tipifiquen, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como una infracción muy grave del artículo 62.4.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.*

CUARTO: *Que se imponga a EGEDA la sanción económica correspondiente conforme a las previsiones legales aplicables.*

QUINTO: *Que se intime a EGEDA para que en el futuro se abstenga de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.*

SEXTO: *Que se obligue a EGEDA a que mantenga publicada la Resolución que se adopte, en su caso, en la página principal de su página web, así como que recoja la parte dispositiva de la Resolución en los boletines que EGEDA edite.*

SÉPTIMO: *Que se adopten los demás pronunciamientos a los que se refiere el artículo 53 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en la medida que resulten pertinentes.*

19. En escritos de fechas 29 de junio (folios 8.172 a 8.180); 6 de julio (folios 8.181 a 8.185); 19 de julio (folios 8.186 a 8.265), y 24 de noviembre de 2011 (folios 8.281 a 8.289), EGEDA aporta documentación variada que pide se incorpore al expediente y reitera la solicitud de pruebas y la celebración de vista (folios 8.172 a 8.299).
20. En cumplimiento de lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia, se remitió a la Comisión Europea la propuesta de resolución, lo que suspende el plazo de resolución, que fue reanudado con fecha 5 de diciembre de 2011.
21. Por Acuerdo de 20 de diciembre de 2012 el Consejo admitió parcialmente las pruebas propuestas por EGEDA, suspendiendo con la misma fecha el plazo para resolver. Asimismo acuerda el levantamiento de la confidencialidad de determinados folios relacionados.
22. Con fecha 18 de enero tuvo entrada en la CNC el escrito de EGEDA aportando los anexos estadísticos que sobre la base de las pruebas que había propuesto le habían sido solicitados, así como otros documentos ajenos a la práctica de la prueba acordada por el Consejo en Acuerdo de 20 de diciembre de 2011. El Consejo, considerando irregular la aportación de dicha documentación, por Acuerdo de 27 de enero de 2012 procedió a su devolución.
23. Con fecha 23 de enero se abrió el plazo de 10 días de valoración de prueba que, a petición de EGEDA, fue prorrogado en 5 días hábiles con fecha 30 de enero de 2012.
24. Recibida la valoración de prueba de EGEDA el 14 de febrero de 2012, con la misma fecha se levanta la suspensión de plazo.
25. El 23 de febrero de 2012 se solicitó a EGEDA información necesaria para la resolución del expediente, suspendiendo el plazo de resolución por tres días. La respuesta entro en la CNC el 28 de febrero, reanudándose el cómputo del plazo con la misma fecha.
26. El Consejo deliberó y terminó de resolver este expediente en su reunión del día 1 de marzo de 2012.
27. Son interesadas en este expediente las siguientes empresas:
 - ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES, (EGEDA).
 - CEHAT.
 - EMPRESA HOTELERA NH HOTELES, S.A.

HECHOS PROBADOS

La Dirección de Investigación y este Consejo consideran que los Hechos Probados relevantes para la Resolución de este expediente son los siguientes:

A) LAS PARTES

A continuación se realiza una breve descripción de la parte imputada y de las consideradas interesadas en el presente expediente sancionador:

• **ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA)**

EGEDA es una entidad de gestión de las previstas en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, BOE de 22-04-1996 (en adelante, LPI). EGEDA fue autorizada como entidad de gestión el 18 de septiembre de 1990, mediante Orden Ministerial de 29 de octubre.

De acuerdo con los estatutos de dicha entidad (artículo 2), *“constituye objeto y fin primordial de la Entidad, la gestión, representación, protección y defensa de los intereses y derechos de los productores de obras y grabaciones audiovisuales, así como de sus derechohabientes, ante personas, sociedades y organizaciones públicas y privadas, tanto españolas, como de la Unión Europea o de terceros países”*.

El párrafo 2º del citado artículo enumera los actos que constituyen el objeto de EGEDA, señalando que, en especial, es objeto de dicha entidad la gestión y protección de los derechos de propiedad intelectual que a los productores de obras y grabaciones audiovisuales corresponden como consecuencia de:

- a. *La comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales en las formas previstas en las letras g) y j) del número 2 del artículo 20 LPI.*
- b. *La retransmisión íntegra, inalterada y simultánea de obras y grabaciones audiovisuales emitidas o transmitidas por terceros emisores o transmisores, con posterior distribución a receptores individuales o colectivos bien mediante señal difundida de forma inalámbrica o bien cuando dicha señal es transmitida por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, incluidas la redes telefónicas o de comunicaciones, abiertas o cerradas, y ya sea por procedimientos analógicos, digitales o por cualquier otro procedimiento.*
- c. *La compensación prevista en el artículo 25 LPI.*
- d. *La remuneración reconocida en el número 2 del artículo 122 LPI.*
- e. *La reproducción de grabaciones audiovisuales, o de fragmentos o secuencias de las mismas, o de las partes o capítulos de que consten, en programas emitidos por las entidades de radiodifusión y en otros como los soportes multimedia, es decir, aquellos soportes digitales que integran la palabra escrita y/o hablada, la imagen, con sonorización o sin ella, y que*

permiten o no la interacción, es decir, el diálogo bidireccional en un marco de opciones más o menos limitado.

- f. La reproducción y puesta a disposición del público de las obras y grabaciones audiovisuales, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.*
- g. La reproducción y puesta a disposición del público de las obras y grabaciones audiovisuales a través de redes de comunicaciones con empleo de medios, sistemas o procedimientos de intercambio de archivos.*

EGEDA recauda los derechos mencionados de los usuarios que realizan algún acto de comunicación pública de obras audiovisuales: establecimientos hoteleros, gimnasios, establecimientos penitenciarios, establecimientos de hostelería, operadores de cable, etc.

Además de su sede en España, EGEDA cuenta con delegaciones en otros países, a saber: Estados Unidos, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Uruguay. EGEDA está integrada en EUROCOPYA (asociación internacional que engloba a varias entidades de gestión de derechos de productores audiovisuales) y mantiene relaciones de colaboración con AGICOA, entidad que recauda y distribuye los derechos de transmisión por cable que corresponden a los productores audiovisuales en 30 países europeos.

- **CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE HOTELES Y ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS (CEHAT)**

CEHAT se constituyó el 1 de enero de 2004, fruto de la fusión entre la Federación Española de Hoteles (F.E.H) y la Agrupación Hotelera de las Zonas Turísticas de España (ZONTUR).

CEHAT está compuesta por asociaciones hoteleras de ámbito local o provincial. Son miembros de CEHAT una serie de establecimientos hoteleros independientes, que suman más de 10.000 establecimientos.

La denuncia se realiza en nombre de CEHAT y en representación de todas las asociaciones y establecimientos hoteleros que integran la Confederación.

El objeto de CEHAT es la representación, defensa y promoción de los intereses comunes de sus miembros en todo lo relacionado tanto con el ámbito asociativo, como con el de los establecimientos asociados.

- **NH HOTELES, S.A. (NH)**

NH es una sociedad domiciliada en España que opera en tres áreas de actividad: (i) explotación y gestión de hoteles, (ii) restauración y (iii) sector inmobiliario.

En lo que respecta al sector hotelero, NH explota 340 establecimientos hoteleros, de los cuales 175 se encuentran en España. NH es socia de la Asociación Empresarial Hotelera de Madrid, entidad que participa en la CEHAT.

B) MARCO NORMATIVO.

El Informe y Propuesta de Resolución que la DI elevó al Consejo hace la siguiente descripción del marco jurídico en el que se desarrolla la actividad de EGEDA, y más concretamente su gestión del derecho de comunicación pública de los productores audiovisuales en las habitaciones de los huéspedes de los hoteles, analizada en este expediente.

a) El derecho de comunicación pública. La legislación en materia de propiedad intelectual confiere, entre otros, el derecho de comunicación pública, que está definido en el artículo 20.1 LPI, a cuyo tenor: se entenderá por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. A continuación, el inciso segundo del artículo 20, añade que no se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.

Sobre las obras audiovisuales, la legislación en materia de propiedad intelectual atribuye derechos a diferentes categorías de titulares. Además de los autores, poseen derechos sobre la obra audiovisual los intérpretes y ejecutantes, y los productores, tanto de obras musicales, (incorporadas a las obras audiovisuales), como los productores audiovisuales.

De las diferentes categorías de titulares que poseen derechos sobre la obra audiovisual, en la práctica sólo los productores tienen el derecho de autorizar la comunicación pública, ya que la LPI (artículo 88), presume cedidos en exclusiva al productor de la obra audiovisual, los derechos de comunicación pública de la misma. La dificultad de refutar esta presunción legal implica que, en la práctica, sólo los productores retengan el derecho de autorizar la comunicación pública (artículo 122.1 LPI).

En cuanto al derecho de remuneración por comunicación pública, en virtud del artículo 122. 2 y 3 de la LPI, éste es un derecho de gestión colectiva obligatoria, lo que implica que solo puede ejercerse a través de una entidad de gestión.

En virtud del régimen jurídico aplicable, los usuarios comerciales que realicen actos de comunicación pública de obras audiovisuales protegidas están sujetos a la doble obligación de obtener la autorización de los productores, así como de pagar la remuneración que proceda.

b) Existencia de acto de comunicación pública en las habitaciones de los hoteles. La puesta a disposición de aparatos de televisión y radio en las habitaciones de los hoteles y sus posibles implicaciones a efectos de considerar dicho uso como actos de comunicación pública, ha sido objeto de amplios debates doctrinales y jurisprudenciales. La cuestión ha quedado resuelta tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 7 de diciembre de 2006, en la que el TJUE consideró que, *“la distribución de una señal por un establecimiento hotelero a los clientes alojados en sus habitaciones, efectuada por medio de televisores, constituye un acto de comunicación al público en el sentido del artículo 3º apartado 1º de la Directiva 2001/29 CE (Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados*

aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la sociedad de la información) sea cual fuera la técnica empleada para la transmisión de la señal". El TJUE considera que el concepto de "público" ha de entenderse en sentido amplio como sinónimo de un número indeterminado de espectadores potenciales, circunstancia que concurre en el caso de las habitaciones de los hoteles. Para el TJUE, los huéspedes alojados en los hoteles constituyen un "público nuevo" distinto del público inicial al que se destinó la emisión primaria. Concluye el TJUE añadiendo que "el carácter privado de las habitaciones de los hoteles no impide que se considere que la comunicación de una obra en tales habitaciones, efectuada por medio de televisores, constituya un acto de comunicación pública en el sentido del artículo 3, apartado 1º de la Directiva".

Por tanto, entre los actos de comunicación pública sujetos a la obligación de pago y autorización, se halla la comunicación pública de obras audiovisuales realizada por el titular del establecimiento hotelero como consecuencia de la emisión de televisión en las habitaciones de los huéspedes.

c) Las tarifas generales y las tarifas negociadas. El artículo 157 de la LPI fija una serie de obligaciones para las entidades de gestión: entre ellas la prevista en la letra b) del apartado 1, según el cual las entidades de gestión están obligadas a *"establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa".*

A continuación, la letra c) del mismo artículo 157.1, señala que las entidades de gestión también están obligadas a *"celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente".* La LPI no define, ni en qué términos ha de llevarse a cabo esta negociación, ni las consecuencias de la falta de acuerdo. Por esta razón, la ausencia de acuerdo con las asociaciones de usuarios no determina que la entidad haya incumplido ninguna obligación, sino que implica únicamente, que no ha sido posible pactar con el usuario. En consecuencia, puede decirse que la obligación que pesa sobre las entidades de gestión frente a las categorías de usuarios es únicamente de negociar y no de contratar.

Aunque la LPI no haga referencia a esta posibilidad, es frecuente que las entidades de gestión firmen contratos individuales con las empresas que utilizan el repertorio administrado por la correspondiente entidad. En ocasiones, estos contratos serán la trasposición individualizada del contrato general de que se trate.

Asimismo, no es infrecuente que las entidades de gestión pacten contratos individualizados con usuarios concretos, sin que dichos contratos estén amparados en algún contrato general con las asociaciones representativas del sector.

La relación que se establece entre las tarifas generales y negociadas es de supletoriedad. A falta de acuerdo particular, serán de aplicación las tarifas generales, de manera que, frente a un impago por parte del usuario, las entidades de gestión pueden exigir coactivamente el pago de las mismas ante los tribunales de justicia. En el caso de que el usuario haya firmado el correspondiente contrato, serán de aplicación las condiciones fijadas en el mismo.

De hecho, el artículo 157.2 LPI 2., señala que *“en tanto las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales”*.

Hasta fechas relativamente recientes, las entidades de gestión, cuando ejercitaban acciones judiciales para el cobro de las deudas con los usuarios conforme a las tarifas generales, prácticamente veían reconocidos por los tribunales el derecho a percibir la cuantía económica determinada en las correspondientes tarifas generales.

Este criterio jurisprudencial se mantuvo hasta las sentencias del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 2009, la de 7 de abril de 2009 y la más reciente de 15 de septiembre de 2010. La nueva jurisprudencia ya no considera que las tarifas generales sean de aplicación automática, de manera que el propio órgano judicial se reserva la posibilidad de no aplicarlas en el cálculo de la indemnización en el caso de que considere que no son equitativas. Tal fue el caso, en las sentencias citadas, de las tarifas fijadas por AIE (sentencia de 18 de febrero de 2009) frente a Telecinco y conjuntamente por AIE y AISGE frente a Sogecable (sentencia de 7 de abril de 2009).

d) Sobre la naturaleza de derecho de gestión colectiva obligatoria gestionado por EGEDA. Este expediente tiene por objeto las condiciones bajo las que EGEDA contrata con los hoteles el derecho de los productores audiovisuales de autorizar la comunicación pública de sus obras audiovisuales y obtener remuneración por dichos actos de comunicación pública. Conforme a lo previsto en la LPI, artículo 122, el derecho de obtener remuneración por esta modalidad de comunicación pública, es un derecho de gestión colectiva obligatoria, lo cual implica que EGEDA gestiona estos derechos por mandato legal con independencia de la existencia de un mandato por parte del titular.

Con carácter general, las entidades de gestión tienen como misión la obligación de administrar los derechos confiados a su gestión, lo que presupone la existencia de un mandato previo, por el cual el titular del derecho confía su administración a una entidad de gestión. Por tanto, en principio, el titular de los derechos objeto de protección es libre para decidir, si opta por la gestión colectiva, o si prefiere gestionar individualmente su derecho.

Sin embargo, esta libertad se exceptúa en ciertos casos en los que la LPI establece la gestión colectiva obligatoria de determinados derechos de propiedad intelectual. Tal es el caso de los derechos de remuneración por actos de comunicación pública y distribución, del derecho de autorizar la retransmisión por cable y del derecho de compensación equitativa por copia privada.

El derecho que corresponde a los productores audiovisuales de autorizar la comunicación pública de sus obras audiovisuales es un derecho de gestión colectiva obligatoria. Esto implica que EGEDA gestiona los derechos de obtener remuneración por actos de comunicación pública en nombre de los productores audiovisuales, con independencia de que éstos pertenezcan o no a EGEDA.

C) FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO

• Mercado de producto

a) Mercado de otorgamiento de autorizaciones y de remuneración por comunicación pública de los productores audiovisuales a los establecimientos hoteleros por actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes. Las prácticas objeto del presente expediente se desarrollan en el mercado del otorgamiento de autorizaciones y de remuneración por comunicación pública de los productores audiovisuales a los establecimientos hoteleros por actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes.

La demanda en este mercado la constituyen los titulares de establecimientos hoteleros. Cuando un establecimiento hotelero ofrece televisión en las habitaciones de los huéspedes y tales emisiones incluyen obras audiovisuales, precisa obtener una autorización de los productores audiovisuales, a quienes por Ley (artículo 122.1 LPI) corresponde el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de obras audiovisuales.

Además de obtener la necesaria autorización, el titular del establecimiento hotelero está obligado a pagar una remuneración a la entidad de gestión que represente a los productores audiovisuales. Por mandato legal, esta remuneración necesariamente se hará efectiva a través de la entidad de gestión correspondiente, porque así lo dispone la Ley (artículo 122.2 LPI), en este caso, EGEDA.

Los hoteles abonar tarifas a cinco entidades de gestión por el uso de los derechos de propiedad intelectual, a saber, la Sociedad General de Autores y Editores (“SGAE”), Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión (“AISGE”), Sociedad de Artistas Intérpretes o Ejecutantes de España (“AIE”), Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (“AGEDI”) y a EGEDA. Sin embargo, no existe sustituibilidad recíproca entre las tarifas gestionadas por las diferentes entidades de gestión, dado que cada una de ellas gestiona una categoría diferente de derechos.

Desde el punto de vista de la oferta, este mercado está caracterizado por la existencia de una única entidad de gestión: EGEDA. En el mercado objeto del expediente, EGEDA es el único operador en España que, (por cuenta de los productores), realiza los actos necesarios para que los hoteles puedan ofrecer televisión en las habitaciones de los huéspedes: autorizar la comunicación pública (en nombre de los productores audiovisuales a quienes representa) y recaudar la correspondiente remuneración (por disposición legal). Por tanto, el titular del establecimiento hotelero que desea ofrecer televisión en las habitaciones de los huéspedes, deberá contratar necesariamente con la entidad que gestiona los derechos de los productores audiovisuales.

Por estos motivos, a los efectos del presente expediente, se considera que existe un mercado de producto relevante de otorgamiento de autorizaciones y de remuneración por comunicación pública de los productores audiovisuales a los establecimientos hoteleros por actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes.

b) Mercado de alojamientos hoteleros. Las conductas analizadas en este expediente también tienen efectos en el sector de establecimientos hoteleros, en la

medida en que las políticas de precios de EGEDA afectan a la capacidad competitiva de los distintos hoteles.

Dicho sector ha sido objeto de análisis por el Consejo de la CNC en la concentración C/0178/09, de 21 de octubre de 2009, en el que resolvió la operación de concentración NH Hoteles Hesperia. En dicha resolución, el Consejo consideró que el mercado de alojamientos hoteleros, según precedentes comunitarios y nacionales existentes, se podría segmentar en función de: (i) la categoría de los hoteles, (ii) la localización por tipo de destino, o (iii) la pertenencia o no a una cadena hotelera.

En lo que se refiere a la categoría de los hoteles, dado que el nivel de precios se identifica con las estrellas concedidas a cada establecimiento, de acuerdo con los precedentes ya señalados, se podrían definir los segmentos de hoteles de 1 y 2 estrellas, de 2 y 3 estrellas, de 4 y 5 estrellas; o bien, un primer segmento que agruparía a hoteles de 1, 2 y 3 estrellas y un segundo en el que se incluirían hoteles de 4 o más estrellas.

En todo caso, a los efectos del presente expediente, no es necesario delimitar el perímetro exacto del mercado o mercados de alojamientos hoteleros, en la medida que esta cuestión no afecta a las conclusiones del análisis.

• **Mercado Geográfico**

Al igual que el resto de las entidades de gestión, EGEDA opera únicamente en el territorio español, por lo que la conducta objeto del presente expediente se limita al territorio nacional. Asimismo, no hay ninguna otra entidad de gestión extranjera que gestione los mismos derechos que EGEDA. A las consideraciones anteriores habría que sumar el hecho de que, debido a la existencia de diferencias en los regímenes jurídicos aplicables, el derecho que gestiona EGEDA no tiene equivalente en algunos de los demás países europeos.

En lo que se refiere al mercado de alojamiento en establecimientos hoteleros, tanto la Comisión Europea como el extinto Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), en distintos precedentes, han definido el mercado hotelero como de dimensión nacional, teniendo en cuenta la existencia de grandes grupos que gestionan establecimientos hoteleros con presencia en toda España.

Por este motivo, a los efectos del presente expediente, el ámbito geográfico relevante de los mercados de producto anteriormente definidos se considera nacional, sin perjuicio de que según EGEDA, su repertorio esté formado por obras audiovisuales generadas tanto dentro como fuera de España.

D) HECHOS ACREDITADOS EN EL EXPEDIENTE.

Para valorar las conductas objeto de este expediente, el Consejo ha tenido en cuenta los hechos que se recogen a continuación y que han sido acreditados tanto en la fase de instrucción por la DI, como en la prueba practicada ante este Consejo.

I. Requerimientos judiciales por parte de EGEDA contra propietarios de hoteles, en relación con los derechos de remuneración que gestiona.

1. Entre 1996 y 2002 EGEDA inició un total de 81 demandas judiciales contra distintos propietarios de hoteles, (en los folios 2.648-2.655 conf. consta una relación de todas las sentencias).
2. Las demandas presentadas estaban dirigidas a la obtención por parte del Órgano judicial de pronunciamientos sobre: la suspensión de las actividades de retransmisión de las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en las emisiones de televisión de terceras entidades de radiodifusión; la prohibición de reanudar tales actividades, en tanto no sea autorizada al menos por la actora EGEDA; y la declaración del derecho de las demandantes a ser indemnizadas por la demandada de acuerdo con las tarifas generales de las mismas.
3. Estos procedimientos judiciales se saldaron con 53 pronunciamientos favorables a EGEDA y 28 desfavorables. La mayoría de los pronunciamientos desfavorables fueron previos a la Sentencia del Pleno de la Sala del Tribunal Supremo de fecha 16 de abril de 2007, que unificó la interpretación jurisprudencial del artículo 20.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, reconociendo el carácter “público” de la comunicación de obras audiovisuales realizadas en las habitaciones de los huéspedes.
4. Todos los pronunciamientos favorables a EGEDA ordenaban al hotel a suspender la transmisión de TV en las habitaciones, en tanto en cuanto el hotel no obtuviese la autorización de EGEDA a través del correspondiente contrato. En cuanto a las indemnizaciones acordadas, en todos los casos el Órgano judicial que dicta la sentencia favorable, ordena al hotel a indemnizar a EGEDA por las emisiones efectuadas durante el período anterior a la sentencia. Con respecto a la cuantía, salvo en las más recientes, se toma como referencia el importe de las tarifas generales aprobadas por EGEDA.
5. En la mayoría de los casos, los hoteles condenados suscribieron contratos con EGEDA. Ahora bien, en 10 casos EGEDA obtuvo un auto de ejecución instando el corte de la señal. De entre estos 10 autos, 5 de ellos finalizaron con contratos con los hoteles y sobre otros 5 pesan órdenes de ejecución que, según alega EGEDA aún no han sido ejecutadas.
6. De esas demandas, 33 concluyeron con acuerdos transaccionales según figura en el expediente en la relación de contratos aportada por EGEDA (folios 2.657-2.678 conf.).

II. Las tarifas generales de EGEDA

7. El 11 de octubre de 2005, EGEDA comunicó al Ministerio de Cultura el documento denominado “*Manual de tarifas de los derechos exclusivos y derechos de remuneración administrados por EGEDA*”, con las tarifas, aplicables desde 2004, que cubren los derechos de productores de obras y grabaciones audiovisuales (folios 54 a 73).
8. Para los *establecimientos hoteleros y asimilados*, en las tarifas generales, aplicables desde enero de 2004, EGEDA establece un modelo de tarifa variable en función de la categoría del establecimiento hotelero de que se trate, de acuerdo con el siguiente esquema, que se cobra por plaza hotelera disponible y mes (Manual de tarifas, anexo 1.B, folio 59):

Tarifas generales de EGEDA (2004)	
Categoría	Tarifa
<i>Gran lujo y cinco estrellas</i>	<i>3 euros.</i>
<i>Cuatro estrellas</i>	<i>2,63 euros.</i>
<i>Tres estrellas o menos</i>	<i>1,93 euros.</i>

9. En el citado *“Manual de tarifas”*, EGEDA prevé que las tarifas generales serán objeto de un incremento anual de acuerdo con la evolución del Índice General de Precios al Consumo (IPC). La tarifa se aplica sin consideración al número o clase de canales (emisiones o transmisiones) retransmitidos. En los casos de incumplimiento por parte de la entidad retransmisora de las obligaciones derivadas de la legislación vigente en materia de Propiedad Intelectual, la tarifa vigente tendrá un recargo del 50%. Asimismo establece que en la aplicación práctica de la tarifa se podrán prever descuentos para asociaciones representativas de usuarios del repertorio.
10. Antes de 2005, las tarifas vigentes eran las aprobadas por la Junta General de EGEDA el 15 de diciembre de 1997 y comunicadas al Ministerio de Cultura el 2 de enero de 1998. Estas tarifas habían sido el resultado de un acuerdo entre EGEDA y otras dos entidades de gestión *Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión* (AISGE) y *Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión* (AIE) para la gestión de la remuneración *“equitativa y única”* prevista en el art. 122.2 LPI. El importe de estas tarifas ascendía a 90 ptas. por emisión, día y habitación ocupada, con un máximo de 540 ptas. diarias. Estas tarifas fueron declarada abusivas por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución 465/99, de 27 de julio de 2000, dirigida contra EGEDA, AISGE y AIE. Recurrida la decisión ante la Audiencia Nacional, ésta, en sentencia de fecha 14 de enero de 2004, desestimó el recurso contencioso administrativo, confirmando la sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia. Interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia, el Tribunal Supremo, por sentencia de 18 de octubre de 2006, desestimó dicho recurso.
- III. Análisis de los contratos otorgados por EGEDA a varias cadenas hoteleras y con hoteles individuales.**
11. Entre el 15 de febrero de 1998 y el 27 de julio de 2010, EGEDA firmó contratos de autorización con 491 hoteles agrupados en 153 cadenas. De entre estos contratos 33 proceden de situaciones litigiosas entre el propietario del hotel y EGEDA.
12. Dentro de esta categoría de contratos con cadenas hoteleras, a su vez es necesario tener en cuenta que durante un cierto período estuvo vigente un acuerdo de 29 de febrero de 1998, entre EGEDA y otras dos entidades de gestión AISGE y AIE (folios 6.124 a 6.135).
13. Por este acuerdo, AISGE y AIE confieren a EGEDA el mandato de gestionar en su nombre la recaudación de los importes respectivos que les corresponde percibir por el uso de los respectivos derechos de comunicación pública que les

confiere el art. 20.2 LPI (cláusula 20). Además de este mandato expreso, las tres entidades *"convienen en establecer un marco de gestión de forma voluntaria, conjunta y temporal para la recaudación de la remuneración equitativa y única devengada por los usuarios de las citadas grabaciones, exclusivamente por la ejecución del acto de comunicación pública descrito en la letra f) del número 2 del artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual"* (cláusula 10 del contrato sobre retransmisión. Para la contraprestación por la concesión de la autorización, se pactó una distribución entre las entidades de acuerdo con los siguientes porcentajes: EGEDA 75%, AISGE 17% y AIE 8%, quedando obligadas estas últimas entidades a abonar a EGEDA la parte proporcional de los costes de gestión.

14. El contrato de 29 de febrero de 1998, tenía una vigencia de 3 años, por lo que finalizaba el 31 de diciembre de 2001. Sin embargo, las partes acordaron tácitamente una prórroga del contrato de gestión. En el caso de AISGE, las partes lo prorrogaron hasta el 31 de diciembre de 2003, de manera que, a partir de 1 de enero de 2004, EGEDA dejó de gestionar los derechos de AISGE. (folio 6.119). En el caso de AIE, las partes prorrogaron tácitamente el contrato de gestión hasta finales de 2008 (folio 6.119). No obstante, acordaron que EGEDA siguiera gestionando y liquidando los contratos en vigor celebrados por ambas entidades mientras los mismos siguieran vigentes. Las liquidaciones se realizan de acuerdo con los siguientes porcentajes de reparto: EGEDA 87,5%, AIE 12,5 %.
15. En relación con los contratos otorgados por EGEDA, bien por sí sola, bien conjuntamente con alguna otra entidad de gestión, cabe distinguir dos situaciones. En primer lugar, el caso en que los contratos individuales están basados en contratos generales entre EGEDA y alguna asociación representativa del sector hotelero conforme a lo previsto en el artículo 157.1.c) LPI, precepto que obliga a las entidades de gestión a *"celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente"*. En segundo lugar, EGEDA contrata directamente con el hotel sin que exista un contrato general con alguna asociación representativa del sector.
16. Por razones de claridad se aborda a continuación, por separado, el análisis de los contratos entre EGEDA y cadenas hoteleras según estén o no basados en contratos generales.
 - a) **Contratos individuales basados en contratos generales.**- En el expediente consta información sobre la firma de contratos generales con *la Federación Española de Hostelería (FEHR)* y con *la Federación de Hostelería del País Vasco (FHPV)* y con *el Gremi d'Hostelería de Sitges*.
 - i) *El 24 de febrero de 2004, EGEDA y AIE, actuando conjuntamente, firmaron un acuerdo con la Federación Española de Hostelería (FEHR) (folios 74 a 87).*
17. El objeto del acuerdo es regular la concesión de autorizaciones a los establecimientos hoteleros integrados en la FEHR por el derecho de comunicación pública que conforme a la LPI corresponde a los productores audiovisuales y a los artistas, intérpretes y ejecutantes. FEHR engloba a varias

asociaciones de hostelería de ámbito local o provincial. A diferencia de la denunciante, CEHAT, la FEHR no está específicamente integrada por asociaciones profesionales de hoteleros, sino de empresas de hostelería en general.

18. En el acuerdo marco, se indica que las contraprestaciones previstas en el contrato sustituirán a las tarifas generales a condición de que las empresas hoteleras integradas en la FEHR suscriban en el futuro contratos individuales o de cadena con la entidad de gestión de que se trate. Al tratarse de un Acuerdo Marco, es preciso que las empresas asociadas a FEHR suscriban el correspondiente contrato individual.
19. En cuanto a las tarifas, el contrato señala que sólo pagarán contraprestación los hoteles de cinco, cuatro y tres estrellas. Las restantes categorías *“dada la inexistencia o, en todo caso, la irrelevancia general del beneficio económico por el uso de la TV en dichas pymes o microempresas, por su heterogeneidad o dispersión que haría antieconómica la gestión de cualquier pago por otra serie de circunstancias”* (folio 82).
20. En lo que se refiere a las tarifas acordadas entre AIE/EGEDA-FEHR, en principio, se parte de una tarifa en función de la categoría del hotel, que se cobra por plaza hotelera disponible y mes. Las tarifas que corresponderían a EGEDA según cálculo de la DI serían:

Parte correspondiente a EGEDA en las tarifas entre AIE/EGEDA-FEHR (2004)		
5 estrellas	4 estrellas	3 estrellas
2,98 €	2,63 €	1,93 €

21. No obstante se prevé que *“para compensar los compromisos y valorar las obligaciones asumidas en este contrato (...) EGEDA y AIE convienen en aplicar hasta el 31 de diciembre de 2008 a los establecimientos que suscriban el contrato individual en los seis meses posteriores a la fecha de firma del presente acuerdo unas especiales condiciones económicas a condición de que suscriban y mantengan vigentes el acuerdo individual un número de establecimientos hoteleros que representen al menos 50.000 plazas hoteleras”*. La parte correspondiente a EGEDA en estas tarifas de pacto con descuento asciende a: 1,44 € para los hoteles de cinco estrellas, de 1,08 € para los de cuatro y de 0,81 € para los de tres estrellas.
22. Asimismo, el contrato, prevé unas bonificaciones en función de la ocupación media provincial según datos del INE. Las bonificaciones se prevén fijando tres tramos de ocupación a los que corresponden tres tramos de bonificación de acuerdo con el siguiente esquema:

Ocupación (% según datos INE)	50-100	36-49	0-35
Bonificación	20%	25%	30%

23. Teniendo en cuenta las bonificaciones aplicables a cada uno de los tramos de ocupación, las tarifas previstas en el acuerdo por plaza hotelera disponible y mes que corresponden a EGEDA según cálculos de la DI serían las siguientes:

Tarifas correspondiente a EGEDA en el contrato celebrado entre EGEDA/AIE con FEHR (2004)									
Categoría	G.L./ 5 estrellas			4 estrellas			3 estrellas o equivalente		
Ocupación (% según datos INE)	50-100	36-49	0-35	50-100	36-49	0-35	50-100	36-49	0-35
Tarifa bonificada por ocupación (adhesión en los seis meses siguientes)	1,16 €	1,09 €	1,02 €	0,86 €	0,81 €	0,75 €	0,65 €	0,61 €	0,57 €

Fuente: Elaboración propia DI, a partir datos contrato con FEHR

24. En el contrato se indica que todas estas tarifas se actualizarán anualmente en función del IPC. Además, prevé el abono a FEHR del 16% de las cantidades efectivamente recaudadas como compensación por su actividad gestora.
25. En cuanto a las condiciones aplicables a partir del 1 de enero de 2009, se prevé la creación de una Comisión Mixta que determinará en el segundo semestre de 2008 las tarifas aplicables a partir de 1 de enero de 2009, dentro de unos límites que serán como mínimo las cantidades acordadas, para ambas sociedades, de 1,65€ 1,23€ y 0,93€ (la parte de EGEDA sería 1,44 €, 1,08 € y 0,81 €) y como máximo las cantidades de 3,40 €, 3,00 € y 2,20 €, siendo la parte de EGEDA 2,98€, 2,63€ y 1,93€. También se señala que los criterios de ocupación, plazas disponibles y categoría del hotel serán considerados por ambas partes como parámetro para la negociación. Se prevé que, de no ponerse de acuerdo, las partes someterán la cuestión a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual.
26. En ejecución de este contrato, EGEDA suscribió 50 contratos con hoteles individuales, cuya copia consta en el expediente (folios 3.970 a 5.040).
27. El plazo del Acuerdo Marco se extiende hasta el 31 de diciembre de 2010 y las partes se comprometen a negociar un nuevo acuerdo en el segundo semestre de 2010 y si no lo hacen, el actual entrará en prórroga. Consta en el expediente un cruce de correspondencia entre FEHR y EGEDA (folios 6.161 a 6.172) en el que se pone de manifiesto la intención de FEHR de poner fin al contrato con EGEDA y la negativa de EGEDA a aceptar el desistimiento unilateral. Según dicha correspondencia, el 31 de diciembre de 2010, expirado el contrato, EGEDA comunicó a la FEHR su intención de proceder a la renovación del mismo. A ello, la FEHR respondió que ya habían denunciado el contrato el 18

de junio de 2007 y su intención de proceder a la renuncia anticipada del convenio y que no tenían intención de negociar con EGEDA. Ésta le responde que con fecha 25 de junio de 2007 ya le había contestado que no resultaba posible la renuncia al no estar prevista en el contrato, por lo que fuera del desistimiento voluntario por ambas partes, no era posible otro modo de terminación del contrato distinto de la extinción de su ámbito temporal.

ii) El 28 de diciembre de 2007 EGEDA y AIE suscribieron un contrato marco con la Federación de Hostelería del País Vasco (FHPV). (Folios 5.047 a 5.050 Conf.)

28. El objeto del Acuerdo es regular la concesión de autorizaciones a los establecimientos hoteleros integrados en la FHPV por el derecho de comunicación pública que conforme a la LPI corresponde a los productores audiovisuales y a los artistas, intérpretes y ejecutantes.
29. En el acuerdo marco, se indica que las contraprestaciones previstas en el contrato sustituirán a las tarifas generales a condición de que las empresas hoteleras integradas en la FHPV, suscriban en el futuro contratos individuales o de cadena con la entidad de gestión de que se trate. Al tratarse de un Acuerdo Marco, es preciso que las empresas asociadas a FHPV suscriban el correspondiente contrato individual.
30. El plazo del Acuerdo Marco se extiende hasta el 31 de diciembre de 2012 y las partes se comprometen a negociar un nuevo acuerdo en el segundo semestre de 2013 y si no lo hacen, el actual entrará en prórroga.
31. En cuanto a las tarifas, el contrato marco, al igual que el anterior, señala que sólo pagarán contraprestación los hoteles de cinco, cuatro y tres estrellas. Las restantes categorías *“dada la inexistencia o, en todo caso, la irrelevancia general del beneficio económico por el uso de la TV en dichas pymes o microempresas, por el carácter familiar de las mismas”*, las partes aceptan que no devengarán pago en concepto de remuneración de derechos de productores.
32. En lo que se refiere a las tarifas, se parte de una base en función de la categoría del hotel, que se cobra por plaza hotelera disponible y mes. Según cálculos de la DI la tarifa que correspondería a EGEDA sería:

Parte correspondiente a EGEDA en las tarifas entre EGEDA/AIE-FHPV (2007)		
5 estrellas	4 estrellas	3 estrellas
3,27 €	2,89 €	2,37 €

33. El contrato prevé reducciones especiales: una tarifa reducida por la adhesión al convenio marco (ver en cuadro), de forma que las anteriores tarifas se aplicarían en caso de incumplimientos; y siguiendo el modelo del contrato con la FEHR, se busca incentivar el que las adhesiones individuales sean lo más rápidas posible desde la firma del contrato marco y, en este sentido se distinguen dos situaciones: que la adhesión del hotel de que se trate, se

produzca en los seis meses siguientes a la firma del contrato marco, o que se produzca más tarde.

34. Sólo en el primer caso, el hotel tendrá derecho en función del grado de ocupación. En el caso de que la adhesión se produzca después de transcurridos seis meses, el hotel no tendrá derecho a la bonificación. Las tarifas resultantes por plaza hotelera disponible y mes serían las de la siguiente tabla:

<i>Tarifas correspondiente a EGEDA en el contrato celebrado entre EGEDA y AIE con la FHPV (2007)</i>									
Categoría	G.L./ 5 estrellas			4 estrellas			3 estrellas o equivalente		
Ocupación (% según datos INE)	50-100	36-49	0-35	50-100	36-49	0-35	50-100	36-49	0-35
Tarifa con descuento (adhesión en los seis meses siguientes)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tarifa sin descuento	[...]€			[...]€			[...]€		

Fuente: Elaboración propia DI, a partir datos contrato con FHPV

35. Haciendo un resumen de las diferentes condiciones tarifarias aplicables cabría distinguir tres tipos de situaciones: un primer tipo de situaciones en las que el hotel no suscribe el contrato de autorización o incumple las condiciones previstas en el mismo. En este caso sería de aplicación la tarifa general. Un segundo tipo de situaciones, en las que el hotel suscribe el contrato de autorización pasados seis meses desde la firma entre EGEDA/AIE y la FHPV del Acuerdo Marco. En este caso, sería de aplicación la tarifa reducida, pero sin bonificación alguna en función de la ocupación. Solo en un tercer tipo de situaciones en el que el hotel suscribe el contrato individual en los seis meses siguientes a la firma del Acuerdo Marco, tendría derecho a bonificaciones en función de la ocupación. En el contrato se indica que todas estas tarifas se actualizarán anualmente en función del IPC.
36. Además, se prevé la creación de una comisión mixta formada por dos representantes de EGEDA y dos representantes de la FHPV para la interpretación, seguimiento y revisión del Acuerdo Marco.
37. En ejecución de este contrato, EGEDA suscribió contratos individuales con 24 hoteles cuya copia consta en el (folios 5.041 a 5.571 Conf.).
- iii) El 7 de agosto de 2009 EGEDA firmó un acuerdo marco con el Gremi d'Hostaleria de Sitges (folios 5.580 a 5.583 Conf.).*
38. Al igual que los otros acuerdos marco, este acuerdo tiene por objeto la regulación de las relaciones colectivas entre Gremi y, en este caso, EGEDA y solo vincula a los hoteles asociados al Gremi siempre que, además, cumplan la

condición esencial de suscribir con EGEDA el contrato de autorización individual. Gremi es una organización de hostelería constituida el 11 de noviembre de 1976. Se prevé que el Acuerdo Marco esté vigente hasta el 31 de diciembre de 2015. Y siguiendo el modelo del contrato con la FEHR se prevé que estarán exentos de pago los hoteles de categoría inferior a tres estrellas.

39. En cuanto a las condiciones económicas, se prevé que la remuneración de referencia, por plaza hotelera disponible y mes, será la siguiente:

<i>Tarifas EGEDA–Gremi (2009)</i>		
5 estrellas	4 estrellas	3 estrellas
3,45 €	3,04 €	2,22 €

40. No obstante, se prevé que las partes acuerdan que el montante anterior solo se aplicará en caso de incumplimiento, por parte del hotel, de las condiciones pactadas en este contrato de adhesión. En los demás, casos EGEDA conviene en aplicar a los establecimientos adheridos a Gremi, unas tarifas especiales, actualizables al IPC (tarifas sin descuento).
41. Además se prevé una reducción adicional de estas cantidades, en los casos en que las adhesiones de las empresas afiliadas a Gremi, suscriban el contrato de adhesión antes de diciembre de 2009, o las que en un futuro cursen alta en Gremi. Esta reducción adicional consiste en una bonificación en función de la ocupación media hotelera de la provincia de Barcelona según datos del INE.
42. La tabla adjunta refleja las tarifas previstas en el Acuerdo Marco, que se cobran por plaza hotelera disponible y mes. Se distingue si estas tarifas son o no bonificadas en función del momento en que el hotel suscriba el correspondiente acuerdo individual.

<i>Tarifas del Acuerdo Marco entre EGEDA y Gremi</i>									
Categoría	G.L./ 5 estrellas			4 estrellas			3 estrellas o equivalente		
Ocupación (% según datos INE)	50-100	36-49	0-35	50-100	36-49	0-35	50-100	36-49	0-35
<i>Tarifa con descuento (adhesión antes de diciembre de 2009)</i>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
<i>Tarifa sin descuento</i>	[...] €			[...] €			[...] €		

Fuente: Elaboración propia DI, a partir datos contrato con Gremi

43. Haciendo un resumen de las diferentes condiciones tarifarias aplicables cabría distinguir tres tipos de situaciones: un primer tipo de situaciones en las que el hotel no suscribe el contrato de autorización o incumple las condiciones

previstas en el mismo. En este caso sería de aplicación la tarifa general. Un segundo tipo de situaciones, en las que el hotel suscribe el contrato de autorización pasados seis meses desde la firma entre EGEDA y Gremi del Acuerdo Marco. En este caso, sería de aplicación la tarifa reducida pero sin bonificación alguna en función de la ocupación. Solo en un tercer tipo de situaciones en el que el hotel suscribe el contrato individual en los seis meses siguientes a la firma del Acuerdo Marco, tendría derecho a bonificaciones en función de la ocupación.

44. Se prevé la creación de una comisión mixta formada por dos representantes de EGEDA y dos representantes del Gremi para la interpretación, seguimiento y revisión del Acuerdo Marco. En ejecución de este contrato, EGEDA suscribió 14 contratos individuales con hoteles. Consta copia de los contratos en los folios 5.572 a 6.074.

b) Contratos individuales no basados en contratos generales.-

Se recogen los contratos individuales celebrados entre EGEDA y varios hoteles. Bajo la vigencia de los contratos entre EGEDA y la entidad de gestión AIE, estos contratos se otorgaron conjuntamente por dichas entidades. Por razones de claridad se recogen los contratos en bloques separados según hayan sido otorgados conjuntamente con AIE o únicamente por EGEDA.

i) Entre el 8 de noviembre de 2004 y el 6 de abril de 2009 EGEDA y AIE suscribieron conjuntamente 21 contratos con diferentes hoteles y cadenas.

45. La tipología de estos contratos varía con respecto a la de los otorgados durante el período anterior por EGEDA, AIE y AISGE. Las tarifas no se pactan por habitación ocupada, sino por plazas hoteleras disponibles y mes. Las condiciones económicas se fijan atendiendo a dos variables: la categoría del hotel y su nivel de ocupación teniendo en cuenta las estadísticas publicadas en el INE. Se fijan los mismos tramos de ocupación que en el contrato con la FEHR. La tabla adjunta contiene una relación de los contratos firmados entre EGEDA y AIE, de un lado, y propietarios de hoteles, de otro.

Tarifas correspondientes a EGEDA en los contratos individuales otorgados conjuntamente por EGEDA y AIE a diversos hoteles

	5 estrellas o equivalente			4 estrellas o equivalente			3 estrellas o equivalente			Fecha	Folio inicial
	50-100 %	36-49 %	0-35 %	50-100 %	36-49 %	0-35 %	50-100 %	36-49 %	0-35 %		
LA MANGA CLUB	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	08/11/2004	3290
CIGAHOTELES, S.L.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	02/11/2006	3069
INMOBILIARIA SARASATE	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	01/04/2007	3252
PROMOTORA DE ALOJAMIENTOS LUCENCES Y OTROS	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	21/06/2007	3200
HOSTELERÍA UNIDA, SA (HOTEL REAL)	[...]	[...]	[...]							13/07/2007	3239
HOVISA	[...]	[...]	[...]							30/07/2007	3480
RIAZOR							[...]	[...]	[...]	11/09/2007	3440
LA VOLUNTAD, S. A. (CARTAGO NOVA)				[...]	[...]	[...]				28/09/2007	3277
GRUPO DE EMPRESAS TURÍSTICAS MARTÍNEZ S.L. Y OTROS	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	19/10/2007	3055
AL-RIMA (HOTEL PUENTE ROMANO)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	31/10/2007	3354
MARBELLA CLUB	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	31/10/2007	3367
HOASA	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	10/12/2007	3411
ARANZAZU, S.L., SAN SEBASTIÁN, S.A., Y OTROS	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	11/12/2007	3037
PUENTE VIESGO	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	18/12/2007	3396
NH	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	03/04/2008	3306
LUXURY HOTEL MANAGEMENT	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	25/07/2008	3684
INMOBILIARIA DE INVERSIONES (PALAFOX)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	28/07/2008	3333
HOTEL COIA	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	28/07/2008	3380
MATIAS DE CABO E HIJOS	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	10/10/2008	3719
VIDALFERS	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	10/11/2008	3509
GAUDÍ	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	06/04/2009	3616

Las tarifas de los contratos firmados en distintos años no son directamente comparables entre sí, en la medida que se refieren a momentos temporales distintos. Fuente: elaboración propia DI a partir de datos suministrados por EGEDA

46. Los contratos prevén una actualización de las tarifas al IPC, y ésta es la razón por la que probablemente las condiciones económicas varían en función del año en que se firmó el correspondiente contrato.
47. Salvando las diferencias debidas al año en que se firmó el contrato, resulta evidente que las condiciones económicas pactadas con NH son sustancialmente más reducidas que las aplicadas al resto de los hoteles.
48. En particular, NH tiene una tarifa reducida para cada categoría de hotel, que no se incrementa por el grado de ocupación del hotel, al contrario de lo que ocurre en el resto de contratos.
 - ii) *Entre el 15 de mayo de 2009 y el 27 de junio de 2010 EGEDA firmó 21 contratos con hoteles*
49. La tipología de estos contratos es similar a la empleada en la etapa anterior en que los contratos eran otorgados conjuntamente por EGEDA y AIE. Las condiciones económicas se fijan por plaza hotelera disponible y mes, atendiendo a dos variables: la categoría del hotel y su nivel de ocupación teniendo en cuenta las estadísticas publicadas en el INE, para lo se fijan los mismos tramos de ocupación que en los contratos anteriores. La tabla adjunta contiene una relación de los contratos firmados entre EGEDA y propietarios de hoteles.

Relación de contratos firmados entre EGEDA y hoteles

	G.L./ 5 estrellas (según tramos de ocupación)			4 estrellas (según tramos de ocupación)			3 estrellas o equivalente (según tramos de ocupación)			Fecha	Folio Inicial
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]		
HAGOTEL	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	19/05/2009	3533
LA POSADA DEL PUENTE	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	19/05/2009	3544
CAMPODRON	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	28/05/2009	3562
RELAJ CASTELL	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	10/06/2009	3571
NORHOTELS	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	06/07/2009	2761
ASTARI-BERENGUER	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	29/07/2009	2726
AULET I LOPEZ	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	31/07/2009	3738
BARCELÓ	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	05/08/2009	2740
GIVEROLA HOLIDAY	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	18/09/2009	3594
MIRAMAR BARCELONA	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	08/10/2009	2791
CASTEL DEL REMEI	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	16/10/2009	3582
GERARD CORPORATION	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	19/10/2009	2953
MONTE IGUELDO	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	20/10/2009	3667
FLORAZAR S.A. (MELIA VALENCIA)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	21/12/2009	2972
SADHESA	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	24/02/2010	3553
MUGASABE BIDANI SL	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	12/04/2010	3658
HOTELES SH	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	04/05/2010	2986
LONDRES	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	25/05/2010	2691
IBEROSTAR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	03/06/2010	2800
ABBA HOTELES	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	15/07/2010	2706
GRAN HOTEL CATALONIA	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	27/07/2010	2776

* Las tarifas de los contratos firmados en distintos años no son directamente comparables entre sí, en la medida que se refieren a momentos temporales distintos.

Fuente: elaboración DI a partir de la información suministrada por EGEDA

50. Los contratos prevén una actualización de las tarifas al IPC, y ésta es la razón por la que probablemente las condiciones económicas varían en función del año en que se firmó el correspondiente contrato.
51. Salvando las diferencias debidas al año en que se firmó el contrato resulta evidente que las condiciones económicas pactadas con las cadenas Barceló e

Iberostar son sustancialmente más reducidas que las aplicadas al resto de los hoteles.

52. En particular, las cadenas Barceló e Iberostar tiene una tarifa reducida para cada categoría de hotel, que no se incrementa por el grado de ocupación del hotel, al contrario de lo que ocurre en el resto de contratos. Asimismo, ambos operadores se benefician de una tarifa mucho más reducida para los hoteles de la categoría de cuatro estrellas.
53. Por último y, en cuanto a las condiciones de liquidación todos los contratos incluyen un sistema de autoliquidación. En virtud de este sistema, el hotel ha de presentar a EGEDA dentro del primer trimestre de cada año una autoliquidación anual del ejercicio en curso de acuerdo con las estadísticas de ocupación del año anterior. El abono de la autoliquidación se realizará mediante la emisión, por parte de EGEDA de la correspondiente factura anual que será abonada trimestralmente por parte del hotel mediante cuatro giros anuales (un giro al trimestre). El abono de la factura se hará mediante ingreso por parte del hotel de las cantidades adeudadas en una cuenta bancaria propiedad de EGEDA que se menciona en el contrato. Se indica que la falta de presentación de información por parte del propietario del hotel y su falta de subsanación en el plazo máximo de dos meses tras haber sido requeridas por EGEDA, dará lugar a la exclusión del hotel de los beneficios del contrato, lo que implica la aplicación de las tarifas generales.

IV. Proceso de mediación en la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad intelectual, entre EGEDA y CEHAT, durante el segundo semestre de 2008, que concluyó sin éxito

54. La CPI es un órgano colegiado de ámbito nacional creado en el Ministerio de Cultura y cuyas funciones se regulan en el artículo 158 de la LPI y en el Real Decreto 479/1989, de 5 de mayo, por el que se regula la composición y el procedimiento de actuación de la Comisión Arbitral de Propiedad Intelectual (en adelante, RD. 479/1989). La LPI asigna a la CPI las funciones de mediación y arbitraje en determinadas cuestiones de propiedad intelectual.
55. En su función de arbitraje, la CPI puede actuar dando solución a los conflictos que puedan surgir entre las entidades de gestión y las asociaciones de usuarios o las entidades de radiodifusión en relación con las obligaciones establecidas. Sin embargo, para poder hacerlo es condición indispensable que las partes se hayan sometido voluntariamente y por escrito a la función de arbitraje (artículo 158.2.a, b de la LPI). Desde que fue creada nunca ha actuado en su función de arbitraje, ya que para que una cuestión pueda ser sometida a arbitraje, es preciso el acuerdo previo entre las partes.
56. La función de mediación, no definida en la LPI no conduce a una resolución vinculante, sino que tiene como finalidad la aproximación de las posiciones para lograr un acuerdo, de manera que, si éste no se alcanza, el procedimiento concluye sin que se imponga decisión alguna. La CPI, en su función de mediación, no elabora propuestas, y únicamente trata de impulsar una aproximación entre las posiciones de las partes.

57. Durante el segundo semestre de 2008 se celebró un proceso de mediación ante la Comisión de la Propiedad Intelectual (CPI), con el fin de acercar posturas que permitieran alcanzar un acuerdo. Fue iniciado a instancias de EGEDA y concluyó sin acuerdo entre las partes. En total, se celebraron cinco reuniones en las fechas de 18 de julio, 15 de septiembre, 17 de octubre, 14 de noviembre y 5 de diciembre de 2008. Constan en el expediente las actas de todas las reuniones (folios 228-258).
58. Durante las negociaciones CEHAT proponía utilizar un sistema semejante al empleado por SGAE para determinar la cantidad que el sector hotelero paga a SGAE por las obras audiovisuales, tomando como referencia la valoración entre ambos derechos vigente en el derecho de copia privada. Frente a ello, EGEDA proponía la determinación del valor económico de los derechos aportando un estudio econométrico en la materia. La negociación en torno a las dos vías no fue fructífera. En primer lugar, porque la vía propuesta por CEHAT fue contestada por EGEDA, porque no permite distinguir entre el ámbito audiovisual de las tarifas de SGAE y los derechos exclusivos y de remuneración que corresponden a EGEDA. Por su parte, CEHAT planteó la dificultad de determinar con precisión el valor económico de los derechos comunicación pública en la habitación de un hotel y no acepta como válido el estudio propuesto por EGEDA.

V. En abril de 2009 EGEDA envió una carta-tipo a propietarios de varios hoteles instándoles a firmar un contrato de autorización.

59. En la denuncia se aportan copias (folios 189 a 208) de las cartas enviadas el 20 de abril de 2009 por EGEDA a los hoteles, Hotel Playa de Regla, Hotel Cádiz Plana, Hotel La Espadaña, Hotel AC Salymar, Hotel Pinomar, Hotel Los Cántaros Gran Hotel Ciudad del Sur, Hotel Brasilia, Hotel del Mar, Hotel Club Marítimo, Hotel Montera Plaza, Hotel Monasterio San Miguel, Hotel Almadraza Conil, Hotel Pozo del Duque, Hotel Pradillo Conil, Hotel Diufain, Hotel Dulce Nombre, Hotel Playa de la Luz y Hotel Aldiana Acaidesa.
60. La misma carta había sido enviada el 1 de abril de 2009 a 1.560 hoteles según admite la propia EGEDA (folio 337). Se reproduce a continuación un extracto de dicha carta:

REF.- DERECHOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICA PARA LA RETRANSMISIÓN DE OBRAS Y GRABACIONES AUDIOVISUALES (EGEDA)

“Muy señores nuestros:

Por medio del presente, nos referimos a los actos de comunicación pública (...) que vienen ustedes realizando como servicio a los clientes alojados en las habitaciones y zonas comunes (...), al objeto de poner a disposición de los mismos el contenido de las señales de televisión que captan a través de la instalación de la que dispone el hotel.

En este sentido, los productores de obras y grabaciones audiovisuales, a los que representa la ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA) a los efectos que nos ocupan, ostentan el derecho exclusivo de autorizar dichos actos de comunicación

pública, tal como ha considerado el Tribunal Supremo en las 14 Sentencias firmes dictadas hasta el momento estimativas a las tesis de EGEDA (S.428/07 16-04-07; S.844/07 6-07-07; S.845/07 6-07-07; S.886/07 17-07-07; S.890/07 17-07-07; S. PLENO 1393/07 15-01-08; S. PLENO 1394/07 15-01-08; S.694/08 10-07-08; S.695/08 10-07-08; S.700/08 10-07-08; S.1081/08 14-11-08; S.1137/08 21-11-08; S.9/09 22-01-09; S.36/09 26-01-09).

Asimismo, son ya varios los Autos judiciales despachando ejecución de Sentencias en los que se insta y emplaza, al titular de la explotación del establecimiento ejecutado, a inhabilitar las instalaciones y paramentos audiovisuales y al cese de los actos de comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales con prohibición de reanudarlos hasta que no sean autorizados por EGEDA.

Por otra parte, les informamos que el procedimiento de mediación ante la Comisión de Propiedad Intelectual entre la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE HOTELES Y ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS (CEHAT) Y EGEDA, que se inició a instancias de EGEDA, finalizó en diciembre de 2008, al igual que en las dos ocasiones anteriores, sin acuerdo alguno, a pesar de que las tarifas ofrecidas por nuestra entidad a CEHAT estaban muy por debajo de las aplicadas por el Alto Tribunal, tanto en las Sentencias en las que expresamente ha cuantificado períodos indemnizatorios y tarifas como en las que simplemente se refiere a las tarifas generales de la entidad; además, EGEDA ya ha conseguido acuerdos relevantes con asociaciones representativas a nivel del hospedaje provincial, local y autonómico, así como con hoteles independientes y también cadenas de ámbito nacional.

Habida cuenta que ustedes realizan los actos de comunicación pública de referencias sin la preceptiva autorización de EGEDA, les requiero en representación de la Entidad al objeto de que se avengan a obtener la citada autorización mediante el otorgamiento del contrato individual, cuyo modelo adjuntamos a la presente para su estudio y análisis, con nuestra entidad, y a regularizar su situación sobre este particular, a cuyos efectos nos ponemos a su disposición para mantener las reuniones pertinentes, para cuya celebración, les rogamos propongan varias fechas cercanas que les parezcan convenientes.

Sin otro particular, quedamos a la espera de sus noticias”.

- 61.** A las cartas enviadas se adjuntaba un modelo de contrato (folios 182 a 185), por el que EGEDA autorizaba al hotel en cuestión a la realización de actos de comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales gestionados por EGEDA. El modelo de contrato incluía un sistema de autoliquidación con arreglo al cual cada hotel, calcula su propia remuneración. Asimismo, cada hotel también debe ingresar las cantidades en la cuenta de EGEDA.
- 62.** El apartado 3 del contrato, bajo la rúbrica “contraprestación” establece la remuneración que ha de satisfacer el hotel a EGEDA. Esta remuneración coincide con la tarifa general una vez aplicado el incremento anual del IPC correspondientes a 2009.

Tarifas generales de EGEDA.		
Plaza disponible y mes.		
Cinco estrellas	Cuatro estrellas	Tres estrellas
3,45 €	3,05 €	2,24 €

63. Ahora bien, el mismo contrato señala que “las cantidades indicadas sólo se aplicarán, durante la vigencia del Contrato, con el IPC acumulado, en casos de incumplimiento del presente contrato y de cualesquiera otros pactos que las Partes pudieran suscribir”. En los demás casos, el contrato individual contiene unas tarifas diferentes que varían en función de la ocupación media provincial anual según los datos del INE. La tabla adjunta muestra las tarifas que EGEDA ofertó a los hoteles en esta oleada de comunicaciones correspondiente a cada categoría con sus correspondientes bonificaciones.

	Ocupación 50-100 %	Ocupación 36-49 %	Ocupación 0-35 %
Gran Lujo y 5 estrellas	1,34 €	1,27 €	1,16 €
4 estrellas o categorías equivalentes	0,99 €	0,94 €	0,87 €
3 estrellas o categorías equivalentes	0,74 €	0,71 €	0,66 €

64. De acuerdo con la oferta cursada, se distinguirían dos tipos de situaciones: un primer tipo de situaciones en las que el hotel no suscribe el contrato de autorización o incumple las condiciones previstas en el mismo, se aplicarían las tarifas generales de EGEDA más arriba recogidas. Un segundo tipo de situaciones en las que el hotel firma el contrato de autorización y además cumple las obligaciones previstas en el mismo, el hotel pagaría la tarifa reducida y tendría derecho a bonificaciones en función de la ocupación. El contrato/modelo incluye una *cláusula de parte más favorecida*.

VI. Información que consta en el expediente sobre las tarifas aplicadas en países de nuestro entorno.

65. El denunciante ha aportado una encuesta elaborada por la HOTREC, asociación hotelera de ámbito europeo que engloba a hoteles y otros establecimientos de hostelería, sobre las tarifas que pagaban a los representantes de los distintos colectivos que administran derecho de propiedad intelectual, (autores, productores de fonogramas, productores audiovisuales y artistas e intérpretes), en los países de nuestro entorno (folios 106-111).

66. La encuesta solicitaba información sobre las tarifas anuales (vigentes en 2008) para un hotel-tipo de cuatro estrellas y 100 habitaciones. La tabla adjunta muestra los resultados obtenidos tras la encuesta según elaboración de los datos realizada por la DI.

<i>Tarifas en concepto de comunicación pública por ofrecer TV en las habitaciones de los huéspedes correspondientes a un hotel-tipo de 4 estrellas y 100 habitaciones</i>				
<i>País</i>	<i>Autores</i>	<i>Productores de fonogramas</i>	<i>Artistas e Intérpretes</i>	<i>Productores audiovisuales</i>
<i>Austria</i>	<i>En discusión</i>			
<i>Bélgica</i>	<i>1.108,00 €</i>	<i>No sujeto a remuneración</i>		<i>Tarifa de la TV de pago + 25%</i>
<i>Dinamarca</i>		<i>1.855,00 €</i>	<i>2.474,00 €</i>	<i>50,00 €</i>
<i>Estonia</i>	<i>275,00 €</i>	<i>255,00 €</i>	<i>No sujeto a remuneración</i>	<i>No sujeto a remuneración</i>
<i>Finlandia</i>	<i>852,20 €</i>	<i>618,24 €</i>	<i>No sujeto a remuneración</i>	<i>No sujeto a remuneración</i>
<i>Francia</i>	<i>1.242,42 €</i>	<i>223,59 €</i>	<i>223,59 €</i>	<i>No sujeto a remuneración</i>
<i>Alemania</i>	<i>640,00 €</i>	<i>218,00 €</i>		<i>750,00 €</i>
<i>Hungría</i>	<i>250,00 €</i>			
<i>Italia</i>	<i>1.930,90 €</i>	<i>190,08 €</i>		<i>No sujeto a remuneración</i>
<i>Lituania</i>	<i>1.448,00 €</i>	<i>729,00 €</i>	<i>No sujeto a remuneración</i>	<i>No sujeto a remuneración</i>
<i>Malta</i>	<i>1.570,00 €</i>			
<i>Países Bajos</i>	<i>130,00 €</i>	<i>89,25 €</i>	<i>No sujeto a remuneración</i>	<i>1.700,00 €</i>
<i>Noruega</i>	<i>879,00 €</i>	<i>1.315,00 €</i>		
<i>Suecia</i>	<i>1.277,00 €</i>	<i>3.916,00 €</i>		<i>No sujeto a remuneración</i>
<i>Reino Unido</i>	<i>367,00 €</i>			
<i>Elaboración propia DI con datos de hotrec (folios 106-111)</i>				

VII. Información que consta en el expediente sobre la tarifas establecidas por EGEDA a las empresas de cable distribución y a las TV de pago.

67. En los anexos 1. A y C del “Manual de tarifas de los derechos exclusivos y derechos de remuneración administrados por EGEDA”, se recogen las tarifas

aplicables a las empresas de cable distribución y a las TV de pago desde 2004 (folios 58 y 60).

68. La tarifa general prevista tanto para los operadores de cable como para las TV de pago en el año 2004 es de 0,27 euros por mes y abonado o vivienda conectada a la red.
69. El concepto del acto de comunicación publica objeto de la autorización es la retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales contenidas en las emisiones y/o transmisiones de televisión cuando sea efectuada por una entidad diferente del emisor primario. El repertorio de EGEDA es el mismo que el contemplado en el anexo 1.B. relativo a establecimientos hoteleros y asimilados más arriba descrito.

VIII. Modificación unilateral de las tarifas generales y de las de implantación.

70. Con fecha 17 de mayo de 2011 EGEDA remitió a la DI copia de la comunicación realizada el 13 de mayo de 2011 al Ministerio de Cultura, conforme a lo dispuesto en el artículo 157.1.b) del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de la modificación del epígrafe 1.B del manual de tarifas, que se refiere a los derechos de autorización y remuneración que administra relativas a la “*Retransmisión por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento similar de obras y grabaciones audiovisuales, en establecimientos hosteleros y asimilados*”. El texto que acompaña el escrito remitido al Ministerio de Cultura es el siguiente:

“EPÍGRAFE 1.B

Retransmisión por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento similar de obras y grabaciones audiovisuales, en establecimientos hosteleros y asimilados.

Concepto del acto de comunicación pública: *retransmisión de las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en las emisiones y/o transmisiones de entidades de radiodifusión televisiva, cuando sea efectuada por el titular de la explotación de un establecimiento hotelero, o asimilado, sea o no titular de la red de distribución.*

Las tarifas propuestas en concepto de retransmisión a los establecimientos hoteleros y asimilados en su conjunto son el resultado de la experiencia negociadora de EGEDA con los usuarios de obras y grabaciones del sector hotelero, y están justificadas en relación al valor económico del servicio televisivo prestado por dichos establecimientos.

La autorización no exclusiva que se conceda únicamente comprenderá la retransmisión y no la transmisión de obras y grabaciones audiovisuales a las plazas' hoteleras, para lo que se requerirá autorización individual de los productores.

a) Establecimientos hoteleros de Gran lujo y cinco estrellas de categoría:

- 1,84€ por plaza disponible mes si la ocupación media provincial anual de la zona geográfica donde esté radicado el establecimiento haya sido superior al 50%.

- 1,74€ por plaza disponible mes si la ocupación media provincial anual de la zona geográfica donde esté radicado el establecimiento haya sido superior al 35% e inferior al 50%.

- 1,61€ por plaza disponible mes si la ocupación media provincial anual de la zona geográfica donde esté radicado el establecimiento haya sido inferior o igual al 35%.

b) Para los establecimientos de 4 estrellas de categoría:

- 1,37€ por plaza disponible mes si la ocupación media provincial anual de la zona geográfica donde esté radicado el establecimiento haya sido superior al 50%.

- 1,30€ por plaza disponible mes si la ocupación media provincial anual, de la zona geográfica donde esté radicado el establecimiento haya sido superior al 35% e inferior al 50%.

- 1,20€ por plaza disponible mes si la ocupación media provincial anual, de la zona geográfica donde esté radicado el establecimiento haya sido inferior o igual al 35%.

c) Para los establecimientos de 3 o menos estrellas:

- 1,04€ por plaza disponible mes si la ocupación media provincial anual de la zona geográfica donde esté radicado el establecimiento haya sido superior al 50%.

- 0,98€ por plaza disponible mes si la ocupación media provincial anual de la zona geográfica donde esté radicado el establecimiento haya sido superior al 35% e inferior al 50%.

- 0,91€ por plaza disponible mes si la ocupación media provincial anual de la zona geográfica donde esté radicado el establecimiento haya sido inferior o igual al 35%.

Estas tarifas para establecimientos hoteleros de tres o menos estrellas, son igualmente de aplicación a las ciudades y clubs de vacaciones, a los hoteles y residencias apartamento, a los hoteles residencia, a los moteles, a las casas y hostales rurales, a las pensiones, así como a las categorías equivalentes a todos los citados.

Disposiciones aplicables a las letras a), b) y c):

- La ocupación media provincial anual de la zona geográfica donde esté radicado el establecimiento que se tomará en cuenta para la determinación el nivel de tarifa aplicable será la publicada por el INE - o el organismo que lo sustituya en un futuro, relativa a la zona geográfica donde esté radicado cada establecimiento gestionado por el usuario. En particular, para la determinación del grado de ocupación se utilizarán los últimos resultados anuales de la "Encuesta de ocupación hotelera" publicados por el INE y

disponibles en el mes de diciembre del año anterior al del periodo de aplicación de las tarifas.

- Para cada anualidad posterior a 2011, las tarifas se incrementarán de acuerdo con la evolución del Índice general de precios al consumo (IPC).

- Las tarifas se aplican sin consideración al número o clase de canales (emisiones o transmisiones) retransmitidos.

- Las tarifas se aplican en caso de indemnizaciones judiciales relativas a cualquier periodo de incumplimiento por parte del usuario.

- En la aplicación práctica de las tarifas se podrán prever descuentos para asociaciones representativas de usuarios del repertorio.”

71. EGEDA en dicho escrito informa que la modificación es aplicable a partir de la comunicación al Ministerio y que procederá a remitir a los clientes y a publicar en su página WEB las tarifas generales comunicadas, así como unas tarifas denominadas de implantación (para los hoteles que firmen el acuerdo) inferiores a la tarifa general, y que están en el entorno del 76% de la TG, a las que además se aplican descuentos adicionales en función del número de plazas del hotel parte del acuerdo. Las tarifas de implantación publicadas son las siguientes:

Anexo 3 Tarifas implantación desde 2011 y descuentos aplicables por número de plazas.

Por plaza disponible y mes		Descuen.	Ocupación > 50%			Ocupación > 35% y < 50%			Ocupación < 35%		
			5*	4*	3* ó -	5*	4*	3* ó -	5*	4*	3* ó -
Tarifa implantación sin descuento	No aplica	0%	1.39 €	1.04 €	0.79 €	1.32 €	0.98 €	0.74 €	1.21 €	0.91 €	0.69 €
Tarifa implantación con descuento	Menos de 500 plazas	3%	1.35 €	1.01 €	0.76 €	1.28 €	0.95 €	0.72 €	1.17 €	0.88 €	0.67 €
Tarifa implantación con descuento	Entre 500 y 1000	5%	1.32 €	0.99 €	0.74 €	1.25 €	0.93 €	0.70 €	1.15 €	0.86 €	0.66 €
Tarifa implantación con descuento	Entre 1000 y 5000	7%	1.29 €	0.97 €	0.73 €	1.23 €	0.91 €	0.69 €	1.13 €	0.85 €	0.64 €

Tarifa implantación con descuento	Entre 5000 y 1000	11%	1.24 €-	0.93 €	0.69 €	1.17 €	0.87 €	0.66 €	1.08 €	0.81 €	0.61€
Tarifa implantación con descuento	Entre 15.000 y 20.000	18%	1.14 €	0.85 €	0.64 €	1.08 €	0.80 €	0.61 €	0.99 €	0.75 €	0.57€
Tarifa implantación con descuento	Más de 20.000	27%	1.01 €	0.76 €	0.57 €	0.96 €	0.72 €	0.54 €	0,88 €	0.66 €	0.50€

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y Normativa de Aplicación.

El objeto de la presente Resolución es determinar, sobre la base de la propuesta de la DI, si EGEDA ha infringido los artículos 2 de la LDC y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La DI imputa a EGEDA haber abusado de su posición de dominio con el establecimiento y aplicación de la tarifa fijada por los productores audiovisuales por los derechos a autorizar los actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes de los establecimientos hoteleros. Los hoteleros, en particular la asociación CEHAT, considera las tarifas aplicadas abusivas, en tanto que EGEDA defiende su derecho a fijar tarifas generales diferenciadas en función del valor económico que tiene el uso de los derechos que gestiona para los distintos grupos de clientes, en este caso categorías de hoteles.

La incoación de este expediente tuvo lugar el 7 de junio de 2010 y por tanto se ha tramitado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, pues así resulta, “*sensu contrario*”, de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del citado texto legal, en el que se señala que, “*Los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio*”.

Por lo que al derecho sustantivo sancionador se refiere, la conducta de EGEDA objeto de este expediente, se habrían iniciado de acuerdo con la propuesta de la DI, en octubre de 2005 y habrían permanecido hasta mayo del año 2011. Por tanto se habrían desarrollado bajo la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007. Ambas normas prohíben en a sus artículo 6 y 2 respectivamente, la misma conducta, “*(...) la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado*”

nacional". A efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados, no tiene ninguna relevancia aplicar una u otra Ley de Defensa de la Competencia.

Desde el PCH la DI ha imputado por el artículo 2 de la Ley 15/2007, y EGEDA no ha alegado nada en contrario. En todo caso, en supuestos similares en los que la conducta tiene lugar en un periodo de vigencia de ambas normas, el Consejo, de acuerdo con el art. 128 de la Ley 30/1992, ya ha manifestado y resuelto de forma reiterada que es necesario optar por una de la dos normas, eligiendo aquélla que resulte más beneficiosa para la empresa imputada, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor en el caso en concreto. Teniendo en cuenta el sistema de graduación de las infracciones, inexistente en la legislación anterior, el establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, y la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas, el Consejo considera que en este caso el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007, es globalmente, más favorable, siendo por tanto ésta la norma de aplicación.

Por otra parte, el artículo 3 del Reglamento del Consejo, 1/2003 de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de Competencia del TFUE, dispone que las Autoridades Nacionales de Competencia cuando juzguen una conducta que pueda afectar a los intercambios entre los Estados miembros, están obligados a aplicar también la correspondiente norma comunitaria, en este caso el artículo 102 del TFUE (antiguo artículo 82 de TCE).

Es necesario analizar si se da la anterior premisa de posibilidad de afectación de los intercambios comunitarios y para analizar si se cumple, nos apoyaremos en las Directrices de la Comisión relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), que dice se deben tener en cuenta tres elementos, a) el concepto de *"comercio entre los Estados miembros"*; b) la noción de *"pueda afectar"* y c) el concepto de *"apreciabilidad"*.

La DI dice en su Propuesta de Resolución que según el artículo 165 del LPI, EGEDA tiene la obligación legal de gestionar la autorización y la recaudación por los derechos económicos devengados por la comunicación de las obras audiovisuales en los establecimientos hoteleros, también de los productores audiovisuales comunitarios. En efecto, dicho artículo dispone que estarán protegidos por esta Ley, los productores de obras y grabaciones audiovisuales, etc., *"a) Cuando sean ciudadanos Españoles o empresas domiciliadas en España, así como cuando sean ciudadanos de otro Estado miembro de la Unión Europea o empresas domiciliadas en otro Estado miembro de la Unión Europea"*. Y así queda recogido en el artículo 2 de los estatutos de la entidad que se recoge en el apartado A) de los Hechos Probados.

La propia EGEDA ha manifestado *"que su repertorio es universal, ya que también incluye la totalidad de las obras audiovisuales generadas tanto dentro como fuera de España"*.

Para apoyar esta afirmación, EGEDA ha indicado a la Dirección de Investigación que también actúa por cuenta de los titulares extranjeros e indica a este respecto que

parte de su recaudación está destinada a pagar a productores de otros países. De acuerdo con los datos aportados por EGEDA el reparto a terceros países se haría de acuerdo con la tabla adjunta:

Cantidades repartidas según el país de destino (2007-2008)				
PAÍS	2.007	%	2.008	%
ESPAÑA	[...]	55,54%	[...]	51,84%
OTROS PAÍSES	[...]	44,46%	[...]	48,16%
	[...]		[...]	

Fuente: elaboración propia DI a partir de datos suministrados por EGEDA

En todo caso, el Consejo ha reiterado en distintas Resoluciones relativas a las sociedades de gestión de derechos la aplicación de la normativa comunitaria por cuanto, como se recoge en la Resolución de 9 de diciembre de 2008, (expte. 636/07, Fonogramas, confirmada por SAN de 10 de marzo de 2010), relativa al derecho a una remuneración de productores y artistas por la comunicación pública de fonogramas, *"el TJCE ha establecido de forma reiterada y constante que el territorio de un Estado miembro es una parte sustancial del mercado común (entre otras, STJCE de 9 de noviembre de 1983, Michelin). En consecuencia cuando una conducta afecta, aunque sea potencialmente a la totalidad del territorio español (que constituye una parte sustancial del mercado común), el artículo 82 TCE será plenamente aplicable, y así resulta por lo demás de la propia praxis del TDC (Resolución de 27 de julio de 2000, Expte 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual)"*.

El Consejo coincide con el análisis de la DI en que las conductas de EGEDA, que afectan a todo el territorio español y a productores audiovisuales comunitarios así como a empresarios hoteleros comunitarios asentados en España, tienen aptitud para afectar de manera apreciable a los intercambios comunitarios y en consecuencia, de acuerdo con el Reglamento 1/2003, es de obligada aplicación el artículo 102 del TFUE en este expediente.

SEGUNDO.- Conductas infractoras imputadas por la DI a EGEDA.

La DI imputa a EGEDA una infracción consistente en un abuso de posición dominante en *"el mercado de otorgamiento de autorizaciones y de remuneración por comunicación pública de los productores audiovisuales a los establecimientos hoteleros por actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes"*. La infracción se habría desarrollado desde octubre de 2005, fecha de publicación por EGEDA de las tarifas generales analizadas hasta mayo de 2011, en que EGEDA notificó las nuevas tarifas generales al Ministerio de Cultura (HP 7 y 8).

Las conductas de EGEDA reputadas abusivas por la DI que conformarían la infracción de abuso de posición de dominio serían las siguientes:

- a. vincular la cuantía de la tarifa a la categoría de los hoteles, cuando dicha categoría carece de relación razonable con la prestación de EGEDA,

- b. vincular la tarifa general al número de plazas hoteleras disponibles, sin introducir en la misma otros mecanismos que permitan tener en cuenta la utilización real de la prestación de EGEDA, existiendo alternativas capaces de medir de una forma más precisa dicha utilización sin dar lugar a un incremento injustificado de los costes,*
- c. establecer tarifas excesivas a los hoteles, en comparación con las vigentes en países de nuestro entorno y con las exigidas por la propia EGEDA a otros usuarios como los operadores de televisión de pago,*
- d. desarrollar una estrategia consistente en aprobar unas tarifas generales elevadas y desproporcionadas con la finalidad de inducir a los hoteles a suscribir los correspondientes contratos con EGEDA y utilizarlas como mecanismo de retorsión en caso de incumplimiento contractual, y*
- e. la falta de transparencia en los criterios de fijación y aplicación efectiva de las tarifas, que lleva a la discriminación injustificada entre hoteles.*

En resumen la DI considera que EGEDA, por una parte, aprovechándose de la normativa vigente que estipula la obligación de las entidades de gestión de establecer unas tarifas generales (artículo 157 de la LPI), fija éstas a un nivel muy elevado como medio de presión para que los hoteles firmen los contratos con tarifas inferiores, teniendo siempre abierta la posibilidad de que, en caso de no llegar a acuerdo, poder reclamar el pago de dichas tarifas generales ante los tribunales. Por otra parte la DI imputa a EGEDA la fijación de tarifas inequitativas y discriminatorias al fijarlas sobre la base de la categoría del hotel y de las plazas disponibles, y por tanto no estar relacionado el pago exigido con el valor económico del servicio prestado. Y finalmente le imputa abuso explotativo, al aprovecharse de su posición de dominio para cobrar a los hoteles tarifas muy superiores a las cobradas en otros países de nuestro entorno y a las que ella misma aplica a otros operadores con los que se puede establecer una comparación, como son los operadores de cable y televisión de pago.

Para analizar el carácter abusivo de las tarifas, la DI hace una descripción del método de cálculo de las tarifas generales utilizado por EGEDA y de la aplicación efectiva de las mismas.

LAS TARIFAS GENERALES DE EGEDA

Sin perjuicio de tener en cuenta las alegaciones de EGEDA de que no aplica las tarifas generales en los contratos individuales con los hoteles y que no las ha utilizado para instar su cumplimiento en acciones judiciales ante los tribunales, la DI considera ineludible analizar la fijación y cuantía de las tarifas generales, por cuanto las mismas tiene aptitud para incidir y condicionar el comportamiento de los usuarios y por tanto afectar a las condiciones de competencia del mercado.

Ahora bien, para la Dirección de Investigación EGEDA sí ha aplicado las tarifas generales, puesto que las utiliza como valor de referencia, tanto en las cartas enviadas a diversas cadenas hoteleras, como en los contratos firmados entre EGEDA y diversas empresas propietarias de hoteles (HP 35, 62 y 63).

La DI hace un análisis del posible carácter abusivo de las Tarifas generales basado, tanto en el método utilizado para su cálculo, como en la cuantía de las mismas.

EL CARÁCTER ABUSIVO DE LAS TARIFAS DE EGEDA POR LA FALTA DE RELACIÓN ENTRE LA PRESTACIÓN Y LA UTILIZACIÓN

La DI analiza si las tarifas generales que EGEDA tiene vigentes incurren en la prohibición de la letra a) del párrafo 2º del artículo 2 de la LDC, consistente en la *“imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos”*. Según la jurisprudencia se entiende que una empresa en posición dominante incurre en dicha prohibición cuando exige una remuneración sin relación razonable con el valor económico de la prestación realizada. (Véanse las sentencias United Brands y United Brands Continental/Comisión, citada en la nota 15, apartados 248 a 257, y de 13 de noviembre de 1975, General Motors Continental/Comisión (26/75, Rec. p.1367), apartados 11 y 12).

La DI analiza el valor de la prestación, de la contraprestación y de la relación entre prestación y contraprestación, de manera que entre prestación y contraprestación exista un vínculo de conexión.

- La prestación de EGEDA.

Por lo que se refiere a la prestación de EGEDA, el repertorio está integrado por las obras y grabaciones audiovisuales protegidas conforme a la LPI. Para que un contenido se emita por televisión, es preciso que la cadena de televisión disponga de los correspondientes derechos que se adquieren mediante un contrato entre el productor audiovisual propietario de los derechos y el operador de televisión, que paga una contraprestación económica al productor a cambio de los derechos de emisión. Realizada esta cesión individual, el operador de televisión emite los contenidos que ha adquirido, mediante los que podríamos denominar *“comunicación pública primaria”*. La comunicación pública primaria la gestión individualmente los productores audiovisuales.

Según la DI la comunicación pública a los huéspedes de los hoteles a través de aparatos instalados en las habitaciones no estaría amparada en el concepto de *“comunicación pública primaria”*, dado que el derecho de propiedad intelectual lo considera un acto de comunicación pública distinto del acto de comunicación pública primaria. Se trataría de un acto de comunicación pública que podríamos denominar *“secundaria”*.

Ahora bien, los actos de *“comunicación pública secundaria”* también requieren la autorización de los productores, y la LPI reconoce a éstos la facultad de obtener remuneración por dichos actos. El derecho de obtener remuneración por actos de comunicación pública secundaria, es un derecho de gestión colectiva obligatoria, siendo este último una particularidad del derecho de propiedad intelectual español, prácticamente inexistente en otros países de nuestro entorno.

Por tanto la prestación de EGEDA en este caso implica *“el otorgamiento de autorizaciones y la gestión de la remuneración correspondiente a la realización de actos de comunicación pública secundaria, consistentes en la emisión de televisión en las habitaciones de los huéspedes”*.

Y, esto es importante, 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.

En cuanto a la cobertura desde el punto de vista de país de origen de los productores con derecho a la contraprestación, según declaraciones de EGEDA su repertorio es universal, ya que incluye la totalidad de las obras audiovisuales generadas, tanto dentro como fuera de España, actuando también por cuenta de titulares extranjeros de derechos protegidos por la Ley española, con independencia de que las respectivas productoras de los países de origen, hayan encomendado o no a EGEDA la gestión de sus derechos, de forma que según sus datos casi un 50% de lo recaudado se va a otros países.

El derecho de remuneración gestionado por EGEDA es de gestión colectiva obligatoria, lo cual implica que dicho repertorio está constituido por todas las obras y grabaciones audiovisuales protegidas conforme a la LPI, con independencia de que sus titulares hayan encomendado o no a EGEDA la gestión de su derecho.

- La contraprestación requerida por EGEDA

De acuerdo con el manual de tarifas de EGEDA, la cantidad que deberá pagar cada hotel depende de dos variables: del número de plazas disponibles en cada hotel y de la tarifa fijada por categoría de establecimiento, en el que distingue tres categorías, gran lujo y 5 estrellas, de cuatro estrellas y de tres estrellas o menos.

De acuerdo con dichos parámetros, EGEDA tenía fijadas para 2004, como contraprestación por el servicio prestado, las siguientes tarifas generales básicas mensuales en función de la categoría del hotel:

Tarifas generales de EGEDA para 2004	
Categoría	Tarifa
Gran lujo y cinco estrellas	3 euros.
Cuatro estrellas	2,63 euros.
Tres estrellas o menos	1,93 euros.

El método de cálculo prevé que estas tarifas se actualicen anualmente con el Índice General de Precios al Consumo (IPC), y la DI hace el cálculo de la tarifa básica en función de la categoría del hotel que corresponderían a los años siguientes:

Tarifas generales de EGEDA actualizadas a las variaciones del IPC						
Año	2004	2005	2006	2007	2008	2009
<i>Variación interanual (INE)</i>	3,2	3,7	2,7	4,2	1,4	0,8
Cinco estrellas	3,00	3,10	3,21	3,30	3,44	3,48
Cuatro estrellas	2,63	2,71	2,81	2,89	3,01	3,05
Tres estrellas o menos	1,93	1,99	2,07	2,12	2,21	2,24

Fuente: elaboración propia DI

Para calcular el pago mensual a realizar por cada hotel se multiplican estos dos parámetros, $t = b \times n$, siendo t la tarifa apagar, b la tarifa base en función de la categoría y n el número de plazas disponibles en cada hotel.

En los acuerdos marco y acuerdos individuales que EGEDA ha firmado con asociaciones y cadenas hoteleras, respectivamente, esta entidad ha utilizado la misma metodología de cobrar una cantidad mensual por plaza hotelera disponible en función de la categoría del hotel, si bien partiendo de unas tarifas base mucho más reducidas. Además otra particularidad de los acuerdos es que aplican descuentos en función del grado de ocupación hotelera de la provincia, según información del INE, y que eximen a los hoteles de dos o menos estrellas del pago de las tarifas.

- Relación entre prestación y contraprestación: carácter abusivo.

Para analizar el posible carácter abusivo de la tarifas la DI analiza si existe conexión entre el valor económico de la prestación y los parámetros utilizados para fijar la contraprestación, las tarifas generales, es decir si la categoría del hotel y las plazas son las variables que permiten medir el valor de la prestación.

i) En relación con la variable "categoría del establecimiento"

La DI analiza las variables previstas en la normativa de las distintas Comunidades Autónomas (CCAA), competentes en el tema, para determinar la ubicación de un hotel en una u otra categoría (número de estrellas). Según la DI la inclusión de un hotel en una categoría depende de los servicios prestados por el hotel y, simplificando, de cuestiones como el tamaño de la habitación, las características del baño, el contar con calefacción en la habitación, aire acondicionado, teléfono, caja fuerte, así como tener ascensor, bar, etc. En la mayor parte de las CCAA la normativa no contempla la tenencia de aparatos de TV en las habitaciones, a la hora de otorgar la clasificación. Dos comunidades, Extremadura y la Rioja exigen TV a partir de dos estrellas, Cataluña y la Comunidad Valenciana, a partir de 3 y Canarias solo para cinco estrellas. En Navarra la presencia de aparato de TV en la habitación puede hacer subir una categoría.

Para la DI, por tanto, la calificación de los hoteles y la asignación de estrellas se guía por parámetros ajenos a la presencia de aparatos de TV en las habitaciones, lo que le lleva a concluir que *“la prestación de EGEDA carece de vinculación con la categoría de un hotel, ya que la mayor o menor utilización del repertorio gestionado por EGEDA por parte de los usuarios no es un elemento que depende en absoluto de la categoría del hotel”*.

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

La DI apunta asimismo que EGEDA exige a los hoteles de dos o menos estrellas de la aplicación de sus tarifas, lo que podría generar una discriminación injustificada que perjudicaría a los hoteles de tres o más estrellas, que probablemente se ven forzados a soportar tarifas superiores a las que se aplicarían si EGEDA aplicase sus tarifas en condiciones no discriminatorias entre las distintas categorías de hoteles. Teniendo en cuenta además que en este momento prácticamente todos los establecimientos hoteleros tiene TV en las habitaciones.

Para la DI *“el método de fijación de tarifas por comunicación pública a los establecimientos hoteleros consistente en vincular la tarifa a la categoría del hotel puede constituir una práctica abusiva en el sentido del artículo 2 LDC, en la medida en que la categoría del hotel carece de relación razonable con la prestación de EGEDA”*. Y añade, *“Asimismo, la aplicación efectiva de este método de fijación de tarifas que hace EGEDA podría dar lugar, como se verá más adelante, a supuestos de discriminación abusiva entre hoteles, entre otras razones, al eximir de la tarifa a los hoteles de dos o menos estrellas”*.

ii) Análisis de la variable “plaza disponible”.

La segunda variable para el cálculo de la contraprestación pagada por los hoteles es el número de plazas disponibles en los hoteles.

En este caso la DI analiza si existen otros métodos que permitan vincular de forma más precisa el precio con la prestación de EGEDA, puesto que según la jurisprudencia, (Sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 de diciembre de 2008, Asunto C-52/07, Kanal 5-STIM) apartado 40), la aplicación de un sistema de tarifas pueda tener un carácter abusivo cuando *“exista otro método que permita identificar y cuantificar de forma más precisa la utilización de esas obras así como la audiencia y cuando mediante dicho método pueda lograrse el mismo objetivo legítimo, que es la protección de los intereses de los autores, compositores y editores de música, sin que por ello aumenten desproporcionadamente los gastos a que da lugar la gestión de los contratos y el control de la utilización de las obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual”*.

Para la DI, dado que el objeto es la comunicación al público en las habitaciones de los hoteles, el valor económico vendría determinado por el grado de utilización de dicho repertorio por parte de los usuarios, y éste a su vez, del número de receptores

de la comunicación pública y de la duración de los contenidos visionados, siempre que dichos contenidos formen parte del repertorio de EGEDA.

Reconoce la DI, que la verificación exacta y precisa del número de usuarios y del grado de utilización del repertorio de EGEDA por parte de los usuarios de la habitaciones de un hotel, podría no ser posible, o su coste ser extremadamente elevado en el estado de la técnica actual. Pero según la DI, eso no implica que EGEDA no deba buscar métodos alternativos que acerquen la tarifa al grado de utilización. Y apunta la DI que, *“en los contratos que EGEDA ha firmado hasta la fecha con los usuarios, el importe de la retribución se gradúa en función de la ocupación media provincial según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE). Estos datos tienen en cuenta la ocupación hotelera media de los hoteles situados en cada provincia o zona turística. Estos datos son públicos y su carácter agregado por provincias o zonas determina que no sea difícil su puesta en práctica. Esto implica que existe, al menos un método que aproxima las tarifas a la utilización real más que el método de cálculo previsto en las tarifas generales que consiste en optar directamente por la variable “plaza disponible”.*

Por tanto concluye la DI que *“el método establecido en las tarifas de EGEDA consistente en vincular la tarifa general al número de plazas disponibles podría ser abusivo en la medida en que no tiene en cuenta la utilización real de la prestación de EGEDA, y en la medida en que existen alternativas capaces de medir de una forma más precisa dicha utilización sin dar lugar a un incremento injustificado de los costes”.*

Para la DI el hecho de que *“en la aplicación efectiva de estas tarifas EGEDA haya incluido bonificaciones según el grado de ocupación hotelera de la provincia no eliminaría el carácter abusivo de la tarifa general. Además, dado que en algunos contratos marco con asociaciones se ha vinculado la aplicación de esta bonificación a que la adhesión individual del asociado se produzca en un determinado plazo, podría haber existido una discriminación abusiva entre hoteles, como se verá más adelante”.*

EL CARÁCTER EXCESIVO DE LAS TARIFAS DE EGEDA

También en relación con la prohibición del párrafo 2º del artículo 2, letra a) de la LDC, la DI analiza el posible carácter excesivo de las tarifas generales de EGEDA.

La DI reconoce la dificultad de aplicar a las tarifas de una entidad de gestión como EGEDA, dada la naturaleza inmaterial de los derechos de propiedad intelectual gestionados, el test ratificado por la jurisprudencia (caso *United Brands*) según el cual se definen los precios excesivos como *“aquéllos que no guarden relación con el valor económico de la prestación”.* También desestima la posibilidad de buscar el término comparativo en el precio o tarifa en condiciones de competencia (*Sentencia del TJCE de 4 de mayo de 1988. Corinne Bodson v. Pompes Funèbres. Asunto 30/87*), porque dice la DI, que no es posible contar con el estándar del mercado para derechos similares a los de EGEDA, puesto que es un mercado en el que nunca ha existido competencia.

Por tanto la DI para analizar si las tarifas aplicadas por EGEDA pueden reputarse excesivas, acude a la comparación con las tarifas aplicadas por sociedades de

gestión de derechos similares en los países de nuestro entorno, apoyándose en los pronunciamientos del Tribunal de la Unión Europea en casos similares. Así el TJCE aceptó que la comparación con situaciones similares puede constituir un indicio válido de la existencia de tarifas excesivas y señaló que una entidad de gestión que opera en posición dominante, *"impone condiciones de contratación no equitativas cuando las retribuciones que cobra son notablemente más elevadas que las que se aplican en los restantes Estados miembros, siempre que la comparación entre las cuantías de las tarifas se haya llevado a cabo con arreglo a una base homogénea"*. (Sentencia de 13 de julio de 1989, Tournier, 395/87. Punto 46). La DI recuerda que este precedente ya ha sido utilizado por el TDC (predecesor del Consejo de la CNC) en ocasiones anteriores, entre otras en la Resolución de 27 de julio de 2000, Propiedad Intelectual Audiovisual.

- Comparación con otros EEMM de la UE

Para proceder a la comparación de las tarifas de EGEDA con las tarifas que se conocen de otros EEMM de la UE y que constan en este expediente (HP 65 y 66) y para hacerlo sobre una *base homogénea*, tal como exige la jurisprudencia, la DI ha realizado determinados ajustes para calcular la tarifa anual de EGEDA para un hotel tipo de 4 estrellas y 100 habitaciones, que es la información disponible en los escasos EEMM que cuentan con este derecho.

Teniendo en cuenta que las tarifas de EGEDA se fijan por plazas y no por habitaciones, la DI ha supuesto que el número medio de plazas por habitación en hoteles de cuatro estrellas es de 1,7 plazas por habitación. Partiendo de que la tarifa general de EGEDA para los hoteles de cuatro estrellas para el mismo año 2008, era de 3,01 euros/mes por plaza, y multiplicando la tarifa por las 1,7 plazas que tiene cada habitación, nos da una tarifa de 5,117 euros al mes por habitación. Multiplicada dicha tarifa por los 12 meses y las 100 habitaciones, resultaría que en España un hotel tipo comparable de 4 estrellas y 100 habitaciones tendría que pagar a EGEDA, 6.140,4 euros al año.

La DI recoge en una tabla las tarifas anuales que debería pagar en España en el año 2008 el hotel tipo a EGEDA y lo que pagarían en los tres países para los que se dispone de información, así como la diferencia de EGEDA respecto a los demás.

País	Tarifa anual media hotel 100 habs, 4*	% de diferencia con respecto a EGEDA
<i>Dinamarca</i>	50,00 €	12280,80%
<i>Alemania</i>	750,00 €	818,72%
<i>Países Bajos</i>	1.700,00 €	361,20%
España	6.140,4 €	

Fuente: elaboración DI

Concluye la DI que la tarifa de EGEDA es la más elevada de Europa, *casi 123 veces superior a la prevista en Dinamarca, más de 8 veces superior a la establecida en Alemania y cerca de 3,6 veces superior a la establecida en los Países Bajos.*

La DI hace también el mismo cálculo utilizando como base la tarifa de 0,93 euros/mes por plaza disponible, que es la tarifa que EGEDA cobra efectivamente en 2008 a hoteles de cuatro estrellas en muchos de sus acuerdos individuales, en un contexto de ocupación del hotel entre 36% y 49%, y la cifra anual resultante es de 1.897,2 euros, que sigue siendo significativamente superior a la que se cobra en Dinamarca y Alemania.

La DI concluye que las tarifas generales de EGEDA podrían ser excesivas en la medida que son notablemente más elevadas que las vigentes en otros países de la UE.

- Comparación con la tarifa de EGEDA a operadores de cable y TV de pago

La DI hace una segunda comparación entre las tarifas generales y las cobradas a los hoteleros por EGEDA en el año 2009 y las que aplica a otros usuarios por el uso del mismo derecho, la *“autorización de comunicación pública de grabaciones audiovisuales”*.

Para garantizar el carácter homogéneo que exige la jurisprudencia para que la comparación tenga validez, la DI se impone dos requisitos acumulativos: *“en primer lugar, que se trate de actos de comunicación pública y, en segundo lugar, que el contenido consista en: “obras y grabaciones audiovisuales contenidas en las emisiones y/o transmisiones de entidades de radiodifusión televisiva”*.

La DI realiza dicha comparación tomando como base las tarifas de comunicación pública, establecidas por EGEDA a las *empresas de cable distribución y a las TV de pago* (HP 67, 68 y 69).

Ahora bien para hacer la comparación entre ambas tarifas la DI tiene en cuenta que el pago de la tarifa aplicada a los operadores de TV se fija por número de abonados y que el abonado no es una persona física, sino cada hogar receptor.

Por su parte, las tarifas generales aplicadas a los hoteles no tienen en cuenta el número efectivo de receptores, sino el número de plazas disponibles, con independencia de que dichas plazas se encuentren o no ocupadas.

Para homogeneizar las bases de comparación la DI utiliza como denominador común en ambos casos el número de destinatarios de la comunicación pública, es decir, el número de personas físicas que reciben o tienen posibilidades reales de recibir la comunicación pública. Y calcula la *“tarifa efectiva por persona”* aplicada a los hoteles y la aplicada a los operadores de cable y TV de pago para el año 2009.

Para ello la DI hace un cálculo de la *“tarifa efectiva por persona”* obtenido como el promedio de las tres tarifas aplicables a los hoteles, multiplicado por el número de plazas disponibles en cada categoría, según datos del INE y ponderado por la tasa de ocupación, tal como se recoge en el siguiente cuadro:

	Tarifa General 2009	Número de plazas ofertadas (datos INE) 2009	masa Tarifaria	Porcentaje de ocupación INE 2009 por plazas	Tarifa ponderada por ocupación	masa tarifaria ponderada por ocupación
HOTELES						
Cinco	3,45 €	75.214	259.488,30 €	43,62	7,91 €	594.883,77 €
Cuatro	3,05 €	518.736	1.582.144,80 €	55,08	5,54 €	2.872.448,80 €
Tres	2,24 €	418.023	936.371,52 €	56,78	3,95 €	1.649.122,09 €
Dos	2,24 €	116.382	260.695,68 €	40,06	5,59 €	650.763,06 €
Una	2,24 €	52.100	116.704,00 €	31,72	7,06 €	367.919,29 €
HOSTALES						
Tres y dos	2,24 €	93.345	209.092,80 €	31,05	7,21 €	673.406,76 €
Una	2,24 €	90.135	201.902,40 €	27,36	8,19 €	737.947,37 €
Total		1.363.935	3.566.399,50 €			7.546.491,14 €

Fuente: Elaboración propia DI

Dividiendo la masa tarifaria ponderada por las plazas ofertadas la DI concluye que la tarifa general media por persona para los hoteles en el año 2009 sería de 5,53 euros por plaza disponible y mes.

Realizada la misma operación por la DI con las tarifas ofrecidas por EGEDA en el año 2009, excluyendo hoteles de menos de 3 estrellas y hostales, la tarifa media ponderada por persona que obtiene es de 1,68 euros por plaza disponible y mes.

Por lo que se refiere a las tarifas de los cableoperadores, la DI las actualiza a 2009 (0,31 euros por hogar y mes) y las divide por el número medio de personas que según datos del INE componen un hogar (2,74 miembros), de lo que resulta un tarifa de 0,11 euros por persona y mes.

La DI constata que las tarifas generales que EGEDA ha establecido para los hoteles, así como las tarifas que ofertó de forma generalizada en 2009, son, respectivamente, 48,9 veces superiores y 14,8 veces superiores a las tarifas generales establecidas para los operadores de televisión de pago.

Y concluye que tanto las tarifas generales de EGEDA para hoteles, como las que ofertó a la mayoría de los hoteles en 2009, pueden ser excesivas en la media en que son notablemente más elevadas, en términos de receptores de la comunicación pública, que las tarifas generales establecidas por la propia EGEDA a otros usuarios como los operadores de cable y TV de pago.

CARÁCTER ABUSIVO DE LA ESTRATEGIA NEGOCIADORA DE EGEDA.

Además de la imputación por inequidad derivada de, por un lado, la falta de relación entre la prestación de EGEDA y la contraprestación requerida que muestra el método de cálculo de las tarifas generales, y por otro del carácter excesivo del nivel de tarifa fijado, tanto en comparación internacional como con los operadores de cable y pago, la DI hace una evaluación de la estrategia negociadora que utiliza EGEDA a partir de las tarifas generales.

Dice la DI que la "LPI concede a las entidades de gestión un status ciertamente privilegiado al permitirles no solo fijar de manera unilateral y sin control previo el

importe de las tarifas generales como contraprestación por el uso de su repertorio, sino que también las faculta para instar judicialmente la aplicación de las mismas. Este privilegio es una manifestación de la posición dominante de las entidades de gestión a quienes el Derecho de la competencia exige que actúen con “especial responsabilidad”.

A juicio de la DI en esas condiciones de la normativa la fijación de las tarifas generales excesivas constituyen un elemento capaz de condicionar a los usuarios para que acepten condiciones contractuales, con tal de que las mismas sean algo más beneficiosas que las tarifas generales. Por tanto, como ha dicho el Consejo en la Resolución de 23 de julio de 2009 (AIE/Telecinco), *“el establecimiento de una tarifa general excesiva puede sesgar el contenido de las negociaciones, al señalar que el establecimiento de un tipo de tarifa general inequitativa, discriminatoria y poco razonable, no fundada en criterios de uso efectivo de su repertorio, AIE había “sesgado en su propio favor el contenido de las negociaciones con todas las televisiones, ocasionando una distorsión generalizada en los precios y condiciones de mercado”.*

Para la DI, EGEDA ha desarrollado una estrategia similar como se desprende inequívocamente de la lectura de las cartas que EGEDA envió a varias empresas hoteleras en 2009 (HP 60) remitiéndose a las sentencias judiciales favorables a las pretensiones de EGEDA. Asimismo, EGEDA incorpora las tarifas generales en los contratos en previsión de incumplimiento de las condiciones pactadas en los mismos, disponiendo que las tarifas generales serán de aplicación *“en caso de incumplimiento”.*

Para la DI *“EGEDA ha aprobado unas tarifas generales, muy superiores tanto a las acordadas por la propia EGEDA en los acuerdos marco y contratos individuales, como a las ofertadas unilateralmente por EGEDA en el año 2009. Estas elevadas tarifas generales, habrían sido utilizadas de forma abusiva por EGEDA, ya que habrían servido para sesgar de forma injustificada a favor de EGEDA el contenido de las negociaciones con los usuarios, induciéndolas a aceptar contractualmente una serie de condiciones que, de no ser por el condicionante de las tarifas generales, probablemente no habrían aceptado”.*

En conclusión la DI entiende que, *“la estrategia de EGEDA consistente en aprobar unas tarifas generales elevadas y desproporcionadas respecto a las que EGEDA está dispuesta a aceptar, con la finalidad de inducir a los hoteles a suscribir contratos con EGEDA y utilizarlas como mecanismo de retorsión en caso de incumplimiento contractual, puede constituir una práctica abusiva en el sentido del artículo 2 LDC”.*

CARÁCTER DISCRIMINATORIO DE LOS CONTRATOS INDIVIDUALES Y FALTA DE TRANSPARENCIA.

Finalmente la DI analiza si los contratos individuales firmados por EGEDA con distintos hoteleros o cadenas de hoteles, contraviene el artículo 2 LDC, que en su párrafo 2º, letra d) indica que una posible conducta abusiva puede consistir en *“la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros”.* Es decir, si cumple los dos requisitos del mismo: que

exista un trato desigual a clientes que compiten entre sí y que, como consecuencia de dicho trato desigual, la empresa en posición dominante ocasione a sus contratantes una desventaja competitiva, puesto que como consecuencia de ese trato distinto, unos competidores pagan por el mismo input precios más elevados que otros.

La DI menciona los precedentes en este sentido, la Resolución del TDC, de 14 de diciembre de 1998, sobre el Expediente 430/98, la Resolución del TDC, de 25 de enero de 2002, sobre el Expediente 511/01 Vale Music/SGAE, la Resolución de la CNC, de 9 de diciembre de 2008, sobre Expediente 636/07, y la Resolución de la CNC de 23 de julio de 2009, sobre el Expediente 651/08, AIE/T5.

Un elemento importante que favorece la aparición de estas prácticas, es la falta de transparencia sobre los contratos que las entidades de gestión tienen con usuarios que realizan una actividad similar, igual uso del repertorio y que ejercen cierta presión competitiva. Esta falta de transparencia facilita que EGEDA pueda discriminar a la hora de llegar a acuerdos individuales con los hoteles sobre la aplicación de sus tarifas.

En su Resolución del Expediente 636/07, de Fonogramas, la CNC sostiene que, *“la ocultación de los acuerdos previamente celebrados con otros usuarios operadores de televisión constituye un grave incumplimiento del deber de especial transparencia que tienen frente a los usuarios de los derechos que gestionan”, considerando necesario “en orden a mitigar el riesgo de que se produzcan nuevos comportamientos discriminatorios, imponer a las entidades de gestión imputadas que en todo proceso de negociación de las condiciones de acceso y remuneración de su repertorio de derechos informen al usuario demandante sobre las bases económicas de los acuerdos previamente alcanzados con usuarios que desarrollen igual o similar actividad y realicen un uso equivalente del repertorio”.*

Para la DI esa falta de transparencia se refleja en la ausencia de correspondencia entre los criterios de aplicación de las tarifas generales publicadas por EGEDA para los hoteles, y la aplicación efectiva que se hace de estas tarifas. Pone como ejemplo la exención de facto que EGEDA ha otorgado a los hoteles de dos o menos estrellas, que no está contemplada en las tarifas generales de EGEDA, pero se recoge de forma sistemática en todos los acuerdos marco o individuales alcanzados por EGEDA, así como en su oferta de 2009.

Una segunda fuente de discriminación la encuentra la DI en el distinto trato de EGEDA a los hoteles asociados a FHPV y Gremi y a los no asociados, para beneficiarse de los descuentos en función de la ocupación hotelera, cuando a juicio de la DI, el haber firmado un acuerdo marco dentro de un plazo determinado, no es una justificación objetiva suficiente para penalizar a un hotel que no desee aceptar inmediatamente las condiciones de dicho acuerdo marco (HP 35).

Y finalmente imputa la DI discriminación en la diferencia de tarifas efectivas aplicadas a determinadas cadenas de hoteles como Barceló, Iberostar y NH, muy inferiores, a las del resto de hoteles. (HP 45 y 49).

La DI no encuentra razones que justifiquen este trato distinto entre clientes competidores entre sí, claramente apoyado en una falta de transparencia, y las

considera aptas para distorsionar la competencia en el mercado de prestación de servicios de alojamiento en hoteles, en la medida en que unos empresarios se ven obligados a pagar por un input intermedio en unas condiciones menos ventajosas que otros.

EFFECTOS DE LAS CONDUCTAS.

Para la DI estas conductas han tenido un efecto en el mercado, puesto que EGEDA con las *tarifas generales abusivas, excesivas y desproporcionadas* ha condicionado la negociación de los contratos. Podría haber generado mayores costes para los hoteles que se habrían trasladado a los clientes. Y también encuentra efectos en la discriminación entre hoteles, bien por categoría, o bien por la falta de transparencia que le ha permitido cobrar precios distintos.

En todo caso la DI matiza lo anterior por el hecho de que EGEDA no haya recurrido, últimamente a los tribunales para imponer las tarifas generales y por la reducción unilateral de las mismas en 2011, así como con la publicación de las tarifas de implantación y de los descuentos.

Propone circunstancias agravantes (de comisión repetida) y tiene en cuenta la fijación unilateral de las nuevas tarifas generales y la publicación de las tarifas de implantación de los descuentos para fijar el final de la infracción.

TERCERO.- Resumen de las Alegaciones de las partes a la PR.

- Alegaciones de NH y CEHAT

NH, que ha negociado una tarifa única por categoría computando como ocupación la que correspondería al nivel inferior, es decir menor del 35%, comparte los hechos acreditados, los fundamentos jurídicos y las conclusiones de la Dirección de Investigación en el PCH (folio 6.328), insistiendo en la estrategia de EGEDA de utilizar las tarifas generales, mucho más elevadas, como punto de partida en la negociación. Subraya la falta de transparencia que supone la cláusula de confidencialidad del contrato sobre los acuerdos alcanzados, que impiden invocar, por falta de conocimiento, la cláusula de parte más favorecida.

CEHAT comparte la valoración de la DI tanto en el PCH como en el IPR (folio 6.322 y 7.390), solicitando se aplique una multa disuasoria y agravante por reiteración. En el trámite de valoración de prueba ante el Consejo (folio 8.658), considera que los informes económicos utilizados por EGEDA para determinar el valor de la prestación no modifican las conclusiones del IPR porque, alega, no son fiables, porque parten de premisas subjetivas y parciales: 1) el modelo presenta opciones irreales que sobrestiman el valor de la presencia de un aparato de TV en una habitación de hotel; 2) no es correcto equiparar el valor de la presencia de un aparato de TV en una habitación con el valor de prestación de EGEDA, puesto que los clientes ven otros emisiones ajenas al repertorio protegido; y 3) consideran que la prestación de EGEDA es diferente en función de la categoría del hotel, cuando no es así, pero en cambio imputan el mismo coste para la instalación del aparato cualquiera que sea la categoría del hotel. CEHAT reitera que, en todo caso, la prueba practicada no afecta al resto de elementos abusivos descritos por la DI, que suscribe íntegramente.

- Alegaciones de EGEDA.

Al margen de múltiples consideraciones formales y valorativas sobre la redacción de la propuesta de resolución o sobre el comportamiento de la denunciante, que el Consejo considera irrelevantes en relación con la acreditación de las conductas objeto del expediente y de su valoración jurídica, se recogen a continuación un resumen de las alegaciones sustantivas presentadas por EGEDA en relación con la imputación realizada por la DI. La respuesta del Consejo a las mismas se realizará en el fundamento de derecho posterior, correspondiente a la calificación jurídica de las conductas.

1. Generales. Con carácter general EGEDA alega falta de consistencia de la Autoridad de competencia, puesto que en el año 2000 se le sancionó porque abusaba por *no negociar e imponer* y ahora, alega, se dice que abusa por negociar y acordar y recuerda reiteradamente el proceso de mediación ante la Comisión de Propiedad Intelectual (CPI), que no tuvo resultado, pero que fue iniciado a instancia suya, así como la invitación a negociar las tarifas, remitida a [...] destinatarios hoteleros y que no fue respondida más que por [...]. Alega también falta de instrucción, porque dice que la DI en dos años, no se ha dirigido a los clientes de EGEDA para conocer la realidad y ha construido su imputación sobre las acusaciones de CEHAT y la información solicitada a la propia EGEDA, sin tener en cuenta el esfuerzo negociador con CEHAT, ni el hecho de que no haya ido a los tribunales para exigir el pago.

2. Definición de mercado. Alega asimismo sobre la definición de mercado. *“concesión de autorizaciones y remuneración por comunicación pública de los productores audiovisuales a los establecimientos hoteleros por actos de comunicación pública realizados en las habitaciones de los huéspedes”* y pide explicación de porque se separa el PCH de la realizada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución de 27 de julio de 2000, en el expediente 465/99 (Propiedad Intelectual Audiovisual) *“derechos de la comunicación pública de la propiedad intelectual audiovisual de los productores, actores e intérpretes que se usan desde los televisores dispuestos en las habitaciones de los hoteles”*.

3. Posición de dominio. En relación con la posición de dominio, base para la imputación de abuso, EGEDA reconoce que es la única entidad que gestiona los derechos de los productores audiovisuales, pero niega que eso le dé poder de mercado, en el contexto jurídico económico en que se desarrolla, con una gestión de derechos que solo puede ser colectiva y con una demanda fragmentada, sin libertad para negar la autorización de explotación de los derechos. Alega que lo que afronta es una explotación ilegítima de los derechos que gestiona, frente a lo que sería irracional actuar a través de los tribunales, dado el elevado número de usuarios, y prueba de que no lo ha hecho es, que la DI reconoce que no acude a la vía jurisdiccional, y por el contrario dedica sus esfuerzos a la negociación con los usuarios, que considera le boicotea CEHAT.

4. Fijación de las Tarifas en función de categoría del hotel. En relación con la imputación de abuso por fijar precios diferentes en función de la categoría del hotel, EGEDA alega que esa misma discriminación la realizan otras sociedades de derechos de propiedad intelectual nacionales (AGEDI, AIE, DAMA y SGAE) y

extranjeras sin que hasta este momento se haya considerado practica abusiva. Similar alegación realiza sobre las diferencia de tarifas con otros tipos de operadores como los de cable. Para EGEDA este planteamiento de la DI, es totalmente ajeno a la realidad económica de las entidades de gestión, porque, alega, no solo hay diferencias en el valor económico de un derecho de propiedad intelectual cuando es explotado por clientes distintos, sino incluso por el mismo cliente para distintos usos, como puede ser un hotelero que lo utiliza en el gimnasio o en la cafetería, etc. Remitiéndose a la Resolución de 23 de marzo de 2011, recuerda EGEDA que entre las competencia de la CNC, no está el fijar las tarifas ni el precio que los usuarios deben de pagar a las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual y considera que esta actuación de la DI, muestra un intento de *regular* la gestión que a ella le corresponde, de los derechos de los productores audiovisuales.

5. Estrategia de EGEDA. Sobre la aplicación de las tarifas generales: Alega EGEDA que no impone las tarifas generales ni ha llevado en los últimos ocho años a ningún hotel a los Tribunales, ni ha exigido judicialmente el pago de las tarifas de 2005 por lo que considera que las tarifas generales no deben ser objeto de análisis en este expediente. ya que su aprobación obedece únicamente al cumplimiento de una obligación legal prevista en la LPI, artículo 157.1.b).

En relación con la imputación de estrategia anticompetitiva y abusiva de las tarifas generales, y en concreto en relación con la imputación del uso de las mismas para inducir a los usuarios a firmar los contratos ofreciendo tarifas inferiores a las generales, EGEDA niega la evidencia sobre esta imputación, argumentando la ausencia de recurso a la vía jurisdiccional y por tanto, la acreditación de que exista una estrategia de acoso o intimidación judicial a los establecimientos hoteleros. Se pregunta si el abuso se produce por el hecho de aprobar en el año 2005 las tarifas generales, que nunca se han aplicado, o cada vez que un usuario negocia un contrato con EGEDA, cuestión que considera no aclara la PR. Para EGEDA esta imputación lleva a la CNC a una regulación ex ante de las tarifas generales para la que no tiene competencia.

6. Relación de las tarifas con el valor económico. Siguiendo con las tarifas generales y la supuesta falta de relación entre las mismas y el uso de los derechos, al utilizar la variable categoría de los hoteles y no tener en cuenta el grado de ocupación, EGEDA considera que la DI ha omitido ciertos aspectos que considera necesarios para describir la fijación de las tarifas generales por parte de la entidad de gestión.

En primer lugar, considera necesario remarcar que las tarifas generales se derivan del acuerdo suscrito entre EGEDA y la FEHR en 2004, cuya vigencia expiró el 31 de diciembre de 2010. En segundo lugar, EGEDA alude al informe aportado de la consultora que justificaría que las tarifas generales de EGEDA, son muy inferiores al valor económico de los derechos para las distintas categorías de hoteles. Finalmente, EGEDA considera que la Propuesta de Resolución ignora que las tarifas generales, sí tienen en cuenta la ocupación hotelera, puesto que éstas se establecieron teniendo en cuenta la información estadística disponible sobre el grado de ocupación media y no fueron consideradas excesivas por el TDC en el año 2000.

Respecto a la desproporción entre las tarifas generales y las realmente aplicadas, que para la DI muestran la falta de relación de las primeras con el valor económico de los derechos que gestiona EGEDA, ésta considera que ambas están perfectamente justificadas con el valor de los derechos, y no tienen porqué ser idénticas, puesto que no son la misma cosa, ni están íntimamente unidas, y la equidad de la diferencia entre ambas se produce únicamente cuando, en caso de incumplimiento o impago, se reclame judicialmente la aplicación de la tarifa general, y en ese caso las diferencia pueden servir al juez para moderar la indemnización.

7. El carácter excesivo de la tarifa. Respecto al carácter excesivo de la tarifas, EGEDA reitera que las tarifas por ella gestionadas se refieren a los derechos de los productores audiovisuales, tanto por obras como por grabaciones, (partidos de fútbol, retransmisiones deportivas, etc.), cosa que a juicio de EGEDA omite la DI, lo que incluye una gama más amplia de programas que los contemplados en la PR.

EGEDA se remite a la metodología Choice Modelling como un método *especialmente útil para medir las preferencias de los consumidores por bienes y servicios que no existen en el mercado*. En casos como el de los derechos de autor en que no existe mercado, ni es posible un análisis que compare costes y precios, permite a su juicio calcular la tarifa máxima que podría abonarse a los titulares de los derechos, teniendo en cuenta la disponibilidad a pagar de los usuarios. Considera que el único método adecuado de estimación del valor económico de los derechos gestionados por EGEDA y por tanto de medir la proporcionalidad de la tarifa con el servicio prestado es la estimación de lo que estarían dispuestos a pagar los usuarios del hotel por disponer de televisión en la habitación.

Refuta por el contrario las comparaciones realizadas por la DI, tanto las realizadas a nivel internacional, sobre la base de los datos aportados por HOTREC de las tarifas establecidas en otros países, por considerar que ni es pertinente, ni los datos son fiables, como la comparación con usuarios de los derechos de EGEDA como los operadores de cable y de la TV de pago.

EGEDA considera que solo debería recurrirse a métodos indirectos como las comparaciones, cuando no existan métodos razonables de aproximarse a la medición del valor económico del bien, como es en este caso, a su juicio, el Choice modelling. Y aporta dos informes, el primero realizado en el año 2001 por una consultora económica se denomina, *“Cálculo del valor incremental de las habitaciones de los hoteles derivado de la presencia de un televisor en la misma”*, el segundo realizado en el año 2010 por los mismos expertos, tiene un ámbito más amplio y se denomina *“Fair remuneration for the transmission of TV signals in a hotel room: Estimation of the relevant benchmark in 11 European countries Results”*.

Basándose en dichos estudios EGEDA alega que sus tarifas no son inequitativas ni excesivas, porque *“representan un porcentaje muy pequeño de la remuneración razonable para los titulares de derechos de propiedad”*.

Aunque no se menciona en las alegaciones, el *porcentaje muy bajo* a que se refiere EGEDA, y según la abundante información en power point aportada sobre el *Choice modelling*, supondría que las tarifas generales de EGEDA aplicadas a partir de 2004, representarían entre un 2,9% y un 6,4% del valor económico que los clientes de los hoteles otorgan a los derechos de comunicación pública en la habitación del hotel.

Aunque además de EGEDA existen otros perceptores de derechos, como los artistas y ejecutantes, a juicio de EGEDA, estos datos muestran que EGEDA se queda con una parte reducida del valor económico que tienen sus derechos para los usuarios de las habitaciones del hotel y por ende para los hoteleros.

8. La discriminación. Finalmente en relación con la existencia de discriminación en las tarifas, y falta de transparencia, EGEDA discute la valoración hecha por la Dirección de Investigación sobre la no aplicación de la tarifa a hoteles de menos de 2 estrellas o la diferencia de trato otorgada a determinadas cadenas (Barceló, NH e Iberostar) e indica que, a los efectos de la aplicación del artículo 2 de la Ley 15/2007, no toda diferencia de trato realizada por un operador dominante ha de ser necesariamente considerada como una conducta abusiva, pues es posible que dicha diferencia de trato esté justificada. Alega que es cuestión de prioridades el no dedicar esfuerzos a suscribir contratos con los hoteles de inferior categoría, debido a las dificultades inherentes a la negociación por su heterogeneidad y el menor número de plazas disponibles, y arguye la existencia de ahorros de costes en la suscripción de contratos con grandes cadenas y considera que la forma que tomen dichos descuentos, como no diferenciar las tarifas por categorías de hoteles, es irrelevante. En las alegaciones al PCH cuantifica el ahorro derivado de firmar un convenio con NH en unos 320.000 euros.

En cuanto a la falta de transparencia alega que la cláusula de confidencialidad que va en los contratos, no obliga a nadie a guardar silencio, ni supone una ocultación.

9. Los Efectos. EGEDA hace alegaciones asimismo en relación con los efectos de la conducta apuntados por la DI. Considera que no existe prueba alguna de tal condicionamiento de los hoteles por la tarifa general, y la DI no se ha molestado en preguntar a los afectados, ni está demostrado que haya supuesto mayores costes para los hoteles y menos que se hayan trasladado al consumidor final. Niega que la mayor carga en los hoteles superiores afecte a la competencia, ni que tenga obligación de cobrar a todos igual. Y reitera la no aplicación de las TG y el no uso de los tribunales para reclamarla.

10. La multa. Respecto al cálculo de la sanción y a la apelación de circunstancias agravantes y atenuantes, EGEDA considera totalmente desproporcionado utilizar como agravante la reiteración por la resolución del año 2000, puesto que la infracción en aquel caso, era imponer tarifas inequitativas sin negociación. Y considera que no se le puede acusar de reiteración porque desde entonces ha adoptado todas las medidas para alcanzar acuerdos negociados con los hoteleros.

Por el contrario considera que existen circunstancias atenuantes como la colaboración continuada en el expediente; la disposición a llegar a acuerdos a pesar de no estar conforme con la valoración; la no aplicación de las tarifas generales, y la inexistencia de efectos.

CUARTO.- Calificación jurídica de las conductas imputadas a EGEDA

El Consejo en este expediente, y sobre la base de la propuesta de la DI, debe analizar el posible carácter abusivo de la conducta de EGEDA en “*el mercado de otorgamiento de autorizaciones y de remuneración por comunicación pública de los*”

productores audiovisuales a los establecimientos hoteleros por actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes”, entre octubre de 2004 y mayo de 2011.

La Dirección de investigación no ha valorado en este expediente la compatibilidad con la normativa de competencia de las nuevas tarifas generales de EGEDA comunicadas al Ministerio de Cultura en mayo de 2011 y que obran en el expediente (HP 70 y 71), y por tanto este Consejo tampoco lo hará, sin perjuicio de que sean una referencia a tener en cuenta en la valoración de las conductas analizadas.

La LDC, al igual que el artículo 102 del TFUE, no prohíbe la posición dominante, pero sí la utilización de dicha posición dominante para imponer condiciones comerciales y obtener ventajas que no obtendría en el caso de una competencia practicable y suficientemente efectiva. (Ver en este sentido, Sentencias del TJUE de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión (62/86, Rec. p.I-3359), apartado 69, y de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, Rec. p.461), apartado 91).

Como se recoge en el FD SEGUNDO la DI imputa a EGEDA una infracción del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE, consistente en un abuso de posición de dominio por la imposición de tarifas abusivas por inequitativas, excesivas y discriminatorias.

El artículo 2 de la LDC, y de forma similar el artículo 102 del TFUE, prohíbe “*la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional*”. Y en su apartado 2º recoge alguna de las posibles formas de abusos, entre ellos, “*imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos*”; y “*la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros*”.

Por tanto y dado que la imputación es de abuso de posición de dominio, deberemos analizar en primer lugar el mercado, tanto de producto como geográfico, en el que se desarrolla la conducta y la posición de EGEDA en el mismo, antes de pronunciarnos sobre el posible abuso.

- **Mercado afectado y posición de EGEDA en el mismo.**

El Consejo coincide con la DI en la definición del mercado donde se desarrollan las conductas de EGEDA objeto del expediente, como el “*mercado, nacional, de otorgamiento de autorizaciones y de remuneración por comunicación pública de los productores audiovisuales a los establecimientos hoteleros por actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes*”.

Ni la normativa nacional ni la comunitaria definen lo que debe entenderse por posición de dominio, pero si lo ha hecho la jurisprudencia, y sería aquella situación en el mercado que permite al operador dominante la independencia de comportamiento con respecto a sus clientes, proveedores o competidores, (por todas la Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 1978, Asuntos: 27/76, United Brands Company y United Brands Continentaal/Comisión).

EGEDA gestiona los derechos de los productores de obras y grabaciones audiovisuales y está habilitada por la Ley para exigir el pago de una tarifa por la comunicación pública de los mismos, y en concreto por la comunicación pública de los mismos en las habitaciones de los hoteles, una vez determinado por la jurisprudencia que dicho ámbito debía considerarse público en el sentido del artículo 20 de la LPI.

En efecto, como se recoge de forma más extensa en el apartado sobre el Marco Normativo de los HP, el artículo 122 de la LPI dispone que el derecho de autorizar la comunicación pública de las grabaciones audiovisuales es del productor de las mismas y que el usuario, en comunicación pública, de la grabación audiovisual tiene obligación de pagar al productor, además de a los artistas intérpretes y ejecutantes, la remuneración, *equitativa y única*, que proceda de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión, remuneración que se hará efectiva a través de dicha entidad de gestión.

Y las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas según el artículo 150 de la LPI para ejercer todos sus derechos en procedimientos administrativos y judiciales. Esta habilitación a las entidades de gestión tiene como contraprestación las obligaciones recogidas en el artículo 157, según las cuales, la entidad de gestión de los derechos tiene que: contratar con quién lo solicite en condiciones razonables y bajo remuneración; establecer acuerdos generales con las asociaciones de usuarios del repertorio de que sean representativas; establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida. La propia LPI, en su artículo 158 prevé la creación de una Comisión de Propiedad Intelectual (CPI) con funciones de mediación y arbitraje.

La acreditación de la posición de dominio de EGEDA en dicho mercado es una cuestión pacífica, puesto que disfruta del monopolio en la gestión de la remuneración de los derechos por comunicación pública de los productores audiovisuales, ya que de acuerdo con la LPI, nos encontramos ante un derecho exclusivo, de gestión colectiva obligatoria, y EGEDA es la única entidad gestora de los mismos. Más aún, EGEDA es la única entidad de gestión con capacidad para otorgar o negar la autorización de comunicación pública, aunque en este caso, no porque sea un derecho de gestión colectiva obligatoria, sino porque lo hace bajo el mandato de sus asociados, que es a los que les corresponde el derecho de acuerdo con la LPI (artículos 88 y 122 1 de la LPI).

En todo caso la posición de dominio de EGEDA en la autorización de la comunicación pública y en la gestión de las remuneraciones de los productores audiovisuales, y en concreto para el caso de la gestión de los citados derechos en relación con la comunicación pública en las habitaciones de los establecimientos hoteleros y las obligaciones derivadas de dicha posición frente a las exigencias de las normas de competencia ha sido ratificada por la Audiencia Nacional, cuando en el fundamento SEPTIMO de la Sentencia de 14 de enero de 2004, (en el recurso interpuesto por EGEDA contra la Resolución de 27 de julio de 2000, Expte 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual), dice lo siguiente, *“En cuanto a la existencia o no de posición de dominio debemos partir de la consideración de que el régimen de explotación de los derechos de autor, o de los derechos afines a éste, como los que*

gestiona EGEDA, no es en absoluto ajena a las exigencias de la LDC, vinculantes para todos los sujetos, entidades, asociaciones o grupos de intereses que actúan en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual, como ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de marzo de 2001 (RJ 2001\3071).

EGEDA en sus alegaciones recogidas más arriba, niega que el monopolio de los derechos de los productores audiovisuales, que reconoce detenta, pueda traducirse automáticamente en poder de mercado porque, dice, en el contexto en que tiene que gestionarlos y con el condicionante de la Ley de no poder negar el uso de los mismos, no tiene la independencia de comportamiento frente a los usuarios que exigen los criterios de dominanza, sino que por el contrario debe esforzarse para contrarrestar el uso ilegítimo de sus derechos sin autorización y sin pago de contraprestación. Y pone como ejemplo la actitud de CEHAT a lo largo de la negociación.

El Consejo no puede aceptar esa alegación, puesto que si bien es cierto que el artículo 157 impone a EGEDA obligaciones concretas respecto a los usuarios, el artículo 150 de la LPI le habilita para hacer valer los derechos “*en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales*”, como así lo hizo EGEDA en el pasado, recurriendo a los tribunales tal como ella misma recoge en las cartas remitidas en el año 2009 a los hoteleros (HP 60).

Debemos concluir que EGEDA goza de posición de dominio, de hecho monopolio, en el mercado de otorgamiento de autorizaciones por comunicación pública y de gestión de la remuneración por comunicación pública de los derechos de los productores audiovisuales, y por tanto en el mercado de estos derechos en relación con los actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes de los establecimientos hoteleros.

Ahora bien la habilitación para autorizar la comunicación pública y para recaudar la remuneración “*equitativa y única*”, prevista en el artículo 122 de la LPI, que corresponde a los titulares de los derechos, no implica que dicha recaudación pueda hacerse de forma unilateral por EGEDA. Nada dice la LPI sobre el control de la “*equidad*” de dicha remuneración, pero los negocios jurídicos de los derechos de comunicación pública están sometidos a las normas de competencia, como por otra parte recuerda el artículo 20 de la LPI, y los legítimos objetivos y derechos protegidos por la LPI, no pueden llevar a que las entidades de gestión de los derechos protegidos, utilizando la posición de monopolio que les confiere la Ley, abusen de la misma, imponiendo a los usuarios de los repertorios condiciones restrictivas, inequitativas o discriminatorias, aspecto este que debe vigilar y en su caso sancionar la CNC.

- **El Abuso.-**

El TRLPI regula el derecho de los productores de obras y grabaciones audiovisuales a una remuneración equitativa y única que deberán pagar los usuarios de dichas grabaciones, de acuerdo con la tarifa general fijada por la entidad de gestión. Pero nada dice la Ley de la metodología del cálculo y menos aún del nivel o cuantía de la tarifa, solo que debe ser equitativa y única. Por tanto, el TRLPI confiere a las entidades de gestión un amplio margen de actuación en cuanto a la fijación de sus

tarifas que, no obstante, debe compatibilizarse con lo establecido en el artículo 2 de la LDC.

A esos efectos este Consejo y su predecesor el TDC en sus resoluciones ha sentado criterios, avalados por la jurisprudencia, sobre la fijación de las tarifas teniendo siempre en cuenta la especial responsabilidad que como detentadoras de un monopolio compete a las entidades de gestión, en este caso a EGEDA, para evitar supuestos de abuso explotativo.

El Consejo coincide con la DI en que, como veremos a continuación, el conjunto de conductas llevadas a cabo por EGEDA y que se desprenden de los hechos probados, conforman un abuso explotativo de la posición de dominio, o mejor del monopolio de hecho, que EGEDA tiene por su condición de sociedad de gestión en exclusiva de los derechos de los productores audiovisuales. EGEDA determina unilateralmente un esquema de Tarifas Generales que resulta inequitativo por los parámetros en que se basa y cuyo nivel, de acuerdo con lo acreditado por la DI, resulta excesivo. Basándose en este esquema de tarifas abusivas por excesivas e inequitativas, fuerza una negociación que lleva a unos acuerdos que, por los parámetros en que igualmente se basan y por su falta de transparencia, le lleva a aplicar unas tarifas efectivas igualmente abusivas por inequitativas y discriminatorias. El conjunto de las actuaciones de EGEDA no puede conceptuarse de otro modo que como una explotación abusiva de dicho monopolio legal.

- **La fijación por EGEDA de tarifas abusivas por comunicación pública: metodología y carácter excesivo.-**

Es incontrovertible y obra en los hechos probados y reconocidos por EGEDA, que en el año 2005 estableció, con vigencia desde 2004, una tarifa general de carácter mensual para la comunicación pública en las habitaciones de los hoteles, en función de la categoría de hotel, según fuera este de cinco, de cuatro, de tres estrellas o inferior. La cantidad mensual a pagar por un hotel determinado se obtendría de multiplicar la tarifa que le corresponde según categoría por el número de plazas disponibles en el hotel. Esta tarifa general fue comunicada al Ministerio de Cultura, tal como dispone la LPI (HP 7 y 8).

Además de esta tarifa general, actualizable cada año con el IPC, EGEDA firmó acuerdos generales con distintas asociaciones de hoteleros o contratos con hoteleros individuales, en los que las tarifas de aplicación acordadas, siempre que se cumpliera el contrato que cada hotelero debía firmar de forma individual, eran (sin descuentos) inferiores al 50% de la tarifa general. Además existían descuentos adicionales, en estos casos relacionados con la tasa de ocupación del hotel, medida esta según datos provinciales del INE, que situaban las tarifas por debajo del 40% de la tarifa general (HP 23, 34 y 42).

La RCNC de 23 julio de 2009 (Expte. 651/08) en relación con las remuneraciones por derechos de propiedad intelectual recuerda que, *“los ingresos obtenidos tienen que tener relación con el uso de ese repertorio”*. Y añade que *“Es razonable que la exigencia de una tarifa general a un usuario contemple un criterio que permita, en un primer paso, medir la intensidad de uso en la medida de lo posible (tiempo de*

comunicación, ponderación respecto del producto televisivo final, etc.) pero, también que mida el valor que tiene ese uso...”.

Es evidente que EGEDA al fijar las tarifas generales no ha tenido en cuenta criterio alguno que permitiera calcular la remuneración en función del uso efectivo de los derechos, computando por ejemplo la “ocupación” del hotel en lugar de las plazas “disponibles” (Ver por todas Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 y de 19 de mayo de 2009, relacionadas con contenciosos de EGEDA). Y es evidente que podía hacerlo sin que eso aumentara “desproporcionadamente los gastos a que da lugar la gestión” (según la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 de diciembre de 2008, Asunto C-52/07, Kanal 5-STIM) puesto que en las tarifas aplicables sí que ha tenido en cuenta la ocupación hotelera provincial, variable más próxima al uso que las plazas disponibles, sin coste adicional alguno, puesto que tomaba como dato las medias de la estadística del INE sobre ocupación hotelera provincial. Esta misma estadística la ha tenido en cuenta EGEDA en la nueva definición de las tarifas generales comunicadas en mayo de 2011.

Por tanto el Consejo considera que la decisión de EGEDA de cobrar un precio en función de la plazas disponibles del hotel y no utilizar en la tarifa general hasta 2011, la información de que disponía sobre ocupación hotelera, y por tanto sobre usuarios potenciales, para aproximar el importe del precio que representa la tarifa general al uso del derecho, debe considerarse abusivo por inequitativo.

La DI entiende por otra parte que la metodología y elaboración de las tarifas en la medida que se fijan por categoría de hotel, cuando dicha variable no está relacionada con el uso, puede considerarse abusiva, puesto que la prestación de EGEDA es la misma en el caso de un hotel de cinco estrellas, que de dos o menos y mientras al primero se le cobra la tarifa más elevada, al segundo EGEDA lo exime del pago.

El Consejo no puede aceptar las alegaciones de EGEDA que justifica la vinculación de la tarifa a la categoría del hotel en el distinto poder adquisitivo de los usuarios finales, puesto que sería tanto como aceptar que el poder adquisitivo de los clientes de los hoteles es la única o la principal variable a tener en cuenta a la hora de determinar el valor de la prestación de EGEDA. De hecho resulta bastante revelador, el que un operador en posición de monopolio como EGEDA trate de fijar su remuneración en función no de la utilización de los servicios que presta, sino de la capacidad de pago de sus clientes y, por tanto, de la renta que puede extraerles. También se deduce un afán similar de la afirmación de EGEDA de que cobrar a todos igual incrementaría la tarifa media.

Coincide por tanto el Consejo con la apreciación de la DI de que la categoría de hotel no es una variable, a priori, relacionada con el uso ni con el valor subjetivo que los clientes pueden asignar al servicio prestado por EGEDA.

Respecto a la alegación de que el resto de entidades de gestión hacen lo mismo, no es pertinente, puesto que lo que ahora estamos juzgando es el comportamiento de EGEDA y si el cobro en función de la categoría del hotel en el caso de los derechos que gestiona está justificado. En todo caso, en la ilegalidad no cabe invocar la vulneración del principio de igualdad.

Por tanto el Consejo considera que la tarifa general fijada por EGEDA hasta 2011, debe considerarse abusiva por inequitativa, porque las variables en que se sustenta no tienen en cuenta la intensidad ni el valor del uso de los derechos que gestiona.

Por lo que se refiere a la cuantía de la tarifa, la LPI fía a la negociación entre las entidades de gestión y los usuarios la fijación de una remuneración “*equitativa y razonable*”, por el uso de los derechos de propiedad intelectual, partiendo de las tarifas previamente comunicadas al Ministerio de Cultura, pero ni la Ley ni el Ministerio ponen límites ni establecen metodología de cálculo para la tarifa general, como si ocurre en otros sectores (ver RCNC de 9 de diciembre de 2008, Expte. 636/07, FONOGRAMAS).

EGEDA estableció unilateralmente y comunicó al Ministerio de Cultura en el año 2005 una tarifa general en función de la categoría del hotel y aplicable al número de plazas disponibles.

Pero la cuantía de la tarifa general fijada por EGEDA, no solo es inequitativa, como anteriormente se ha razonado, sino que a juicio de la DI es excesiva, y el Consejo está de acuerdo.

Dado que en el FD SEGUNDO se ha expuesto ampliamente el razonamiento de la DI sobre el carácter excesivo de las tarifas de EGEDA, no vamos a reiterar aquí los razonamientos, solo recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*STJCE de 13 de julio de 1989, asunto 395/87, Tournier, Rec. 1989, p. 2565, núm. 4 del fallo; parra 38*) establece como términos comparativos para fijar si existe abuso por exceso la comparación con las tarifas de entidades de gestión de otros EEMM de la Unión Europea. La comparación se puede realizar con las tarifas que aplica la propia entidad de gestión a otros usuarios, siempre que la comparación se haga sobre bases homogéneas. Porque, como recordaba este Consejo en la Resolución de 12 de febrero de 2008, (Expte. 626/07, Canarias de Explosivos), en relación con los criterios para distinguir los precios excesivos de los que no los son, “*Ningún criterio está exento de posibles críticas. Pero ello no necesariamente conduce a descartar todos los criterios. Se debe elegir en cada caso aquéllos que resulten más válidos, observar si de la comparación se deducen diferencias significativas y emplear el conjunto de criterios de manera complementaria para verificar si apuntan en la misma dirección de manera que las conclusiones resulten más consistentes*”. Como hemos visto la DI ha realizado ambas comparaciones. Por lo que se refiere a la comparación con las tarifas de otros miembros de la UE, la tarifa general de EGEDA equiparable a las utilizadas (hotel de cuatro estrellas y 100 habitaciones), sería de 6.140 euros año, en tanto que la más elevada de un país comunitario, la de Holanda, estaría en los 1.700 euros. Por tanto las tarifas generales de EGEDA son considerablemente más elevadas que las de los países europeos comparables. Resaltar que dada la gran diferencia de las tarifas generales con las europeas, las tarifas negociadas y aplicadas por EGEDA siguen siendo superiores.

Como hemos visto EGEDA, en las alegaciones, sin aportar ningún dato ni razonamiento para ello, desacredita los datos utilizados en la comparación, cuyo origen es la asociación europea de hoteleros HOTREC, porque no los considera fiables ni homogéneos, habiendo solicitado como prueba ante el Consejo una comprobación adicional de los mismos. El Consejo no aceptó la prueba pero brindo

a EGEDA la posibilidad de aportar toda la información relevante sin que ésta hiciera uso de dicha invitación. Por tanto este Consejo considera fiable la información utilizada por la DI en la comparación, puesto que como ya tuvo ocasión de recordar la Audiencia Nacional a la imputada, EGEDA dispone de medios para saber y en su caso aportar información comparable a nivel europeo, (Sentencia de 14 de enero de 2004 en relación con la RTDC de 27 de julio del 2000, Fundamento decimocuarto), *“Sobre la vulneración del principio de culpabilidad, las entidades gestoras demandantes, en la fijación de las tarifas a las que nos venimos refiriendo, no pueden alegar el desconocimiento de su falta de equidad, pues están relacionadas con entidades de gestión similares de otros países europeos (ya se ha comentado que EGEDA es miembro de AGICOA), y les era sumamente sencillo conocer que las tarifas que comunicaban al Ministerio de Educación y Cultura (las tarifas comunicadas en 1994, 1995 y 1997/98) eran más que notablemente elevadas en relación con las que se exigían por otras entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual a los hoteles en otros países de la Unión Europea.”* (Énfasis añadido). Por tanto si EGEDA conoce y no ha aportado otra información relevante, solo a ella perjudica.

Por lo que se refiere a la diferencia entre las tarifas generales aplicadas por EGEDA a los cableoperadores y las de los hoteles que según cálculos de la DI irían de 0,11 euros por persona y mes en el caso de los operadores de cable hasta 5,53 euros o 1,68 euros por persona y mes, según hablemos de tarifa general o aplicada, EGEDA no considera pertinente la comparación, sin aportar razones. El Consejo solo puede constatar esas diferencias, sin que aprecie ni se haya alegado por EGEDA la existencia de divergencias objetivas que las justifiquen, y concluir por tanto, que estamos en presencia de una práctica abusiva de posición dominante, en la que EGEDA fija unas tarifas notablemente más elevadas que las de otros usuarios y que pueden ser calificadas de excesivas.

EGEDA no acepta las comparaciones realizadas por la DI, porque alega que en un supuesto como el de los derechos de autor en que no existe mercado y no se conocen los costes, solo debería recurrirse a las comparaciones indirectas cuando no existen medios para acercarse al valor económico del bien. Y para EGEDA en éste caso existe un método fiable, que es el Chocie modelling, que mide el valor que el usuario da al bien. Este modelo, basado en los métodos de las preferencias reveladas, calcularía el valor que el usuario da a un bien determinado, cuando no existe mercado. Para ello se parte de la valoración que una muestra representativa de usuarios hace de una serie de alternativas relacionadas con el bien a valorar que le presenta el encuestador y que posteriormente, como en todo modelo, son *“tratadas”* para obtener unos resultados utilizables. Calcula así el *“valor económico de los derechos de comunicación pública en la habitación de un hotel”*, a lo que denomina *“tarifa máxima”*, que será el resultado de restar al valor que los consumidores dan al bien, los costes en que incurre el hotel y la remuneración de la inversión.

Según EGEDA los resultados de este modelo, realizado por una consultoría económica en el año 2001, mostrarían que, dependiendo de la categoría del hotel, la tarifa general fijada por EGEDA supone menos de un 7% (y la de implantación menos de un 2,5 %) de la tarifa máxima calculada. A juicio de EGEDA por tanto, sus

tarifas incluida la general no son excesivas, porque solo recibe una cuota muy baja de dicha tarifa máxima, dejando que el resto del valor que supone el uso de sus derechos se lo apropie el adquirente, en este caso el hotelero.

Por diversas razones que se recogen a continuación el Consejo considera que el modelo utilizado ha sido planteado en unos términos que no permiten obtener las respuestas buscadas, es decir, cual es el valor de los derechos que gestiona EGEDA y por tanto, no comparte las conclusiones que EGEDA deduce del estudio, ni cree que los resultados del mismo constituyan en el presente caso una referencia válida para determinar el carácter excesivo o competitivo de las tarifas generales fijadas por EGEDA.

La DI, admitiendo el Choice modelling como un punto de partida para aproximarse al precio de un bien en ausencia de mercado, ha puesto en evidencia en la PR las limitaciones de su utilización en el presente caso, porque sus resultados son muy sensibles a determinados cambios en los supuestos de base. Cita como ejemplo la DI la importancia de la credibilidad de las alternativas sobre las que debe elegir el encuestado. Por ejemplo en este caso, la alternativa que se le presenta de *“habitaciones en hoteles de tres, cuatro y cinco estrellas sin televisión”*, no existe. El enfrentar al cliente a una decisión de renunciar a algo que suele tener y que constituye parte de un todo constituye un supuesto irreal y distorsiona la valoración. En consecuencia dice la DI y también EGEDA en su explicación del modelo, el encuestado más que mostrar su valoración de lo que estaría dispuesto a pagar por tener televisión en la habitación, lo que está valorando es lo que debería exigir que le descontara el hotel en caso de suprimir la televisión. Y es evidente que algunos clientes no pagarían nada por tener televisión, pero por el contrario todos ellos exigirían a buen seguro, un descuento importante si les quitan el aparato de TV de la habitación. Siguiendo con el ejercicio, podría valorarse lo que estaría dispuesto a pagar el cliente por otros elementos, como la cama o el aseo. Dados los resultados obtenidos en los estudios presentados, llegaríamos al absurdo de que la suma de estos valores que se atribuyen a determinados elementos representaría más que el precio de la habitación que paga el cliente. Porque, no lo olvidemos tampoco, a quien se ha dirigido la encuesta, es al cliente, que no es quien paga por estos derechos, sino el propietario del hotel. No obstante estas apreciaciones que el Consejo comparte, a petición de EGEDA, se admitió como prueba la aportación del *“Anexo estadístico y metodológico”* de los citados informes de 2001 y 2010.

Analizando los coeficientes de estimación, para España del segundo informe (EGEDA no aportó esta información del primer informe de 2001), que miden el valor que los usuarios dan a cada una de las variables sobre las que tiene que pronunciarse, se constata que la variable *“basic channels”* tiene un peso sensiblemente mayor que el resto de variables que capturan contenidos adicionales de la televisión como *“Premium channels”*, *“Pay per view”* y *“Other services”*, con diferencias de apreciación dependiendo de la categoría del hotel. Por ejemplo, la variable *“Pay per view”* no es significativa para ninguna categoría de hotel. Más aún la variable *“Basic channels”* representa el 91% del efecto total capturado por la variable *“All TV services”* para los hoteles de cinco estrellas, el 62% en la categoría de cuatro estrellas, el 77% para los de tres estrellas y el 59% para los hoteles de una y dos estrellas.

De acuerdo con el análisis realizados por el Consejo estos resultados pueden interpretarse de dos formas, o bien los usuarios españoles lo que valoran en una habitación es la opción de tener el aparato de televisión y no tanto los contenidos incluidos, o que la metodología utilizada en este estudio no captura adecuadamente la diferente valoración de los contenidos televisivos de los usuarios españoles. En ambos casos este análisis adicional del modelo realizado en fase de prueba ante el Consejo, refuerza la apreciación del Informe Propuesta de que el objeto de valoración de los informes aportados por la demandada, "*Cálculo del valor incremental de las habitaciones de los hoteles derivado de la presencia de un televisor en la misma*" y "*Fair remuneration for the transmission of TV signals in a hotel room: Estimation of the relevant benchmark in 11 European countries. Results*", no refleja adecuadamente la disponibilidad a pagar por los derechos en el contexto analizado.

Más aún, visto a la luz de esta información en los informes aportados por EGEDA, se apunta que lo que importa a los clientes de los hoteles y por tanto lo que están valorando en realidad, es la *disponibilidad* de aparato de TV en la habitación y no tanto el contenido disponible, que es el objeto de EGEDA. En efecto, en el análisis descriptivo del informe, "*Cálculo del valor incremental de las habitaciones de los hoteles derivado de la presencia de un televisor en la misma*" sobre el uso de la televisión en la habitación del hotel, casi un tercio de los usuarios, un 32%, no usaron la televisión, y de los que la vieron, sólo un 30% la vio más de una hora al día. Es decir, casi el 80% de los usuarios vio la televisión menos de una hora. Por lo que, de acuerdo con el informe aportado por EGEDA, el uso de la televisión por parte de los usuarios de hoteles es muy reducido. Y ese resultado se corrobora por el informe posterior, según el cual, de los usuarios españoles de hoteles, un 10% no usó la televisión la última vez que estuvo en un hotel en España, y un 33% la vio menos de media hora, de modo que prácticamente la mitad de los usuarios vieron la televisión menos de media hora. Menos de un 10% la vio más de dos horas, y un 75% la vio menos de una hora.

En conclusión, de acuerdo a las encuestas realizadas por la demandada, la escasa preferencia que muestran los usuarios por la televisión de contenidos, junto con la baja tasa de uso de la misma, permiten concluir que lo que valoran los usuarios es tener la *disponibilidad* de la televisión en la habitación. Por tanto las tarifas fijadas por EGEDA y la valoración de sus contenidos protegidos, es una cuestión distinta de la analizada en los estudios presentados, de los que no se pueden derivar conclusiones válidas sobre el nivel de las tarifas objeto de este expediente.

En todo caso el nivel excesivo y desproporcionado de las tarifas fijadas por EGEDA en el año 2005 es manifiesto en las nuevas tarifas comunicadas al Ministerio de Cultura en mayo de 2011, que son menos de la mitad de las tarifas previas. Así mientras las tarifas generales para 2009 eran 3,48; 3,05, y 2,24 euros para cinco, cuatro y tres estrellas, la tarifa general de 2011 para una ocupación media (puesto que las nuevas tarifas tienen en cuenta el nivel de ocupación) es de 1,74; 1,30 y 0,91 euros (HP 67 a 69 y FD Segundo).

- **La estrategia abusiva basada en las tarifas generales**

Por otra parte, los contratos firmados por EGEDA recogen como remuneración en contraprestación por la comunicación pública de los derechos de EGEDA, en primer lugar la tarifa general comunicada y solo posteriormente, recoge el contrato, que dicha tarifa solo es aplicable en caso de incumplimiento, y añade las tarifas aplicables en caso de que se cumpla el contrato (folio 2012).

Coincide el Consejo con la DI en 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 tarifas 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.

Porque la LPI no contempla más que esas dos alternativas, la tarifa general, supletoria en caso de falta de acuerdo y ejercitable ante los tribunales, y la negociada. Hay que decir que Sentencias recientes de los Tribunales han cubierto en parte ese vacío remitiéndose a Resoluciones de las Autoridades de competencia para fijar las remuneraciones por debajo de las tarifas generales. (Por todas STS de 18 de mayo de 2009, nº 1731/2004, EGEDA contra Florazar) Pues bien como se constata en los Hechos Probados la tarifa general viene a ser en término medio, 3 veces más elevada que la tarifa que finalmente cobra EGEDA. La desproporción entre ambas tarifas evidencia que la propia EGEDA asume que sus tarifas generales, no guardan una relación con el valor económico de los derechos que gestiona. Por tanto "*prima facie*" no parece estar fijada al nivel equitativo que pide la LPI, y desde luego, a los efectos que interesan a este Consejo es susceptible de constituir un abuso de la posición de dominio que detenta EGEDA y por tanto, caer bajo la prohibición de la LDC, por cuanto la fijación de una tarifa general, que no olvidemos es la base de la negociación, sea mucho más elevada y desproporcionada respecto a las tarifas realmente aplicadas es distorsionadora de las relaciones en el mercado e inequitativa a los efectos del artículo 2 de la LDC.

Alega EGEDA que no ha acudido a los tribunales en los últimos años, pero eso no minora el efecto sobre la negociación que supone partir de una base elevada y desproporcionada pues partiendo de dicha base, toda reducción es sustancial y la distorsión que eso produce también. Además el hecho de que EGEDA no haya reclamado judicialmente las tarifas generales en los últimos años, no exime a EGEDA de responsabilidad, porque como se ha visto las tarifas generales tiene virtualidad directa en la negociación y además nada impide que pueda reclamarlas judicialmente en un futuro, como de hecho da a entender en las cartas remitidas en abril del año 2009 (HP 59 y 60).

Y en respuesta a las alegaciones de EGEDA sobre el acto generador de la infracción, a juicio de este Consejo el abuso no se produce solamente en el momento en que, sobre la base de las tarifas generales EGEDA negocia con los usuarios, sino por el mero hecho de aprobar la tarifa y notificarla al Ministerio, puesto que ese mero hecho, la convierte en cláusula general aplicable en ausencia de contrato y en caso de incumplimiento de lo pactado y con los efectos antes descritos en la negociación entre las partes. Porque como dice la DI, *“la aprobación de tarifas generales es, desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, el acto a través del cual las entidades de gestión ejercen su poder en el mercado de los derechos que gestionan. Y es precisamente en este momento de aprobación de tarifas generales cuando entra en juego la obligación de especial responsabilidad del operador dominante, pues, si bien la LPI obliga a dichas entidades de gestión a aprobar tarifas que fijen la remuneración por el uso de su repertorio, las entidades de gestión no se ven condicionadas por la LPI para establecer la cuantía y las condiciones de dichas tarifas”*.

- **La Discriminación en las tarifas negociadas -**

No sólo resulta abusiva la fijación de la tarifa general, sino que el esquema de tarifas efectivas fruto de la negociación planteada por EGEDA conduce a resultados igualmente inequitativos.

Prueba de ello, como la DI subraya, es la decisión de no exigir el pago por los derechos a los hoteles de dos o menos estrellas basándose en los costes de transacción que ello produce. Tales costes no tienen por qué ser muy superiores que los que genera el cobro a hoteles de 3 o más estrellas, no integrados en cadenas a los que, sin embargo, sí se les exige el pago de los derechos, poniendo de manifiesto un tratamiento inequitativo que carece de justificación suficiente.

Por otro lado EGEDA aplica descuentos distintos y superiores a algunas cadenas de hoteles respecto a las de los hoteles individuales o que forman parte de asociaciones. En efecto como puede apreciarse en los cuadros que se recogen en los Hechos Probados 45 y 49 los descuentos a dichas cadenas se concretan en que cualquiera que sea la ocupación de los hoteles pertenecientes a las mismas, pagan como ocupación mínima y a los hoteles de cuatro estrellas se les aplica la tarifa de tres estrellas.

La discriminación, es decir el abuso prohibido el artículo 6.2 d) LDC exige el cumplimiento de las siguientes cuatro condiciones: 1) que se trate de prestaciones equivalentes; 2) que las partes reciban trato desigual por lo mismo; 3) que no haya justificación objetiva; y 4) que suponga una desventaja competitiva.

Obviamente, la Ley 15/2007 no se opone a que el operador dominante fije esquemas de descuentos. Sin embargo, en el caso de un operador dominante, como EGEDA, los esquemas de descuentos que se fijen deben evitar que se produzca la discriminación prohibida por el artículo 6.2 d) LDC. Ello a su vez requiere que tales esquemas estén basados en criterios objetivos y que sean transparentes, pues sólo así se previene una discriminación injustificada entre los clientes que puede generar desventajas competitivas, máxime cuando los clientes son competidores entre sí.

EGEDA no ha dado una explicación que justifique objetivamente este trato distinto dado a sus clientes, puesto que se ha limitado a mencionar una serie de posibles ahorros que supone contratar con una cadena frente a un hotel individual, pero no ha relacionado los descuentos aplicados con los mismos. Asimismo, la conducta de EGEDA muestra un incumplimiento del deber de transparencia en los descuentos aplicados, hasta el punto de que incluye una cláusula de confidencialidad en los contratos de forma que los distintos contratantes no puedan saber las condiciones que están teniendo sus competidores.

Y como ha subrayado este Consejo reiteradamente, el incumplimiento de la obligación de transparencia que compete a las entidades de gestión por su condición de monopolistas legales de unos derechos es contrario al artículo 2 de la LDC. La RCNC de 9 de diciembre de 2008, (Expte. 636/07, FONOGRAMAS) decía, *“Así pues, la infracción por una entidad de gestión de ese deber legal de especial transparencia mediante el ocultamiento a un usuario con el que se negocian las condiciones de acceso al repertorio que administra, de los acuerdos previamente alcanzados con otro u otros usuarios competidores o que están sujetos a una cierta presión competitiva en los mercados en los que operan, sería para este Consejo susceptible de constituir una conducta autónoma de abuso de posición dominante, [...] En consecuencia, el Consejo considera que el adecuado cumplimiento del citado deber especial de transparencia obliga a las entidades de gestión a poner a disposición de los usuarios de su repertorio las condiciones o criterios económicos previamente acordados con otros usuarios equivalentes, aunque no operen strictu sensu en los mismos mercados, de forma tal que el usuario pueda establecer que las condiciones de autorización y/o remuneración sobre las que se establece la negociación que demanda la LPI son similares o equivalentes a las previamente pactadas con sus competidores o con usuarios sometidos a una cierta presión competitiva recíproca. Por ello, de conformidad con el artículo 46.2 b) LDC, el Consejo considera necesario, en orden a mitigar el riesgo de que se produzcan nuevos comportamientos discriminatorios, imponer a las entidades de gestión imputadas que en todo proceso de negociación de las condiciones de acceso y remuneración de su repertorio de derechos informen al usuario demandante sobre las bases económicas de los acuerdos previamente alcanzados con usuarios que desarrollen igual o similar actividad y realicen un uso equivalente del repertorio”.*

Las normas de competencia no se oponen a que los operadores dominantes apliquen a sus clientes o proveedores un trato diferenciado cuando hay una justificación objetiva que justifique la diferencia. Nada se opone a la existencia de descuentos siempre que los mismos se basen en criterios objetivos, y que además sean totalmente transparentes y conocidos por todas las partes de antemano.

En conclusión el Consejo coincide con la DI en valorar la conducta de EGEDA en la fijación de las tarifas generales por el uso de la televisión en las habitaciones de los hoteles y en la aplicación de las mismas a los hoteleros conducta abusiva en infracción del apartado segundo letras a) y d) del artículo 2 de la LDC.

QUINTO.- Responsabilidad de EGEDA y determinación del importe de la multa

Por las razones señaladas en los fundamentos de derecho anteriores el Consejo considera a EGEDA responsable de la conducta descrita en los mismos, sin que hubiera acreditado justificación objetiva para la misma, por lo que el comportamiento de EGEDA constituye un abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 2 de la LDC y 102 del TFU, que se extendió durante el periodo que va desde octubre del año 2005, fecha en la que notificó al Ministerio de Cultura las tarifas generales objeto de este expediente, hasta 13 de mayo de 2011, en que notificó e hizo públicas a través de la web las nuevas tarifas generales, más bajas y que tienen en cuenta la ocupación del hotel. En esa misma fecha EGEDA colgó, asimismo, en la web las nuevas tarifas aplicables, denominadas de implantación, y la tabla de descuentos en función de las plazas disponibles de la cadena u hotel firmante del contrato.

De acuerdo con el artículo 62 .4 b) de la Ley 15/2007 de Defensa de la competencia los abusos de posición de dominio prohibidos por el artículo 2 de la LDC constituyen infracciones muy graves de la LDC, que de acuerdo con el artículo 63.1.c) pueden ser sancionadas con una multa que puede alcanzar, como límite máximo, el 10% del volumen de negocio de la empresa infractora, en este caso EGEDA, en el año anterior a la Resolución. Según la información aportada con fecha 28 de febrero, EGEDA tuvo unos ingresos totales en el año 2011 de 15.174.786 euros

Para la modulación de la cuantía de la multa el Consejo tendrá en cuenta los criterios establecidos en el artículo 64. 1 de la LDC, a saber, a) la modalidad y alcance de la restricción; b) la dimensión del mercado, la cuota del mercado de la empresa o empresas correspondientes, c) los efectos sobre competidores y usuarios; d) la duración en el tiempo de la restricción y f) la reiteración.

Por otra parte, según jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas STS de 23/03/2005) la discrecionalidad que tiene el Consejo en la fijación de la cuantía de la multa, dentro de los criterios fijados por la Ley, debe utilizarse ponderando las circunstancias que concurren al objeto de que la multa sea proporcionada a la infracción y disuasoria de conductas similares, de forma que para el infractor no sea más beneficioso cometer una infracción contraria al interés común que el cumplimiento de las normas.

Teniendo en cuenta lo anterior y al objeto de calcular la multa de acuerdo con los criterios de la *“Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea”* el Consejo hace las siguientes consideraciones respecto a la infracción cometida por EGEDA.

Por lo que se refiere a la modalidad de la infracción, el abuso de posición de dominio, debe calificarse como una infracción muy grave, y más teniendo en cuenta que el abuso se lleva a cabo por una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual que goza del monopolio legal de la explotación de dichos derechos, lo que supone mayor responsabilidad en una adecuada gestión de los mismos. Dicha situación implica por tanto que la cuota de mercado de EGEDA sea del 100%. Y más aún, de acuerdo con el artículo 122.1 de la LPI EGEDA, en representación de los productores audiovisuales, es la única que puede autorizar la comunicación pública.

Por lo que se refiere a la duración la infracción, la DI le imputa la misma durante un periodo de cinco años y medio, desde la fijación de la tarifa general objeto del expediente en octubre del año 2005, hasta la notificación y publicación de las nuevas tarifas generales, que la DI no ha analizado, el 13 de mayo de 2011.

En cuanto a los efectos y aunque no es posible evaluar la incidencia sobre el precio de los hoteles o la repercusión en los clientes de los mismos, como ha quedado acreditado en el Fundamento CUARTO, el abuso ha estado distorsionando el mercado hotelero durante estos cinco años. EGEDA ha fijado una Tarifa General que se considera abusiva y la ha comunicado al Ministerio de Cultura en el año 2005. Esta tarifa se ha utilizado como punto de partida en las negociaciones que se han visto condicionadas por ella. Ese uso distorsionador se aprecia claramente en los contratos en los que la tarifa general se recoge como el precio a pagar en la cláusula base sobre remuneración por el uso de los derechos, sin perjuicio de que en cláusulas posteriores se estipule que dicha remuneración solo será aplicable en caso de incumplimiento y se fijen los precios pactados y los descuentos. La estrategia de EGEDA de fijar una tarifa general excesiva y no relacionada con el valor económico de los derechos, ha podido por tanto situar los precios negociados por encima de los que hubieran resultado en caso de haber comunicado una tarifa no abusiva, y de ese modo incidir sobre los costes de los hoteles, repercutidos por éstos en los precios y recayendo finalmente sobre los clientes. Además, ha llevado a aplicar efectivamente unas tarifas discriminatorias entre clientes.

Todo ello acredita un tipo según la Comunicación de multas de un 10% del volumen de negocios del mercado afectado.

Según la información aportada por EGEDA, los ingresos de EGEDA obtenidos en el *mercado de otorgamiento de autorizaciones y de remuneración por comunicación pública de los productores audiovisuales a los establecimientos hoteleros por actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes*, en el periodo de octubre de 2005 hasta mayo del año 2011 y según la ponderación prevista en la Comunicación de multas fue de 4.161.001 euros. De ello resultaría una multa de 416.100 euros.

En relación con posibles circunstancias agravantes y atenuantes de las previstas en el artículo 64 de la LDC, la DI no aprecia circunstancias atenuantes y si considera que concurre la circunstancia agravante prevista en el artículo 64.2 a) de la LDC, en la medida en que EGEDA ya ha sido sancionada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, por un abuso de posición dominante en el mercado de otorgamiento de autorizaciones y de remuneración por comunicación pública de los productores audiovisuales a los establecimientos hoteleros por actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes, Resolución de 27 de julio del 2000, (expediente 465/99).

EGEDA por el contrario considera desproporcionado utilizar como agravante la reiteración por la Resolución del año 2000 puesto que en aquel caso se le había sancionado por no negociar la tarifa y desde entonces ha adoptado todas las medidas para alcanzar acuerdos negociados con los hoteleros.

Alega en su descargo y como circunstancias atenuantes la colaboración continuada en el expediente, la disposición a llegar a acuerdos planteando la posibilidad de

solicitar una terminación convencional, la no aplicación de la tarifa general, la inexistencia de efectos y la modificación unilateral de las tarifas en mayo de 2011.

El Consejo no considera que el comportamiento de EGEDA en la instrucción del expediente pueda tenerse en cuenta como circunstancia atenuante de las previstas en la Ley puesto que no aprecia que la colaboración alegada haya sido activa y efectiva, ni que haya aportado elementos probatorios que permitan clarificar la infracción, como exige el apartado d) del artículo 64.3 de la LDC y ha confirmado la jurisprudencia (Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 2011). Por lo que se refiere a la modificación unilateral de la tarifa general, EGEDA la llevó a cabo solamente unos días antes del cierre de la instrucción. Y en todo caso la DI ha propuesto y el Consejo asume dicha fecha como el final de la infracción. Respecto a las circunstancias agravantes el Consejo coincide con la DI en que debe considerarse la actual infracción como una reiteración de la sancionada por el TDC en el año 2000, puesto que la fijación por EGEDA en el año 2005 de una tarifa general tan elevada y desproporcionada, que distorsiona la negociación, es otra forma de dificultar una negociación libre y abierta entre la partes y por tanto, otra forma de obstaculizar la negociación. Y el Consejo considera que concurren las circunstancias previstas en el artículo 64.2.a de la LDC puesto que, 1) en ambos casos las conductas están relacionadas con el derecho a una remuneración de los productores, 2) la conducta constituye en ambos casos una infracción por abuso de posición de dominio y 3) en ambos casos se trata de obstaculización de la negociación a que está obligada EGEDA por la LPI. Además recordar que el artículo 64.2 LDC habla de comisión repetida de infracciones, no de que las infracciones sean idénticas. Esta circunstancia a juicio del Consejo es acreedora de un incremento en la sanción del 15%, lo que eleva la multa a 478.515 euros (cuatrocientos setenta y ocho mil quinientos quince Euros), inferior al límite del artículo 63 de la LDC.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, este Consejo de la Comisión Nacional de Competencia,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la comisión de una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE de la que es responsable EGEDA, por el establecimiento de unas tarifas abusivas.

SEGUNDO. Imponer a EGEDA por dicha infracción una sanción pecuniaria por importe de 478.515 euros, (cuatrocientos setenta y ocho mil quinientos quince Euros).

TERCERO. Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.