

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

C/ General Castaños, 1 , Planta Baja - 28004

33009180

NIG: 28.079.00.3-2023/0029454

Procedimiento Ordinario 513/2023

Demandante: CONFEDERACION ESPAÑOLA DE HOTELES Y ALOJAMIENTOS
TURISTICOS

PROCURADOR D./Dña. VICTORIO VENTURINI MEDINA

Demandado: MINISTERIO DE CULTURA Y DEPORTE

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, (AIE)

PROCURADOR D./Dña. SILVIA URDIALES GONZALEZ

EGEDA Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales

PROCURADOR D./Dña. MARTA CENDRA GUINEA

DILIGENCIA DE ORDENACIÓN

LETRADO/A D./Dña. BEATRIZ OCA DE ZAYAS

En Madrid, a dos de septiembre de dos mil veinticinco.

El anterior escrito de contestación presentado por PROCURADOR D./Dña. MARTA CENDRA GUINEA, en nombre y representación de EGEDA, únase con traslado al resto de partes personadas.

Transcurrido el plazo para evacuar el trámite de contestación a la demanda concedido a **PROCURADOR D./Dña. SILVIA URDIALES GONZALEZ**, de conformidad con lo establecido en el art. 128 LRJCA, se tiene por **precluido el trámite para contestar a la demanda**, siguiendo los autos el curso establecido en la Ley.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de reposición, en el plazo de cinco días, a contar desde el siguiente al de su notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2420-0000-93-0513-23, especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 21 Contencioso-Reposición de resoluciones Letrado/a de la Admón. de Justicia (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2420-0000-93-0513-23 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

EL/LA LETRADO/A DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



Este documento es una copia auténtica del documento D.O. Decaído trámite de contestar CODDO firmado electrónicamente por BEATRIZ OCA DE ZAYAS

COMISION DE PROPIEDAD INTELECTUAL
SECCION PRIMERA.

Secretaría.

Plaza del Rey, edificio siete columnas 1ª planta
28004 Madrid

Nº Expediente E/2017/002

MINISTERIO DE CULTURA Y DEPORTE SECRETARÍA DE ESTADO DE CULTURA COMISION DE PROPIEDAD INTELECTUAL SECCION PRIMERA SECRETARIA	REPORTE 31 JUL 2018
REGISTRO DE ENTRADA Nº 57/2018 REGISTRO DE SALIDA Nº	



Madrid, 25 de julio de 2018

En relación con el requerimiento de información y documentación recibido en esta Corporación de RTVE en el marco del Expediente E/2017/002, cabe informar cuanto sigue.

Se solicita información sobre la intensidad real del uso de obras y grabaciones audiovisuales protegidas por derechos de propiedad intelectual en los canales La 1, La 2, Canal 24h, Clan y Teleduarte.

En este sentido, de acuerdo con la legislación vigente, cabe considerar como obras audiovisuales a las que define el Artículo 86 del Texto Refundido de la vigente Ley de Propiedad Intelectual. Se debe entender por tales a *"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"*.

De forma análoga, cabe entender por grabaciones audiovisuales a las que se definen en el artículo 120.1 del citado TRLPI. Así, serían 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"*.

A partir de tales premisas, cabe entender que desde el momento en que la segunda categoría parece legalmente definida de forma complementaria y excluyente a la primera, todos los audiovisuales incluidos en las cadenas de CRTVE consultadas tendrían la consideración de obras o grabaciones audiovisuales, y estaría protegidas por derechos de propiedad intelectual.

Reciba un saludo.

Fdo. Ernesto Real Millán
Director Gestión Derechos y Regulación CRTVE

rtve

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE SECRETARÍA DE ESTADO DE CULTURA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL SECCIÓN PRIMERA SECRETARÍA
11 SEP 2018
REGISTRO DE ENTRADA N° <u>68</u>
REGISTRO DE SALIDA N°

Dirección Asesoría Jurídica



**COMISION DE PROPIEDAD INTELECTUAL
SECCION PRIMERA.**

Secretaría.

**Plaza del Rey, edificio siete chimeneas - 1ª planta
28004 Madrid**

Nº Expediente E/2017/002

Madrid, 6 de septiembre de 2018

Se solicita a CRTVE una aclaración sobre la información remitida en fecha 25/7/2018, requiriendo el detalle de las obras y grabaciones audiovisuales emitidas en las cadenas televisivas del grupo.

Se adjunta cuadro con los datos solicitados.

En relación con la información remitida cabe formular la siguiente consideración:

- Siguiendo las definiciones del Texto Refundido de la vigente Ley de Propiedad Intelectual, dentro de la categoría de "grabaciones audiovisuales" se han incluido a los programas informativos, retransmisiones deportivas, programas magazines, reportajes, autopromociones y el resto de programas y complementos que se emiten en esas cadenas y no resultarían obras audiovisuales o publicidad permitida a CRTVE.

Reciba un saludo.

rtve
DIRECCIÓN DE
ASESORÍA JURÍDICA

Fdo. Ernesto Real Millán
Director Gestión Derechos y Regulación CRTVE

rtve	ASESORÍA JURÍDICA
Exp. N°	434/18
Entrada	
Salida	6.09.2018

Ministerio de Cultura y Deporte
REGISTRO AUXILIAR PLAZA DEL REY
ENTRADA
Nº Reg: 000000207-1800122659
Fecha: 11/09/2018 12:02:00



Mensaje LexNET - Escrito

Fecha Generación: 31/07/2024 14:10

Mensaje

IdLexNet	202410694090440	
Asunto	Procedimiento Ordinario	
Remitente	CENDRA GUINEA, MARTA [1723]	
Destinatarios	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
	Órgano	T.S.J. MADRID CONTENCIOSO/ADMTVO. SECCIÓN N. 6 de Madrid, Madrid [2807933006]
	Tipo de órgano	T.S.J. SALA DE LO CONTENCIOSO(CONTENCIOSO)
	Oficina de registro	OF. REGISTRO Y REPARTO TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CONTENCIOSO/ADMTVO [2807900002]
	Traslados de copias	URDIALES GONZALEZ, SILVIA [1742] (Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid) VENTURINI MEDINA, VICTORIO [463] (Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid)
Fecha-hora envío	31/07/2024 14:07:05	
Documentos	CONTESTACION DEMANDA.pdf(Principal)	Catalogación: ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Hash del Documento: c81729b9e295e8a9abb658f923a11f7c6bb446275cf375c45dc6ac9de14a2292
	001 OFICIO RTVE.pdf(Anexo)	Catalogación: DOCUMENTACIÓN INDETERMINADA Hash del Documento: 95994f00533cf296378226ae8c28dc419bd4b56758b46f4f58b10c237490e284
	002 DOCUMENTACION RTVE.pdf(Anexo)	Catalogación: DOCUMENTACIÓN INDETERMINADA Hash del Documento: 6e4aae3bd249417a37eca06bfd2a43f41b9ac7b2ff9dbf447db7455aa09578d6
	003 ESCRITO ATRESMEDIA.pdf(Anexo)	Catalogación: DOCUMENTACIÓN INDETERMINADA Hash del Documento: 6402269b078b790f805ddb92dac7708bedd010839c5440754a11051b221bbf24
	004 ANALISIS ECONOMICO.pdf(Anexo)	Catalogación: DOCUMENTACIÓN INDETERMINADA Hash del Documento: f9a2f2cc2b0e8dd04a347da460d4173b20e7be7c758eced54d3941cbd581c72c
	SENTENCIA A EFECTO INFORMATIVO.pdf(Anexo)	Catalogación: DOCUMENTACIÓN PROBATORIA COPIA DE RESOLUCIÓN JUDICIAL Hash del Documento: a1803ca4d8ca6ff3b905df2b733f5553fcc4a59057b8ab6e24cb4ca360c95496
	SENTENCIA I A EFECTOS INFORMATIVOS.pdf(Anexo)	Catalogación: DOCUMENTACIÓN PROBATORIA COPIA DE RESOLUCIÓN JUDICIAL Hash del Documento: 90354d350a7105e19d75eabd5afb7c795cdead2f09d8c0ac95de34b0bac2ae4a

Datos del mensaje	Procedimiento destino	Procedimiento Ordinario Nº 0000513/2023
	NIG	2807900320230029454
	Organismo	
Estado	Pendiente de ser tramitado en el SGP del órgano destino.	

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
31/07/2024 14:10:02	OF. REGISTRO Y REPARTO TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CONTENCIOSO/ADMTVO (Madrid)	LO INCORPORA EN EL SGP	

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.

Procedimiento Ordinario 513/2023

A LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID (SECCIÓN SEXTA)

Doña Marta Cendra Guinea, Procuradora de los Tribunales y de la Entidad de Gestión de los Derechos de los Productores Audiovisuales (**EGEDA**), según tengo debidamente acreditado en el procedimiento, ante la Sala comparezco y como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

Que, mediante Diligencia de ordenación de 1 de julio de 2024, notificada el mismo día, se me ha conferido plazo de veinte días para presentar escrito de **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**.

Que, al amparo del artículo 128.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), formulo la siguiente **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**, con arreglo a los Hechos y Fundamentos de Derecho que seguidamente se exponen.

HECHOS

La demanda se dirige contra la Resolución de 14 de marzo de 2023 (la Resolución) de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (SPCPI) publicada en el Boletín Oficial del Estado de 5 de abril de 2023, por la que se resuelve el procedimiento E/2018/003 de determinación de tarifas de mi mandante, EGEDA, para la licencia y remuneración de la retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales gestionadas por mi representada, en establecimientos de hospedaje.

EGEDA solamente acepta los hechos descritos en la demanda en cuanto resulten del expediente administrativo de determinación de tarifas, oponiéndose a lo que lo contradiga, no coincida o desconozca, en todo o en parte.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

C/ General Castaños, 1 , Planta Baja - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2022/0049964

Procedimiento Ordinario 620/2022

Demandante: SOCIACION DE GESTION DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI)
PROCURADOR D./Dña. ADELA CANO LANTERO

Demandado: MINISTERIO DE CULTURA Y DEPORTE
Sr. ABOGADO DEL ESTADO

EGEDA

PROCURADOR D./Dña. MARTA CENDRA GUINEA

TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.

PROCURADOR D./Dña. GLORIA TERESA ROBLEDO MACHUCA

SENTENCIA N° 52/2024

Presidente:

Dña. M^a TERESA DELGADO VELASCO

Magistrados:

Dña. CRISTINA CADENAS CORTINA

D.RAMÓN FERNÁNDEZ FLOREZ

D.JOSE RAMON GIMENEZ CABEZON

D. LUIS FERNÁNDEZ ANTELO

En la Villa de Madrid a treinta y uno de enero de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 620/2022, en los que figura como parte recurrente AGEDI ENTIDAD DE GESTION DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, representada por la procuradora Adela Cano Lantero y defendida por el letrado Antonio López Sánchez; como recurrida, la ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado; como codemandada, TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU representada por la procuradora Gloria Robledo Machuca y defendida por el letrado Carles Vendrell Cervantes; e, igualmente, como codemandada, la ENTIDAD DE GESTION DE LOS DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA), representa por la procuradora Marta Cendrá Guinea y defendida por la letrada María Montserrat Benzal Medina.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley Jurisdiccional, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictase Sentencia acogiendo sus pretensiones y condenando a la Administración autora de la resolución recurrida, en los términos y extremos que obran en el suplico de la misma.

Significar que el presente procedimiento se inició ante la Sección 6ª, de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con el número de procedimiento ordinario 1036/2020; en el que recayó auto de 28 de enero de 2022, por el que aquella declaró su incompetencia objetiva, por serlo la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ Madrid, a la que se remitieron las actuaciones, con emplazamiento de las partes; habiendo sido turnadas a esta Sección 6ª.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado y las dos codemandadas contestaron la demanda mediante escritos en el que suplicaba se dictase sentencia desestimatoria del recurso.

TERCERO.- Habiéndose recibido el pleito a prueba, practicada ésta según obra en autos y declarado concluso el debate escrito, se señaló, para el pasado día veinticuatro del mes corriente, su deliberación, votación y fallo; habiéndose celebrado la citada actuación en el día señalado; tras lo que quedaron los autos conclusos para sentencia.

CUARTO.- En la sustanciación del recurso se han observado todas las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Ramón Fernández Flórez, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo se ha impugnado la resolución de 24 de noviembre de 2020, por la que se desestima el recurso de reposición formulado contra la RESOLUCIÓN E/2017/002 DE LA SECCIÓN PRIMERA DE LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL POR LA QUE SE RESUELVE LA DETERMINACIÓN DE TARIFAS GENERALES, EN REVISIÓN DE LAS ESTABLECIDAS POR LA ENTIDAD DE GESTIÓN EGEDA, PARA EL COBRO DE LOS DERECHOS CORRESPONDIENTES A LOS ACTOS DE RETRANSMISIÓN DE GRABACIONES AUDIOVISUALES POR LAS OPERADORAS DE TV DE PAGO; recaída en el procedimiento de determinación de tarifas (E 2017/002), entre Telefónica SAU y Egeda.



En el suplico de la demanda se ejercita una pretensión revocatoria de la resolución impugnada, por su nulidad o anulabilidad.

SEGUNDO. - La resolución de 23 de julio de 2020, cuya confirmación en reposición, por resolución de 24 de noviembre de 2020, constituye el objeto del presente procedimiento contiene, entre otros, los siguientes pronunciamientos:

“... El 27 de septiembre de 2017 la SPCPI admitió a trámite la solicitud de inicio del procedimiento de determinación de tarifas presentada por TELEFÓNICA, rechazando las causas de inadmisión planteadas por EGEDA...”

Objeto del procedimiento.

El presente procedimiento de determinación de las tarifas de la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (en adelante EGEDA) para operadores de televisión de pago (E/2017/002) ha sido instado a solicitud del usuario de derechos de propiedad intelectual, TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. (en adelante TELEFÓNICA), solicitando de esta SPCPI una determinación de tarifas generales en revisión de las establecidas por la entidad de gestión EGEDA, en el mes de junio de 2016, para el cobro de los derechos de remuneración correspondientes a los actos de comunicación pública en la modalidad de retransmisión de grabaciones audiovisuales(ff.11 a 194)....

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

66. EGEDA es la entidad de gestión colectiva que gestiona los derechos de los productores de obras y grabaciones audiovisuales. EGEDA actúa como monopolio de hecho en el sector, al ser la única entidad encargada de la gestión colectiva de este derecho conexo en España.

67. Según dispone el artículo 120.1 TRLPI, se entiende por grabaciones audiovisuales las fijaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del artículo 86TRLPI.

68. El artículo 120.2 TRLPI define al productor de una grabación audiovisual como la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de realizar grabaciones audiovisuales.

69. El derecho conexo de los productores de grabaciones audiovisuales protege, por tanto, no una creación intelectual audiovisual sino una producción o prestación industrial. No se está premiando la actividad creativa sino el esfuerzo inversor realizado para obtener una producción industrial. Y es así independientemente de si el objeto de la grabación o fijación es una obra audiovisual original o no. En el caso de que el objeto de la grabación sea una obra audiovisual, por el contrato de producción de la obra audiovisual se presumen cedidos en exclusiva al productor los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtítulo de la obra, ex artículo 88.1TRLPI. Lo mismo sucede con los derechos de los intérpretes y ejecutantes, ex artículo 108.2 TRLPI, produciéndose así una acumulación y centralización de derechos de explotación (de autor y conexos) en la persona del productor...

70. En consecuencia, el repertorio de EGEDA está formado por todo tipo de grabaciones audiovisuales, sean éstas o no obras audiovisuales.

71. Una grabación audiovisual requiere la “fijación” de un plano o secuencia o serie de imágenes, con o sin sonido, a un soporte, independientemente de la naturaleza del mismo. El artículo 86.1 TRLPI, al definir las obras audiovisuales como creaciones expresadas mediante imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, exige la necesidad de que dichas obras se plasmen en un “soporte material”, independientemente de la naturaleza de éste. No



obstante, los sucesivos avances que la tecnología digital ha traído consigo determinan que el soporte de la fijación audiovisual pueda ser material (tangible) o inmaterial (intangible), siempre que sea apto para facilitar la comunicación pública de la imagen y del sonido.

72. La grabación constituye así la “primera fijación” de un plano o secuencia de imágenes en un soporte material o inmaterial, analógico o digital, que requiere un aparato de proyección o cualquier otro medio técnico de exteriorización de la imagen o sonido para ser perceptible por el público. No lo dice el artículo 120.1 TRLPI, pero es inherente al concepto mismo de grabación audiovisual y en todo caso se deduce a partir del artículo 121 TRLPI, que distingue entre la primera fijación de la grabación audiovisual y las copias o reproducciones que pueden efectuarse a partir de la misma. Así, la grabación constituye la “copia cero” a partir de la cual se podrán realizar actos de emisión o transmisión y posteriores actos de reproducción.

73. Como apunta la doctrina científica, la grabación audiovisual será única, aun cuando esté compuesta por varios planos o secuencias, siempre que éstos respondan a un proyecto, una intención y una inversión comunes, siendo irrelevante que dichos planos o secuencias se sucedan de acuerdo con un orden predeterminado o no; lo relevante es que las imágenes tengan un carácter secuencial, agrupando planos o secuencias ordenadas, aun cuando el orden de sucesión de los mismos pueda variar (cfr. GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso, “Comentario al artículo 120”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Rodrigo, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pg. 1723).

74. Llegados a este punto, a efectos del presente procedimiento es importante determinar si los eventos en directo (acontecimientos deportivos, informativos, ruedas de prensa, magazines, programas de entretenimiento, etc.) que son objeto de emisión o transmisión por canales de televisión pueden ser calificados como grabaciones audiovisuales y, en consecuencia, quedar incluidos dentro del ámbito del derecho conexo de los productores audiovisuales.

75. Con el propósito de medir la intensidad de uso del repertorio de EGEDA por parte de las televisiones de pago, en particular Movistar +, TELEFÓNICA excluye los eventos en directo del concepto de grabación audiovisual, al considerar que no se trata de “fijaciones” en el sentido de “eventos grabados”. De tal manera, siempre según su interpretación, el grado e intensidad de uso del repertorio de EGEDA sería medio en los canales generalistas y nulo o casi inexistente en aquellos canales de televisión retransmitidos que tengan un elevado porcentaje de contenidos deportivos o informativos (f.116)...

77. EGEDA afirma que los eventos en directo emitidos o transmitidos por organismos de radiodifusión son fijaciones de un plano o secuencia o serie de imágenes en el sentido del artículo 120.1 TRLPI. Para justificar su posición aporta al procedimiento un informe técnico intitulado “Análisis del proceso de retransmisión de un evento en directo y su relación con el concepto de grabación audiovisual”, elaborado por los Doctores Ingenieros de Telecomunicaciones Srs. Sergio Ramos y Claudio Feijóo (ff.3903 a 3917) ...

82. En el informe técnico aportado por EGEDA se describe el proceso de difusión televisiva de eventos en directo, afirmando, en síntesis, que el citado proceso parte de la captación y procesado por las cámaras de vídeo de las sucesivas secuencias de imágenes del evento o acontecimiento, las cuales se envían (envío que se califica técnicamente como “retransmisión”, pero no en el sentido jurídico del art. 20.2 f. TRLPI) al centro de control de producción, donde se realiza una selección de las imágenes y sonidos captados por las cámaras mediante un mezclador de vídeo y se lleva a cabo una sincronización que luego se envía al sistema de control central, en el que se pueden añadir otras fuentes de información externas pregrabadas (como mensajes publicitarios y logotipos del organismo de



radiodifusión) para finalmente emitir o transmitir la versión final a los usuarios finales (televidentes).

83. Según se expone en dicho informe, a lo largo del proceso se llevan a cabo varios actos de almacenamiento o grabación de imágenes y sonidos, sean temporales o permanentes.

Un primer almacenamiento y procesamiento en las cámaras de vídeo que captan las imágenes y sonidos en tiempo real. Se produce un segundo almacenamiento en el mezclador de vídeo, donde se seleccionan y combinan las imágenes y sonidos captados por las distintas cámaras de vídeo y se mezclan, en su caso, con otras fuentes externas. Una tercera grabación y procesamiento de imágenes tendría lugar en el sistema de control central antes de entregar la información audiovisual definitiva (el resultado final) a la fase de emisión o transmisión.

84. Según los técnicos que suscriben el informe, en todas y cada una de las fases de captación, procesado, adaptación, producción y emisión tiene lugar un almacenamiento temporal de imágenes y sonidos que puede ser permanente si el radiodifusor lo considera pertinente, siendo la información audiovisual almacenada una réplica digital de la información audiovisual original (analógica), tratándose en consecuencia de una grabación temporal o permanente, respectivamente, de la información audiovisual original (cfr. apartados 51 a 60 del informe).

85. Concluye el informe técnico recordando que toda la secuencia de imágenes es habitualmente grabada de manera permanente para el archivo de contenidos del productor audiovisual o para otros usos, incluyendo posibles requerimientos de otros agentes; en particular -dicen- se suele grabar la señal proveniente de cada una de las cámaras de vídeo, además de la secuencia de imágenes que finalmente se emite (cfr. apartado 61 del informe).

86. A partir de dicho informe EGEDA recuerda que la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual, obliga en su artículo 61.1 a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual a archivar todos los programas emitidos durante un plazo de seis meses a contar desde la fecha de su primera emisión, incluidas las comunicaciones comerciales, y a registrar los datos relativos a tales programas, quedando un gran número de estas grabaciones en los centros de documentación de los organismos de radiodifusión para su futura utilización una vez transcurrido el plazo de almacenamiento obligatorio legal...

91. En segundo lugar, TELEFÓNICA rebate la consideración de las grabaciones realizadas durante el proceso de emisión de eventos en directo como fijaciones o grabaciones audiovisuales, aportando un informe técnico en el que, en síntesis, se concluye que el proceso técnico de emisión de la señal de televisión de un evento en directo no se debe confundir con el de producción de una grabación audiovisual, siendo dos objetos diferentes por más que puedan encontrarse elementos comunes en su proceso de elaboración.

92. En el informe técnico de TELEFÓNICA se afirma que la emisión de la señal de televisión de un evento en directo se realiza sin que medie el uso de una grabación audiovisual, sin perjuicio de que cuando el evento se emite en diferido se emplee una grabación audiovisual del mismo posterior al proceso de emisión en directo. Los almacenamientos de imágenes y sonidos que tienen lugar durante el proceso de captación y emisión de imágenes de eventos en directo son para los peritos de TELEFÓNICA meros “episodios técnicos” provisionales, automáticos y ejecutados en el interior de un dispositivo (cámara de vídeo, mezclador de vídeo, control central, centro de emisión) que son inherentes o propios del proceso de generación de la señal por primera vez y que no son visibles para el televidente, realizándose el procesado técnico de imágenes y sonidos para la generación de la emisión de la señal durante un periodo de apenas unos segundos -conocido como “latencia”- que produce un leve retraso indeseado entre el evento real y su visionado



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

95. Para resolver adecuadamente todas las cuestiones planteadas en el procedimiento, esta SPCPI tiene que pronunciarse sobre una cuestión sumamente controvertida tanto desde el punto de vista técnico como jurídico. Cuestión esta que no ha sido objeto de un debate profundo entre la doctrina científica española ni se ha llegado a plantear abiertamente hasta el momento ante los tribunales de justicia de nuestro país...

118. Pues bien, a la vista de todo lo expuesto y a los efectos requeridos en este procedimiento, esta SPCPI asume que durante un proceso técnico de emisión o transmisión de acontecimientos o eventos en directo, independientemente de su naturaleza, tiene lugar una sucesión de fijaciones o grabaciones de las imágenes y sonidos captadas por las cámaras de vídeo, que pueden ser provisionales o permanentes, sirviendo las provisionales o transitorias a fines instrumentales de la secuencia de procesamiento, mezcla y edición de las imágenes y sonidos que finalmente son objeto de emisión o

transmisión al público previa fijación o grabación en el centro de producción/edición; grabación esta última, de carácter permanente, que constituye una primera fijación del acontecimiento en directo según va transcurriendo en el momento inmediatamente anterior a la emisión o transmisión de la señal y que, por tanto, puede ser considerada una grabación audiovisual protegible por el derecho conexo de los productores audiovisuales de los artículos 120 y ss. TRLPI, cuyo titular sería el organismo de radiodifusión responsable de la producción del evento en directo.

119. Se podrá argüir que la grabación o fijación sólo tiene lugar, en su caso, sobre la emisión o señal radiodifundida, es decir, a posteriori; pero este órgano entiende que los distintos pasos que se suceden en el proceso técnico preparatorio de la emisión de eventos o programas en directo (captación, procesamiento, mezcla y producción o edición) revelan que tiene lugar un auténtico proceso de producción por parte del organismo de radiodifusión que emite acontecimientos en directo, produciéndose fijaciones o grabaciones provisionales y permanentes simultáneas o cuasi-simultáneas al transcurso real del evento en directo. Es decir, la grabación del acontecimiento en directo va progresando, teniendo lugar una fijación definitiva en el centro de producción justo antes de la emisión o transmisión al público, produciéndose así en todo caso un almacenamiento del material audiovisual (las imágenes y sonidos) captado por las cámaras antes de la emisión o transmisión de la señal, completándose la grabación al final del programa o acontecimiento.

120. En suma, a los fines de las cuestiones que han de dilucidarse en este procedimiento para determinar la tarifa general por retransmisión de contenidos audiovisuales por parte de las televisiones de pago, esta SPCPI considera que los organismos de radiodifusión encargados de la producción audiovisual de programas y acontecimientos en directo realizan una fijación o grabación permanente de las imágenes y sonidos, que son objeto de almacenamiento en el centro de producción televisiva, antes de proceder a su emisión o transmisión unos segundos después de lo que realmente está aconteciendo en directo.

121. Lo anterior resulta compatible con el hecho de que el programa o evento completo sea objeto asimismo de una fijación o reproducción final de la totalidad del mismo, para facilitar su recuperación total o parcial en un momento posterior con fines de emisiones en diferido, elaboración de resúmenes, noticias de actualidad, etc. Así, la emisión simultánea o “en riguroso directo” parte de grabaciones del programa o acontecimiento

según va desarrollándose, mientras que la emisión en diferido parte de una grabación de la totalidad del evento o programa una vez finalizado. Lo relevante es que para realizarla



emisión o transmisión del evento o programa en directo, el organismo responsable lleva a cabo una actividad de producción que implica un riesgo, una inversión económica y una organización técnica (situación de las cámaras y equipos de sonidos, selección de imágenes, edición, etc.), siendo necesaria una primera fijación de las imágenes y sonidos según transcurren en directo para seleccionar las que van a ser emitidas, sin perjuicio -como se ha dicho- de la fijación de la totalidad del evento o programa a su finalización, que, realmente, no deja de ser una recopilación o suma del conjunto de fijaciones del material audiovisual captado por las cámaras y micrófonos que se han ido realizando en los equipos de almacenamiento a medida que va transcurriendo el evento o programa en directo.

122. Avalan el hecho de que se producen fijaciones en el proceso de captación y emisión o transmisión de imágenes y sonidos de acontecimientos en directo, las profusas repeticiones que se suelen ofrecer en tiempo casi real de lo acontecido en dicho evento (principalmente, pero no sólo, en acontecimientos deportivos).

123. Todos los argumentos expuestos permiten concluir a esta SPCPI, para los fines requeridos en el presente procedimiento, que tiene lugar un auténtico proceso de producción audiovisual mediante la fijación o grabación de imágenes y sonidos durante la captación, procesado, selección y emisión de imágenes y sonidos de acontecimientos y programas en directo, siempre y cuando el organismo responsable del proceso de emisión o transmisión lleve a cabo una fijación previa de carácter permanente en el centro de producción momentos antes de lanzar la señal al público; fijación que, como hemos dicho ya, entendemos que se lleva a cabo con carácter generalizado en la actualidad.

124. En consecuencia, es posible atribuir al organismo de radiodifusión responsable de la captación, grabación y emisión o transmisión de imágenes y sonidos de eventos en directo el derecho conexo de los productores de grabaciones audiovisuales previsto en los artículos 120 a 125 TRLPI. Sin perjuicio de que el mismo organismo radiodifusión responsable de la producción del evento en directo disponga también del derecho exclusivo de las entidades de radiodifusión sobre sus emisiones o transmisiones, es decir, sobre la señal propiamente dicha, recogido en el artículo 126 TRLPI; y de que pueda ejercerlo autorizando la retransmisión de sus emisiones o transmisiones por cualquier procedimiento técnico (artículo 126.1.d. TRLPI), exigiendo una contraprestación o no...

130. Llegados a este punto, es claro que hay organismos de radiodifusión que, además de responsables de la señal televisiva, producen sus propios contenidos audiovisuales, muchos de ellos eventos o programas en directo, reuniendo así la doble condición de titulares del derecho conexo sobre grabaciones audiovisuales y del derecho conexo de organismos de radiodifusión sobre sus señales televisivas. Mientras que otros organismos de radiodifusión se limitan a adquirir contenidos producidos por terceros para su emisión o transmisión por medios alámbricos o inalámbricos en su territorio nacional o hacia terceros países, en cuyo caso sólo serán titulares del derecho conexo sobre las señales televisivas, buscando ingresos directos por la autorización para retransmitir su señal, como sucede con canales temáticos y deportivos o informativos, y/o indirectos por publicidad. Sirva como muestra de lo dicho el variopinto listado decanales recogidos en la figura 10 del Informe motivado de TELEFÓNICA (ff.118-119)...

132. En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, TELEFÓNICA denuncia que con esta interpretación se estaría diciendo que a partir de un solo hecho generador pueden surgir a favor de un mismo sujeto sendos derechos de propiedad intelectual sobre dos bienes inmateriales diferentes, cuando la Ley no contempla la posibilidad de que, a favor de un mismo sujeto que desempeñe un único y mismo rol, surjan de un mismo hecho generador dos bienes inmateriales diferentes. Pero no sucede así con las grabaciones y emisiones de programas y eventos en directo, pues una cosa es el proceso técnico de fijación de imágenes



y sonidos siguiendo un determinado patrón organizativo para la captación y selección de los mismos antes de su emisión (labor de producción audiovisual), y otra diferente es el proceso técnico de emisión o transmisión de esas imágenes y sonidos (labor de radiodifusión), por más que la primera actividad sirva necesariamente a la segunda. Son, por tanto, dos hechos generadores diferentes: la producción objeto de fijación y la emisión o transmisión. Y son diferentes también los objetos de protección: un bien inmaterial -la grabación- plasmado en un soporte, en el caso del derecho del productor de grabaciones audiovisuales (art. 120 TRLPI); un bien inmaterial -la señal radiodifundida- no fijado en un soporte, en el caso del derecho del organismo de radiodifusión sobre sus emisiones (art. 126 TRLPI), sean o no de su titularidad los contenidos o producciones audiovisuales objeto de la emisión.

133. Por lo tanto, una cosa es la protección de las señales emitidas o transmitidas por cualquier medio técnico y otra cosa es la tutela del contenido de esas señales...

139. En definitiva, cuando una televisión por cable o satélite realiza actos de retransmisión de los canales de televisión emitidos o transmitidos por organismos de radiodifusión, independientemente de que pueda o no pagar un canon de licencia en concepto de retransmisión de la señal al organismo de radiodifusión, ex art. 126 TRLPI, deberá abonar el derecho de remuneración previsto en el artículo 122.2 TRLPI para los productores de grabaciones audiovisuales contenidas en los programas incluidos en la señal televisiva y gestionado por EGEDA, sin que se pueda discriminar en función del contenido de los canales retransmitidos, ya que han de considerarse grabaciones audiovisuales incluidas en el repertorio de EGEDA tanto los programas preproducidos como los programas en directo. Por lo tanto, esta SPCPI entiende, a los fines de este procedimiento, que, a efectos del requisito de intensidad de uso, previsto en el artículo 157.1 b) TRLPI (actualmente artículo 164.3 TRLPI) como criterio orientativo para el establecimiento de tarifas generales, no puede aceptarse -como propone TELEFÓNICA que exista base para una reducción de la tarifa por producirse una utilización menor del repertorio de EGEDA en canales generalistas o canales deportivos y de información que emiten frecuentemente acontecimientos en directo.

140. La intensidad de uso del repertorio de EGEDA será prácticamente del 100 por 100 (salvo la parte, muy menor, que corresponde a AGEDI como entidad gestora de los "videoclips" en tanto que grabaciones audiovisuales realizadas por productores de fonogramas) en las actividades de retransmisión de los canales de televisión transmitidos o emitidos por medios alámbricos o inalámbricos por parte de organismos de radiodifusión nacionales o extranjeros, sea de forma gratuita o previo pago de un canon por parte de la entidad de retransmisión por el uso de la señal televisiva, ya que este Órgano considera -a los fines de fijación de la tarifa general por actos de retransmisión de grabaciones audiovisuales- que casi todos los contenidos audiovisuales incluidos en los canales de televisión retransmitidos por televisiones por cable y satélite pueden calificarse como grabaciones audiovisuales incluidas en el repertorio de EGEDA, al ser la única entidad que gestiona colectivamente los derechos conexos de los productores audiovisuales en nuestro país, independientemente de si esas grabaciones contienen o no obras audiovisuales o de si se trata de programas pregrabados o de programas en directo.

141. Lógicamente, los organismos de radiodifusión podrán participar del reparto de derechos recaudados por la explotación de grabaciones audiovisuales realizado en el seno de EGEDA de acuerdo con sus reglas de reparto. La forma en que los organismos de radiodifusión productores de contenidos audiovisuales (incluidos acontecimientos o programas en directo) participan del reparto de la recaudación de EGEDA es una cuestión interna de la entidad de gestión que poco o nada puede afectar a la determinación de la tarifa por el uso de su repertorio, máxime -como ya se ha dicho cuando las televisiones de



pago usuarias de dicho repertorio mediante actos de retransmisión no discriminan tampoco entre sus usuarios, haciendo así un uso pleno de la totalidad de los contenidos audiovisuales incluidos en las señales retransmitidas al cobrar a sus usuarios una cuota mensual por la mera puesta a disposición de dichas señales televisivas-y por tanto de dichos contenidos audiovisuales-, sin diferenciar entre la temática de los diferentes canales y la distinta audiencia que puedan tener unos u otros, entre obras y grabaciones audiovisuales o entre programas pregrabados o en directo...”

TERCERO.- La recurrente, AGEDI, refiere en su demanda que es la única entidad autorizada por el Ministerio de Cultura, por Orden de 15 de febrero de 1989, para gestionar los derechos colectivos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas (comúnmente conocidos como videoclips).

Sostiene que el procedimiento objeto del presente procedimiento es nulo de pleno derecho, puesto que no se aprobó, previamente, la Orden por la que se fijaba la metodología a seguir para la determinación de las tarifas, que viene exigida por el artículo 194 de la LPI. Y, ello puesto que la anterior orden ECD/2574/2015, de 2 de septiembre, que fijó la metodología fue declarada nula por sentencia del TS nº 508/2018, de 22 de marzo de 2018, por omisión de un informe preceptivo.

Por ello la SPCPI debió haber suspendido el procedimiento de determinación de tarifas hasta que se aprobase la nueva Orden de metodología para la determinación de las tarifas generales por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.

Aduce el perjuicio que le ha causado la SPCPI; puesto que, la determinado las tarifas de EGEDA parte de la base de un monopolio exclusivo sobre las producciones audiovisuales; sin tomar en consideración que EGEDA no gestiona las producciones de videos musicales o videoclips.

Respecto a los aspectos adjetivos del procedimiento, refiere que el procedimiento administrativo estaría caducado; ya que, se está ante un procedimiento iniciado de oficio, por acuerdo de 17 de septiembre de 2017; cuyo plazo de tramitación es de nueve meses (art. 21.1 del RDCPI); y que no se dictó la resolución finalizadora sino el 23 de julio de 2020; por lo que el plazo de nueve meses se habrían excedido (incluso computando la paralización de los plazos de procedimiento por el estado de alarma por el Covid-19).

Que, como se dijo, se habría infringido, por la SPCPI, los artículos 194.3 y 164.4 del TRLPI; puesto que, después de la sentencia de la Sec. 4ª, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 22 de marzo de 2018, recurso 458/2016, era imposible que se determinasen las tarifas que podrían percibir las entidades de gestión, por utilización de sus respectivos repertorios, sin que, previamente, se dictase la Orden por el Ministerio de Cultura, aprobando la metodología correspondiente. Ya que, la Orden de metodología es la base sobre la que pivota todo el sistema pergeñado por la Ley 21/2014 de forma que (i) no es posible el establecimiento de tarifas generales por las entidades de gestión sin que se haya establecido la metodología y (ii) no es posible que la SPCPI pueda ejercer su función de determinación de tarifas (ni tampoco el control de las mismas) sin que haya sido determinado la metodología que debe aplicarse respecto de esas tarifas generales. Por ello, se habrían infringido los artículos 194.3 y 164.4 del TRLPI.

En cuanto a la repercusión de los videomusicales en el total de las emisiones de los programas generalistas; sostiene que la SPCPI, en su resolución, prescinde de su incidencia, atribuyendo a EGEDA la totalidad del tiempo de emisión de producciones audiovisuales; cuando, según el informe de Barlovento (folio 30 de su demanda) puede rondar el 3% en la programación de los canales generalistas objeto de retransmisiones por las plataformas digitales o un 17% en los programas de canales generalistas catalogados como de



“entretenimiento” que aquellas emitan. Entendiendo que debiera de haberse practicado una prueba sobre la incidencia real del tiempo de emisión de los videos musicales en la programación de Movistar y demás operadoras de TV de pago (por cable o satélite), que es objeto del presente procedimiento; y, que ante la ausencia de una prueba específica, no es difícil concluir que existe un error en la valoración de la prueba.

Cuestiona que la grabación, para su emisión, de programas en directo (de todo tipo, conciertos, informativos, deportes, etc.) constituyan una grabación audiovisual, generadora de derechos en favor de EGEDA. Que se distorsiona el Mercado; puesto que, las entidades de radiodifusión (televisiones, radios, etc.) que emiten las grabaciones, son, en muchas ocasiones, quienes producen las grabaciones de sus programas, por lo que, a la vez que perciben la tarifa por comunicación, también recibirán la tarifa como productor audiovisual (a través de EGEDA).

Finalmente, en las páginas 14 y 15 de su escrito de conclusiones, resume, qué es lo que pretende:

“... 41. Pues bien, como consecuencia del contenido de la Resolución recurrida nos encontraríamos con que los conciertos emitidos en directo por televisión de los artistas musicales pasarían de meras actuaciones transmitidas por radiodifusión a ser grabaciones audiovisuales del art. 120.1 TRLPI realizadas por el organismo de radiodifusión sin el consentimiento del productor de fonogramas, detentador de la exclusividad sobre las fijaciones artísticas del músico, y sin, por supuesto, satisfacer cantidad alguna ni a tal productor fonográfico, ni a AGEDI.

42.Y, lo que es aún más flagrante, siguiendo la argumentación de la SPCPI, los derechos sobre la primera emisión (en vivo) del concierto corresponderían a la entidad de radiodifusión que realizara tal emisión, que se constituiría en productor de la “pretendida” grabación audiovisual (art. 120.1 TRLPI), percibiendo las cantidades correspondientes a la retransmisión del mismo, convirtiendo en ineficaz la exclusividad a la que nos hemos referido anteriormente.

43. Y, para cerrar este círculo del desatino, de seguir los argumentos de la Resolución resultaría que sería EGEDA, y no AGEDI, quien gestionara e hiciera efectivos los derechos de propiedad intelectual relativos a dicha pretendida fijación (realmente, emisión en directo) del concierto de música en directo, repartiendo los importes correspondientes a la entidad de radiodifusión que lo ha emitido, con exclusión tanto de AGEDI como del productor fonográfico.

44. En ningún caso las emisiones en directo de conciertos musicales deberían reconocerse como grabaciones audiovisuales pero, si así fuera, desde luego que correspondería a AGEDI, y no a EGEDA, gestionar y hacer efectivos los derechos sobre las mismas, por la elemental razón de que habrían de equipararse dichos conciertos a los videoclips, cuyos derechos no gestiona EGEDA.

45. La explicación dada a esta cuestión por la SPCPI en el párrafo 478 de la resolución no resulta asumible por AGEDI, y ello por la elemental razón de que si la SPCPI aduce que los conciertos en directo emitidos por televisión son “fijaciones instrumentales de la emisión que realiza un organismo de radiodifusión”, es evidente que no puede otorgarse a tales “fijaciones instrumentales” el carácter de grabaciones audiovisuales a efectos de lo establecido en el art. 120.1 TRLPI...”

CUARTO.- Por el Abogado del Estado se contesta la demanda, interesando su desestimación.

Se opone a la caducidad del procedimiento, manifestando que no se trata de un procedimiento iniciado de oficio, sino que se instó por Telefónica de España SAU, para que



la SPCP fijara las tarifas a percibir por EGEDA por utilización, por las televisiones de pago, de su repertorio; y, como procedimiento iniciado a instancia de parte no es predicable su caducidad.

Sobre la imposibilidad de resolver el procedimiento, como consecuencia de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2018, que declaró la nulidad de la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, sobre metodología; precisa que dicha Orden de metodología es indispensable para que las entidades de gestión fijen, por sí mismas, de forma voluntaria, sus tarifas; pero, que cuando se fijan por la Comisión, el artículo 164.3 del TRLPI únicamente dispone que la Comisión habrá de observar, al menos, los criterios establecidos en el apartado 3 del artículo 164 de dicha Ley; sin someterse a una metodología concreta. Los criterios fijados en la orden ministerial (art. 164.4) son el desarrollo metodológico de los criterios generales previstos en el artículo 164.3. Y, que se produciría la paralización de todo el Sistema, si la actividad de las entidades de gestión quedara suspendida en tanto no se dictase la nueva Orden de Metodología, ya que no se podrían fijar tarifas (ni por ellas ni por la Comisión).

La propia recurrente, AGEDI, estaría actuando contra sus propios actos; ya que, después de la sentencia del Tribunal Supremo de 2018, que anulaba la anterior orden de metodología, ha interesado de la SPCPI el inicio de un procedimiento para que se fijen las tarifas que ha de recibir AGEDI por la utilización de su repertorio (fonogramas o videoclips) por las radios comerciales (expediente E-2022-001).

Sobre el error en la valoración de la prueba, al no haberse tomado en consideración la incidencia del repertorio de AGEDI sobre el total de las grabaciones audiovisuales que se emiten por las televisiones de pago; precisa que, el objeto del procedimiento lo constituyen las tarifas que EGEDA ha de cobrar a las televisiones de pago (por satélite o cable) por uso de su repertorio, quedando fuera de las mismas las tarifas que habrá de recibir AGEDI por el uso que dichas entidades de televisión de pago, cuando emitan videos musicales.

Pero, en los párrafos 475 y 477 de la resolución ya se valora que se ha tomado en consideración que EGEDA no gestiona los videos musicales; y, que su incidencia en el total de las emisiones de producciones audiovisuales es pequeña; por lo que, no procedía incidir, profusamente, en ello; puesto que, las tarifas han de ser “sencillas y fáciles de aplicar”.

Por lo demás, coincide con los razonamientos de la resolución impugnada; sosteniendo que la producción de un evento en directo constituye una grabación audiovisual; reproduciendo los criterios reflejados en la resolución impugnada.

QUINTO.- La codemandada EGEDA, en su contestación, impugna la caducidad del procedimiento, con unos razonamientos que vienen a coincidir con los del Abogado del Estado.

Que no es precisa una Orden de metodología para que la SPCPI pueda fijar sus tarifas; dado que, únicamente, ha de aplicar los criterios generales del artículo 164.3; y, que, la orden de Metodología es indispensable cuando las entidades de gestión fijan por si mismas sus tarifas, sin intervención de la Comisión.

Reitera la contradicción en que incurre la parte actora, que, niega la posibilidad que la Comisión pueda resolver el presente procedimiento, hasta que se dictase la nueva Orden de metodología; cuando ha promovido un procedimiento similar para que la Comisión fije sus tarifas respecto de las radios comerciales (expediente E-2002-001).

Se remite a la resolución impugnada en cuanto a que la incidencia del repertorio de AGEDI (emisión de videos musicales) es muy pequeña respecto del volumen que supone la utilización del repertorio de EGEDA; lo que ha valorado, a su juicio, adecuadamente, la resolución impugnada.



Y, que hubiera correspondido a AGEDI solicitar la práctica de una prueba en tan sentido; pero, no lo hizo.

Se remite a los criterios fijados por la Comisión, en cuanto a considerar que la emisión de eventos en directo constituye una grabación audiovisual objeto de derechos conexos; reiterando el informe pericial que aportó en sede administrativa (y que se ha aludido en el fundamento de Derecho Segundo de la presente sentencia). Y, que todos los contenidos que se emiten o transmiten por televisión son obras o grabaciones audiovisuales, debido a que no es técnicamente posible dicha difusión, si no es a partir de una fijación previa; y, que, por grabación, ha de entenderse la fijación de imagen y sonido en los términos previstos en el artículo 120 TRLPI.

SEXTO.- Por Telefónica SAU; se contesta a la demanda, oponiéndose a los motivos impugnatorios formales, recogidos en la demanda (caducidad e imposibilidad de fijación de tarifas por ausencia de la Orden de metodología). Pero, en cuanto al resto de los motivos impugnatorios de la demanda, no formula contestación alguna. Y, ello se debe a que, por Telefónica de España SAU se ha interpuesto, contra la misma resolución aquí impugnada, un recurso, que se tramita en esta Sección como procedimiento ordinario 755/2022, en el que cuestiona, entre otros aspectos, que la grabación de eventos en directo sea una producción audiovisual integrable en el repertorio de EGEDA.

Por auto de 26 de abril de 2023 se desestimó la solicitud de Telefónica de España, SAU de acumular al presente procedimiento su recurso nº 755/2022; que, finalmente, han sido deliberados en la misma fecha.

En cuanto a la caducidad, Telefónica de España, SAE niega que el procedimiento se haya iniciado de oficio, sino a instancia de parte; por lo que, no es predicable su caducidad.

Y, que no es indispensable que se haya dictado la Orden de metodología, para que la SPCPI pueda fijar las tarifas, a solicitud de parte interesada; que, dicha Orden, si es un requisito insoslayable, cuando son las propias entidades de gestión quienes fijan, por sí mismas, sus tarifas.

SÉPTIMO.- De la caducidad del Procedimiento.

El 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, dispone:

En el Capítulo II: Funciones y composición de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual:

Artículo 2. *“Funciones y régimen jurídico.*

1. *La Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual ejerce funciones de mediación, arbitraje, determinación de tarifas y control de las tarifas generales en las materias y supuestos previstos en el artículo 158 bis del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual...”*

En el CAPÍTULO VII, respecto del procedimiento de determinación de tarifas:

Artículo 20. *“Solicitud de determinación de tarifas.*

1. *Estarán legitimados para ser parte en el procedimiento de determinación de tarifas; las entidades de gestión, las asociaciones de usuarios representativas a nivel nacional del sector correspondiente, las entidades de radiodifusión de ámbito nacional y los usuarios especialmente significativos.*



2. La solicitud de determinación de tarifas se dirigirá a la Sección Primera, mediante el modelo oficial que figura como anexo IV a este real decreto por la parte solicitante, o en su caso, por ambas partes conjuntamente y contendrá:

- a) El nombre completo, dirección y demás datos relevantes para la identificación y contacto de la parte o partes solicitantes y de la parte o partes requeridas a negociar, así como en su caso los de sus representantes. En particular, se deberá indicar las direcciones a las que deberán dirigirse las comunicaciones a todas esas partes.
- b) El objeto del conflicto, que deberá circunscribirse a la determinación de las tarifas y las condiciones necesarias para hacer efectivos los derechos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 158 bis del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.
- c) La fecha formal del inicio de las negociaciones entre las partes en conflicto en los términos previstos en los apartados 4 y 5 del presente artículo.
- d) La declaración de la inexistencia de acuerdo en el plazo de seis meses desde el inicio formal de la negociación entre las partes... ”.

Así, en el caso de autos, resulta que el presente procedimiento se inició a instancia de Telefónica de España SAU, tal y como consta en el documento I del EA, en que figura la solicitud de aquella dirigida a la SPCPI.

Por ello, no es de aplicación el artículo 25.1.b de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del PAC; puesto que, no se está ante un procedimiento iniciado de oficio por la Administración. E igualmente, tampoco ante un procedimiento susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen, como se denuncia en la demanda; la obligación de abonar las tarifas existe con anterioridad a la incoación del procedimiento, desde el mismo momento en que se aprobó el TRLPI.

A mayor abundamiento, resulta que el TRLPI y el propio RD 1023/2015, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla la composición, organización y ejercicio de sus funciones por la SPCPI, no prevén, como consecuencia de la inobservancia del plazo de nueve meses, que los efectos sean el de caducidad del procedimiento.

Así, esta Sala ha de compartir la alegación de la codemandada, Telefónica, cuando manifiesta que la supletoriedad de la Ley 39/2015, ha de ser matizada; dado que, el presente procedimiento tiene naturaleza híbrida entre las funciones de imperium de la Administración y las funciones mediadoras/arbitrales de la SPCPI. Por lo que las previsiones de la norma general (Ley 39/2015) han de ser matizadas y condicionadas por las previsiones de la Ley Especial (TRLPI); en este sentido la sentencia de 20 de diciembre de 2019, de la Sección 3ª, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, recurso 7076/2018 (EDJ 2019/760743), respecto de la caducidad de los procedimientos a tramitar por la CNMC, dispone:

“Pues bien, como decíamos, en la mencionada Ley de su Creación, la ley 3/2013, de 4 de junio, se reconocen a la Comisión determinadas funciones y competencias con la finalidad de garantizar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, siempre en beneficio de los consumidores y usuarios. Entre estas funciones y en el específico sector audiovisual, se encuentra la de resolución de controversias entre los diferentes agentes intervinientes en el mercado. Estas se prevén en el Título II de la Ley 3/2013 y se diferencia de la potestad sancionadora que se reconoce a la CNMC, que se recoge en el Título III de la Ley, en su artículo 29 que establece la potestad sancionadora de la Comisión, para supuestos de infracción de las normas de competencia.



De lo anterior se desprende la diversa naturaleza y finalidad de las funciones que ejerce la CNMC, pues, a diferencia de la potestad sancionadora, en el procedimiento de resolución de conflictos, se habilita a la Comisión a decidir aquellos conflictos que se generen entre los operadores del sector, con la finalidad de dar efectividad e implementación de la Ley General de Comunicación Audiovisual. También se deduce de la diferente regulación que las normas que se refieren al expediente administrativo han de interpretarse tomando en consideración la función que la Comisión ejercita en cada caso. Así, la caducidad en el expediente sancionador tiene unas consecuencias que no son automáticamente trasladables a los procedimientos en los que la Comisión resuelve un conflicto entre operadores, pues el interés subyacente en uno y otro caso son diferentes”.

Por lo tanto, no concurre la caducidad del procedimiento denunciada por la parte recurrente.

OCTAVO.- Sobre la imposibilidad que la SPCPI fije las tarifas en ausencia de una orden de metodología.

Como se dijo, la sentencia del Tribunal Supremo nº 508/2018, de 22 de marzo de 2018, dictada por su Sección 4ª, se declaró la nulidad de la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, por la que se aprobó la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de gestión de derechos de propiedad industrial.

Previamente, señalar, que, con posterioridad a la interposición del presente recurso, por Orden CUD/330/2023, de 28 de marzo, se ha aprobado la nueva orden de metodología, publicada en el BOE de 5 de abril de 2023; evidentemente, de fecha posterior a la resolución objeto del presente procedimiento.

La parte recurrente refiere que la metodología es el eje central sobre el que pivota todo el procedimiento para que se puedan fijar las tarifas por el uso del respectivo repertorio, tanto si las fija la propia entidad de gestión, como si lo hace la SPCPI.

El motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones:

El Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, dispone (el subrayado es nuestro):

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.

4. La metodología para la determinación de las tarifas generales se aprobará mediante orden del Ministerio de Cultura y Deporte, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

5. Si un usuario de derechos de propiedad intelectual, que por dicho uso deba pagar la tarifa general determinada para derechos exclusivos y/o de remuneración por la entidad de gestión correspondiente, la cuestionará de cualquier forma o en cualquier vía, incluida la mera negativa a pagarla, deberá, al menos y en todo caso, pagar a cuenta el 100 por 100 de la última tarifa acordada, o, a falta de un acuerdo anterior, el 50 por 100 de la tarifa general vigente. Hasta que se resuelva el conflicto, se entenderá, provisionalmente, que la obligación de pago ha sido cumplida y, en lo que se refiera al derecho exclusivo que pudiera concurrir con el derecho de remuneración, concedida la autorización para el uso de ese derecho exclusivo.

6. Si la tarifa en cuestión a la que se refiere el apartado anterior fuese nula de pleno derecho, o surgiese cualquier circunstancia que la hiciese inaplicable a los efectos del pago a cuenta, se procederá por parte del usuario de derechos de propiedad intelectual al pago a cuenta del 100 por 100 de la última tarifa acordada, o, a falta de un acuerdo anterior, el 50 por 100 de la última tarifa general vigente.

7. Si la tarifa general fuera cuestionada por una asociación de usuarios, el pago a cuenta deberá efectuarse por cada uno de los miembros que la conformen.

8. El pago a cuenta señalado en los dos apartados anteriores constituirá un requisito previo necesario para que el usuario o la asociación de usuarios pueda instar el procedimiento de determinación de las tarifas previsto en el artículo 194.3 de la presente ley.

Las asociaciones de usuarios de menos de mil miembros podrán instar el procedimiento cuando, al menos, estén al corriente del pago a cuenta con la entidad en relación con la que se proponen instar el procedimiento de determinación de tarifas miembros que representen, como mínimo, el 85 por 100 de los ingresos del conjunto de los miembros de la asociación”.

El Título V, distinto al anterior, en el que se encuadra el artículo 164, regula la Comisión de Propiedad Intelectual, a la que atribuye, en su artículo 193, entre otras funciones la de determinación de tarifas; su artículo 194 recoge:

“ Funciones de mediación, arbitraje, determinación de tarifas y control...”

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 164.4, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

4. La Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual 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 en su determinación. En caso de apreciarse un incumplimiento de estas obligaciones, se comunicará esta circunstancia a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a los efectos oportunos... ”.

De estos dos preceptos se concluye que, por regla general, han de ser las propias entidades de gestión quienes han de fijar las tarifas generales por utilización del repertorio que gestionan; y, en este supuesto si habrán de seguir la metodología fijada en la previa orden ministerial. Si algún usuario no está conforme con las mismas, puede impugnarlas ante la SPCPI. E, igualmente, cabe la posibilidad, que si no existe acuerdo entre las entidades de gestión y los usuarios, tras seis meses de negociación, cualquiera de ellos podrá interesar de la SPCPI que proceda a fijar las tarifas.

Pero, en los dos últimos supuestos (impugnaciones de usuarios de las tarifas fijadas unilateralmente por la entidad de gestión, o cuando las tarifas las fije la propia SPCPI), la Administración –SPCPI- es suficiente con que aplique los criterios generales previstos en el artículo 164.4, sin precisar de la aplicación de la metodología dictada al respecto; metodología que no tiene más objeto que completar y concretar los criterios generales del artículo 164.4.

Puesto que, dicha metodología no solo tiene por objeto concretar o complementar los principios generales enumerados en el artículo 164.4, para “facilitar” la tarea de las entidades de gestión para fijar, por si mismas, sus propias tarifas (lo que permite el artículo 164); más no condicionan el trabajo de la SPCPI cuando las fije en defecto de acuerdo o por solicitud de algún interesado.

Por ello, el presente motivo ha de ser desestimado.

Sin prescindir del hecho que la propia recurrente ha solicitado de la SPCPI que fije las tarifas por utilización del repertorio que gestiona por las radios comerciales; cuando, no se había dictado la propia orden de metodología que sustituyera a la de 2015.



NOVENO.- De si la grabación un evento en directo constituye una producción audiovisual a los fines del artículo 120 TRLPI.

El Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia; dispone:

Artículo 114.

“1. Se entiende por fonograma toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos.

2. Es productor de un fonograma la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la mencionada fijación. Si dicha operación se efectúa en el seno de una empresa, el titular de ésta será considerado productor del fonograma”.

La recurrente, AGEDI es la única entidad de gestión colectiva de los derechos de los productores de dichos fonogramas (grabaciones musicales) a lo que se añadirá la de los videos musicales (videoclips); hecho incontrovertido y asumido por todas las partes.

Artículo 120.

“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”.

Artículo 121. Reproducción.

“Corresponde al productor de la primera fijación de una grabación audiovisual el derecho exclusivo de autorizar la reproducción del original y sus copias, según la definición establecida en el artículo 18.

Este derecho podrá transferirse, cederse o ser objeto de concesión de licencias contractuales”.

La controversia entre las partes versa sobre analizar si la emisión de un evento en directo (concierto, programa informativo, de entretenimiento, etc.) constituye una grabación audiovisual, a los fines del artículo 120; en cuyo caso, los derechos de su productor serán gestionados, colectivamente, por EGEDA; o, por ejemplo, como refiere la recurrente, AGEDI, la retransmisión en directo de un concierto musical pasarán de meras actuaciones de artistas transmitidas por radiodifusión (en cuyo caso los derechos serán de AGEDI) a ser consideradas grabaciones audiovisuales (del artículo 120.1) en cuyo caso los derechos serán de EGEDA, sin que AGEDI perciba tarifa alguna. Continúa manifestando que la emisión de un concierto o de una actuación de un intérprete musical en directo ha de equipararse a un videoclip, para que los derechos correspondan a AGEDI.

Como se reconoce en la resolución de 23 de julio de 2020, que constituye el objeto del presente procedimiento, la respuesta no es fácil ni sencilla; y, que la cuestión no ha sido abordada directamente por la doctrina y la jurisprudencia, incluso comunitaria o de los países de nuestro entorno.

La respuesta ha de ser confirmatoria del criterio de la SPCPI; puesto que, no solo así se pronuncian, en el expediente administrativo (párrafo 102 de la resolución) la Corporación de RTVE y Atresmedia, en que todos los contenidos audiovisuales incluidos en las cadenas



de esos grupos son grabaciones audiovisuales protegidas; sino por el propio informe pericial aportado por EGEDA en vía administrativa (al que se aludió en el fundamento de Derecho Segundo de la presente resolución).

De tal suerte que, según los peritos autores del informe de EGEDA, para que pueda emitirse por radiodifusión un evento en directo es preciso un procedimiento técnico de fijación previa (transitoria o definitiva) de las imágenes en unos soportes o servidores para preparar el resultado final (copia cero), que es lo que se entrega a las entidades de radiodifusión.

Los peritos sostienen que la primera fase es la captación de la imagen por las diferentes cámaras utilizadas. Las imágenes captadas por las cámaras se remiten a un servidor, lo que constituye la primera grabación.

La segunda de las grabaciones, se denomina adaptación y producción; en la que tienen lugar otras dos fijaciones. La primera en el mezclador de video, en el que se produce una segunda fijación, al seleccionarse las imágenes concretas de una de las cámaras utilizadas; y, la también se procede a mezclar la imagen seleccionada con otras fuentes externas (imágenes pregrabadas, etc., y se procede a la sincronización de todas las fuentes.

De lo analizado hasta el momento, se aventura que se ha procedido a “fijar” en un soporte (digital) de las imágenes (con o sin sonido) en dos momentos anteriores.

Posteriormente, se procede a realizar otra “fijación” cual es el procesado de la imagen para incorporar los logotipos del emisor y la publicidad, incorporación del audio y la sincronización con la imagen), proceso que tiene lugar en el control central, antes de remitir la información grabada a la fase de emisión.

Finalmente, en la tercera fase (emisión) se procede previamente, a efectuar una nueva fijación, para realizar el procesado consistente en la compresión, codificación, modulación y amplificación de la información.

Tras la finalización de todas estas fases se obtiene lo que comúnmente se denomina “copia cero”, que es lo que se entrega a las entidades de radiodifusión para que procedan a su emisión (art. 126).

Como se analiza en el párrafo 69 de la resolución de 23 de julio de 2020, el anterior proceso de producción de grabaciones audiovisuales, no implica que se genere una obra audiovisual (del artículo 86) sino que pone de manifiesto un proceso industrial que requiere de, indudables, gastos económicos (personales, técnicos y materiales), que quien los acomete (su productor) tiene derecho a resarcirse.

Al párrafo 92 de la resolución impugnada se alude a que Telefónica cuestiona que la emisión de eventos en directo requiera de una primera fijación de imágenes en un soporte (a los fines del artículo 120) sino que el procedimiento descrito por los peritos son más que “episodios técnicos”, provisionales y automáticos, indispensables para poder realizar el procesado técnico de las imágenes y sonidos previos a su emisión. Y que, la “latencia” (retraso en unos pocos segundos entre la realidad y la visualización por los espectadores) signifique el evento no pueda emitirse en riguroso directo; sin que el estado actual de la técnica permita prescindir de dicha “latencia”. Pero, precisamente esa “latencia” permite inferir que se ha producido una primera grabación en un soporte (siquiera transitorio o provisional), naciendo la producción audiovisual del artículo 120 LPI.

Como se ha dicho, esta Sección 6ª comparte el criterio de la resolución impugnada; ya que, el informe pericial de EGEDA, que la SPCPI hace suyo, permite inferir que en el proceso de producción de eventos en directo se producen varias fijaciones provisionales (definitivas o no) de las imágenes. Pero, lo que es indudable es que, con carácter previo a la entrega a quien se ocupe de su emisión, se produce la denominada “copia cero” que es el formato definitivo del evento. Por lo que, cuando menos, en ese momento puede reputarse



que se produce la primera fijación de la concatenación de planos y secuencias de las imágenes del citado evento. Por lo que se está ante una verdadera grabación audiovisual, generadora de derechos conexos, del artículo 120 TRLPI.

Incluso, al consuno con la Administración, resulta que durante la emisión de un evento en directo (por ejemplo, deportivo) se utiliza la repetición de determinadas imágenes (goles o jugadas polémicas de un partido, etc.), que solamente serán posibles reproducir si se parte de una fijación previa de las imágenes en un soporte; puesto que, si el evento se emite en riguroso directo, sin fijación (grabación) previa alguna, no sería posible acudir a imágenes anteriores.

No sin reconocer que la cuestión no ha sido abordada directamente por la jurisprudencia; si cabe traer a colación, la sentencia nº 439/2013, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, recurso 1778/2011 (EDJ 2013/140039). Dicho procedimiento tiene su origen en el contrato suscrito por el Grupo Santa Mónica Sports, SL (GSM) y la Real Federación Española de Fútbol, por la que la empresa adquirió los derechos exclusivos audiovisuales de la Federación sobre la final de la Copa del Rey de Fútbol. Entre los derechos adquiridos por GSM estaban el de exclusividad de los derechos audiovisuales del citado evento. Por parte de un tercero se colocaron pantallas gigantes en un campo de fútbol, reproduciendo las imágenes retransmitidas por televisión. GSM entendió que por el tercero se estarían infringiendo, entre otros, los derechos conexos como productor audiovisual, de la LPI, ya que ella había adquirido a la Federación el derecho exclusivo a producir y emitir el evento, y ella era la productora de la grabación audiovisual.

Pero, el Tribunal Supremo concluye que, GSM contrató con TVE la grabación y producción el partido de fútbol, por lo que, la condición de “productor audiovisual”, del artículo 120 del TRLPI correspondía a TVE, que era quien había procedido, materialmente, a la grabación y producción el evento, y no a GSM, que había cedido sus derechos a TVE para que “produjera” la grabación audiovisual, sin haberse reservado, en el contrato suscrito entre ambas, los derechos como productor audiovisual.

Dicha sentencia nº 439/2013, recoge:

“Séptimo.- No puede reconocerse a GSM el carácter de productor de la grabación audiovisual

Con carácter previo a abordar este aspecto del litigio ha de dejarse sentado que las partes no cuestionan que lo comunicado públicamente por BKK en la pantalla gigante del estadio de San Mamés fue la grabación audiovisual del partido de fútbol, y de esa premisa fáctica parte también la sentencia de la Audiencia Provincial EDJ 2011/187387. De esa base fáctica no cuestionada ha de partir esta Sala para resolver el recurso por exigencias propias de la naturaleza del recurso de casación. En lo que discrepan las partes es en quién produjo dicha grabación, pues GSM considera que fue ella mientras que BKK considera que fue TVE.

Para que nacieran para GSM los derechos de exclusiva previstos en el art. 122 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (EDL 1996/14925) era preciso que GSM produjera la grabación audiovisual del partido de fútbol.

El contrato suscrito con RFEF le permitía ceder el derecho a realizar tal producción, al prever en su estipulación decimoquinta que «corresponde a GSM y/o a sus cesionarios, la grabación y producción de todos los partidos de fútbol referidos (...)». Si en virtud de esta previsión contractual GSM cedía a un tercero los derechos que para ella resultaban del contrato en este extremo, y era este cesionario quien producía la grabación audiovisual, los derechos reconocidos en el art. 122 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (EDL 1996/14925) se generarían para este cesionario, no para GSM. Porque es la producción de la grabación audiovisual lo que generaría tales derechos y determinaría su



titularidad, no haber concertado un contrato de cesión exclusiva con la RFEF como el que es objeto del litigio.

La sentencia de la Audiencia Provincial EDJ 2011/187387 consideró que GSM era el productor de la grabación audiovisual porque tuvo la iniciativa y la responsabilidad de la grabación audiovisual del partido de fútbol. Pero hace gravitar esta consideración en que por el contrato celebrado con RFEF, GSM ostenta en exclusiva la explotación de los derechos audiovisuales del evento deportivo, y entre ellos el derecho a producir cualquier contenido audiovisual que integre imágenes, sonidos y grabaciones audiovisuales del evento. Según la sentencia recurrida, GSM era la única entidad que podía autorizar la emisión y proyección por un operador televisivo. Por ello considera la Audiencia Provincial irrelevante que fuera un tercero (TVE) quien, en virtud del contrato concertado con GSM, llevara a cabo materialmente la grabación audiovisual y su emisión.

Es posible que la grabación audiovisual se realice materialmente por un tercero distinto del productor. Pero para que este pueda ser considerado como tal es preciso que se reserve y ejercite facultades y actuaciones que supongan que conserva la iniciativa y la responsabilidad en la grabación audiovisual, al ser estas las dos notas que caracterizan la figura del productor de grabaciones audiovisuales según el art. 120.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (EDL 1996/14925).

La sentencia de la Audiencia Provincial EDJ 2011/187387 no concreta cuáles son estas concretas facultades y actuaciones que se hubiera reservado GSM y que permitieran considerarle como productor de una grabación audiovisual pese a haber contratado con una entidad, TVE, que notoriamente reúne condiciones suficientes para ser considerado como tal productor y es pacífico que llevó a cabo la grabación audiovisual del partido.

Tampoco GSM, en sus alegaciones, concretaba cuáles eran esas concretas facultades que se hubiera reservado y que permitirían afirmar que tenía la iniciativa y responsabilidad en la grabación audiovisual llevada a cabo materialmente por TVE. Es más, GSM ni siquiera aportó el contrato concertado con TVE, por lo que no consta que se reservara facultad alguna de dirección, supervisión, etc. que permitieran afirmar que conservó la iniciativa y la responsabilidad en la grabación.

Y ello porque se consideraba que la condición de productor de la grabación audiovisual vendría determinada por la cesión en exclusiva de sus "derechos de explotación audiovisual" lo que, como se ha expuesto, no es un título apto por sí solo para ostentar la titularidad de derecho alguno de propiedad intelectual o afín.

Por tanto, los derechos que GSM podía tener respecto del partido de fútbol (en lo que aquí interesa, producir la grabación audiovisual de dicho evento y disfrutar los derechos derivados de convertirse en productor de dicha grabación audiovisual) se agotaron cuando los cedió mediante precio a TVE, que produjo la grabación, pues no consta que GSM se reservara facultad de iniciativa ni mantuviera responsabilidad alguna respecto de la grabación audiovisual. No se ha alegado tampoco que GSM acordara con TVE que esta le transmitiera los derechos que como productor de la grabación audiovisual le correspondían. Como se ha dicho, ni siquiera se ha aportado el contrato celebrado entre ambas.

Todo ello lleva a la conclusión de que se ha infringido el art. 3.1 de la Ley 21/1997, de 3 de julio (EDL 1997/23826), de emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos al considerar que los derechos atribuidos por RFEF a GSM en virtud del contrato celebrado entre ambas eran derechos de exclusiva que atribuían a GSM un "ius prohibendi", y el art. 120.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (EDL 1996/14925) al considerar productor de grabación audiovisual a quien en virtud de dicho



contrato estaba facultado para producir la grabación audiovisual pero cedió a un tercero tal facultad”.

De este pronunciamiento del Tribunal Supremo se extrae, que el procedimiento de preparación y grabación de un partido de fútbol, para su emisión posterior, es un proceso de creación de una “grabación audiovisual”, del artículo 120.1 TRLPI; y, que quien lo realiza materialmente, ha de ser reputado su “productor”, a los fines del artículo 120.2 del citado TR.

DÉCIMO.- De la falta infracción, por cuanto no se ha tomado en consideración los derechos que corresponden a AGEDI por el uso de su repertorio.

La recurrente refiere que ostenta la exclusividad de gestión colectiva de los productores de fonogramas y videos musicales; pero, que, la resolución impugnada prescinde de los mismos y atribuye a EGEDA el monopolio exclusivo y absoluto de todas las grabaciones audiovisuales, entre las que se encontrarían los videoclips.

El presente motivo ha de ser desestimado; ya que, la propia resolución impugnada explícitamente, reconoce que quedan fuera de las tarifas los derechos que correspondan a AGEDI por la utilización de su repertorio (videos musicales).

También cita que el porcentaje de emisión de dichas producciones audiovisuales (videoclips) sobre el total del tiempo de emisión en los canales generalistas, es muy reducido; lo que, admite AGEDI. Por ello, se ha prescindido, en el proceso de análisis de tiempos de emisión, de los canales que exclusivamente se dedican a emitir música (cuyo porcentaje respecto del total de canales emitidos por las cadenas de TV de pago es ínfimo).

También, se ha valorado que, el artículo 164 del TRLPI establece que las tarifas generales han de ser “simples y claras”; por lo que, no es precisa una previsión exhaustiva, hasta el infinito, para fijarlas, tomando en consideración todas las peculiaridades concurrentes, tan solo, las más generales.

El propio artículo 164.3, en los apartados a, b y c, establece que, entre los criterios a tomar en consideración para fijar las tarifas será el de grado de uso del repertorio respecto del conjunto de la actividad (que en el caso de las Televisiones de Pago respecto de AGEDI es muy pequeño), la intensidad y relevancia del uso del repertorio respecto del conjunto de la actividad (que se ha dicho es mínimo); y, finalmente, la amplitud del repertorio de la entidad de gestión (y, en el caso de EGEDA, la práctica totalidad de las producciones audiovisuales las gestiona, ya que solamente quedan fuera los videoclips).

Todo ello, sin prescindir del hecho que no se ha privado a AGEDI del derecho a percibir tarifas con cargo a las televisiones de pago por utilización y emisión de videos musicales; puesto que, se fijarán sus propias tarifas.

Por todo lo anterior, se ha de desestimar el presente recurso.

ÚNDECIMO.- Al desestimarse íntegramente el recurso, se impondrán las costas procesales a la parte recurrente, si bien se limitará su importe, en función de la entidad y complejidad del asunto (apartados 1 y 4 del artículo 139 LJCA).

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.



FALLAMOS

Que desestimando íntegramente el recurso interpuesto, por ser ajustada a Derecho la actuación administrativa impugnada, debemos confirmar y confirmamos la RESOLUCIÓN E/2017/002 DE LA SECCIÓN PRIMERA DE LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL POR LA QUE SE RESUELVE LA DETERMINACIÓN DE TARIFAS GENERALES, EN REVISIÓN DE LAS ESTABLECIDAS POR LA ENTIDAD DE GESTIÓN EGEDA, PARA EL COBRO DE LOS DERECHOS CORRESPONDIENTES A LOS ACTOS DE RETRANSMISIÓN DE GRABACIONES AUDIOVISUALES POR LAS OPERADORAS DE TV DE PAGO; recaída en el procedimiento de determinación de tarifas (E 2017/002), entre Telefónica SAU y EGEDA; desestimando todos los pedimentos del suplico de la demanda.

Se imponen a la recurrente las costas procesales, hasta un máximo de 1.500 euros, por todos los conceptos, para cada una de las partes demandadas (Administración, Telefónica y EGEDA).

Contra la presente resolución cabe recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 LJCA, con justificación expresa del interés casacional objetivo que revista.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2420-0000-93-0620-22 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2420-0000-93-0620-22 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia desestimatoria firmado electrónicamente por RAMÓN FERNÁNDEZ FLOREZ (PON), M^a TERESA DELGADO VELASCO (PSE), CRISTINA CADENAS CORTINA, JOSE RAMON GIMENEZ CABEZON, LUIS FERNÁNDEZ ANTELO

Nº de Expediente: E/2017/002

Tipo de procedimiento: Determinación de tarifas

**A LA SECCIÓN PRIMERA DE LA
COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

D. Miguel Langle Barrasa, actuando en nombre y representación de **Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A.** (ATRESMEDIA) según escritura de poder adjunta, con domicilio a efectos de notificaciones en Avenida Isla Graciosa, 13, San Sebastián de los Reyes, 28703 Madrid, ante esta Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (en adelante "Sección Primera") en procedimiento de determinación de tarifas (Expediente E/2017/002, en adelante el "Expediente") comparece y, como mejor proceda en Derecho,

EXPONE

PRIMERO.- Que mediante escrito de 2 de julio de 2018 notificado a esta parte el 6 de julio de 2018 se nos requirió para aportar, en el plazo máximo de un mes a partir del día siguiente a la recepción de la notificación, la siguiente información:

"Información sobre la intensidad real de uso de las obras y grabaciones audiovisuales protegidas por derechos de propiedad intelectual en los siguiente canales: Antena 3, Neox, Nova, Atraserries, La Sexta y Mega"

Especificando en nota a pié de página que: *"Se entenderá por intensidad de uso el porcentaje en tiempo de explotación de obras o grabaciones audiovisuales protegidas respecto del tiempo total de la emisión de la totalidad de canales señalados".*

A su vez, el artículo 86 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (en adelante "TRLPI"), define las obras audiovisuales como *"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 medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras."* La definición de las grabaciones audiovisuales se contiene en el artículo 120.1 del TRLPI en cuya virtud: *"Se entiende por grabaciones audiovisuales las fijaciones en 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."*

SEGUNDO.- En cumplimiento del citado requerimiento, y atendiendo a las definiciones legales de obras y grabaciones audiovisuales, les señalamos que el 100% del tiempo total de emisión de nuestros canales se corresponde con tiempo de explotación de obras o grabaciones audiovisuales protegidas ya que todo el contenido que emitimos son obras o grabaciones audiovisuales protegidas e incluso, y de conformidad con los artículos 126 y 127 del TRLPI, la protección se extiende a la totalidad de nuestras emisiones en nuestra condición de entidades de radiodifusión.

Para mayor claridad aportamos el siguiente desglose de nuestras emisiones de la totalidad del año 2017 distinguiendo la intensidad de la emisión correspondiente a obras audiovisuales estrictamente, restantes grabaciones audiovisuales (que no sean obras audiovisuales), y grabaciones u obras audiovisuales publicitarias:

2017	% Obras audiovisuales	% Grabaciones audiovisuales	% Publicidad
Antena 3	24%	61%	15%
Neox	67%	19%	14%
Nova	61%	26%	13%
Atreseries	57%	29%	14%
La Sexta	15%	70%	15%
Mega	63%	23%	14%

Por lo expuesto,

SOLICITA que se tenga por presentado este escrito y por cumplido el requerimiento de información realizado a ATRESMEDIA

Madrid, 3 de agosto de 2018



Fdo: Miguel Langle

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

C/ General Castaños, 1 , Planta Baja - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2022/0055986

Procedimiento Ordinario 755/2022

Demandante: TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U.

PROCURADOR D./Dña. GLORIA TERESA ROBLEDO MACHUCA

Demandado: MINISTERIO DE CULTURA Y DEPORTE

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

AGEDI

PROCURADOR D./Dña. ADELA CANO LANTERO

AIE

PROCURADOR D./Dña. SILVIA URDIALES GONZALEZ

EGEDA

PROCURADOR D./Dña. MARTA CENDRA GUINEA

VODAFONE ONO, S.A.U.

PROCURADOR D./Dña. ASCENSION DE GRACIA LOPEZ ORCERA

SENTENCIA Nº 35

Presidente:

D./Dña. Mª TERESA DELGADO VELASCO

Magistrados:

D./Dña. CRISTINA CADENAS CORTINA

D./Dña. RAMÓN FERNÁNDEZ FLOREZ

D./Dña. JOSE RAMON GIMENEZ CABEZON

D./Dña. LUIS FERNÁNDEZ ANTELO

En la Villa de Madrid a veinticinco de enero de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente **recurso contencioso-administrativo núm. 755/2022**, interpuesto por interpuesto por la Procuradora Sra. Robledo Machuca en representación de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.**, contra Resolución de 23 de julio de 2020 de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (SPCPI), dictada en expediente de determinación de tarifas. Como parte recurrida la Administración demandada representada y defendida por el Abogado del Estado. Y como parte codemandadas AIE, EGEDA, VODAFONE ONO, S.A.U., todas debida y legalmente representadas.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- Interpuesto el recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, tramitado en su Sección 6ª con n. 993/2020, y seguidos los trámites establecidos en la Ley reguladora de esta Jurisdicción, se emplazó a la parte actora para que formalizara la demanda lo que verificó mediante escrito en el que después de exponer los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que se dicte Sentencia estimando el recurso y que se declare la nulidad de pleno Derecho de la resolución recurrida o subsidiariamente su anulabilidad, condenando a la Administración a dictar una nueva resolución conforme a los fundamentos primero a séptimo de su escrito o subsidiariamente que se declare su anulabilidad respecto a la tarifa fijada por la resolución y se determine que sea aplicable desde el 22 de junio de 2016, fecha en que se notifica el catálogo de tarifas generales de 2016 de EGEDA al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

SEGUNDO- Se plantearon alegaciones previas por el Abogado del Estado relativas a la falta de competencia de la Sala que fueron resueltas por Auto de 13 de julio de 2022 y remitidas las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso-administrativo.

TERCERO- El Abogado del Estado contesta la demanda mediante escrito en el que después de exponer los fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que se dicte Sentencia desestimando el recurso.

CUARTO- La Procuradora Sra. URDIALES GONZÁLEZ en representación de ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, EGDPI (AIE) se opone a la demanda y solicita la desestimación del recurso.

QUINTO- La Procuradora Sra. Cendra Guinea en representación de EGEDA, ENTIDAD DE GESTION DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES se opone a la demanda y solicita la desestimación del recurso.

SEXTO- Se rechazó el recurso interpuesto por la Procuradora Sra. Cano Lantero en representación de AGEDI, por su posición procesal.

La Procuradora Sra. López Orcera en representación de VODAFONE ONO S.A.U. se tuvo por personada, sin otra actuación.

SÉPTIMO- Finalizada la tramitación, quedó el pleito pendiente para deliberación y fallo, señalándose la audiencia del día 24 de enero de 2024, teniendo lugar así.



Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Doña Cristina Cadenas Cortina, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- El presente recurso contencioso-administrativo fue interpuesto por la Procuradora Sra. Robledo Machuca en representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. contra Resolución de 23 de julio de 2020 de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (SPCPI), dictada en expediente de determinación de tarifas E/2017/002 iniciado por Telefónica el 31 de julio de 2017 frente a la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA)

El procedimiento se inicia a instancia de Telefónica para determinar la tarifa general por el uso de plataformas audiovisuales en plataformas de televisión de pago por medio de retransmisión aprobada por EGEDA en 2016

En base al RD 1023/2015 se tramita el procedimiento, dando traslado a la entidad para que presentara alegaciones, con aportación de documentación por la entidad, y constanding alegaciones de varias empresas: VODAFONE, ORANGE y con intervención de AGEDI y AIE así como de la Sociedad General de Autores

La resolución parte del procedimiento para determinación de tarifas en revisión de las establecidas por la entidad EGEDA en junio de 2016 “para el cobro de los derechos de remuneración correspondientes a los actos de comunicación pública en la modalidad de retransmisión de grabaciones audiovisuales”, debido a la falta de acuerdo.

La ley 21/2014 modifica el TRLPI y EGEDA estableció tarifas generales para todo el sector en junio de 2016 de conformidad con el art. 157.1b) del texto, art. 164.3 según el vigente. Y TELEFÓNICA se opone a éstas en base a que EGEDA ha establecido las tarifas de televisión por cable y los de retransmisión a través de satélite han tenido lugar a través de otra empresa que fue adquirida por Telefónica en 2015. Y han quedado fuera de la gestión de EGEDA. A ello se ha opuesto EGEDA pues entiende que su ámbito de gestión abarca actos de retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales en cualquier modalidad.

Sobre tales planteamientos, la resolución tiene en cuenta las posiciones de las partes Y parte de que se trata de determinar las tarifas generales aplicables a los actos de comunicación pública en la modalidad de retransmisión por cable de obras y grabaciones audiovisuales correspondientes a los productores de grabaciones audiovisuales en virtud del art. 122 del TRLPI.

Se analiza el concepto y alcance del derecho de “productores de grabaciones audiovisuales” y se examina si la gestión colectiva por parte de EGEDA se circunscribe a la determinación de tarifas correspondiente al derecho de remuneración por actos de transmisión por cable o se extiende a la comunicación por satélite de actos y grabaciones audiovisuales.

El repertorio de EGEDA se forma por todo tipo de grabaciones audiovisuales sean o no obras audiovisuales. Y se examina el concepto de “grabación audiovisual”. Las partes han aportado diversos informes técnicos cuyo contenido es valorado por la SPCPI

Se considera que se incluyen todas las grabaciones audiovisuales pues todos los audiovisuales incluidos tienen la consideración de obras o grabaciones y estarían protegidos por los derechos de propiedad intelectual.



Se analiza (punto 103) si la producción audiovisual de un acontecimiento o programa en directo puede considerarse grabación audiovisual (art 120 y ss.) o sólo emisión o transmisión de un organismo de radiodifusión protegible por el derecho de los arts. 126 y 127.

Se analiza la doctrina y Jurisprudencia de la Sala Primera del TS que distingue entre cesionario de derechos exclusivos sobre partidos de fútbol y la entidad u organismo encargado de la producción audiovisual del evento deportivo, que puede emitir el mismo. Y se reconoce una actividad previa de grabación audiovisual.

Por ello, la SPCPI asume que durante un proceso técnico de emisión o transmisión de acontecimientos tiene lugar una sucesión de grabaciones o fijaciones de imágenes y sonidos captadas por las cámaras de video que pueden ser provisionales o permanentes (pto.118) por tanto se considera que los organismos de radiodifusión encargados de la producción audiovisual de programas y acontecimientos en directo realizan una fijación o grabación permanente de las imágenes y sonidos que son objeto de almacenamiento antes de proceder a su emisión. Hay un proceso de producción audiovisual mediante esta fijación siempre y cuando el organismo responsable del proceso de emisión o transmisión lleve a cabo una fijación previa de carácter permanente momentos antes de lanzar la señal al público. Lo que es generalizado en la actualidad. Se atribuye el derecho conexo del art. 120 a 125 a los productores de grabaciones audiovisuales.

Y ello indica que los organismos de radiodifusión podrán exigir un canon de licencia por la retransmisión de sus señales pero no por los contenidos audiovisuales incluidos en los programas ya emitidos, ya que éstos son objeto del derecho de los productores en base a estos preceptos. Hay organismos de radiodifusión que además de la señal televisiva, producen sus propios contenidos audiovisuales. Y otros se limitan a adquirir contenidos producidos por terceros

Así, cuando una televisión por cable o satélite realiza actos de retransmisión de los canales de televisión emitidos o transmitidos por organismo de radiodifusión debe abonarse el derecho de remuneración del art. 122.2 para los productores de grabaciones audiovisuales, considerando como grabaciones audiovisuales tanto los programas preproducidos como los programas en directo.

La intensidad de uso del repertorio de EGEDA se acerca al 100 por 100 y se considera que el art 120 reconoce un derecho de propiedad intelectual propio a los productores audiovisuales sobre sus grabaciones, con independencia de que puedan calificarse o no como obras audiovisuales.

Se centra el tema en el art. 20.2f) : actos de retransmisión de grabaciones audiovisuales contenidas en emisiones o transmisiones de televisión, por entidad distinta al de origen, que tengan lugar mediante comunicación inalámbrica, vía hertziana, o satélite, o por actos de comunicación por cable, hilo, fibra óptica o cualquier otro análogo, sea o no mediante abono.

Se produce acuerdo entre las partes sobre que las tarifas generales se dirigen a remunerar el uso de grabaciones audiovisuales en los actos de retransmisión por plataformas de TV por cable, pero discrepan sobre si estas tarifas se aplican a actos de retransmisión por parte de plataformas de televisión de pago por satélite. EGEDA es la única entidad facultada para gestionar los derechos de productores audiovisuales en España

La resolución considera tras un examen pormenorizado que el régimen de gestión colectiva consolidado en el sector de la retransmisión por cable se extiende de facto al sector de retransmisión por satélite, sobre todo si un mismo operador explota la misma programación por los dos sistemas. Y se analiza la Directiva 2019/789, de modo que se



amplía el régimen de gestión colectiva de las autorizaciones de actos de retransmisión por cable de obras y prestaciones afines a cualesquiera otros medios técnicos de retransmisión.

En fin, se considera que el repertorio de EGEDA sobre grabaciones audiovisuales objeto de retransmisión por las televisiones de pago es universal.

En cuanto a la determinación de tarifas se examina la competencia de la SPCPI y parte de los criterios legales para ello. Se recogen una serie de fundamentos sobre este punto y finalmente se determina la tarifa controvertida, que en base al art 194.2 del TRLPI y art. 24.2 del RD 1023/2015 será aplicable desde su publicación y se corrigen las tarifas generales aprobada por EGEDA con efectos ex nunc y erga omnes desde el día siguiente al de su publicación en el BOE, sin afectar los acuerdos que hayan alcanzado anteriormente EGEDA y los usuarios en uso de la autonomía de su voluntad.

Contra la citada resolución se interpuso recurso contencioso-administrativo. La demanda expone el punto de partida, tarifas fijadas por EGEDA en 2016 y negociaciones previas al expediente.

Aduce, en primer lugar, que la resolución se apoya en una prueba irregularmente admitida. Y se refiere a que se basa en un informe admitido extemporáneamente. Alega el art. 24 del RD 1023/2015, puntos 5 a 9. Y el informe RAMOS-FEIJÓO no fue objeto de ratificación ni hubo acta levantada y se produce un vicio de forma que lesiona el derecho de defensa del art. 24 pues se ha aceptado extemporáneamente, se ha otorgado un plazo no viable y se ha privado de la facultad de interrogar al perito, quebrantando el derecho de igualdad de partes, y ello es susceptible de nulidad.

En segundo lugar, entiende que se ha mutado ex officio el objeto del procedimiento. Y aduce que la negociación previa no se había proyectado sobre la modalidad de retransmisión por satélite. Porque el derecho de retransmisión por este medio no había sido objeto de armonización por la Directiva 93/83. Aduce que son las partes quienes delimitan el objeto del conflicto. Y entiende que la SPCPI carece de atribuciones para extender el tema a la tarifa por satélite

Alega en tercer lugar, que la resolución excede del ámbito de competencia de la SCPCI puesto que interpreta aspectos jurídico-civiles que afectan al objeto del derecho cuando se dedica a interpretar el concepto de grabación audiovisual.

En cuarto lugar, se yerra al interpretar este concepto. Y al respecto rechaza los argumentos de valorar lo calificado por organismos de radiodifusión, cuestiona la doctrina alemana tenida en cuenta y la sentencia 439/2013 del TS, Sala Primera no versaba sobre este punto. Y aduce que el concepto asumido carece de respaldo. No ha tenido en cuenta el informe de la CNMC, que excluye informativos, deportes, debates, de este concepto.

Se refiere al concepto y opinión de la doctrina, e insiste en la ausencia de precedentes jurisprudenciales. Se centra en el concepto del art. 120.1 del TRLPI en relación con el art. 19.1 y otros preceptos. Se refiere a la Convención de Roma de 26 de octubre de 1961 y la Directiva 2006/115. Aduce que hacer equivalente una fijación como acto de reproducción a una grabación como objeto protegible es contrario al Derecho de la UE. Y se refiere al apartado 119 y cita Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 2020. Entiende que la grabación no puede confundirse con meros actos de reproducción acaecidos en el transcurso de un proceso de emisión en directo de una señal televisiva.

El término “grabación” difiere del de “reproducción” y entiende que el criterio de la SPCPI es contrario a la reciente jurisprudencia del TJUE de modo que puede contravenir el derecho de la UE al entender que es grabación lo que solo es un acto de reproducción de carácter instrumental y efímero.

Entiende que se ha forzado el concepto de grabación y esto repercute en la tarifa, que no puede asumirse sin asumir aquel concepto. Aduce que el concepto acogido carece



de respaldo desde un punto de vista técnico. Se refiere al informe emitido por Don José Manuel Menéndez que cuestiona el Informe Ramos Feijoo tenido en cuenta.

En fin, entiende que la SPCPI ha realizado una interpretación del concepto de grabación audiovisual arbitraria y que carece de respaldo técnico, lo que determina su invalidez.

Añade en siguiente lugar, que la resolución realiza una interpretación contra legem del régimen de gestión colectiva del derecho exclusivo de retransmisión satelital que excede de sus competencias. Lo que conduce a reconocer unos derechos sin requisitos para ello.

En sexto lugar, aduce que se vulnera el art. 164.3 del TRPI al no captar adecuadamente los ingresos vinculados a la explotación del repertorio. De modo que la taifa sobre pondera los ingresos vinculados al repertorio de EGEDA

Alega en siguiente lugar que se fija un tipo tarifario arbitrario que sobreponer los ingresos vinculados con la explotación del repertorio. Y se infringen el art. 164.3

Y de manera subsidiaria se limita temporalmente la tarifa con criterio contrario a Derecho. Y entiende que se confunde la entrada en vigor de la resolución con la eficacia temporal, vulnerando el art. 194.3 del TRLPI y se refiere a la DT segunda de la ley 21/2014 que proporciona unas pautas que se han desatendido. Se remite a la propuesta en su día emitida y entiende que la tarifa debe ser eficaz desde el 22 de junio de 2016 fecha de aprobación por EGEDA de las tarifas generales.

Solicita la estimación del recurso en los términos expuestos.

SEGUNDO- El Abogado del Estado contesta la demanda y rechaza en primer lugar el argumento relativo a la prueba irregularmente admitida. Se centra en los antecedentes y fechas y en el momento de la aportación del informe del que se dio traslado a Telefónica, y sobre el que formuló alegaciones en escrito de 26 de julio de 2019 y aportó un contrainforme. También formuló alegaciones en conclusiones respecto a la prueba. Se refiere a que en defecto de norma concreta es aplicable la ley 39/2015. Art. 76 y en todo caso, aduce que no se ha causado indefensión, por lo que es aplicable el art. 48.2 de la ley 39/2015. Si bien se aportó el informe fuera de plazo, se dio traslado para alegaciones y se hizo así. Y además la parte ha podido contradecir el informe.

No se ha mutado el objeto del procedimiento. El tema fue objeto de debate y se refiere al punto 158 de la resolución, que resume las posiciones de las partes. Se remite al art. 88.1 de la ley 39/2015. Y aduce que TELEFONICA en todo el debate no planteó problema sobre este punto, y realizó objeciones de fondo sobre la extensión de la tarifa a la retransmisión por satélite.

El tema no excede del ámbito de la SPCPI y se remite a los puntos 252 a 261 de la resolución. Y la controversia se centra en si la retransmisión de eventos en directo debe o no ser considerada grabación audiovisual. La definición previa de los conceptos es imprescindible.

Se refiere al concepto de grabación audiovisual, párrafos 66 a 146, y cita el art. 120.1 del TRLPI. En cuanto a las alegaciones de Telefónica, se refiere a la resolución de 2 de marzo de 2012 de la CNC y el informe de 28 de noviembre de 2019 de la CNMC. Este fue requerido por la SPCPI y es potestativo y no vinculante.

No se aprecia cambio de criterio de EGEDA y se hace referencia a las distintas opciones vertidas. Y a la evolución tecnológica que ha permitido la fijación simultánea de los programas en directo, por lo que su subsunción en el concepto del art. 120.1 es clara.



Y añade que en resolución de 24 de febrero de 2022 se mantiene el criterio, y detalla los derechos en juego en la emisión de eventos en directo que cobra forma en sentencias dictadas por Audiencias Provinciales. Y además en la resolución se hace un análisis del proceso técnico

En cuanto al derecho a la comunicación pública de los productores de grabaciones audiovisuales en la modalidad de retransmisión por satélite, se remite a la resolución y al art. 122 del TRLPI y en este caso solo interesan los actos de comunicación al público de grabaciones audiovisuales incluidas en el art. 20.2 f) del TRLPI.

Se refiere al catálogo de tarifas aprobado en junio de 2016 y se incluye la retransmisión alámbrica e inalámbrica y la recurrente realiza actos de retransmisión por vía satélite con su plataforma MOVISTAR +

En el caso de la retransmisión por satélite las plataformas deberían gestionar cada autorización lo que es inviable. Por ello es extensible el régimen de gestión colectiva consolidado en el sector de transmisión por cable. Punto 202. Y esto es una posibilidad contemplada en el TRPLI.

Rechaza infracción del art. 164.3 del TRLPI en la determinación de la tarifa, tema examinado en la resolución, y en cuanto a la sobreponderación de ingresos vinculados a la explotación de repertorio de EGEDA y se remite para rebatir este punto a lo expuesto en la resolución.

En cuanto a la limitación temporal de la tarifa, se centra en el art. 194.3 del TR que remite al día siguiente al de la publicación para la fijación de las tarifas. Y en igual sentido el art. 24.2 del RD 1023/2015 y se rechaza que una eventual retroacción de la tarifa no puede lesionar interés legítimo puesto que supondría un perjuicio para titulares de derechos gestionados por EGEDA.

TERCERO- La Procuradora Sra. Urdiales González en representación de ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES EGDPI (AIE) contesta la demanda. Se centra en el argumento relativo al concepto de grabación audiovisual. Se remite a la resolución, y a otras resoluciones que han mantenido el criterio, considerando que es doctrina firme y consolidada. Y aduce que la recurrente pretende una rebaja tarifaria.

Se refiere al concepto de “fijación audiovisual” prevista en el art. 2 del Tratado de Beijing sobre interpretación y ejecuciones audiovisuales, de 24 de junio de 2012. Emplea el sustantivo fijación y no grabación lo que implica la primera reproducción de una imagen actuación o interpretación susceptible de fijación. Es decir lo relevante es la idea de “incorporación” que es la premisa para realizar la edición de la misma Se remite al informe técnico de Ramos y Feijóo y cita sentencias del TS o STJUE de 4 de octubre de 2011.

Solicita la desestimación del recurso.

CUARTO- La Procuradora Sra. Cendra Guinea en representación de EGEDA, ENTIDAD DE GESTION DE LOS DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES contesta la demanda y rebate los argumentos de la misma. Se refiere a los informes emitidos durante la fase de instrucción al amparo del art. 23.2 del RD 1023/2015.

Se refiere a los Estatutos de EGEDA, como entidad autorizada para la gestión de la retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales por cualquier medio, alámbrico o inalámbrico. Se refiere a sus tarifas, epígrafe 1 que hace referencia a la “retransmisión” y



la tarifa que debe fijar la SPCPI es la de retransmisión para los usuarios y como gestiona la retransmisión por cualquier procedimiento, se incluyen todos. Y la propia recurrente hace retransmisión alámbrica e inalámbrica, vía satélite.

En cuanto al ámbito competencial, aduce que la propia recurrente se refiere a la interpretación del concepto cuya competencia cuestiona. Entiende que la SPCPI ha actuado dentro de sus competencias, puesto que tiene facultades de analizar y tratar determinados problemas de propiedad intelectual, y para determinar las tarifas, que es lo solicitado, se refiere a los derechos de gestión colectiva obligatoria y voluntaria. Y deben observarse los criterios del art. 164.3 por lo que es preciso solventar problemas relativos a la propiedad intelectual. Y es imprescindible efectuar ese pronunciamiento para determinar las tarifas.

En siguiente lugar, se refiere a la interpretación del concepto “grabación audiovisual”. EGEDA es la única entidad autorizada para la administración de los derechos de los productores audiovisuales, y gestión a los mismos, entendiendo por obras audiovisuales lo dispuesto en el art. 86 del TRLPI y se refiere a los contenidos que se transmiten o emiten por televisión que son obras o grabaciones audiovisuales. No es posible la difusión si no es a partir de una fijación. Todo lo que se difunde son obras o grabaciones incluidos los programas o eventos en directo.

Se encargó un informe que se ha aportado en el procedimiento y que se centra en este punto. Hay tres fases en el proceso técnico: captación y procesado inicial de la información, se almacena las secuencias de imágenes de modo que la grabación conlleva un primer procesado de la información. La segunda, de adaptación y producción, tiene lugar en el mezclador de video y en el sistema de control central, y la tercera fase efectúa una quinta fijación, grabación audiovisual, para realizar el procesado consistente en comprensión, codificación, modulación y amplificación de la información.

Cuestiona el informe Menéndez aportado y aporta a su vez un informe del Ingeniero Sr. Oliver Segura.

Se refiere a que la SPCPI no comparte el criterio de la CNMC y al contenido de su informe, que no es vinculante. La CNMC tiene una determinada competencia sobre el derecho de propiedad intelectual.

No existe un cambio de criterio de EGEDA. Y cuestiona los temas doctrinales planteados, se remite a lo expresado en la resolución y hace hincapié en la emitida en fecha 24 de febrero de 2022 recaída en expediente de determinación de tarifas.

Entiende que la interpretación sostenida es conforme a Derecho.

Se refiere al concepto de grabaciones previas a las transmisiones o emisiones que no es el tema tratado en la Convención de Roma al que se hace referencia.

Rechaza que se realice una interpretación contra legem del régimen de gestión colectiva obligatoria del derecho exclusivo de retransmisión satelital. Este derecho está en el epígrafe 1 del Catálogo de tarifas de EGEDA y el fundamento de la gestión colectiva es la grave dificultad o imposibilidad de la gestión individual del derecho por el titular. Se refiere a la Directiva 789/2019 incorporada por RDLy 24/2021, cuyo art. 77 regula el tema y EGEDA es la única autorizada.

Rechaza la infracción del art. 164.3 del TRLPI, el repertorio de EGEDA es universal a excepción de vídeos musicales.

Entiende que no procede imponer los ajustes pretendidos sobre la base de las ofertas básicas de 2016 y 2017 siendo que la oferta incorpora canales Premium y en particular el canal BEIN LA LIGA. La metodología empleada por la SPCPI se fundamenta en información de precios de mercado reales y no en contenidos que deberían haber incluido o no en las ofertas, y la metodología de la actora infraestima los ingresos



vinculados a la explotación de EGEDA. La metodología propuesta por la SPCPI sólo analiza los precios de las ofertas básicas de televisión por pago, que contienen canales premium de menos valor añadido. No incluye el resto de ofertas de mayor previsto. Aporta informe pericial económico

En cuanto al motivo subsidiario, se remite al tenor literal del art. 194.3 del TRLPI.

QUINTO- La resolución impugnada, de fecha 23 de julio de 2020, contiene una serie de pronunciamientos que deben destacarse para centrar el tema, y sin perjuicio de otros fundamentos que se detallarán en su momento. Y en concreto:

“Objeto del procedimiento.

El presente procedimiento de determinación de las tarifas de la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (en adelante EGEDA) para operadores de televisión de pago (E/2017/002) ha sido instado a solicitud del usuario de derechos de propiedad intelectual, TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. (en adelante TELEFÓNICA), solicitando de esta SPCPI una determinación de tarifas generales en revisión de las establecidas por la entidad de gestión EGEDA, en el mes de junio de 2016, para el cobro de los derechos de remuneración correspondientes a los actos de comunicación pública en la modalidad de retransmisión de grabaciones audiovisuales(ff.11 a 194)....

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

66. EGEDA es la entidad de gestión colectiva que gestiona los derechos de los productores de obras y grabaciones audiovisuales. EGEDA actúa como monopolio de hecho en el sector, al ser la única entidad encargada de la gestión colectiva de este derecho conexo en España.

67. Según dispone el artículo 120.1 TRLPI, se entiende por grabaciones audiovisuales las fijaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del artículo 86TRLPI.

68. El artículo 120.2 TRLPI define al productor de una grabación audiovisual como la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de realizar grabaciones audiovisuales.

69. El derecho conexo de los productores de grabaciones audiovisuales protege, por tanto, no una creación intelectual audiovisual sino una producción o prestación industrial. No se está premiando la actividad creativa sino el esfuerzo inversor realizado para obtener una producción industrial. Y es así independientemente de si el objeto de la grabación o fijación es una obra audiovisual original o no. En el caso de que el objeto de la grabación sea una obra audiovisual, por el contrato de producción de la obra audiovisual se presumen cedidos en exclusiva al productor los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtítulo de la obra, ex artículo 88.1TRLPI. Lo mismo sucede con los derechos de los intérpretes y ejecutantes, ex artículo 108.2 TRLPI, produciéndose así una acumulación y centralización de derechos de explotación (de autor y conexos) en la persona del productor...

70. En consecuencia, el repertorio de EGEDA está formado por todo tipo de grabaciones audiovisuales, sean éstas o no obras audiovisuales.

71. Una grabación audiovisual requiere la “fijación” de un plano o secuencia o serie de imágenes, con o sin sonido, a un soporte, independientemente de la naturaleza del mismo. El artículo 86.1 TRLPI, al definir las obras audiovisuales como creaciones expresadas mediante imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, destinadas



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

72. La grabación constituye así la “primera fijación” de un plano o secuencia de imágenes en un soporte material o inmaterial, analógico o digital, que requiere un aparato de proyección o cualquier otro medio técnico de exteriorización de la imagen o sonido para ser perceptible por el público. No lo dice el artículo 120.1 TRLPI, pero es inherente al concepto mismo de grabación audiovisual y en todo caso se deduce a partir del artículo 121 TRLPI, que distingue entre la primera fijación de la grabación audiovisual y las copias o reproducciones que pueden efectuarse a partir de la misma. Así, la grabación constituye la “copia cero” a partir de la cual se podrán realizar actos de emisión o transmisión y posteriores actos de reproducción.

73. Como apunta la doctrina científica, la grabación audiovisual será única, aun cuando esté compuesta por varios planos o secuencias, siempre que éstos respondan a un proyecto, una intención y una inversión comunes, siendo irrelevante que dichos planos o secuencias se sucedan de acuerdo con un orden predeterminado o no; lo relevante es que las imágenes tengan un carácter secuencial, agrupando planos o secuencias ordenadas, aun cuando el orden de sucesión de los mismos pueda variar (cfr. GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso, “Comentario al artículo 120”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Rodrigo, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pg. 1723).

74. Llegados a este punto, a efectos del presente procedimiento es importante determinar si los eventos en directo (acontecimientos deportivos, informativos, ruedas de prensa, magazines, programas de entretenimiento, etc.) que son objeto de emisión o transmisión por canales de televisión pueden ser calificados como grabaciones audiovisuales y, en consecuencia, quedar incluidos dentro del ámbito del derecho conexo de los productores audiovisuales.

75. Con el propósito de medir la intensidad de uso del repertorio de EGEDA por parte de las televisiones de pago, en particular Movistar +, TELEFÓNICA excluye los eventos en directo del concepto de grabación audiovisual, al considerar que no se trata de “fijaciones” en el sentido de “eventos grabados”. De tal manera, siempre según su interpretación, el grado e intensidad de uso del repertorio de EGEDA sería medio en los canales generalistas y nulo o casi inexistente en aquellos canales de televisión retransmitidos que tengan un elevado porcentaje de contenidos deportivos o informativos (f.116)...

77. EGEDA afirma que los eventos en directo emitidos o transmitidos por organismos de radiodifusión son fijaciones de un plano o secuencia o serie de imágenes en el sentido del artículo 120.1 TRLPI. Para justificar su posición aporta al procedimiento un informe técnico intitulado “Análisis del proceso de retransmisión de un evento en directo y su relación con el concepto de grabación audiovisual”, elaborado por los Doctores Ingenieros de Telecomunicaciones Sres. Sergio Ramos y Claudio Feijóo (ff.3903 a 3917)...

82. En el informe técnico aportado por EGEDA se describe el proceso de difusión televisiva de eventos en directo, afirmando, en síntesis, que el citado proceso parte de la captación y procesado por las cámaras de vídeo de las sucesivas secuencias de imágenes del evento o acontecimiento, las cuales se envían (envío que se califica técnicamente como “retransmisión”, pero no en el sentido jurídico del art. 20.2 f. TRLPI) al centro de control



de producción, donde se realiza una selección de las imágenes y sonidos captados por las cámaras mediante un mezclador de vídeo y se lleva a cabo una sincronización que luego se envía al sistema de control central, en el que se pueden añadir otras fuentes de información externas pregrabadas (como mensajes publicitarios y logotipos del organismo de radiodifusión) para finalmente emitir o transmitir la versión final a los usuarios finales (televidentes).

83. Según se expone en dicho informe, a lo largo del proceso se llevan a cabo varios actos de almacenamiento o grabación de imágenes y sonidos, sean temporales o permanentes.

Un primer almacenamiento y procesamiento en las cámaras de vídeo que captan las imágenes y sonidos en tiempo real. Se produce un segundo almacenamiento en el mezclador de vídeo, donde se seleccionan y combinan las imágenes y sonidos captados por las distintas cámaras de vídeo y se mezclan, en su caso, con otras fuentes externas. Una tercera grabación y procesamiento de imágenes tendría lugar en el sistema de control central antes de entregar la información audiovisual definitiva (el resultado final) a la fase de emisión o transmisión.

84. Según los técnicos que suscriben el informe, en todas y cada una de las fases de captación, procesado, adaptación, producción y emisión tiene lugar un almacenamiento temporal de imágenes y sonidos que puede ser permanente si el radiodifusor lo considera pertinente, siendo la información audiovisual almacenada una réplica digital de la información audiovisual original (analógica), tratándose en consecuencia de una grabación temporal o permanente, respectivamente, de la información audiovisual original (cfr. apartados 51 a 60 del informe).

85. Concluye el informe técnico recordando que toda la secuencia de imágenes es habitualmente grabada de manera permanente para el archivo de contenidos del productor audiovisual o para otros usos, incluyendo posibles requerimientos de otros agentes; en particular -dicen- se suele grabar la señal proveniente de cada una de las cámaras de vídeo, además de la secuencia de imágenes que finalmente se emite (cfr. apartado 61 del informe).

86. A partir de dicho informe EGEDA recuerda que la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual, obliga en su artículo 61.1 a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual a archivar todos los programas emitidos durante un plazo de seis meses a contar desde la fecha de su primera emisión, incluidas las comunicaciones comerciales, y a registrar los datos relativos a tales programas, quedando un gran número de estas grabaciones en los centros de documentación de los organismos de radiodifusión para su futura utilización una vez transcurrido el plazo de almacenamiento obligatorio legal...

91. En segundo lugar, TELEFÓNICA rebate la consideración de las grabaciones realizadas durante el proceso de emisión de eventos en directo como fijaciones o grabaciones audiovisuales, aportando un informe técnico en el que, en síntesis, se concluye que el proceso técnico de emisión de la señal de televisión de un evento en directo no se debe confundir con el de producción de una grabación audiovisual, siendo dos objetos diferentes por más que puedan encontrarse elementos comunes en su proceso de elaboración.

92. En el informe técnico de TELEFÓNICA se afirma que la emisión de la señal de televisión de un evento en directo se realiza sin que medie el uso de una grabación audiovisual, sin perjuicio de que cuando el evento se emite en diferido se emplee una grabación audiovisual del mismo posterior al proceso de emisión en directo. Los almacenamientos de imágenes y sonidos que tienen lugar durante el proceso de captación



y emisión de imágenes de eventos en directo son para los peritos de TELEFÓNICA meros “episodios técnicos” provisionales, automáticos y ejecutados en el interior de un dispositivo (cámara de vídeo, mezclador de vídeo, control central, centro de emisión) que son inherentes o propios del proceso de generación de la señal por primera vez y que no son visibles para el televidente, realizándose el procesado técnico de imágenes y sonidos para la generación de la emisión de la señal durante un periodo de apenas unos segundos - conocido como “latencia”- que produce un leve retraso indeseado entre el evento real y su visionado en la pantalla del televisor, pero que de ningún modo significa ni que el evento deje de emitirse en riguroso directo ni que se utilice una grabación audiovisual, no siendo un efecto buscado sino un efecto insuperable en el estado actual de la técnica....

95. Para resolver adecuadamente todas las cuestiones planteadas en el procedimiento, esta SPCPI tiene que pronunciarse sobre una cuestión sumamente controvertida tanto desde el punto de vista técnico como jurídico. Cuestión ésta que no ha sido objeto de un debate profundo entre la doctrina científica española ni se ha llegado a plantear abiertamente hasta el momento ante los tribunales de justicia de nuestro país...

118. Pues bien, a la vista de todo lo expuesto y a los efectos requeridos en este procedimiento, esta SPCPI asume que durante un proceso técnico de emisión o transmisión de acontecimientos o eventos en directo, independientemente de su naturaleza, tiene lugar una sucesión de fijaciones o grabaciones de las imágenes y sonidos captadas por las cámaras de vídeo, que pueden ser provisionales o permanentes, sirviendo las provisionales o transitorias a fines instrumentales de la secuencia de procesamiento, mezcla y edición de las imágenes y sonidos que finalmente son objeto de emisión o transmisión al público previa fijación o grabación en el centro de producción/edición; grabación esta última, de carácter permanente, que constituye una primera fijación del acontecimiento en directo según va transcurriendo en el momento inmediatamente anterior a la emisión o transmisión de la señal y que, por tanto, puede ser considerada una grabación audiovisual protegible por el derecho conexo de los productores audiovisuales de los artículos 120 y ss. TRLPI, cuyo titular sería el organismo de radiodifusión responsable de la producción del evento en directo.

119. Se podrá argüir que la grabación o fijación sólo tiene lugar, en su caso, sobre la emisión o señal radiodifundida, es decir, a posteriori; pero este órgano entiende que los distintos pasos que se suceden en el proceso técnico preparatorio de la emisión de eventos o programas en directo (captación, procesamiento, mezcla y producción o edición) revelan que tiene lugar un auténtico proceso de producción por parte del organismo de radiodifusión que emite acontecimientos en directo, produciéndose fijaciones o grabaciones provisionales y permanentes simultáneas o cuasi-simultáneas al transcurso real del evento en directo. Es decir, la grabación del acontecimiento en directo va progresando, teniendo lugar una fijación definitiva en el centro de producción justo antes de la emisión o transmisión al público, produciéndose así en todo caso un almacenamiento del material audiovisual (las imágenes y sonidos) captado por las cámaras antes de la emisión o transmisión de la señal, completándose la grabación al final del programa o acontecimiento.

120. En suma, a los fines de las cuestiones que han de dilucidarse en este procedimiento para determinar la tarifa general por retransmisión de contenidos audiovisuales por parte de las televisiones de pago, esta SPCPI considera que los organismos de radiodifusión encargados de la producción audiovisual de programas y acontecimientos en directo realizan una fijación o grabación permanente de las imágenes y sonidos, que son objeto de almacenamiento en el centro de producción televisiva, antes de



proceder a su emisión o transmisión unos segundos después de lo que realmente está aconteciendo en directo.

121. Lo anterior resulta compatible con el hecho de que el programa o evento completo sea objeto asimismo de una fijación o reproducción final de la totalidad del mismo, para facilitar su recuperación total o parcial en un momento posterior con fines de emisiones en diferido, elaboración de resúmenes, noticias de actualidad, etc. Así, la emisión simultánea o “en riguroso directo” parte de grabaciones del programa o acontecimiento según va desarrollándose, mientras que la emisión en diferido parte de una grabación de la totalidad del evento o programa una vez finalizado. Lo relevante es que para realizarla emisión o transmisión del evento o programa en directo, el organismo responsable lleva a cabo una actividad de producción que implica un riesgo, una inversión económica y una organización técnica (situación de las cámaras y equipos de sonidos, selección de imágenes, edición, etc.), siendo necesaria una primera fijación de las imágenes y sonidos según transcurren en directo para seleccionar las que van a ser emitidas, sin perjuicio -como se ha dicho- de la fijación de la totalidad del evento o programa a su finalización, que, realmente, no deja de ser una recopilación o suma del conjunto de fijaciones del material audiovisual captado por las cámaras y micrófonos que se han ido realizando en los equipos de almacenamiento a medida que va transcurriendo el evento o programa en directo.

122. Avalan el hecho de que se producen fijaciones en el proceso de captación y emisión o transmisión de imágenes y sonidos de acontecimientos en directo, las profusas repeticiones que se suelen ofrecer en tiempo casi real de lo acontecido en dicho evento (principalmente, pero no sólo, en acontecimientos deportivos).

123. Todos los argumentos expuestos permiten concluir a esta SPCPI, para los fines requeridos en el presente procedimiento, que tiene lugar un auténtico proceso de producción audiovisual mediante la fijación o grabación de imágenes y sonidos durante la captación, procesado, selección y emisión de imágenes y sonidos de acontecimientos y programas en directo, siempre y cuando el organismo responsable del proceso de emisión o transmisión lleve a cabo una fijación previa de carácter permanente en el centro de producción momentos antes de lanzar la señal al público; fijación que, como hemos dicho ya, entendemos que se lleva a cabo con carácter generalizado en la actualidad.

124. En consecuencia, es posible atribuir al organismo de radiodifusión responsable de la captación, grabación y emisión o transmisión de imágenes y sonidos de eventos en directo el derecho conexo de los productores de grabaciones audiovisuales previsto en los artículos 120 a 125 TRLPI. Sin perjuicio de que el mismo organismo radiodifusión responsable de la producción del evento en directo disponga también del derecho exclusivo de las entidades de radiodifusión sobre sus emisiones o transmisiones, es decir, sobre la señal propiamente dicha, recogido en el artículo 126 TRLPI; y de que pueda ejercerlo autorizando la retransmisión de sus emisiones o transmisiones por cualquier procedimiento técnico (artículo 126.1.d. TRLPI), exigiendo una contraprestación o no...

130. Llegados a este punto, es claro que hay organismos de radiodifusión que, además de responsables de la señal televisiva, producen sus propios contenidos audiovisuales, muchos de ellos eventos o programas en directo, reuniendo así la doble condición de titulares del derecho conexo sobre grabaciones audiovisuales y del derecho conexo de organismos de radiodifusión sobre sus señales televisivas. Mientras que otros organismos de radiodifusión se limitan a adquirir contenidos producidos por terceros para su emisión o transmisión por medios alámbricos o inalámbricos en su territorio nacional o hacia terceros países, en cuyo caso sólo serán titulares del derecho conexo sobre las



señales televisivas, buscando ingresos directos por la autorización para retransmitir su señal, como sucede con canales temáticos y deportivos o informativos, y/o indirectos por publicidad. Sirva como muestra de lo dicho el variopinto listado decanal recogido en la figura 10 del Informe motivado de TELEFÓNICA (ff.118-119)...

132. En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, TELEFÓNICA denuncia que con esta interpretación se estaría diciendo que a partir de un solo hecho generador pueden surgir a favor de un mismo sujeto sendos derechos de propiedad intelectual sobre dos bienes inmateriales diferentes, cuando la Ley no contempla la posibilidad de que, a favor de un mismo sujeto que desempeñe un único y mismo rol, surjan de un mismo hecho generador dos bienes inmateriales diferentes. Pero no sucede así con las grabaciones y emisiones de programas y eventos en directo, pues una cosa es el proceso técnico de fijación de imágenes y sonidos siguiendo un determinado patrón organizativo para la captación y selección de los mismos antes de su emisión (labor de producción audiovisual), y otra diferente es el proceso técnico de emisión o transmisión de esas imágenes y sonidos (labor de radiodifusión), por más que la primera actividad sirva necesariamente a la segunda. Son, por tanto, dos hechos generadores diferentes: la producción objeto de fijación y la emisión o transmisión. Y son diferentes también los objetos de protección: un bien inmaterial -la grabación- plasmado en un soporte, en el caso del derecho del productor de grabaciones audiovisuales (art. 120 TRLPI); un bien inmaterial -la señal radiodifundida- no fijado en un soporte, en el caso del derecho del organismo de radiodifusión sobre sus emisiones (art. 126 TRLPI), sean o no de su titularidad los contenidos o producciones audiovisuales objeto de la emisión.

133. Por lo tanto, una cosa es la protección de las señales emitidas o transmitidas por cualquier medio técnico y otra cosa es la tutela del contenido de esas señales...

139. En definitiva, cuando una televisión por cable o satélite realiza actos de retransmisión de los canales de televisión emitidos o transmitidos por organismos de radiodifusión, independientemente de que pueda o no pagar un canon de licencia en concepto de retransmisión de la señal al organismo de radiodifusión, ex art. 126 TRLPI, deberá abonar el derecho de remuneración previsto en el artículo 122.2 TRLPI para los productores de grabaciones audiovisuales contenidas en los programas incluidos en la señal televisiva y gestionado por EGEDA, sin que se pueda discriminar en función del contenido de los canales retransmitidos, ya que han de considerarse grabaciones audiovisuales incluidas en el repertorio de EGEDA tanto los programas preproducidos como los programas en directo. Por lo tanto, esta SPCPI entiende, a los fines de este procedimiento, que, a efectos del requisito de intensidad de uso, previsto en el artículo 157.1 b) TRLPI (actualmente artículo 164.3 TRLPI) como criterio orientativo para el establecimiento de tarifas generales, no puede aceptarse -como propone TELEFÓNICA que exista base para una reducción de la tarifa por producirse una utilización menor del repertorio de EGEDA en canales generalistas o canales deportivos y de información que emiten frecuentemente acontecimientos en directo.

140. La intensidad de uso del repertorio de EGEDA será prácticamente del 100 por 100 (salvo la parte, muy menor, que corresponde a AGEDI como entidad gestora de los "videoclips" en tanto que grabaciones audiovisuales realizadas por productores de fonogramas) en las actividades de retransmisión de los canales de televisión transmitidos o emitidos por medios alámbricos o inalámbricos por parte de organismos de radiodifusión nacionales o extranjeros, sea de forma gratuita o previo pago de un canon por parte de la entidad de retransmisión por el uso de la señal televisiva, ya que este Órgano considera -a los fines de fijación de la tarifa general por actos de retransmisión de grabaciones audiovisuales- que casi todos los contenidos audiovisuales incluidos en los canales de



televisión retransmitidos por televisiones por cable y satélite pueden calificarse como grabaciones audiovisuales incluidas en el repertorio de EGEDA, al serla única entidad que gestiona colectivamente los derechos conexos de los productores audiovisuales en nuestro país, independientemente de si esas grabaciones contienen o no obras audiovisuales o de si se trata de programas pregrabados o de programas en directo.

141. Lógicamente, los organismos de radiodifusión podrán participar del reparto de derechos recaudados por la explotación de grabaciones audiovisuales realizado en el seno de EGEDA de acuerdo con sus reglas de reparto. La forma en que los organismos de radiodifusión productores de contenidos audiovisuales (incluidos acontecimientos o programas en directo) participan del reparto de la recaudación de EGEDA es una cuestión interna de la entidad de gestión que poco o nada puede afectar a la determinación de la tarifa por el uso de su repertorio, máxime -como ya se ha dicho cuando las televisiones de pago usuarias de dicho repertorio mediante actos de retransmisión no discriminan tampoco entre sus usuarios, haciendo así un uso pleno de la totalidad de los contenidos audiovisuales incluidos en las señales retransmitidas al cobrar a sus usuarios una cuota mensual por la mera puesta a disposición de dichas señales televisivas-y por tanto de dichos contenidos audiovisuales-, sin diferenciar entre la temática de los diferentes canales y la distinta audiencia que puedan tener unos u otros, entre obras y grabaciones audiovisuales o entre programas pregrabados o en directo...”

Sentado este punto de partida, es preciso analizar los argumentos de la parte actora en este concreto recurso. En primer lugar, se aduce que la resolución se apoya en una prueba irregularmente admitida. Se destaca el hecho de que el Informe Ramos-Feijóo, que ha sido especialmente valorado para dictar la resolución, se ha aportado un año después de que se haya emplazado para proponer prueba. Y si bien se dio traslado a Telefónica del mismo, aduce que se le concede un mínimo plazo, y que es imprevisible la aportación del informe.

El RD 1023/2015, por el que se desarrolla reglamentariamente la composición, organización y ejercicio de funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, contiene una serie de normas en su art. 23 relativas a la celebración de vista para las pruebas testificales y periciales. Y se refiere a que el informe no fue objeto de ratificación ni se respetaron los tiempos. Y todo ello implica una vulneración de las normas procedimentales que han lesionado el derecho del recurrente ocasionándole indefensión al verse afectado su derecho de defensa.

Este argumento no puede ser acogido. Tal como se desprende del expediente administrativo se requirió para presentación de documentación y prueba, se dictó resolución de 7 de junio de 2019 convocando a los interesados para ratificación de pruebas en una vista que se celebró el 25 de junio y en fecha 8 de julio se aporta el informe del que se dio traslado a Telefónica que formuló alegaciones en fecha 26 de julio de 2019, se formularon conclusiones y se dictó Propuesta de resolución abriéndose un trámite de audiencia, durante el cual se formularon nuevamente alegaciones por las partes. A ello se añade que se ha presentado un nuevo informe por parte de Telefónica para rebatir los argumentos del cuestionado.

Debe tenerse en cuenta que las normas rectoras del procedimiento, además del Real Decreto citado, se contienen en la Ley de procedimiento administrativo y a tal efecto la Ley 39/2015 dispone en su art. 76.1 que:

“1. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.

Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución.



En el caso examinado, se ha presentado un informe por EGEDA, durante la instrucción del procedimiento, tal como prevé el apartado 1 del art. 23 del real decreto, y sobre el mismo ha tenido oportunidad la actora de alegar lo que a su derecho ha convenido y de presentar un nuevo informe que avalara sus pretensiones, y su posición respecto al tema fundamental. Sobre ello se ha dictado propuesta de resolución con nuevas alegaciones de las partes. El problema básico que puede plantear una prueba aportada en un procedimiento, siempre que sea dentro del término posible de aportación de la misma, es que se pueda dar ocasión a las demás partes de alegar lo que a sus respectivos derechos conviniere. Y dado que en este caso consta tal opción, no se observa indefensión alguna susceptible de vulnerar los derechos de la recurrente, que ha alegado y presentado por su parte un contrainforme para rebatir los argumentos del aportado por EGEDA. La valoración de tales informes es cuestión diferente, puesto que ahora se examina si el informe presentado por EGEDA ha vulnerado derechos u ocasionado indefensión a la recurrente. En absoluto se aprecia tal cuestión, y no se motiva en la argumentación realizada en qué medida se han visto afectados los derechos de defensa de la parte interesada. Por tanto, este motivo no puede acogerse.

SEXTO- El siguiente argumento de la actora se basa en que la SPCPI ha mutado el objeto del procedimiento, pues la partes directamente afectadas, EGEDA Y TELEFÓNICA, mantuvieron negociaciones durante seis meses para formular una solicitud, y no se planteó la retransmisión por satélite sino solo por cable, siendo las partes las que determinan el objeto de la determinación de tarifas. Y entiende que se trata de una nulidad de pleno derecho puesto que se ha prescindido totalmente del procedimiento, por lo que se remite al art. 47.1 e) de la LPACAP

La Sección primera de la Comisión de Propiedad Intelectual ejerce las funciones de mediación, arbitraje, determinación de tarifas y control en los términos previstos en el presente título tal como se dispone en el TRLPI y cuando no se llega a un acuerdo entre las partes debe solucionar la controversia teniendo en cuenta todas las alegaciones. En el procedimiento se ha debatido de manera constante sobre el tema de determinación de tarifas teniendo en cuenta todos los planteamientos. Y no es una cuestión nueva que no se hubiera planteado entre las partes. De hecho, consta en la resolución que las partes discrepan en si las tarifas deben aplicarse a actos de retransmisión por parte de plataformas de determinación de pago por satélite, (apartado 158) y se puntualiza que se está ante actos de comunicación al público en la modalidad de retransmisión por diversos medios técnicos sometidos a un confuso régimen legal que combina un derecho exclusivo del productor con un derecho de remuneración de gestión colectiva obligatoria. De hecho, tal como consta, Telefónica adquirió en 2015 DTS y la programación de las plataformas MOVISTAR es sustancialmente coincidente en ambas vías. No parece lógico resolver un conflicto sobre las tarifas de solo una de ellas, para iniciar otro nuevo, cuando durante el procedimiento se ha planteado el tema y ha sido objeto de prueba, debate, alegaciones ... Es preciso puntualizar que la SPCPI interviene cuando las partes no llegan a un acuerdo. No fija los puntos de partida, sino que interviene sobre ellos.

La gestión de EGEDA abarca cualquier medio y no se aprecia motivo de nulidad en el hecho de abarcar la retransmisión por satélite y al haberse solicitado la determinación de tarifas por retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales efectuada por las plataformas de televisión de pago evidencia que se comprenden las efectuadas por cualquier procedimiento, como se ha puesto de relieve en el procedimiento en todo momento.



El informe de la CNMC al respecto contiene una puntualización en su apartado 39, de la que no se extrae otra consecuencia que la apreciación de la necesidad de que se motive un cambio en la práctica de la gestión colectiva, dada la diferencia de regulación entre las retransmisiones vía satélite y vía cable. Lo que no implica que no pueda plantearse el tema dada la evidencia de la constante retransmisión vía satélite que se viene produciendo en la realidad.

No se aprecia causa de nulidad en base al art. 47.1 e) citado. Dicho precepto considera nulos los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. No se aprecia en este caso que concurren estas circunstancias, cuando el procedimiento se ha tramitado en todo momento teniendo en cuenta la retransmisión por cualquier medio.

SEPTIMO. El siguiente motivo articulado en la demanda se centra en que la resolución excede del ámbito de competencias al interpretar conceptos jurídicos civiles que afectan al objeto del derecho cuya determinación tarifaria se trata.

Debe tenerse en cuenta un dato fundamental, y es que el tema nuclear de este procedimiento se centra en el concepto de grabación audiovisual. El hecho de que se haya determinado el precio aplicable por la explotación de grabaciones audiovisuales mediante su retransmisión indica claramente que es preciso atender a qué se entiende por “grabaciones audiovisuales” siendo este el núcleo del debate, puesto que es el punto de partida, si bien luego se centra en la determinación de la concreta tarifa. Pero para ello es preciso fijar el concepto sobre el que se va a establecer la tarifa. Y teniendo en cuenta que existe una clara controversia entre las partes sobre qué se entiende por tal concepto.

En la resolución consta una decisión sobre este punto, alegado por Telefónica, y así en los apartados 252 a 261 se detalla al respecto, compartiendo esta Sala que el primer punto de partida necesariamente pasa por precisar o fijar tal concepto. El art. 24.4 del Reglamento puntualiza que “La resolución no alterará la naturaleza jurídico-civil de los derechos con respecto a los cuales se fije la determinación de tarifas y las demás condiciones necesarias para hacerlos efectivos.”

Como se precisa en el apartado 261, se interpretan los derechos con el alcance concreto de los efectos del procedimiento administrativo. Y la interpretación que se hace en la resolución se ha basado en Jurisprudencia dictada por Tribunales de la Jurisdicción Civil, además de informes y otros aspectos.

OCTAVO. El siguiente punto objeto de debate, que como se avanzaba resulta ser esencial o nuclear, es el relativo al concepto de grabación audiovisual. En opinión de la recurrente, la interpretación sobre este punto es errónea y se opone al derecho de la UE y al ordenamiento nacional.

Para abordar esta cuestión es preciso partir de la norma básica al respecto, que es el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, que dispone:

Artículo 120.

“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*”.

Artículo 121. Reproducción.

“Corresponde al productor de la primera fijación de una grabación audiovisual el derecho exclusivo de autorizar la reproducción del original y sus copias, según la definición establecida en el artículo 18.

Este derecho podrá transferirse, cederse o ser objeto de concesión de licencias contractuales”.

La controversia entre las partes versa sobre si la emisión de un evento en directo constituye una grabación audiovisual, a los fines del artículo 120; en cuyo caso, los derechos de su productor serán gestionados, colectivamente, por EGEDA o por el contrario, este tipo de eventos, (deportivos, informativos, musicales.) Generan derechos no gestionados por la entidad.

La actora se refiere al informe de la CNMC que a su vez se remite a un informe del Consejo de dicha Comisión emitido en fecha 2 de marzo de 2012 referido al análisis de las tarifas de EGEDA hasta 2011. En este punto, se refiere que “están incluidos en el repertorio gestionado por EGEDA las películas y series de ficción pero no por ejemplo otros programas como los informativos, deportes o debates no forman parte del repertorio de EGEDA” Efectivamente, este dato consta pero como se pone de relieve en la resolución, debe ser examinado cuidadosamente. No se trata de una afirmación que pueda calificarse como definitoria del concepto, y la resolución analiza este punto, no lo obvia como se aduce. Nuevamente recordamos el tenor del art. 120 del TRLPI cuando dice que “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.”

Este artículo 86 establece:

. 1. Las disposiciones contenidas en el presente Título serán de aplicación a las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales, entendiendo por tales 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

En la Sentencia dictada en esta Sección en el recurso 620/2023 relativa a esta misma resolución analizamos el tema con el siguiente tenor:

“Como se reconoce en la resolución de 23 de julio de 2020, que constituye el objeto del presente procedimiento, la respuesta no es fácil ni sencilla; y, que la cuestión no ha sido abordada directamente por la doctrina y la jurisprudencia, incluso comunitaria o de los países de nuestro entorno.

La respuesta ha de ser confirmatoria del criterio de la SPCPI; puesto que, no solo así se pronuncian, en el expediente administrativo (párrafo 102 de la resolución) la Corporación de RTVE y Atresmedia, en que todos los contenidos audiovisuales incluidos en las cadenas de esos grupos son grabaciones audiovisuales protegidas; sino por el propio informe pericial aportado por EGEDA en vía administrativa (al que se aludió en el fundamento de Derecho Segundo de la presente resolución).

De tal suerte que, según los peritos autores del informe de EGEDA, para que pueda emitirse por radiodifusión un evento en directo es preciso un procedimiento técnico de fijación previa (transitoria o definitiva) de las imágenes en unos soportes o servidores



para preparar el resultado final (copia cero), que es lo que se entrega a las entidades de radiodifusión.

Los peritos sostienen que la primera fase es la captación de la imagen por las diferentes cámaras utilizadas. Las imágenes captadas por las cámaras se remiten a un servidor, lo que constituye la primera grabación.

La segunda de las grabaciones, se denomina adaptación y producción; en la que tienen lugar otras dos fijaciones. La primera en el mezclador de video, en el que se produce una segunda fijación, al seleccionarse las imágenes concretas de una de las cámaras utilizadas; y, la también se procede a mezclar la imagen seleccionada con otras fuentes externas (imágenes pregrabadas, etc., y se procede a la sincronización de todas las fuentes.

De lo analizado hasta el momento, se aventura que se ha procedido a “fijar” en un soporte (digital) de las imágenes (con o sin sonido) en dos momentos anteriores.

Posteriormente, se procede a realizar otra “fijación” que es el procesado de la imagen para incorporar los logotipos del emisor y la publicidad, incorporación del audio y la sincronización con la imagen), proceso que tiene lugar en el control central, antes de remitir la información grabada a la fase de emisión.

Finalmente, en la tercera fase (emisión) se procede previamente, a efectuar una nueva fijación, para realizar el procesado consistente en la compresión, codificación, modulación y amplificación de la información.

Tras la finalización de todas estas fases se obtiene lo que comúnmente se denomina “copia cero”, que es lo que se entrega a las entidades de radiodifusión para que procedan a su emisión (art. 126).

Como se analiza en el párrafo 69 de la resolución de 23 de julio de 2020, el anterior proceso de producción de grabaciones audiovisuales, no implica que se genere una obra audiovisual (del artículo 86) sino que pone de manifiesto un proceso industrial que requiere de, indudables, gastos económicos (personales, técnicos y materiales), de los que quien los acomete (su productor) tiene derecho a resarcirse.

Al párrafo 92 de la resolución impugnada se alude a que Telefónica cuestiona que la emisión de eventos en directo requiera de una primera fijación de imágenes en un soporte (a los fines del artículo 120), sino que el procedimiento descrito por los peritos es “episodios técnicos”, provisionales y automáticos, indispensables para poder realizar el procesado técnico de las imágenes y sonidos previos a su emisión. Y sin que, la “latencia” (retraso en unos pocos segundos entre la realidad y la visualización por los espectadores) signifique que el evento no pueda emitirse en riguroso directo; sin que el estado actual de la técnica permita prescindir de dicha “latencia”. Pero, precisamente esa “latencia” permite inferir que se ha producido una primera grabación en un soporte (siquiera transitorio o provisional), haciendo la producción audiovisual del artículo 120 LPI.

Como se ha dicho, esta Sección 6ª comparte el criterio de la resolución impugnada; ya que, el informe pericial de EGEDA, que la SPCPI hace suyo, permite inferir que en el proceso de producción de eventos en directo se producen varias fijaciones provisionales (definitivas o no) de las imágenes. Pero, lo que es indudable es que, con carácter previo a la entrega a quien se ocupe de su emisión, se produce la denominada “copia cero” que es el formato definitivo del evento. Por lo que, cuando menos, en ese momento puede reputarse que se produce la primera fijación de la concatenación de planos y secuencias de las imágenes del citado evento. Por lo que se está ante una verdadera grabación audiovisual, generadora de derechos conexos, del artículo 120 TRLPI.

Incluso, de consuno con la Administración, resulta que durante la emisión de un evento en directo (por ejemplo, deportivo) se utiliza la repetición de determinadas



imágenes (goles, etc.), que solamente sería posible reproducir si se parte de una fijación previa de las imágenes en un soporte; puesto que, si el evento se emite en riguroso directo, sin fijación (grabación) previa alguna, no sería posible acudir a imágenes anteriores.

No sin reconocer que la cuestión no ha sido abordada directamente por la jurisprudencia; si cabe traer a colación, la sentencia nº 439/2013, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, recurso 1778/2011 (EDJ 2013/140039). Dicho procedimiento tiene su origen en el contrato suscrito por el Grupo Santa Mónica Sports, SL (GSM) y la Real Federación Española de Fútbol, por la que la empresa adquirió los derechos exclusivos audiovisuales de la Federación- sobre la final de la Copa del Rey de Fútbol. Entre los derechos adquiridos por GSM estaban el de exclusividad de los derechos audiovisuales del citado evento. Por parte de un tercero se colocaron pantallas gigantes en un campo de fútbol, reproduciendo las imágenes retransmitidas por televisión. GSM entendió que por el tercero se estarían infringiendo, entre otros, los derechos conexos como productor audiovisual, de la LPI, ya que ella había adquirido a la Federación el derecho exclusivo a producir y emitir el evento, y ella era la productora de la grabación audiovisual.

Pero, el Tribunal Supremo concluye que, GSM contrató con TVE la grabación y producción el partido de fútbol, por lo que, la condición de “productor audiovisual”, del artículo 120 del TRLPI correspondía a TVE, que era quien había procedido, materialmente, a la grabación y producción el evento, y no a GSM, que había cedido sus derechos a TVE para que “produjera” la grabación audiovisual, sin haberse reservado, en el contrato suscrito entre ambas, los derechos como productor audiovisual.

Dicha sentencia nº 439/2013, recoge:

“Séptimo.- No puede reconocerse a GSM el carácter de productor de la grabación audiovisual

Con carácter previo a abordar este aspecto del litigio ha de dejarse sentado que las partes no cuestionan que lo comunicado públicamente por BKK en la pantalla gigante del estadio de San Mamés fue la grabación audiovisual del partido de fútbol, y de esa premisa fáctica parte también la sentencia de la Audiencia Provincial EDJ 2011/187387. De esa base fáctica no cuestionada ha de partir esta Sala para resolver el recurso por exigencias propias de la naturaleza del recurso de casación. En lo que discrepan las partes es en quién produjo dicha grabación, pues GSM considera que fue ella mientras que BKK considera que fue TVE.

Para que nacieran para GSM los derechos de exclusiva previstos en el art. 122 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (EDL 1996/14925) era preciso que GSM produjera la grabación audiovisual del partido de fútbol.

El contrato suscrito con RFEF le permitía ceder el derecho a realizar tal producción, al prever en su estipulación decimoquinta que «corresponde a GSM y/o a sus cesionarios, la grabación y producción de todos los partidos de fútbol referidos (...)». Si en virtud de esta previsión contractual GSM cedía a un tercero los derechos que para ella resultaban del contrato en este extremo, y era este cesionario quien producía la grabación audiovisual, los derechos reconocidos en el art. 122 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (EDL 1996/14925) se generarían para este cesionario, no para GSM. Porque es la producción de la grabación audiovisual lo que generaría tales derechos y determinaría su titularidad, no haber concertado un contrato de cesión exclusiva con la RFEF como el que es objeto del litigio.

La sentencia de la Audiencia Provincial EDJ 2011/187387 consideró que GSM era el productor de la grabación audiovisual porque tuvo la iniciativa y la responsabilidad de la grabación audiovisual del partido de fútbol. Pero hace gravitar esta consideración en que por el contrato celebrado con RFEF, GSM ostenta en exclusiva la explotación de los



derechos audiovisuales del evento deportivo, y entre ellos el derecho a producir cualquier contenido audiovisual que integre imágenes, sonidos y grabaciones audiovisuales del evento. Según la sentencia recurrida, GSM era la única entidad que podía autorizar la emisión y proyección por un operador televisivo. Por ello considera la Audiencia Provincial irrelevante que fuera un tercero (TVE) quien, en virtud del contrato concertado con GSM, llevara a cabo materialmente la grabación audiovisual y su emisión.

Es posible que la grabación audiovisual se realice materialmente por un tercero distinto del productor. Pero para que este pueda ser considerado como tal es preciso que se reserve y ejercite facultades y actuaciones que supongan que conserva la iniciativa y la responsabilidad en la grabación audiovisual, al ser estas las dos notas que caracterizan la figura del productor de grabaciones audiovisuales según el art. 120.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (EDL 1996/14925).

La sentencia de la Audiencia Provincial EDJ 2011/187387 no concreta cuáles son estas concretas facultades y actuaciones que se hubiera reservado GSM y que permitieran considerarle como productor de una grabación audiovisual pese a haber contratado con una entidad, TVE, que notoriamente reúne condiciones suficientes para ser considerado como tal productor y es pacífico que llevó a cabo la grabación audiovisual del partido.

Tampoco GSM, en sus alegaciones, concretaba cuáles eran esas concretas facultades que se hubiera reservado y que permitirían afirmar que tenía la iniciativa y responsabilidad en la grabación audiovisual llevada a cabo materialmente por TVE. Es más, GSM ni siquiera aportó el contrato concertado con TVE, por lo que no consta que se reservara facultad alguna de dirección, supervisión, etc. que permitieran afirmar que conservó la iniciativa y la responsabilidad en la grabación.

Y ello porque se consideraba que la condición de productor de la grabación audiovisual vendría determinada por la cesión en exclusiva de sus "derechos de explotación audiovisual" lo que, como se ha expuesto, no es un título apto por sí solo para ostentar la titularidad de derecho alguno de propiedad intelectual o afín.

Por tanto, los derechos que GSM podía tener respecto del partido de fútbol (en lo que aquí interesa, producir la grabación audiovisual de dicho evento y disfrutar los derechos derivados de convertirse en productor de dicha grabación audiovisual) se agotaron cuando los cedió mediante precio a TVE, que produjo la grabación, pues no consta que GSM se reservara facultad de iniciativa ni mantuviera responsabilidad alguna respecto de la grabación audiovisual. No se ha alegado tampoco que GSM acordara con TVE que esta le transmitiera los derechos que como productor de la grabación audiovisual le correspondían. Como se ha dicho, ni siquiera se ha aportado el contrato celebrado entre ambas.

Todo ello lleva a la conclusión de que se ha infringido el art. 3.1 de la Ley 21/1997, de 3 de julio (EDL 1997/23826), de emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos al considerar que los derechos atribuidos por RFEF a GSM en virtud del contrato celebrado entre ambas eran derechos de exclusiva que atribuían a GSM un "ius prohibendi", y el art. 120.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (EDL 1996/14925) al considerar productor de grabación audiovisual a quien en virtud de dicho contrato estaba facultado para producir la grabación audiovisual pero cedió a un tercero tal facultad".

De este pronunciamiento del Tribunal Supremo se extrae que el procedimiento de preparación y grabación de un partido de fútbol, para su emisión posterior, es un proceso de creación de una "grabación audiovisual", del artículo 120.1 TRLPI; y, que quien lo realiza materialmente, ha de ser reputado su "productor", a los fines del artículo 120.2 del citado TR.



La actora aporta un informe técnico que llega a diferente conclusión, y que detalla una serie de aspectos en su preciso apartado de “conclusiones”. Entiende que el informe Ramos Feijóo confunde los conceptos de almacenamiento volátil y efímero en memorias de procesamiento con el concepto de grabación de señal audiovisual en memorias de grabación (fijación) cuando distan mucho de ser la misma cosa.

En su punto 14 contiene una serie de precisiones sobre el trabajo de compresión de señal de contribución, transporte por medios alámbricos o inalámbricos, entrega a control central... no requiere de realización de una grabación de la señal audiovisual del evento en directo, sin perjuicio de que el emisor pueda efectuar en paralelo una grabación de todo o parte de la señal, para poder realizar repeticiones parciales del evento, pero esta grabación o no es inherente ni imprescindible para realizar la emisión.

Aun asumiendo este criterio técnico, no contraría la conclusión alcanzada en la resolución y avalada por otros informes técnico jurídicos. Puesto que una cosa es la labor técnica y otra el concepto jurídico, que permite una interpretación claramente diferente, como se ha puesto de relieve.

E art. 2 del TRLPI dispone:

2. Especialmente, son actos de comunicación pública:

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.

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

f) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida.

Se entiende por retransmisión por cable la retransmisión simultánea, inalterada e íntegra, por medio de cable o microondas de emisiones o transmisiones iniciales, incluidas las realizadas por satélite, de programas radiodifundidos o televisados destinados a ser recibidos por el público.

Este concepto permite entender que si se captan señales emitidas o transmitidas y se difunden a los abonados por una plataforma de televisión, se está partiendo de una determinada base o grabación para emitir un evento o programa. En este punto, cabe concluir que el derecho de fijación lo ostentan las entidades de radiodifusión sobre las señales que contienen sus programas compuestos de grabaciones.

Se insiste en que el concepto recogido es contrario al derecho de la UE. Y cita Sentencias del TJUE que entiende que apoyan su criterio, no se trata de diferenciar “grabación” como hecho generador de un derecho con el mero acto de reproducción. No es un mero acto de reproducción el que se contempla, no se limita a producción y grabación. La conclusión adoptada en el informe aportado por EGEDA suscrito por Don Dionisio Oliver Segura resulta perfectamente clara al concluir que en la retransmisión de un evento en directo, se producen almacenamientos, temporales o permanentes de la información digital generada, de modo que ésta puede ser reproducida o comunicada por un dispositivo adecuado. En ambos casos existe un proceso de fijación de dicha información por tanto, de grabación audiovisual.

Se pone de relieve por el Abogado del Estado que este concepto se reitera en resolución posterior, de 24 de febrero de 2022, que detalla el concepto diferenciando entre el denominado “derecho de arena” que es el de autorizar la realización de producción en audiovisuales de eventos deportivos en directo para su emisión o transmisión, el



“derecho conexo” sobre la grabación audiovisual de ese evento, y el “derecho sobre la señal radiodifundida” o derecho de emisión, que pertenece al organismo de radiodifusión, de la emisión de la misma. De este modo, existe un proceso de producción audiovisual al fijar o grabar imágenes y sonidos durante la captación, procesado, selección y emisión de imágenes y sonidos de acontecimientos y programas en directo, siempre que el organismo responsable lleve a cabo una fijación previa de carácter presente en el centro de producción, momentos antes de lanzar la señal al público. Esta labor se viene llevando a cabo de manera generalizada.

Por ello, la conclusión es que la interpretación cuestionada es conforme con el ordenamiento jurídico.

NOVENO. En siguiente lugar, se aduce que la resolución realiza una interpretación contra legem del régimen de gestión colectiva del derecho exclusivo de retransmisión satelital, que excede del ámbito de competencia de la SPCPI.

Se insiste en que se mantiene un criterio que reconoce a EGEDA un derecho para el que carece de facultades. Todo ello parte del concepto antes expuesto, y precisamente por el criterio que adopta la Sala, confirmando el mantenido en la resolución, los derechos de EGEDA son la consecuencia al respecto. Y se insiste en la retransmisión satelital, aspecto que se puso de relieve anteriormente. Se ha tratado en todo el procedimiento de este mismo punto, no solo de la retransmisión por cable.

No se atribuyen derechos que no existen de modo que ello conduzca a la nulidad de la resolución, como se aduce. No se aprecia que exista una limitación para EGEDA en relación a la retransmisión por satélite. Y de hecho, el fundamento de la gestión colectiva obligatoria es la dificultad para gestionar individualmente el derecho por el titular. Este concepto es válido tanto para una retransmisión como para otra.

Siendo EGEDA la única titular autorizada para gestión de los derechos de propiedad intelectual de productores de obras y grabaciones audiovisuales, no se aprecia nulidad alguna por esta causa. En tal sentido, el Real decreto ley 24/2021 de 2 de noviembre que transpone divisas directivas, contiene una precisión en el art. 77 cuando establece:

1. Los actos de retransmisión de programas deben ser autorizados por los titulares del derecho exclusivo de comunicación al público.

Los titulares de derechos que no sean organismos de radiodifusión ejercerán sus derechos exclusivamente a través de una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual.

Por tanto, la entidad de gestión colectiva es la que permite ejercer sus derechos a los titulares de derechos que no sean organismo de radiodifusión.

DECIMO.- se aduce en siguiente lugar que la resolución infringe el art. 164.3 del TRPI al no captar adecuadamente los ingresos vinculados a la explotación del repertorio.

Este argumento late nuevamente sobre los ya alegados, relativos al concepto de grabación audiovisual. Al haber llegado a la conclusión de la corrección de interpretación de la resolución respecto a este concepto, la alegación decae. Se insiste en que incluso a través de la metodología aplicada se incurre en sobre ponderación de ingresos vinculados a la explotación del repertorio.

El art. 164.3 del TRLPI dispone en relación con la fijación de tarifas que:



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.*

Este precepto permite una valoración muy amplia de criterios para determinar las tarifas. Y en la resolución se precisan una serie de conceptos. Se puntualiza que lo que ofertan las plataformas de pago es la mera posibilidad de acceder a contenidos muy diversos, no diferenciando las cuotas a pagar por los clientes en función de si acceden más o menos a los diversos canales. No se discrimina por el precio y por ello se entiende que tampoco se puede discriminar en la fijación de tarifas, para reducir la misma por actos de retransmisión alegando la menor utilización del repertorio. No se puede utilizar el criterio de la audiencia de cada canal para hacer un promedio del repertorio de EGEDA en el conjunto de la actividad.

Se insiste en que la tarifa fijada sobreponga los ingresos vinculados a la explotación del repertorio de EGEDA, porque la base incluye el valor de canales premium no retransmitidos. En concreto se pretende respecto de un canal concreto BELN LA LIGA. En la constitución de la tarifa básica, la resolución realiza una adjudicación íntegra del valor de servicio televisivo.

Se ha especificado que no hay retransmisiones ajenas al repertorio de EGEDA. Ahora bien, la recurrente sostiene que se han incorporado canales premium, en concreto el citado, lo que produce una divergencia entre el precio de paquete de televisión bajo otra compañía y el de Telefónica. La propuesta de Telefónica se centraba en excluir este canal del cómputo de su tarifa sintética, y se realizan una serie de valoraciones sobre lo que podría tener en cuenta la SPCPI.

Sin embargo, examinada la resolución se parte de los criterios del TRLPI que no constituyen una lista cerrada. Y así se tiene en cuenta la audiencia de los canales, el valor que los clientes conceden a la retransmisión de canales en abierto por medio de plataformas de pago de cable o satélite.

En fin, no se aprecia que este criterio se aparte del texto legal, ni que exista base concreta para fundamentar otra conclusión. La recurrente plantea que se siga una determinada fórmula pero resulta relevante a este respecto el fundamento de la resolución rechazando que se trate de forma diferenciada uno de los canales integrados en la oferta básica. Y se especifica que en el periodo comprendido entre 2016 y 2018 ningún operador de televisión de pago contrató la oferta de Telefónica del canal mayorista equivalente a Beln La liga, y el coste por abonado no fue indicador efectivo de la disposición de otros



operadores de televisión de pago da asumir un riesgo inversos por emitir dicho canal. El indicador por tanto no guarda relación con la valoración que los clientes puedan hacer de los contenidos incluidos en el canal, y por tanto con su contribución de los ingresos que obtiene telefónica por el paquete en que se integran.

Este punto se relaciona con la siguiente alegación basada en que se fija un tipo tarifario arbitrario que sobrepondera los ingresos vinculados con la explotación del repertorio.

Debe partirse de la normativa básica. El Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, dispone en el apartado primero del art. 164 que :

“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.

Los criterios de fijación se han expuesto anteriormente, y se contienen en el apartado tercero de este precepto.

Se alude al tipo tarifario fijado en un 2% y refiere que existe una incongruencia entre la resolución inicial y la dictada en reposición en relación a este punto. .

La correlación entre los criterios establecidos en las normas de reparto de una entidad de gestión y sus tarifas parece razonable, pero este principio se mantiene y no se aprecia en qué medida se conculca con la resolución. El apartado 3 del art. 164 precisa que las tarifas deben ser determinadas 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.

Se insiste en que este principio se conculca al hacer pagar una tarifa que no guarda correlación con el valor que la entidad da a cada ítem de su repertorio en las relaciones internas con sus asociados. No se aprecia este punto, a la vista de los fundamentos contenidos en la resolución y el hecho de que el repertorio de EGEDA es universal, por lo que la estimación de grado de uso es plena.

Se ha realizado una valoración utilizando precios reales de mercado, lo que parece especialmente razonable

Se insiste en que no se respetan los criterios de la Ley de Propiedad Intelectual, pero no se aprecia que se vulneren los criterios que el art. 164.3 establece.

Y por su parte, el art. 194 que se considera conculcado, dispone en su apartado 3:

“Funciones de mediación, arbitraje, determinación de tarifas y control...

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, concurran 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 164.4, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

4. La Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual 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 en su determinación. En caso de apreciarse un incumplimiento de estas obligaciones, se comunicará esta circunstancia a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a los efectos oportunos...”.

Como hemos expuesto en la Sentencia dictada en el recurso 620/2022: “De estos dos preceptos se concluye que, por regla general, han de ser las propias entidades de gestión quienes han de fijar las tarifas generales por utilización del repertorio que gestionan; y, en este supuesto si habrán de seguir la metodología fijada en la previa orden ministerial. Si algún usuario no está conforme con las mismas, puede impugnarlas ante la SPCPI. E, igualmente, cabe la posibilidad, que si no existe acuerdo entre las entidades de gestión y los usuarios, tras seis meses de negociación, cualquiera de ellos podrá interesar de la SPCPI que proceda a fijar las tarifas.

Pero, en los dos últimos supuestos (impugnaciones de usuarios de las tarifas fijadas unilateralmente por la entidad de gestión, o cuando las tarifas las fije la propia SPCPI), la Administración –SPCPI- es suficiente con que aplique los criterios generales previstos en el artículo 164.4, sin precisar de la aplicación de la metodología dictada al respecto; metodología que no tiene más objeto que completar y concretar los criterios generales del artículo 164.4.

Puesto que, dicha metodología no solo tiene por objeto concretar o complementar los principios generales enumerados en el artículo 164.4, para “facilitar” la tarea de las entidades de gestión para fijar, por sí mismas, sus propias tarifas (lo que permite el artículo 164); más no condicionan el trabajo de la SPCPI cuando las fije en defecto de acuerdo o por solicitud de algún interesado.”

Este argumento es plenamente trasladable al caso examinado. Y la alegada vulneración no se aprecia. A ello se añade que los propios interesados pueden alcanzar acuerdos posteriores a la resolución, como permite el apartado segundo último párrafo del art. 24 del RD 1023/2015, y no altera la naturaleza jurídico-civil de los derechos con respecto a los cuales se fije la determinación de tarifas y demás condiciones, art. 24 apartado cuarto.



UNDECIMO- Alega subsidiariamente que la resolución dispone una limitación temporal de la tarifa contraria a Derecho. (Fundamentos 641 a 651 de la resolución)

Se refiere a la diferencia entre la entrada en vigor de la resolución y la eficacia temporal de la tarifa.

La Disposición Transitoria 2ª de la ley 21/2014 a que se hace referencia, dispone en su apartado tercero

3. A excepción de los casos mencionados en el apartado anterior, las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual deberán negociar con las asociaciones representativas a nivel nacional del sector correspondiente y con los organismos de radiodifusión nuevas tarifas adaptadas a los criterios establecidos en el artículo 157.1 b) del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual en el plazo máximo de un año a partir de la entrada en vigor de la ley. A falta de acuerdo entre las partes se estará a lo dispuesto en el artículo 158 bis.3 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Para los supuestos contemplados en el párrafo anterior, y salvo que existan acuerdos en vigor sobre tarifas aplicables a derechos de gestión colectiva, cuyos términos y condiciones hayan sido negociados y fijados con asociaciones representativas a nivel nacional del sector correspondiente o con los principales organismos de radiodifusión en los tres años anteriores a la entrada en vigor de la presente ley, y hasta que se aprueben y difundan públicamente las nuevas tarifas generales, los usuarios deberán pagar a cuenta, en relación con la remuneración exigida por las entidades de gestión por la explotación de derechos de remuneración y a los efectos de entender concedida la autorización respecto a los derechos exclusivos concurrentes con éstos, el 70 por 100 de las tarifas generales aprobadas por cada entidad de gestión. Cuando un acto de explotación de una obra o prestación protegida esté sujeto a un derecho de remuneración y concorra con un derecho exclusivo sobre la misma obra o prestación de la misma categoría de titulares a la que corresponde el derecho de remuneración, la tarifa de ambos derechos se someterá al régimen establecido en este apartado.

El recurrente entiende que debe seguirse el criterio inicialmente apuntado por la SCPCI de aplicar esta DT y dotar de efectos retroactivos a la tarifa desde el 6 de julio de 2016, fecha en que las tarifas aprobadas por AGDI-AIE objeto de controversia fueron comunicadas al Ministerio

Sin embargo, en la resolución se fijan efectos a partir de la publicación, lo que considera arbitrio.

El art. 194.3 del TRLPI dispone en el apartado tercero de dicho punto que:

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.

El tenor del precepto es claro, y las normas han de interpretarse con arreglo a lo dispuesto en el art. 3 del Código Civil, de modo que en este caso, el sentido de las palabras no es meramente la referencia a que la tarifa entra en vigor, sino que establece “serán aplicables”, concepto diferente al de la mera entrada en vigor de la norma.

El criterio del recurrente es que se establezca eficacia retroactiva a esta tarifa, teniendo en cuenta que tal opción cabe a tenor de lo dispuesto en el art. 39.3 de la LPACAP, respecto a la posible eficacia retroactiva de los actos administrativos. Sin embargo, la retroactividad de una disposición debe explicarse y determinarse



suficientemente, y no cabría a tenor del precepto citado en el que claramente se habla de la “aplicación” de la tarifa, es decir, de sus efectos.

Si el legislador hubiera establecido diferencia entre la vigencia de la tarifa y su aplicación, lo habría especificado, y no es así, puesto que la norma es general y terminante cuando dice: “serán aplicables”, no: “podrán ser aplicables”. Y por otro lado, la posible retroacción de la tarifa podría afectar intereses de los titulares de derechos gestionados por EGEDA, lo que no se ha contemplado, y ello por el tenor literal de la norma aplicable, que no admite otra interpretación que la que contiene. No puede dotarse de efecto retroactivo a una norma que no lo prevé, salvo las excepciones previstas, que no son el caso examinado.

Por tanto, el recurso ha de ser desestimado.

DUODECIMO- se imponen las costas a la parte recurrente al ser rechazadas sus pretensiones, en base a lo dispuesto en el art. 139.1 de la LJCA si bien se limitan a una cantidad, como permite el apartado cuarto que en este caso se fija en 1.500 euros por todos los conceptos para el demandado y para cada codemandado interviniente en este recurso, EGEDA, y EGDPI (AIE).

FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Sra. Robledo Machuca en representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. contra Resolución de 23 de julio de 2020 de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (SPCPI), dictada en expediente de determinación de tarifas, debemos declarar y declaramos que la citada resorción es conforme con el ordenamiento jurídico. Se imponen las costas a la recurrente con el límite de 1.500 euros para la demandada y para cada codemandado, por todos los conceptos.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2420-0000-93-0755-22 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2420-0000-93-0755-22 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove
mediante el siguiente código seguro de verificación: **0964074656423346256758**

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia desestimatoria firmado electrónicamente por CRISTINA CADENAS CORTINA (PON), M^a TERESA DELGADO VELASCO (PSE), RAMÓN FERNÁNDEZ FLOREZ, JOSE RAMON GIMENEZ CABEZON, LUIS FERNÁNDEZ ANTELO

**A LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID (SECCIÓN SEXTA)**

Doña Marta Cendra Guinea, Procuradora de los Tribunales y de la Entidad de Gestión de los Derechos de los Productores Audiovisuales (**EGEDA**), según tengo debidamente acreditado en el procedimiento, ante la Sala comparezco y como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

Que, mediante Diligencia de ordenación de 1 de julio de 2024, notificada el mismo día, se me ha conferido plazo de veinte días para presentar escrito de **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**.

Que, al amparo del artículo 128.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), formulo la siguiente **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**, con arreglo a los Hechos y Fundamentos de Derecho que seguidamente se exponen.

HECHOS

La demanda se dirige contra la Resolución de 14 de marzo de 2023 (la Resolución) de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (SPCPI) publicada en el Boletín Oficial del Estado de 5 de abril de 2023, por la que se resuelve el procedimiento E/2018/003 de determinación de tarifas de mi mandante, EGEDA, para la licencia y remuneración de la retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales gestionadas por mi representada, en establecimientos de hospedaje.

EGEDA solamente acepta los hechos descritos en la demanda en cuanto resulten del expediente administrativo de determinación de tarifas, oponiéndose a lo que lo contradiga, no coincida o desconozca, en todo o en parte.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PROCESALES

EGEDA no se opone a los fundamentos de derecho procesales.

SUSTANTIVOS

PRIMERO. – En cuanto al motivo o Fundamento de Derecho PRIMERO alegado por CEHAT:

(“La resolución impugnada vulnera el procedimiento legalmente establecido y afecta a principios generales y derechos fundamentales al contener pronunciamientos no sometidos al preceptivo trámite de audiencia”)

El motivo debe ser desestimado y confirmada la resolución recurrida, habida cuenta que no se ha producido la vulneración del procedimiento denunciada por la recurrente.

La demandante considera que no se han sometido al trámite de audiencia dos pronunciamientos de la Resolución. En particular:

1. *“La aplicación por defecto de una tasa de ocupación del cien por cien a falta de datos reales de ocupación” (página 22/113 de su demanda)*
2. *“Aplicación de las Tarifas EGEDA 2016 al periodo anterior a la vigencia de la Resolución Impugnada y regularización de pagos a cuenta efectuados con base en la medida provisional fijada por la SPCPI” (página 24/113 de la demanda)*

1.- En cuanto al primero de dichos pronunciamientos,

La tarifa determinada por la SPCPI consiste en una cantidad, que depende del grado de intensidad de la retransmisión que lleva a cabo el titular del establecimiento, por plaza ocupada y mes. Para la aplicación de dicha tarifa se requiere por la Resolución que los usuarios concernidos faciliten a EGEDA determinada información. En concreto, por lo que se refiere a este punto del recurso, deben facilitar a EGEDA trimestralmente la información sobre las plazas ocupadas.

El pronunciamiento al que se refiere la recurrente se contiene en los apartados 495, 514 y 515 de la Resolución impugnada que establecen, para el caso de incumplimiento de la obligación de remisión de la información trimestral sobre las plazas ocupadas, que EGEDA pueda aplicar la tarifa correspondiente a la plena ocupación de las plazas del establecimiento.

En ese caso, al emitir la factura, establece la Resolución que EGEDA debe también requerir la subsanación de las deficiencias de información que hubieran tenido lugar, especificando las mismas y los periodos a que se refieren, e informar de los medios para proceder a dicha subsanación. El ajuste al que, en su caso, hubiera lugar, se realizará en el periodo de facturación siguiente a la remisión de la información subsanada. Si la información no se hubiera subsanado en el plazo de dos meses desde la fecha de la factura que señalaba el incumplimiento y a la que se acompañaba la solicitud de su subsanación, la facturación efectuada se presumirá definitiva.

La demandante aduce que la propuesta de resolución contenía una previsión diferente a la adoptada en la resolución definitiva (aquella consistía en la aplicación de la ocupación media de la provincia en la que se encontrara situado el establecimiento) y afirma que la de la resolución definitiva, que considera como una penalización al usuario, no se ha sometido a trámite de audiencia por lo que considera que se ha vulnerado el procedimiento legalmente establecido.

Sin embargo, no es verdad que se haya establecido una penalización al usuario, cuestión sobre la que volveremos posteriormente al oponernos a otro de los motivos del recurso. Tampoco lo es que se haya producido infracción alguna relacionada con el trámite de audiencia del procedimiento.

En cuanto a la inexistencia de penalización alguna, hay que aclarar que, al describir el pronunciamiento al que se refiere este motivo de impugnación, la demandante omite decir que la eventual aplicación de la ocupación plena para la facturación del derecho se prevé para el caso de que la “falta de datos reales de ocupación” sea imputable a un incumplimiento del usuario de la obligación de suministrarlos. De otra parte, como decíamos, la recurrente califica la previsión que establece la facturación de acuerdo con la ocupación plena como una penalización, pero omite referirse a la posibilidad de subsanación y ajuste que la Resolución establece, lo cual impide apreciar que la solución de la aplicación de la ocupación plena pueda ser considerada como tal penalización, descalificando el argumento de la recurrente que ha eludido referirse a esta posibilidad de subsanación en un vano intento de confundir a la Sala.

Sentado lo anterior, avanzábamos que no se ha producido infracción alguna relacionada con el trámite de audiencia del procedimiento. La propuesta de resolución se sometió debidamente (Folio del Expediente 9081 a 9176) al trámite de audiencia, previsto en el artículo 24.1 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 (RD). A continuación, las partes formularon las alegaciones oportunas y, acto seguido, tal como se encuentra previsto en el ordinal 2 del artículo 24 del RD, la SPCPI dictó la resolución correspondiente. Todo ello se ha ajustado perfectamente al procedimiento reglado.

Precisamente como consecuencia de las alegaciones formuladas por mi representada, se establece la previsión de la Resolución ahora impugnada, que acoge las mismas.

La Resolución recurrida argumenta detallada y motivadamente, en sus páginas 47 y 48 (folios 9415 y 9416 del expediente), que “*Sobre las consecuencias del incumplimiento de comunicar los datos relativos a la ocupación por parte de los usuarios, **EGEDA advierte que la falta de remisión de estos datos podría deberse a que la ocupación real es superior al grado de ocupación medio de la provincia que se aplicaría en caso de incumplimiento.** Por eso propone que la aplicación del grado de ocupación provincial del INE se sustituya por la aplicación al usuario incumplidor del número total de plazas disponibles “durante todo el tiempo desde que debió presentar la declaración, hasta la finalización del periodo de facturación en curso en el momento en el que el establecimiento subsane la falta de declaración”.* (El énfasis es nuestro)

Y en efecto, en el escrito de alegaciones de mi representada a la Propuesta de Resolución, de 10 de febrero de 2023, puede leerse lo siguiente en sus páginas 23 y 24 (folios 9123 y 9124 del expediente):

“Sin embargo, EGEDA entiende que debe tenderse a la aplicación de una tarifa que refleje el uso real y efectivo de su repertorio. Sentado lo anterior, y habida cuenta que los establecimientos de hospedaje están obligados a manejar índices de ocupación, y que los datos de ocupación son esenciales para la gestión de su propio negocio, deben diligentemente cumplir su obligación de declaración responsable. El incumplimiento de esta obligación puede ser un indicio de que su ocupación real es superior al grado de ocupación medio de la provincia. Por eso EGEDA considera que en caso de incumplimiento de la obligación de declarar la ocupación no se debe establecer una consecuencia que pueda derivarse en perjuicio de los titulares del derecho, sino que, en última instancia, las consecuencias desfavorables deberán ser soportadas por quien incumpla la obligación de declarar la ocupación real. Por este motivo, EGEDA entiende que debe aplicarse una ocupación total de las plazas disponibles del establecimiento que no haya cumplido, durante todo el tiempo desde que debió presentar la declaración, hasta la finalización del periodo de facturación en curso en el momento en el que el establecimiento subsane la falta de declaración.”

Es exactamente a dicha alegación a la que se da respuesta, estimándola, en los párrafos 460 y 461 de la Resolución, en su página 152 (folio 9520 del expediente), que razonan debidamente el motivo de la estimación (el énfasis y subrayado es nuestro):

*“460. La aplicación de esta tarifa por uso efectivo requiere adicionalmente que los establecimientos informen a la entidad de gestión responsable sobre el número de plazas ocupadas de cada mes, en línea con las mismas obligaciones de colaboración de los usuarios con las entidades de gestión impuestas con carácter general en el artículo 167 TRLPI, mediante el modelo de declaración responsable cuyo modelo figura en Anexo. Aunque esta información es fácilmente obtenible por los establecimientos, que la precisan para su gestión y tienen además que cumplir obligaciones regulatorias y estadísticas al respecto, en aplicación del principio de simplicidad se considera que, a falta de información precisa sobre el número de plazas ocupadas por parte de los establecimientos de hospedaje, la entidad de gestión, conforme a lo que se expone en el epígrafe V.4., podrá aplicar la tarifa correspondiente a la plena ocupación de las plazas disponibles en el establecimiento en cada uno de los meses de aplicación, **también sin***

perjuicio de la posibilidad de subsanar el incumplimiento en el plazo que se establece en el apartado VI.2.

461. Teniendo en cuenta la simplicidad de la tarifa por uso efectivo determinada, esta SPCPI no considera preciso determinar una tarifa por disponibilidad promediada, que no introduciría ventajas significativas en términos de menor necesidad de suministro periódico de información, ni de reducción del coste asociado a dicho suministro, ya que se trata de información fácilmente disponible por los establecimientos hoteleros usuarios. Debe tenerse presente, además, que la determinación de este tipo de tarifa, sin ventajas de reducción de costes, podría presentar riesgos de arbitraje de los establecimientos entre la tarifa por uso efectivo y la de disponibilidad promediada, eligiendo la de menor importe sin que esta elección reflejara un menor valor aportado por el uso del repertorio”.

En definitiva, se ha cumplido rigurosamente el trámite de audiencia y la interpretación jurisprudencial del mismo que hace, entre otras muchas, la STS de 5 noviembre 2018 (RJ 2018, 4962) (rec. 3732/2017), en la que se expone que *"La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que las modificaciones introducidas tras el trámite de información pública y/o de audiencia solo exigen volver a repetir el trámite de audiencia cuando se trate de modificaciones de carácter sustancial que no sean consecuencia de las alegaciones formuladas en el curso del procedimiento"*.

En el caso de autos:

1.- No puede hablarse de modificación sustancial. Antes, al contrario, se trata de una mera medida de efectividad, y es además subsanable desde el momento en que el establecimiento facilite sus datos de ocupación, a lo que está obligado;

2.- Y, además, no es arbitraria, sino consecuencia de las fundadas alegaciones formuladas por esta parte a la propuesta de resolución, que merecieron ser acogidas por la Resolución recurrida.

Pretender sostener, como parece que hace la recurrente, la invariabilidad de toda resolución final respecto de toda propuesta de resolución, es lo que implicaría precisamente, de facto, privar a las partes interesadas del trámite de audiencia: porque sería tanto como consagrar que las alegaciones de las partes nunca pueden ser tomadas en consideración, ni, en definitiva, estimadas.

Tan natural (y consustancial al propio trámite) es que las alegaciones de una parte puedan tener virtualidad para motivar una modificación en la Propuesta de Resolución, que hay Sentencias del Tribunal Supremo, como la de 15 de marzo de 2012, rec. 6335/2008: ECLI:ES:TS:2012:1742, que parecen indicar casi lo contrario de lo argumentado por la actora: *"(e)s verdad que el trámite de audiencia es propio de una Administración dialogante, participativa y respetuosa con los ciudadanos. Pero esas cualidades sólo se producen cuando se cumplen los aspectos formales y materiales que dicho trámite exige. De este modo, el mero hecho de poner en conocimiento de los afectados el expediente no es cumplimiento del trámite de audiencia. Para que este trámite se entienda cumplido se requiere que se produzca "diálogo", "participación" y "respeto". Pero nada de esto hay cuando la Administración no realiza acto alguno, ni siquiera en trámite de recurso, que demuestre que lo alegado ha sido tomado en consideración de alguna manera en la decisión final"*.

Para terminar, es necesario recordar que la recurrente no acudió al trámite potestativo del recurso de reposición para que se repusiera el pronunciamiento de la resolución, en el que podía haber aducido la eventual infracción que considera cometida. Es cierto que el recurso es potestativo, pero no es menos cierto que pudo usarlo. Lo que no cabe decir, en ningún caso, como sin embargo hace, es que no pudo hacer alegaciones. Porque tuvo dos ocasiones que no usó: una de ellas en el trámite de audiencia a la propuesta de resolución para indicar y argumentar por qué a su juicio no procede hacer una previsión para el caso de que no se faciliten los datos por los usuarios, y otra, en el trámite potestativo del recurso de reposición contra la resolución. Es la solicitante la que no ha agotado todas las posibilidades que le ofrecía el procedimiento administrativo.

En consecuencia, debe desestimarse el motivo por no haberse producido infracción del procedimiento legalmente establecido.

2.- En cuanto al segundo de los pronunciamientos invocados por la parte actora,

En esta ocasión, señala la recurrente que no se ha sometido a trámite de audiencia el pronunciamiento del parágrafo 519 de la Resolución Impugnada, a propósito de la extinción de efectos de las medidas provisionales que habían sido fijadas por la SPCPI en el procedimiento y la regularización de los eventuales pagos a cuenta que hubieren realizado los usuarios conforme a dicha medida provisional, abonando la diferencia entre

la tarifa fijada por la entidad que fuera aplicable hasta el comienzo de la eficacia de la resolución impugnada y la cantidad que, en su caso, hubieren pagado a cuenta.

Es significativo que la CEHAT defienda lo anterior como un motivo de nulidad de la resolución, por causa del pronunciamiento estableciendo la terminación de la medida provisional, cuando a la vez tiene interpuesto un recurso contencioso administrativo¹ contra la citada medida provisional, para que se declare su nulidad. Esta paradoja demuestra, a juicio de EGEDA, lo indiscriminado del recurso.

En cuanto al presente motivo, además de paradójico es inconsistente. Es absolutamente incierto que, como dice la actora, la previsión del párrafo 519 no se contuviera en la Propuesta de Resolución. Por el contrario, se recoge en el epígrafe 438 de la misma: “438. *El comienzo de la eficacia de la presente Resolución supondrá la extinción de las medidas provisionales adoptadas en virtud de las Resoluciones de 13 de septiembre y 26 de noviembre de 2019. La realización de los pagos a cuenta previstos en dichas medidas provisionales no exime del cumplimiento de la obligación de pago de las tarifas que fueran aplicables hasta el comienzo de la eficacia de las tarifas determinadas por la presente Resolución. Sin perjuicio de ello, todos los aspectos referidos a dicha obligación y su cumplimiento podrán ser objeto de discusión en la vía jurisdiccional civil cuando no sea posible alcanzar al respecto un acuerdo entre las partes.*”

Lo anterior hace que deba decaer automáticamente la alegación contenida en el Fundamento de Derecho Primero de la demanda, respecto del pronunciamiento contenido en el apartado 519 de la Resolución impugnada, que estaba igualmente contenido en el apartado 438 de la Propuesta de Resolución y fue, por consiguiente, debidamente sometido al trámite de audiencia.

No solamente se ha recogido en la Propuesta de Resolución. También se indicó en el fundamento séptimo, último párrafo in fine de la resolución de la SPCPI de 26 de noviembre de 2019 por la que se resuelven los recursos de reposición contra la resolución de 13 de septiembre de 2019 de adopción de medida cautelar de pago a cuenta en el expediente de determinación de tarifas. (“*Por tanto, procede rectificar el párrafo 62 del fundamento derecho quinto y el Resuelve tercero, indicando como fecha a partir de la cual debe hacerse el pago a cuenta acordado en la Resolución el día siguiente al de la recepción de la notificación de la Resolución por parte de CEHAT, esto es, a partir del*

¹ Procedimiento Ordinario 277/2022 ante la Sección Sexta del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

16 de septiembre de 2019 y hasta el día de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Resolución final de este procedimiento de determinación de tarifas”).

La Resolución recurrida es plenamente conforme a la legalidad, limitándose a cumplir escrupulosamente lo dispuesto en el artículo 194.3 del TRLPI, que establece claramente la eficacia necesariamente *ex nunc* o no retroactiva de las resoluciones de determinación de tarifas dictadas por la SPCPI:

“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.

(...)

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 (...)”

Por lo demás y lógicamente -sobra decirlo-, la extinción de las medidas provisionales es inherente a la terminación del procedimiento administrativo. Así lo establece el artículo 56.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: *“5. Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.*

En todo caso, se extinguirán cuando surta efectos la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente.

Por todo ello, es palmario que la Resolución impugnada no ha prescindido en absoluto del procedimiento legalmente establecido, sino todo lo contrario; no concurriendo por tanto esa pretendida causa de nulidad de pleno derecho. Esta grave sanción queda rigurosamente circunscrita el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015 a los actos de las Administraciones Públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales

para la formación de la voluntad de los órganos colegiados; lo que resulta más que evidente que no concurre en el supuesto de autos.

En consecuencia, el recurso debe ser desestimado y, la resolución recurrida debe ser confirmada.

SEGUNDO. – En cuanto al motivo o Fundamento de Derecho SEGUNDO alegado por CEHAT:

(“La validación de metodologías tarifarias diferentes para dos periodos consecutivos vulnera garantías procesales, contraviene normas legales y afecta a derechos fundamentales”)

La recurrente afirma que la resolución “válida” la aplicación, hasta la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la resolución de la SPCPI, de la tarifa de mi mandante aprobada en 2016 por lo que, según su forzado argumento, determina dos tarifas, incurriendo en contradicción y arbitrariedad.

Pese a las afirmaciones de la recurrente, la SPCPI no ha determinado por ello dos tarifas, sino sólo una (de tres tramos según la intensidad de la retransmisión), aplicando una metodología que explica de forma pormenorizada a lo largo de la resolución.

En esencia, la alegación formulada en el correlativo viene a reiterar lo alegado en el apartado 2 del Fundamento de Derecho Primero de la demanda, al que hemos dado contestación al final del apartado anterior. Vuelve la actora a combatir el apartado 519 de la Resolución impugnada, y así lo reconoce expresamente: *“tal y como hemos referido en el fundamento anterior, la SPCPI ha limitado la aplicación temporal de la Tarifa determinada por la Resolución Impugnada al periodo que principia el 6 de abril de 2023, día siguiente al de su publicación en el BOE”*.

Basta con recordar de nuevo lo dispuesto en el citado artículo 194.3 del TRLPI para que deba ser desestimada esta alegación, puesto que el procedimiento legalmente establecido determina precisamente la irretroactividad de las resoluciones de la SPCPI en esta

materia. Las alegaciones que plantea la recurrente en este apartado no tienen cabida en absoluto en el artículo 37.2 ni en los apartados a) y e) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015 cuya vulneración denuncia en el correlativo. Estos artículos circunscriben la nulidad radical a las disposiciones administrativas que vulneren la Ley y a las dictadas prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. En cambio, en el caso de autos sucede precisamente lo contrario: es lo que pretende la recurrente (que la tarifa determinada en la resolución definitiva del expediente se aplique con carácter retroactivo), lo que sí que constituiría causa de nulidad expresamente prevista en los artículos 37 y 47.2 de la Ley 39/2015, ya que entonces nos encontraríamos ante una disposición administrativa que vulneraría la Ley, y concretamente el tan repetido artículo 194.3 del TRLPI (“serán aplicables a partir del día siguiente al de la publicación”).

Así lo ha aclarado, en referencia al específico supuesto contemplado en autos, la reciente **Sentencia N° 35/2024 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 25 de enero, en el Procedimiento Ordinario 755/2022**, que desestimó el recurso interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución definitiva, de 23 de julio de 2020, del procedimiento E/2017/002. Para el Tribunal (F. de D. Undécimo), el tenor del artículo 194.3 TRLPI no ofrece lugar a dudas (páginas 27 y 28 de la Sentencia): *“El criterio del recurrente es que se establezca eficacia retroactiva a esta tarifa, teniendo en cuenta que tal opción cabe a tenor de lo dispuesto en el art. 39.3 de la LPACAP, respecto a la posible eficacia retroactiva de los actos administrativos. Sin embargo, la retroactividad de una disposición debe explicarse y determinarse suficientemente, y no cabría a tenor del precepto citado en el que claramente se habla de la “aplicación” de la tarifa, es decir, de sus efectos.*

Si el legislador hubiera establecido diferencia entre la vigencia de la tarifa y su aplicación, lo habría especificado, y no es así, puesto que la norma es general y terminante cuando dice: “serán aplicables”, no: “podrán ser aplicables”. Y, por otro lado, la posible retroacción de la tarifa podría afectar intereses de los titulares de derechos gestionados por EGEDA, lo que no se ha contemplado, y ello por el tenor literal de la norma aplicable, que no admite otra interpretación que la que contiene. No puede dotarse de efecto retroactivo a una norma que no lo prevé, salvo las excepciones previstas, que no son el caso examinado.

Por tanto, el recurso ha de ser desestimado.”.

Lo que debe subrayarse, es que las alegaciones que hace la demandante en el Fundamento de Derecho Segundo de su escrito suponen una censura jurídica de la normativa aplicable, no de la Resolución recurrida. Lo que no acepta la recurrente, es lo que dispone imperativamente el repetido artículo 194.3 del TRLPI. Sin embargo, el modo de combatirlo no puede ser por la vía de pretender, como se hace en el correlativo, que la Resolución recurrida incurra en valoración irracional de la prueba o en falta de motivación, cuando son precisamente esa valoración de la prueba y esa motivación, que la demandante no discute en este punto, las que han llevado a establecer la tarifa que precisamente la actora pretende que se aplique, no solamente a partir de la fecha de su publicación, sino también retroactivamente. Y es esta última retroactividad que propugna la recurrente, la que resultaría claramente contraria al repetido artículo.

En consecuencia, debe desestimarse el recurso y confirmarse la resolución recurrida.

TERCERO. – En cuanto al motivo o Fundamento de Derecho TERCERO alegado por CEHAT:

(“La resolución impugnada desvirtúa la finalidad de la medida provisional fijada en el expediente y determina la retroactividad de una disposición restrictiva de derechos.”)

A continuación, alega la recurrente que La Resolución impugnada ha desvirtuado la finalidad de la medida provisional de pago a cuenta que la propia SPCPI fijó en el procedimiento a través de las Resoluciones de Medidas Provisionales, al haber establecido, que el periodo de tiempo previo a la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la resolución de determinación de tarifas se regularice mediante las tarifas fijadas por EGEDA que resultaren entonces de aplicación. En definitiva, considera la actora que dicho periodo de tiempo se debería haber regularizado tomando como referencia la tarifa determinada en la resolución definitiva del Expediente.

Vuelve, por tercera vez, a plantear la misma cuestión desde otra perspectiva, pero no deja de ser lo mismo que lo alegado en anteriores motivos. La respuesta debe ser la misma: lo que pretende la recurrente, es que la tarifa determinada en la resolución definitiva del

expediente se aplique con carácter retroactivo, lo que constituiría causa de nulidad expresamente prevista en el artículo 47.2 de la LPAC, ya que entonces nos encontraríamos ante una disposición administrativa que vulneraría la Ley, y concretamente el tan repetido artículo 194.3 del TRLPI (*“serán aplicables a partir del día siguiente al de la publicación”*).

Por supuesto, no explica la recurrente por qué, desde su punto de vista, se produciría la pretendida nulidad parcial de la resolución impugnada a la luz de los artículos 37.2 y 47.2 de la Ley 39/2015. La genérica invocación del artículo 22 del RD 1023/2015 o del artículo 56.1 de la Ley 39/2015 no constituyen ningún apoyo a su pretensión, ya que es evidente que las medidas provisionales que se adoptaron tendían a asegurar al menos un mínimo pago a cuenta y, con ello, la eficacia de la resolución de determinación de tarifas,

La SPCPI ordena un pago a cuenta provisionalmente ***con la finalidad de garantizar los legítimos intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual, y asegurar con ello la efectividad del procedimiento de determinación de tarifas*** (página 16 resuelve primero de la parte dispositiva de la resolución de 13 de septiembre de 2019, por la que se establecen por la SPCPI las medidas provisionales de pago a cuenta). En la propia Resolución de 26 de noviembre de 2019 por la que se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la resolución de 13 de septiembre de 2019 por la que se establecen medidas provisionales de pago a cuenta por parte de CEHAT a EGEDA, se señala en su Fundamento de Derecho Cuarto (folio 2384 -el énfasis es nuestro-) que ***“ (...) que un gran número de establecimientos de hospedaje están llevando a cabo un uso continuado del repertorio de EGEDA sin que hayan concertado un acuerdo con esta entidad de gestión ni abonado las tarifas generales aprobadas por ésta”***.

Por ende, la finalidad de la medida provisional no es otra que la que ha indicado la propia resolución que la adopta, y esa finalidad, como acabamos de ver, tiene nada que ver con la protección provisional de los derechos de los titulares de los derechos de propiedad intelectual a los que representa EGEDA frente a la constatación del comportamiento de un “gran número de establecimientos de hospedaje” que hacen un uso no ajustado a la ley de dichos derechos.

Asimismo, la actora pretende que la Resolución Impugnada ha establecido la retroactividad de una disposición no favorable o restrictiva de derechos individuales, al

aplicar al periodo anterior a la vigencia de la Resolución Impugnada una tarifa distinta y más desfavorable al usuario que la determinada en ella (las Tarifas EGEDA 2016).

La delirante conclusión deriva de la persistencia de la actora del error de considerar que la SPCPI ha fijado dos tarifas. Una de ellas la determinada como consecuencia de la tramitación del expediente (que, es la única tarifa determinada por la SPCPI) y la otra, la tarifa de EGEDA para el periodo anterior a la entrada en vigor de la tarifa determinada por la SPCPI.

Partiendo del error de considerar que la Resolución ha determinado dos tarifas, al establecer que la regularización de los pagos a cuenta deba hacerse de acuerdo con las tarifas fijadas por la entidad que fueren aplicables, invoca ahora la CEHAT el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, que considera nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Señala la recurrente, confundiendo conceptos, que, de este modo, la SPCPI ha dispuesto la retroactividad de una disposición que, sin embargo, resulta menos favorable o restrictiva de derechos individuales, por contraste con la disposición que el propio Órgano ha dictado para lo venidero.

Además de la manipulación que supone atribuir a la SPCPI la determinación de una tarifa (la de 2016 de EGEDA), que, en realidad había aprobado EGEDA de acuerdo con las previsiones legales, por el hecho de aclarar que los pagos a cuenta debe regularizar conforme a la tarifa vigente hasta la entrada en vigor de la sustitutoria, es un auténtico exceso llegar a sostener que la resolución dictada por la SPCPI en ejercicio de sus funciones de determinación de tarifas es una disposición sancionadora, o restrictiva de derechos individuales, por el hecho de respetar las disposiciones legales, y, en particular el tantas veces invocado artículo 194.3 del TRLPI. .

La resolución de determinación de tarifas, no se dicta en el marco de un procedimiento sancionador, sino en el de un procedimiento reglado de resolución de conflictos, y se trata de una disposición de naturaleza más bien arbitral, lo que implica necesariamente un equilibrio entre los intereses de los usuarios y de los titulares de derechos de propiedad intelectual, facilitando el uso pacífico de los derechos de propiedad intelectual mediante el establecimiento de una tarifa obligatoria para los usuarios y para la entidad de gestión, basada en criterios legalmente establecidos. Por lo tanto, no es una resolución sancionadora y restrictiva de derechos.

Por todo lo anterior, el recurso debe ser desestimado y la resolución recurrida.

CUARTO. – Común a los anteriores motivos.

Hemos venido poniendo de manifiesto cómo la actora ha venido reutilizando un mismo argumento según el cual pretende la aplicación de la tarifa determinada por la SPCPI al periodo entre establecimiento por la SPCPI desde la medida provisional de pago a cuenta.

Sin perjuicio de los argumentos de oposición expuestos, debemos añadir la contradicción intrínseca que supone pretender simultáneamente la anulación de la resolución de determinación de tarifas y la aplicación de la tarifa (precisamente la que se pretende que se quede sin efecto), con efectos no sólo *ex nunc*, sino también *ex tunc* o retroactivos.

Al margen lo anterior, lo cierto es que, tal como venimos insistiendo, todos los motivos se reconducen a uno sólo, que es reclamar la aplicación retroactiva de la tarifa determinada por la Resolución Impugnada. Y, como ya se ha expuesto antes, la cuestión ya ha sido resuelta por esta Sala en su **Sentencia N° 35/2024, de 25 de enero**, en el **Procedimiento Ordinario 755/2022**, que desestimó el recurso interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución definitiva, de 23 de julio de 2020, del procedimiento E/2017/002. (F. de D. Undécimo).

En consecuencia, el recurso debe ser desestimado y la resolución impugnada confirmada, por su ajuste a derecho.

QUINTO. - En cuanto al motivo o Fundamento de Derecho CUARTO alegado por CEHAT:

(“Con su interpretación del concepto de grabación audiovisual, la resolución excede del ámbito competencial de la SPCPI y atribuye a EGEDA un derecho pese a que carece de requisitos para adquirirlo”)

En este motivo de su recurso, la actora sostiene que la función de determinación de tarifas de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual se circunscribe estrictamente a la fijación de los precios aplicables por la utilización del repertorio de que se trate, así como la forma de pago y las condiciones necesarias para hacer efectivos sus derechos.

Afirma que la SPCPI se ha referido a aspectos jurídicos civiles de los derechos subyacentes por lo que opina que ha desbordado el ámbito competencial que le es propio ya que, en casos de controversia, corresponde la competencia para su conocimiento al orden jurisdiccional civil. Debido a ello, la actora considera que la resolución debe declararse nula de pleno derecho al amparo del artículo 37.2 y 47.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), por haber sido dictada, según la interpretación de la actora, por órgano manifiestamente incompetente, por razón de la materia.

En este motivo del recurso indica que la SPCPI ha interpretado el concepto de grabación audiovisual definido en el artículo 120 del TRLPI que es un concepto jurídico civil. Asegura que la interpretación de la SPCPI implica asumir riesgos interpretativos relacionados con la posible contradicción con otros preceptos del TRLPI (en particular con el artículo 86). En este punto debe indicarse que la recurrente ha desarrollado otro motivo de recurso, al que nos referiremos posteriormente, que trata de esa supuesta (e inexistente como veremos) contradicción con otros preceptos del TRLPI. Para no mezclar motivos, y no contribuir a la ceremonia de la confusión de la recurrente vamos a centrarnos en este momento en la oposición al motivo de la actora según la cual la SPCPI se habría excedido del ámbito de sus competencias, para referirnos en alegaciones posteriores al perfecto ajuste a derecho de la conclusión a la que llega la SPCPI en su resolución.

También afirma la actora que la situación no se solventaría, al parecer de la recurrente, con la afirmación de la SPCPI según la cual sus apreciaciones son a los fines del presente procedimiento administrativo, llegando a concluir la CEHAT que la SPCPI ha de abstenerse al fijar una tarifa de incidir en aspectos jurídicos sustantivos que penetren en la órbita de delimitación de los derechos u objetos sobre los que la tarifa se proyecta.

Como vamos a ver, pese a lo que dice la actora, es precisamente para llevar a cabo la determinación de tarifas, para lo que la SPCPI debe conocer y delimitar determinados

aspectos como el repertorio de la entidad de gestión, el derecho o modalidades a que se refiere la solicitud y el tipo de derecho de que se trata atendiendo a su forma de gestión. Es decir, que se debe pronunciar necesariamente sobre aspectos jurídico civiles para poder desempeñar su función de determinación de tarifas conforme a las normas y directrices legales.

Al desarrollar su motivo indica la actora en varios epígrafes que la resolución ha elaborado un supuesto principio relacionado con las emisiones o transmisiones de televisión (vid epígrafes 45 y 46 de su demanda), cosa que no es cierta, ya que las citadas emisiones o transmisiones son objetos de propiedad intelectual diferentes de los que son propios de este procedimiento (obras y grabaciones audiovisuales) y corresponden a titulares cuales son las entidades de radiodifusión (vid artículo 126 del TRLPI) igualmente diferentes a los que representa mi mandante (que son los productores audiovisuales).

Todo este planteamiento de la actora constituye una auténtica tergiversación del contenido de la Resolución.

En realidad, la cuestión es que, al analizarse en el ámbito del procedimiento de determinación de tarifas el repertorio de obras y grabaciones audiovisuales administrado por EGEDA en esta modalidad de comunicación pública, la SPCPI ha debido resolver si los eventos difundidos en directo lo son a partir de grabaciones audiovisuales. Esto no es interpretar el concepto de grabación audiovisual, sino examinar si técnicamente dichos eventos, programas o acontecimientos se difunden a partir de grabaciones, definidas en el artículo 120 del TRLPI y si, en caso afirmativo, forman parte del repertorio que EGEDA administra. Además, la SPCPI ha analizado esta cuestión abocada a ello por la actora y, lejos de lo que afirma la demandante, es necesario que analice el repertorio para poder determinar la tarifa.

En efecto, en este punto la SPCPI ha actuado en el ámbito de las funciones que tiene encomendadas. En primer lugar, porque el análisis y tratamiento de determinados problemas de propiedad intelectual, entra dentro de sus atribuciones como órgano especializado en dicha materia jurídica (con facultades incluso de arbitraje en dicha disciplina, como es de ver en el artículo 164.2 del TRLPI). Sentado lo anterior, y centrándonos en el tipo de procedimiento tramitado a solicitud de la actora, el procedimiento de determinación de tarifas ha de recordarse (i) que se circunscribe a los

derechos de gestión colectiva obligatoria y a los de gestión colectiva voluntaria que, respecto de una misma categoría de titulares concurren con un derecho de remuneración sobre la misma obra o prestación; (ii) Que la Sección debe determinar una tarifa que represente el precio por la utilización de obras y demás prestaciones de una entidad de gestión aplicable para una determinada modalidad de uso y (iii) que será obligatoria para los titulares y obligados respecto de la misma modalidad de uso de obras y prestaciones e idéntico sector de usuarios. Por último, el artículo 193.3 obliga a la SPCPI a observar, al menos, los criterios establecidos en el artículo 164.3.

Dichos criterios legales son los siguientes:

- 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.

Como consecuencia, deben valorarse y resolverse por la SPCPI una serie de cuestiones de propiedad intelectual para poder desempeñar su función de determinación de tarifas, tanto para la admisión a trámite de la solicitud de determinación de tarifas, como para llevar a cabo la propia determinación.

La SPCPI habrá de valorar y justificar en su resolución si la modalidad de derecho cuyas tarifas se le solicita que determine es de gestión colectiva obligatoria o de gestión colectiva voluntaria, pero concurre con un derecho de remuneración de gestión colectiva obligatoria, sobre las mismas obras o prestaciones intelectuales, para lo cual, previamente, habrá de partir de una valoración de la modalidad de derecho sobre determinadas obras o prestaciones.

A continuación, para determinar la tarifa que se le solicita que determine, siempre que sea procedente a partir del análisis anterior, deberá aplicar los criterios legales antes indicados, entre ellos, el de la amplitud del repertorio de la entidad de gestión en esa modalidad de derecho que debe tarificar la SPCPI. Como se encarga de aclarar el artículo 164.3, letra c) in fine, *A estos efectos, se entenderá por repertorio las obras y prestaciones cuyos derechos gestiona una entidad de gestión*. Parece incuestionable que, para determinar las tarifas solicitadas, la SPCPI está obligada a examinar la amplitud de dicho repertorio y que, si como en este caso la solicitante de las tarifas niega que una determinada categoría de prestaciones intelectuales forma parte del repertorio que representa la entidad, la SPCPI tenga que resolver la cuestión, ya que su tarifa debe ser capaz de remunerar el uso de un repertorio (y no de una parte de un repertorio). El pronunciamiento sobre la amplitud del repertorio es ineludible, además, si se tiene en cuenta, que varios de los restantes criterios legales que tiene que aplicar la SPCPI se refieren y presuponen una clara determinación del repertorio en cuestión (por ejemplo, el grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario; o la intensidad o relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario; o los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio).

Lo mismo hay que decir sobre la modalidad de uso de que se trata. No sólo es necesario para determinar la posibilidad misma de tramitar el procedimiento de determinación de tarifas, sino que el resto de los criterios se refieren a la concreta modalidad de uso (el grado, intensidad y relevancia de dicho uso, así como los ingresos que genera para el usuario la utilización de ese repertorio en esa modalidad de explotación). Incluso para proceder a la comparativa de tarifas (letras f) y g) del 164.3 TRLPI, se ha de partir de que se trate, obviamente, de la misma modalidad de uso.

En consecuencia, la resolución discierne las cuestiones jurídicas en materia de derecho de propiedad intelectual, cuyo tratamiento por parte de la SPCPI era “*conditio sine qua*

non” para que ésta pudiera llevar a cabo la función de determinación de tarifas que desempeñaba, en este caso a instancias de CEHAT.

Además, de lo anterior la SPCPI ha analizado esta cuestión abocada a ello por la actora. En efecto, la cuestión ha sido suscitada por la CEHAT ante la SPCPI por lo que no puede pretender ahora, cuando no está conforme con la determinación de la SPCPI, que ésta no es competente para resolverlo. En efecto si se atiende a los epígrafes 48 y 49 de la resolución recurrida, 48. ***Otra de las cuestiones planteadas por CEHAT se refiere al uso efectivo del repertorio de EGEDA por los establecimientos de hospedaje. En este sentido, (...) El primer factor sería el grado de ocupación del hotel, pues no se enciende la televisión en las habitaciones vacías. Otro factor a tener en cuenta es si, en las habitaciones ocupadas, los clientes encienden o no la televisión. Y, por último, dentro de los clientes que la encienden, si los contenidos que ven forman parte del repertorio de EGEDA.***

49. Respecto a este último factor, CEHAT argumenta que no todos los contenidos emitidos son grabaciones audiovisuales y, por tanto, no todo forma parte del repertorio de la entidad de gestión (folio 110). Así, la Confederación excluye de este repertorio las emisiones en directo, entre ellas, los programas informativos y eventos deportivos.”

Cómo pretendía CEHAT entonces que la SPCPI pudiera valorar los criterios del artículo 164 del TRLPI, tales como la amplitud del repertorio, o el grado de uso del mismo para la determinación de la tarifa. El procedimiento de determinación de tarifas tiene que tender a extraer el valor del uso del repertorio de la Entidad de Gestión en la actividad del usuario, y dicho valor no puede ser uno u otro dependiendo de las interpretaciones subjetivas de cada usuario como pretende la solicitante. No se olvide que las tarifas que determina la SPCPI son **Obligatorias** tanto para la entidad como para los usuarios de la misma clase que efectúen la misma modalidad de explotación del repertorio, desde su publicación en el BOE, y no dependientes de la interpretación de cada uno de los usuarios tal como sorprendentemente pretende la demandante, que ha sido la solicitante del procedimiento de determinación de tarifas.

La actora, después de suscitar la controversia jurídica plantea una alegación de falta de competencia de la SPCPI para resolver la propia controversia, resolución imprescindible para proceder a la determinación de la tarifa, lo cual constituye una nueva incoherencia que debe abundar en las razones para desestimar este motivo del recurso.

Asimismo, el recurso de la actora presenta, otras incoherencias intrínsecas, como el hecho de que la actora está sometiendo al enjuiciamiento de esta Sala las mismas cuestiones que al tiempo denuncia que han sido resueltas por la SPCPI excediéndose, según su parecer, de sus atribuciones por corresponder su conocimiento al Orden Jurisdiccional Civil.

Y otra más, ya que la actora trata de justificar su interpretación sobre la integración del concepto de Grabación Audiovisual recogido en el artículo 120 del TRLPI, es decir, una de las cuestiones sobre cuyo tratamiento por parte de la SPCPI está construyendo este motivo de nulidad, por considerar que es una materia reservada al Orden Jurisdiccional Civil, sobre la base de una premisa contenida en un informe de otro Órgano administrativo, que despliega sus atribuciones y funciones en otro ámbito jurídico, en particular, la Legislación de Defensa de la Competencia (Vid página 37/113 de la demanda, epígrafes 61 y 62). A la vista de las funciones que el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) atribuye a dicha CNMC, es claro que no tiene nada que ver con el desempeño de este organismo interpretar si los eventos en directo se emiten o transmiten a partir de una grabación audiovisual en el sentido del artículo 120 del TRLPI, y si, como consecuencia, las precitadas grabaciones forman parte del repertorio que administra mi mandante para los productores audiovisuales.

En definitiva, constituye una incongruencia más, afirmar que la SPCPI, organismo especializado creado por la Ley de Propiedad Intelectual para desempeñar funciones en ese ámbito, no es competente para interpretar determinados conceptos propios del derecho de propiedad intelectual y que, por ese motivo, la resolución que recurre es nula, y, al mismo tiempo, apoyarse en la interpretación efectuada sobre el mismo particular por un Organismo con funciones en materia de defensa de la competencia.

Para terminar, la cuestión ya ha sido analizada previamente por esta Sala, que se ha pronunciado de la siguiente manera en el fundamento de derecho séptimo de la **sentencia 52/2024, de 31 de enero de 2024**, recaída en el **procedimiento ordinario 620/2022**.

“SEPTIMO. El siguiente motivo articulado en la demanda se centra en que la resolución excede del ámbito de competencias al interpretar conceptos jurídicos civiles que afectan al objeto del derecho cuya determinación tarifaria se trata.

Debe tenerse en cuenta un dato fundamental, y es que el tema nuclear de este procedimiento se centra en el concepto de grabación audiovisual. El hecho de que se

haya determinado el precio aplicable por la explotación de grabaciones audiovisuales mediante su retransmisión indica claramente que es preciso atender a qué se entiende por “grabaciones audiovisuales” siendo este el núcleo del debate, puesto que es el punto de partida, si bien luego se centra en la determinación de la concreta tarifa. Pero para ello es preciso fijar el concepto sobre el que se va a establecer la tarifa. Y teniendo en cuenta que existe una clara controversia entre las partes sobre qué se entiende por tal concepto.

En la resolución consta una decisión sobre este punto, alegado por Telefónica, y así en los apartados 252 a 261 se detalla al respecto, compartiendo esta Sala que el primer punto de partida necesariamente pasa por precisar o fijar tal concepto. El art. 24.4 del Reglamento puntualiza que “La resolución no alterará la naturaleza jurídico-civil de los derechos con respecto a los cuales se fije la determinación de tarifas y las demás condiciones necesarias para hacerlos efectivos.”

Como se precisa en el apartado 261, se interpretan los derechos con el alcance concreto de los efectos del procedimiento administrativo. Y la interpretación que se hace en la resolución se ha basado en Jurisprudencia dictada por Tribunales de la Jurisdicción Civil, además de informes y otros aspectos.”

La sentencia de esta Sala resultó desestimatoria del recurso y confirmatoria de la resolución de la SPCPI recurrida.

En consecuencia, el recurso debe ser desestimado y confirmada la resolución recurrida.

SEXTO. - Común a los motivos cuarto, quinto y sexto.

Como hemos indicado en el apartado anterior de este escrito, la determinación de las tarifas se debe efectuar teniendo en cuenta, entre otros, los criterios establecidos en el artículo 164.3 del TRLPI.

Uno de los criterios que establece el artículo 164.3 del TRLPI para la determinación de las tarifas generales es *c) la amplitud del repertorio de la entidad de gestión*, entendiéndose a estos efectos por repertorio, las obras y prestaciones cuyos derechos gestiona una entidad de gestión.

Con el objeto de reducir la amplitud del repertorio gestionado por EGEDA y disminuir el importe de las tarifas que deben abonar los establecimientos de hospedaje, CEHAT sostenía (epígrafes 48 y 49 de la Resolución) respecto del repertorio de obras y grabaciones audiovisuales que EGEDA administra en esta modalidad de comunicación pública, que hay una serie de contenidos que no formarían parte de dicho repertorio, refiriéndose, en particular, a los acontecimientos, programas o eventos, que se difunden por televisión, mediante su emisión, transmisión o radiodifusión, al mismo tiempo en el que tienen lugar (los programas, acontecimientos o eventos difundidos en directo).

Sin embargo, esto no es cierto tal como pasamos a explicar y así lo ha reflejado la resolución recurrida, que ha justificado pormenorizada y extensamente a partir de estudios y argumentos técnicos y jurídicos, que, por el contrario de lo que sostiene la actora, la difusión televisiva primaria de eventos en directo, se realiza a partir de una grabación audiovisual, entendida, como el artículo 120.1 del TRLPI indica como fijaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no susceptibles de ser consideradas como obras audiovisuales. Sobre este punto pivotan varios motivos de impugnación del recurso de la actora.

En primer término, hay que señalar que no es posible técnicamente una emisión o transmisión televisiva, si no es a partir de una fijación (grabación). En consecuencia, todos los contenidos que se emiten o transmiten por televisión son obras o grabaciones audiovisuales.

En este sentido, en el expediente E/2017/002 de determinación de Tarifas de mi representada para la retransmisión efectuada por las Plataformas de Televisión de Pago, que concluyó con la resolución de 23 de julio de 2020, constan², la respuesta de Corporación Radio Televisión Española al requerimiento de información practicado por la SPCPI durante la tramitación del procedimiento, que indica que “(...) ***todos los audiovisuales incluidos en las cadenas de CRTVE consultadas³ tendrían la consideración de obras y grabaciones y estarían protegidas por derechos de propiedad intelectual.***” Y añade, al responder a un requerimiento de aclaración de la SPCPI “(...) ***dentro de la categoría de grabaciones audiovisuales, se han incluido a los programas informativos, retransmisiones deportivas, programas, magazines, reportajes,***

² Folios 2754 y 3348 del citado expediente.

³ La 1, La 2, Canal 24 h, Clan y Teledeporte.

autopromociones, y el resto de programas y complementos que se emiten en esas cadenas (...).

Asimismo, Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación⁴, responde igualmente al requerimiento de información efectuado por la SPCPI respecto de sus canales⁵, “(...) *les señalamos que el 100% del tiempo total de emisión de nuestros canales se corresponde con el tiempo de explotación de obras y grabaciones audiovisuales protegidas (...)*”

La resolución de 23 de julio de 2020 se refiere en el epígrafe 102 a estos documentos, que se acompañan como **documentos número (1), (2) y (3)** a esta contestación.

En consecuencia, todo lo que se difunde primariamente por televisión son obras o grabaciones audiovisuales, incluidos, por tanto, los programas o eventos que se difunden al mismo tiempo en el que tienen lugar, o eventos en directo, como queda meridianamente claro al detenerse en el desglose de la tipología de grabaciones audiovisuales diferentes de las obras audiovisuales que hace Radio Televisión Española. Como es de ver, incluye, por ejemplo, a los informativos y retransmisiones deportivas, tanto si son en directo, como si no lo son, habida cuenta que está considerando incluido el 100% del tiempo de emisión.

Aparte de lo anterior, a la vista de los planteamientos de la actora dirigidos a negar determinados contenidos de su repertorio, EGEDA ha aportado en el procedimiento un informe pericial encargado a dos doctores ingenieros de telecomunicaciones por la Universidad Politécnica de Madrid, mediante el que se acomete el estudio de la cuestión desde una perspectiva técnica (folios 2537-2552 del expediente administrativo). Se trata del Informe “*Análisis del proceso de retransmisión de un evento en directo y su relación con el concepto de grabación audiovisual*” dirigido a aclarar si, desde el punto de vista técnico, a lo largo del proceso de difusión televisiva de un evento en directo se producen fijaciones (grabaciones audiovisuales ex artículo 120 del TRLPI) en forma de almacenamientos temporales o permanentes de los contenidos audiovisuales que se generen a lo largo del proceso y cuál es la funcionalidad de dichas grabaciones.

El citado proceso, se analiza detalladamente en el Informe, y parte de la captación por las cámaras de vídeo de las sucesivas secuencias de imágenes durante el evento o

⁴ Folio 2841

⁵ Antena 3, Neox, Nova, AtresSeries, La Sexta y Mega.

acontecimiento, hasta el momento en el que se realiza la emisión o transmisión. El documento distingue tres fases en el proceso técnico.

La primera de ellas comprende la captación y el procesado inicial de la información audiovisual, y tiene lugar en cada una de las cámaras de vídeo que se disponen para captar la imagen real de lo que sucede en el campo de visión de cada cámara. En esta fase se producen dos almacenamientos de las distintas secuencias de imágenes que se van captando a medida que se van produciendo, es decir, de forma sucesiva (en los sensores CCD y memoria que los acompaña). La segunda de las fijaciones (grabaciones) de esta fase, conlleva un primer procesado de la información.

La segunda fase, denominada de adaptación y producción, tiene lugar en el mezclador de vídeo y en el sistema de control central. En esta fase tienen lugar otras dos fijaciones. La primera, en el mezclador de vídeo donde se lleva a cabo la selección de fuentes, es decir de las imágenes y sonido captado por las distintas cámaras de vídeo (por razones de conformación del relato audiovisual y, además, de seguridad, se utilizan varias cámaras, incluso cuando se rueda en estudio), su combinación con otras fuentes, tanto el resto de las cámaras, como otras fuentes externas o con otra información pregrabada y la sincronización. La siguiente fijación (grabación audiovisual) y procesado (incorporación de logotipos del propio emisor y de publicidad, incorporación del audio y sincronización) tiene lugar en el sistema de control central, antes de entregar la información audiovisual así fijada (grabada) a la fase de emisión.

En la tercera fase, antes de entregar a emisión se efectúa una quinta fijación (grabación audiovisual) para realizar el procesado consistente en la compresión, codificación, modulación y amplificación de la información audiovisual.

En todas y cada una de las fases de captación, procesado, adaptación, producción, y emisión, tiene lugar un almacenamiento temporal o fijación (grabación audiovisual) que puede ir acompañado, o no, de un almacenamiento, fijación o grabación audiovisual permanente.

Se han producido fijaciones (grabaciones audiovisuales) al menos en cinco momentos diferentes, desde el primer momento en el que se lleva a cabo el almacenamiento o grabación de las sucesivas series de imágenes hasta la finalización del evento. Desde entonces (desde la primera grabación y procesado) la información grabada va progresando hasta la que se produce con carácter previo a la emisión o transmisión. Por

tanto, la emisión o transmisión primaria se produce a partir de una fijación (grabación audiovisual), lo cual significa que el usuario distinto de la radiodifusora de origen retransmite una grabación audiovisual. El proceso de producción de la grabación se inicia con la captación y concluye cuando se entrega a emisión. Se trata de una sucesión de grabaciones parciales desde el inicio al fin del evento. La grabación del evento en su totalidad se completa al concluir éste.

A la vista del informe técnico aportado por EGEDA a las actuaciones, cabe concluir con la SPCPI que durante un proceso de emisión o transmisión de acontecimientos o eventos en directo, independientemente de su naturaleza, tiene lugar una sucesión de fijaciones o grabaciones de las imágenes y sonidos captadas por las cámaras de video, que pueden ser provisionales o permanentes, sirviendo las provisionales o transitorias a fines instrumentales de la secuencia de procesamiento, mezcla y edición de las imágenes y sonidos que finalmente son objeto de emisión o transmisión al público previa fijación o grabación en el centro de producción/edición, grabación esta última, de carácter permanente, que constituye una primera fijación del acontecimiento en directo según va transcurriendo en el momento inmediatamente anterior a la emisión o transmisión de la señal y que, por tanto, puede ser considerada una grabación audiovisual protegible por el derecho conexo de los productores audiovisuales de los artículos 120 y siguientes.

Esta cuestión ha sido ya objeto de análisis y estudio hasta en dos ocasiones anteriores por parte de esta Sala, al resolver dos recursos contencioso-administrativos contra la Resolución de 23 de julio de 2020⁶, con la que concluyó el expediente E/2017/002 de determinación de Tarifas de mi representada para la retransmisión efectuada por las Plataformas de Televisión de Pago. Se trata de los recursos 755/2022, interpuesto por Telefónica, que terminó con sentencia de esta Sala de 25 de enero de 2024 desestimatoria del recurso y confirmatoria de la resolución recurrida, que se aporta a efectos informativos, y el **recurso 620/2022**, interpuesto por Agedi, que terminó por **sentencia de 31 de enero de 2024**, igualmente desestimatoria del recurso, que se aporta igualmente.

En particular, esta última indica en el Fundamento de derecho noveno:

*“**NOVENO.** - De si la grabación de un evento en directo constituye una producción audiovisual a los fines del artículo 120 TRLPI.*

⁶ y la resolutoria de los recursos potestativos de reposición contra la misma.

(...) La controversia entre las partes versa sobre analizar si la emisión de un evento en directo (concierto, programa informativo, de entretenimiento, etc.) constituye una grabación audiovisual, a los fines del artículo 120; en cuyo caso, los derechos de su productor serán gestionados, colectivamente, por EGEDA; o, por ejemplo, como refiere la recurrente, AGEDI, la retransmisión en directo de un concierto musical pasarán de meras actuaciones de artistas transmitidas por radiodifusión (en cuyo caso los derechos serán de AGEDI) a ser consideradas grabaciones audiovisuales (del artículo 120.1) en cuyo caso los derechos serán de EGEDA, sin que AGEDI perciba tarifa alguna. Continúa manifestando que la emisión de un concierto o de una actuación de un intérprete musical en directo ha de equipararse a un videoclip, para que los derechos correspondan a AGEDI.

(...)

La respuesta ha de ser confirmatoria del criterio de la SPCPI; puesto que, no solo así se pronuncian, en el expediente administrativo (párrafo 102 de la resolución) la Corporación de RTVE y Atresmedia, en que todos los contenidos audiovisuales incluidos en las cadenas de esos grupos son grabaciones audiovisuales protegidas; sino por el propio informe pericial aportado por EGEDA en vía administrativa (al que se aludió en el fundamento de Derecho Segundo de la presente resolución).

De tal suerte que, según los peritos autores del informe de EGEDA, para que pueda emitirse por radiodifusión un evento en directo es preciso un procedimiento técnico de fijación previa (transitoria o definitiva) de las imágenes en unos soportes o servidores para preparar el resultado final (copia cero), que es lo que se entrega a las entidades de radiodifusión.

(...)

Tras la finalización de todas estas fases se obtiene lo que comúnmente se denomina “copia cero”, que es lo que se entrega a las entidades de radiodifusión para que procedan a su emisión (art. 126).

Como se analiza en el párrafo 69 de la resolución de 23 de julio de 2020, el anterior proceso de producción de grabaciones audiovisuales no implica que se genere una obra audiovisual (del artículo 86) sino que pone de manifestó un proceso industrial que

requiere de, indudables, gastos económicos (personales, técnicos y materiales), que quien los acomete (su productor) tiene derecho a resarcirse.

Al párrafo 92 de la resolución impugnada se alude a que Telefónica cuestiona que la emisión de eventos en directo requiera de una primera fijación de imágenes en un soporte (a los fines del artículo 120) sino que el procedimiento descrito por los peritos son más que “episodios técnicos”, provisionales y automáticos, indispensables para poder realizar el procesado técnico de las imágenes y sonidos previos a su emisión. Y que, la “latencia” (retraso en unos pocos segundos entre la realidad y la visualización por los espectadores) signifique el evento no pueda emitirse en riguroso directo; sin que el estado actual de la técnica permita prescindir de dicha “latencia”. Pero, precisamente esa “latencia” permite inferir que se ha producido una primera grabación en un soporte (siquiera transitorio o provisional), naciendo la producción audiovisual del artículo 120 LPI.

Como se ha dicho, esta Sección 6ª comparte el criterio de la resolución impugnada; ya que, el informe pericial de EGEDA, que la SPCPI hace suyo, permite inferir que en el proceso de producción de eventos en directo se producen varias fijaciones provisionales (definitivas o no) de las imágenes. Pero, lo que es indudable es que, con carácter previo a la entrega a quien se ocupe de su emisión, se produce la denominada “copia cero” que es el formato definitivo del evento. Por lo que, cuando menos, en ese momento puede reputarse que se produce la primera fijación de la concatenación de planos y secuencias de las imágenes del citado evento. Por lo que se está ante una verdadera grabación audiovisual, generadora de derechos conexos, del artículo 120 TRLPI.

Incluso, al consuno con la Administración, resulta que durante la emisión de un evento en directo (por ejemplo, deportivo) se utiliza la repetición de determinadas imágenes (goles o jugadas polémicas de un partido, etc.), que solamente serán posibles reproducir si se parte de una fijación previa de las imágenes en un soporte; puesto que, si el evento se emite en riguroso directo, sin fijación (grabación) previa alguna, no sería posible acudir a imágenes anteriores.” (El énfasis es nuestro)

Como hemos indicado con anterioridad, han sido ya dos las veces que la Sala ha analizado este problema. Una de ellas, al conocer el recurso de AGEDI que dio lugar a la sentencia que contiene el pronunciamiento antes transcrito en su parte bastante.

En la otra, recurso 755/2022, examinó otros dos informes periciales presentados sobre la cuestión. En particular, un informe técnico presentado por la recurrente y otro por mi mandante, éste elaborado por el ingeniero superior de telecomunicaciones Dionisio Oliver Segura, especializado en estandarización y regulación de tecnologías audiovisuales. Todos los informes coinciden en que se producen almacenamientos de información audiovisual, tanto permanentes como temporales ex ante de la difusión.

Las valoraciones de la SPCPI a partir del Informe Ramos/Feijoo, autores del informe que obra en el expediente administrativo presentado por EGEDA resultan refrendadas en el Informe de Dionisio Oliver, quien concluye definitivamente su análisis afirmando que (página 17 de su informe) *“En consecuencia, a mi criterio, a lo largo del proceso de retransmisión de un evento en directo se producen almacenamientos temporales o permanentes de la información digital generada que permiten que ésta pudiese ser percibida, reproducida o comunicada mediante un dispositivo adecuado. Así pues, en ambos casos, tanto para almacenamientos temporales como permanentes, está teniendo lugar un proceso de fijación de dicha información audiovisual, esto es, de grabación audiovisual.”*

La sentencia de esta Sala, recaída en el **PO 755/2022**, recoge en su fundamento de derecho octavo la fundamentación antes transcrita parcialmente en su parte bastante, que integraba el fundamento de derecho noveno de la sentencia recaída en el PO 620/2022. Y, añade lo siguiente (entre otras importantes cuestiones, a las que nos referiremos en diferentes puntos de esta oposición). *“La conclusión adoptada en el informe aportado por EGEDA suscrito por Don Dionisio Oliver Segura resulta perfectamente clara al concluir que en la retransmisión de un evento en directo, se producen almacenamientos, temporales o permanentes de la información digital generada, de modo que ésta puede ser reproducida o comunicada por un dispositivo adecuado. En ambos casos existe un proceso de fijación de dicha información, por tanto, de grabación audiovisual.”*

Por ello, y el resto de los argumentos que incorpora a su fundamento concluye la Sala que *“Por ello, la conclusión es que la interpretación cuestionada es conforme con el ordenamiento jurídico.”* En consecuencia, la Sala desestima el recurso y confirma la resolución.

En definitiva, que la cuestión que se plantea y sobre la que se construyen los motivos cuarto, quinto y sexto del recurso de la CEHAT, que consiste en discutir la apreciación de la SPCPI en el sentido de que los eventos o programas difundidos en directo se difunden a partir de una grabación que forma parte del repertorio de EGEDA ha sido resuelta en dos ocasiones previas por esta misma Sala valorando diferentes informes periciales, llegando a la conclusión de confirmar la resolución en dicho sentido.

Como veremos también ha analizado previamente el ajuste a derecho nacional y comunitario de esta conclusión o interpretación y hemos puesto de manifiesto, cómo igualmente se ha pronunciado sobre la competencia de la SPCPI para resolver la cuestión en el ámbito de su función de determinación de tarifas.

Por lo anterior, debe desestimarse el recurso y confirmarse la resolución recurrida.

SÈPTIMO. – En cuanto al motivo o Fundamento de Derecho QUINTO de la demanda de la CEHAT:

(“La interpretación del concepto de grabación audiovisual que realiza la resolución impugnada se opone tanto al Ordenamiento Nacional como al Derecho de la Unión Europea”)

En el motivo la actora intenta desarrollar una serie de argumentos que tratan de contradecir la argumentación jurídica empleada por la SPCPI afirmando que el hecho de considerar que los eventos en directo se difunden a partir de una grabación audiovisual es contrario al derecho nacional y al derecho de la Unión Europea.

Al principio del motivo la actora se refiere al estado de la cuestión a nivel doctrinal, pero, de nuevo, recurriendo a manipulaciones. No es verdad que la resolución de 23 de julio de 2020 a la que se refiere el epígrafe 60 de su demanda, reconozca que su interpretación se encuentre huérfana de sostén doctrinal en España. Lo que la SPCPI realmente ha dicho en el epígrafe 106 de aquella resolución, es que no se ha abordado esta problemática, lo cual es muy distinto, y, realmente, no es indicativo de nada, ni se pueden extraer

conclusiones de ese simple hecho. A continuación, la actora reconoce que sí se trata de un tema discutido doctrinalmente en Alemania, pero, lejos de tratar la cuestión sobre la base de la calidad de los argumentos de cada autor, lo que hace es limitarse a tratar de desprestigiar la opinión de quienes contradicen las posiciones de la actora y, al contrario. Por tanto, carece de motivos jurídicos para defender su posición desde esta perspectiva, y, debe, sin más, desestimarse el recurso y confirmarse la resolución recurrida.

En segundo lugar (epígrafes 61 a 63 de la demanda) se basa la actora en que la SPCPI no comparta el criterio de la CMNC que ha emitido informe en el procedimiento de determinación de tarifas, en relación con la amplitud del repertorio de EGEDA. Sobre este punto hemos avanzado algunas consideraciones al oponernos al motivo cuarto del recurso de la CEHAT.

En este punto debe precisarse que la SPCPI puede pedir informes NO vinculantes al amparo del artículo 23.8 del RD 1023/2015, de 13 de noviembre, pero, sin perjuicio de que no le vinculan en términos generales, sólo procedería que los tomara en consideración en los aspectos propios del desempeño de dicho organismo, y este no es el caso, por lo que el argumento de la actora debe decaer.

En este sentido, lo cierto es que la SPCPI, NO ha pedido informe a la CNMC sobre la amplitud del repertorio de la entidad, sino que ha sido la CNMC, en el curso de su informe, la que ha aludido a dicho aspecto. La recurrente pierde de vista que la CNMC está especializada en cuestiones relacionadas con el derecho de la competencia, por lo que la delimitación de la amplitud del repertorio de una entidad de gestión en la administración de una determinada modalidad de derecho de propiedad intelectual es una materia ajena a sus funciones y facultades. Por el contrario, la SPCPI es un organismo que desempeña sus funciones en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual, y, por ser necesario para determinar la tarifa de EGEDA ha analizado la cuestión desde una perspectiva jurídica y con el soporte de informes técnicos.

A continuación de referirse al plano doctrinal y a al informe de la CNMC indica la actora que es importante tener en cuenta que el hecho de que la SPCPI haya adoptado una “interpretación amplia del concepto de grabación audiovisual” implica que los organismos de radiodifusión pueden hacer valer no sólo su derecho conexo sobre la

emisión, sino también el derecho conexo como productores audiovisuales, “*aunque esas grabaciones sean puramente técnicas y sirvan de soporte al proceso de emisión televisiva.*”

Adviértase que, en este punto (epígrafe 63 de la demanda), la actora reconoce la existencia de grabaciones audiovisuales previas a la difusión televisiva de un evento en directo, aunque las califique de una determinada manera sin demostrar las características a las que alude. Aunque, en cualquier caso, serían calificativos irrelevantes desde la perspectiva de su consideración como grabaciones audiovisuales, ya que el artículo 120.1 del TRLPI define la grabación audiovisual, textualmente, como “*La fijación de un plano o secuencia de imágenes asociadas, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser consideradas obras audiovisuales en el sentido del artículo 86 de la Ley*”.

En efecto, el TRLPI no exige requisito alguno que deba cumplir dicha fijación, ni hace excepción o salvedad en relación con ninguna clase de fijaciones a los efectos de su consideración como grabaciones audiovisuales. Tampoco hace mención alguna a su finalidad, a su duración, ni al tipo o naturaleza del dispositivo o memoria en el que debe efectuarse la fijación. En este punto conviene traer también a colación que, en otras ocasiones a lo largo del escrito, ha afirmado igualmente la actora que las grabaciones audiovisuales han de ser fijaciones en soportes materiales o tangibles, algo que la recurrente utiliza también para negar la consideración de grabaciones audiovisuales a las fijaciones a partir de las cuales se produce la difusión televisiva de los eventos, acontecimientos o programas en directo.

En relación con este último aspecto, el mismo artículo 86 del TRLPI al definir a las obras audiovisuales, que son un tipo, cualificado por el elemento de la creatividad, de grabaciones audiovisuales, viene específicamente a descartar la naturaleza del soporte como un elemento a tener en consideración. Así dice “*Con independencia de los soportes (...)*”. Por lo tanto, al no requerirlo el artículo 120 no tiene sentido alguno el requisito que indica la actora a lo largo de su escrito en varias ocasiones, según el cual, la fijación de la secuencia de imágenes debe efectuarse en un soporte tangible para constituir una grabación audiovisual.

Así lo confirma una de las voces más autorizadas en nuestra doctrina especializada Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, en los “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual”, coordinados también por él, editados por Tecnos (Página 1661 de su segunda

edición) “El concepto de grabación audiovisual comprende, al igual que el artículo 114.1 con respecto a la fijación de sonidos, todas las fijaciones de planos o secuencias de imágenes, con o sin sonido. Comprende **todas las fijaciones, cualquiera que sea el soporte de la misma**. <<Con independencia de la naturaleza de los soportes materiales >> dice el artículo 86.1 con respecto a las obras audiovisuales. Lo que evidentemente vale para las grabaciones, puesto que éstas incluyen las obras- así lo dice el propio artículo 112.1 en su segunda parte-. De acuerdo con el artículo 10.1 LPI, grabación audiovisual será toda fijación de planos o secuencias de imágenes, **cualquiera que sea el procedimiento técnico empleado y el soporte o medio de la fijación, <<tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro>>, siempre que <<permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella>> (art. 18 LPI). Grabación equivale pues a cualquier fijación**. La Ley utiliza también como términos equivalentes los de <<producción>> (art. 117 LPI) y realización (art. 125LPI).”

En consecuencia, la consideración de la SPCPI de que la difusión primaria de los programas, eventos o acontecimientos en directo se hace a partir de una grabación audiovisual **es perfectamente ajustada al artículo 120 del TRLPI y no entra en contradicción con el artículo 86**. Sin perjuicio de esta consideración, debe insistirse en que en ningún momento se ha indicado por la recurrente qué precepto de derecho interno considera infringido por la resolución que recurre, lo que debe conllevar, de por sí, la desestimación del recurso.

Tampoco se explica en qué punto infringe el derecho interno el hecho de que pueda ser el mismo sujeto el que produce la grabación del evento en directo y el que lo emite o transmite. Es perfectamente factible que sea el mismo sujeto, o que la producción de la grabación sea efectuada por un sujeto diferente del que la emite. La grabación audiovisual es un objeto de propiedad intelectual diferente de las emisiones o transmisiones, pero nada impide que en un mismo sujeto pueda concurrir la calidad de productor audiovisual y la de entidad de radiodifusión. Lo mismo que en un mismo sujeto puede concurrir la calidad de artista, intérprete o ejecutante, y la de productor audiovisual y/o la de productor de fonogramas y/o la de compositor. Y sus creaciones o prestaciones intelectuales serán protegidas sin exclusión de ninguna de ellas porque los derechos de propiedad intelectual son independientes, compatibles y acumulables (vid artículo 3 del TRLPI).

La actora pretende desde el primer momento generar confusión, como hemos venido advirtiéndolo, entre la condición de las entidades de radiodifusión como sujetos de propiedad intelectual sobre sus emisiones o transmisiones, y cuyos derechos vienen recogidos en el artículo 126 del TRLPI, que les atribuye, entre otros, un derecho exclusivo de autorizar la retransmisión por cualquier procedimiento técnico sobre sus emisiones o transmisiones (artículo 126. 1. d) del TRLPI); Y, los derechos de los productores audiovisuales (sujetos titulares de propiedad intelectual distintos) sobre sus obras y grabaciones audiovisuales (objetos de propiedad intelectual distintos de las emisiones o transmisiones), regulados los derechos de los productores de grabaciones audiovisuales en los artículos 120 al 125, incluidos, del TRLPI y, entre los que se encuentra el derecho exclusivo de autorizar la retransmisión de las obras y grabaciones audiovisuales y el de percibir una remuneración. Las obras y grabaciones, titularidad de los productores audiovisuales, son los contenidos que se programan y se difunden en las emisiones o transmisiones de las entidades de radiodifusión, sin perjuicio de que una entidad de radiodifusión pueda ser el mismo sujeto que produce una obra audiovisual o un evento o programa en directo, en cuyo caso, esos objetos deberán protegerse igualmente que los que son titularidad de otros productores audiovisuales, ya que la ley no hace exclusiones y lo contrario sería discriminar a unos sujetos frente a otros. Las entidades de radiodifusión españolas en su condición de productoras son socios de mi representada, como entidad de gestión de derechos de los productores audiovisuales.

Por ende, como los objetos de propiedad intelectual son distintos y la resolución recurrida no se refiere a emisiones o transmisiones, sino a grabaciones audiovisuales, el hecho de que la SPCPI concluya que los eventos en directo se difunden a partir de una grabación audiovisual no implica, ni tiene nada que ver, con conceder a las entidades de radiodifusión un derecho de retransmisión sobre sus emisiones, porque no está hablando de emisiones sino de grabaciones audiovisuales. Por otra parte, a efectos dialécticos, tampoco es verdad que el derecho de la Unión no haya querido conceder a las entidades de radiodifusión un derecho de retransmisión sobre sus emisiones, como afirma la recurrente. Debemos recordar incluso que el artículo 126 del TRLPI (126.1.d) reconoce el derecho exclusivo de autorizar la retransmisión sobre sus emisiones o transmisiones a la entidad de radiodifusión. No es verdad que el derecho de la Unión Europea no reconozca un derecho de retransmisión sobre sus emisiones o transmisiones a las

entidades de radiodifusión, sino que lo que se establece en la Directiva 2019/789, es que es un derecho de gestión individual. Luego la argumentación de la actora es errónea de todo punto de vista.

Hasta el momento hemos demostrado que la conclusión de la SPCPI según la cual la difusión de eventos, acontecimientos o programas en directo se efectúa a partir de una grabación audiovisual, está respaldada por informes técnicos, y se ajusta estrictamente a la definición de grabación audiovisual del artículo 120 del TRLPI.

De otra parte, frente a lo que indica la actora, la resolución de la SPCPI en cuanto considera que los eventos emitidos en directo lo son a partir de grabaciones audiovisuales tiene el respaldo de distintas resoluciones judiciales. Dichas referencias han sido analizadas por la SPCPI.

Así, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 439/2013, de 29 de junio, en la que se discute si la comunicación al público⁷ de un partido de fútbol emitido en directo mediante pantallas situadas en el estadio, realizada de manera simultánea a esa emisión emitida en directo, vulneraba el derecho exclusivo de comunicación al público del productor audiovisual, que se arrogaba la actora, que era la cesionaria de los derechos exclusivos audiovisuales, adquiridos mediante un contrato celebrado con la Real Federación Española de Fútbol.

En este sentido el Tribunal Supremo considera que los derechos de los artículos 120 y siguientes, que corresponden al productor audiovisual sobre las grabaciones audiovisuales, que han sido vulnerados, no pertenecen a la demandante porque no era la productora de dicha grabación en el caso objeto de análisis, sino que era otro el productor el que realizó la citada grabación. Por lo tanto, si el Tribunal Supremo considera vulnerados los derechos del productor audiovisual del evento emitido en directo es porque existe una grabación previa a la emisión en directo y protegida por derechos de propiedad intelectual, aunque en ese caso, no fuera la demandante la productora.

Distingue entre la titularidad de los derechos audiovisuales, también denominados derechos de arena (que autorizan a realizar, encargar o ceder el derecho a efectuar la fijación o grabación, entre otros y que pertenecían a la actora por haberlos adquirido de

⁷ Modalidad de comunicación pública recogida en el artículo 20.2.g) del TRLPI

la RFEF) y los derechos del productor audiovisual, que corresponden al sujeto identificado en el artículo 120.2 del TRLPI y recaen sobre una fijación o grabación ya realizada.

Por otra parte, si se resuelve por el Alto Tribunal que la actora en aquel procedimiento no ve vulnerado sus derechos porque el productor del evento en directo es otro distinto, es decir si se discute quién ostenta los derechos sobre la grabación, es porque asume el Tribunal que la emisión en directo se hace a partir de dicha grabación. En este caso el productor era la misma RTVE que produjo la grabación y la emitió en directo.

También respalda la interpretación de la SPCPI la Sentencia de la Sección 4 de la Audiencia Provincial de A Coruña, 434/2018, de 28 de diciembre de 2018 (Recurso 225/2017), que confirma la Sentencia del Juzgado Mercantil 2 de A Coruña, 247/2016, de fecha 22 de noviembre de 2016, que, en lo que interesa, estima la demanda deducida por MEDIAPRODUCCIÓN que era el productor audiovisual de los partidos de la Competición de la Liga de Fútbol Profesional de primera y segunda división y de la Copa de Su Majestad, el Rey, menos la final, en la temporada 2014-2015, contra la página web Rojadirecta, y otro, en la que, en lo que interesa a los efectos de este recurso, se estimaron vulnerados los derechos de la productora de la grabación audiovisual de dichos partidos puestos a disposición en directo por la citada página web. Por lo tanto, la emisión en directo a la que enlazaba la web se realizaba a partir de una grabación audiovisual llevada a cabo por la codemandante MEDIAPRODUCCIÓN, que no es una entidad de radiodifusión.

Asimismo, la Sentencia de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid 504/2019, de 25 de octubre, que confirma la de 30 de diciembre de 2016 del Juzgado Mercantil 1 de Madrid en la que MEDIAPRODUCCIÓN, que, como antes hemos avanzado no es una entidad de radiodifusión, acciona como productor de la grabación audiovisual de los partidos de la Competición de la Liga de Fútbol Profesional de primera y segunda división y de la Copa de Su Majestad, el Rey, menos la final, en la temporada 2011-2012, constando en las actuaciones un apercibimiento previo a que se disputara el partido efectuado a la demandada para que se abstuviera de utilizar las imágenes grabadas por la actora en su web.

También caben otro tipo de referencias, como la contenida en la Circular 8/2015 de la fiscalía general del Estado, de 21 de diciembre, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información, en

relación con la difusión no autorizada en establecimientos abiertos al público de contenidos audiovisuales de eventos deportivos emitidos o transmitidos por televisiones de pago. En este documento se hace alusión a las grabaciones previas de los eventos deportivos difundidos en directo igualmente. Este es el punto que interesa a los efectos de este recurso, es decir, el reconocimiento, de nuevo, de que los eventos en directo se emiten o transmiten a partir de grabaciones, y ello, con independencia del reproche penal o civil que puedan merecer sus vulneraciones a la vista de la legislación vigente, que es algo ajeno a lo que se discute en este procedimiento.

Lo que es cierto es que todas las referencias existentes (y la actora no ha podido por ello citar ninguna en contra) consideran, asumen o determinan que las emisiones o transmisiones en directo se hacen a partir de grabaciones audiovisuales. Si esas grabaciones son también obras, o son grabaciones en las que no concurre la condición de obras, no es relevante, porque los productores ostentan derechos originarios sobre todas las grabaciones audiovisuales, sean, por tanto, obras o no. Si las vulneraciones de los derechos sobre las obras son perseguibles penalmente y las de las grabaciones fonográficas, audiovisuales o emisiones o transmisiones de televisión lo son por la jurisdicción civil, no guarda relación con el hecho incuestionable de que, previo a la emisión en directo, hay una grabación a partir de la cual, se puede efectuar la difusión en vivo. De hecho, lo que subyace es, precisamente, que existe una grabación audiovisual protegida, debiendo ser sus vulneraciones perseguidas, con independencia de la cuestión relativa a la jurisdicción (penal o civil) en la que deba reclamarse dicha protección atendidas las circunstancias del caso.

También es importante destacar que constituye una **doctrina consolidada** de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual que las emisiones o transmisiones de programas en directo se realizan a partir de fijaciones que han de ser conceptuadas y protegidas como grabaciones audiovisuales.

La SPCPI es un órgano especializado en la resolución de conflictos en materia de propiedad intelectual, desempeñando, entre otras funciones, las de mediación y arbitraje en dichas materias.

Esta SPCPI ha analizado exhaustivamente la cuestión sopesando los diferentes informes periciales aportados, las referencias doctrinales y jurisprudenciales y estudiando las alegaciones de las partes, y ha confirmado su pronunciamiento en este aspecto hasta en tres ocasiones.

La primera de ellas es la resolución de 23 de julio de 2020 recaída en el expediente E/2017/002.

La segunda, la resolución de fecha 24 de febrero de 2022 recaída en el expediente E-2018-001 de determinación de tarifas para el cobro de los derechos correspondientes a los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales en establecimientos de restauración (EGEDA-FEHR),

Por último, la resolución hoy recurrida por la actora, de 14 de marzo de 2023 de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (SPCPI), por la que se determina la tarifa de EGEDA por el uso de grabaciones audiovisuales radiodifundidas en establecimientos de hospedaje, que pone fin al procedimiento de determinación de Tarifas E-2018-003, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 5 de abril de 2023.

Por lo tanto, las referencias jurisprudenciales respaldan el hecho de que las emisiones o transmisiones en directo se producen a partir de grabaciones audiovisuales, y también lo hacen otras relevantes referencias jurídicas. La doctrina está consolidada por la SPCPI y la actora no ha citado ningún precedente judicial en contra ni ninguna norma jurídica reguladora de la materia, ni relacionada con la misma, que contradiga la resolución recurrida.

Estos precedentes judiciales han sido recogidos y considerados igualmente por la **Sentencia de esta Sala, de 25 de enero de 2024, recaída en el PO 755/2022**, que indica en su fundamento de derecho octavo:

“(…) si cabe traer a colación, la sentencia nº 439/2913, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, recurso 1778/2011 (EDJ 2013/140039). Dicho procedimiento tiene su origen en el contrato suscrito por el Grupo Santa Mónica Sports, SL (GSM) y la Real Federación Española de Fútbol, por la que la empresa adquirió los derechos exclusivos audiovisuales de la Federación- sobre la final de la Copa del Rey de Fútbol. Entre los derechos adquiridos por GSM estaban el de exclusividad de los derechos audiovisuales del citado evento. Por parte de un tercero se colocaron pantallas gigantes en un campo de fútbol, reproduciendo las imágenes retransmitidas por televisión. GSM entendió que por el tercero se estarían infringiendo, entre otros, los derechos conexos como productor audiovisual, de la LPI, ya que ella había adquirido a la Federación el derecho exclusivo a producir y emitir el evento, y ella era la productora de la grabación audiovisual.

Pero, el Tribunal Supremo concluye que, GSM contrató con TVE la grabación y producción del partido de fútbol, por lo que, la condición de “productor audiovisual”, del artículo 120 del TRLPI correspondía a TVE, que era quien había procedido, materialmente, a la grabación y producción el evento, y no a GSM, que había cedido sus derechos a TVE para que “produjera” la grabación audiovisual, sin haberse reservado, en el contrato suscrito entre ambas, los derechos como productor audiovisual.

Dicha sentencia nº 439/2013, recoge (...)

De este pronunciamiento del Tribunal Supremo se extrae que el procedimiento de preparación y grabación de un partido de fútbol, para su emisión posterior, es un proceso de creación de una “grabación audiovisual”, del artículo 120.1 TRLPI; y, que quien lo realiza materialmente, ha de ser reputado su “productor”, a los fines del artículo 120.2 del citado TR.

(...)

Se insiste en que el concepto recogido es contrario al derecho de la UE y cita Sentencias del TJUE que entienden que apoyan su criterio, no se trata de diferenciar “grabación” como hecho generador de un derecho con el mero acto de reproducción. No es un mero acto de reproducción el que se contempla, no se limita a producción y grabación. La conclusión adoptada en el informe aportado por EGEDA suscrito por Don Dionisio Oliver Segura resulta perfectamente clara al concluir que en la retransmisión de un evento en directo, se producen almacenamientos, temporales o permanentes de la información digital generada, de modo que ésta puede ser reproducida o comunicada por un dispositivo adecuado. En ambos casos existe un proceso de fijación de dicha información, por tanto, de grabación audiovisual.

Se pone de relieve por el Abogado del Estado que este concepto se reitera en resolución posterior, de 24 de febrero de 2022, que detalla el concepto diferenciando entre el denominado “derecho de arena” que es el de autorizar la realización de producción en audiovisuales de eventos deportivos en directo para su emisión o transmisión, el “derecho conexo” sobre la grabación audiovisual de ese evento, y el “derecho sobre la señal radiodifundida” o derecho de emisión, que pertenece al organismo de radiodifusión, de la emisión de la misma. De este modo, existe un proceso de producción

audiovisual al fijar o grabar imágenes y sonidos durante la captación, procesado, selección y emisión de imágenes y sonidos de acontecimientos y programas en directo, siempre que el organismo responsable lleve a cabo una fijación previa de carácter presente en el centro de producción, momentos antes de lanzar la señal al público. Esta labor se viene llevando a cabo de manera generalizada.

Por ello, la conclusión es que la interpretación cuestionada es conforme con el ordenamiento jurídico.”

También han sido recogidos los precedentes judiciales por la **Sentencia de esta Sala de 31 de enero de 2024, recaída en el PO 620/2022.**

Por último, la actora argumenta también que la prueba de que los eventos emitidos en directo no se difunden a partir de una grabación es que el artículo 13.b) de la Convención Internacional sobre la protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los productores de fonogramas y los Organismos de radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961 (La Convención de Roma) atribuye a las entidades de radiodifusión el derecho de fijación de sus emisiones o transmisiones. Sin embargo, olvida que NO se está tratando de las emisiones o de las transmisiones, sino de grabaciones previas a dichas emisiones o transmisiones.

Además, si el derecho de fijación de sus emisiones o transmisiones de las entidades de radiodifusión impidiera, según la actora, considerar que los eventos en directo se difunden a partir de grabaciones, impediría también que se programaran cualesquiera otros contenidos pregrabados, como las películas (lo cual no es racional). Este derecho de fijación de las entidades de radiodifusión es posterior a la emisión o transmisión, y recae sobre las emisiones o transmisiones, pero NO sobre los contenidos programados incluidos en las mismas, que son todos ellos, producciones audiovisuales. En los contenidos emitidos en directo, la producción también existe y va progresando durante el curso del proceso previo a la difusión, completándose cuando concluye, pero, necesariamente es previa a la difusión, es decir, a la emisión o transmisión. El derecho de fijación lo ostentan las entidades de radiodifusión sobre sus señales que contienen sus programas compuestos de grabaciones. En este sentido el artículo 13 de la Convención de Roma no se contradicen en nada con la consideración de que los eventos en directo se hacen a partir

de grabaciones previas. Todos los derechos exclusivos de las entidades de radiodifusión sobre sus señales, emisiones o transmisiones son compatibles y acumulables con los derechos exclusivos de los titulares de los contenidos audiovisuales, es decir de los productores audiovisuales. Estos, respecto de las grabaciones, ostentan el derecho de reproducción del original o copias de sus grabaciones (121); de comunicación pública (122); de distribución (123) y lo mismo las entidades de radiodifusión, pero sobre sus emisiones y sus programas. Estas no pueden autorizar la fijación de los contenidos, ni su comunicación pública. Así se recoge en diferentes sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, como la sentencia 1137/2002, de 2 de diciembre (RC 1017/1997).

El resto de las referencias jurídicas que está utilizando la actora son ajenas a esta materia. Por ejemplo, la sentencia del TJUE en el asunto c-147/19, versa sobre el derecho de remuneración por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales que deben abonar los usuarios de los mismos, y resuelve la controversia sobre si se ostenta, o no, ese derecho de remuneración cuando esos fonogramas han sido sincronizados en una obra audiovisual y por las comunicaciones públicas de esa obra audiovisual. Nada tiene que con el hecho ni con la cuestión de que los eventos en directo se emitan a partir de grabaciones audiovisuales. Lo mismo, el resto de las referencias que efectúa la actora, que regulan cuestiones referentes a otros titulares, otros objetos de propiedad intelectual, y que no se pueden, por lo tanto, referir (ni se refieren ni directa ni indirectamente) a la cuestión que se está debatiendo en este procedimiento. Esas referencias no se refieren a la materia, ni definen la grabación audiovisual ni tratan sobre los derechos de los productores audiovisuales.

Por lo tanto, debe desestimarse su recurso y confirmarse la resolución recurrida.

OCTAVO. – En cuanto al motivo o Fundamento de Derecho SEXTO alegado por CEHAT:

(“La resolución atribuye a EGEDA la facultad de gestionar los derechos sobre ciertos actos de retransmisión sin que se den los requisitos legales para que ostente dicha facultad”)

En primer lugar, este motivo considera que no hay norma de cobertura al hecho de que EGEDA pueda gestionar a favor de los productores audiovisuales el derecho de retransmisión por formas distintas del de cable en las situaciones en las que tanto la transmisión inicial como la retransmisión se efectúen en territorio español. En ese sentido considera que la resolución atribuya a EGEDA la facultad de gestionar los derechos sobre ciertos actos de retransmisión sin que se den los requisitos legales para que ostente dicha facultad.

El motivo debe ser desestimado, habida cuenta que la resolución ha llevado a cabo una interpretación ajustada a derecho.

La Directiva 789/2019, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, establece definida en su artículo 2.2 como “(...) *toda retransmisión simultánea, inalterada e íntegra, distinta de la distribución por cable tal como se define en la Directiva 93/83/CEE, destinada a su recepción por el público, de una transmisión inicial procedente de otro estado miembro de programas de radio o televisión destinados a su recepción por el público cuando dicha transmisión inicial sea alámbrica o inalámbrica, incluida vía satélite, pero no en línea (...)*” lo siguiente en su artículo 4.1:

“1 (...) Los estados miembros, garantizarán que los titulares de derechos que no sean organismos de radiodifusión solamente puedan ejercitar sus derechos a conceder o denegar la autorización para una retransmisión a través de una entidad de gestión colectiva”.

2. En el caso de que un titular de derechos no haya transferido la gestión del derecho al que se refiere el apartado 1 párrafo segundo a una entidad de gestión colectiva, se considerará que la entidad de gestión colectiva que gestione derechos de la misma categoría en el estado miembro en el que el operador de un servicio de retransmisión pretende obtener los derechos de una retransmisión tiene derecho a conceder o denegar la autorización para la retransmisión al mencionado titular.”

A su vez el Artículo 7 de la Directiva establece para las Retransmisiones de una transmisión inicial procedente del mismo Estado miembro que “*Los Estados miembros podrán disponer que lo establecido en el presente capítulo y en el capítulo III de la Directiva 93/83/CEE se aplique a situaciones en las que tanto la transmisión inicial como*

la retransmisión se efectúen en su territorio.” Cosa que SI se hace y se contempla en nuestro Ordenamiento Jurídico Interno al que se ha incorporado la citada Directiva mediante el Real Decreto Ley 24/2021, de 2 de noviembre de trasposición de directivas de la Unión Europea en las materias de (...) ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión (...).

Dicho Real Decreto Ley establece en el Libro IV, Artículo 77. ***Ejercicio de los derechos de retransmisión por titulares de derechos que no sean organismos de radiodifusión.***

1. Los actos de retransmisión de programas deben ser autorizados por los titulares del derecho exclusivo de comunicación al público.

Los titulares de derechos que no sean organismos de radiodifusión ejercerán sus derechos exclusivamente a través de una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual.

2. En caso de que un titular de derechos no haya transferido la gestión del derecho a que se refiere el apartado anterior, a una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, se considerará que la entidad de gestión colectiva que gestione en España derechos de la misma categoría tiene derecho a conceder o denegar la autorización para la retransmisión al mencionado titular.

Cuando existiera más de una entidad de gestión de los derechos de dicha categoría, el Ministerio de Cultura y Deporte encomendará la gestión de los mismos a cualquiera de las entidades mediante la correspondiente orden ministerial.

3. Los derechos y obligaciones derivados de los acuerdos entre un operador de un servicio de retransmisión y una entidad o entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual que actúen de conformidad con el apartado 2 serán los mismos para todos los titulares de derechos, con independencia de que hayan o no transferido su gestión a dicha entidad.

4. Cuando el titular de derechos autorice la emisión, radiodifusión vía satélite o transmisión inicial en territorio español de una obra protegida, se presumirá que consiente en no ejercitar, a título individual, sus derechos para, en su caso, la retransmisión de la misma en los términos dispuestos del presente artículo.”

En consecuencia, el ordinal 4 del artículo 77 presume el consentimiento del titular para el ejercicio colectivo, esto es, en la forma establecida en los ordinales 1 y 2 del artículo 77 transcrito, del derecho de retransmisión por medios distintos del de cable de emisiones o transmisiones procedentes del territorio español. En consecuencia, nuestro ordenamiento interno regula la gestión colectiva, a través de la entidad de gestión, del derecho de retransmisión por cable (20.4 del TRLPI), algo no discutido por la actora, pero también del de retransmisión por formas distintas del de cable, y, en este caso, no sólo de los programas incluidos en las emisiones o transmisiones iniciales procedentes de otros estados miembros, algo no discutido por la actora, sino también de los incluidos en las emisiones o transmisiones iniciales procedentes del territorio español que se retransmiten en el mismo.

Y lo hace, no como indica la actora, sólo para los autores, sino para todas las categorías de titulares del derecho de retransmisión sobre sus respectivas prestaciones intelectuales, salvo los organismos de radiodifusión sobre sus emisiones o transmisiones (como indica textualmente el propio título del artículo 77). En el caso de los productores audiovisuales, se trata de las obras y grabaciones audiovisuales. En el caso de las obras audiovisuales, hay que recordar, adicionalmente, que el artículo 88.1 del TRLPI presume que, por el contrato de producción audiovisual, se presumen cedidos al productor audiovisual por los autores (enumerados en el artículo 87 del mismo cuerpo legal) los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública en todas sus modalidades, que incluyen la retransmisión, y el doblaje y subtitulado.

Como EGEDA es, en España, la única entidad autorizada para la gestión de los derechos de los productores audiovisuales está obligada a la administración del derecho de retransmisión sobre obras y grabaciones audiovisuales, tanto por cable (17 en relación con el 88.1, 122 en relación con el 20.4. todos del TRLPI) como por formas distintas (122 TRLPI en relación con el 77.2 y 4 del RDL 24/2021).

Como consecuencia, consta en los estatutos de EGEDA que han sido aportados con el escrito de personación de esta parte en el presente recurso contencioso administrativo, la siguiente previsión en su artículo 2 *En especial, es objeto de la Entidad la gestión y protección de los derechos de propiedad intelectual que a los productores de obras y grabaciones audiovisuales y a sus respectivos cesionarios y causahabientes corresponden, en los casos legalmente previstos, como consecuencia de:*

- A) *La retransmisión íntegra, inalterada y simultánea de obras y grabaciones audiovisuales emitidas o transmitidas por terceros emisores o transmisores, con posterior distribución a receptores individuales o colectivos, **bien mediante señal difundida de forma inalámbrica o bien cuando dicha señal es transmitida por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo,** incluidas la redes telefónicas o de comunicaciones, abiertas o cerradas, y ya sea por procedimientos analógicos, digitales o por cualquier otro procedimiento.*

De esta forma, EGEDA está autorizada estatutariamente para la administración de la retransmisión por cable y por forma diferente del cable de obras y grabaciones audiovisual, debiendo recordarse que los estatutos de EGEDA, como los demás entidades de gestión, deben ser aprobados por el Ministerio de Cultura.

Asimismo, debe igualmente recordarse que el artículo 150.1 del TRLPI establece que *“Las entidades de gestión, una vez autorizadas conforme a lo previsto en este título, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. “*

Igualmente, el motivo debe ser desestimado ya que el fundamento de la gestión colectiva obligatoria es la imposibilidad o grave dificultad de la gestión individual del derecho por el titular, y es fácilmente comprensible que el mismo fundamento de la gestión colectiva obligatoria que subyace en el caso de la retransmisión por cable, subyace en la retransmisión por forma distinta del cable. Definitivamente, el mismo fundamento que subyace en la gestión colectiva obligatoria del derecho de remuneración por la retransmisión por cable y por forma distinta del cable (122.2 TRLPI), subyace en el ejercicio de la licencia de la retransmisión por satélite u otro procedimiento distinto del cable.

Para terminar, la cuestión ya ha sido analizada y resuelta por esta Sala en relación con la retransmisión por satélite en el fundamento de derecho noveno de la **sentencia de 25 de enero de 2024 (PO 755/2022)**.

“NOVENO. En siguiente lugar, se aduce que la resolución realiza una interpretación contra legem del régimen de gestión colectiva del derecho exclusivo de retransmisión satelital, que excede del ámbito de competencia de la SPCPI.

Se insiste en que se mantiene un criterio que reconoce a EGEDA un derecho para el que carece de facultades. Todo ello parte del concepto antes expuesto, y precisamente por el criterio que adopta la Sala, confirmando el mantenido en la resolución, los derechos de EGEDA son la consecuencia al respecto. Y se insiste en la retransmisión satelital, aspecto que se puso de relieve anteriormente. Se ha tratado en todo el procedimiento de este mismo punto, no solo de la retransmisión por cable.

No se atribuyen derechos que no existen de modo que ello conduzca a la nulidad de la resolución, como se aduce. No se aprecia que exista una limitación para EGEDA en relación a la retransmisión por satélite. Y de hecho, el fundamento de la gestión colectiva obligatoria es la dificultad para gestionar individualmente el derecho por el titular. Este concepto es válido tanto para una retransmisión como para otra.

Siendo EGEDA la única titular autorizada para gestión de los derechos de propiedad intelectual de productores de obras y grabaciones audiovisuales, no se aprecia nulidad alguna por esta causa. En tal sentido, el Real decreto ley 24/2021 de 2 de noviembre que transpone divisas directivas, contiene una precisión en el art. 77 cuando establece:

1. Los actos de retransmisión de programas deben ser autorizados por los titulares del derecho exclusivo de comunicación al público.

Los titulares de derechos que no sean organismos de radiodifusión ejercerán sus derechos exclusivamente a través de una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual.

Por tanto, la entidad de gestión colectiva es la que permite ejercer sus derechos a los titulares de derechos que no sean organismo de radiodifusión.”

Por consiguiente, el recurso debe ser desestimado y la resolución confirmada.

En segundo lugar, este motivo considera que no hay norma de cobertura para atribuir a EGEDA *la facultad de gestionar el derecho de retransmisión de organismos de radiodifusión frente a los hoteleros, sobre las supuestas grabaciones audiovisuales que se generan durante el proceso de emisión en directo de la señal televisiva* (parágrafo 121 de la demanda, página 52/113).

El motivo debe desestimarse, porque en la resolución: (i) no se atribuye a EGEDA la facultad de gestionar ningún derecho de entidades de radiodifusión, sino de productores audiovisuales; (ii) los derechos de retransmisión sobre las grabaciones audiovisuales incluidas las de los programas que se difunden en directo, se atribuyen a su productor con independencia de que sea también entidad de radiodifusión, actor o director de fotografía, doblador o compositor musical. Por lo tanto, el planteamiento de la actora es erróneo.

En este procedimiento se regulan las tarifas de EGEDA por la retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales que efectúan los establecimientos de hospedaje.

Que los establecimientos de hospedaje efectúan retransmisión es un hecho reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde 2007, y de entonces hasta ahora, hay más de 17 sentencias del Tribunal Supremo que lo reconocen, así como la legitimación de EGEDA para gestionar dicho derecho para los productores audiovisuales:

- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 428/2007 de 16 de abril de 2007, Rec. 2454/1999, EGEDA – Hotel Puente Romano;
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 845/2007 de 6 de julio de 2007, Rec. 5688/2000, EGEDA – Hotel Marbella;
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 844/2007 de 6 de julio de 2007, Rec. 746/2000, EGEDA – Hotel Regente;
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 886/2007 de 17 de julio de 2007, Rec. 5297/2000, EGEDA – Hotel IFA Dunamar;
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 890/2007 de 17 de julio de 2007, Rec. 2411/1999, EGEDA – Hotel IFA Beach;
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1393/2008 de 15 de enero de 2008, Rec. 3623/2000, EGEDA – Hotel Puente Viesgo;
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1394/2008 de 15 de enero de 2008, Rec. 681/2001, EGEDA – Hotel Aranzazu Carlton;
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 694/2008 de 10 de julio de 2008, Rec. 1578/2004, EGEDA – Hotel Abba Londres y de Inglaterra;

- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 695/2008 de 10 de julio de 2008, Rec. 654/2004, EGEDA – Hotel Coia;
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 700/2008 de 10 de julio de 2008, Rec. 1380/2002, EGEDA – Hotel Meliá Colón;
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1081/2008 de 14 de noviembre de 2008, Rec. 1751/2003, EGEDA – Hotel Astari;
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1137/2008 de 21 de noviembre de 2008, Rec. 1355/2004, EGEDA – Hotel Castelar;
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 9/2009 de 22 de enero de 2009, Rec. 1982/2004, EGEDA – Hotel Mercure Monte Igueldo;
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 36/2009 de 26 de enero de 2009, Rec. 2367/2004, EGEDA – Hoteles Europa y San Antonio;
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 203/2009 de 25 de marzo de 2009, Rec. 737/2004, EGEDA – Hotel Meliá Sol Galgos;
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 314/2009 de 18 de mayo de 2009, Rec. 1731/2004, EGEDA – Hotel Meliá Valencia Palace, y;
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 707/2009 de 28 de octubre de 2009, Rec. 1815/2005, EGEDA – Hotel Regente Aragón Salou.

*Es de interés de esta parte destacar lo dispuesto en una de las mencionadas sentencias, en particular lo referido por el **Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, en su Sentencia 890/2007 de 17 de julio de 2007, Rec. 2411/1999**, cuyo Fundamento Jurídico Cuarto indica:*

“La aplicación del criterio interpretativo expuesto a nuestra normativa interna, exige examinar el precepto del artículo 20.1 de la LPI el cual dispone que (...). En el supuesto que se examina concurren los requisitos positivos consistentes en a) una actividad o actuación del hotel; b) por medio de la cual una pluralidad de personas pueden tener acceso a una obra audiovisual; y no concurren los requisitos negativos de “sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”, “celebración dentro de un ámbito estrictamente doméstico” y “no estar integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”, procediendo advertir respecto de estos dos últimos que la exclusión de la “comunicación pública” exige la concurrencia de ambos, sin que baste la de uno sólo.

Hay retransmisión porque el Hotel receptiona o capta la señal televisiva original o primaria y la transmite –retransmite (radiodifusión secundaria)-a los televisores instalados en las habitaciones. Esta comunicación es a un público nuevo, integrado por la pluralidad de personas, indeterminada e indeterminable, que constituyen la clientela, cuya pluralidad se contempla en las perspectivas acumulativas espacial (conjunto de huéspedes de las diversas habitaciones del hotel) y temporal (los huéspedes sucesivos que ocupan y pueden acceder a la señal), que tienen la accesibilidad-potencialidad-de recepcionar la señal difundida. La retransmisión puede tener lugar por cualquier medio técnico alámbrico o inalámbrico, y, además, las habitaciones de los hoteles no tienen carácter “estrictamente doméstico” a los efectos del artículo 20.1 LPI.”

Como indica la sentencia, la retransmisión puede tener lugar por cualquier medio técnico y, como acabamos de ver en la primera parte de este motivo, puede ser por cable o por forma diferente del cable (directiva 789/2019). En ambos casos el derecho es de gestión colectiva necesaria como también acabamos de ver. Por ello, la sentencia STJUE de 8 de septiembre de 2022 (Asunto C-716/20, RTL TV GmbH) que va referida al ámbito del derecho conexo de los organismos de radiodifusión sobre sus emisiones o transmisiones, sujetos y objetos DISTINTOS de aquellos a los que se refiere este procedimiento, no es relevante a los fines del argumento de la actora. No es relevante que esta sentencia resuelva que la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, circunscribe el ámbito de aplicación de la citada Directiva a la retransmisión por cable efectuada por un distribuidor de cable tradicional. La Directiva 93/83, cuyo contenido por lo que se refiere a la distribución por cable se incorpora en el apartado 4 del artículo 20 TRLPI, sólo regula el ejercicio del derecho de distribución por cable en la relación entre los titulares de los derechos de autor y de derechos afines (excepto los de los organismos de radiodifusión), por un lado, y las empresas de distribución por cable tradicionales, por otro.

Pero, como antes veíamos que indica el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (con base en una sentencia del TJUE en la cuestión prejudicial planteada en un procedimiento entre la

SGAE y los Hoteles Rafael, los hoteles hacen retransmisión, y la Directiva 2019/789 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/83/CEE regula toda retransmisión distinta de la retransmisión por cable tal como se define en la directiva 93/83. Es decir, toda retransmisión cualquiera que sea el medio técnico menos la efectuada por las empresas de distribución por cable tradicionales que se regula por la Directiva 93/83. Y, como también hemos visto antes, la retransmisión regulada por la directiva 789, es de gestión colectiva obligatoria menos para los organismos de radiodifusión y respecto de sus propias transmisiones, en cuyo caso, será un derecho de gestión individual para estos sujetos y para dichas emisiones o transmisiones propias.

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado y confirmada la resolución recurrida.

NOVENO. – En cuanto al motivo o Fundamento de Derecho SÉPTIMO alegado por CEHAT:

(“La resolución excede del ámbito competencial de la SPCPI al fijar una penalización en caso de falta de entrega de cierta información por el usuario”)

Según este motivo la SPCPI habría excedido de sus competencias al haber determinado que, para el caso de no suministrar el titular del establecimiento de hospedaje la ocupación trimestral, EGEDA podrá aplicar el 100% de la ocupación al factura el derecho, lo que considera una penalización.

A este punto nos hemos referido ya en la alegación primera de este escrito por la que nos oponemos al motivo primero del recurso, y en particular al primero de los pronunciamientos de la Resolución impugnados en el mismo. En este sentido reproducimos aquí lo avanzado en relación con el particular.

Decíamos que los apartados 495, 514 y 515 de la Resolución impugnada establecen, para el caso de incumplimiento de la obligación de remisión de la información trimestral sobre las plazas ocupadas, que EGEDA pueda aplicar la tarifa correspondiente a la plena ocupación de las plazas del establecimiento.

En ese caso, al emitir la factura, la Resolución recurrida establece que EGEDA debe también requerir la subsanación de las deficiencias de información que hubieran tenido lugar, especificando las mismas y los periodos a que se refieren, e informar de los medios para proceder a dicha subsanación. El ajuste al que, en su caso, hubiera lugar, se realizará en el periodo de facturación siguiente a la remisión de la información subsanada. Si la información no se hubiera subsanado en el plazo de dos meses desde la fecha de la factura que señalaba el incumplimiento y a la que se acompañaba la solicitud de su subsanación, la facturación efectuada se presumirá definitiva.

La demandante aduce que la propuesta de resolución contenía una previsión diferente a la adoptada en la resolución definitiva (aquella consistía en la aplicación de la ocupación media de la provincia en la que se encontrara situado el establecimiento) y afirma que la de la resolución definitiva, que considera como una penalización al usuario, no se ha sometido a trámite de audiencia por lo que aduce que se ha vulnerado el procedimiento legalmente establecido.

Sin embargo, no es verdad, que se haya establecido una penalización al usuario.

La recurrente califica esta previsión como penalización, pero omite referirse a la posibilidad de subsanación y ajuste que la Resolución establece, lo cual impide apreciar que la solución de la aplicación de la ocupación plena pueda ser considerada como tal penalización, descalificando el argumento de la recurrente que ha eludido cualquier referencia a esta posibilidad de subsanación en un vano intento de confundir a la Sala.

Al ser incierta la primera premisa del motivo no es necesario continuar debatiendo el desarrollo del mismo, debiendo reclamarse la desestimación de plano del motivo, haciendo hincapié en el hecho de la ocultación por la demandante de la posibilidad de subsanación, lo que acredita su mala fe procesal.

DÉCIMO. – En cuanto al motivo o Fundamento de Derecho OCTAVO alegado por CEHAT:

(“La resolución impugnada da carta de naturaleza al comportamiento anticompetitivo de EGEDA”)

La Demanda sostiene en su motivo Octavo que la Resolución de la SPCPI da “*carta de naturaleza*” a un supuesto comportamiento anticompetitivo de EGEDA. Específicamente CEHAT objeta que la SPCPI haya tenido en cuenta las tarifas acordadas por EGEDA con un gran número de establecimientos hoteleros en el procedimiento de determinación de tarifas que ha dado lugar a la Resolución: alega que, en ese contexto, la SPCPI ha aceptado que las tarifas dimanantes de esos contratos son “*fruto de una estrategia de negociación abusiva*”

En este procedimiento de determinación de tarifas, y con el referido objetivo de determinar si es razonable atender a la realidad de las tarifas pactadas por EGEDA y los usuarios hoteleros, la SPCPI:

- primero examinó concretamente un gran número de contratos (597 contratos) que EGEDA había negociado con los establecimientos hoteleros (522 hoteles)⁸;
- luego, limitó los contratos a tener en cuenta a aquellos suscritos con posterioridad a la efectividad de las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento de determinación de tarifas (334 contratos). La razón es que, como dice la Resolución, los hoteles podían haberse acogido a las referidas medidas provisionales abonando a cuenta un importe *inferior* a las tarifas acordadas con EGEDA⁹;
- finalmente, para mayor seguridad respecto a las condiciones en las cuales las tarifas recogidas en los contratos habían sido acordadas, la SPCPI limitó la toma en consideración a aquellos contratos suscritos con cadenas hoteleras de mayor tamaño (10 establecimientos o más) y con los mayores descuentos acordados, señalando que en principio el tamaño de estas empresas indica cierto poder de negociación y mayor facilidad de conocimiento de la realidad jurídica incluyendo la existencia de las referidas medidas cautelares¹⁰.

Sobre esta base, la Resolución procede a examinar estas tarifas de pacto acordadas en los referidos contratos llegando a una serie de conclusiones: en particular que el importe

⁸ Sección V.3.1.2 apartado (398) seq. De la Resolución.

⁹ Apartado (405) de la Resolución.

¹⁰ Apartado (406) de la Resolución.

estimado (por plaza ocupada y mes) es inferior al que resultaría de aplicar las tarifas generales de EGEDA; que las diferencias entre las tarifas se explican por la categoría hotelera (también por la escasa penetración de EGEDA en algunos segmentos de categorías hoteleras), y por los descuentos acordados. Respecto a estos últimos la SPCPI constata que están relacionados con el número de establecimientos y con la fecha de firma del contrato (más elevados si acordados con posterioridad a la fecha en la que se adoptaron las medidas provisionales)¹¹.

Este examen detallado permite a la SPCPI concluir que los contratos suscritos por EGEDA con estos hoteles (con más de 10 establecimientos y con descuentos más elevados), son una *buena referencia*, teniendo en cuenta una serie de ajustes que la SPCPI lleva a cabo, para fijar una tarifa por plaza ocupada y por mes (concretamente 1,11 euros). Ello como paso intermedio a la modulación tarifaria que resulta en aplicación de otros criterios establecidos en el artículo 164.3 TRLPI como la intensidad de uso para reflejar el valor aportado y otros¹². Así lo explica la SPCPI en el apartado 414 de la Resolución:

“Sobre la base de las conclusiones alcanzadas tras el análisis, esta SPCPI considera que, si se tienen en cuenta de forma conjunta, los contratos entre establecimientos hoteleros y EGEDA constituyen una buena referencia para la fijación de la tarifa. Para ello es necesario, no obstante que, en lo que se refiere a los descuentos aplicados, se contemplen condiciones similares a las observadas en los contratos de fecha posterior a la adopción de medidas provisionales (cuando las condiciones de negociación pueden presumirse más equilibradas), realizados con gestores que agrupan a más de 10 establecimientos (dotados de un mayor poder de compensación de la demanda y con acceso a descuentos más elevados que, por otro lado, no están vinculados con una menor aportación de valor del repertorio de EGEDA en estos establecimientos). Igualmente, es preciso descontar el 10% que EGEDA imputa al servicio prestado para hacer efectiva la aplicación de la tarifa, ya que el cálculo del coste del servicio prestado se efectuará de forma independiente. “

En suma, es manifiesto que la SPCPI, como señala correctamente la administración en su contestación a la Demanda, justifica de manera sobrada las razones por las que considera

¹¹ Apartado (413) de la Resolución

¹² Apartado (416) de la Resolución.

plausible tener en cuenta la realidad de las tarifas acordadas (como paso intermedio para la determinación de la tarifa) y, adicionalmente, adoptar, además, una serie de limitaciones que aseguren que las tarifas acordadas son el resultado de acuerdos equilibrados entre EGEDA y los usuarios hoteleros.

En efecto, como ya se ha señalado por esta Sala en un asunto similar al presente en su sentencia de **25 de enero de 2024 en el procedimiento ordinario 755/2022**, “*se ha realizado (por la SPCPI) una valoración utilizando precios reales de mercado, lo que parece especialmente razonable*”. Y también es razonable que la SPCPI aplique esas cautelas para asegurarse de que las tarifas acordadas son el resultado del funcionamiento del mercado equilibrado.

Pues bien, para objetar este análisis de la SPCPI, la CEHAT realmente no está alegando vulneración de norma jurídica alguna. Se limita a criticar el razonamiento de la SPCPI para defender, en última instancia, que la tarifa a tener en cuenta debía haber sido la más baja (el descuento más alto y el precio más bajo en términos absolutos). Es legítimo que la CEHAT tenga su propia opinión, pero evidentemente ello no implica la ilegalidad de la Resolución: la SPCPI no actúa de forma arbitraria, no comete una desviación de poder, no incluye un razonamiento incongruente o irracional, ni su razonamiento se funda en hechos manifiestamente erróneos o inexistentes. Basta con ello para desestimar todo este motivo que, como decimos, no es más que la expresión de una discrepancia sobre el resultado del análisis que lleva a cabo la SPCPI.

Sin perjuicio de ello EGEDA desea realizar brevemente las siguientes consideraciones respecto, primero, a las referencias que realiza la CEHAT respecto a la Resolución de 2 de marzo de 2012 de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC):

Primero, es evidente que la SPCPI no “*da carta de naturaleza*” a ningún comportamiento anticompetitivo por parte de EGEDA, cualquiera que sea el significado real de esta expresión.

La Resolución de 2 de marzo de 2012 de la CNC a la que se refiere la Demanda tenía por objeto las tarifas generales que EGEDA comunicó al Ministerio de Cultura en el año 2005 y que estuvieron vigentes hasta el mes de mayo de 2011. Esas son las tarifas generales que fueron objeto de la referida Resolución. Como es evidente la Resolución de la SPCPI objeto de este procedimiento tuvo en cuenta, a efectos de determinar la tarifa, contratos

entre EGEDA y usuarios hoteleros muy posteriores a la Resolución de la CNC como señala correctamente la Administración en su contestación.

Segundo, en cualquier caso, la referencia de la CEHAT a una *estrategia abusiva* de esta parte (que para la CEHAT de alguna misteriosa manera pervive en el tiempo desde hace 13 años), es una distorsión de la Resolución de la CNC: esta última no sancionó a EGEDA por adoptar estrategia alguna. Lo que declaró es que las tarifas generales eran abusivas por inequitativas. Y que, aun cuando EGEDA no aplicara dichas tarifas generales, la mera diferencia entre las tarifas generales y las tarifas acordadas podrían distorsionar la negociación entre EGEDA y los usuarios, aunque las tarifas acordadas eran más bajas.

Pues bien, precisamente porque la propia diferencia entre tarifas generales y de pacto es legal (y de hecho así lo reconoce la CEHAT), es razonable que la SPCPI se asegure en un procedimiento dirigido a establecer tarifas de aplicación general que aquellas tarifas acordadas por EGEDA con los usuarios hoteleros son el resultado de acuerdos equilibrados, antes de tenerlas en cuenta como base para fijar una tarifa. Pero ello no tiene nada que ver obviamente con que la SPCPI acepte o “*consagre*” una supuesta estrategia abusiva de EGEDA como alega sorprendentemente la CEHAT.

Tercero, conviene constatar, además, que ni uno solo de los establecimientos hoteleros con los que ha EGEDA ha suscrito los contratos cuyas tarifas han sido tenidas en cuenta por la SPCPI sostiene que haya sido objeto de estrategia abusiva de negociación alguna. Nadie ha sugerido que no haya existido una negociación equilibrada lo que no obsta, reiteramos, a que la SPCPI prudentemente adopte determinadas limitaciones (tamaño de la empresa hotelera, descuentos acordados, fecha de los contratos posterior a las medidas cautelares), para poder presumir la existencia de equilibrio contractual.

En este contexto la referencia que la CEHAT hace al procedimiento iniciado por NH Hoteles en este FJ Octavo es igualmente irrelevante y busca confundir a la Ilma. Sala. Dicho procedimiento se refiere a un contrato entre EGEDA y NH cuya vigencia cesó antes de las medidas cautelares adoptadas por la SPCPI (en el año 2017), y por lo tanto

esta relación contractual no ha sido objeto de toma en consideración por la SPCPI en la Resolución impugnada¹³.

Cuarto, la misma confusión interesada realiza la CEHAT sobre los descuentos y su tratamiento en la Resolución de la CNC. La CEHAT sugiere que los descuentos acordados por EGEDA con los hoteles en los contratos que ha tenido en cuenta la SPCPI se ven afectados de alguna forma por la Resolución de la CNC.

Pues bien, en esta última la CNC consideró que EGEDA no había justificado las tarifas acordadas con un usuario (NH) respecto a hoteles individuales o que forman parte de asociaciones. Pero ni la CNC consideró acreditada realmente que esa diferencia de trato creara una desventaja competitiva a ningún hotel ni, por supuesto, la CNC consideró las tarifas acordadas en esos contratos (de hace ya 13 años) fueran abusivas. En realidad, como la propia CEHAT reconoce, la Resolución de la CNC admite como principio la legalidad de estos descuentos.

Pero, en cualquier caso, lo cierto es que los descuentos que tiene en cuenta la SPCPI son los acordados en contratos negociados con posterioridad a las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento de determinación de tarifas. Son contratos que nada tienen que ver con el acordado con NH al que se refería la Resolución de la CNC.

En suma, sin perjuicio de la adulteración de la Resolución de la CNC que lleva a cabo la CEHAT, es evidente que la Resolución no consagra conducta anticompetitiva alguna de EGEDA.

Por lo demás la CEHAT realiza otra serie de consideraciones respecto a los factores tenidos en cuenta por la SPCPI para asegurarse que las tarifas acordadas en los contratos entre EGEDA y los hoteles que tiene en cuenta para determinar la tarifa responden a una negociación equilibrada y que son, por lo tanto, una buena referencia para la fijación de la tarifa. De nuevo son críticas que además de no tener fundamento no responden a la vulneración de norma jurídica alguna sin perjuicio de que la CEHAT acabe por alegar una inexistente y supuesta indefensión:

¹³ Ello sin perjuicio de que la sentencia a que se refiere la CEHAT no sea firme aún, pues EGEDA pretende recurrir en casación la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que la confirma, sin perjuicio de que NH ha sido condenada a abonar a EGEDA por el uso del repertorio que ha venido explotando sin autorización desde enero de 2018 teniendo en cuenta la tarifa fijada por la propia SPCPI.

Así, en primer lugar, la CEHAT considera “*arbitraria*” el umbral a partir del cual la SPCPI considera que el usuario hotelero tiene capacidad de negociar de forma equilibrada (10 establecimientos) o la relación entre descuentos y tamaño de la empresa hotelera. Sugiere alternativas (que sean 50 establecimientos), afirma que en realidad hay otros factores que también pueden ser tenidos en cuenta (la categoría u ocupación hotelera), y finaliza afirmando que, en cualquier caso, EGEDA no aplica una escala de descuentos en función del tamaño del usuario hotelero por lo que este criterio es irrelevante o que, en cualquier caso, todo parte de una estrategia abusiva que, como ya hemos razonado, es inexistente e irrelevante.

En fin, la propia CEHAT es ciertamente confusa, ya que, en última instancia, no puede cuestionar la razonabilidad del criterio adoptado por la SPCPI. Es lógico que a mayor tamaño de la empresa, mayor poder de negociación. Y la crítica de la CEHAT carece de fundamento: por ejemplo, EGEDA no tiene obligación alguna de aplicar una escala progresiva de descuentos teniendo en cuenta el tamaño de la empresa por lo que la falta de correlación entre uno y otro factor es irrelevante.

En última instancia, por mucho que le pese a CEHAT, el examen de las tarifas acordadas para su toma en consideración para fijar la tarifa no obliga a la SPCPI a utilizar el contrato con el mayor descuento o con el precio más bajo que es al fin y al cabo lo que pretende. Lo que hace la SPCPI es examinar un conjunto representativo de contratos respecto de los que se asegura prudentemente que han sido objeto de negociación equilibrada para llegar a una conclusión sobre la tarifa contractual acordada por EGEDA y los hoteles.

En segundo lugar, la CEHAT cuestiona que la SPCPI tenga en cuenta que la posible alternativa tarifaria establecida en las medidas provisionales (el pago a cuenta de una parte de la tarifa provisional), sea un elemento razonable que permite presumir que las empresas hoteleras que optaron por contratar con EGEDA lo hicieron en condiciones equilibradas y razonables.

La crítica de la CEHAT es infundada y ciertamente surrealista, dicho sea con el mayor respeto.

Señala la CEHAT en primer lugar que la presunción correcta es que los usuarios hoteleros no conocían la resolución de medidas cautelares y que por eso aceptaron acordar tarifas más altas en contratos con EGEDA: sin embargo no solo la SPCPI hizo pública dicha

Resolución, sino que la propia CEHAT venía obligada a informar sobre la misma (y así lo hizo en su circular 123/19¹⁴).

Luego sugiere CEHAT que EGEDA se dedicó a desinformar (?) sobre la resolución de medidas cautelares *actuando como si no existiesen*. La afirmación es objetivamente absurda: más allá de que, como indica correctamente la Administración en su contestación, el pago a cuenta establecido en la referida resolución cautelar en beneficio de los usuarios no es una alternativa a la tarifa en cuanto tal, no hay evidencia alguna de que los usuarios hoteleros no conocieran dicha resolución cautelar y que, por lo tanto, no la tuvieran en cuenta a la hora de decidir si negociaban un contrato con EGEDA que incluyera tarifas acordadas. Además, normalmente los contratos suscritos entre EGEDA y los usuarios hoteleros tenían en cuenta lógicamente el posible efecto de una eventual Resolución de la SPCPI en el procedimiento de determinación de tarifas: por lo tanto los hoteles por supuesto conocían de la existencia del procedimiento lo que incluye la alternativa del pago a cuenta establecido en la resolución cautelar.

Finalmente, la CEHAT viene a criticar que, en cualquier caso, los contratos libremente pactados por EGEDA con los usuarios hoteleros han dado lugar a precios desiguales, sugiriendo que, por lo tanto, dichos descuentos son “ilegales”, y que la SPCPI debería haber tenido en cuenta por ello el descuento más alto acordado y no el descuento medio acordado por EGEDA con los usuarios.

De nuevo la crítica es infundada. Por un lado, la SPCPI no aplica normas de competencia y, por lo tanto, no tiene capacidad alguna para dedicarse a examinar si las diferencias entre los descuentos acordados crean realmente una desventaja competitiva entre los hoteles. Por otro lado, la CEHAT sabe perfectamente (y así lo reconoce), que EGEDA puede acordar con los usuarios descuentos diferentes. No existe obligación alguna de que el descuento sea el mismo ni, por lo tanto, la tarifa acordada sea idéntica. En fin, ya sabemos que la CEHAT hubiera querido que la SPCPI utilizara el descuento más alto y el precio más bajo en términos absolutos, pero de nuevo esta posición no es más que una opinión que no tiene fundamento y que nada tiene que ver con los criterios de determinación de tarifas a los que se tiene que ajustar la SPCPI.

¹⁴ Ver como ejemplo:
<https://www.asolan.com/2019/12/03/cehat-informa-12319-resolucion-de-la-spci-medidas-provisionales-de-pago-a-cuenta-egeda/>

Por todo lo anterior, el motivo debe ser desestimado y la resolución impugnada confirmada.

UNDÉCIMO. – En cuanto al motivo o Fundamento de Derecho NOVENO alegado por CEHAT:

(“La resolución impugnada atribuye a EGEDA todo el valor económico derivado de la retransmisión de contenidos audiovisuales.”)

La demandante parte de una premisa sencillamente errónea, expresada en el apartado 181 de la demanda, en el que se afirma que *“la Resolución Impugnada realiza un ejercicio heurístico para tratar de aislar, dentro de los ingresos medios que obtienen los hoteleros por plaza ocupada y mes, la parte de los mismos que se corresponde con ingresos comerciales vinculados al uso del repertorio de EGEDA, es decir, el porcentaje del ingreso por hospedaje que se puede considerar aportación del repertorio EGEDA, que la Resolución cifra en un 4,36%”*. Insiste en el error en varios epígrafes e indica que la Resolución opera como si no existieran otros titulares de derechos involucrados realizando una traslación mecánica entre la “prestación del servicio de televisión en las habitaciones” y la “aportación de valor del uso del repertorio de EGEDA”. Como existen titulares de derechos diferentes de los productores audiovisuales que ostentan derechos y otras siete entidades de gestión, además de EGEDA, en la demanda se concluye que ello equivale a atribuir a la retransmisión de contenidos audiovisuales un 34,88% ($4,36\% \times 8$) de los ingresos de los establecimientos hoteleros (epígrafes 187 y 188 de la demanda) y que, como consecuencia *“(…) más de un tercio de esos ingresos, se debería al uso de contenidos protegidos por la propiedad intelectual a través de las televisiones instaladas en las habitaciones.”*

El error de la actora, como hemos anticipado, es flagrante. Lo que hace la SPCPI es calcular los Ingresos Vinculados a la Explotación del Repertorio de EGEDA (“IVER”), pero después aplica un 2% (véase apartado 449 de la Resolución) a ese ingreso. Es decir, si el IVER es de un 4,36% de los de los ingresos medios que obtienen los hoteleros por plaza ocupada y mes, considera que la tarifa de EGEDA únicamente sería un 2% de ese 4,38%. Y es que ese IVER calculado no son ingresos vinculados única y exclusivamente al uso del repertorio de EGEDA (como equivocadamente se alega en el apartado 182 de la demanda), sino que, siendo universal el repertorio de EGEDA, ese IVER es, por

definición, el ingreso que obtiene el establecimiento hotelero por la retransmisión de todos los contenidos retransmitidos en la habitación de un hotel.

Este ingreso, el IVER (ese 4,36%), debe ser, por tanto, distribuido entre todos los que participan en la generación de dicho ingreso, es decir, el establecimiento hotelero y los titulares de propiedad intelectual que ostenten derechos todas las entidades de gestión que tienen derecho a una parte de ese ingreso. Es por esa razón que la tarifa de EGEDA es sólo un 2% del IVER y no el 100% como se pretende hacer creer en la Demanda. El resto del IVER (el 98%) está disponible para remunerar al resto de entidades de gestión y al establecimiento hotelero (para compensar sus costes y obtener un margen razonable).

A fin de explicar desde la perspectiva económica la situación, esta parte acompaña a la demanda, como **documento número cuatro**, el Informe pericial elaborado por COMPASS LEXECOM titulado “Análisis económico de la demanda de la CEHAT” contra la resolución de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual en el expediente E-2018-003”. El informe dedica las páginas 8 y 9 al tratamiento de este motivo. Como puede apreciarse del mismo, las apreciaciones de la demanda son erróneas de todo punto. Nos remitimos a lo expuesto sobre el particular en el citado informe solicitando la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución.

DÉCIMO SEGUNDO. – En cuanto al motivo o Fundamento de Derecho DÉCIMO alegado por CEHAT:

(“La resolución impugnada no tiene debidamente en cuenta el criterio de la intensidad del uso.”)

En primer lugar, no es cierto que la intensidad de uso dependa de los hábitos de uso de los clientes del hotel. La argumentación sustentada en el correlativo de la demanda, respecto a que para la determinación de la tarifa de EGEDA, debería medirse el uso real que hace cada huésped del hotel de cada uno de los contenidos puestos a su disposición en su habitación de hotel es conceptualmente errónea, ya que el usuario del derecho gestionado por EGEDA es el establecimiento hotelero, y no el cliente del hotel.

El artículo 164.3 del TRLPI obliga a considerar como criterio para la determinación de la tarifa 164.3. a) el grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.

En la Resolución impugnada, se concluye de una manera similar sobre esta cuestión:

Apartado 302: "[...] esta SPCPI considera necesario reiterar, en contra en este punto de la interpretación de CEHAT, que la mayor o menor intensidad de uso, es decir, la mayor o menor intensidad de la explotación de los derechos de propiedad intelectual sobre contenidos audiovisuales, depende del comportamiento del establecimiento (al poner a disposición de sus clientes más o menos contenidos audiovisuales) y no del uso que en su caso puedan hacer los clientes del hotel, ya que son los establecimientos los usuarios que explotan económicamente los derechos del repertorio de EGEDA, y no los clientes del establecimiento. Resulta ilusorio, por lo demás, determinar el uso efectivo e intensidad de uso que cada cliente hace de los canales de televisión y sus respectivos contenidos que el establecimiento de hospedaje pone a su disposición en las habitaciones, pues esos valores son de imposible medición por los operadores de hospedaje, como resultaría imposible también la comprobación por parte de las entidades de gestión. La intensidad de uso se ha de determinar en función del comportamiento y decisiones de los establecimientos de hospedaje; no de sus clientes. La mayor o menor visualización de contenidos, "de facto", por parte de los clientes, además de resultar de imposible medición, no afecta a la intensidad de uso del repertorio por parte de los hoteles y otros establecimientos de hospedaje. Esta interpretación es coherente con el TRLPI y con 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".

De hecho, como se describe en la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** del informe pericial elaborado por COMPASS LEXECOM la tarifa determinada en la Resolución sí que depende de la intensidad de uso, definida ésta como el nivel de contenidos puestos a disposición por parte del usuario.

La tarifa determinada por la SPCPI en la Resolución impugnada, depende directamente de la intensidad de uso o retransmisión, escalonándose en intensidad Baja, cuando el

establecimiento hotelero únicamente utiliza contenidos accesibles mediante televisión digital terrestre (TDT); intensidad Media, cuando el establecimiento utiliza contenidos a los que se accede vía satélite en abierto y, en su caso, contenidos accesibles mediante TDT; e intensidad Alta, cuando utiliza TV de pago y, en su caso, contenidos TDT o vía satélite en abierto.

Asimismo, no se puede extraer ninguna conclusión sobre el valor de la televisión en la habitación del hotel a partir del análisis del uso que los clientes del hotel dicen hacer de la televisión cuando se alojan en un hotel. Es posible que los consumidores atribuyan valor (y estén dispuestos a pagar) por la televisión en el hotel aunque no se utilice o se utilice poco (por el valor que tiene la disponibilidad o la opción de ver la televisión). En la “Memoria económica justificativa del Catálogo de tarifas generales de los derechos exclusivos y de los derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria administrados por EGEDA” (documento elaborado por Patricia Lorenzo y Alejandro Requejo, de Compass Lexecon, de fecha 29 de julio de 2016 (folios 3969 a 4252), disponible públicamente en la siguiente dirección: http://www.egeda.es/documentos/Memoria%20Economica_EGEDA_FINAL_160801_CON%20ANEXOS_con%20contrase%C3%B1a.pdf.) se explica esta cuestión de la siguiente manera (página 12):

“[...] los ingresos que obtienen los establecimientos hoteleros por la comunicación pública de obras y/o grabaciones audiovisuales en sus habitaciones no dependen de si los clientes del hotel encienden o no la televisión o de cuánto tiempo esté encendida: el precio de la habitación del hotel no varía en función de cuál sea la utilización precisa del repertorio gestionado por EGEDA y, por tanto, los ingresos del hotel vinculados a la retransmisión del repertorio gestionado por EGEDA tampoco”.

Por lo que se refiere a otras alegaciones contenidas en este motivo:

A. - NO es cierto como venimos diciendo, y ha declarado ya esta Sala en reiteradas ocasiones, que los programas, eventos o acontecimientos difundidos en directo no formen parte del repertorio de EGEDA, sino que lo cierto es que sí lo integran, habida cuenta que se difunden a partir de grabaciones audiovisuales.

B. – NO es verdad que en la tarifa establecida en la Resolución no se haya tenido en cuenta que los vídeos musicales no forman parte del repertorio de EGEDA. En efecto, como se indica en la resolución:

“[...] al analizar el grado de uso, debe tenerse en cuenta que, con excepción del repertorio gestionado por AGEDI, los contenidos audiovisuales retransmitidos en los hoteles forman parte del repertorio de EGEDA. Dado que el cálculo de la tarifa se apoyará en los importes de los acuerdos previamente negociados, también debe tenerse presente que estos se refieren exclusivamente al repertorio gestionado por EGEDA”.

C. - El hecho de que existan otros titulares de derechos diferentes de los productores que ostenten derechos en la retransmisión efectuada por los hoteles, no invalida la tarifa de EGEDA determinada por la Resolución, como se ha explicado en el apartado anterior de esta contestación.

Segunda: No es cierto que el único modulador de intensidad de uso que aplica la Resolución esté construido de manera errónea.

la Resolución presenta un análisis detallado basado en encuestas a clientes de hoteles y en el análisis de normativa existente, del tipo de contenidos ofrecidos por los diferentes tipos de establecimientos hoteleros y basa los tipos de retransmisión utilizados para la gradación de la tarifa en el resultado de dicho análisis, justificando la elección de estos tres tramos de intensidad de uso para que las tarifas sean simples y claras.

El hecho de que también se pueda acceder a la TDT a través del satélite o de las plataformas de pago no invalida la clasificación de los establecimientos hoteleros realizada en la Resolución porque cuando un establecimiento hotelero ofrece en sus habitaciones satélite en abierto y/o televisión de pago, lo hace por los canales internacionales y canales exclusivos de la televisión de pago.).

La Resolución argumenta detalladamente que se puede extrapolar la relación entre el nivel tarifario alto y medio (1,35) a la relación entre el nivel tarifario medio y bajo porque considera que, debido a la relevancia del turismo internacional en España, la aportación

de los canales internacionales al valor de la retransmisión es tan significativa como la aportación de la televisión de pago al valor de la retransmisión.

En ausencia de evidencia adicional sobre la relación entre el nivel tarifario medio y bajo, el supuesto realizado por la Resolución es razonable, ya que utiliza la única evidencia disponible (la relación entre el nivel tarifario alto y medio) y una explicación de por qué el nivel tarifario medio debe ser superior al nivel tarifario bajo (la importancia del turismo internacional en España).

La principal crítica de la Resolución a la metodología choice modelling para el cálculo del IVER es que sus resultados reflejan la disposición máxima a pagar por los contenidos retransmitidos (y no el precio), crítica que no invalida el uso de los resultados del choice modelling para estimar el valor relativo entre diferentes tipos de contenidos. Sin embargo, la Resolución no dice que no puedan utilizarse los resultados basados en la metodología choice modelling para calcular el valor relativo entre una oferta de canales básicos y premium (TDT, canales internacionales y televisión de pago) y una oferta sólo con los canales básicos (TDT y canales internacionales). Y esto es precisamente lo que hace la Resolución para calcular la relación entre el nivel tarifario alto y medio (1,35).

La existencia de una correlación entre el tipo de contenidos ofrecidos por los hoteles y la categoría hotelera no invalida el criterio de intensidad de uso definido en la Resolución. En la Resolución se analiza la evidencia disponible sobre los diferentes tipos de contenidos ofrecidos en las habitaciones de los establecimientos hoteleros. A partir de esa evidencia se concluye que existen tres grupos de contenidos ofrecidos (TDT, satélite en abierto y televisión de pago). El hecho de que hoteles de más categoría ofrezcan más contenidos y de mayor valor se debe (i) a que los hoteles de una mayor categoría ofrecen más calidad a sus huéspedes y (ii) a la normativa autonómica relativa a las obligaciones de los hoteles en función de la categoría hotelera. En cualquier caso, esta correlación no invalida la gradación de la tarifa en función del tipo de contenidos ofrecidos establecido en la Resolución.

Tercera. - No es cierto, como se explica en el Informe Pericial de esta parte, que el cálculo que realiza la Resolución neutralice el impacto del factor de ocupación hotelera.

Frente a los argumentos de la demanda, uno de los pasos seguidos por la Resolución para el cálculo de la tarifa de EGEDA es el cálculo de la tarifa por plaza ocupada a partir de la

tarifa por plaza disponible acordada por EGEDA con sus usuarios (corregida por los descuentos y por el PSP). Este cálculo es el siguiente:

$$\begin{aligned} & \text{Precio medio por plaza ocupada} \\ &= \frac{P.\text{Disp. corregido} * (1 - \text{Porcentaje Servicio Prestado})}{\text{Porcentaje Ocupación C.A. correspondiente}} \end{aligned}$$

donde:

- *P.Disp.corregido* es el precio acordado por plaza disponible y mes por categoría hotelera corregido para que refleje el descuento del 21,08%.
- *Porcentaje Servicio Prestado* es el PSP el porcentaje incluido en los precios acordados entre EGEDA y los establecimientos de hospedaje (el 10%).
- *Porcentaje Ocupación C.A.correspondiente* es el porcentaje de ocupación media de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Obviamente, la aplicación de la tarifa por plaza disponible y la aplicación de la tarifa por plaza ocupada resultan en una recaudación idéntica para EGEDA para un hotel con una ocupación igual a la ocupación media de su Comunidad Autónoma. Pero nótese que para aquellos hoteles con una ocupación superior o inferior a la ocupación media de su Comunidad Autónoma (es decir, y por definición de la “media”, para la gran mayoría de hoteles), la recaudación de EGEDA usando la tarifa por plaza ocupada será superior o inferior, respectivamente, a la recaudación que obtendría usando la tarifa por plaza disponible. Por ello, es totalmente erróneo afirmar que la tarifa establecida en la Resolución “*neutralice el impacto de la ocupación hotelera*”.

Asimismo, no tiene sentido afirmar que, para el cálculo de la tarifa, la SPCPI tendría que haber multiplicado en lugar de dividir por la tasa de ocupación hotelera. En la Demanda se trata de justificar este extremo a partir de la tarifa provisional determinada por la SPCPI en sus Resoluciones de Medidas Provisionales, pero en ningún momento la SPCPI dice en las Resoluciones de Medidas Provisionales que esa deba ser la metodología para convertir una tarifa por plaza disponible en una tarifa por plaza ocupada. Para el cálculo de la tarifa provisional, la SPCPI simplemente tomó el valor más bajo entre las tarifas acordadas por EGEDA con los establecimientos hoteleros (la de tres estrellas o menos con el menor nivel de ocupación) para definir una tarifa mínima de manera provisional.

A fin de explicar desde la perspectiva económica la situación, esta parte ha acompañado el Informe pericial elaborado por COMPASS LEXECOM titulado “Análisis económico de la demanda de la CEHAT” contra la resolución de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual en el expediente E-2018-003”. El informe dedica las páginas 10 a 15 al tratamiento de este motivo. Como puede apreciarse del mismo, las apreciaciones de la demanda son erróneas de todo punto. Nos remitimos a lo expuesto sobre el particular en el citado informe solicitando la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución.

DÉCIMO TERCERO. – En cuanto al motivo o Fundamento de Derecho UNDÉCIMO alegado por CEHAT:

(“La resolución recurrida infringe el artículo 164.3.b) y f) del TRLPI al no aplicar debidamente el criterio de la relevancia de uso y no tener en cuenta las tarifas establecidas por EGEDA con otros usuarios par la misma modalidad de uso.”)

A juicio de CEHAT, no hay razones objetivas que justifiquen la aplicación de un precio unitario más elevado a los establecimientos de hospedaje que a las plataformas de televisión de pago. La Resolución, sin embargo, rechaza que deba tomarse como guía el precio de la tarifa para cableoperadores, antes bien considera más lógico que el precio unitario de la tarifa para hoteles sea superior al de la tarifa de EGEDA para operadores de televisión de pago

La Resolución concluye que la principal razón por la que la tarifa de la televisión de pago no es trasladable a la tarifa de los establecimientos hoteleros es que el valor económico obtenido por los operadores de televisión de pago por la explotación del repertorio de EGEDA es diferente del valor económico obtenido en los establecimientos hoteleros, ya que se trata de dos sectores con condiciones de oferta y de demanda marcadamente diferentes por lo que su capacidad de obtener valor a partir de la retransmisión es igualmente distinta.

De hecho, las dos tarifas determinadas por la SPCPI (la de la televisión de pago y la de los establecimientos hoteleros) tienen en común que ambas son un 2% del IVER y, desde ese punto de vista, se han calculado siguiendo el mismo criterio: La SPCPI calcula la tarifa de la televisión de pago como un 2% del IVER y, como se explica en el informe, la

tarifa de los establecimientos hoteleros se puede reescribir como un 2% del IVER, siendo el IVER un 4,36% del total de los ingresos de los establecimientos hoteleros.

De acuerdo con la Demanda, la Resolución no ha tenido en cuenta en la determinación de la tarifa de EGEDA que la relevancia de uso del repertorio de EGEDA en los hoteles es secundaria. Sin embargo, lo importante de cara a la determinación de la tarifa no es si la relevancia se caracteriza como principal o secundaria. Lo importante es que la tarifa se calcule como el mismo porcentaje del IVER (2%) con independencia de que el IVER represente un porcentaje mayor o menor de los ingresos totales del usuario.

El informe pericial de COMPASS LEXECOM dedica las páginas 16 y 17 al tratamiento de este motivo. Como puede apreciarse del mismo, las apreciaciones de la demanda son erróneas de todo punto. Nos remitimos a lo expuesto sobre el particular en el citado informe solicitando la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución.

DÉCIMO CUARTOTERCERO. – En cuanto al motivo o Fundamento de Derecho DUODÉCIMO alegado por CEHAT:

(“La tarifa por retransmisión en zonas comunes comporta pagar dos veces por un mismo acto de comunicación al público y ha sido fijada en un expediente en el que CEHAT no ha sido parte.”)

El motivo debe ser desestimado: Se trata de actos de comunicación pública diferentes.

Uno de ellos, se encuentra modalizado en el artículo 20.2.g) del TRLPI (emisión o transmisión en lugar accesible al público de la obra radiodifundida, mediante altavoz u otro instrumento idóneo). Esta modalidad requiere un público reunido en el lugar donde se pone a disposición la obra o grabación audiovisual por el usuario. La actora lo denomina retransmisión en zonas comunes, pero no es un acto de retransmisión, sino de los modalizados en el artículo 20.2.g), como decíamos.

El otro, la retransmisión, es el definido en el artículo 20.2.f) del TRLPI, que es el que tiene lugar en las habitaciones, y donde el público es exclusivamente sucesivo (no se reúne en el mismo lugar como en el caso anterior).

Los titulares del establecimiento hotelero y los de la zona común (bar, gimnasio, restaurante), aunque se ubique dentro del perímetro del hotel, no tiene por qué ser el

mismo, ni el público sito en las citadas zonas comunes, ha de conformarse únicamente por los clientes hospedados en el hotel.

La resolución se refiere a este punto en el epígrafe 188: *“Esta SPCPI considera que los argumentos de CEHAT no se sostiene. En primer lugar, porque los verdaderos usuarios de los derechos de explotación sobre los contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual objeto de este procedimiento (grabaciones audiovisuales) no son los clientes del establecimiento de hospedaje (usuarios o destinatarios finales de las grabaciones), sino los mismos establecimientos de hospedaje en cuanto usuarios comerciales que ponen a disposición esos contenidos mediante diferentes actos de comunicación pública como una parte -aunque sea menor o accesorio, pero tampoco irrelevante- de la explotación de su negocio. En segundo lugar, porque siendo lo relevante la puesta a disposición de contenidos audiovisuales por parte de los empresarios del sector del hospedaje, se ofrece a los clientes la posibilidad de acceder a los mismos tanto en las habitaciones como en los espacios comunes, pudiendo disfrutarlos si así lo desean en función del espacio que ocupen en cada momento, no siendo excluyente, sino complementario, el acceso a tales contenidos desde distintos espacios o lugares ubicados en el mismo establecimiento. En tercer lugar, porque los espacios de bar, cafetería y restaurantes o gimnasios (entre otros) instalados en zonas comunes de establecimientos de hospedaje no siempre son explotados por el propio empresario responsable del negocio hotelero, sino que pueden haber sido arrendados a terceros que nada tienen que ver con el alquiler de habitaciones del establecimiento, a lo que se suma el hecho de que el público que puede acceder a esos contenidos difundidos en espacios comunes no siempre serán clientes del hotel (situación habitual en el caso de bares y cafeterías). Y en cuarto lugar, porque lo verdaderamente relevante y decisivo para la determinación de tarifas son las concretas modalidades de explotación de las obras y prestaciones audiovisuales contenidas en las señales televisivas, siendo nitidamente diferentes la retransmisión de obras o prestaciones audiovisuales radiodifundidas a través de cable interno o por procedimientos equivalentes a las habitaciones del establecimiento de hospedaje (artículo 20.2 letra f. TRLPI), de la emisión o transmisión de esas mismas obras y grabaciones audiovisuales radiodifundidas, en lugar accesible al público [...]”*.

La SPCPI ha tramitado un expediente de determinación de tarifas de EGEDA por la comunicación pública en la modalidad del 20.2.g) en cuya tramitación se podría haber

personado la CEHAT en condición de interesada, pero no lo ha hecho. Se trata del expediente E-2018-001 (EGEDA v FEHR).

En otro informe de Compass Lexecon de 29 de septiembre de 2021(folios 6259 a 6273) se analizó la encuesta aportada por CEHAT sobre zonas comunes a la que se refiere la Demanda en el párrafo 293. En este informe de Compass Lexecon se concluye que ni la encuesta es representativa ni CEHAT justificó adecuadamente que la tarifa establecida por la SPCPI debiera incluir las zonas comunes.

El informe pericial de COMPASS LEXECOM dedica las páginas 18 y 19 al tratamiento de este motivo. Como puede apreciarse del mismo, las apreciaciones de la demanda son erróneas de todo punto. Nos remitimos a lo expuesto sobre el particular en el citado informe solicitando la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución.

Por todo lo anterior,

SUPlico AL TRIBUNAL, que se sirva a admitir el presente escrito de contestación a la demanda, la admita a trámite y dicte Sentencia que desestime íntegramente el recurso formulado por CEHAT, confirmando la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte recurrente según lo establecido en el artículo 139 de la LJCA.

OTROSÍ DIGO, Que, al tenor de lo indicado en el artículo 60.1, LJCA esta parte solicita el recibimiento del procedimiento a prueba, sobre los siguientes extremos de hecho:

- 1.- Todos los contenidos difundidos primariamente por la televisión son obras o grabaciones audiovisuales.
- 2.- La Resolución NO atribuye a EGEDA la totalidad del valor económico derivado de la retransmisión de contenidos audiovisuales en establecimientos de hospedaje.
- 3.- La Resolución tiene debidamente en cuenta el criterio de la intensidad de uso del repertorio de EGEDA.

4.- La resolución aplica adecuadamente el criterio de relevancia del uso.

5.- La tarifa de comunicación pública en zonas comunes no implica un doble pago por el mismo acto de comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales.

A dicho fin, propone los siguientes medios de prueba:

1.- En relación con el primero de los extremos de hecho, se aportan Documentos número uno, dos y tres consistentes en las declaraciones de la Corporación de Radio y Televisión Española, y de Atresmedia sobre la intensidad real de uso de obras y grabaciones audiovisuales en determinados canales.

2.- En relación con el resto, se aporta Informe pericial elaborado por COMPASS LEXECOM titulado “Análisis económico de la demanda de la CEHAT” contra la resolución de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual en el expediente E-2018-003”.

y se solicita que, en su momento, se acuerde la ratificación de ambos en sede judicial.

Por lo anterior,

SUPLICO A LA SALA, que acuerde el recibimiento del procedimiento a prueba, admitiendo los medios propuestos por EGEDA y acordando lo necesario para su práctica.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO, Que, sin perjuicio de las alegaciones que se efectuarían en el momento procesal oportuno, esta parte considera innecesario el planteamiento de cualquiera de las tres cuestiones prejudiciales propuestas por la actora.

En primer lugar, haciendo propios los argumentos expuestos por el Abogado del Estado en su escrito de contestación de la demanda.

En segundo lugar, en cuanto a la primera de las propuestas por la demandante, porque esta Sala ya ha resuelto en dos ocasiones previas la cuestión relacionada a si los eventos,

acontecimientos o programas difundidos en directo se difunden a partir de una grabación audiovisual, y, si ésta forma parte del repertorio de EGEDA:

- Fundamento de derecho noveno de la Sentencia de 31 de enero de 2024, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, PO 620/2022.
- Fundamento de derecho octavo de la Sentencia de esta Sala, de 25 de enero de 2024, recaída en el PO 755/2022.

En tercer lugar, en cuanto a la primera de las propuestas, porque en la formulación de la cuestión está efectuando calificativos sobre las grabaciones audiovisuales en cuestión que no se encuentran soportados por los informes periciales existentes conocidos por esta Sala.

En cuanto a la segunda de las cuestiones:

- Porque el hecho de que los hoteles hacen retransmisión:
 - Está declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C-306/05, sentencia de 7.12.2006).
 - Está declarado por la Sala Civil del Tribunal Supremo en numerosas ocasiones tal como se ha indicado en la alegación pertinente.
 - Porque lo reconoce constantemente la actora en su demanda (por ejemplo, en el último de los motivos examinados afirma claramente que el hotel hace retransmisión y que hay un doble pago ya que, según la demandante, también la hace incluso en las zonas comunes).
- Porque la legitimación de EGEDA para administrar la retransmisión para los productores audiovisuales está reconocida hasta en 17 ocasiones por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.
- Porque realmente no creemos que suscite ninguna duda interpretativa la expresión “parte distinta del organismo de radiodifusión que efectuó la transmisión inicial”.

Por último, en cuanto a la tercera de las cuestiones:

- Porque parte de apriorismos inciertos tales como los relacionados con la titularidad de los negocios instalados en las zonas comunes del establecimiento de hospedaje y otros.
- Porque es una cuestión que se debería haber debatido en el procedimiento de determinación de tarifas E/2028/001 y no en el presente, y, en que la CEHAT se debería haber personado como interesada.
- Porque la CEHAT pretende con su planteamiento un trato discriminatorio de unos usuarios por el sólo hecho de que sus negocios se desarrollen en el perímetro físico de un establecimiento de hospedaje.

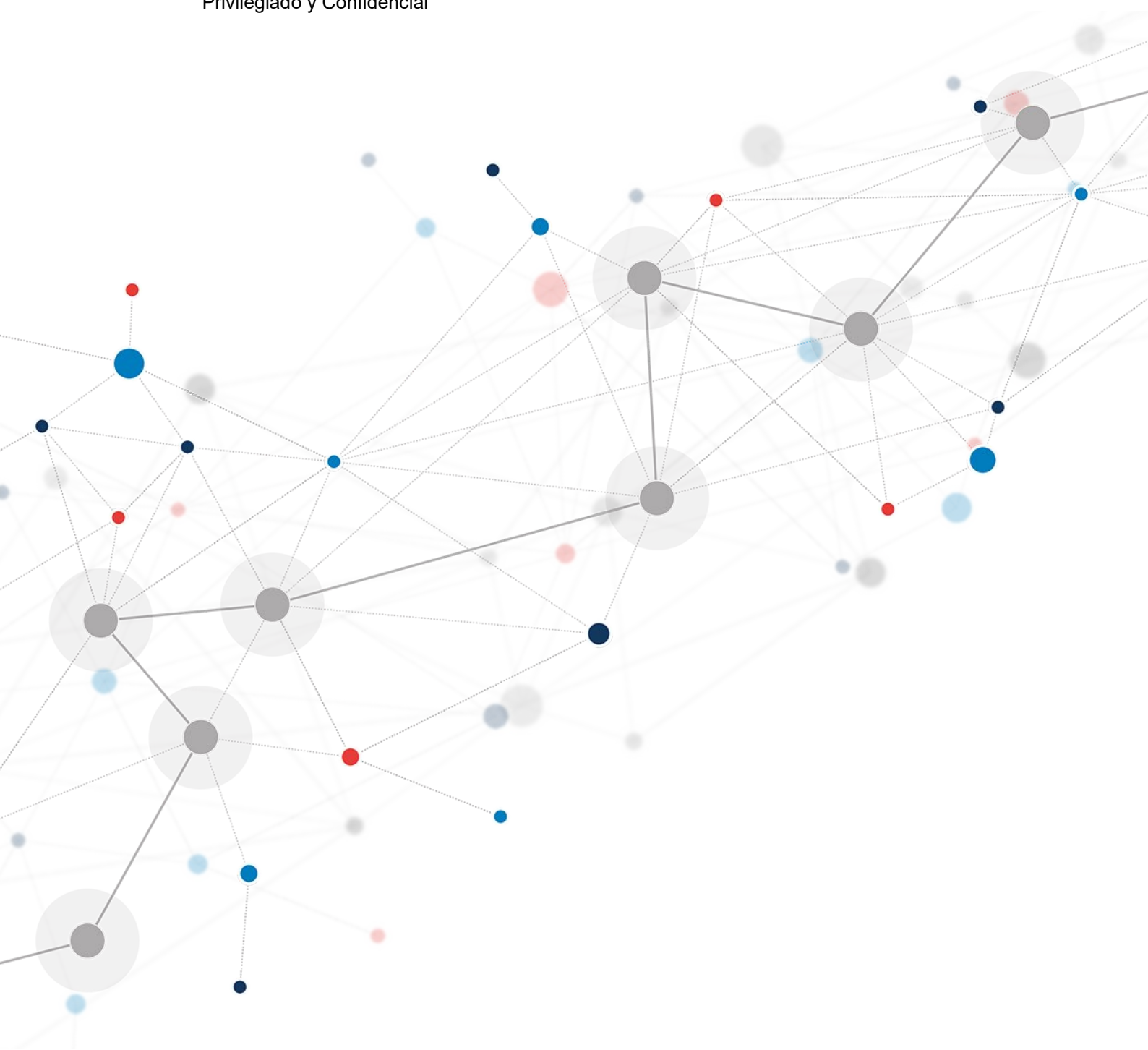
Por lo anterior,

SUPLICO, que se tengan por efectuadas estas alegaciones, sobre las cuestiones propuestas de contrario.

Es Justicia que pido

Análisis económico de la demanda de CEHAT contra la resolución de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual en el expediente E-2018-003

Alejandro Requejo, Patricia Lorenzo
30 de julio de 2024
Privilegiado y Confidencial



Índice

1	Introducción	3
	Antecedentes	3
	Encargo	4
	Estructura del informe	5
2	Descripción de la tarifa determinada por la SPCPI en la Resolución	6
3	Análisis económico del fundamento noveno de la Demanda	8
4	Análisis económico del fundamento décimo de la Demanda	10
	Introducción	10
	A) No es cierto que la intensidad real del uso del repertorio de EGEDA dependa de los hábitos de uso de los huéspedes	10
	B) No es cierto que el único modulador de intensidad de uso que aplica la Resolución esté construido de manera errónea	12
	C) No es cierto que el cálculo que realiza la Resolución neutralice el impacto del factor de ocupación hotelera	14
5	Análisis económico del fundamento undécimo de la Demanda	16
6	Análisis económico del fundamento duodécimo de la Demanda	18
A	Detalle del cálculo de la tarifa determinada por la SPCPI	20
	a. Cálculo del PUD medio	20
	b. Cálculo del PSP y de la “base razonable para el cálculo de la tarifa”	22
	c. Cálculo de la tarifa en función de la intensidad de uso	22
B	Declaración de los autores	23
C	Autores	24

1 Introducción

Antecedentes

- 1.1 El texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (“**TRLPI**”) en su redacción dada por la Ley 21/2014¹, de 4 de noviembre, y la Orden ECD/2574/2015², de 2 de diciembre (la “**Orden**”), establecieron el nuevo marco normativo que debían aplicar las entidades de gestión (“**EEGG**”) a la hora de establecer sus tarifas generales.
- 1.2 En el Capítulo IV de la Orden se estipula que “[l]as tarifas generales irán acompañadas de una memoria económica que se hará pública junto con éstas y que contendrá una explicación pormenorizada por modalidad tarifaria para cada categoría de usuario [...]”.³
- 1.3 En el año 2016 la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (“**EGEDA**”) elaboró el catálogo de tarifas generales (el “**Catálogo de 2016**”) correspondientes a los derechos de gestión colectiva obligatoria que administra conforme a lo estipulado en el TRLPI y en la Orden. En ese mismo año EGEDA encargó a Compass Lexecon que elaborase la memoria económica a la que se refiere la Orden (la “**Memoria Económica**”).⁴
- 1.4 Entre las tarifas generales de EGEDA se encuentra la tarifa por la retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales en establecimientos de hospedaje. Esta tarifa está definida en el Epígrafe 1.B del Catálogo.
- 1.5 De acuerdo con el Catálogo de 2016 los establecimientos de hospedaje que realicen actos de retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales como las descritas en el Epígrafe 1.B del Catálogo elegirán uno de los siguientes tipos de tarifas generales:

¹ Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, Núm. 268, de 5 de noviembre de 2014.

² Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. Boletín Oficial del Estado, Núm. 290 de 4 de diciembre de 2015. El 22 de marzo de 2018 el Tribunal Supremo anuló la Orden (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, núm. 508/2018, de 22 de marzo de 2018, recurso 458/2016). De acuerdo con la Resolución de la SPCPI (párrafo 316) la nulidad de la Orden “[...] no implica necesariamente la invalidez de las tarifas generales aprobadas conforme a esos criterios legales, ni la paralización de la actividad negociadora sobre las tarifas”.

³ El artículo 164 de la última redacción del TRLPI estipula que “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”.

⁴ Véase el documento elaborado por Patricia Lorenzo y Alejandro Requejo de Compass Lexecon de fecha 29 de julio de 2016 titulado “Memoria económica justificativa del Catálogo de tarifas generales de los derechos exclusivos y de los derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria administrados por EGEDA”. Este documento está disponible públicamente en la siguiente dirección: http://www.egeda.es/documentos/Memoria%20Económica_EGEDA_FINAL_160801_CON%20ANEXOS_con%20contrase%C3%B1a.pdf.

- a. una tarifa general de uso efectivo definida por plaza ocupada y categoría hotelera; y
 - b. una tarifa general de uso por disponibilidad promediada definida por plaza hotelera, por grado de ocupación medio anual de la provincia donde esté radicado el establecimiento y por categoría hotelera.
- 1.6 Como se explica en la Memoria Económica, la tarifa definida en el Epígrafe 1.B del Catálogo de 2016 cumple con lo establecido en el TRLPI y es una tarifa equitativa.⁵
- 1.7 El 12 de diciembre de 2018 la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (“**CEHAT**”) solicitó la iniciación de un proceso de determinación de tarifas ante la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (“**SPCPI**”), expediente E 2018/003 EGEDA-CEHAT. En particular, la tarifa es la aplicable por la retransmisión de grabaciones audiovisuales llevada a cabo por los establecimientos de hospedaje mediante aparatos de televisión.
- 1.8 El 14 de marzo de 2023 la SPCPI dictó resolución en el marco del expediente E 2018/003 EGEDA-CEHAT (la “**Resolución**”). En la Tabla 1 se describe la tarifa determinada por la SPCPI en la Resolución. La tarifa se define por plaza ocupada y mes y depende del nivel de intensidad de retransmisión realizada por el establecimiento de hospedaje.

Tabla 1: Tarifa determinada por la SPCPI en la Resolución

Intensidad de retransmisión:	Contenidos retransmitidos	Tarifa por plaza ocupada y mes
Alta	TV de pago y, en su caso, contenidos TDT o vía satélite en abierto	1,70
Media	Contenidos a los que se accede vía satélite en abierto y, en su caso, contenidos accesibles mediante TDT	1,26
Baja	Sólo contenidos accesibles mediante TDT	0,93

Fuente: Elaboración propia a partir de la tabla de la página 164 de la Resolución.

- 1.9 El 16 de mayo de 2023 CEHAT interpuso ante Tribunal Superior de Justicia de Madrid un recurso contencioso-administrativo en el que se solicitaban medidas cautelares (el “**Recurso**”) contra la Resolución.
- 1.10 El 1 de septiembre de 2023 CEHAT presentó una demanda en la sección sexta de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid contra la Resolución (la “**Demanda**”). En la Demanda CEHAT solicita que se declare la nulidad de pleno Derecho de la Resolución y que se condene a la SPCPI a dictar una nueva resolución.

Encargo

- 1.11 En este contexto, la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (“**EGEDA**”) nos ha encargado un análisis económico de los argumentos utilizados por CEHAT en los fundamentos jurídico-sustantivos noveno, décimo, undécimo y duodécimo de la Demanda.

⁵ Véase la Sección 4 de la Memoria Económica.

Estructura del informe

- 1.12 El resto del documento se estructura como sigue.
- En la Sección 2 se describe la tarifa establecida por la SPCPI en la Resolución.
 - En las secciones 3 a 6 se presentan nuestras conclusiones del análisis económico de los fundamentos noveno al duodécimo de la Demanda.
 - Finalmente incluimos una serie de anexos.

2 Descripción de la tarifa determinada por la SPCPI en la Resolución

- 2.1 En la Tabla 1 se describe la tarifa determinada por la SPCPI en la Resolución. La tarifa se define por plaza ocupada y mes y depende del nivel de intensidad de retransmisión realizada por el establecimiento de hospedaje.

Tabla 2: Tarifa determinada por la SPCPI en la Resolución

Intensidad de retransmisión:	Contenidos retransmitidos	Tarifa por plaza ocupada y mes
Alta	TV de pago y, en su caso, contenidos TDT o vía satélite en abierto	1,70
Media	Contenidos a los que se accede vía satélite en abierto y, en su caso, contenidos accesibles mediante TDT	1,26
Baja	Sólo contenidos accesibles mediante TDT	0,93

Fuente: Elaboración propia a partir de la tabla de la página 164 de la Resolución.

- 2.2 La tarifa se calcula como la suma de dos componentes: el precio por el uso de los derechos (“**PUD**”) y el precio por el servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de las tarifas (“**PSP**”). En particular, la SPCPI calcula la tarifa aplicando la siguiente metodología:
- Cálculo del PUD medio.** En primer lugar, a partir de las tarifas de pacto acordadas por EGEDA con los establecimientos de hospedaje, la SPCPI calcula una tarifa de pacto única sin diferenciar por categorías de hospedaje, suponiendo el descuento aplicado por EGEDA a los contratos con usuarios con más de 10 establecimientos firmados tras la adopción de medidas provisionales (21,08%) y sustrayendo el 10% que EGEDA imputaba como PSP. De esta manera, la SPCPI calcula un PUD de 1,11 € por plaza ocupada y mes.⁶
 - Cálculo del PSP y de la “base razonable para el cálculo de la tarifa”.** La SPCPI calcula un PSP de “[...] 0,03 euros por plaza ocupada y mes que, sumado al precio promedio estimado en el párrafo anterior de 1,11 euros por plaza ocupada y mes, supondría que la base razonable para el cálculo de la tarifa, incluido el coste del servicio prestado, sería de 1,14 euros por plaza ocupada y mes.”⁷
 - Cálculo de la tarifa en función de la intensidad de uso.** La SPCPI calcula la tarifa por plaza ocupada y mes para cada uno de los tres tramos de intensidad de uso descritos en la Tabla 2 de manera que se cumplan tres condiciones:⁸

⁶ Párrafo 416 de la Resolución.

⁷ Párrafo 431 de la Resolución.

⁸ Párrafos 436 a 443 de la Resolución.

- i. La media ponderada de las tres tarifas debe ser igual a la base razonable para el cálculo de la tarifa descrito anteriormente (1,14 por plaza ocupada y mes).
- ii. Los pesos para calcular la media ponderada se calculan a partir de los resultados de la encuesta de EGEDA a establecimientos de hospedaje.
- iii. De acuerdo con los resultados del choice modelling presentado por EGEDA, la relación que debe existir entre el nivel tarifario alto y el medio es de 1,35 a 1. La SPCPI supone que esta relación es también la que debe existir entre el nivel medio y el bajo.

2.3 En el Anexo A explicamos con más detalle la aplicación de esta metodología para el cálculo de la tarifa establecida por la SPCPI.

3 Análisis económico del fundamento noveno de la Demanda

3.1 De acuerdo con el fundamento noveno de la Demanda, “[l]a resolución impugnada atribuye a EGEDA todo el valor económico derivado de la retransmisión de contenidos audiovisuales en establecimientos de hospedaje”.

3.2 En particular, de acuerdo con la Demanda:

“[...] debemos entender que ese 4,36% de los ingresos medios de los establecimientos de hospedaje –y por tanto el precio de 1,11 euros por plaza ocupada y mes de donde aquel procede– equivaldría al valor conjunto que el hotelero obtiene por prestar el servicio de retransmisión de «contenidos televisivos». Dicho de otra forma, la Resolución Impugnada estaría atribuyendo exclusivamente a EGEDA el cien por cien del valor económico que, para un establecimiento de hospedaje, se deriva de prestar un servicio de retransmisión televisiva en las habitaciones”.⁹

“La incoherencia de este cálculo se advierte con tan solo extrapolar el valor atribuido al uso del repertorio de EGEDA (4,36% de los ingresos medios por alojamiento) al resto de entidades de gestión que tienen publicada una tarifa para establecimientos de hospedaje, que son otras siete, además de EGEDA. En efecto, si cada una de esas entidades tuviera derecho a percibir –como EGEDA– el 4,36% de los ingresos medios por alojamiento, resultaría que el 34,88% de los ingresos de los establecimientos de hospedaje, es decir, más de un tercio de esos ingresos, se debería al uso de contenidos protegidos por la propiedad intelectual a través de las televisiones instaladas en las habitaciones”.¹⁰

3.3 La Demanda soporta este fundamento en el cálculo heurístico de los ingresos vinculados a la explotación al repertorio de EGEDA (“**IVER**”) que realiza la SPCPI en la Resolución y en el cálculo de cuánto supone dicho IVER sobre los ingresos de los establecimientos hoteleros (un 4,36% de acuerdo con la Resolución).¹¹ En particular:

- a. En primer lugar, la SPCPI calcula el IVER implícito en la tarifa determinada por la SPCPI si dicha tarifa se hubiera calculado como un 2% (tipo tarifario que la SPCPI ha empleado en otras Resoluciones) del IVER. Dicho de otra manera, la tarifa se podría haber calculado así:

$$\text{Tarifa} = 2\% \times \text{IVER}$$

Como la SPCPI calcula la *Tarifa* directamente a partir de las tarifas acordadas por EGEDA con los usuarios, se puede calcular el IVER implícito en la tarifa determinada por la SPCPI de la siguiente manera:

⁹ Párrafo 187 de la Demanda. Subrayado añadido.

¹⁰ Párrafo 188 de la Demanda. Subrayado añadido.

¹¹ Párrafo 449 y siguientes de la Resolución.

$$IVER = \frac{\text{Tarifa}}{2\%}$$

- b. En segundo lugar, la SPCPI divide dicho IVER entre el ingreso promedio por plaza ocupada. El resultado es que el IVER representa el 4,36% de los ingresos de los establecimientos hoteleros.

3.4 De acuerdo con la Demanda este cálculo implica que para la SPCPI el IVER calculado son “[...] *ingresos vinculados única y exclusivamente al uso del repertorio de EGEDA*”.¹² Y que por tanto, la SPCPI no tiene en cuenta que “[...] *EGEDA no es la única entidad cuyo repertorio está en juego cuando se instalan aparatos de televisión en habitaciones de hotel*”¹³, lo que supone que la Resolución “[...] *estaría atribuyendo exclusivamente a EGEDA el cien por cien del valor económico que, para un establecimiento de hospedaje, se deriva de prestar un servicio de retransmisión televisiva en las habitaciones*”.¹⁴

3.5 Sin embargo esto no es cierto:

- a. Como el repertorio de EGEDA es universal, el ingreso vinculado a la explotación al repertorio de EGEDA es, por definición, el ingreso que obtiene el establecimiento hotelero por la retransmisión de todos los contenidos retransmitidos en la habitación de un hotel. Este ingreso, el IVER, debe ser, por tanto, distribuido entre todos los que participan en la generación de dicho ingreso, es decir, el establecimiento hotelero y todas las entidades de gestión que tienen derecho a una parte de ese ingreso. Es por esa razón que la tarifa de EGEDA es sólo un 2% del IVER (véase la fórmula descrita anteriormente) y no el 100% como pretende hacer creer la Demanda. El resto del IVER (el 98%) está disponible para remunerar al resto de entidades de gestión y al establecimiento hotelero (para compensar sus costes y obtener un margen razonable).
- b. Como hemos explicado anteriormente, el IVER (es decir, los ingresos derivados de la explotación de todos los contenidos protegidos) sólo representa un 4,36% de los ingresos de los establecimientos hoteleros y no el 34,88% como pretende hacer creer la Demanda.

¹² Párrafo 182 de la Demanda.

¹³ Párrafo 183 de la Demanda.

¹⁴ Párrafo 187 de la Demanda.

4 Análisis económico del fundamento décimo de la Demanda

Introducción

- 4.1 De acuerdo con la Demanda “[...] la Resolución Impugnada no tiene debidamente en cuenta el criterio de la intensidad de uso”¹⁵ por los tres motivos que analizamos a continuación.

A) No es cierto que la intensidad real del uso del repertorio de EGEDA dependa de los hábitos de uso de los huéspedes

- 4.2 De acuerdo con la Demanda, la Resolución:

*“[...] no da valor a los **hábitos de uso de los huéspedes de los hoteles**, a pesar de que el comportamiento de estos es el que determina que el hotelero retransmita con más o menos intensidad el repertorio de EGEDA. Ello le lleva a no tener en cuenta que:*

- i. En un cierto porcentaje, los huéspedes ni siquiera encienden el televisor, por lo que ningún repertorio puede ser utilizado.*
- ii. En un cierto porcentaje, lo que se retransmite no forma parte del repertorio de EGEDA, porque son emisiones en directo y no grabaciones audiovisuales.*
- iii. En un cierto porcentaje, lo que se retransmite no forma parte del repertorio de EGEDA, aunque sean grabaciones audiovisuales, porque es AGEDI y no EGEDA quien gestiona los derechos sobre un tipo de grabación audiovisual (videoclips).*
- iv. Incluso cuando se retransmiten grabaciones audiovisuales del repertorio de EGEDA, se está retransmitiendo al mismo tiempo el repertorio de otras entidades”.*¹⁶

- 4.3 Sin embargo, no es cierto que la intensidad real del uso del repertorio de EGEDA dependa de los hábitos de uso de los huéspedes:

- 4.4 En primer lugar, no se puede extraer ninguna conclusión sobre el valor de la televisión en la habitación del hotel a partir del análisis del uso que los usuarios dicen hacer de la televisión cuando se alojan en un hotel. Es posible que los consumidores atribuyan valor (y estén dispuestos a pagar) por la televisión en el hotel aunque no se utilice o se utilice poco (por el valor que tiene la disponibilidad o la opción de ver la televisión). En la Memoria Económica se explica esta cuestión de la siguiente manera:

“[...] los ingresos que obtienen los establecimientos hoteleros por la comunicación pública de obras y/o grabaciones audiovisuales en sus habitaciones no dependen de si los clientes del hotel encienden o no la

¹⁵ Párrafo 268 de la Resolución.

¹⁶ Párrafo 268 de la Resolución.

televisión o de cuánto tiempo esté encendida: el precio de la habitación del hotel no varía en función de cuál sea la utilización precisa del repertorio gestionado por EGEDA y, por tanto, los ingresos del hotel vinculados a la retransmisión del repertorio gestionado por EGEDA tampoco”.¹⁷

4.5 En la Resolución se concluye de una manera similar sobre esta cuestión:

“[...] la mayor o menor intensidad de la explotación de los derechos de propiedad intelectual sobre contenidos audiovisuales, depende del comportamiento del establecimiento (al poner a disposición de sus clientes más o menos contenidos audiovisuales) y no del uso que en su caso puedan hacer los clientes del hotel, ya que son los establecimientos los usuarios que explotan económicamente los derechos del repertorio de EGEDA, y no los clientes del establecimiento”.¹⁸

“[...] los establecimientos de hospedaje ponen a disposición del público, mediante la retransmisión, el repertorio de EGEDA con distintas intensidades”¹⁹

“[...]as distintas intensidades de uso suponen también distintas aportaciones de valor del repertorio gestionado por EGEDA en la actividad del usuario, lo que debe reflejarse en la tarifa”.²⁰

4.6 De hecho, como describimos anteriormente en la Tabla 2, la tarifa determinada en la Resolución sí que depende de la intensidad de uso, definida ésta como el nivel de contenidos puestos a disposición por parte del usuario.

4.7 En segundo lugar, la Demanda considera erróneamente que parte de lo que se retransmite no forma parte del repertorio de EGEDA, porque son emisiones en directo y no grabaciones audiovisuales. En la Resolución se analiza en detalle esta cuestión y se concluye que las emisiones en directo sí forman parte del repertorio de EGEDA:

“En todo caso, por lo que a los fines del presente procedimiento interesa, las grabaciones audiovisuales de los eventos o programas en directo que son emitidas, transmitidas y retransmitidas por organismos de radiodifusión, formarán parte del repertorio gestionado por la entidad EGEDA [...]”.²¹

4.8 En tercer lugar, la tarifa establecida en la Resolución sí ha tenido en cuenta que la comunicación pública de los vídeos musicales no forma parte del repertorio de EGEDA. De acuerdo con la Resolución, como la tarifa determinada parte de tarifas acordadas por EGEDA con sus usuarios, esta tarifa se refiere exclusivamente al repertorio de EGEDA:

“[...] al analizar el grado de uso, debe tenerse en cuenta que, con excepción del repertorio gestionado por AGEDI, los contenidos audiovisuales retransmitidos en los hoteles forman parte del repertorio de EGEDA. Dado que el cálculo de la tarifa se apoyará en los importes de los acuerdos previamente negociados, también debe tenerse presente que estos se refieren exclusivamente al repertorio gestionado por EGEDA”.²²

4.9 En cuarto lugar, el hecho de que las grabaciones audiovisuales retransmitidas en los establecimientos hoteleros también formen parte del repertorio de otras entidades de gestión no

¹⁷ Página 12 de la Memoria Económica.

¹⁸ Párrafo 302 de la Resolución.

¹⁹ Párrafo 436 de la Resolución.

²⁰ Párrafo 437 de la Resolución.

²¹ Párrafo 184 de la Resolución.

²² Párrafo 381 de la Resolución.

invalida la tarifa de la Resolución. Como explicamos en la Sección 3, la tarifa de EGEDA sólo representa un pequeño porcentaje (2%) del ingreso vinculado a la explotación de la retransmisión de las grabaciones audiovisuales (IVER). El resto del IVER (el 98%) está disponible para remunerar al resto de entidades de gestión y al establecimiento hotelero.

B) No es cierto que el único modulador de intensidad de uso que aplica la Resolución esté construido de manera errónea

4.10 De acuerdo con la Demanda, la Resolución:

(ii) Aplica una escala de niveles de retransmisión basada en tipologías de distribución de la señal televisiva y modelo de negocio que no capta adecuadamente la intensidad de uso del repertorio de EGEDA, ya que:

i. No pondera en función del exacto número de canales retransmitidos por cada usuario, ni de la mayor o menor audiencia que tengan dichos canales.

ii. Provoca el cómputo redundante de la retransmisión de los canales de la TDT.

iii. Intercala un nivel de retransmisión intermedio sin que la prueba en que dice apoyarse avale más que la existencia de dos tipos de retransmisión.

iv. Para asignar el valor relativo de los tres niveles de intensidad se basa en una metodología (choice modelling) que la propia SPCPI descarta como válida en otros lugares de la Resolución.

v. Mantiene de forma subyacente la discriminación de precios en función de la categoría turística, pervirtiendo el criterio de la intensidad de uso.²³

4.11 Sin embargo, no es cierto que el único modulador de intensidad de uso que aplica la Resolución esté construido de manera errónea:

4.12 En primer lugar, la Resolución presenta un análisis detallado del tipo de contenidos ofrecidos por los diferentes tipos de establecimientos hoteleros y basa los tipos de retransmisión utilizados para la gradación de la tarifa en el resultado de dicho análisis.

4.13 En los párrafos 305 a 313 de la Resolución se analiza la evidencia disponible sobre los diferentes tipos de contenidos ofrecidos por los establecimientos hoteleros. Por ejemplo, la Resolución utiliza los resultados de varias encuestas realizadas a huéspedes de hoteles sobre el contenido retransmitido en las habitaciones de los hoteles. Asimismo, la Resolución analiza la normativa existente que obliga a los establecimientos hoteleros a ofrecer una tipología mínima de contenidos en función de la categoría hotelera.

4.14 Como resultado de dicho análisis, la Resolución concluye que los hoteles se pueden clasificar en tres tipos en función de los contenidos ofrecidos: (i) solo televisión digital terrestre (“TDT”), (ii) satélite en abierto y, en su caso, TDT y (iii) televisión de pago y, en su caso, TDT o satélite en abierto.

4.15 La Resolución justifica la elección de sólo estos tres tramos de intensidad de uso para que las tarifas sean simples y claras: “[a] este respecto, aplicando conjuntamente el criterio de intensidad

²³

Párrafo 268 de la Resolución.

*de uso con el principio de que las tarifas sean simples y claras, la SPCPI considera adecuado establecer tres niveles de intensidad de uso diferenciados [...]”.*²⁴

- 4.16 En segundo lugar, el hecho de que también se pueda acceder a la TDT a través del satélite o de las plataformas de pago no invalida la clasificación de los establecimientos hoteleros realizada en la Resolución.
- 4.17 Cuando un establecimiento hotelero ofrece en sus habitaciones satélite en abierto y/o televisión de pago, no lo hace por los canales TDT ofrecidos a través del satélite o de la televisión de pago (canales que ya los tiene a través de antena de manera gratuita), sino por los canales que no forman parte de la TDT (canales internacionales y canales exclusivos de la televisión de pago). De hecho, cuando en la Resolución se calcula la diferencia en el valor de la retransmisión del segundo nivel (satélite en abierto y, en su caso, TDT) y del tercer nivel (televisión de pago y, en su caso, TDT o satélite en abierto) se utiliza una estimación del valor **incremental** que la televisión de pago tiene sobre la TDT y los canales internacionales.
- 4.18 En tercer lugar, la Resolución argumenta detalladamente que se puede extrapolar la relación entre el nivel tarifario alto y medio (1,35) a la relación entre el nivel tarifario medio y bajo porque considera que, debido a la relevancia del turismo internacional en España, la aportación de los canales internacionales al valor de la retransmisión es tan significativa como la aportación de la televisión de pago al valor de la retransmisión. De acuerdo con la Resolución:

*“[...] esta SPCPI considera que puede fijarse una relación similar entre las tarifas para los establecimientos de hospedaje que sólo ofrecen TDT y los que, además, ofrecen contenidos a los que acceden mediante satélite en abierto, ya que la aportación de los contenidos accesibles mediante satélite, frente a los disponibles mediante la TDT es, igualmente, significativa. La relevancia del turismo internacional en España y el hecho de que, para ofrecer canales accesibles en abierto a través de satélite se debe incurrir en inversiones adicionales, apuntan en este sentido, no siendo un argumento el escaso valor extraído “ex post facto” de los canales internacionales, tal y como alega CEHAT, pues ha de recordarse una vez más que el valor proporcionado por el uso del repertorio no reside en el uso efectivo de los canales internacionales o de pago por los clientes o usuarios finales del establecimiento de hospedaje, de imposible medición efectiva, como ya hemos dicho reiteradamente, sino en el uso que hace el establecimiento de hospedaje de dichos contenidos con su puesta a disposición, persiguiendo seguramente la captación y fidelización de una clientela no nacional, y extrayendo así valor de la retransmisión de esos canales premium vía satélite o de televisión de pago”.*²⁵

- 4.19 En nuestra opinión, en ausencia de evidencia adicional sobre la relación entre el nivel tarifario medio y bajo, el supuesto realizado por la Resolución es razonable, ya que utiliza la única evidencia disponible (la relación entre el nivel tarifario alto y medio) y una explicación de por qué el nivel tarifario medio debe ser superior al nivel tarifario bajo (la importancia del turismo internacional en España).
- 4.20 En cuarto lugar, la principal crítica de la Resolución a la metodología choice modelling para el cálculo del IVER es que sus resultados reflejan la disposición máxima a pagar por los contenidos retransmitidos (y no el precio), crítica que no invalida el uso de los resultados del choice modelling para estimar el valor relativo entre diferentes tipos de contenidos.

²⁴ Párrafo 438 de la Resolución. Subrayado añadido.

²⁵ Párrafo 441 de la Resolución. Subrayado añadido.

4.21 De acuerdo con la Resolución:

“[...] las encuestas tipo choice modelling reflejan la disposición máxima al pago por el bien [...] y [...] “por definición, los precios de mercado son siempre inferiores a la disponibilidad a pagar de los individuos que adquieren el bien”. En consecuencia, el ingreso comercial vinculado a la explotación del repertorio estimado a través de la disponibilidad a pagar de los clientes de los usuarios de los derechos de propiedad intelectual está, necesariamente, sobrevalorando el ingreso que dichos usuarios pueden realmente obtener a través del precio”.²⁶

4.22 Sin embargo, la Resolución no dice que no puedan utilizarse los resultados basados en la metodología choice modelling para calcular el valor relativo entre una oferta de canales básicos y premium (TDT, canales internacionales y televisión de pago) y una oferta sólo con los canales básicos (TDT y canales internacionales). Y esto es precisamente lo que hace la Resolución para calcular la relación entre el nivel tarifario alto y medio (1,35).

4.23 En quinto lugar, la existencia de una correlación entre el tipo de contenidos ofrecidos por los hoteles y la categoría hotelera no invalida el criterio de intensidad de uso definido en la Resolución.

4.24 Como explicamos anteriormente, en los párrafos 305 a 313 de la Resolución se analiza la evidencia disponible sobre los diferentes tipos de contenidos ofrecidos en las habitaciones de los establecimientos hoteleros. A partir de esa evidencia se concluye que existen tres grupos de contenidos ofrecidos (TDT, satélite en abierto y televisión de pago). El hecho de que hoteles de más categoría ofrezcan más contenidos y de mayor valor se debe (i) a que los hoteles de una mayor categoría ofrecen más calidad a sus huéspedes y (ii) a la normativa autonómica relativa a las obligaciones de los hoteles en función de la categoría hotelera. En cualquier caso, esta correlación no invalida la gradación de la tarifa en función del tipo de contenidos ofrecidos establecido en la Resolución.

C) No es cierto que el cálculo que realiza la Resolución neutralice el impacto del factor de ocupación hotelera

4.25 De acuerdo con la Demanda, la Resolución:

“(iii) Asume la premisa, sin anclaje en las pruebas practicadas ni coherencia con las Resoluciones de Medidas Provisionales, de que la tarifa por plaza disponible de EGEDA lleva implícita la tasa de ocupación hotelera media, lo que le conduce a emplear una fórmula –dividiendo el precio unitario por plaza disponible por la tasa porcentual de ocupación, en lugar de multiplicándolo por ella– que acaba neutralizando el factor de la ocupación hotelera”.²⁷

4.26 Sin embargo, esto no es correcto. Como explicamos en el Anexo A, uno de los pasos seguidos por la Resolución para el cálculo de la tarifa de EGEDA es el cálculo de la tarifa por plaza ocupada a partir de la tarifa por plaza disponible acordada por EGEDA con sus usuarios (corregida por los descuentos y por el PSP). Este cálculo es el siguiente:

$$\text{Precio medio por plaza ocupada} = \frac{P. \text{Disp. corregido} * (1 - \text{Porcentaje Servicio Prestado})}{\text{Porcentaje Ocupación C. A. correspondiente}}$$

donde:

²⁶ Párrafo 324 de la Resolución. Subrayado añadido.

²⁷ Párrafo 268 de la Resolución.

- *P.Disp.corregido* es el precio acordado por plaza disponible y mes por categoría hotelera corregido para que refleje el descuento del 21,08%.
- *Porcentaje Servicio Prestado* es el PSP el porcentaje incluido en los precios acordados entre EGEDA y los establecimientos de hospedaje (el 10%).
- *Porcentaje Ocupación C.A.correspondiente* es el porcentaje de ocupación media de la Comunidad Autónoma correspondiente.

4.27 Obviamente, la aplicación de la tarifa por plaza disponible y la aplicación de la tarifa por plaza ocupada resultan en una recaudación idéntica para EGEDA para un hotel con una ocupación igual a la ocupación media de su Comunidad Autónoma. Pero nótese que para aquellos hoteles con una ocupación superior o inferior a la ocupación media de su Comunidad Autónoma (es decir, y por definición de la “media”, para la gran mayoría de hoteles), la recaudación de EGEDA usando la tarifa por plaza ocupada será superior o inferior, respectivamente, a la recaudación que obtendría usando la tarifa por plaza disponible. Por ello, es totalmente erróneo afirmar que la tarifa establecida en la Resolución “*neutralice el impacto de la ocupación hotelera*”.

4.28 Asimismo, no tiene sentido afirmar que, para el cálculo de la tarifa, la SPCPI tendría que haber multiplicado en lugar de dividir por la tasa de ocupación hotelera. En la Demanda se trata de justificar este extremo a partir de la tarifa provisional determinada por la SPCPI en sus Resoluciones de Medidas Provisionales. En particular, en la Demanda se argumenta que:

“[...] la fórmula de la medida provisional tomaba el precio unitario por plaza disponible que EGEDA aplicaba en sus contratos para la categoría turística más baja (tres estrellas o menos) y tramo de ocupación más bajo (hasta el 35%), y a ese precio unitario le aplicaba como multiplicador la tasa de ocupación correspondiente. No hallaba primero el hipotético precio por plaza ocupada que se desprendía de una suerte de tasa de ocupación implícita, para después aplicar en sentido inverso el porcentaje de ocupación respectivo, sino que directamente multiplicaba por plaza ocupada y mes el precio que en los contratos de EGEDA se multiplicaba por plaza disponible y mes”.²⁸

4.29 En ningún momento la SPCPI dice en las Resoluciones de Medidas Provisionales que esa deba ser la metodología para convertir una tarifa por plaza disponible en una tarifa por plaza ocupada. Para el cálculo de la tarifa provisional, la SPCPI simplemente tomó el valor más bajo entre las tarifas acordadas por EGEDA con los establecimientos hoteleros (la de tres estrellas o menos con el menor nivel de ocupación) para definir una tarifa mínima de manera provisional.

²⁸

Párrafo 264 de la Demanda.

5 Análisis económico del fundamento undécimo de la Demanda

5.1 De acuerdo con la Demanda:

“La resolución recurrida infringe el artículo 164.3.b) y f) del TRLPI al no aplicar debidamente el criterio de la relevancia de uso y no tener en cuenta las tarifas establecidas por EGEDA con otros usuarios para la misma modalidad de uso”.²⁹

“A juicio de CEHAT, no hay razones objetivas que justifiquen la aplicación de un precio unitario más elevado a los establecimientos de hospedaje que a las plataformas de televisión de pago. La Resolución, sin embargo, rechaza que deba tomarse como guía el precio de la tarifa para cableoperadores, antes bien considera más lógico que el precio unitario de la tarifa para hoteles sea superior al de la tarifa de EGEDA para operadores de televisión de pago.”³⁰

5.2 En el párrafo 282 de la Demanda se describen las razones por las que la Resolución considera que la tarifa de la televisión de pago no se puede usar como referente para la tarifa de los establecimientos hoteleros (párrafos 340 a 346 de la Resolución) y, a continuación, la Demanda esgrime sus argumentos en contra de cada una de ellas (párrafos 283 a 289 de la Demanda). En nuestra opinión, ninguno de estos argumentos desarrollados en la Demanda es correcto. En el informe de Compass Lexecon de 21 de septiembre de 2016³¹ ya se detallaron las razones por las que no se pueden comparar ambas tarifas, razones similares a las que utiliza la SPCPI en la Resolución.³²

5.3 La Resolución concluye que la principal razón por la que la tarifa de la televisión de pago no es trasladable a la tarifa de los establecimientos hoteleros es que el valor económico obtenido por los operadores de televisión de pago por la explotación del repertorio de EGEDA es diferente del valor económico obtenido en los establecimientos hoteleros:

“En definitiva, resulta obvio que se trata de dos sectores con condiciones de oferta y de demanda marcadamente diferenciadas, por lo que su capacidad de obtener valor a partir de la retransmisión de contenidos audiovisuales también es distinta. En consecuencia, no puede trasladarse el importe de la tarifa de un sector de usuarios a otro si se pretende cumplir la estipulación legal de hacerlo “atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario” [...]”³³

5.4 De hecho, las dos tarifas determinadas por la SPCPI (la de la televisión de pago y la de los establecimientos hoteleros) tienen en común que ambas son un 2% del IVER y, desde ese punto de vista, se han calculado siguiendo el mismo criterio:

²⁹ Fundamento undécimo de la Demanda.

³⁰ Párrafo 278 de la Demanda.

³¹ Véase el Antecedente de Hecho XXXIX de la Resolución.

³² Véase la página 14 y siguientes del informe de Compass Lexecon de 21 de septiembre de 2016.

³³ Párrafo 347 de la Resolución.

- La SPCPI calcula la tarifa de la televisión de pago como un 2% del IVER.
- Como explicamos anteriormente en la Sección 3, la tarifa de los establecimientos hoteleros se puede reescribir como un 2% del IVER, siendo el IVER un 4,36% del total de los ingresos de los establecimientos hoteleros.

5.5 De acuerdo con la Demanda, la Resolución no ha tenido en cuenta en la determinación de la tarifa de EGEDA que la relevancia de uso del repertorio de EGEDA en los hoteles es secundaria:

*“La Resolución Impugnada está de acuerdo en que la relevancia de uso del repertorio de EGEDA por las empresas de hospedaje es secundaria (apartado 434) [...] Sin embargo, esta constatación no tiene ningún impacto en el importe de la tarifa, dada la forma de obtener el precio unitario base de la Resolución [...]”.*³⁴

5.6 La relevancia de la tarifa de EGEDA en los hoteles es secundaria porque el IVER sólo representa un 4,36% de los ingresos totales de los establecimientos hoteleros (a diferencia del caso de los operadores de televisión de pago para los que el IVER representa un porcentaje muy elevado de sus ingresos totales). Sin embargo, lo importante de cara a la determinación de la tarifa no es si la relevancia se caracteriza como principal o secundaria. Lo importante es que la tarifa se calcule como el mismo porcentaje del IVER (2%) con independencia de que el IVER represente un porcentaje mayor o menor de los ingresos totales del usuario.

³⁴

Párrafos 274 y 275 de la Resolución.

6 Análisis económico del fundamento duodécimo de la Demanda

6.1 De acuerdo con la Demanda:

“Así las cosas, debe considerarse que la SPCPI ha establecido incorrectamente la tarifa relativa a las televisiones de las zonas comunes de los hoteles, no ya solo porque ha ordenado aplicar una tarifa que puso precio a una modalidad de comunicación pública que no es la que efectúan los establecimientos de hospedaje, sino fundamentalmente porque ha computado mal los actos de comunicación al público en presencia. En lugar de ponderar la parte de la retransmisión en zonas comunes que se puede considerar dirigida a un público nuevo o distinto de la retransmisión en habitaciones, la SPCPI aplica las dos tarifas en su integridad, de modo que por la parte de público de las zonas comunes que coincide con los huéspedes del hotel, que es la mayoría conforme a la prueba practicada, la Resolución está abocando a los establecimientos de hospedaje a pagar a EGEDA dos veces por un mismo acto de explotación de su repertorio.”³⁵

6.2 Estos argumentos utilizados en la Demanda ya fueron ampliamente contestados en la Resolución cuando concluye que “[e]sta SPCPI considera que los argumentos de CEHAT no se sostienen”:³⁶

“En primer lugar, porque los verdaderos usuarios de los derechos de explotación sobre los contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual objeto de este procedimiento (grabaciones audiovisuales) no son los clientes del establecimiento de hospedaje (usuarios o destinatarios finales de las grabaciones), sino los mismos establecimientos de hospedaje en cuanto usuarios comerciales que ponen a disposición esos contenidos mediante diferentes actos de comunicación pública como una parte -aunque sea menor o accesoria, pero tampoco irrelevante- de la explotación de su negocio”.

“En segundo lugar, porque siendo lo relevante la puesta a disposición de contenidos audiovisuales por parte de los empresarios del sector del hospedaje, se ofrece a los clientes la posibilidad de acceder a los mismos tanto en las habitaciones como en los espacios comunes, pudiendo disfrutarlos si así lo desean en función del espacio que ocupen en cada momento, no siendo excluyente, sino complementario, el acceso a tales contenidos desde distintos espacios o lugares ubicados en el mismo establecimiento”.

“En tercer lugar, porque los espacios de bar, cafetería y restaurantes o gimnasios (entre otros) instalados en zonas comunes de establecimientos de hospedaje no siempre son explotados por el propio empresario responsable del negocio hotelero, [...]”.

“Y en cuarto lugar, porque lo verdaderamente relevante y decisivo para la determinación de tarifas son las concretas modalidades de explotación de las obras y prestaciones audiovisuales contenidas en las señales televisivas, siendo nítidamente diferentes la retransmisión de obras o prestaciones

³⁵ Párrafo 302 de la Demanda.

³⁶ Párrafo 188 de la Resolución.

audiovisuales radiodifundidas a través de cable interno o por procedimientos equivalentes a las habitaciones del establecimiento de hospedaje (artículo 20.2 letra f. TRLPI), de la emisión o transmisión de esas mismas obras y grabaciones audiovisuales radiodifundidas, en lugar accesible al público [...]”.

- 6.3 Asimismo en otro informe de Compass Lexecon de 29 de septiembre de 2021³⁷ se analizó la encuesta aportada por CEHAT sobre zonas comunes a la que se refiere la Demanda en el párrafo 293. En este informe de Compass Lexecon se concluye que ni la encuesta es representativa ni CEHAT justificó adecuadamente que la tarifa establecida por la SPCPI debiera incluir las zonas comunes:

“La principal conclusión de nuestro análisis es que esta encuesta podría no ser representativa del universo de establecimientos hoteleros en España y que sus resultados no permiten extraer conclusiones sobre la caracterización de las zonas comunes entre los establecimientos hoteleros en España porque algunas de las preguntas del Cuestionario de CEHAT están mal planteadas”.³⁸

“En nuestra opinión, la evidencia presentada en el Escrito de CEHAT no justifica que la tarifa por la retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales en establecimientos de hospedaje que determine la SPCPI en el proceso de determinación de tarifas E 2018/003 EGEDA-CEHAT deba incluir la remuneración por la explotación del repertorio de EGEDA en las zonas comunes de los establecimientos hoteleros”.³⁹

“[...] una tarifa única por el uso del repertorio de EGEDA en las habitaciones y en las zonas comunes podría suponer un trato discriminatorio en contra de los establecimientos hoteleros que no explotan íntegramente todos los servicios que ofrecen en sus zonas comunes”.⁴⁰

“Los propios resultados de la Encuesta de CEHAT muestran que más de un 20% de los establecimientos hoteleros tienen parte de los servicios de las zonas comunes gestionados por empresas ajenas al hotel. La integración de las dos tarifas en una única podría suponer un problema de discriminación porque los establecimientos hoteleros que no explotan íntegramente los servicios de las zonas comunes estarían pagando por el uso del repertorio de EGEDA lo mismo que los establecimientos hoteleros que sí explotan íntegramente los servicios de las zonas comunes pero no obtendrían los mismos ingresos”.⁴¹

³⁷ Véase el Antecedente de Hecho LXVIII. de la Resolución.

³⁸ Véase el párrafo 2.3 del informe de Compass Lexecon de 29 de septiembre de 2021.

³⁹ Véase el párrafo 3.1 del informe de Compass Lexecon de 29 de septiembre de 2021.

⁴⁰ Véase el párrafo 3.4 del informe de Compass Lexecon de 29 de septiembre de 2021.

⁴¹ Véase el párrafo 3.5 del informe de Compass Lexecon de 29 de septiembre de 2021.

A Detalle del cálculo de la tarifa determinada por la SPCPI

a. Cálculo del PUD medio

A.1 La SPCPI calcula un PUD de 1,11 € por plaza ocupada y mes. En la Figura 1 mostramos la tabla utilizada en la Resolución en la que se resume el cálculo del PUD. A continuación explicamos con detalle los cálculos y supuestos realizados por la SPCPI en esta tabla.

Figura 1: Resumen del cálculo del PUD

	Porcentaje Pernotaciones	Precio medio por plaza disponible	Descuento aplicado	Descuento corregido	P. Disp. Corregido	Porcentaje Ocupación C.A. correspondiente	Porcentaje Servicio Prestado	Precio medio por plaza ocupada
5 *	6,7 %	1,21	14,08	21,08	1,11	57,6	10,0	1,74
4 *	50,9 %	0,90	15,67	21,08	0,84	65,6	10,0	1,15
3 *	27,7 %	0,71	12,06	21,08	0,64	64,4	10,0	0,89
2 *	5,6 %	0,70	12,77	21,08	0,64	56,0	10,0	1,02
1 *	9,0 %	0,71	5,38	21,08	0,59	49,1	10,0	1,09
Total general	100,0 %	0,84	13,47	21,08	0,77	62,7	10,0	1,11

Fuente: Tabla de la página 136 de la Resolución.

Paso 1: Cálculo del precio acordado por plaza disponible y mes por categoría hotelera

A.2 La SPCPI calcula, para cada categoría hotelera, la media (sin ponderar) del precio acordado por plaza disponible y mes de todos los acuerdos alcanzados por EGEDA que figuran en la información enviada por EGEDA. Estos precios medios incluyen los descuentos aplicados por EGEDA a cada establecimiento hotelero.

A.3 En la Figura 1 es la segunda columna “Precio medio por plaza disponible”.

Paso 2: Cálculo del precio acordado por plaza disponible y mes por categoría hotelera corregido

A.4 En el párrafo 414 de la Resolución se explica que, para el cálculo de la tarifa, “[...] en lo que se refiere a los descuentos aplicados, se contemplen condiciones similares a las observadas en los contratos de fecha posterior a la adopción de medidas provisionales (cuando las condiciones de negociación pueden presumirse más equilibradas), realizados con gestores que agrupan a más de 10 establecimientos (dotados de un mayor poder de compensación de la demanda y con acceso a descuentos más elevados que, por otro lado, no están vinculados con una menor aportación de valor del repertorio de EGEDA en estos establecimientos)”.

A.5 Es decir, para el cálculo de la tarifa, la SPCPI parte del descuento aplicado a los contratos con más de 10 establecimientos y firmados tras la adopción de medidas provisionales. Como se muestra en la tabla de la página 135 de la Resolución, ese descuento es igual al 21,08%.

A.6 En este segundo paso, la SPCPI quita en primer lugar el descuento que contenía el “Precio medio por plaza disponible” descrito en el Paso 1 y aplica después el descuento de 21,08% a los precios de todas las categorías hoteleras. En concreto, el cálculo que realiza la SPCPI para cada categoría hotelera es el siguiente:

$$P. Disp. corregido = \frac{\text{Precio medio por plaza disponible}}{(1 - \text{Descuento aplicado})} \times (1 - 0.2108)$$

donde:

- *P. Disp. corregido* es el precio acordado por plaza disponible y mes por categoría hotelera corregido para que refleje el descuento del 21,08%.
- *Precio medio por plaza disponible* es el precio acordado por plaza disponible y mes por categoría hotelera calculado en el Paso 1.
- *Descuento aplicado* es el descuento medio aplicado por EGEDA en sus contratos por categoría hotelera. Este descuento se ha calculado como la media de los descuentos que figuran en la información enviada por EGEDA.

A.7 En la Figura 1, el *P. Disp. corregido* es la quinta columna.

Paso 3: Cálculo del PUD por plaza ocupada y mes por categoría hotelera

A.8 La SPCPI calcula el PUD por categoría hotelera, por plaza ocupada y mes de la siguiente manera:

$$\text{Precio medio por plaza ocupada} = \frac{P. Disp. corregido * (1 - \text{Porcentaje Servicio Prestado})}{\text{Porcentaje Ocupación C.A. correspondiente}}$$

donde:

- *P. Disp. corregido* es el precio acordado por plaza disponible y mes por categoría hotelera corregido para que refleje el descuento del 21,08%.
- *Porcentaje Servicio Prestado* es el PSP el porcentaje incluido en los precios acordados entre EGEDA y los establecimientos de hospedaje (el 10%).
- *Porcentaje Ocupación C.A. correspondiente* es el porcentaje de ocupación de la Comunidad Autónoma correspondiente.

A.9 En la Figura 1, el *Precio medio por plaza ocupada* es la última columna.

Paso 4: Cálculo del PUD por plaza ocupada y mes total (sin distinguir por categoría hotelera)

A.10 Finalmente, la SPCPI calcula un único PSP por plaza ocupada y mes (1,11) calculando la media del *Precio medio por plaza ocupada* ponderando cada categoría hotelera por su correspondiente porcentaje de pernoctaciones (primera columna de la Figura 1).

A.11 Es decir, la SPCPI convierte el *P. Disp. corregido* (que es por plaza disponible) en un precio por plaza ocupada.

b. Cálculo del PSP y de la “base razonable para el cálculo de la tarifa”

- A.12 La SPCPI considera que “[...] un coste por servicio prestado de 0,03 euros por plaza ocupada y mes que, sumado al precio promedio estimado en el párrafo anterior de 1,11 euros por plaza ocupada y mes, supondría que la base razonable para el cálculo de la tarifa, incluido el coste del servicio prestado, sería de 1,14 euros por plaza ocupada y mes.”⁴²

c. Cálculo de la tarifa en función de la intensidad de uso

- A.13 La SPCPI calcula la tarifa por plaza ocupada y mes para cada uno de los tres tramos de intensidad de uso descritos en la Tabla 1 de manera que se cumplan las tres siguientes condiciones:

- a. La media ponderada de las tres tarifas debe ser igual a 1,14 por plaza ocupada y mes.
- b. Los pesos para calcular la media ponderada son los siguientes: el peso de la intensidad baja es del 43,1%, el peso de la intensidad media es del 51,9% y el peso de la intensidad alta es del 5,0%.

A partir de los resultados de la encuesta de EGEDA a establecimientos de hospedaje, la SPCPI calcula cuántos establecimientos tiene cada categoría de hotel en cada uno de los tres niveles posibles de intensidad de uso. A partir de esos datos calcula la media ponderada (por las pernoctaciones de cada categoría hotelera) de los pesos de cada uno de los niveles de intensidad de uso.⁴³

- c. La relación que debe existir entre el nivel tarifario alto y el medio es de 1,35 a 1 y la relación que debe existir entre el nivel tarifario medio y el bajo también es de 1,35 a 1.

En la tabla que se presenta en el párrafo 494 de la Resolución, la SPCPI concluye que, de acuerdo con los resultados del choice modelling presentado por EGEDA, la diferencia media ponderada (por las pernoctaciones de cada categoría hotelera) entre el valor de los canales básicos y premium (TDT, canales internacionales y TV de pago) y el valor de los canales básicos (TDT y canales internacionales) es del 135%. Es decir, que la relación que debe existir entre el nivel tarifario alto y el medio es de 1,35 a 1. La SPCPI supone que esta relación es también la que debe existir entre el nivel medio y el bajo.⁴⁴

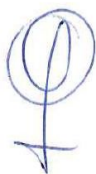
⁴² Párrafo 431 de la Resolución.

⁴³ Párrafo 454 de la Resolución.

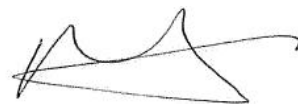
⁴⁴ Párrafo 443 de la Resolución.

B Declaración de los autores

- B.1 A los efectos del artículo 335.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los autores de este informe pericial manifestamos, bajo juramento o promesa de decir verdad, que hemos actuado y, en su caso, actuaremos con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conocemos las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliera mi deber como perito.



Patricia Lorenzo



Alejandro Requejo

C Autores

Dr. Alejandro Requejo

- C.1 Alejandro Requejo es *Executive Vice President* en la práctica de política de competencia de Compass Lexecon en Europa. Alejandro es Doctor en economía por la Universidad Complutense de Madrid y Master en Economía y Finanzas por el Centro de Estudios Monetarios y Financieros (CEMFI) en la especialidad de Finanzas. Ha sido profesor de finanzas en el Departamento de Economía de la Empresa de la Universidad Carlos III de Madrid.
- C.2 Alejandro está especializado en la aplicación del análisis económico y técnicas econométricas en casos de competencia y en la cuantificación de daños en litigios y arbitrajes. Alejandro ha prestado asesoramiento para evaluar poder de mercado, definir mercados relevantes, evaluar el impacto competitivo de fusiones y estimar daños. Alejandro ha abarcado una gran variedad de industrias, incluyendo telecomunicaciones, energía (petróleo, estaciones de servicio), postal, propiedad intelectual, transporte, medios audiovisuales, tabaco, distribución minorista, sector financiero y medios de pago. Alejandro aparece en *Who's Who Legal (Competition Economists, Arbitration Expert Witnesses, Consulting Experts)*.
- C.3 Alejandro ha testificado frente a CIADI, Tribunales españoles (Mercantiles, de Primera Instancia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo), la Comisión Europea, la Comisión Nacional de Competencia y otros tribunales arbitrales (CIMA y Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid).
- C.4 Alejandro ha asesorado en los últimos años a diferentes entidades de gestión en asuntos relacionados con el análisis económico de las tarifas por los derechos de propiedad intelectual. Por ejemplo, Alejandro ha asesorado recientemente a:
- AGEDI y AIE en las negociaciones con CEHAT en el seno de la Comisión de Propiedad Intelectual (2008);
 - EGEDA en las negociaciones con CEHAT en el seno de la Comisión de Propiedad Intelectual (2008);
 - todas las entidades de gestión de derechos en España para la cuantificación de la remuneración por la copia privada (2008-2015);
 - diversas entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual en expedientes abiertos por la Comisión Nacional de Competencia (2004-2014);
 - PPL en la valoración de la tarifa por la comunicación pública de fonogramas (SFE licence) en pubs y discotecas del Reino Unido (2011). Este trabajo ha conllevado la realización de una serie de análisis complementarios incluyendo la utilización de la metodología Choice Modelling para estimar la disponibilidad a pagar por la música en bares y discotecas. El informe de Compass Lexecon/FTI está disponible en <http://www.ppluk.com/I-Play-Music/Businesses/SFE-consultation/>.
 - PRS for Music en la consulta sobre la tarifa LP ("Light and Popular") que autoriza el uso de la música gestionada por PRS for Music en los eventos de música popular en directo. Como parte de este proceso se utilizó la metodología Choice Modelling para estimar el valor relativo de las

canciones y las actuaciones en los conciertos y festivales. Los resultados del estudio realizado por Compass Lexecon/FTI están disponibles en <http://www.prsformusic.com/users/businessesandliveevents/livevenueevents/consultation/Pages/default.aspx>.

C.5 Asimismo:

- El Gobierno del Reino Unido inició una consulta pública para la reforma de la UK copyright law en la que se proponía incluir una excepción por copia privada. En este contexto, en marzo de 2014, Compass Lexecon y FTI realizaron una encuesta entre los consumidores de música para estimar cuánto estarían dispuestos a pagar por la posibilidad de hacer copias de los CDs. Los resultados de este trabajo se han presentado al Parlamento del Reino Unido (véase una referencia a este trabajo en http://www.parliament.uk/documents/lords-committees/Secondary-Legislation-Scrutiny-Committee/UK_Music_SLSC.pdf).

C.6 Alejandro ha publicado recientemente los siguientes artículos y capítulos de libros relacionados con el análisis económico de los derechos de propiedad intelectual:

- “The welfare effects of private copying levies”, a report for AEPO-ARTIS, EUROCOPYA, GESAC, IFPI, IMPALA and SAA, 2012, conjunto con Jorge Padilla y Patricia Lorenzo) disponible en http://www.gesac.org/eng/homepage_en/download/studylevies-1.pdf.
- “Sound recordings used in nightclubs and bars: a fair valuation of the licence using a discrete choice analysis”, mimeo, presentado en la “Second International conference of choice modelling”, Leeds (UK), julio 2011 (conjunto con Patricia Lorenzo, Daniel Ryan, y Andrew Wynn); el artículo está disponible en <http://www.icmconference.org.uk/index.php/icmc/ICMC2011/schedConf/presentations>.
- “La racionalidad económica de la compensación equitativa por copia privada y la determinación de tarifas equitativas por la comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales”, en Xavier O’Callaghan (ed.) *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, 2011.

Patricia Lorenzo

- C.7 Patricia Lorenzo es *Senior Vice President* en la práctica de competencia de Compass Lexecon en Europa. Patricia Lorenzo obtuvo el título de Master en Economía Industrial por la Universidad Carlos III de Madrid y se licenció en Economía por la Universidad de Vigo, especializándose en Análisis Económico. Durante sus estudios en el Master en Economía Industrial sus áreas de especialización fueron la de Economía de las Telecomunicaciones y Sector Energético
- C.8 Durante su período en consultoría, su trabajo se ha centrado en la aplicación de modelos de elección discreta y otras técnicas empíricas a casos de política de competencia y en el uso del análisis económico para proporcionar asesoramiento a clientes involucrados en casos de política de competencia y de valoración de daños. Su trabajo ha abarcado una gran variedad de industrias con especial atención a sectores como el audiovisual y propiedad intelectual. Patricia ha testificado en diferentes casos frente a la Comisión Europea, Tribunales Mercantiles, Audiencia Nacional y Tribunales arbitrales.
- C.9 Patricia ha asesorado en los últimos años a diferentes entidades de gestión en asuntos relacionados con el análisis económico de las tarifas por los derechos de propiedad intelectual. Por ejemplo, Patricia ha asesorado recientemente a:
- todas las entidades de gestión de derechos en España para la cuantificación de la remuneración por la copia privada (2008-2015);
 - diversas entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual en expedientes abiertos por la Comisión Nacional de Competencia (2004-2014);
 - PPL en la valoración de la tarifa por la comunicación pública de fonogramas (SFE licence) en pubs y discotecas del Reino Unido (2011). Este trabajo ha conllevado la realización de una serie de análisis complementarios incluyendo la utilización de la metodología Choice Modelling para estimar la disponibilidad a pagar por la música en bares y discotecas. El informe de Compass Lexecon/FTI está disponible en <http://www.ppluk.com/I-Play-Music/Businesses/SFE-consultation/>.
 - PRS for Music en la consulta sobre la tarifa LP (“Light and Popular”) que autoriza el uso de la música gestionada por PRS for Music en los eventos de música popular en directo. Como parte de este proceso se utilizó la metodología Choice Modelling para estimar el valor relativo de las canciones y las actuaciones en los conciertos y festivales. Los resultados del estudio realizado por Compass Lexecon/FTI están disponibles en <http://www.prsformusic.com/users/businessesandliveevents/livevenueevents/consultation/Pages/default.aspx>.
- C.10 Asimismo:
- El Gobierno del Reino Unido inició una consulta pública para la reforma de la UK copyright law en la que se proponía incluir una excepción por copia privada. En este contexto, en marzo de 2014, Compass Lexecon y FTI realizaron una encuesta entre los consumidores de música para estimar cuánto estarían dispuestos a pagar por la posibilidad de hacer copias de los CDs. Los resultados de este trabajo se han presentado al Parlamento del Reino Unido (véase una referencia a este trabajo en http://www.parliament.uk/documents/lords-committees/Secondary-Legislation-Scrutiny-Committee/UK_Music_SLSC.pdf)
- C.11 Patricia ha publicado recientemente los siguientes artículos y capítulos de libros relacionados con el análisis económico de los derechos de propiedad intelectual:

- “The welfare effects of private copying levies”, a report for AEPO-ARTIS, EUROCOPYA, GESAC, IFPI, IMPALA and SAA, 2012, (conjunto con Jorge Padilla y Alejandro Requejo) disponible en http://www.gesac.org/eng/homepage_en/download/studylevies-1.pdf.
- “Sound recordings used in nightclubs and bars: a fair valuation of the licence using a discrete choice analysis”, mimeo, presentado en la “Second International conference of choice modelling”, Leeds (UK), julio 2011 (conjunto con Patricia Lorenzo, Daniel Ryan, y Andrew Wynn); el artículo está disponible en <http://www.icmconference.org.uk/index.php/icmc/ICMC2011/schedConf/presentations>.

Oficinas

Europe

Berlin
Brussels
Copenhagen
Düsseldorf
Helsinki
London
Madrid
Milan
Paris

North America

Boston
Chicago
Houston
Los Angeles
Miami
New York
Oakland
Washington, DC

Asia Pacific

Beijing
Shanghai
Singapore

Latin America

Buenos Aires
Santiago

Este informe ha sido elaborado por profesionales de Compass Lexecon. Las opiniones expresadas en este informe corresponden únicamente a los autores y no representan necesariamente las opiniones de Compass Lexecon, su directiva, sus filiales, sus afiliados, sus empleados o clientes.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

C/ General Castaños, 1 , Planta Baja - 28004

33009180

NIG: 28.079.00.3-2023/0029454

Procedimiento Ordinario 513/2023

Demandante: CONFEDERACION ESPAÑOLA DE HOTELES Y ALOJAMIENTOS
TURISTICOS

PROCURADOR D./Dña. VICTORIO VENTURINI MEDINA

Demandado: MINISTERIO DE CULTURA Y DEPORTE

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, (AIE)

PROCURADOR D./Dña. SILVIA URDIALES GONZALEZ

EGEDA Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales

PROCURADOR D./Dña. MARTA CENDRA GUINEA

DILIGENCIA DE ORDENACIÓN

LETRADO/A D./Dña. BEATRIZ OCA DE ZAYAS

En Madrid, a dos de septiembre de dos mil veinticinco.

El anterior escrito de contestación presentado por PROCURADOR D./Dña. MARTA CENDRA GUINEA, en nombre y representación de EGEDA, únase con traslado al resto de partes personadas.

Transcurrido el plazo para evacuar el trámite de contestación a la demanda concedido a **PROCURADOR D./Dña. SILVIA URDIALES GONZALEZ**, de conformidad con lo establecido en el art. 128 LRJCA, se tiene por **precluido el trámite para contestar a la demanda**, siguiendo los autos el curso establecido en la Ley.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de reposición, en el plazo de cinco días, a contar desde el siguiente al de su notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2420-0000-93-0513-23, especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 21 Contencioso-Reposición de resoluciones Letrado/a de la Admón. de Justicia (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2420-0000-93-0513-23 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

EL/LA LETRADO/A DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



Este documento es una copia auténtica del documento D.O. Decaído trámite de contestar CODDO firmado electrónicamente por BEATRIZ OCA DE ZAYAS

Mensaje LexNET - Notificación

Fecha Generación: 22/09/2025 15:09

Mensaje

IdLexNet	202510810880145	
Asunto	D.O. Decaído trámite de contestar CODDO (F.Resolucion 02/09/2025)	
Remitente	Órgano	T.S.J. MADRID CONTENCIOSO/ADMTVO. SECCIÓN N. 6 de Madrid, Madrid [2807933006]
	Tipo de órgano	T.S.J. SALA DE LO CONTENCIOSO
	Oficina de registro	OF. REGISTRO Y REPARTO TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CONTENCIOSO/ADMTVO [2807900002]
Destinatarios	URDIALES GONZALEZ, SILVIA [1742]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
	VENTURINI MEDINA, VICTORIO [463]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
	CENDRA GUINEA, MARTA [1723]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
Fecha-hora envío	22/09/2025 14:44:12	
Documentos	2799052_2025_I_595310055.PDF(Principal)	
	Hash del Documento: e307a5d1fe5cd3726f52b71784fbf7e0069b77851bfe6014fe337b2906f3838c	
	2799052_2025_E_148999632.ZIP(Anexo)	
	Hash del Documento: 865d39e8e3a620af52defadec5515d36d87481913fcda8879ef054dab09ef81c	
Datos del Procedimiento	Procedimiento destino	D.O. Decaído trámite de contestar CODDO (F.Resoluc N° 0000513/2023
	Detalle de acontecimiento	D.O. Decaído trámite de contestar CODDO (F.Resolucion 02/09/2025) 17939_28380 SE SOLICITAN MEDIDAS CAUTELARES
	NIG	2807900320230029454

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
22/09/2025 15:09:57	VENTURINI MEDINA, VICTORIO [463]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid	LO RECOGE	
22/09/2025 14:49:45	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid (Madrid)	LO REPARTE A	VENTURINI MEDINA, VICTORIO [463]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.