

**INFORME EMITIDO EN EL MARCO
DEL PROCEDIMIENTO DE
DETERMINACIÓN DE TARIFAS DE
LA SECCIÓN PRIMERA DE LA
COMISIÓN DE PROPIEDAD
INTELLECTUAL EN EL EXPEDIENTE
E-2022-002 FORTA-VEGAP**

INF/DC/164/24

12 de noviembre de 2024

www.cnmc.es

CONTENIDO

1. Antecedentes	4
2. Marco normativo	4
3. Las partes	14
3.1. VEGAP	14
3.2. FORTA.....	15
3.3. Terceros interesados en el procedimiento.....	16
3.3.1. TELEFÓNICA.....	16
3.3.2. MEDIASET	17
3.3.3. ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN (ATRESMEDIA).....	17
3.3.4. AGEDI-ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES	17
3.3.5. AIE-ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA	17
3.3.6. SGAE	18
4. Objeto de la controversia	18
4.1. Propuesta de VEGAP	19
4.2. Objeciones planteadas por FORTA.....	23
4.3. Tarifa propuesta por FORTA	25
4.4. Alegaciones de VEGAP.....	27
4.5. Posición de otros interesados en el procedimiento	28
5. Valoración.....	29
5.1. Cuestiones generales: principios básicos	29
5.2. Sobre la amplitud del repertorio de VEGAP	33
5.3. Sobre la determinación de la tarifa	35
5.4. Sobre los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio	38
5.5. Sobre la diferenciación entre entidades públicas y privadas	39
5.6. Sobre el resto de criterios de determinación de tarifas	40
6. Conclusiones	41

INFORME EMITIDO EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE TARIFAS DE LA SECCIÓN PRIMERA DE LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL EXPEDIENTE E-2022-002 FORTA-VEGAP

INF/DC/164/24

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Jesús Martín Martínez

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garay

Secretario de la Sala

D. Miguel Bordiú García-Ovies

En Madrid, a 12 de noviembre de 2024

Vista la solicitud de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (SPCPI), que tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el 16 de octubre de 2024, de elaboración del informe respecto al procedimiento de determinación de tarifas en el expediente E-2022-002, en el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la **SALA DE COMPETENCIA** acuerda emitir el siguiente informe.

INF/DC/164/24

INFORME EMITIDO EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE TARIFAS DE LA SECCIÓN PRIMERA DE LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL EXPEDIENTE E-2022-002 FORTA-VEGAP

1. ANTECEDENTES

- (1) Con fecha 16 de octubre de 2024, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (en adelante, SPCPI) por el que se solicita, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.8 del Real Decreto 1023/2015, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la composición, organización y ejercicio de funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (en adelante, Real Decreto 1023/2015), la elaboración de un informe en el marco del procedimiento de determinación de tarifas E-2022-002 FORTA-VEGAP, instado por la Federación de Organismos o Entidades de Radio y Televisión Autonómicos (FORTA) frente a la Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (en adelante, VEGAP).
- (2) El artículo 194.3 II del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril), desarrollado por el artículo 23.8 del Real Decreto 1023/2015, establece que la SPCPI, en el marco del procedimiento de determinación de tarifas regulado en dicha norma, podrá solicitar informe previo de aquellos organismos públicos que ejerzan sus funciones en relación con los mercados o sectores económicos a los que afectan las tarifas a determinar.
- (3) A estos efectos, la CNMC ejerce sus funciones en todos los mercados y sectores productivos, conforme a lo previsto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC¹.

2. MARCO NORMATIVO

- (4) La normativa sobre Propiedad Intelectual se encuentra recogida en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), aprobado por el Real

¹ Hasta la fecha la CNMC ha emitido informe previo en otros cinco expedientes de determinación de tarifas de la SPCPI: INF/DC/235/17 AGEDI- AIE-AERC; INF/DC/152/19 TARIFAS EGEDA TV PAGO; INF/CNMC/071/21 EGEDA FEHR, INF/DC/121/22 EGEDA-CEHAT e INF/DC/403/23 VEGAP-TELEFONICA, citados en detalle infra.

Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Esta norma ha experimentado numerosas reformas desde su elaboración en 1996, siendo las últimas modificaciones de fechas 12 de octubre de 2021, 3 de noviembre de 2021, 30 de marzo de 2022, 11 de julio de 2023 y 19 de diciembre de 2023. De estas reformas destaca, en materia tarifaria, por su relevancia en este informe, la introducida por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se establecen los criterios de determinación de tarifas por parte de las entidades de gestión, que fue modificada a su vez por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modificaron los artículos relativos a la gestión colectiva y su numeración (Título IV).

- (5) La propiedad intelectual es el conjunto de derechos que corresponden a los autores y a otros titulares (artistas, productores...) respecto de las obras y prestaciones fruto de su creación. En este sentido, se distinguen dos tipos de **sujetos de derechos de propiedad intelectual**: los autores y los sujetos de otros derechos, conocidos como derechos afines o conexos (como los productores de obras y grabaciones audiovisuales y los artistas intérpretes y ejecutantes).
- (6) El **objeto de la propiedad intelectual** viene establecido en el artículo 10.1, del TRLPI que señala como su objeto: las creaciones literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro.
- (7) De acuerdo con lo establecido por el TRLPI, la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley². En este sentido, el contenido de los derechos de propiedad intelectual se clasifica en dos categorías:
- Derecho moral: de carácter irrenunciable e inalienable, el derecho moral se reconoce a los autores y a los artistas intérpretes o ejecutantes, estando integrado por las facultades previstas en el artículo 14 del TRLPI, que incluye, entre otros, el derecho de estos sujetos a ser reconocidos en su condición de autor de su obra y a controlar la integridad de esta. La condición de "autor" no puede transmitirse inter vivos ni mortis causa, no se extingue con el transcurso del tiempo, así como tampoco entra en el dominio público ni es susceptible de prescripción. No obstante, el ejercicio de algunos de los derechos morales sí sería transmisible "mortis causa".
 - Derechos patrimoniales, que pueden clasificarse en:

² Artículo 2 del TRLPI.
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
C/ Alcalá, 47 – 28014 Madrid - C/ Bolivia, 56 – 08018 Barcelona
www.cnmc.es

- Derechos relacionados con la explotación de la obra o prestación protegida, que a su vez se subdividen en derechos exclusivos y en derechos de remuneración:
 - Los derechos exclusivos³, que son aquellos que permiten a su titular autorizar o prohibir los actos de explotación de su obra o prestación protegida por el usuario, y a exigir de este una retribución a cambio de la autorización que le conceda.
 - Los derechos de remuneración, que (a diferencia de los derechos exclusivos) no facultan a su titular a autorizar o prohibir los actos de explotación de su obra o prestación protegida por parte de un tercero, aunque sí obligan a éste al pago de una cantidad dineraria por los actos de explotación que realice.
- Derechos compensatorios, como el derecho por copia privada.

(8) En este informe interesan los siguientes derechos exclusivos:

- Los derechos exclusivos de reproducción del artículo 18 del TRLPI, definidos como

“la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”.

- Los derechos exclusivos de comunicación pública del artículo 20 del TRLPI, que se definen como como:

“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”.

El artículo 20.2 recoge un listado enunciativo y no exhaustivo de actos de explotación que se consideran actos de comunicación pública, siendo relevantes en este caso los señalados en los incisos c), e) e i) de este artículo:

c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende la producción de señales portadoras de programas hacia un satélite, cuando la recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de entidad distinta de la de origen.

³ Cuyas modalidades se recogen en los artículos 18 a 21 del TRLPI.

e) La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.

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

- (9) Los derechos de los autores de obras cinematográficas y demás obras audiovisuales se encuentran específicamente regulados en el Título IV del Libro I (De los derechos de autor) del TRLPI.
- (10) El artículo 86 del TRLPI recoge una definición de las obras audiovisuales⁴, mientras que el artículo 87 delimita el concepto de autores de la obra audiovisual⁵ atribuyendo esta condición a directores, autores del argumento (guionistas) y autores de composiciones musicales creadas para la obra audiovisual. Por su parte el artículo 88 establece la presunción de la cesión en exclusiva al productor de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública de la obra, si bien en las obras cinematográficas será siempre necesaria la autorización expresa de los autores para su explotación, mediante la puesta a disposición del público de copias en cualquier sistema o formato, para su utilización en el ámbito doméstico, o mediante su comunicación pública a través de la radiodifusión.
- (11) A este respecto, los artículos 120 a 125 del TRLPI regulan los derechos de los productores de las grabaciones audiovisuales⁶. Las grabaciones audiovisuales comprenden tanto las obras audiovisuales (creaciones con intervención de autores) como otras grabaciones. La ley atribuye a los productores determinados

⁴ *Las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras.*

⁵ *Son autores de la obra audiovisual en los términos previstos en el artículo 7 de esta Ley:*

1. El director-realizador.

2. Los autores del argumento, la adaptación y los del guion o los diálogos.

3. Los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para esta obra.

⁶ Artículo 120 del TRLPI

1. Se entiende por grabaciones audiovisuales las fijaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del artículo 86 de esta Ley.

2. Se entiende por productor de una grabación audiovisual, la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de dicha grabación audiovisual.

derechos sobre las grabaciones audiovisuales, en particular los derechos para autorizar su reproducción y comunicación pública.

- (12) Si bien en el caso de las obras audiovisuales y otras grabaciones los derechos exclusivos de explotación antes citados corresponden en general a los productores, el artículo 90 del TRLPI atribuye un derecho de remuneración en favor de los autores de obras audiovisuales.
- (13) En lo que se refiere al presente procedimiento resulta de relevancia lo señalado en el artículo 90.4 del TRLPI, que establece lo siguiente:

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

- (14) El artículo 90.6 precisa que:

“[L]os derechos establecidos en los apartados 3 y 4 de este artículo serán irrenunciables e intransmisibles por actos «inter vivos» y no serán de aplicación a los autores de obras audiovisuales de carácter publicitario.”

- (15) La distribución de bienes y prestación de servicios que impliquen el uso de derechos de propiedad intelectual requiere, en principio, la autorización de sus titulares. La gestión de la concesión de estas autorizaciones puede ejercitarse por parte de los titulares de derechos bien de manera individual o de forma colectiva; autorización que suele articularse mediante una licencia contractual, que puede ser exclusiva o no, y que puede autorizar una o múltiples modalidades de explotación de la obra.
- (16) La mayoría de los derechos de propiedad intelectual regulados en el TRLPI son de gestión libre, con lo que su titular puede decidir gestionarlos de manera individual, bien por sí mismo o a través de un mandatario, o, alternativamente, encomendar su gestión de manera voluntaria a una entidad de gestión. El TRLPI se refiere a estos derechos como “*derechos de gestión colectiva voluntaria*”⁷. Por el contrario, existen algunos derechos de propiedad intelectual para los que el TRLPI impone el ejercicio exclusivo a través de una entidad de gestión de

⁷ Denominación que se encuentra contrapuesta al concepto de “*derechos de gestión colectiva obligatoria*” en el artículo 194.3 del TRLPI.

derechos de propiedad intelectual: los denominados “*derechos de gestión colectiva obligatoria*”⁸.

- (17) Los derechos de reproducción y de comunicación pública a que se refieren los artículos 18 y 20 del TRLPI no son, en ningún caso, de gestión colectiva obligatoria (a excepción del derecho de comunicación pública de distribución por cable a que se refiere el artículo 20.2.f). Los titulares de estos derechos de propiedad intelectual pueden optar con total libertad entre (i) gestionar sus derechos individualmente; o (ii) encomendar su representación y la gestión del ejercicio de sus derechos bien a una entidad de gestión colectiva o bien a un operador de gestión independiente (OGI).
- (18) Sin embargo, el derecho de remuneración de los autores a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI es de gestión colectiva obligatoria⁹. También son de gestión colectiva obligatoria el derecho de comunicación pública de distribución por cable a que se refiere el artículo 20.2.f) del TRLPI¹⁰ y el derecho de compensación equitativa por copia privada¹¹. Estos derechos han de ser gestionados a través de una entidad de gestión colectiva, no pudiendo ser gestionados por un OGI ni individualmente por su titular.
- (19) En lo que se refiere a los derechos de remuneración, como los contemplados en el artículo 90.4, no facultan a su titular a autorizar o prohibir los actos de explotación de su obra o prestación protegida por parte de un tercero, por lo que no requieren de autorización, aunque sí obligan a éste al pago de una cantidad dineraria por los actos de explotación que realice.

⁸ Nomenclatura utilizada extensamente tanto por la doctrina como por el propio TRLPI en sus artículos 117.1 *in fine*, 181.1, 183.2 y 194.3.

⁹ Artículo 90.7 del TRLPI “7. Los derechos contemplados en los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo se harán efectivos a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.”

¹⁰ El artículo 20.4.b) del TRLPI establece que “[e]l derecho que asiste a los titulares de derechos de autor de autorizar la retransmisión por cable se ejercerá, exclusivamente, a través de una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual”. La retransmisión por cable se define en el párrafo segundo del artículo 20.2.f) del TRLPI “Se entiende por distribución por cable la retransmisión simultánea, inalterada e íntegra por cable o microondas, para su recepción por el público, de una transmisión inicial de otro Estado miembro, alámbrica o inalámbrica, incluida vía satélite, de programas de radio o televisión destinados a su recepción por el público, independientemente de la manera en que el operador de un servicio de retransmisión por cable obtenga del organismo de radiodifusión las señales portadoras de programas con fines de retransmisión.”

¹¹ El artículo 25.9 del TRLPI dispone que “la compensación equitativa se hará efectiva a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual conforme al procedimiento que se determine a tal efecto por real decreto”.

- (20) Tradicionalmente, la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual, regulada en los artículos 147 a 192 del TRLPI, ha venido siendo mayoritariamente desarrollada por las entidades de gestión colectiva. Estas entidades son organizaciones privadas de base asociativa y naturaleza no lucrativa que se dedican, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de propiedad intelectual de carácter patrimonial por cuenta de sus legítimos titulares.
- (21) Los artículos 163 a 169 del TRLPI regulan diferentes principios generales aplicables a la concesión de autorizaciones no exclusivas para el uso del repertorio de las entidades de gestión y las tarifas generales.
- (22) El artículo 163.1 del TRLPI establece, tanto para entidades de gestión como para OGI, la obligación de

“negociar y contratar bajo remuneración con los usuarios que lo soliciten, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, actuando ambas partes bajo los principios de buena fe y transparencia, para lo cual intercambiarán toda la información que sea necesaria”.

- (23) Las **entidades de gestión** están sometidas a otra serie de obligaciones, entre las que destacan las establecidas en los artículos 164 y 165 del TRLPI en relación a las tarifas y al deber de negociar con los usuarios:

“Artículo 164. Tarifas generales.

1. Las entidades de gestión están obligadas a establecer tarifas generales, simples y claras que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio. Dichas tarifas generales se acompañarán de una memoria económica, cuyo contenido se determinará reglamentariamente, que proporcionará una explicación pormenorizada por modalidad tarifaria para cada categoría de usuario.

2. Las tarifas generales deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa.

3. El importe de las tarifas generales se establecerá en condiciones razonables, atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario, y buscando el justo equilibrio entre ambas partes, para lo cual se tendrán en cuenta al menos los siguientes criterios:

a) El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.

b) La intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.

c) La amplitud del repertorio de la entidad de gestión. A estos efectos, se entenderá por repertorio las obras y prestaciones cuyos derechos gestiona una entidad de gestión.

d) Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.

e) El valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas.

f) Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de uso.

g) Las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación [...]”

“Artículo 165. Acuerdos sectoriales.

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

- (24) En el caso del derecho de remuneración de los autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI, las condiciones económicas a satisfacer por los usuarios deberán ser las recogidas en las tarifas generales.
- (25) A raíz de la reforma del TRLPI por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, se estableció la obligación legal de que las entidades de gestión aprobasen nuevas tarifas generales adaptadas a los criterios establecidos en el antiguo artículo 157.1.b) del TRLPI (hoy 164.3 TRLPI).
- (26) La Orden CUD/330/2023, de 28 de marzo, aprobó la metodología para la determinación de las tarifas generales de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual por la utilización de su repertorio y el contenido de la memoria económica que debe acompañar a las tarifas generales, siendo previamente informada por la CNMC en el Informe [IPN/CNMC/013/22](#), de fecha 21 de junio de 2022.
- (27) Conviene destacar el artículo 2 de la Orden CUD/330/2023, que establece:

“1. El importe de las tarifas generales se establecerá en condiciones razonables, atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad de los usuarios, y buscando el justo equilibrio entre los titulares y los usuarios de los derechos.

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

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

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

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

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

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

a) El uso del repertorio tendrá carácter principal y, por tanto, máxima relevancia cuando la utilización del mismo sea imprescindible para el desarrollo de la actividad del usuario.

b) El uso del repertorio tendrá carácter significativo y, por tanto, una relevancia importante, cuando la utilización del mismo altere el desarrollo de la actividad del usuario.

c) El uso del repertorio tendrá carácter accesorio y, por tanto, una relevancia menor cuando la utilización del mismo no altere el desarrollo de la actividad del usuario.

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

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

“Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio se identificarán con el valor de aquellos ingresos que, dentro del conjunto total de ingresos de explotación del propio usuario en sus diferentes actividades, se encuentren vinculados con la explotación comercial del repertorio”

(30) Respecto a la aplicación de la Orden CUD/330/2023, su disposición adicional segunda señala:

“1. Todas aquellas tarifas generales aprobadas por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual con anterioridad a la entrada en vigor de la presente orden que sean conformes con lo establecido en la misma continuarán vigentes.

2. En el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la presente orden, las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual deberán comunicar al Ministerio de Cultura y Deporte cuáles de sus tarifas continuarán vigentes.

3. En ese mismo plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la presente orden, las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual deberán adaptar a la misma, de acuerdo con el procedimiento y los requisitos en ella establecidos, aquellas tarifas generales que no sean conformes con la presente orden y comunicarlas al Ministerio de Cultura y Deporte, entendiéndose que todas aquellas tarifas respecto a las que no se pronuncien expresamente no continuarán vigentes”.

(31) Finalmente, el TRLPI regula la **Comisión de Propiedad Intelectual** en sus artículos 193 a 195. Es el órgano colegiado de ámbito nacional adscrito al Ministerio de Cultura y Deporte al que corresponden las funciones de mediación, arbitraje y determinación de tarifas, siendo la Sección Primera (SPCPI) la que ejercerá estas funciones (art. 193. 2 a) y la que ha solicitado el presente informe.

(32) La SPCPI ejercerá su función de **control** velando por que las tarifas generales establecidas por las entidades de gestión en cumplimiento de sus obligaciones sean equitativas y no discriminatorias, para lo que deberá valorar, entre otros aspectos, la aplicación de los criterios mínimos previstos en el artículo 164.3 del TRLPI en su determinación. En caso de apreciarse un incumplimiento de estas obligaciones, se comunicará esta circunstancia a la CNMC, a los efectos oportunos (art. 194.4 TRLPI).

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

“3. La Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual ejercerá su función de determinación de las tarifas para la explotación de los derechos de gestión

colectiva obligatoria, y para los derechos de gestión colectiva voluntaria que, respecto de la misma categoría de titulares, concurren con un derecho de remuneración sobre la misma obra o prestación.

La Sección establecerá el importe de la remuneración exigida por la utilización de obras y demás prestaciones del repertorio de las entidades de gestión, la forma de pago y demás condiciones necesarias para hacer efectivos los derechos indicados en el párrafo anterior, a solicitud de la propia entidad de gestión afectada, de una asociación de usuarios, de una entidad de radiodifusión o de un usuario especialmente significativo, a juicio de la Sección, cuando no haya acuerdo entre ambas, en el plazo de seis meses desde el inicio formal de la negociación. En el ejercicio de esta función, la Sección Primera podrá solicitar informe previo de aquellos organismos públicos que ejerzan sus funciones en relación con los mercados o sectores económicos a los que afecten las tarifas a determinar, así como de las asociaciones o representantes de los usuarios correspondientes.

En la determinación de estas tarifas, la Sección Primera observará, al menos, los criterios establecidos en el artículo 164.3. Asimismo, dichas decisiones se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado», serán aplicables a partir del día siguiente al de la publicación, con alcance general para todos los titulares y obligados, respecto de la misma modalidad de uso de obras y prestaciones e idéntico sector de usuarios, y podrán ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Asimismo, la Sección Primera podrá dictar resoluciones actualizando o desarrollando la metodología para la determinación de las tarifas generales referida en el artículo 164.3, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.”

3. LAS PARTES

3.1. VEGAP

- (34) **VEGAP** es la entidad que gestiona los derechos de autor de los creadores visuales (entre otros, pintores, escultores, fotógrafos o ilustradores), autorizada por el Ministerio de Cultura y Deporte mediante la Orden Ministerial de 5 de junio de 1990 (BOE de 13 de junio de 1990).
- (35) De acuerdo con el artículo 4 de sus Estatutos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(37) En lo que se refiere a los derechos exclusivos, VEGAP está obligada a conceder autorizaciones no exclusivas a los usuarios que lo soliciten, como señala el artículo 163 TRLPI, en condiciones equitativas y no discriminatorias, respecto de las que se aplicarán las tarifas generales previstas en el artículo 164 TRLPI, salvo acuerdo bilateral o sectorial.

3.2. FORTA

(38) **FORTA** es una asociación de usuarios representativa de los organismos de radio y televisión autonómicos. En concreto, la Federación está integrada por los siguientes organismos:

- Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA).

- Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals (CCMA).
 - Radio Televisión Madrid, SAU (RTVM).
 - Corporació Valenciana de Mitjans de Comunicació (CVMC).
 - Corporación Radio e Televisión de Galicia, SA (CRTVG).
 - Euskal Irrati Telebista (EITB).
 - Ente Público Radiotelevisión Canaria (RTVC).
 - Ente Público Radiotelevisión Castilla-La Mancha (CMM).
 - Radiotelevisión de la Región de Murcia (RTRM).
 - Corporación Aragonesa de Radio y Televisión (CARTV).
 - Radiotelevisión del Principado de Asturias, SAU (RTPA).
 - Ens Públic de Radiotelevisió de les Illes Balears (EPRTVIB).
- (39) Dentro de sus actividades, estos organismos proporcionan servicios de televisión en abierto, teniendo la particularidad de prestar un servicio de interés económico general. En este ámbito hacen uso de determinados derechos de propiedad intelectual gestionados por **VEGAP**.

3.3. Terceros interesados en el procedimiento¹²

3.3.1. TELEFÓNICA

- (40) **TELEFÓNICA** es una empresa que presta, entre otros, servicios minoristas y mayoristas de comunicaciones electrónicas y de televisión de pago con sede central en Madrid y con filiales en varios países de Europa e Iberoamérica.

¹² En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 21.5 del Real Decreto 1023/2015, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la composición, organización y ejercicio de funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, se publica en el BOE la resolución de admisión a trámite de la solicitud de inicio del procedimiento de determinación de tarifas, a los efectos de que aquellos titulares de intereses legítimos y directos que puedan resultar afectados por la resolución final que se dicte y que no se encuentren ya debidamente personados en el procedimiento puedan, en el plazo de quince días desde el día siguiente a la publicación, personarse en el mismo. Debe tenerse en cuenta que la resolución del procedimiento de determinación de tarifas se publica en el BOE “[...] con alcance general para todos los titulares y obligados y a las propias entidades de gestión, respecto de la misma modalidad de explotación de obras y prestaciones **e idéntico sector de usuarios**” (art. 24.2 del RD 1023/2015). [énfasis añadido]

3.3.2. MEDIASET

- (41) **MEDIASET** es un grupo de comunicación español cuya actividad se basa principalmente en la producción y emisión de contenidos televisivos.

3.3.3. ATRESMEDIA

- (42) **ATRESMEDIA** es una empresa que opera especialmente en los mercados de televisión en abierto y radio comercial.

3.3.4. AGEDI-ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES

- (43) Es la entidad de gestión autorizada administrativamente para la gestión colectiva de los derechos que el TRLPI otorga a los productores de fonogramas y videos musicales. La entidad fue autorizada por Orden del Ministerio de Cultura, de 15 de febrero de 1989 (BOE 11-3-89). En la actualidad tiene 478 miembros entre grandes, medianos y pequeños productores.
- (44) El artículo 5.1 de sus Estatutos señala que gestiona los derechos exclusivos y de simple remuneración a favor de los productores de fonogramas y, en concreto, el artículo 5.2.d) dispone que se encarga de:

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

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

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

- (46) Es una entidad de gestión, autorizada por Orden del Ministerio de Cultura, de 29 de junio de 1989 (BOE 19-7-89) para ejercer la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los artistas, intérpretes o ejecutantes respecto de la fijación de sus actuaciones en soportes exclusivamente sonoros (fonogramas). Es la única entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual autorizada administrativamente para la gestión colectiva de los derechos de tales titulares.

3.3.6. SGAE

- (47) Se trata de una entidad de gestión reconocida como tal mediante la Orden de 1 de junio de 1988 del Ministerio de Cultura (BOE 04-06-1988). Administra millones de obras musicales, dramáticas, coreográficas y audiovisuales en su repertorio y los derechos de los socios de las sociedades extranjeras con las que tiene suscritos acuerdos de representación, siendo miembro de los principales organismos internacionales de derechos de autor.

4. OBJETO DE LA CONTROVERSIA

- (48) El procedimiento objeto del presente informe tiene su origen en una solicitud de inicio del procedimiento de determinación de tarifas de FORTA, que tuvo entrada en la SPCPI el 19 de octubre de 2022. Esta solicitud de FORTA se hizo frente a VEGAP como parte requerida, de cara a la determinación de tarifa aplicable a los organismos de radio y televisión autonómicos por el uso del repertorio de VEGAP en sus modalidades de emisión, transmisión y puesta a disposición del público (artículo 20.2, letras c), e) e i) TRLPI), derecho exclusivo de reproducción (art. 18 TRLPI), en relación con obras visuales incorporadas en obras y grabaciones audiovisuales, y el derecho de remuneración de los autores de obras visuales incorporadas en obras audiovisuales (art. 90.4 TRLPI).
- (49) Este procedimiento de determinación de tarifas fue admitido a trámite mediante Acuerdo de 24 de febrero de 2023, publicado en el BOE de 8 de marzo de 2023. Como se ha anticipado, en el mismo son interesados, además de FORTA y VEGAP, TELEFÓNICA, MEDIASET, ATRESMEDIA, AGEDI-AIE y SGAE.
- (50) Después de la aprobación de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, las partes (FORTA y VEGAP) mantuvieron una serie de reuniones durante el año 2016 con el objeto de negociar un acuerdo sobre la explotación de los derechos gestionados por VEGAP que se adaptase al nuevo marco normativo. Hasta entonces, el pago de la tarifa a VEGAP se había basado en acuerdos de cantidades a tanto alzado, suscritos entre los entes de FORTA y la entidad de gestión.
- (51) Estas reuniones se prolongaron durante varios años de forma infructuosa. Mientras tanto, en junio de 2016, las partes acordaron pagos a cuenta por el uso del repertorio por el 90% de las cantidades abonadas en 2015, que se pagarían por FORTA hasta que celebrasen un nuevo convenio. En 2018, un nuevo acuerdo incrementó los pagos a cuenta al 100% de lo abonado en 2015 y fue renovado para los siguientes años.

- (52) Ante el fracaso de las negociaciones bilaterales, en febrero de 2021 FORTA presentó ante la SPCPI una solicitud para iniciar un procedimiento de mediación a que se refiere el artículo 194.1 TRLPI con el objetivo de llegar a un acuerdo sobre las tarifas. La entidad de gestión aceptó participar de forma voluntaria en la mediación (expte. M-2021-002). Ante la no aceptación por parte de VEGAP de la propuesta de solución de la SPCPI, manifestada mediante escrito de 29 de octubre de 2021, se dio por concluido el procedimiento y FORTA presentó la solicitud de determinación de tarifas a que se refiere el artículo 194.3 TRLPI que dio lugar al presente procedimiento.
- (53) La SPCPI debe establecer el importe de la remuneración por la utilización por parte de los asociados de FORTA del repertorio gestionado por VEGAP, debiendo observar, al menos, los criterios establecidos en el artículo 164.3 del TRLPI.
- (54) Cabe destacar que la resolución que adopte la SPCPI, además de notificarse a todas las partes y a los terceros interesados que se hayan personado en el procedimiento, será aplicable con alcance general para todos los titulares y obligados y a las propias entidades de gestión, respecto de la misma modalidad de explotación de obras y prestaciones e idéntico sector de usuarios (arts. 194.3 III del TRLPI y 24.2 del Real Decreto 1023/2015).

4.1. Propuesta de VEGAP

- (55) La propuesta de VEGAP en el seno del procedimiento de determinación de tarifas y objeto de controversia es la misma aprobada por VEGAP y recogida en el Título V de su Catálogo de Tarifas Generales de 2016 prevista para la totalidad de los operadores de televisión, con independencia de la tecnología y modalidades de explotación utilizadas.
- (56) Como se ha anticipado, VEGAP presentó a FORTA, tras la aprobación de la reforma del TRLPI, unas tarifas que FORTA rechazó. Concretamente, en el Catálogo de Tarifas Generales de 2016, VEGAP ofrece a los operadores de TV tres tipos de tarifas que VEGAP denomina: tarifa general de uso efectivo (TUE), tarifa por disponibilidad promediada (TDP) y tarifa de uso puntual (TUP).
- (57) La propuesta que VEGAP denomina **tarifa general de uso efectivo** se basa en dos parámetros: una base tarifaria determinada por los ingresos de explotación de los operadores de televisión y un tipo tarifario. Los ingresos brutos de explotación son definidos en el Catálogo de tarifas de VEGAP como aquellos obtenidos por el operador de televisión en su actividad económica y modalidades de explotación a las que se refiere la tarifa, incluidos, a título de ejemplo, los ingresos por publicidad, subvenciones o cuotas por abonados. Para calcular la

tarifa se parte de los porcentajes que VEGAP ya tenía establecidos en 1998 y que se aplican a los ingresos brutos de explotación. Estos porcentajes se consideran máximos y se reducen en función de la intensidad y relevancia de uso. Son los siguientes:

- Derecho de comunicación pública: 0,14% sobre los ingresos brutos de explotación, desglosado de la siguiente manera:
 - a. Derecho exclusivo de comunicación pública: 0,12%.
 - b. Remuneración establecida en el artículo 90.4 TRLPI: 0,02%.
- Derecho de reproducción: 0,05% sobre los ingresos brutos de explotación.

(58) Por lo que se refiere a lo que VEGAP denomina intensidad de uso, VEGAP ha tenido en cuenta el volumen de usos identificado por la propia VEGAP para el reparto a los titulares de derechos. VEGAP lo calcula en función del tamaño del operador (grande, mediano y pequeño en función de sus ingresos brutos de explotación anuales) y, dentro de cada categoría de operador, del número de usos que éste realice (intensidad alta, baja o media), tal y como se refleja en la tabla siguiente:

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

(59) Una vez aplicado el corrector anterior, se aplica el corrector de lo que VEGAP denomina relevancia de uso. Para ello se distinguen las siguientes categorías de programas atendiendo a la naturaleza de la obra o grabación audiovisual en la

que está incorporada la obra del repertorio de VEGAP, de forma que a un documental se le asigna un coeficiente de 0,6, a un informativo se le asigna un coeficiente de 0,8 y a un programa de entretenimiento se le asigna un coeficiente de 1. Estos correctores se aplican al tipo tarifario después de aplicar el corrector de intensidad de la siguiente forma, según las tablas que recoge VEGAP en su catálogo de tarifas:

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

- (60) Finalmente, VEGAP incluye en su Catálogo de tarifas generales también un modulador de proporcionalidad que persigue, según se afirma en el Catálogo,

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

- (61) Tal y como se indica en el Catálogo, es una manera de aproximar el valor de uso de las obras para los operadores a partir de los usos observados y los ingresos de explotación. Para ello VEGAP ha determinado la siguiente ratio:

$$\frac{N^{\circ} \text{ de usos anuales } \times 1000}{\text{Ingresos de explotación } \times \text{modulador de intensidad}}$$

- (62) De esta forma, si el resultado es inferior al siguiente baremo (establecido en función del tamaño del operador según sus ingresos brutos anuales), el operador deberá aplicar este tercer modulador, cuyo valor es del 0,60.

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

- (63) No obstante, este tercer modulador no será aplicable cuando el resultado final consecuencia de su aplicación sea inferior al 20% de la tarifa de uso puntual.
- (64) Por su parte, la **tarifa por disponibilidad promediada** se aplica sobre los ingresos brutos de explotación calculada sobre la base de los usos medios y perfil de contenidos medio del conjunto de operadores que más se asemeje a su tipología de uso del repertorio de VEGAP. Las categorías de usuarios para realizar las medias promediadas se calculan teniendo en cuenta su volumen de ingresos, la intensidad de usos del repertorio y el porcentaje medio de usos por categoría de programación. VEGAP realizará esta estimación junto con cada usuario, contando, tanto con su información histórica, como con la información necesaria que deba aportar el operador para determinar la tarifa promediada que le corresponda. Al igual que se establece para la TUE, el resultado final no puede ser inferior al 20% de la tarifa de uso puntual.
- (65) La **tarifa de uso puntual** se aplica para actos de reproducción, comunicación pública y puesta a disposición de obras realizados de forma ocasional por un operador de televisión. Tal y como se explica en la Memoria Económica justificativa que acompaña a las tarifas, para su determinación se ha tenido en cuenta el grado de uso del repertorio, la intensidad del mismo en el conjunto de la actividad del operador y la relevancia de la utilización del repertorio de VEGAP en la actividad del operador.

Tarifas de uso puntual. Catálogo de tarifas generales VEGAP 2016.			
Tipo de programa	Por derecho de reproducción		Por derecho de comunicación pública**
	Nacional*	Internet	
Informativo	138 €	138 €	146 €
Entretenimiento	180 €	180 €	182 €
Documental	84 €	84 €	110 €

- (66) En cuanto al precio por el servicio prestado (PSP), según se expone en la Memoria Económica que acompaña a sus tarifas generales, asciende al 18,8% de la tarifa y se desglosa de la siguiente forma:

Precio por el servicio prestado	
Componentes	Porcentaje de la tarifa
Costes para la obtención y agregación del repertorio	2,8%
Concesión de autorizaciones	7,1%
Establecimiento de tarifa	1,7%
Control del uso efectivo del repertorio	7,1%
Total	18,8%

4.2. Objeciones planteadas por FORTA

- (67) FORTA considera que estas tarifas son inadecuadas para determinar la contraprestación que deben satisfacer los operadores de televisión, particularmente sus asociados en tanto que prestadores de un servicio público.
- (68) En particular, FORTA destaca que las tarifas de VEGAP suponen un incremento desproporcionado del importe a pagar al compararlas con los acuerdos anteriores a 2016 entre los entes televisivos y la entidad de gestión, incremento que también puede observarse en términos de tipo tarifario y que no está justificado en un aumento del repertorio de VEGAP o en un mayor uso del mismo.
- (69) Asimismo, FORTA considera que VEGAP no ha seguido los criterios recogidos en el artículo 164.3 TRLPI al establecer sus tarifas.
- (70) En primer lugar, FORTA alega que la base de ingresos utilizada para calcular la tarifa no es válida porque incluye partidas no vinculadas a la explotación del repertorio de VEGAP (art. 164.3.d) TRLPI). En concreto, se refiere a partidas correspondientes a líneas de actividad ajenas a la actividad televisiva o a subvenciones no vinculadas a esta actividad, y señala que fijar una tarifa sobre los ingresos totales del usuario es un indicio de falta de equidad y que deberían ponderarse los ingresos de los distintos canales, pues la intensidad de uso del repertorio de VEGAP es distinta para cada tipología de canal.
- (71) En segundo lugar, FORTA critica que VEGAP no contempla la especialidad tarifaria que debe aplicarse a los entes de FORTA en virtud de la disposición

adicional 2 de la Ley 21/2014, sino que aplica la misma tarifa a todos los operadores de televisión.

- (72) En tercer lugar, según FORTA el valor de las distintas modalidades de explotación incluidas en el tipo tarifario no está lo suficientemente desglosado. VEGAP aplica un tipo tarifario de 0,19%, que desglosa en 0,05% para el derecho de reproducción, 0,02% para el derecho de simple remuneración del art. 90.4 TRLPI y 0,12% para el derecho exclusivo de comunicación al público. Sin embargo, este último porcentaje correspondiente a las modalidades de comunicación al público no está desglosado e incluye actos de emisión, transmisión, radiodifusión por satélite, puesta a disposición del público y retransmisión por cable y vía satélite, según afirma FORTA. Por otra parte, los organismos asociados a FORTA no realizan actos de retransmisión por vía satélite, ni por cable. Según FORTA, las tarifas de VEGAP no responden a los principios de claridad y simplicidad.
- (73) En cuarto lugar, FORTA se refiere a la intensidad, relevancia y grado de uso. Respecto de la intensidad, FORTA se decanta por el criterio *pro rata temporis*, de forma que se mida el tiempo de emisión del repertorio, y rechaza el criterio *pro rata numeris* usado por VEGAP, que mide el número de apariciones. Respecto de la relevancia, FORTA considera que la distribución de porcentajes en el ponderador de relevancia de uso es contraintuitiva. Respecto del grado de uso, FORTA señala que VEGAP omite su aplicación, lo que a su juicio evidencia la falta de conformidad con los criterios del artículo 164.3 TRLPI.
- (74) En quinto lugar, según FORTA la tarifa de VEGAP no tiene en cuenta que buena parte de los usos de obras visuales por operadores de televisión se pueden amparar en límites legales, como el límite de informaciones sobre acontecimientos de actualidad del art. 35.1 TRLPI, el límite de obras situadas permanentemente en vías públicas del art. 35.2 TRLPI y el límite de cita del art. 32.1 TRLPI.
- (75) En sexto lugar, según FORTA las tarifas de VEGAP no toman en consideración la limitada amplitud de su repertorio, que FORTA atribuye a que la mayor parte de derechos objeto de la tarifa son de gestión colectiva voluntaria, por lo que sólo son gestionados por VEGAP en la medida en que sus titulares se lo hayan encomendado, y los autores pueden encomendar la gestión de sus derechos a terceros distintos de VEGAP como agencias u operadores de gestión independientes. Otro factor que debe tenerse en cuenta, según FORTA, es que VEGAP deja sin repartir, de forma sistemática, más del 50% de la tarifa que recauda cada año de las televisiones lo que evidencia que la amplitud real del repertorio de VEGAP es muy inferior a lo que la entidad da a entender. Finalmente, el hecho de gestionar un derecho de gestión colectiva obligatoria

como el del art. 90.4 TRLPI no implica que la entidad posea un repertorio universal. En definitiva, debe atenderse a la amplitud real del repertorio y no teórica.

- (76) Por último, FORTA hace referencia al ajuste de proporcionalidad de las tarifas de VEGAP, así como a la fijación de un suelo tarifario mínimo. Respecto al primero, FORTA señala que supone un reconocimiento de que el resto de los elementos de su tarifa no garantizan un resultado proporcionado. Sobre el segundo, a juicio de FORTA, contraviene los principios de equidad y proporcionalidad y resulta contradictorio con una tarifa de uso efectivo en la medida en que supone exigir una cantidad fija con independencia del uso del repertorio.

4.3. Tarifa propuesta por FORTA

- (77) Para determinar su tarifa, FORTA parte de una serie de presupuestos. Respecto a las obras objeto de la tarifa, FORTA considera que se trata de obras preexistentes incorporadas a creaciones audiovisuales, a las que se les aplica la presunción de cesión de derechos al productor de la obra audiovisual, recogida en el artículo 89 TRLPI. Por tanto, en la mayoría de los casos los autores de obras visuales habrán cedido al productor de la obra audiovisual una serie de derechos exclusivos, por lo que no pueden pretender gestionarlos a través de una entidad de gestión si no los han conservado en su poder. La tarifa que se determine deberá tener en cuenta esta limitación del repertorio.
- (78) En cuanto a los derechos de gestión colectiva obligatoria, FORTA sostiene que sólo está presente el derecho de remuneración del artículo 90.4 TRLPI, ya que los entes de televisión autonómicos no realizan retransmisión de contenidos.
- (79) También considera que el uso de las obras visuales en televisión es residual y poco significativo y su medición es imposible o, en todo caso, requeriría un trabajo cualitativo complejo, difícil, costoso e ineficiente.
- (80) Partiendo de estas premisas, FORTA propone una tarifa que, según la asociación, debe tener en cuenta la especificidad de los entes de la FORTA frente a los operadores de televisión privados.
- (81) De esta forma, a juicio de la asociación, para determinar la especialidad tarifaria de los organismos públicos de televisión no basta con descontar de la base de ingresos brutos aquellos que no se encuentran relacionados con la actividad televisiva y los que no están relacionados con el uso comercial del repertorio, como se ha hecho tradicionalmente. Al contrario, para determinar correctamente la especialidad tarifaria se debe partir de la premisa de que las subvenciones o

aportaciones de capital que reciben los entes públicos de radio y televisión se destinan a compensar los costes de servicio público que prestan y, por lo tanto, deben considerarse no vinculadas a la explotación comercial del repertorio.

- (82) La base de ingresos propuesta se calcularía partiendo de la ratio entre ingresos publicitarios y audiencia de los operadores privados, multiplicada por la audiencia de cada ente de FORTA, según la siguiente fórmula:

$$\text{Base de ingresos ente FORTA} = \text{Audiencia ente FORTA} \times \frac{\text{Ingresos publicitarios privadas}}{\text{Audiencia privadas}}$$

- (83) En cuanto al tipo tarifario, la referencia que utiliza FORTA son los tipos tarifarios implícitos que derivan del cociente entre los precios a tanto alzado aplicados por VEGAP a los operadores televisivos y la base de ingresos de cada operador. Así, la tarifa para cada ente de FORTA se calcula multiplicando el tipo tarifario implícito aplicado a los operadores privados en 2015 por la base de ingresos estimada para cada uno conforme se ha descrito en el apartado anterior.
- (84) Con carácter subsidiario al uso del tipo implícito aplicado a los operadores privados, FORTA considera la opción de utilizar el tipo tarifario implícito mínimo pagado por sus entes asociados en 2015.
- (85) A juicio de FORTA, dado que la tarifa que propone es por disponibilidad promediada y no por uso efectivo, los costes relacionados con la prestación del servicio al usuario deberían ser muy reducidos. Considera que el precio del servicio prestado no debería incorporar ni costes de control (aquellos en los que incurre la entidad para verificar la utilización efectiva de su repertorio), ni costes de establecimiento (asociados a la determinación de los componentes en los que se desglosan los precios de las modalidades tarifarias), puesto que la tarifa será fijada por la SPCPI. Los únicos costes que podrían integrar el precio del servicio prestado serían los de licencia. La propuesta tarifaria de FORTA no contempla un ajuste por el uso debido a la complejidad y el elevado coste económico que supondría una medición del uso efectivo del repertorio.
- (86) FORTA propone que puedan existir descuentos por pronto pago y domiciliación cuya cuantía esté relacionada con el ahorro de costes financieros para la entidad y siempre y cuando se apliquen por igual a todos los usuarios. No proceden descuentos propios de una tarifa de uso efectivo como el de declaración de usos.
- (87) Finalmente:
- En cuanto a la vigencia en el tiempo de la tarifa, FORTA opta por que sea estable e indefinida, salvo cambios significativos en el sector de los operadores de televisión que afecten manifiestamente a la tarifa.

- Por lo que respecta a la información necesaria para hacer efectiva la tarifa, dado que basa en datos que pueden obtenerse de fuentes públicas tanto por FORTA como por VEGAP, una vez publicados los datos, se realizarán los ajustes correspondientes.
- FORTA propone que la tarifa se devengue anualmente, sobre la base de los datos de ingresos publicitarios y audiencias. No obstante, respecto a la liquidación y pago, señala que puede fijarse una liquidación por períodos más cortos y abonar la tarifa de forma trimestral o mensual, con bonificación o descuento

4.4. Alegaciones de VEGAP

- (88) Además de alegar una serie de vicios procedimentales, VEGAP afirma que la tarifa general promediada propuesta por FORTA es contraria a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y al artículo 38 de la Constitución Española, porque la fijación de tarifas especiales para las televisiones asociadas a FORTA generaría, según la entidad, una desventaja comparativa tanto para el resto de los operadores públicos (RTVE), como para los privados.
- (89) Adicionalmente, a juicio de la entidad de gestión, la propuesta de FORTA no cumple con los requisitos del artículo 164.3 TRLPI, ni con la Orden de Metodología. VEGAP señala que la tarifa de FORTA no permite distinguir entre los distintos usuarios de televisión en función de su intensidad, relevancia o grado de uso de las obras. Los usuarios pagarían cantidades similares ante intensidades de uso muy distintas, por lo que la tarifa de FORTA resulta inequitativa. Tampoco se cumple con el principio de suficiencia, según VEGAP, porque los resultados están muy alejados de cualquier valoración económica que se pudiera haber utilizado como referencia.
- (90) VEGAP también rebate la afirmación de FORTA sobre el incremento que suponen sus tarifas con respecto a los acuerdos anteriores. Explica que sus tarifas de 2016 provienen de las tarifas anteriores que, a su vez, se basaban en los ingresos de explotación del operador y en un tipo tarifario tomado de los acuerdos de la CISAC de 1987. Según relata, en el caso de la tarifa por uso efectivo, el tipo máximo sigue siendo el 0,19%, lo que supone menos del 10% de la tarifa autoral, que es aceptada en el ámbito audiovisual para aquellos usuarios que utilizan las obras con máxima intensidad y relevancia y que se valora en un 2% del total de los ingresos de explotación de los operadores.
- (91) Por último, la entidad de gestión defiende que sus tarifas cumplen con todas las prescripciones legales y su determinación ha seguido los criterios establecidos en el artículo 164.3 del TRLPI y en la Orden de Metodología.

4.5. Posición de otros interesados en el procedimiento

- (92) TELEFONICA considera que, dada la particular singularidad del tipo e intensidad de usos del repertorio de VEGAP, con escasa relevancia, la tarifa debe prescindir de medición técnica y económica inviable y situarse en algo sencillo, razonable y coherente con acuerdos celebrados en el pasado: un tanto alzado anual sobre la base de precios históricos pagados por los operadores de televisión.
- (93) Para MEDIASET la especialidad tarifaria se debe tratar como una modalidad tarifaria especial adaptada a partir de la tarifa general. Esto es, antes de captar la especialidad tarifaria para los entes de televisión con misión de servicio público, debe establecerse la tarifa propia de los entes de televisión en general. Además, coincide con FORTA en que no se trata de mejorar la condición de los entes públicos de televisión, sino de hacerles de la misma condición que los entes comerciales, sin que exista discriminación ni en cuanto a la base de cálculo ni en cuanto al tipo tarifario.
- (94) Por otra parte, no está de acuerdo con la fórmula tarifaria de VEGAP y rechaza que sirva de base a la SPCPI para fijar la tarifa, ya que alega que ni la base de ingresos está vinculada con la explotación de su repertorio, ni se aplican correctamente los criterios de intensidad, relevancia y grado de uso.
- (95) Para ATRESMEDIA las tarifas están llamadas a afectar a todos los operadores en abierto, públicos o privados. Realiza un análisis crítico de la tarifa de VEGAP de 2016, coincidiendo en muchos aspectos con el análisis de MEDIASET: incremento desproporcionado e injustificado; falta de claridad por no desglosar por modalidades; aplicación incorrecta de la intensidad; aplicación incorrecta de la relevancia de uso; inaplicación del grado de uso; no tener en cuenta debidamente la amplitud del repertorio; inclusión en la base tarifaria de ingresos no vinculados con la explotación; modulador de proporcionalidad erróneo; precio por servicio prestado sin justificación y superior al resto de entidades de gestión.
- (96) Por su parte, AGEDI-ADIE no están de acuerdo con la propuesta de FORTA basada en la audiencia, que en su opinión sólo busca minorar la base de ingresos para pagar menos por la tarifa. Del mismo modo, consideran que la propuesta de FORTA es contraria a la competencia pues las diferencias en las tarifas entre operadores públicos y privados podrían ocasionar una desventaja competitiva.
- (97) Finalmente, la SGAE apoya las solicitudes de VEGAP y argumenta que no se sostienen las de la parte contraria. Considera que las pretensiones de FORTA no se basan en sentencias de competencia y su objetivo es minorar las tarifas, con una construcción tarifaria (no basada en los ingresos) que no es usada por

ninguna entidad de gestión ni en España ni en otros países. También defiende que, independientemente de las audiencias, las televisiones públicas seguirán recibiendo subvenciones, por lo tanto, la tarifa no se puede basar en las audiencias.

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

5. VALORACIÓN

5.1. Cuestiones generales: principios básicos

- (99) La valoración de la CNMC en este procedimiento de determinación de tarifas se va a centrar en reflejar ciertos principios básicos a los que, a juicio de esta CNMC, deben ajustarse las tarifas de VEGAP, como única entidad de gestión colectiva de los derechos de autor de los creadores visuales.
- (100) Tales principios básicos han sido establecidos por la Autoridad de Competencia española en distintos precedentes de aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en el sector de la gestión de derechos de propiedad intelectual¹³.
- (101) Aparte de ello es oportuno remitirse a los Informes emitidos por la CNMC a solicitud de la SPCPI de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.8 del Real Decreto 1023/2015¹⁴.

¹³ A título de ejemplo se citan las resoluciones del TDC de 14 de diciembre de 1998 (Expt. 430/98, Onda Ramblas/AGEDI), 25 de enero de 2002 (Expt. 511/01, Vale Music / SGAE, 13 de julio de 2006 (Expt. 593/05, Televisión AGEDI/AIE); resoluciones de la CNC de 4 de febrero de 2008 (Expt. 714/07, Telecinco/AIE), 9 de diciembre de 2008 (Expt. 636/07, AGEDI-AIE Fonogramas), 23 de julio de 2009 (Expt. 651/08, AIE/Telecinco), 23 de febrero de 2011 (Expt. 2785/07, Artistas, intérpretes o ejecutantes, sociedad de gestión, AIE), 19 de diciembre de 2011 (Expt. S/208/09, FECE / AISGE), 2 de marzo de 2012 (Expt. S/0157/09, EGEDA) y 14 de junio de 2012 (Expt. S/0297/10, AGEDI/AIE Televisión), 3 de julio de 2012 (Expt. S/220/10, SGAE Bailes Bodas); resoluciones de la CNMC de 6 de noviembre de 2014 (Expte. S/0460/13, SGAE-CONCIERTOS); 9 de julio de 2015 (Expediente S/0466/13 SGAE AUTORES); 26 de noviembre de 2015 (Expte. S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO), 30 de mayo de 2019 (S/DC/0590/16) DAMA VS SGAE y de 19 de junio de 2024, expte. S/0641/18 - DAMA-UNISON RIGHTS VS SGAE.

¹⁴ INF/DC/235/17 Procedimiento de determinación de tarifas sustanciado ante la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual E/2017/001 AGEDI/AIE-AERC, de 18 de enero de 2018; INF/DC/151/19 Procedimiento de determinación de tarifas de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual E/2017/002 TELEFONICA/EGEDA, de 28 de noviembre de 2019; INF/CNMC/071/21, Procedimiento de determinación de tarifas de la

- (102) Finalmente, cabe también reseñar los pronunciamientos de la Autoridad de Competencia en sus funciones de promoción de la competencia, en lo que respecta tanto a informes sobre normas en proceso de elaboración¹⁵ como a la realización de estudios y trabajos de investigación en materia de competencia¹⁶.
- (103) Este informe no va a entrar en la determinación concreta de la tarifa objeto de controversia pues es una función que corresponde a la SPCPI.
- (104) El presente informe no tiene por objeto valorar la compatibilidad de las cuestiones suscitadas con los artículos 1, 2 y 3 de la LDC y 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en la medida que no es el cauce procedimental adecuado, sin perjuicio de que la CNMC pueda en un momento posterior, de oficio o tras una denuncia, investigar la compatibilidad con la normativa de competencia de las cuestiones suscitadas.
- (105) Antes de analizar los detalles más relevantes de la controversia desde el punto de vista de la CNMC, resulta oportuno realizar una serie de consideraciones.
- (106) En primer lugar, en lo que respecta a los derechos de remuneración a que se refiere el artículo 90.4 TRLPI en relación con los actos de comunicación pública del artículo 20.2 i), cabe expresar reservas sobre la inclusión de los autores representados por VEGAP entre los comprendidos dentro del ámbito del derecho de remuneración del artículo 90.4 del TRLPI, cuestión que ya se analizó en el INF/DC/403/23 (en su sección 5.1).
- (107) El artículo 90.4 TRLPI señala que el derecho de remuneración a que se refiere este artículo corresponde a los autores. El artículo 90.6 por su parte excluye de este derecho a los autores de obras audiovisuales de carácter publicitario. Por último, el artículo 87 otorga la consideración de autores de la obra audiovisual a los directores, guionistas y autores de composiciones musicales. Los autores cuyos derechos gestiona VEGAP no se encuentran incluidos dentro de los autores de la obra audiovisual y de acuerdo con todo ello, podría concluirse que

Sección Primera de Comisión de Propiedad Intelectual E/2018/001 EGEDA-FEHR ; INF/DC/121/22 sobre determinación de tarifas E/2018/003 CEHAT-EGEDA; y el INF/DC/403/23 sobre determinación de tarifas E/2019/001 TELEFÓNICA-VEGAP.

¹⁵ El Informe IPN/CNMC/0020/15, sobre el proyecto de orden por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, y el IPN/CNMC/013/22, sobre el proyecto de orden por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual por la utilización de su repertorio y el contenido de la memoria económica que debe acompañar a las tarifas generales

¹⁶ Informe CNC sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, de diciembre de 2009

no les corresponde el derecho de remuneración a que se refiere el artículo 90.4 TRLPI.

(108) En segundo lugar, sería deseable valorar si el procedimiento de determinación de tarifas contemplado en el artículo 194.3 del TRLPI pueda ser de aplicación para la revisión de las tarifas generales en cuanto al derecho de remuneración del artículo 90.4 del TRLPI (en el caso de que los autores de VEGAP llegasen a estar comprendidos dentro del ámbito del derecho de remuneración del artículo 90.4 del TRLPI, algo que a priori se descarta).

(109) El artículo 90.4 TRLPI establece que la remuneración prevista en este precepto será

“la remuneración que proceda, de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión”

(110) Por ello cabría deducir que esta remuneración no pueda determinarse mediante otro procedimiento alternativo (acuerdo bilateral o acuerdo sectorial) o como resultado de una fijación de tarifas prevista en el artículo 194.3. De acuerdo con ello, la controversia en relación con la tarifa para este derecho de remuneración del artículo 90.4 del TRLPI debiera tal vez sustanciarse en el marco de los procedimientos de revisión de las tarifas generales (artículo 194.4 TRLPI). No obstante, el artículo 164.8 TRLPI parece prever, en caso de falta de acuerdo sobre las tarifas generales, que los usuarios puedan instar la aplicación del procedimiento de determinación de tarifas del artículo 194.3 (en los supuestos previstos en el artículo 164.6 y 164.7 si se ha satisfecho un pago a cuenta en ciertas condiciones).

(111) En tercer lugar, sería asimismo aconsejable evaluar si en el presente caso resulta de aplicación o a los derechos de gestión voluntaria (en el caso de este procedimiento los correspondientes a los artículos 18 20.2.c, 20.2.e y, en su caso, 20.2.i)

(112) El artículo 194.3 en su párrafo primero prevé que la SPCPI

“ejercerá su función de determinación de las tarifas para la explotación de los derechos de gestión colectiva obligatoria, y para los derechos de gestión colectiva voluntaria que, respecto de la misma categoría de titulares, concurren con un derecho de remuneración sobre la misma obra o prestación”.

(113) Los derechos de los artículos 18, 20.2.c, 20.2.e y 20.2.i TRLPI son de gestión colectiva voluntaria. Debiera evaluarse si estos derechos, en particular en el caso de los tres primeros, concurren con un derecho de remuneración de manera que puedan quedar incluidos dentro del ámbito del artículo 194.3 TRLPI.

- (114) Por último, en coherencia con el criterio de claridad que impone el artículo 164.1 del TRLPI, debería establecerse una tarifa desagregada para cada uno de los diferentes tipos de derechos señalados en el TRLPI; en particular para las diferentes modalidades de los actos de comunicación pública considerados en el artículo 20 del TRLPI. Esta individualización de las tarifas resulta necesaria al objeto de que los usuarios puedan obtener las autorizaciones correspondientes a las concretas modalidades que les resulten necesarias para su actividad, sin que se produzcan situaciones en las que deban obtener y remunerar usos que no requieren.
- (115) La fijación de tarifas mediante el agrupamiento de la gestión de derechos diferentes, incluso integrando los de autorización y de remuneración, podría fomentar que las autorizaciones se gestionasen necesariamente a través de la misma y única entidad de gestión, lo cual podría restringir la libertad de elección y de negociación directa con el titular o con otras entidades de gestión u OGI, lo que a su vez puede elevar artificialmente los precios. La CNMC ya ha tenido la oportunidad de señalar la importancia de que los usuarios de los servicios de entidades de gestión colectiva puedan identificar el coste real de cada uno de los conceptos y derechos incluidos en la tarifa, para posibilitar la comparación y contratación con otros operadores (como otros posibles operadores de gestión colectiva o, directamente, con los titulares de derechos que no hayan encomendado la gestión colectiva de los mismos a VEGAP) y, consiguientemente, evitar el riesgo de restricción de acceso de estos últimos a los mercados afectados, siendo además VEGAP la única entidad de gestión autorizada para gestionar los derechos de autor de los creadores visuales¹⁷.
- (116) Por último, debe resaltarse otro aspecto relevante a considerar en la determinación de las tarifas relacionadas con los derechos exclusivos de reproducción y de comunicación pública del artículo 20 TRLPI, que en el presente procedimiento están relacionadas con las obras de los autores del repertorio de VEGAP incorporadas a las obras audiovisuales. A este respecto procede recordar lo previsto en los artículos 120 a 125 TRLPI, que atribuye al productor de grabaciones audiovisuales el derecho a autorizar la comunicación pública de éstas, y por tanto la concesión de las correspondientes autorizaciones del artículo 20 TRLPI.

¹⁷ Así, véase la Resolución de la CNMC de 30 de mayo de 2019, Expte. S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE.

5.2. Sobre la amplitud del repertorio de VEGAP

- (117) VEGAP considera que el repertorio que gestiona es universal en tanto está en juego un derecho de gestión colectiva obligatoria. A este respecto lo primero que cabe reseñar es que, en lo que respecta a la controversia analizada en este informe, esto solo afectaría a los derechos generados por los actos de comunicación pública del artículo 20.2 i) en relación con el 90.4 del TRLPI, puesto que ya se ha señalado (párrafo (106)) que esta CNMC considera que los autores representados por VEGAP no estarían comprendidos dentro del ámbito del derecho de remuneración del artículo 90.4 del TRLPI que correspondería solo a los autores de obras audiovisuales.
- (118) En cualquier caso, esta CNMC se ha pronunciado en contra de la concepción de universalidad del repertorio en varias ocasiones.
- (119) Así, en su Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, de diciembre de 2009 señalaba que *"las entidades establecen en muchas ocasiones tarifas por disponibilidad independientes del uso efectivo, configuran repertorios en los que confluyen sin distinción derechos de gestión colectiva obligatoria y voluntaria y mantienen una importante falta de transparencia sobre sus repertorios, factores que contribuyen a reforzar su poder de mercado"* e insistía en *"[...] la falta de transparencia con respecto a los repertorios efectivamente gestionados"*.
- (120) Más recientemente, el IPN/CNMC/013/22, al analizar la presunción de amplitud universal de repertorio prevista en el que ha resultado artículo 5 de la Orden CUD/330/2023, de 28 de marzo, subraya que:

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

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

- (121) En sus tarifas generales, VEGAP indica¹⁸ [énfasis añadido]:

"Las tarifas de uso efectivo y por disponibilidad promediada correspondientes a la comunicación pública, recogidas en el presente apartado, también incluyen el

¹⁸ <https://vegap.es/area-de-derecho-exclusivo-de-reproduccion-comunicacion-publica-y-puesta-a-disposicion-del-publico-modalidades-de-explotacion/>

derecho de remuneración, reconocido en el apartado 4 del artículo 90 de la Ley de Propiedad Intelectual. Este derecho remuneratorio se gestiona por VEGAP, a favor no sólo de los autores de su repertorio, sino de la totalidad de los autores de la creación visual, ya que, en conformidad con el referido artículo, este derecho ha de ser obligatoriamente gestionado a través de una entidad de gestión.”

- (122) Frente al argumento de VEGAP de que su repertorio es universal al no existir otra entidad de gestión que compita con la misma, hay que tener presente que el criterio de la amplitud del repertorio para la determinación de las tarifas generales se prevé como requisito mínimo por el TRLPI (art. 164.3 c) y tiene reflejo en la Orden CUD/330/2023 (art. 4.1 c) para su aplicación por entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual que son las únicas entidades que hasta la fecha están autorizadas para gestionar los derechos de sus correspondientes titulares¹⁹. La presunción del artículo 5.4 de la Orden CUD/330/2023 (“para los derechos de gestión colectiva obligatoria, podrá presumirse que se gestiona un repertorio de amplitud universal”) deberá ser aplicada respetando el principio de jerarquía normativa. Se recomienda al efecto que, para la determinación de las tarifas, se tenga en cuenta el repertorio *real* también en los casos, como el presente, de gestión colectiva obligatoria en los que exista una única entidad autorizada. La Autoridad de la Competencia viene señalando cómo la sistemática existencia de bolsas de importes recaudados pero no repartidos, que las entidades de gestión explicitan en sus Memorias e Informes de transparencia, es un indicador adicional de la diferencia entre un pretendido repertorio universal y el repertorio efectivamente gestionado²⁰.
- (123) Entiende esta CNMC, como ha indicado en informes previos respecto a otras entidades de gestión, que la inclusión de nuevos actos como susceptibles de ser objeto de derechos de gestión colectiva obligatoria por VEGAP, mediante una interpretación amplia y no avalada por la jurisdicción civil o administrativa de la definición de obras y grabaciones audiovisuales, estaría fortaleciendo aún más la posición monopolística de las entidades de gestión, no favoreciendo un modelo más abierto a la competencia (con una mayor presión competitiva e incentivos de las entidades a prestar sus servicios de modo eficiente). En este mismo sentido se pronuncia el IPN/CNMC/013/22 a nivel regulatorio, al analizar

¹⁹ La excepción parcial la constituyen las entidades DAMA (Derechos de Autor de Medios Audiovisuales) y SGAE (Sociedad General de Autores y Editores), por un lado, y SEDA (Sociedad Española de Derechos de Autor) y SGAE, por otro, en tanto que existe coincidencia parcial en los derechos que gestionan unas y otras.

²⁰ Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, diciembre de 2009; IPN/CNMC/0020/15 y RCNC de 19 de diciembre de 2011 (Expte. S/0208/09 AISGE CINES).
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 34 de 42
C/ Alcalá, 47 – 28014 Madrid - C/ Bolivia, 56 – 08018 Barcelona
www.cnmc.es

la presunción de amplitud universal de repertorio prevista en el artículo 5 de la Orden CUD/330/2023, de 28 de marzo.

- (124) Y la presunción de universalidad, que no puede predicarse necesariamente en derechos de gestión colectiva obligatoria, está totalmente injustificada en derechos que no sean de gestión colectiva obligatoria, como serían aquellos derechos relativos a artículos 18 y 20 del TRLPI (salvo en relación con el artículo 20.4, que no está afectado por la controversia objeto de este informe).
- (125) Por ello, VEGAP debería informar de manera transparente:
- De los elementos o ítems que conforman su repertorio, pues resulta imprescindible, a efectos tarifarios, la delimitación de cuál sea el repertorio efectivamente gestionado por VEGAP (en coherencia con el criterio legal de la amplitud).
 - Del tratamiento que la norma otorga a las autorizaciones por la reproducción y comunicación pública, de gestión colectiva voluntaria, que corresponden a los autores visuales, y que exigen el correspondiente contrato de gestión entre el titular de los derechos y la entidad.

5.3. Sobre la determinación de la tarifa

- (126) Tal como esta Comisión ha defendido en ocasiones anteriores (siendo refrendada por el Tribunal Supremo²¹), la equidad y la formación eficiente de las tarifas pasa por su ajuste al uso efectivo del repertorio²². En este caso, VEGAP ha establecido tres tarifas que según su propia denominación serían: una tarifa general que califica de uso efectivo (aunque esta tarifa de uso efectivo podría no cumplir los criterios que el art. 14 de la Orden CUD/330/2023 delimita para ser considerada como tal), una tarifa de uso por disponibilidad promediada²³ y una

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2017, que desestima el recurso de casación frente a la sentencia que desestimatoria la apelación contra la RCNC de marzo de 2012 en el expte. S/0157/09 EGEDA.

²² La fijación de tarifas sin relación con el “grado de uso” ha sido considerada un abuso de posición dominante, tanto por la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 11 de diciembre de 2008 Kanal 5/ STIM, asunto C-52/07) como por la Autoridad española de Competencia (Resoluciones de 23 de julio de 2009, expte. 651/08 Artistas Intérpretes o Ejecutantes; de 23 de febrero de 2011, expte. S/2785/07, AIE, de 2 de marzo de 2012 (expte S/0157/09 EGEDA), de 14 de junio de 2012, expte. S/0297/10, AGEDI/AIE y de 19 de junio de 2024, expte. S/0641/18 - DAMA-UNISON RIGHTS VS SGAE).

²³ En la página web de VEGAP se incluye una descripción de una tarifa de uso por disponibilidad promediada, aunque no especifica exactamente cuál es.

tarifa de uso puntual. Estas tarifas son en esencia las mismas que analizó la CNMC en el INF/DC/403/23 VEGAP-TELEFÓNICA.

(127) Salvo excepciones y solo en supuestos muy tasados, las tarifas deben depender del uso efectivo del repertorio²⁴, siendo de hecho este “grado de uso efectivo” el primer criterio de determinación de las tarifas generales establecido en la letra a) del artículo 164.3 del TRLPI.

(128) En este sentido, la definición de “grado de uso efectivo” se recoge en la Orden CUD/330/2023 como:

“La proporción en que el usuario utiliza en su actividad el repertorio de la entidad de gestión correspondiente”.

(129) En el caso que nos ocupa, la primera cuestión que cabe destacar es que ni la tarifa que VEGAP califica de uso efectivo ni su tarifa de disponibilidad promediada incluyen todos los factores que establecen los artículos 14 y 15 de la Orden CUD/330/2023, en particular en lo referido al grado de uso efectivo. La propuesta de FORTA también presenta el mismo problema al partir de i) ingresos y audiencia (párrafo (82)), alegando una “imposible” medición del uso (párrafo (79)) ii) tipos tarifarios que dependen de los tipos implícitos resultantes el cociente entre los precios a tanto alzado aplicados por VEGAP a los operadores televisivos y la base de ingresos de cada operador (párrafo (83)).

(130) En consecuencia, se recomienda encontrar una fórmula adecuada para ajustar la tarifa al uso efectivo del repertorio, midiendo efectivamente el peso del repertorio en la actividad del usuario (por ejemplo, utilizando un sistema de muestreo aleatorio suficientemente representativo si una medición más sistemática y universal supusiera incurrir en costes desproporcionados).

(131) La propuesta de VEGAP introduce una modulación en función de la intensidad y relevancia de uso (párrafos (57) a (66)). En lo que respecta a la propuesta de FORTA, es posible (como señala VEGAP, párrafo (89)), que no permita corregir por estas cuestiones.

(132) El sistema de VEGAP contempla el volumen de usos para determinar la intensidad del uso, pero el hecho de que dicho modulador propuesto por VEGAP varíe según tamaño del operador (en términos de ingresos, párrafo (58)) introduce una variable que en nada tiene que ver con la intensidad de uso, dado

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

²⁴ Informes IPN/CNMC/0020/15 e IPN/CNMC/013/22.
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
C/ Alcalá, 47 – 28014 Madrid - C/ Bolivia, 56 – 08018 Barcelona
www.cnmc.es

que la definición de “intensidad de uso” se recoge en la Orden CUD/330/2023 como:

“Mayor o menor uso cuantitativo de las obras o prestaciones que formen parte del repertorio de la entidad de gestión correspondiente en la actividad del usuario”.

- (133) Por otro lado, la propuesta de la FORTA de medición de la intensidad en función del tiempo de emisión del repertorio puede ser más adecuada que la propuesta de VEGAP del número de apariciones (párrafo (73)).
- (134) Respecto a la valoración de la relevancia del uso, VEGAP establece tres categorías que no necesariamente reflejan, con el grado de precisión que sería deseable, la relevancia de la utilización de la obra en el programa en cuestión. De hecho, el sistema podría considerarse en cierta forma contradictorio, pues asigna un factor de relevancia mayor a programas de entretenimiento, donde las obras cuyos derechos son gestionados por VEGAP tienen una probabilidad mayor de tener una relevancia residual o de ser fácilmente sustituibles, mientras que el factor de relevancia para documentales es menor, cuando en este tipo de programas es posible que las obras cuyos derechos son gestionados por VEGAP tengan una trascendencia mayor. También es oportuno tener en cuenta que VEGAP no plantea ninguna corrección la utilización de obras con ocasión de informaciones de actualidad o por estar situadas en vías públicas (párrafo (74)), como señala la FORTA remitiéndose al artículo 35 TRLPI²⁵.
- (135) Finalmente, la propuesta de VEGAP incluye otras cuestiones que no resultan amparadas por la Orden CUD/330/2023, como la salvaguarda para que ni la tarifa denominada de uso efectivo ni la de disponibilidad promediada resulten un 20% inferiores a la tarifa de uso puntual (párrafos (63) y (64)).
- (136) Por todo lo anterior, se plantean dudas si la tarifa de 2016 de VEGAP, idéntica a la propuesta en esta controversia, fuese conforme a la Orden CUD/330/2023, por lo que VEGAP debería haberla adaptado, en cumplimiento de la disposición adicional segunda de dicha Orden. Se desconoce si VEGAP ha realizado en este sentido las comunicaciones al Ministerio de Cultura previstas en dicha disposición. Tampoco consta la existencia de la memoria económica justificativa a que se refiere el artículo 17 de la Orden.
- (137) Por otra parte, VEGAP cifra la tarifa por reproducción en un 0,05% sobre los ingresos brutos de explotación. Dado el carácter estrictamente instrumental, accesorio y técnico de esa reproducción en el caso de los asociados de FORTA

²⁵ No parece en cambio, a diferencia de lo señalado por la FORTA, que para los operadores audiovisuales sea de relevancia la aplicación del artículo 32 TRLPI.

como usuarios (operadores de TV), resulta dudoso que la tarifa propuesta por VEGAP resulte respetuosa con la previsión del TRLPI (art. 164.3) de que el importe de la tarifa se establezca en condiciones razonables, atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario.

- (138) Finalmente, de acuerdo con lo señalado supra (párrafo (105)), el hecho de que exista una única tarifa para los actos de comunicación pública a los que se aplica un porcentaje uniforme (del 0,12%) resulta inadecuado. Con ello se impone a los usuarios la obligación de obtener una autorización para todas las modalidades de comunicación pública en lugar de poder obtener autorización para las concretas modalidades que demanden, de manera que la tarifa no implique la obligación de remunerar modalidades que no les resultan necesarias.

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

- (139) Una cuestión tradicionalmente controvertida es el empleo de los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio como criterio para determinar la tarifa. El artículo 164.3 d) del TRLPI, introduce este criterio como aproximación al valor económico que, según el artículo 6 de la citada Orden CUD/330/2023, se identifica con el valor que, dentro del conjunto total de ingresos de explotación del propio usuario en sus diferentes actividades, se encuentren vinculados con la explotación comercial del repertorio.
- (140) La CNMC ha indicado igualmente que debe garantizarse que ese criterio de los ingresos económicos no se toma en exclusiva y se aplica siempre en conjunción con los otros recogidos en la Ley. Así, el IPN/CNMC/013/22 señala que²⁶

“[d]ebe advertirse de la importancia de que el criterio de los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio no se utilizase de forma exclusiva, sino que se haga conjuntamente con otros criterios, en especial, los referidos al uso del mismo”.

- (141) La CNMC ha venido señalando la necesidad de que la base de cálculo para las tarifas

²⁶ Por su parte, el IPN/CNMC/0020/15 señaló en su momento: “[d]e utilizarse exclusivamente el criterio de los ingresos económicos, dos empresas pagarían tarifas distintas pese a llevar a cabo exactamente el mismo uso de un derecho como input (en términos de tiempo, del número reproducciones y de la audiencia) si una de ellas saca mayor rentabilidad en términos de output (ingresos) debido a su mejor gestión”.

"[...] sólo venga formada por aquellos ingresos del usuario directamente vinculados a la actividad que genera el devengo del derecho de remuneración."

- (142) Como se ha señalado, estos ingresos deben estar vinculados al uso efectivo y especialmente a la relevancia del mismo, que en el caso que nos ocupa es secundario o incluso podría calificarse de prácticamente nulo para ciertos programas de televisión. De ahí la dificultad del cálculo de los ingresos vinculados al uso y el riesgo que puede suponer la utilización de parámetros o variables no adecuadas o sustentadas en criterios no contrastados para su determinación, con perjuicio de los usuarios del repertorio en cuestión, más allá de que no se haya tenido en cuenta ninguna corrección la utilización de obras con ocasión de informaciones de actualidad o por estar situadas en vías públicas (párrafo (74)), como señala la FORTA remitiéndose al artículo 35 TRLPI²⁷.

5.5. Sobre la diferenciación entre entidades públicas y privadas

- (143) La resolución que adopte la SPCPI, además de notificarse a todas las partes y a los terceros interesados que se hayan personado en el procedimiento, será aplicable con alcance general para todos los titulares y obligados y a las propias entidades de gestión, respecto de la misma modalidad de explotación de obras y prestaciones **e idéntico sector de usuarios** (arts. 194.3 III del TRLPI y 24.2 del Real Decreto 1023/2015).
- (144) Entre las pretensiones de FORTA se encuentra la existencia de una especialidad tarifaria para los organismos de radio y televisión que tienen encomendada una misión de servicio público. En este sentido cabe recordar que el servicio público de comunicación audiovisual se define (por el artículo de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual) como un servicio esencial de interés económico general (no como un servicio de interés general).
- (145) Esta CNMC considera que no existe justificación objetiva en este caso para el establecimiento de precios o condiciones comerciales diferentes basadas en la distinta naturaleza, pública o privada, de los usuarios.
- (146) En primer lugar, cabe recordar que la Resolución de la CNMC en el Expediente S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO, de 26 de noviembre de 2015, sancionó por abuso de posición de dominio a AGEDI y AIE (entre otras cuestiones), por aplicar sin justificación objetiva tarifas discriminatorias entre entidades públicas y privadas.

²⁷ No parece en cambio, a diferencia de lo señalado por la FORTA, que para los operadores audiovisuales sea de relevancia la aplicación del artículo 32 TRLPI.

- (147) En el mismo sentido, la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2008, Kanal 5 Ltd, (asunto C-52/07) establece que:

“El artículo 82 CE debe interpretarse en el sentido de que, al calcular las tarifas percibidas en concepto de retribución debida por la difusión por televisión de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual de modo diferente según se trate de sociedades de televisión privadas o de sociedades de servicio público, una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual puede explotar de forma abusiva su posición dominante a efectos de dicho artículo cuando aplica a estas sociedades condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y les ocasiona por este motivo una desventaja competitiva, salvo que tal práctica pueda estar objetivamente justificada”

- (148) La CNMC también aludió a esta cuestión en el [INF/DC/235/17](#), en cuyo párrafo 89 se determinaba que la especialidad tarifaria a la que alude la disposición adicional segunda de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre (y que invoca FORTA en este procedimiento):

“se debe limitar los criterios de determinación de los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio y que la misma se debe aplicar de forma restrictiva, a fin de evitar generar problemas de inequidad o discriminación injustificada entre usuarios”

- (149) Finalmente, puede ser de inspiración la aplicación de principios de neutralidad competitiva. Esto implica evitar que existan injustificadamente empresas beneficiadas o protegidas a costa de perjudicar a otras empresas y, también, a los consumidores. Cuando no se preserva la neutralidad competitiva, las empresas exitosas no son necesariamente las que ofrecen mejores productos y servicios a los consumidores. Salvo que existan razones de necesidad y proporcionalidad que justifiquen una excepción al principio general, debe preservarse la neutralidad competitiva²⁸.

- (150) Por todo ello, no se deben establecer condiciones en las tarifas que discriminen sin causa objetivamente justificada entre entidades públicas y privadas.

5.6. Sobre el resto de criterios de determinación de tarifas

- (151) En relación con el valor económico del servicio prestado por VEGAP para hacer efectiva la aplicación de las tarifas, previsto en el artículo 164.3.e) del TRLPI y que se regula en el artículo 7 de la Orden CUD/330/2023, esta CNMC insiste en resaltar la importancia que tiene la aplicación efectiva de los principios generales

²⁸ Véase por ejemplo, la [Recomendación realizada en 2021 por la OCDE](#)
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
C/ Alcalá, 47 – 28014 Madrid - C/ Bolivia, 56 – 08018 Barcelona
www.cnmc.es

de eficiencia y buena gestión, a fin de evitar que se incrementen artificialmente los costes de prestación del servicio. En este sentido, cabe realizar las siguientes precisiones:

- Este importe no puede fijarse (como propone VEGAP, véase párrafo (66)) como un porcentaje de la tarifa, pues los costes de gestión que deben conformar el valor económico del servicio no son una proporción de la tarifa que es fijada según criterios diferentes (los del 164.3 TRLPI), ni puede meramente incluir los costes de licencia sin incluir una posible medición del uso (como propone FORTA párrafo (85))
- sí podría haber en este sentido diferencias entre los costes de servicio de la tarifa de disponibilidad promediada y los costes de servicio de la tarifa de uso efectivo (siendo inferiores los primeros si los segundos repercuten el mayor coste que supone la medición del uso o su verificación, aunque sea en un muestreo)
- La fijación de este importe debe partir de la base de que las cantidades imputadas a todos los usuarios de los derechos gestionados no pueden superar los costes totales de VEGAP para la gestión de las tarifas.

(152) Conviene señalar la dificultad de apreciar la aplicación de los principios de eficiencia y buena gestión que establece la Orden CUD/330/2023, ya que, dado el estatus de las entidades de gestión y su mercado cautivo, podrían no existir incentivos para mejorar la eficiencia de los procedimientos. En este sentido, se consideran esenciales la innovación en la gestión y la incorporación de medios digitales, telemáticos, etc. que permitan reducir los costes de gestión, además de llegar a la debida adecuación de la tarifa al uso efectivo.

6. CONCLUSIONES

(153) A continuación se formulan las principales conclusiones.

1. La CNMC considera que los derechos que gestiona VEGAP no se corresponden con los derechos de los autores de la obra audiovisual, no siendo por tanto de aplicación el derecho de remuneración a que se refiere el artículo 90.4 TRLPI.
2. Debería evaluarse qué elementos de esta controversia pueden ser objeto del procedimiento de determinación de tarifas del artículo 194.3 TRLPI.
3. En coherencia con el criterio de claridad que impone el artículo 164.1 del TRLPI, debería establecerse una tarifa desagregada para cada uno de los

diferentes tipos de derechos señalados en el TRLPI; en particular para las diferentes modalidades de los actos de comunicación pública considerados en el artículo 20 del TRLPI.

4. Es necesario delimitar de manera adecuada y transparente el repertorio efectivamente gestionado, en coherencia con el criterio legal de la amplitud, sin presumirlo como universal. En consecuencia, convendría aclarar los elementos o ítems que conforman el repertorio de VEGAP.
5. La formulación eficiente de las tarifas debe estar directamente vinculada con el uso efectivo del repertorio por el usuario, modulando adecuadamente también los criterios de intensidad y relevancia de uso.
6. El empleo de los ingresos económicos obtenidos por el usuario (como criterio para determinar la tarifa) debe estar vinculado a la explotación comercial del repertorio.
7. Se debe evitar establecer condiciones en las tarifas que discriminen sin causa objetivamente justificada entre entidades públicas y privadas.
8. Debe procurarse la aplicación efectiva de los principios generales de eficiencia y buena gestión, a fin de evitar que se incrementen artificialmente los costes de prestación del servicio. En este sentido, el precio por el servicio prestado debe reflejar los costes de la entidad de gestión, incentivando una gestión eficiente, y no formularse como un porcentaje de la tarifa.