

RESOLUCION

Expte. S/0360/11, AGEDI

Consejo:

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 26 de agosto de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición arriba expresada y siendo Consejero Ponente D. Julio Costas Comesaña ha dictado la siguiente Resolución en el expediente sancionador S/0360/11, AGEDI, incoado por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, a instancia de la denuncia formulada por D. [CONFIDENCIAL], contra la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI), por supuestas conductas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en su gestión de los derechos de explotación en España de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y videos musicales en relación con las gramolas.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 27 de junio de 2011 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) escrito de denuncia (folios 1 a 34) formulada por D. [CONFIDENCIAL] contra la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (en adelante, AGEDI) por posibles prácticas anticompetitivas consistentes en el abuso de su posición dominante en el mercado de gestión de derechos de propiedad intelectual de los productores fonográficos, mediante la denegación de suministro y la imposición de condiciones de servicio al establecer la obligatoriedad de adquisición y renovación mensual de un repertorio inmodificable.
2. Como consecuencia de esta denuncia la Dirección de Investigación (en adelante, DI) inició, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), una información reservada con el número de referencia S/360/11 con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador.

3. Tras la práctica de diversos requerimientos de información (a las partes denunciante y denunciada y a terceros) y otros actos de instrucción, con fecha 1 de febrero de 2012 la DI incoó el expediente sancionador de referencia contra AGEDI por existir indicios racionales de la comisión de una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), concretamente de un abuso de posición dominante por parte de AGEDI en su gestión de los derechos de explotación en España de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y videos musicales en relación con las gramolas.

En el acuerdo de incoación, la DI declaró como interesado en el expediente al denunciante.

4. Realizados diversos actos de instrucción, de acuerdo con lo previsto en el art. 50.3 de la LDC, con fecha 23 de noviembre de 2012, la DI formuló y notificó a las partes un Pliego de Concreción de Hechos (en adelante, PCH; folios 1088 a 1404), al que presentaron alegaciones las dos partes interesadas.
5. Este mismo día, la DI requirió a AGEDI que facilitase: (i) su volumen de negocios total antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados en el año 2011; y (ii) su volumen de negocios en España desde el 1 de septiembre de 2009 hasta la actualidad, desglosado por años, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados correspondiente a los derechos de reproducción de fonogramas y vídeos musicales destinados a su incorporación a gramolas o jukebox, y a los derechos de remuneración por la comunicación pública de vídeos musicales realizada a través de gramolas o jukebox (folio 1133). Esta información fue remitida con fecha de 17 de diciembre de 2012 (folios 1315 a 1316).
6. Con fecha 10 de enero de 2013, en virtud de lo previsto en el artículo 33.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC), la DI acordó cerrar la fase de instrucción del expediente de referencia, lo que fue notificado a los interesados ese mismo día.
7. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, con fecha 14 de enero de 2013, la DI notificó a las partes interesadas en el expediente una Propuesta de Resolución, a la que formularon alegaciones las dos partes interesadas.

El denunciante no solicita prueba ni celebración vista ante el Consejo. AGEDI reitera la solicitud de prueba formulada ante la DI y denegada por ésta, así como la celebración de vista.

8. Con fecha 4 de febrero de 2013, en virtud de lo establecido en el artículo 50.5 de la LDC, la DI acordó remitir a este Consejo de la CNC el expediente S/0360/11, AGEDI, acompañándolo de un Informe que incluye la Propuesta de Resolución notificada, consistente en que este Consejo resuelva:

***“Primero.** Que se declare la existencia de una infracción única y continuada del artículo 2 de la LDC, así como del artículo 102 del TFUE, derivada de:*

- i) *El establecimiento de un sistema de gestión de los derechos de recaudación por la comunicación pública de los videos musicales contenidos en las gramolas que:*
 - a) *Vincula injustificadamente y desproporcionadamente los derechos de comunicación pública de los videos musicales a los derechos de comunicación pública de los fonogramas.*
 - b) *Establece unas tarifas inequitativas por los derechos de remuneración pública de videos musicales, ya que:*
 - o *Obliga a un tercero (los operadores de gramolas o los proveedores de contenidos subsidiariamente) a asumir el pago de estos derechos de remuneración, pese a que legalmente corresponde a los locales.*
 - o *La cuantía de estos derechos de remuneración impuestos es independiente de la utilización del uso efectivo de los contenidos.*
 - o *La cuantía exacta de estos derechos de remuneración aplicados por AGEDI es desconocida por el operador de gramolas, al permitir AGEDI su empaquetamiento y facturación conjunta con la compra de contenidos, al no individualizar AGEDI su cuantía en los contratos con los operadores de gramolas, y al establecerla en niveles diferentes a las tarifas generales de AGEDI por el mismo concepto.*
 - c) *Obliga a los operadores de gramolas a cumplir con obligaciones de pago de derechos de comunicación pública no asumidas formalmente por ellos, puesto que se establecen en los contratos entre AGEDI y los proveedores de contenidos a los cuales no tienen acceso.*
- ii) *El tratamiento inequitativo y sin justificación objetiva de los incumplimientos contractuales por parte de los proveedores de contenidos y operadores de gramolas, que pueden llevar a la exclusión discriminatoria de algunos de ellos.*
- iii) *La limitación sin justificación objetiva del número de videos musicales que puede contener una gramola por debajo de sus posibilidades técnicas.*

Segundo. *Que se declare responsable de dicha infracción a AGEDI.*

Tercero. *Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.*

Cuarto. *Que se adopten los demás pronunciamientos a los que se refiere el artículo 53 de la LDC, en la medida en que resulten pertinentes."*

9. El 27 de febrero de 2013, AGEDI presentó en la CNC un segundo escrito de alegaciones en el que se compromete a modificar determinadas conductas contractuales objetadas por la DI en la Propuesta de Resolución. Así aporta nuevos

modelos de contratos a firmar con los suministradores de contenidos y con los operadores de gramolas, separando formalmente en dos contratos distintos los relativos a vídeos musicales y fonogramas; señalando en esos contratos que las gramolas se ubican todas en locales de alterne, pero que si se cambia la ubicación de la gramola se podrá tener en cuenta a efectos de la determinación de la remuneración; aclarando que siempre que el suministro de contenidos sea lícito, el operador de gramolas se puede proveer de cualquier proveedor; y suprimiendo cualquier limitación del número de vídeos y de fonogramas que puede contener una gramola. Además reitera el compromiso de enviar a cada operador y, en su caso, a los titulares de los locales en que se exploten gramolas, comunicación de la tarifa o remuneración pactada con su proveedor, de tal forma que si el operador la considera excesiva o desproporcionada podrá dirigirse a AGEDI y al propio proveedor para negociar su cuantía.

- 10.** El 3 de mayo de 2013, AGEDI presentó en la CNC un tercer escrito de alegaciones, en el que se señala que se ha procedido a modificar otras conductas objetadas por la DI en su Propuesta de Resolución en relación con el sistema de gestión de sus derechos objeto del expediente. Así se afirma que se ha eliminado la aprobación previa de AGEDI de los operadores que dé de alta el suministrador de contenidos; que se ha eliminado la mención a que los contratos con los operadores deben incorporar la obligación de pagar a AGEDI mensualmente, con lo cual el pago podrá tener otra periodicidad; se ha eliminado el requisito del local de obtener la previa autorización de AGEDI-AIE para la comunicación pública de fonogramas y se ha sustituido por una información al respecto. Además, adjunta los contratos firmados que recogerían los cambios señalados.
- 11.** Con fecha 19 de junio de 2013, el Consejo acordó remitir a la Comisión Europea la información prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE, lo que se comunicó a las partes mediante Acuerdo del Consejo de fecha 1 de julio de 2013, en el que asimismo se acordó la suspensión del plazo para resolver el procedimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 37.2 c) de la LDC y con efectos del 29 de junio de 2013 (la remisión se realizó el día anterior, folio 1656 confidencial). Esta suspensión se levantó mediante Acuerdo de 29 de julio de 2013 y con efectos desde esa misma fecha, sin que la Comisión hubiese remitido ninguna observación.
- 12.** Mediante Acuerdo de fecha 16 de julio de 2013, con el objeto de completar la información solicitada por la DI (Antecedente de Hecho –AH– 5) y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 63.1.c) de la LDC, el Consejo acordó requerir a AGEDI el volumen total de negocios de AGEDI antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados en el año en 2012. La información requerida fue recibida en la CNC el día 22 de julio de 2013.
- 13.** El Consejo terminó de deliberar y falló este expediente en su sesión celebrada el 19 de agosto de 2013.
- 14.** Son partes en el expediente:

- D. [CONFIDENCIAL]
- ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI).

HECHOS PROBADOS

I. LAS PARTES

1. Denunciado: ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI)

AGEDI es una entidad autorizada por Orden del Ministerio de Cultura, de 15 de febrero de 1989 para gestionar los derechos de propiedad intelectual que corresponden a los productores fonográficos respecto de sus grabaciones sonoras y audiovisuales, en los términos previstos en sus estatutos.

AGEDI es la única entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual autorizada administrativamente para gestionar los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas.

Hasta el 31 de diciembre de 2011, contaba con 385 asociados, de los cuales eran productores de videos musicales, además de productores de fonogramas, 294 compañías, lo que supone al menos el 90% de la producción de videos musicales y fonogramas en España, de acuerdo con los datos públicos disponibles.

2. Denunciante:

D. [CONFIDENCIAL] se dedica desde 2004, entre otras actividades, a la distribución y explotación de máquinas recreativas de diversos tipos, fundamentalmente en la Comunidad Autónoma de Galicia, a título individual, y desde noviembre de 2009 también como administrador único de la empresa “Recreativos La Confianza, S.L.”

Entre las máquinas recreativas objeto de explotación se encuentran las gramolas o “jukebox”, reproductoras de videos musicales, que son cedidas en distintos locales de ocio en los que los clientes activan su funcionamiento mediante la introducción de monedas.

II. MARCO JURÍDICO

De acuerdo con la información contenida en el Pliego de Concreción de Hechos notificado por la DI a las partes, el Consejo considera relevante para la resolución del expediente el siguiente marco normativo teniendo en cuenta que las *conductas objeto de este procedimiento sancionador están relacionadas con la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los productores fonográficos por la comunicación pública y la reproducción para dicha comunicación pública de fonogramas y videos musicales.*

3. Estos derechos de propiedad intelectual (en adelante, DPI) se encuentran regulados en España a través del 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 (en adelante, TRLPI).

4. En particular, los DPI afectados en el presente expediente se engloban en los denominados derechos de explotación (Capítulo III, sección segunda TRLPI), dentro de los cuales cabe distinguir entre derechos de simple remuneración y derechos exclusivos.
5. Los derechos exclusivos son aquellos que permiten a su titular autorizar o prohibir los actos de explotación por el usuario de su obra o prestación protegida, y a exigir de éste una retribución a cambio de la autorización que le conceda.
6. Los derechos de simple remuneración, a diferencia de los derechos exclusivos, no facultan a su titular a autorizar o prohibir los actos de explotación por el usuario de su obra o prestación protegida, aunque sí obligan a éste al pago de una cantidad dineraria por los actos de explotación que realice, que serían los de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación.
 - La reproducción consiste, de acuerdo con el art. 18 del TRLPI en: *“La fijación directa o indirecta, provisional o permanente por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”*. En este caso sólo existen derechos exclusivos pero no de remuneración.
 - La distribución consiste conforme al art.19 TRLPI en *“La puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”*.
 - La comunicación pública sería *“Todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”* (art. 20 del TRLPI).
 - La transformación de una obra *“comprende su traducción, adaptación, y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente”* (art. 21 del TRLPI). En este caso sólo existen derechos exclusivos pero no de remuneración.
7. De todos estos actos de explotación, en el presente expediente la DI sólo ha analizado los relativos a reproducción y comunicación pública, ya que son los que se derivan de los contratos firmados entre AGEDI y los proveedores de contenidos que se estudian en el marco del expediente de referencia.
8. Los titulares de los mencionados derechos a efectos del presente expediente serían los productores tanto de fonogramas como de grabaciones audiovisuales, a cuyos derechos se refieren, respectivamente, los títulos II y III del TRLPI.
9. Respecto a los fonogramas, el art. 114 del TRLPI señala que *“se entiende por fonograma toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos”*. Asimismo dispone que el productor de un fonograma es *“la persona,*

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

- 9.1.** La fijación ha de ser exclusivamente sonora para ser considerada fonograma puesto que si comprende además imágenes (fijación audiovisual), se tratará de una grabación audiovisual.
- 9.2.** El productor de fonogramas tiene el derecho exclusivo de autorizar su reproducción. Derecho que puede transferirse, cederse o ser objeto de concesión de licencias contractuales en base al art. 115 del TRLPI.
- 9.3.** Asimismo, tal y como se establece en el art. 116 del TRLPI, corresponde al productor de fonogramas el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de sus fonogramas y de las reproducciones de estos en la forma establecida en el art. 20.2 del TRLPI.
- 9.4.** El citado artículo también indica que *“los usuarios de un fonograma publicado con fines comerciales, o de una reproducción de dicho fonograma que se utilice para cualquier forma de comunicación pública, tienen obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los productores de fonogramas y a los artistas intérpretes o ejecutantes, entre los cuales se efectuará el reparto de aquélla. A falta de acuerdo entre ellos sobre dicho reparto, éste se realizará por partes iguales”.*
- 9.5.** Este derecho de remuneración se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, que se ocuparán de la negociación con los usuarios, la determinación, recaudación y distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad del derecho de remuneración.
- 10.** Por otra parte, respecto a las grabaciones audiovisuales, el art. 120 del TRLPI establece 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”* y define al productor de una grabación audiovisual como la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de dicha grabación audiovisual.
- 10.1.** Según el art. 121 del TRLPI, corresponde al productor de la primera fijación de una grabación audiovisual el derecho exclusivo de autorizar la reproducción del original y sus copias. Este derecho podrá transferirse, cederse o ser objeto de concesión de licencias contractuales.
- 10.2.** Del mismo modo, el art. 122 del TRLPI dispone que el derecho a autorizar la comunicación pública de las grabaciones audiovisuales corresponde al productor de las mismas.
- 10.3.** Asimismo, los usuarios de las grabaciones audiovisuales que se utilicen para los actos de comunicación pública tienen obligación de pagar a los artistas

intérpretes o ejecutantes y a los productores de grabaciones audiovisuales la remuneración que proceda.

- 10.4. Dicho derecho de remuneración se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, que se ocuparán de la negociación con los usuarios, la determinación, recaudación y distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad del derecho de remuneración.
11. Las entidades de gestión, además de ostentar una serie de derechos, están sometidas por mandato legal a determinadas obligaciones establecidas en el art. 157 del TRLPI, como *“A contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración”* (art. 157.1 a) del TRLPI).
12. Asimismo el art.157.2 del TRLPI estipula que: *“En tanto las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales.”*

III. CARACTERIZACIÓN DE LOS MERCADOS AFECTADOS

Conforme al PCH notificado a las partes, la DI considera que los mercados afectados por las conductas que motivaron la incoación del expediente de referencia presentan las características relevantes que siguen:

13. **Desde el punto de vista del producto**, las conductas que se analizan en el presente expediente guardan relación con la forma en que AGEDI hace efectivas las obligaciones que el TRLPI le impone para la gestión de los derechos de reproducción y comunicación pública de fonogramas u obras audiovisuales en gramolas o jukebox, ya que es en este soporte en el que se produjo el contexto de la denuncia y las posteriores actuaciones de la DI en este expediente.
14. En los contratos que AGEDI ha firmado con los proveedores de contenidos y que son objeto de análisis en el expediente, AGEDI cede a los proveedores de contenidos para gramolas algunas de sus funciones legales en relación con la autorización de los derechos de comunicación pública de videos musicales para las gramolas o jukebox a las que suministran sus contenidos.
15. Los demandantes de los derechos de reproducción y de los derechos de comunicación pública son, respectivamente, las empresas suministradoras o proveedoras de contenidos y los operadores de gramolas, quienes utilizan el repertorio gestionado por AGEDI para el desarrollo de su actividad profesional.
16. Las empresas proveedoras de contenidos requieren la autorización de AGEDI sobre los derechos de reproducción para incorporar el contenido musical encriptado en las gramolas y para la distribución periódica de actualizaciones de contenidos a los operadores de gramolas, en la medida que en al menos el 90% de

la producción de videos musicales y fonogramas en España se ha cedido a AGEDI la gestión de sus derechos de propiedad intelectual.

- 17.** Los operadores de gramolas también requieren de la participación de AGEDI ya que, mediante la firma de los contratos con los proveedores de contenidos, AGEDI instrumentaliza la autorización y remuneración por la comunicación pública de videos musicales, siempre que éstos cumplan con las obligaciones establecidas en los contratos señalados, firmados entre AGEDI y los proveedores de contenidos.
- 18.** Junto a los derechos de comunicación pública de videos musicales, los operadores de gramolas necesitan, para la comunicación pública de fonogramas, la preceptiva autorización de las entidades de gestión autorizadas por el Ministerio de Cultura (en este caso, la propia AGEDI y también la Asociación de Artistas e Intérpretes - AIE-, que es la Sociedad de Gestión autorizada por el Ministerio de Cultura para defender los derechos que el TRLPI reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes).

Esta autorización para la comunicación pública de fonogramas no es objeto directo de este expediente y, por ello, la DI no ha analizado los contratos entre los operadores de gramolas y las entidades de gestión para la comunicación pública de fonogramas.

- 19.** Así, pues, tanto las empresas proveedoras de contenidos como los operadores de gramolas utilizan en el desarrollo de su actividad empresarial un producto o input, los videos musicales, que está protegido por derechos de propiedad intelectual vinculados a su reproducción y comunicación pública.
- 20.** Desde el punto de vista de la demanda, no existe, por tanto, ningún tipo de sustituibilidad dado que ningún otro derecho puede suplir éste, siendo necesario contratar con AGEDI para poder hacer uso del repertorio protegido.
- 21.** Desde el punto de vista de la oferta, AGEDI es la única entidad que gestiona los DPI de los productores relativos a la reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en el territorio español. Por lo tanto, es la única entidad en España que, por cuenta de los productores, realiza los actos necesarios para que los operadores de gramolas puedan explotar económicamente tales derechos.
- 22.** Como se advierte, la explotación de gramolas o jukebox es una actividad económica que implica a diversos operadores verticalmente relacionados entre sí.
- 23.** Siendo como se ha señalado el repertorio de derechos gestionado por AGEDI un input necesario para operar en el negocio de gramolas, cualquier comportamiento de AGEDI en el señalado mercado de derechos de reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales (específicamente, vídeos musicales) es susceptible de afectar las condiciones de competencia en los mercados aguas abajo.
- 24.** A estos efectos, y como se observará con mayor detalle en la descripción de los hechos acreditados, AGEDI concede licencias de reproducción sobre su repertorio a empresas suministradoras o proveedoras de contenidos para gramolas que, a su vez, contratan con operadores/distribuidores de gramolas, quienes adquieren

periódicamente los contenidos para incorporarlos a las gramolas que explotan en locales de diversa índole.

25. Así pues, en términos generales, por debajo de AGEDI se pueden distinguir tres escalones (folios 824 y 825): la empresa suministradora de contenidos, el operador de gramolas y el usuario final.

26. Empresas suministradoras de contenidos

26.1 Actualmente, según los datos obrantes en el expediente, sólo existen en España tres proveedores de contenidos para jukebox autorizados por AGEDI. Ésta afirma que en la actualidad se encuentra negociando un acuerdo de regularización con el operador BILLIARD, S.L., que ha sido el principal cliente del fabricante de gramolas ROSTON IMPORT EXPORT, S.L., que tuvo contrato para el suministro de contenidos a operadores de gramolas que explotaban las máquinas fabricadas por esta empresa hasta diciembre de 2008 (folio 567).

- SOUNDNET Ltd. (en adelante SOUNDNET), anteriormente denominada DT PRODUCTIONS Ltd., que se configuraba en aquel momento como la única entidad suministradora autorizada por AGEDI.
- IBERMUSIC ARION, S.L. (en adelante IBERMUSIC).
- CASHMUSIC, S.C. (en adelante CASHMUSIC).

26.2 Estos proveedores de contenidos tienen firmado un contrato con AGEDI para poder operar en el mercado como tales.

26.3 Según los datos aportados por AGEDI (folio 511), durante el tercer trimestre de 2011 el número de gramolas a las que proveía de contenidos cada suministrador y el importe de los derechos (tanto derechos de reproducción como de comunicación pública) satisfechos a AGEDI fue:

GRAMOLAS AUTORIZADAS POR AGEDI Y DERECHOS DE REMUNERACIÓN GENERADOS EN EL TERCER TRIMESTRE 2011		
Suministrador	Nº Máquinas	Derechos Generados
SOUNDNET	[Confidencial]	[Confidencial]
IBERMUSIC	[Confidencial]	[Confidencial]
CASHMUSIC	[Confidencial]	[Confidencial]

Fuente: AGEDI (folio 511)

26.4 Aunque técnicamente sea posible que los operadores de gramolas cambien de suministrador, actualmente en España cada empresa suministradora utiliza un sistema de encriptación de los contenidos que no es compatible con los demás sistemas de encriptado, por lo que mientras se mantenga el sistema de encriptado original, el proveedor de contenidos será siempre el mismo.

En definitiva, una vez que una gramola se ha dispuesto para un tipo de encriptado el operador de gramolas únicamente podrá comprar los contenidos al proveedor compatible con su gramola, salvo que modifique el sistema de encriptación en la gramola, sin perjuicio de que los contratos entre suministradores de contenidos y operadores de gramolas pueden contener restricciones al cambio de suministrador.

27. Operadores de gramolas.

27.1 La descripción de quién debe considerarse como operador de gramolas difiere según los contratos firmados entre AGEDI y los proveedores de contenidos. No obstante, se puede establecer con carácter general que los operadores de gramolas son los propietarios de las gramolas.

27.2 Estos propietarios de gramolas o jukebox, para poder actuar en el mercado, deben adquirir el contenido musical encriptado del proveedor de contenidos o del distribuidor.

27.3 Previamente a la adquisición del contenido musical, estos operadores de gramolas requieren haber firmado un contrato con AGEDI y el proveedor de contenidos cuya finalidad es doble. Por una parte, es requisito obligatorio para que AGEDI considere que es un operador de gramolas autorizado para la comunicación pública de videos musicales y, por otra parte, se regulan las relaciones comerciales entre los proveedores de contenidos y los titulares de las gramolas o jukebox.

27.4 Como se verá en el epígrafe siguiente relativo a los hechos acreditados, existen activos en el mercado de gramolas o jukebox muchos operadores de gramolas carentes del citado contrato y que, sin embargo, han venido operando con el conocimiento de AGEDI.

27.5 De acuerdo con los datos aportados por AGEDI, existen actualmente en el mercado español 748 máquinas con contenido autorizado por AGEDI y 56 operadores de gramolas que han firmado contrato con AGEDI y con el suministrador de contenidos en lo relativo a los derechos de comunicación pública de videos musicales (folios 511 y 582).

28. Usuarios finales

Son los locales en que se encuentran físicamente las gramolas. Estos locales reciben una parte de lo recaudado en la gramola del operador como contraprestación por dejarles situar la gramola en su local. Según manifestación de AGEDI todas las gramolas autorizadas están ubicadas en locales de alterne.

29. Desde una perspectiva geográfica, los mercados de producto caracterizados en los apartados precedentes tienen, a juicio de la DI, dimensión nacional.

En primer lugar, porque AGEDI es la única entidad de gestión autorizada en territorio español para hacer efectivos los derechos derivados de la reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales.

En segundo lugar, porque los contratos firmados entre AGEDI y las empresas suministradoras o proveedoras de contenidos, y que condicionan las actividades de explotación de gramolas o jukebox, se refieren al territorio español en su conjunto, sin que se realicen distinciones en función de los ámbitos geográficos regionales en que desarrollen su actividad los operadores de gramolas ni se impongan límites territoriales al desarrollo de dicha actividad.

IV. HECHOS ACREDITADOS

En el PCH notificado a las partes se considera como hechos probados relevantes para la resolución del expediente de referencia los siguientes:

“Las relaciones entre AGEDI y los suministradores de contenidos

- (74) *El suministro de contenidos para gramolas en España está condicionado por los contratos firmados entre AGEDI y los tres proveedores de contenidos autorizados:*
- *Contrato AGEDI/SOUNDNET, firmado el 1 de septiembre de 2009 (folios 226 a 244)¹ a partir de aquí tratar de poner nota 12.*
 - *Contrato AGEDI/IBERMUSIC, firmado el 24 de septiembre de 2009 (folios 314 a 336).*
 - *Contrato AGEDI/CASHMUSIC, firmado el 24 de junio de 2011 (folios 337 a 367).*
- (75) *Estos contratos tienen por objeto la concesión no exclusiva por parte de AGEDI a estas tres empresas de los derechos de reproducción de fonogramas y videos musicales de su repertorio² que se instalan en las gramolas y jukebox, siempre que los clientes de los proveedores de contenidos cuenten con el preceptivo contrato de comunicación pública para fonogramas firmado con AGEDI/AIE y se encuentren en territorio español, con la advertencia de que en caso de que el operador de gramolas no cumpla estos requisitos, el suministrador deberá suspender la incorporación de fonogramas y videos musicales a las gramolas³.*
- (76) *Las empresas suministradoras de contenidos se comprometen con AGEDI a diversas obligaciones, tales como obtener legalmente los fonogramas y videos musicales, a encriptarlos de cara a evitar la realización de copias ilegales, a facilitar información a AGEDI sobre los operadores de gramolas dados de alta, y a eliminar los archivos instalados en las gramolas cuando el contrato entre el suministrador y el cliente finalice.*

¹ Este contrato sucedió al contrato de 12 de noviembre de 2002 firmado entre AGEDI y DT PRODUCTIONS (folios 204 a 225) que hasta entonces había sido la principal empresa proveedora de contenidos.

² Cláusula segunda de los tres contratos firmados entre AGEDI y los proveedores de contenidos (folios 227 para SOUNDNET, 314 para IBERMUSIC y 337 para CASHMUSIC).

³ Cláusulas segunda y cuarta de los contratos firmados entre AGEDI y los proveedores de contenidos (folios 227 y 228 para SOUNDNET; 314 y 316 para IBERMUSIC; y 337 y 339 para CASHMUSIC).

- (77) *Ahora bien, los contratos firmados entre AGEDI y los tres proveedores de contenidos no se limitan a regular las relaciones entre las dos partes firmantes, sino que también regulan las obligaciones que deben cumplir los operadores de gramolas e incluso, los usuarios finales.*
- (78) *Las obligaciones, así como la definición misma de los conceptos de cada uno de los contratos difieren atendiendo a las características propias de cada suministrador de contenidos, por lo que estas relaciones se van a explicar contrato a contrato.*

6.1.1. Contrato AGEDI/SOUNDNET

- (79) *El contrato firmado entre AGEDI y SOUNDNET el 1 de septiembre de 2009 comienza definiendo el repertorio de AGEDI como aquel que “comprende los fonogramas y videos musicales cuya titularidad ostentan los productores fonográficos que han confiado o confíen en el futuro a AGEDI la gestión de sus derechos”, de los que se incorpora una relación actualizada a fecha de firma del contrato (folios 226 y 227).*
- (80) *La cláusula segunda del contrato (folio 227) establece que si bien por el hecho de firmar el contrato, AGEDI no concede a SOUNDNET derechos de comunicación pública, sí se van a regular a través del mismo cómo SOUNDNET autorizará los derechos de comunicación pública en nombre de AGEDI a sus clientes.*
- (81) *Para ello, dicha cláusula segunda se remite a la cláusula séptima del mismo contrato, la cual, a su vez, hace referencia a la firma por el operador de gramolas (es decir, del cliente final de SOUNDNET) de un Anexo V, que se incorporará al contrato principal suscrito por SOUNDNET con cada uno de sus clientes finales (folio 229)⁴.*
- (82) *Junto a los requisitos para que los operadores de gramolas puedan considerarse autorizados por AGEDI, la cláusula segunda del contrato de AGEDI/SOUNDNET establece también las potestades de AGEDI para prohibir con carácter excepcional la reproducción de videos musicales y fonogramas, así como el número máximo de títulos del repertorio de AGEDI que podrán instalarse por SOUNDNET en los equipos jukebox (puntos 4 y 5 de la cláusula segunda).*
- (83) *La cláusula sexta del contrato firmado entre AGEDI y SOUNDNET el 1 de septiembre de 2009, define al operador de gramolas como aquél que adquiere de SOUNDNET “el contenido de fonogramas y/o videos musicales para su incorporación en equipos jukebox digitales y en sistemas de ambientación musical de diferentes marcas, para su explotación en establecimientos públicos” (folio 228).*
- (84) *Según establece la misma cláusula, AGEDI debe aprobar a los operadores de gramolas con los que SOUNDNET establezca relaciones comerciales, para lo que*

⁴ La cláusula séptima del contrato firmado entre AGEDI y SOUNDNET el 1 de septiembre de 2009 se refiere a un Anexo VI inexistente en los documentos contractuales proporcionados por AGEDI a la Dirección de Investigación. Por ello, esta Dirección de Investigación considera que la referencia al Anexo VI constituye un error material en el contrato y que, en realidad, hace referencia al Anexo V del mismo, documento que han de firmar AGEDI, SOUNDNET y el operador de gramolas.

es indispensable la firma previa del Anexo V, añadiéndose posteriormente que en caso contrario “EMPRESA (en este caso, SOUNDNET) no podrá comercializar ningún equipo al operador” (folio 229), si bien el propio contrato estipula que la función de SOUNDNET sea la de mero suministrador de contenidos para gramolas.

- (85) A partir de ahí, el contrato de 1 de septiembre de 2009 desarrolla los contratos que SOUNDNET deberá firmar con los operadores de gramolas (cláusula séptima), las obligaciones relativas a la comunicación pública de videos musicales (cláusula octava) y las contraprestación que SOUNDNET deberá abonar a AGEDI y la forma en la que se realizará el pago (cláusulas novena y décima).*
- (86) Puesto que estas cuestiones contractuales se desarrollarán más pormenorizadamente en apartados posteriores de este Pliego, no se va a proceder a analizarlas en este punto.*
- (87) El contrato firmado entre AGEDI y SOUNDNET el 1 de septiembre de 2009 establece su vigencia hasta el 31 de agosto de 2012, aunque esta vigencia inicial se prorrogará por periodos anuales, salvo denuncia en contrato (cláusula undécima).*
- (88) Tal y como se ha dicho anteriormente, SOUNDNET viene obligada a firmar con cada uno de sus operadores de gramolas un modelo de contrato establecido como Anexo V del contrato principal en el que se determinan las condiciones y limitaciones en las que SOUNDNET le suministrará los fonogramas y videos musicales.*
- (89) No obstante, el único operador de gramolas que tiene firmado el citado Anexo con SOUNDNET y AGEDI para la incorporación de los contenidos a gramolas es GRUPO EOD, entidad que ha actuado de intermediaria entre D. [CONFIDENCIAL] (denunciante en este expediente sancionador) y AGEDI⁵.*
- (90) En este contrato (folios 241 a 243) entre GRUPO EOD, SOUNDNET y AGEDI se establecen las condiciones y limitaciones en las que SOUNDNET suministrará a GRUPO EOD los fonogramas y videos musicales⁶.*
- (91) Las obligaciones asumidas por GRUPO EOD frente a SOUNDNET y AGEDI se desarrollan en la estipulación segunda del contrato firmado entre las tres entidades el 1 de septiembre de 2009 (folio 242).*
- (92) GRUPO EOD se obliga frente a SOUNDNET a facilitarle con carácter mensual una relación de los locales en los que se explotan los equipos en los que se haya instalado el contenido suministrado por SOUNDNET; a explotar las gramolas en los locales que cuenten con autorización previa de AGEDI y proveerse de contenidos únicamente a través de SOUNDNET, quedando prohibido el aprovisionamiento a través de otros proveedores.*

⁵ Ver en este sentido el Anexo IV del contrato AGEDI/SOUNDNET de 1 de septiembre de 2009 en el que se delimitan quiénes son los operadores de gramolas de SOUNDNET (FOLIO 240).

⁶ Estipulación primera del contrato firmado entre AGEDI, SOUNDNET y GRUPO EOD el 1 de septiembre de 2009 y que se incorporó como Anexo V al contrato firmado entre AGEDI y SOUNDNET en la misma fecha (folio 241).

- (93) Frente a AGEDI, GRUPO EOD se compromete a poner a su disposición cuanta información le sea solicitada, a exhibir en lugar visible de los equipos jukebox el certificado expedido por AGEDI y a respetar las medidas de seguridad establecidas en el contrato suscrito entre AGEDI y SOUNDNET.
- (94) La duración del contrato firmado entre AGEDI, SOUNDNET y GRUPO EOD se extiende mientras siga vigente el contrato entre AGEDI y SOUNDNET (folio 243).

6.1.2. Contrato AGEDI/IBERMUSIC

- (95) El contrato (folios 314 a 336) firmado entre AGEDI e IBERMUSIC el 24 de septiembre de 2009 sigue en esencia la misma redacción que la que ha sido expuesta en el contrato desarrollado en el punto anterior, por lo que no se van a reiterar en este punto cláusulas idénticas a las descritas para el anterior contrato.
- (96) La principal diferencia entre los dos contratos radica en la definición del concepto de operador de gramolas a efectos de aplicar el contrato AGEDI/IBERMUSIC, que difiere de la utilizada en el contrato AGEDI/SOUNDNET, ya que IBERMUSIC sí posee gramolas propias que después son explotadas en locales comerciales.
- (97) Por ello, la cláusula sexta del contrato firmado entre AGEDI e IBERMUSIC define a los operadores de gramolas como las empresas que adquieren de IBERMUSIC los equipos jukebox digitales para su posterior explotación en establecimientos públicos (folio 316).
- (98) Una vez definida la figura del operador de gramolas, AGEDI e IBERMUSIC determinan que la segunda deberá firmar con cada uno de sus operadores de gramolas y con AGEDI un contrato por el que el operador de gramolas se compromete a diversas obligaciones, de manera similar a las que se han analizado en el punto anterior.
- (99) Un ejemplo de este tipo de contratos con operadores de gramolas que obra en el expediente es el firmado por AGEDI, IBERMUSIC y Gadevisión, S.L. el 24 de septiembre de 2009 (folios 333 a 336), incorporado como Anexo V del contrato firmado entre AGEDI y IBERMUSIC en la misma fecha⁷.
- (100) Las obligaciones asumidas por este operador de gramolas frente a AGEDI e IBERMUSIC se recogen en la cláusula segunda del mismo (folio 334) y son similares a las que se han reproducido anteriormente para GRUPO EOD.
- (101) Así, el operador de gramolas se obliga a facilitar mensualmente a IBERMUSIC la relación de establecimiento en los que Gadevisión explota los equipos jukebox modelo "NIZA" y los equipos jukebox que incorporen el denominado "KIT DE CONVERSIÓN ARION" con los contenidos enviados por IBERMUSIC; a explotar tanto los equipos como los kits en establecimientos públicos autorizados por AGEDI/AIE; y a obtener las actualizaciones mensuales del repertorio únicamente a través de IBERMUSIC.

⁷ Existen otros ejemplos de Anexo V firmados entre IBERMUSIC y diversos operadores de gramolas en los folios 635 a 734 del expediente.

- (102) *Es decir, a la luz de las obligaciones establecidas en la cláusula segunda del Anexo V del contrato AGEDI / IBERMUSIC, el operador de gramolas ya no sería aquel que adquiere los equipos jukebox distribuidos por IBERMUSIC, sino que también se incluyen dentro de este concepto a todos aquellos titulares de gramolas que tengan instalado el denominado “KIT DE CONVERSIÓN ARION”.*
- (103) *Al igual que se ha visto para el caso del contrato firmado entre AGEDI, SOUNDNET y GRUPO EOD, la duración de la vinculación de los operadores de gramolas que firmen el Anexo V del contrato de 24 de septiembre de 2011 se mantiene mientras siga vigente el contrato firmado entre AGEDI e IBERMUSIC.*
- (104) *En este caso, la vigencia inicial del contrato firmado entre IBERMUSIC y AGEDI se había establecido hasta el 23 de septiembre de 2010 si bien, al igual que en el anterior contrato, la vigencia se mantiene actualmente debido a las prórrogas automáticas que operan si no existe previa denuncia por alguna de las partes firmantes (cláusula decimotercera).*

6.1.3. Contrato AGEDI/CASHMUSIC

- (105) *Cronológicamente, el contrato firmado entre AGEDI y CASHMUSIC el 24 de junio de 2011 es el último de los contratos en vigor entre la entidad de gestión y las empresas suministradoras de contenidos para gramolas⁸.*
- (106) *De nuevo las principales diferencias con respecto al primer contrato analizado, se encuentran en el concepto de operador de gramolas y en la regulación que se deriva de esa específica definición.*
- (107) *AGEDI y CASHMUSIC definen el operador de gramolas de manera análoga a como se hacía en el contrato que AGEDI había firmado con IBERMUSIC.*
- (108) *Así, la cláusula séptima del contrato de 24 de junio de 2011 determina que operador de gramolas es aquél que adquiere de CASHMUSIC “los equipos jukebox digitales para su posterior explotación en establecimientos públicos” (folio 340).*
- (109) *Sin embargo, el propio contrato reconoce que en el momento de firma el único operador de gramolas que existe amparado por el contrato AGEDI/CASHMUSIC es la propia empresa proveedora de contenidos (folio 317), y sólo en caso de que la empresa decidiera contratar con otros operadores de gramolas se aplicaría la definición de operador transcrita en el párrafo anterior.*
- (110) *Debido a esta peculiaridad, AGEDI desarrolla una cláusula específica (cláusula sexta) para los clientes con los que CASHMUSIC pudiera contratar la explotación de las gramolas de su propiedad.*
- (111) *Por lo tanto, en el contrato firmado entre AGEDI y CASHMUSIC no sólo existe el Anexo V del que ya se ha hablado en contratos anteriores, sino que se incorpora un nuevo Anexo (Anexo VI) en el que se desarrolla la relación de CASHMUSIC*

⁸ Según la información facilitada por AGEDI en el expediente.

con los operadores de gramolas a los que ésta entidad vende sus gramolas o contenidos.

- (112) El Anexo V del contrato principal de 24 de junio de 2011 (folios 357 a 360) establece las obligaciones de CASHMUSIC como operador de gramolas en términos análogos a los que se establecían en el Anexo V del contrato AGEDI / IBERMUSIC, con una particularidad, que es la identificación del modelo de gramola operado por CASHMUSIC (“equipo jukebox denominado CASHCLIP”).
- (113) Esta Dirección de Investigación dispone del modelo de Anexo VI que AGEDI y CASHMUSIC acordaron bajo la denominación “Contrato de compraventa con prestación de servicio entre CASHMUSIC S.C y (NOMBRE DE CLIENTE)” (folios 361 a 367).
- (114) El objeto del mismo es triple ya que comprende “la transferencia de las CASHCLIP a favor del cliente”, la incorporación de fonogramas y videos musicales por parte de CASHMUSIC a la gramola adquirida y la gestión en nombre de AGEDI de los derechos de comunicación pública de videos musicales del local del cliente en el que se instala la CASHCLIP (folio 363)⁹.
- (115) Junto a todo ello, el Anexo VI que en su caso firmen CASHMUSIC y el cliente establece que con la firma del mismo, el cliente “ya queda autorizado en nombre de AGEDI para la comunicación pública de videos musicales”, aunque para el caso de los derechos de comunicación pública de fonogramas sigue siendo obligación del cliente haber suscrito un contrato previo con AGEDI/AIE (folio 364).
- (116) La duración del contrato entre CASHMUSIC y los operadores de gramolas se establecerá por las partes, sin que necesariamente tenga que estar vinculada a la duración de los otros dos contratos firmados por AGEDI y CASHMUSIC (folio 366 y folios 343 y 358¹⁰).

6.2. La relación entre AGEDI, GRUPO EOD y los operadores de gramolas

- (117) Una de las cuestiones que la Dirección de Investigación ha observado a lo largo de la instrucción del expediente es el hecho de que el funcionamiento del sector en la práctica no ha respetado las cláusulas contractuales que lo regulan, y las empresas que tenían la autorización de AGEDI para suministrar contenidos a terceros han podido realizar esta actividad sin necesidad de suscribir instrumento contractual alguno con los operadores de gramolas¹¹.

⁹ Conviene tener presente que la gramola únicamente puede estar instalada en el local que el cliente determine contractualmente y no en otros.

¹⁰ La duración de los contratos de AGEDI y CASHMUSIC es idéntica a la vista en contratos anteriores, de tal manera que el contrato de CASHMUSIC como operador de gramolas (Anexo V) se hace descansar sobre la existencia de vigencia del contrato principal firmado entre AGEDI y CASHMUSIC como entidad suministradora de equipos jukebox y sus contenidos. Este contrato establece su vigencia hasta el 23 de junio de 2012 y, al igual que los anteriores es prorrogable anualmente (cláusula decimotercera).

¹¹ Durante la tramitación del expediente se ha tenido acceso a información que confirma la inexistencia de contratos previos entre los suministradores/distribuidor de contenidos y el operador de gramolas, tal y como puede observarse en los folios 381, 443, 447, 460, 467, 472 y 491.

- (118) Uno de los ejemplos de esta informalidad en cuanto al cumplimiento de las cláusulas contractuales son las relaciones que AGEDI y GRUPO EOD mantienen al margen del contrato firmado entre la entidad de gestión y SOUNDNET.
- (119) El desarrollo de esta relación entre AGEDI y GRUPO EOD es relevante a efectos del presente expediente, puesto que GRUPO EOD ha actuado de intermediario entre AGEDI y el denunciante, y GRUPO EOD es uno de los principales intermediarios entre AGEDI y los operadores de gramolas.
- (120) Tal y como se ha visto en el apartado dedicado al contrato entre AGEDI y SOUNDNET, GRUPO EOD es el único operador de gramolas que tiene firmado contrato con las dos entidades para la incorporación de contenidos a las gramolas que comercializa.
- (121) Las obligaciones asumidas por GRUPO EOD respecto a AGEDI y SOUNDNET ya han sido relatadas con anterioridad, por lo que aquí únicamente se va a destacar dos de las obligaciones asumidas por GRUPO EOD y que afectan a las conductas analizadas en el presente expediente.
- (122) En primer lugar, GRUPO EOD asume contractualmente el compromiso de abastecerse de las actualizaciones de fonogramas y videos musicales únicamente a través de SOUNDNET (cláusula segunda del Anexo V en su punto 3), por lo tanto, no puede aprovisionarse de ninguna otra fuente.
- (123) En segundo lugar, GRUPO EOD debe suministrar a SOUNDNET la relación de establecimientos en los que se explotan las gramolas de su propiedad (cláusula segunda, punto 1) para que esta última pueda cumplir con las obligaciones derivadas de su contrato con AGEDI, entre las que se encuentran las "Obligaciones relativas a la Comunicación Pública de Videos Musicales" (cláusula octava del contrato AGEDI/SOUNDNET de fecha 1 de septiembre de 2009).
- (124) Entre estas obligaciones, se establece que AGEDI autoriza a SOUNDNET para que sea ésta quien autorice en su nombre y gestione el cobro únicamente del derecho de comunicación pública de videos musicales para lo que se incorpora como Anexo III del contrato principal una lista de tarifas.
- (125) Si bien el sistema establecido contractualmente no ofrece dudas, lo cierto es que en la práctica GRUPO EOD no sólo opera gramolas, sino que también vende y distribuye equipos jukebox a terceros que los explotarán en los establecimientos que consideren oportunos.
- (126) Esta circunstancia no aparece regulada en los contratos que AGEDI y GRUPO EOD tienen vigentes (folio 197) y, por ello, sin base contractual alguna, AGEDI y GRUPO EOD mantienen relaciones directas (al margen de SOUNDNET) que habilitan a GRUPO EOD a actuar en nombre de AGEDI frente a terceros.
- (127) Concretamente, cuando GRUPO EOD actúa como operador de gramolas en el mercado de explotación de gramolas o equipos jukebox, se aplica el Anexo V del contrato AGEDI / SOUNDNET, pero cuando GRUPO EOD vende directamente a terceros los equipos jukebox actúa para AGEDI y frente a terceros como si fuera

un suministrador de contenidos y, en particular, como distribuidor de los contenidos de SOUNDNET en España¹².

- (128) *Además de suministrar sus propias gramolas, GRUPO EOD ha sido la entidad que ha permitido a AGEDI regularizar la situación de aquellos operadores de gramolas que trabajaban con suministradores de contenidos que ya no están presentes en el mercado.*
- (129) *Es bajo este rol de distribuidor de contenidos de SOUNDNET bajo el que GRUPO EOD ha actuado con los equipos jukebox del denunciante.*
- (130) *Al igual que los suministradores de contenidos con los que AGEDI ha firmado contratos de derechos de reproducción de los videos musicales de su repertorio, GRUPO EOD también transfiere a la entidad de gestión la información sobre los operadores de gramolas con los que mantiene relaciones comerciales, número de gramolas que gestiona cada uno, localización de las mismas, etc.¹³*
- (131) *Es más, sin tener un contrato que le conceda derechos de reproducción o que le permita autorizar en nombre de AGEDI derechos de comunicación pública de los videos musicales, tal y como se recoge en la cláusula segunda de todos los contratos firmados entre AGEDI y los suministradores de contenidos, GRUPO EOD ha firmado modelos del Anexo V que acompañaba al contrato SOUNDNET/AGEDI con operadores de gramolas en calidad de “distribuidor autorizado de contenidos” (folios 735 a 820).*
- (132) *Esta calificación de GRUPO EOD como distribuidor autorizado viene determinada en el expositivo II de los propios contratos que AGEDI y GRUPO EOD firman con los operadores:*
- “II Que EOD en virtud de su contrato con SOUNDNET -empresa debidamente autorizada por AGEDI para la reproducción de fonogramas y de videos musicales para su posterior comunicación pública a través de los equipos de jukebox digitales- es un distribuidor autorizado de contenido digital para equipos jukebox digitales explotados en establecimientos públicos. EOD cuenta también con el preceptivo contrato con AGEDI que le faculta para ello, suscrito el 1 de septiembre de 2009 por un periodo de tres años y que se prorrogará tácitamente por periodos anuales, salvo denuncia en contrario”¹⁴.*
- (133) *A partir de esta calificación, GRUPO EOD asume los derechos y obligaciones que corresponden al proveedor de contenidos, tal y como se establecieron en el Anexo V del contrato firmador entre AGEDI y SOUNDNET, mientras que la parte que contrata con GRUPO EOD asume las obligaciones propias de un operador de gramolas, en virtud de la cláusula segunda del Anexo V (ver, por ejemplo, folio 736).*

¹² Así se deriva de la información aportada por AGEDI en la que califica a GRUPO EOD como “distribuidor de SOUNDNET” (folios 824 a 827)

¹³ Ver, por ejemplo el contrato firmado entre AGEDI, GRUPO EOD y la empresa Alvarado Hervant, S.L. de fecha 1 de septiembre de 2009 (folios 735 a 738).

¹⁴ Ver, por ejemplo, el expositivo II del contrato firmado entre AGEDI, GRUPO EOD y la empresa Alvarado Hervant, S.L. de fecha 1 de septiembre de 2009 (folio 735)

- (134) *Sorprende que, sin haber firmado el contrato principal que AGEDI firma con los suministradores de contenidos (SOUNDNET, IBERMUSIC y CASHMUSIC), GRUPO EOD no sólo asuma las obligaciones derivadas del Anexo V del contrato AGEDI/SOUNDNET, sino que también asuma frente a AGEDI ciertas obligaciones establecidas para los suministradores de contenidos, como es el caso de la obligación de facturación mensual por los derechos de comunicación pública de videos musicales.*
- (135) *Junto a ello, el contrato firmado entre AGEDI, SOUNDNET y GRUPO EOD condiciona la autorización concedida por AGEDI al suministrador de contenidos a “la recepción de dicho documento firmado porque en caso contrario EMPRESA no podrá comercializar ningún equipo al OPERADOR”¹⁵.*
- (136) *Es decir, según esta cláusula, GRUPO EOD no puede vender gramolas con los contenidos de SOUNDNET¹⁶ a ningún operador de gramolas si previamente no se ha firmado el modelo de contrato incluido como Anexo V del contrato principal firmado entre AGEDI y SOUNDNET el 1 de septiembre de 2009.*
- (137) *La realidad, a la luz de los datos obrantes en el expediente, es que no todos los operadores de gramolas a los que GRUPO EOD suministraba actualizaciones habían firmado contrato alguno y, sin embargo, seguían recibiendo actualizaciones para sus gramolas provenientes de GRUPO EOD, pagando por las mismas y por los derechos de comunicación pública de videos musicales. Ese fue, precisamente, el caso del denunciante en este expediente.*
- (138) *En definitiva, el rol especial asumido por GRUPO EOD frente a AGEDI al margen de los contratos que determinan cómo debe llevarse a cabo la explotación de los contenidos en los equipos de jukebox, ha tenido incidencia en determinadas actuaciones de AGEDI que se analizarán posteriormente.*

6.3. Autorización del Derecho de Comunicación Pública de Videos Musicales

- (139) *Como ya se ha dicho anteriormente, AGEDI concede a SOUNDNET, IBERMUSIC y CASHMUSIC, de forma no exclusiva, los derechos de reproducción de fonogramas y videos musicales de su repertorio, que permiten incorporar los citados fonogramas y videos musicales en los discos duros de los jukebox siempre que los clientes cuenten con “la correspondiente autorización para la comunicación pública de fonogramas y de videos musicales”¹⁷.*
- (140) *La obtención de la autorización para la comunicación pública de fonogramas únicamente puede realizarse a través de la firma del correspondiente contrato con AGEDI/AIE.*

¹⁵ Cláusula sexta de los contratos firmados entre AGEDI y SOUNDNET e IBERMUSIC (folios 229 y 316) y cláusula séptima del contrato firmado entre AGEDI y CASHMUSIC (folio 340).

¹⁶ Previamente ya se ha dicho que GRUPO EOD se compromete a aprovisionarse de contenidos únicamente a través de SOUNDNET (estipulación segunda, punto 3 del contrato firmado entre AGEDI, SOUNDNET y GRUPO EOD el 1 de septiembre de 2009).

¹⁷ Cláusula segunda de los contratos firmados por AGEDI y los tres proveedores de contenidos mencionados (folios 227, 338 y 315).

- (141) Sin embargo, la autorización para la comunicación pública de videos musicales no requiere la firma previa de contrato alguno con las entidades de gestión citadas, sino que los propios suministradores de contenidos pueden autorizar “en nombre de AGEDI la comunicación de videos musicales en los locales a los que les preste el servicio aquí regulado”.
- (142) Ya se ha explicado anteriormente, que los servicios que prestan cada uno de los proveedores de contenidos varían. Por ello, también nos encontramos con ciertas variaciones en los contratos en lo relativo a la concesión de la autorización para comunicación pública en nombre de AGEDI.
- (143) En el contrato firmado entre AGEDI y SOUNDNET, AGEDI se remite para la obtención de la autorización a la firma del contrato entre SOUNDNET y los operadores de gramolas para que estos últimos adquieran el contenido y actualizaciones para equipos jukebox de SOUNDNET (cláusulas segunda y séptima del contrato de fecha 1 de septiembre de 2009) que se incorporará como Anexo V al contrato principal (folio 229).
- (144) Sin embargo, como ya se ha visto en puntos anteriores de este Pliego, el Anexo V del citado contrato únicamente fue firmado por un operador de gramolas, GRUPO EOD, quien no sólo tiene equipos jukebox propios, sino que también vende gramolas a terceros.
- (145) Al firmar la cláusula relativa a la obligación de aprovisionamiento en exclusiva de las actualizaciones de SOUNDNET¹⁸, GRUPO EOD no sólo actúa en el mercado como operador de gramolas, sino que asume que todas las actualizaciones de las gramolas que vende provendrán de SOUNDNET.
- (146) Por lo tanto, puede decirse que GRUPO EOD actúa como distribuidor de los contenidos de SOUNDNET y así lo considera AGEDI.
- (147) Esta categorización de GRUPO EOD como distribuidor de los productos de SOUNDNET por parte de AGEDI tiene como efecto inmediato que GRUPO EOD será quien firme en su propio nombre el modelo de contrato incluido en el Anexo V del contrato AGEDI / SOUNDNET de aquellos operadores de gramolas a los que ha vendido las mismas.
- (148) Así, los problemas suscitados con los operadores de gramolas a los que GRUPO EOD vendía y suministraba actualizaciones de gramolas condujeron al intercambio de numerosos correos electrónicos en verano de 2010 entre AGEDI y GRUPO EOD, en los que la entidad de gestión hace referencia a la necesidad de que los operadores de gramolas firmen el modelo de contrato incluido como Anexo V al contrato de AGEDI y SOUNDNET (por ejemplo, véase el folio 472 o el folio 381) o a que GRUPO EOD aporte a AGEDI listados de operadores de gramolas que sí han firmado contrato (folios 472 y 491) o que se solucionen ciertos problemas surgidos con los contratos firmados entre GRUPO EOD y los operadores de gramolas (por ejemplo, folios 443, 447, 460 y 467).

¹⁸ Cláusula segunda del contrato AGEDI/SOUNDNET/GRUPO EOD (folio 242).

- (149) *En definitiva, la autorización de AGEDI para la comunicación pública de videos musicales, en el caso de que el contenido proceda de SOUNDNET, se entiende concedida en el momento en que AGEDI, bien a través de SOUNDNET o bien a través de GRUPO EOD, firmen con un tercero el Anexo V del contrato principal firmado entre las dos primeras el 1 de septiembre de 2009.*
- (150) *En el caso del contrato firmado entre AGEDI e IBERMUSIC el 24 de septiembre de 2009 la autorización para los derechos de comunicación pública se concederá, de acuerdo con lo dispuesto en las cláusulas segunda, séptima y el modelo de contrato incluido como Anexo V, a todos los adquirentes de los equipos jukebox digitales denominados “NIZA” o del “KIT DE CONVERSIÓN ARION” que hayan firmado el citado Anexo.*
- (151) *Finalmente, la autorización para la comunicación pública de videos musicales en los locales en los que el contenido musical de la gramola sea proporcionado por CASHMUSIC, se hace depender (cláusulas segunda, en su punto 2 y novena, punto 1) del contrato firmado entre AGEDI y CASHMUSIC el 24 de junio de 2011¹⁹) de que CASHMUSIC firme con sus clientes el contrato al que hace referencia el Anexo VI del contrato principal²⁰.*
- (152) *Como ya se ha dicho anteriormente, CASHMUSIC es el único suministrador de contenidos para gramolas que simultáneamente actúa como operador de gramolas (surtidas a través de sus propios contenidos en base al Anexo V de su contrato), por lo que se añade el Anexo VI para su firma entre CASHMUSIC y los operadores de gramolas con los que CASHMUSIC contrate en su calidad de suministrador de contenidos.*
- (153) *Sin embargo, en la práctica no se ha respetado el contenido contractual firmado entre AGEDI y CASHMUSIC, porque la Dirección de Investigación ha tenido acceso al menos a un contrato firmado entre CASHMUSIC y un operador de gramolas (folios 631 a 634) que no sigue el Anexo VI citado anteriormente, sino que sigue el modelo de contrato que utilizan los otros suministradores de contenidos.*
- (154) *En resumen, AGEDI cede a favor de los distribuidores de contenidos la concesión de los derechos de comunicación pública de videos musicales bajo determinadas premisas, entre las que se encuentra la firma de los modelos de contrato que acompañan a los contratos principales que la entidad de gestión ha firmado con SOUNDNET, IBERMUSIC y CASHMUSIC.*
- (155) *Al atribuir esta potestad a los proveedores de contenidos, la entidad de gestión ha incorporado a los contratos firmados con éstos ciertas prevenciones en relación con los operadores de gramolas que pudieran firmar un contrato con SOUNDNET (o con GRUPO EOD), IBERMUSIC y CASHMUSIC, que se desarrollan en el*

¹⁹ Folios 338 y 342.

²⁰ Conviene tener en cuenta que los clientes de CASHMUSIC sí pueden tener reconocidos con carácter previo el derecho de comunicación pública de videos musicales, por lo que CASHMUSIC sólo concederá la autorización en nombre de AGEDI cuando el local no tuviera reconocido el derecho con carácter previo a la adquisición de las gramolas de CASHMUSIC.

apartado 6.6. de este Pliego denominado “Potestades de AGEDI frente a los operadores de gramolas”.

6.4. Gestión del pago del Derecho de Comunicación Pública de Videos Musicales

(156) AGEDI no sólo ha delegado la autorización del derecho de comunicación pública de videos musicales a las diversas entidades que proveen de contenidos a los operadores de gramolas, sino que también ha cedido a SOUNDNET, IBERMUSIC y CASHMUSIC la gestión del pago de derecho de comunicación pública de videos musicales.

(157) Los contratos que AGEDI ha firmado con SOUNDNET, IBERMUSIC y CASHMUSIC contienen una cláusula dedicada a las “Obligaciones relativas a la Comunicación Pública de Videos Musicales”²¹, en la que se establece que “Aunque la obligación de pago del derecho de comunicación pública, tanto de fonogramas como de videos musicales corresponde al local donde se presta el servicio, con el fin de facilitar la gestión de este derecho, AGEDI autoriza a EMPRESA para que sea ésta la que autorice en su nombre y gestione el cobro únicamente del derecho de comunicación pública de videos musicales” (folios 230, 317 y 341).

(158) Es decir, que desde el momento en que cualquiera de los tres proveedores de contenidos firme un contrato con un operador de gramolas, serán SOUNDNET, IBERMUSIC y CASHMUSIC las que gestionen el pago del derecho de comunicación pública de videos musicales.

(159) Para la gestión de este derecho de comunicación pública de videos musicales los contratos firmados con las tres entidades establecen que: “EMPRESA se constituye deudora de AGEDI por las cantidades que, conforme a las tarifas que en el apartado 2 del ANEXO III se determinan, los clientes presentes y futuros de la primera hayan de satisfacer a la segunda por la concesión del mencionado derecho de comunicación pública de videos musicales. AGEDI consiente expresamente la subrogación de EMPRESA en el cumplimiento de las obligaciones de sus aludidos clientes, quienes, no obstante, deberán pagar los correspondientes derechos, que hará suyos EMPRESA en aplicación de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.158 del Código Civil”²².

(160) En definitiva, los proveedores de contenidos serán los encargados de abonar a AGEDI la tarifa establecida por ésta en concepto de remuneración por los derechos de comunicación pública de los videos musicales de sus clientes, incluso en aquellos casos en los que se produzca un incumplimiento del obligado legalmente al pago de esos derechos.

(161) Para articular el sistema de pago de los derechos de comunicación pública, AGEDI incluye en los contratos con SOUNDNET, IBERMUSIC y CASHMUSIC

²¹ Cláusula octava de los contratos de AGEDI con SOUNDNET e IBERMUSIC y cláusula novena del contrato firmado entre AGEDI y SOUNDNET

²² Folios 231, 317 y 318 para los contratos con SOUNDNET e IBERMUSIC y folios 341 y 342 para el contrato con CASHMUSIC.

una cláusula específica en la que se determina la forma de pago que, en la práctica y a modo de resumen, se puede resumir del modo siguiente²³:

- *Los proveedores de contenidos cobran mensualmente a los operadores de gramolas por el servicio de actualización de contenidos para las gramolas prestado a los operadores de gramolas.*

Junto con el abono de las actualizaciones, se incluye en la factura emitida el abono en concepto de pago por derecho de comunicación pública de videos musicales, según las tarifas fijadas por AGEDI en el Anexo II de todos los contratos²⁴.

Conviene tener presente que GRUPO EOD, al suministrar las actualizaciones de SOUNDNET a terceros, es quien factura a los operadores de gramolas las actualizaciones de contenidos provenientes de SOUNDNET de manera análoga a la descrita en el párrafo anterior.

- *Posteriormente, los proveedores de contenidos liquidan trimestralmente a AGEDI el monto resultante de la recaudación de la remuneración de los derechos de comunicación pública de videos musicales, así como la parte correspondiente a los derechos de reproducción de fonogramas y videos musicales (folios 231, 319 y 342)²⁵.*

En el caso de GRUPO EOD, es SOUNDNET la que tiene la obligación de liquidar a AGEDI los derechos por comunicación pública de videos musicales, por lo que en este caso, GRUPO EOD no se relaciona directamente con AGEDI.

(162) En caso de que los derechos por comunicación pública no sean satisfechos en el momento del vencimiento, AGEDI establece en los contratos firmados con los tres proveedores de contenidos que se devengará automáticamente el interés legal del dinero incrementado en dos puntos porcentuales (folios 231, 319 y 342).

(163) Ello es relevante a efectos de determinar quién es responsable del derecho de comunicación pública de videos musicales frente a AGEDI, porque la subrogación a la que se hace referencia en la cláusula transcrita anteriormente, hace recaer en el proveedor de contenidos cualquier incumplimiento por parte de los usuarios, entre los que está el no pagar por la comunicación pública del repertorio de AGEDI.

²³ Cláusula décima de los contratos firmados por AGEDI con SOUNDNET e IBERMUSIC y cláusulas décima y undécima del contrato firmado entre AGEDI y CASHMUSIC.

²⁴ La incorporación del pago por derecho de comunicación pública conjuntamente con el pago de las actualizaciones aparece en la descripción del servicio en el contrato entre AGEDI e IBERMUSIC (folio 328) así como en el Anexo V del contrato AGEDI/SOUNDNET (folio 242); cláusula 2. Apartado 3 del contrato AGEDI/ IBERMUSIC (folio 334); y en el contrato con CASHMUSIC (folios 339, 340 y 358).

A la periodicidad mensual de estos cobros también ha hecho referencia AGEDI en diversos momentos a lo largo del expediente. Véase, por ejemplo, los folios 196, 508, 509 y 570.

²⁵ Un ejemplo de este tipo de facturas emitidas por el proveedor de contenidos a AGEDI puede observarse en el folio 832 del expediente.

Contractualmente también se fijan diferenciadamente las tarifas correspondientes al derecho de reproducción de aquellas correspondientes al derecho de comunicación pública de videos musicales en el Anexo III (folios 239, 330, 331, 354 y 355).

- (164) Finalmente, el control que AGEDI realiza del pago de los derechos de comunicación pública de videos musicales parece muy residual a la luz de los datos obrantes en el expediente.
- (165) En particular, en las liquidaciones que SOUNDNET acredita frente a AGEDI la entidad de gestión manifiesta que “no se especifica ni el nombre ni el número de máquinas que explota cada uno de los operadores que suministra sus contenidos, sino que efectúa una liquidación global que incluye el número de todas las máquinas declaradas por la totalidad de los operadores a los que suministra el contenido, así como el dato de los ingresos asociados a este número global de máquinas declaradas. Estas declaraciones de ingresos para la facturación de los correspondientes derechos se remiten directamente desde SOUNDNET a AGEDI con periodicidad trimestral, mientras que la información sobre la identidad de los operadores, las máquinas que explotan y los establecimientos en los que dichas máquinas están instaladas, la proporciona Grupo EOD a AGEDI a medida que las altas, bajas o modificaciones en el número de operadores y de máquinas declaradas por cada uno se va produciendo” (folio 826).

6.5. Fijación de la tarifa por Comunicación Pública de Videos Musicales

- (166) El pago por el derecho de comunicación pública de videos musicales no se hace en función de las necesidades o uso del repertorio por parte de los operadores de gramolas, sino que se realiza a través del establecimiento de una cantidad fija y, por tanto, sin tener en cuenta el número de videos musicales adquiridos por cada operador de gramolas ni el contenido de cada terminal en función de diversas actualizaciones.
- (167) Además, AGEDI establece un límite a los videos musicales y fonogramas que pueden instalarse en las gramolas por parte de los suministradores de contenidos, a través de lo estipulado en la cláusula segunda de los contratos firmados por AGEDI con SOUNDNET (bien directamente o a través de GRUPO EOD), IBERMUSIC y CASHMUSIC, en la que se establece que las gramolas a las que estas entidades suministran contenidos no pueden tener más de 20.000 fonogramas y 5.000 videos musicales por máquina, estableciendo los suministradores de contenidos la forma en la que se eliminarán todos los archivos que excedan de esas cantidades (folios 227, 315 y 338).
- (168) En los contratos que SOUNDNET (bien directamente, o a través de GRUPO EOD) y de IBERMUSIC firman con los operadores de gramolas, no se recoge ninguna especificación de cuál es el contenido exacto del que se componen las actualizaciones (folios 241 a 243 y folios 333 a 335, respectivamente).
- (169) Sin embargo, en los contratos que CASHMUSIC pudiera firmar con operadores de gramolas, sí que se establecen diversas posibilidades para los clientes. Desde aceptar un CD/DVD creado por la empresa, hasta elegir los contenidos de las actualizaciones de las que dispone CASHMUSIC (folios 351 y 364).

- (170) *Ahora bien, las tarifas fijadas por AGEDI en concepto de comunicación pública de videos musicales con carácter mensual son obligatorias, únicas y fijadas a tanto alzado, es decir, independientemente del contenido.*
- (171) *En los contratos firmados por AGEDI con SOUNDNET e IBERMUSIC se establece una tarifa por derechos de comunicación pública de videos musicales de 15,97 euros por cada equipo y mes en servicio (folios 239 y 331), mientras que en el contrato con CASHMUSIC, los mismos derechos se fijan en 16,10 euros al mes y por equipo (folio 355)²⁶.*
- (172) *Esta fijación de tarifas se diferencia de los criterios generales utilizados por AGEDI en sus tarifas generales por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque es claramente diferente en su cuantificación a la utilizada en las tarifas publicadas por AGEDI para establecimientos públicos con el mismo concepto y, en segundo lugar, porque de acuerdo con los datos obrantes en el expediente, al operador de gramolas le resulta imposible desagregar los derechos de comunicación pública de videos musicales del suministro de contenidos y la adquisición de actualizaciones.*
- (173) *La tarifa comunicada por AGEDI al Ministerio de Cultura en concepto de derecho de comunicación pública de videos musicales²⁷ difiere según el tipo de establecimiento y el uso principal o secundario que de esos videos musicales se haga por parte del establecimiento.*
- (174) *Sin embargo, en los contratos firmados con los proveedores de contenidos la tarifa se establece independientemente del tipo de gramola de que se trate y no se realizan distinciones en cuanto al tipo de establecimiento en el que se instala la gramola o si la utilización de videos musicales es un elemento esencial o no para el local, sino que se determina una tarifa única por equipo y mes.*
- (175) *Por el contrario, en las tarifas generales la fórmula utilizada por AGEDI es totalmente diferente, ya que se cuantifican en función del número de videos musicales que contenga el terminal.*
- (176) *Esta discrepancia entre las tarifas generales y las tarifas acordadas con SOUNDNET, IBERMUSIC y CASHMUSIC se complica si se tiene en cuenta que no se desagrega en las facturas emitidas por los tres proveedores de contenidos a los operadores de gramolas la cuantía correspondiente a los derechos de comunicación pública por videos musicales y no existe conocimiento expreso vía contractual por parte del operador de gramolas de la cuantía exacta de la tarifa mensual a abonar en concepto de derechos de comunicación pública de videos musicales.*
- (177) *Un ejemplo claro de esta falta de conocimiento de la tarifa que AGEDI debe recaudar se observa en las facturas emitidas por GRUPO EOD y aportadas por el denunciante (folios 8 a 17) en las que puede verse que no se desagrega el pago*

²⁶ En el caso de IBERMUSIC y CASHMUSIC se establece una actualización anual de esa tarifa, según el IPC.

²⁷ http://www.mcu.es/propiedadInt/docs/tarifas/AGEDI_TARIFASGENERALES_VIDMUS_MARZO2008

por la actualización de contenidos del pago de los derechos de comunicación pública.

(178) Es decir, el sistema de cobro de los derechos conjuntamente con las actualizaciones mensuales de los contenidos no permite que los operadores de gramolas conozcan la tarifa establecida para el pago por los derechos correspondientes a la comunicación pública de los videos musicales, y mucho menos que puedan negociar, en su caso, dichas tarifas con la entidad de gestión.

6.6. Potestades de AGEDI frente a los operadores de gramolas

(179) Como se ha visto, AGEDI delega en los proveedores de contenidos tanto la concesión de la autorización para la comunicación pública de videos musicales, como la gestión de la recaudación de esos derechos.

(180) Ahora bien, al ceder a los proveedores de contenidos parte de las obligaciones que el TRLPI atribuye a las entidades de gestión, AGEDI también ha establecido diversos mecanismos de salvaguarda en caso de que las partes incumplan lo establecido en ellos.

(181) En primer lugar, puesto que el número de operadores de gramolas que se relacionan en los contratos firmados entre AGEDI y los proveedores de contenidos puede variar a lo largo del tiempo, todos los contratos firmados por los proveedores con nuevos operadores de gramolas requieren la aprobación previa de AGEDI²⁸.

(182) La cláusula sexta de los contratos firmados por AGEDI con SOUNDNET e IBERMUSIC y la cláusula séptima del contrato firmado entre la entidad de gestión y CASHMUSIC establecen que: “si posteriormente EMPRESA decidiera suscribir un nuevo contrato con otro OPERADOR, estará igualmente obligado a comunicarlo a AGEDI a fin de que ésta de su aprobación, sin la cual no podrá llevarlo a cabo” (folios 229, 316 y 340).

(183) Esta aprobación consistiría según la propia entidad de gestión en una comunicación previa por parte del proveedor de contenidos a AGEDI en la que ésta “es informada acerca de la identidad del operador y se asegura de que éste cumple con los requisitos básicos para que la explotación que se va a desarrollar se haga correctamente, asegurando así que no se cometerá una vulneración de los derechos gestionados” (folio 566).

(184) Pues bien, esta Dirección de Investigación ha constatado que ello en la práctica no es así. Ya se ha establecido en el punto dedicado a la autorización para la comunicación pública de videos musicales que AGEDI exigía como condición ineludible para la obtención de la autorización que los proveedores de contenidos firmaran los contratos con los operadores de gramolas y que esto, en muchos casos, no se ha producido.

²⁸ Todos los contratos firmados entre AGEDI y los proveedores de contenidos llevan incluido un Anexo en el que el proveedor de contenidos identifica a los operadores de gramolas con los que tiene relación comercial en el momento de firma del contrato.

- (185) *Es cierto que en un primer momento, los operadores de gramolas estaban relacionados en los contratos firmados entre AGEDI y los proveedores, pero lo cierto es que con posterioridad los proveedores no siempre han actuado del mismo modo.*
- (186) *En el caso de GRUPO EOD, éste ha venido informando sobre las altas y bajas de operadores de gramolas, así como de su localización mediante correos electrónicos a AGEDI, sin que en muchos casos hubiera existido firma previa de contrato alguno con los operadores de gramolas, tal y como solicita la entidad de gestión.*
- (187) *De hecho, este es el caso del denunciante que venía explotando una parte de sus gramolas pagando los derechos de comunicación pública que GRUPO EOD facturaba mensualmente y obteniendo las actualizaciones de GRUPO EOD sin necesidad de haber firmado contrato alguno.*
- (188) *Esta situación de irregularidad, tal y como se analizará posteriormente, fue objeto de numerosas comunicaciones entre AGEDI y GRUPO EOD, sin que se derivara consecuencia alguna ni para el suministrador del contenido, SOUNDNET, ni para el distribuidor, GRUPO EOD, ni para sus clientes, en la medida en que se había comunicado a la entidad de gestión su existencia y se les facturaba mensualmente por esos derechos.*
- (189) *Por lo tanto, AGEDI ha venido reconociendo tácitamente el derecho de comunicación pública a los operadores de gramolas que hubieran pagado las actualizaciones periódicas a los proveedores de contenidos.*
- (190) *En segundo lugar, AGEDI se reserva contractualmente diversas medidas en caso de incumplimiento por parte de los operadores de gramolas.*
- (191) *En los contratos firmados entre AGEDI y los proveedores de contenidos se establece que éstos sólo pueden firmar con los operadores de gramolas el contrato por el que se autoriza el derecho de comunicación pública de videos musicales si previamente cuentan con la autorización de AGEDI y AIE para la comunicación pública de fonogramas en los locales (folios 228, 316 y 339).*
- (192) *Además, a la luz de la cláusula residual contenida en la cláusula cuarta de los contratos firmados entre AGEDI y los proveedores de contenidos, así como de la cláusula segunda y quinta del contrato con los operadores de gramolas²⁹, en caso de que se hubiera firmado el contrato entre AGEDI, el proveedor de contenidos y los operadores de gramolas y sobreviniera la pérdida de autorización para la comunicación pública de fonogramas, las consecuencias establecidas son el cese de suministro al operador de gramolas.*
- (193) *Sin embargo, hay que tener en cuenta que en la práctica los proveedores de contenidos no suministrarán fonogramas.*
- (194) *Según los datos proporcionados por AGEDI, el uso fundamental de las gramolas o jukebox es precisamente reproducir videos musicales.*

²⁹ Folios 242, 243, 334, 335, 358 y 359.

- (195) *Adicionalmente, la consecuencia inmediata para el operador de gramolas que no tiene los derechos de comunicación pública de fonogramas no es la solución del conflicto con la entidad de gestión, sino que AGEDI impone al proveedor el cese del suministro, independientemente si el operador de gramolas venía cumpliendo con sus obligaciones para con el proveedor de videos musicales.*
- (196) *Por ello, la cláusula de responsabilidad contenida en los contratos firmados entre AGEDI, los proveedores de contenidos y los operadores de gramolas también requiere ser analizada.*
- (197) *Como ya se ha dicho anteriormente, estos contratos regulan las obligaciones entre el operador de gramolas y el proveedor de contenidos y las obligaciones de ambos con AGEDI, así como conllevan el derecho de autorización para la comunicación pública de videos musicales por el mero hecho de su firma.*
- (198) *La cláusula quinta de estos contratos establece que “el incumplimiento por OPERADOR de cualquiera de las obligaciones que este contrato le impone después de haber sido requerido para su cumplimiento por parte de AGEDI, facultará a ésta para exigir... (al proveedor de contenidos) en el plazo de 15 días después de haber sido desatendido de su requerimiento, el cese del suministro de nuevas actualizaciones de repertorio al OPERADOR y por tanto, la resolución inmediata de este contrato....sin perjuicio de la indemnización que pueda reclamar AGEDI, bien a... (proveedor de contenidos)...bien a (operador) por dicho incumplimiento en el caso de que OPERADOR continuase con la explotación no autorizada de los (equipos, kits de conversión, según cada contrato).” (folios 243, 355 y 360)*
- (199) *Lo primero que habrá que analizar son las obligaciones que el operador de gramolas adquiere en estos contratos a las que ya se ha aludido anteriormente en este Pliego.*
- (200) *Éstas se recogen en la cláusula dos de los citados contratos (folios 242, 334 y 358³⁰) y son las siguientes:*
- *Compromiso por parte del operador de gramolas a facilitar mensualmente al proveedor de contenidos la relación nominal de establecimientos en los que se explotan las gramolas.*
 - *Compromiso del operador de gramolas a que cuenta con la autorización para el derecho de comunicación pública de fonogramas (la de AGEDI se produce por el mero hecho de la firma del contrato).*
 - *Compromiso de que todos los fonogramas y videos musicales provienen exclusivamente de la empresa proveedora de contenidos firmante del contrato.*

³⁰ Para el caso de CASHMUSIC se recogen en la cláusula dos en el anexo V en que la propia CASHMUSIC contrata como operador de gramolas. El Anexo VI, previsto para la firma con otros operadores de gramolas, recoge obligaciones similares salvo en lo referente a la relación de establecimientos puesto que se refiere a que el SERVICIO se contrata para un local concreto y sólo podrá efectuarse en él. (Folio 365)

- *Compromiso por parte del operador de gramolas a suministrar a AGEDI los datos necesarios para que compruebe que los datos facilitados al suministrador son veraces.*
- *Compromiso del operador de gramolas de incorporar a la gramola o jukebox el certificado expedido por AGEDI y cuyo modelo se incorpora como anexo a los contratos firmados entre el operador, AGEDI y el suministrador de contenidos.*
- *Compromiso de que el operador de gramolas cumple con las medidas de seguridad establecidas por la empresa.*

(201) Ninguna de estas cláusulas hace referencia a que el operador de gramolas tiene una obligación de cumplir con el pago de los derechos de remuneración por la comunicación pública de fonogramas o videos musicales (entre otras razones porque esta obligación corresponde legalmente al titular del local donde se hace la comunicación pública con la gramola) y, aun así, ante un posible problema de falta de pago en los derechos de remuneración de fonogramas o videos musicales, el operador de gramolas no sólo puede perder la autorización para el derecho de comunicación pública de videos musicales (consecuencia inmediata de la rescisión del contrato firmado entre éste, AGEDI y el proveedor de contenidos), sino que además AGEDI impone a un tercero, en este caso el proveedor de contenidos, que cese en el suministro de actualizaciones de videos musicales al operador de gramolas.

(202) Del análisis de la cláusula quinta y de las obligaciones que debe asumir el operador de gramolas se deriva que AGEDI podría requerir a éste no sólo las obligaciones que, de manera indirecta, asume el operador de gramolas en función de la autorización por comunicación pública de videos musicales, sino también aquéllas que rigen las relaciones comerciales entre el operador de gramolas y el proveedor de contenidos (tales como la utilización de las medidas de seguridad para operar la máquina o el suministro exclusivo).

(203) Finalmente, la cláusula sexta de esos mismos contratos completa el régimen establecido por AGEDI frente a los operadores de gramolas que explotan el contenido de manera ilegal en los siguientes términos:

“Sin perjuicio de lo establecido en la cláusula anterior, si como consecuencia de las actuaciones de AGEDI, o por otro motivo, se pusiese de manifiesto que OPERADOR ha declarado un número inferior de equipos jukebox de los que está explotando..., OPERADOR vendrá obligado a rectificar sus futuras declaraciones y a satisfacer a AGEDI la cantidad de 2.000,00 € (dos mil euros) por equipo y mes, desde el momento de la instalación del equipo no declarado o desde el momento en que dejó de declararle dicho equipo a AGEDI, en concepto de indemnización de daños y perjuicios y pena por incumplimiento”.

(204) Es decir, en caso de incumplimiento, el operador de gramolas recibe una triple sanción:

- *Retirada de la autorización para la comunicación pública de videos musicales.*
- *Retirada del suministro de contenidos.*
- *Indemnización a reclamar por AGEDI que, en caso de que haya sido por declarar un número inferior de equipos se elevará a 2.000 euros por equipo y mes desde la instalación del equipo no declarado.*

6.7. Soluciones que AGEDI ha instrumentado en los conflictos con los suministradores de contenidos y con los operadores de gramolas

- (205) Como ya se ha comentado anteriormente, el funcionamiento práctico del sistema establecido en los contratos entre AGEDI y las empresas suministradoras de contenidos no siempre ha respetado lo estipulado contractualmente.*
- (206) Por una parte, se tiene constancia de incumplimientos relativos a la obligación de notificación de los cambios en los sistemas de encriptación utilizados por SOUNDNET/GRUPO EOD, que no han supuesto ningún problema para que éstos sigan operando en el mercado.*
- (207) En principio, cualquier cambio en el sistema de encriptación o la agregación de nuevos sistemas deben notificarse a AGEDI para que verifique si son lo suficientemente robustos como para cumplir los requisitos de seguridad. En caso de que esto sea así, se incorporarían en el Anexo II del contrato de AGEDI con el proveedor de contenidos (folio 569).*
- (208) Sin embargo, en el Anexo II del contrato entre AGEDI y SOUNDNET (folio 227) no aparecen descritos los once sistemas de encriptación distintos que GRUPO EOD reconoce estar utilizando (folio 898) y existen comunicaciones entre AGEDI y GRUPO EOD en que puede verse que AGEDI desconoce el formato de encriptación que utiliza cada operador de gramolas de los que tienen contrato con dicha compañía (folio 379).*
- (209) Por otra parte, esta Dirección de Investigación tuvo conocimiento de la existencia de problemas surgidos entre la entidad de gestión y otras empresas proveedoras de contenidos (IBERMUSIC) a raíz de la utilización por ésta de contenido obtenido de fuentes no autorizadas. Esta Dirección de Investigación requirió información sobre esta cuestión a AGEDI, quien manifestó (folio 563) que la solución al conflicto en este caso consistió en la eliminación de dicho contenido de las máquinas afectadas y su comprobación por los inspectores de AGEDI.*
- (210) Además de estos conflictos con los proveedores de contenidos, AGEDI también ha tenido conflictos que implicaban a los operadores de gramolas.*
- (211) Tal y como se ha mencionado a lo largo de este Pliego, numerosos operadores de gramolas venían operando en el mercado sin haber firmado el preceptivo contrato con las empresas suministradoras de contenidos y que, como se ha visto antes, se consideraba requisito sine qua non de la autorización para la comunicación pública de los videos musicales que AGEDI gestiona.*

- (212) *Ésta no ha sido una situación aislada sino que, de los datos obrantes en el expediente, se infiere que al menos en el caso en que GRUPO EOD era quien proveía contenidos a los operadores de gramolas, la norma general era la inexistencia de contratos*³¹.
- (213) *Este hecho, supondría, por un lado y a la luz de los contratos analizados, un incumplimiento contractual por parte del proveedor de contenidos (en este caso, GRUPO EOD) y, por otro lado, la falta de autorización para la comunicación pública de videos musicales para aquellos operadores de gramolas que vinieran operando sin contrato.*
- (214) *Para solucionar estos incumplimientos, AGEDI optó por solicitar a GRUPO EOD que procediese a la regularización de los operadores de gramolas*³² *lo antes posible, apercibiendo tanto a GRUPO EOD como a SOUNDNET que en caso de que antes del 31 de agosto de 2010 no se hubieran firmado todos los contratos con operadores de gramolas, se procedería a la rescisión del contrato principal AGEDI/SOUNDNET (folio 472).*
- (215) *A la luz de los datos obrantes en el expediente, AGEDI no hizo efectiva ninguna de las posibilidades de resarcimiento previstas en sus contratos y partió de la base de que mientras GRUPO EOD hubiera acreditado el pago de los derechos de comunicación pública de videos musicales, a través de las facturas giradas a los operadores de gramolas en concepto de actualizaciones, no era necesario resarcimiento alguno.*
- (216) *Además, esta Dirección de Investigación considera que los contratos tuvieron efectos retroactivos desde la fecha de la prestación del servicio, en la medida en que la mayoría de ellos tienen como fecha de firma el 1 de septiembre de 2009 (folios 735 a 820), mientras que los requerimientos de AGEDI a este respecto que obran en el expediente se producen durante el año 2010 (folios 390 a 414).*
- (217) *La situación cambia en caso de que los operadores de gramolas, además de no tener contrato en vigor vinieran utilizando los contenidos de manera ilegal, es decir, operadores de gramolas que introducían en sus gramolas contenidos obtenidos por medios no autorizados por AGEDI y que no cumplieron los requisitos legales, técnicos ni de seguridad que para AGEDI permiten considerar que esos contenidos han sido autorizados por los titulares del repertorio.*
- (218) *Existen cinco casos que recogen esta situación:*
- *Pacovip, S.L.*
 - *Jukebox Vending de Servicios S.L. y Servicios en Máquina de Jukebox S.L*
 - *Videogramolaspain S.L.*

³¹ En un correo de fecha 12 de abril de 2010 AGEDI pregunta a GRUPO EOD si al inicio de su relación comercial firman algún tipo de documento o si *"lo único que tienen por parte de E. O.D son las facturas que emitís con las actualizaciones"* (folio 381).

³² En un correo electrónico de fecha 18 de junio de 2010 se hace referencia a los contratos con los operadores de gramolas y a la problemática que ha existido con los mismos. En este correo se habla de marzo de ese año como mes en que se han enviado los Anexos V por correo. De hecho se pide que se envíen ciertas páginas a los operadores de gramolas que lo soliciten señalando que *"van a ser todos"* (folio 379).

- D. [CONFIDENCIAL] (en su nombre y en representación de REC 7, S.L y Automáticos Galisur S.L y
- D. [CONFIDENCIAL] Iglesias (en su nombre y en representación de RECREATIVOS LA CONFIANZA S.L.).

(219) En todos los casos, excepto en el del denunciante, AGEDI ha permitido regularizar ex post la situación irregular en la que venían operando los propietarios de gramolas.

(220) En efecto, según los datos aportados por AGEDI, la entidad de gestión pactó con Pacovic, S.L., Jukebox Vending de Servicios, S.L. y otros y Videogramola Spain, S.L. la regularización, desde el momento de la firma del contrato con un proveedor de contenidos autorizado, de las gramolas propiedad de esos operadores de gramolas (folios 572 a 575, 599 a 600 y 605-606, respectivamente).

(221) En los tres casos y puesto que ya se habían iniciado procedimientos judiciales, AGEDI continuó con el procedimiento judicial iniciado por uso de contenido ilegal en las gramolas o jukebox, y los operadores de gramolas procedieron a firmar el consiguiente contrato con la única empresa suministradora de contenidos autorizada por AGEDI (E.O.D.)³³

(222) En el caso de D. [CONFIDENCIAL] y las gramolas o jukebox que de forma directa o indirecta estaban adscritas a él, AGEDI optó, según los datos obrantes en el expediente, a no continuar con procedimiento judicial alguno y proceder a la regularización del contenido de las gramolas mediante la firma de los contratos de operador de gramolas vigentes en ese momento (folios 581 a 585, 587 a 590 y 593 a 597).

(223) En el caso de D. [CONFIDENCIAL], AGEDI no ha permitido la regularización ex post de las gramolas a su nombre (folio 566) y, al igual que en otros casos, ha continuado con el procedimiento judicial por explotación ilegal de contenidos, añadiendo la imposición de la denegación del suministro de las actualizaciones que le venía prestando GRUPO EOD³⁴.

(224) Una de las diferencias fundamentales entre el caso de D. [CONFIDENCIAL] y el resto de operadores de gramolas que venían explotando ilegalmente los contenidos de sus gramolas o jukebox es el hecho de que una parte de los contenidos de las gramolas³⁵ que explotaba D. [CONFIDENCIAL] habían sido adquiridos de un proveedor autorizado, GRUPO EOD, aunque no se hubiera firmado contrato alguno entre las entidades y AGEDI.

³³ Conviene tener en cuenta que todos los acuerdos se firmaron con anterioridad al año 2007, y en aquel momento actuaba como distribuidor E.O.D. en vez de GRUPO EOD).

³⁴ La denegación del suministro se produjo ordenando AGEDI a GRUPO EOD de que no tramitase actualizaciones al denunciante ni a su empresa (folios 199, 295, 302, 437, 442, 492 y 504).

³⁵ Esta Dirección de Investigación no va a pronunciarse sobre si parte de los contenidos de las gramolas propiedad del denunciante habían sido obtenidos vulnerando la normativa de propiedad intelectual, en la medida que existe un proceso penal abierto sobre esta cuestión.

- (225) Pese a que GRUPO EOD se ha dirigido directamente a AGEDI para regularizar la situación de esas gramolas y permitir que el operador de gramolas continuase en el mercado (folio 452), AGEDI no ha permitido esa regularización aludiendo, entre otras razones, al hecho de que el denunciante tenía procesos judiciales iniciados por vulneración de los derechos de propiedad intelectual y, por lo tanto, AGEDI necesita verificar que no va a incurrir en vulneraciones posteriores de esos derechos (folio 566).
- (226) Al no tener firmado el preceptivo Anexo V con GRUPO EOD, el operador de gramolas tampoco puede recibir las actualizaciones, por lo que operador de gramolas y suministrador de contenidos han encontrado una vía de solución del conflicto para poder seguir operando las gramolas en el mercado y que AGEDI conoce, tal y como se pone de manifiesto en el folio 561 del expediente.
- (227) GRUPO EOD figura formalmente como operador de las gramolas objeto de controversia (folio 388), mientras que D. [CONFIDENCIAL] paga por las actualizaciones (entre las que, como se ha dicho, se incluyen los derechos de comunicación pública), a través de las facturas emitidas por GRUPO EOD bajo el concepto de “prestación de servicios” (folios 410 a 414)”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la Resolución. Resumen de la Propuesta de la DI

La Dirección de Investigación concluye en su Informe y Propuesta de Resolución elevada a este Consejo que (i) habiendo cedido la gran mayoría de productores que operan en España a AGEDI la gestión de sus derechos exclusivos a autorizar la reproducción y la comunicación pública de fonogramas y grabaciones audiovisuales, y que (ii) correspondiendo a AGEDI la gestión colectiva obligatoria del derecho de remuneración que el TRLPI reconoce a los productores por actos de comunicación pública de fonogramas y grabaciones audiovisuales, esta entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual (AGEDI) tiene una posición de dominio en los mercados de gestión de los derechos de reproducción y de comunicación pública de obras audiovisuales y, entre otros, en el mercado de gestión de derechos de reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en gramolas.

Una posición de dominio que no es compensada ni por productores, ni por proveedores de contenidos ni por operadores de gramolas, en la medida que AGEDI tiene una autonomía muy significativa a la hora de gestionar los derechos de reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales cuya gestión tiene encomendada por mandato legal o mandato de la inmensa mayoría de los productores (párr. 239-248 PCH).

Del análisis de los hechos acreditados reproducidos en los Hechos Probados de esta Resolución y, en particular, de los contratos tipo concluidos por AGEDI y las empresas proveedoras de contenidos para gramolas, cuyo Anexo V deben firmar los operadores de gramolas para poder desarrollar su actividad empresarial conforme a lo que resulta

del TRLPI, la DI concluye que determinados elementos del sistema de gestión de los DPI de los productores de fonogramas y videos musicales, en relación con las gramolas o jukebox, así como su funcionamiento en la práctica, constituyen una conducta de abuso por AGEDI de su referida posición dominante en el mercado de gestión de derechos de reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en gramolas en España, prohibida por los arts. 102 del TFUE y 2 de la LDC.

En particular, la DI considera que ese sistema de gestión (párr. 249 a 273 PCH):

- (i) Impone una vinculación desproporcionada e injustificada entre los derechos de comunicación pública de los fonogramas y los de los videos musicales pese a su gestión por separado y su pertenencia a distintos ámbitos, especialmente teniendo en cuenta que legalmente la obtención de la autorización para la comunicación pública de los fonogramas corresponde a los locales en que se sitúe la gramola y no a los operadores de gramolas.
- (ii) Impone unas tarifas por la comunicación pública de los videos musicales contenidos en las gramolas, y un sistema de gestión de las mismas, inequitativo.
- (iii) Genera una clara situación de inseguridad jurídica a los operadores de gramolas, que se ven obligados a asumir obligaciones que legalmente no les corresponden e incluso obligaciones que desconocen, arriesgándose a perder de forma permanente el acceso a un input esencial para el desarrollo de su actividad profesional, en caso de incumplir consciente o inconscientemente alguna de las obligaciones que se les imponen.
- (iv) Ante una situación de incumplimientos generalizados por parte tanto de los proveedores de contenidos como de los operadores de gramolas de las obligaciones derivadas de ese sistema de gestión, AGEDI ha tratado de forma diferente a los incumplimientos de unos y otros sin atenerse a criterios objetivos, lo que es inequitativo y discriminatorio.
- (v) Sin existir motivos técnicos ni justificación objetiva, AGEDI limita, en los contratos entre AGEDI y los proveedores de contenidos, la cantidad de fonogramas y videos musicales que puede contener una gramola. Esta conducta tiene por efecto la limitación de la distribución de los contenidos adquiridos legalmente por los operadores de gramolas, afectando injustificadamente a la capacidad competitiva de los operadores de gramolas y al atractivo de las mismas de cara a los consumidores finales.

En consecuencia, la DI propone al Consejo que declare la comisión por AGEDI de una infracción única y continuada del artículo 2 de la LDC, así como del artículo 102 del TFUE, desde al menos el 1 de septiembre de 2009 (fecha del primero de los contratos vigentes que son objeto del expediente de referencia) y que se mantendrían vigentes, por lo menos, hasta la fecha de emisión del PCH.

Una conducta de abuso de posición dominante, cuyos términos han sido reproducidos en el AH 8, que a juicio de la DI es merecedora de la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC y de las medidas del art. 53 de la LDC que se consideren pertinentes.

SEGUNDO.- Legislación de competencia aplicable

En la medida en que la conducta imputada se considera iniciada el 1 de septiembre de 2009, es de aplicación la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), en cuyo art. 2 dispone: “1. *Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. 2. El abuso podrá consistir, en particular, en: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos. b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de tales contratos. (...)*”.

La DI considera que la conducta de AGEDI que imputa en este expediente también habría infringido el art. 102 del TFUE, que dispone: “*Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos*”.

El Consejo comparte con la DI que estos dos preceptos son de aplicación a la conducta de AGEDI objeto de análisis en este expediente. En particular, y en lo que hace a la aplicación del art. 102 del TFUE, el Consejo concuerda con el órgano de instrucción en que esa conducta de AGEDI es objetivamente apta para afectar al comercio intracomunitario por cuanto:

- (i) La protección que el TRLPI otorga a los ciudadanos y empresas nacionales es extensiva a los ciudadanos y empresas de otros países comunitarios en base al artículo 165 del TRLPI. Dado que este artículo establece en su apartado a) que AGEDI puede representar a ciudadanos y empresas domiciliadas en España o en otros países miembros. Asimismo, AGEDI tiene firmados contratos de representación recíproca con entidades de gestión extranjeras.
- (ii) Las conductas de AGEDI investigadas en el presente expediente son susceptibles de afectar al comercio intracomunitario, pues cualquier empresa comunitaria que opere en territorio español y necesite una autorización por el derecho de reproducción de fonogramas y videos musicales o por el derecho de

comunicación pública de los videos musicales gestionados por AGEDI, en nombre de los productores, debe negociar con esta entidad que es la única entidad de gestión habilitada para ello.

- (iii) Adicionalmente, las conductas de AGEDI analizadas en el presente expediente pueden excluir o dificultar la entrada de operadores de gramolas de terceros países comunitarios que puedan estar interesados en entrar en el mercado español.

AGEDI alega que la DI se ha limitado a afirmar que su conducta investigada es susceptible de afectar al comercio intracomunitario, pero que no ha probado tal afirmación, cuando tales efectos sobre corrientes comerciales entre países serían indirectos atendido que el mercado considerado es el de la gestión de derechos de reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales de gramolas en España.

El Consejo desestima esta alegación, por considerar que en este expediente se cumplen los criterios de posible afectación al comercio entre Estados miembros desarrollados en la Comunicación de la Comisión Europea de directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio intracomunitario.

El precedente análisis de la DI sobre la potencial afectación del comercio intracomunitario por la conducta de AGEDI objeto de este expediente es coherente con el mantenido en resoluciones precedentes, tanto de este Consejo de la CNC como del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), que se apoyan en la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia que considera el territorio de un Estado miembro una parte sustancial del mercado común (entre otras, STJCE de 9 de noviembre de 1983, Michelin). En particular, en la Resolución del TDC de 13 de julio de 2006, Expte. 593/05, Televisiones, que ha sido confirmada por la SAN de 5 de febrero de 2009 (recurso 378/2006), firme por virtud de la STS de 19 de marzo de 2013 (recurso 2125/2009), se declara a AGEDI autora y responsable de una conducta prohibida por los artículos 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, por haber explotado AGEDI abusivamente su posición dominante en la gestión de los derechos de propiedad intelectual que tiene encomendados, al aplicar para el uso de su repertorio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que suponen la discriminación a Antena 3 de Televisión S. A. y a Gestevisión Telecinco S.A. frente a su competidora el Ente Público Televisión Española durante los años 1990 al 2002.

Una aptitud para afectar el comercio intracomunitario que se puede apreciar en el hecho de que una de las tres empresas proveedoras de contenidos para jukebox en España autorizadas por AGEDI (SOUNDNET Ltd.) radica en Reino Unido. En consecuencia, de acuerdo con el art. 3.1 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia, es de obligada aplicación el artículo 102 del TFUE en este expediente.

TERCERO.- Sobre la solicitud de pruebas ante el Consejo

El denunciante muestra su conformidad con la Propuesta de Resolución (PR) y manifiesta que su principal intención es poder ejercer su actividad económica dentro del ordenamiento jurídico.

En su escrito de alegaciones a la PR, AGEDI concluye que no se ha acreditado la infracción que se le imputa, y a estos efectos propone al Consejo la celebración de vista oral y la práctica de los siguientes medios de prueba:

“1º- Testifical de los representantes legales de los proveedores de contenidos: SOUNDNET (a quien la DI no ha dirigido ni una sola comunicación) CASHMUSIC e IBERMUSIC ARION. Con esta declaración se trata de aclarar cómo funcionan en la práctica sus relaciones con los operadores, los sistemas de encriptación, la exclusividad o no en el suministro a los operadores, sus relaciones contractuales con AGEDI, así como la actuación de AGEDI en los supuestos de incumplimiento que se han producido hasta la fecha.

2º- Testifical del representante legal de la compañía discográfica UNIVERSAL, para que explique las razones que han prevalecido hasta ahora para ofrecer un contenido limitado en este modelo de negocio y los posibles efectos de la supresión propuesta de ese límite.

3º.- Pericial de D. [CONFIDENCIAL] y Dª [CONFIDENCIAL], autores del informe elaborado por COMPASS LEXECON sobre las tarifas actualmente aplicadas, con un análisis comparativo respecto de otras referidas en el expediente y que incluye un estudio de los costes que implicaría la modificación de las tarifas vigentes para implantar unas vinculadas al uso efectivo. Dado que la DI afirma en la Propuesta de resolución la idoneidad de ese sistema tarifario y la sencillez de su implementación, aportando incluso posibles soluciones técnicas; y que tales posibilidades aparecen contradichas en el informe presentado que, a su vez, constata el desmesurado incremento de costes de gestión de una tarifa como la sugerida por la DI, parece indispensable para un correcto ejercicio del derecho de defensa de AGEDI que los autores del informe puedan ratificarlo públicamente y someterse a cuantas preguntas se les dirijan al respecto, contrastando su pericia con las afirmaciones no fundadas de la DI.”

Las dos pruebas testificales fueron ya propuestas por AGEDI en su escrito de alegaciones al PCH, y su práctica denegada por la DI conforme a las consideraciones que siguen:

(177) En todo caso, conviene tener en cuenta que esta Dirección de Investigación ya ha remitido diversos requerimientos de información a CASHMUSIC, IBERMUSIC ARION y GRUPO EOD, distribuidor exclusivo de SOUNDNET en España, por lo que en el expediente de referencia ya constan los puntos de vista de estas entidades sobre el funcionamiento de los mercados relevantes estudiados.

(178) Además, del análisis de las alegaciones de AGEDI se deduce que esta entidad no ha aportado nuevos hechos sobre sus relaciones con los proveedores de contenidos que modifiquen sustancialmente las conclusiones

del análisis recogido en el PCH, por lo que la realización de la prueba testifical solicitada por AGEDI no alteraría, a juicio de esta Dirección de Investigación, las conclusiones del análisis.

- (179) *En lo que respecta a la prueba testifical de la compañía discográfica, ésta no tiene razón de ser, ya que por parte de AGEDI ya se ha explicado la posición de las compañías discográficas en sus alegaciones a este respecto. En todo caso, como se ha visto anteriormente, el hecho de que las compañías discográficas se hayan reservado los derechos de propiedad intelectual de los servicios interactivos no justifica la limitación del número de videos musicales establecida por AGEDI, en la medida que como se ha visto anteriormente, por las propias características técnicas de las gramolas, éstas nunca están en disposición de ofrecer servicios interactivos.*

En el escrito de alegaciones al PCH AGEDI solicitaba la admisión como prueba de un informe económico, que finalmente fue aportado con el escrito de alegaciones a la PR. Sobre este informe la DI hace en la PR la consideración que sigue:

- (180) *Por último, la admisión de un informe detallado sobre las tarifas actualmente aplicadas, más allá de las alegaciones presentadas al PCH por AGEDI, tampoco resulta procedente. En el PCH no se valora el importe de las tarifas aplicadas por AGEDI por los derechos de comunicación pública de los videos musicales contenidos en gramolas, sino el sistema mediante el cual se articula el pago de estos derechos, sistema que viene fijado en los contratos aportados por AGEDI al expediente.*
- (181) *Así pues, el análisis de la justificación económica de la cuantía de las tarifas actualmente aplicadas sería irrelevante de cara al presente expediente, en la medida en que esta Dirección de Investigación nunca ha imputado a AGEDI en este expediente que la cuantía de esas tarifas pueda ser excesiva.*
- (182) *En lo que respecta al análisis de los costes que conllevaría la modificación del sistema tarifario actualmente implementado por AGEDI en relación con las gramolas, esta Dirección de Investigación ya ha justificado que podrían existir mecanismos alternativos de aplicación y control de las tarifas que evitarían las conductas abusivas imputadas a AGEDI y que no necesariamente tendrían que suponer un incremento de los sistemas de vigilancia que AGEDI viene aplicando para asegurar que se respetan los derechos de propiedad intelectual que gestiona.*
- (183) *Por este motivo, el estudio de los costes que supondría la modificación de las tarifas vigentes planteada por AGEDI es irrelevante de cara al presente expediente, en la medida que los costes adicionales que plantea AGEDI no son imprescindibles para establecer un sistema que tenga en cuenta el uso efectivo, por lo que procede la denegación de la prueba propuesta.*

AGEDI no sólo juzga esta motivación insuficiente sino que califica lo afirmado por la DI en el párr. 182 PR arriba reproducido de "(...) una afirmación intolerable. La prueba pretende precisamente desvirtuar la infundada y absurda afirmación de la DI, hecha

desde un absoluto desconocimiento de la materia (...)", negativa que cercenaría su elemental derecho de defensa.

En materia de prueba, es doctrina constante de este Consejo que la vigente LDC establece un único procedimiento sancionador, en el que se separa claramente la fase de instrucción que lleva a cabo la Dirección de Investigación, ("*en la que se realizarán todos los actos precisos para el esclarecimiento de los hechos y se garantizará la contradicción y el derecho de defensa de los denunciados*"), y la fase de resolución que compete al Consejo, que adopta las decisiones sobre la base de las propuestas formuladas por la DI, eliminando la duplicación de actuaciones de la anterior LDC, sin merma del principio de seguridad jurídica (por todas, Resolución de 30 de julio de 2013, Expte S/0380/11, Coches de Alquiler, FD 4º).

Por tanto en el esquema de la Ley 15/2007, tanto la práctica de pruebas, a propuesta de las partes o de oficio del Consejo, como la celebración de Vista, son actuaciones potestativas del Consejo, que las acordará en la medida en que las considere necesarias para aclarar cuestiones que no constan en la instrucción, y que son precisas para la formación de su juicio antes de resolver (artículo 51. 1 y 3 de la LDC).

Además, en materia probatoria, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, es criterio del Consejo considerar que sólo son admisibles aquéllas que tienen por objeto refutar los hechos imputados, la participación en los mismos de las empresas imputadas, o los efectos dañinos sobre el mercado, así como, en su caso, las relativas a la dimensión del mercado afectado o la cifra de negocios del imputado.

Sobre esta base normativa, el Consejo acuerda incorporar al expediente como alegación de parte el informe elaborado por la consultora económica. En cuanto a la práctica de las pruebas propuestas por AGEDI, el Consejo comparte el análisis realizado por la DI para su rechazo en fase de instrucción y, por ello, considera que no son idóneas para los fines señalados.

En el expediente constan los contratos suscritos por AGEDI con los proveedores de contenidos, a quienes la DI les ha realizado diversos requerimientos de información. Por tanto, bien podrían haber realizado las consideraciones que estimasen pertinentes sobre las cuestiones sobre las que versaría la pericial de tales proveedores. Además, nada ha impedido a AGEDI presentar por escrito esas declaraciones, como tampoco la del representante legal de UNIVERSAL. En cuanto a la denominada pericial de los autores del informe económico que adjunta a sus alegaciones, el Consejo considera que no puede atribuirse tal condición de prueba pericial a la declaración de los autores de un informe encargado por AGEDI. Pero, en todo caso, el referido informe figura incorporado al expediente, y el Consejo emite su consideración *infra* en el fundamento de derecho Quinto relativo al carácter abusivo de la conducta imputada.

CUARTO.- Sobre la posición de dominio de AGEDI

a) Mercado relevante y mercados relacionados o afectados por la conducta de AGEDI

La infracción tipificada en los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE tiene como elementos del tipo que la empresa investigada, en este caso AGEDI, (i) disponga de

una posición de dominio en algún mercado relevante, y que (ii) tal empresa haya incurrido en una explotación abusiva de dicho poder de mercado.

Así, pues, antes de cualquier otro análisis, es necesario establecer cuál es el mercado o mercados relevantes, de producto y geográfico, en los que AGEDI puede ostentar una posición de dominio.

La DI, atendidas las características del mercado en el que tiene lugar la conducta investigada, recogidas en los HP 13 a 29 de esta Resolución, ha considerado que a los efectos del presente expediente se considera como mercado relevante el de la gestión de los derechos de reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en gramolas o jukebox en España. Añade, no obstante, que no es necesario cerrar la delimitación exacta del mercado relevante de producto en la medida que esta cuestión no afecta a las conclusiones del análisis (párr. 53, 54 y 72 del PCH).

AGEDI no discrepa de esta delimitación de mercado, que el Consejo también comparte, pues es consistente con el marco normativo diseñado con el TRLPI y que es coherente con la práctica de este Consejo en anteriores expedientes sancionadores relativos a conductas de Entidades de Gestión de derechos de propiedad intelectual.

En la medida en que los señalados derechos gestionados por AGEDI son un input indispensable para operar en el negocio de las gramolas, la conducta objeto de este expediente produce efectos sobre las condiciones de competencia aguas abajo, en los mercados en los que operan (i) los proveedores de contenidos de derechos administrados por AGEDI para gramolas, (ii) los operadores de gramolas, y (iii) los propietarios de los locales en los se ubican las gramolas o jukebox.

También resulta afectado el mercado de la gestión de la autorización (por AGEDI y por AIE) para la comunicación pública de fonogramas en los locales en los que se ubican las gramolas (AH 9), en la medida en que AGEDI condiciona la firma del necesario contrato entre los proveedores de contenidos y los operadores de gramolas a la obtención de esta autorización.

El Consejo comparte con la DI la pertinencia de analizar los mercados verticalmente relacionados con el mercado relevante considerado, por cuanto es en ellos donde se producen y se pueden apreciar los efectos restrictivos de la competencia de la conducta de AGEDI, y que motivan su consideración como conducta incurso en la prohibición de abuso de posición dominante de los arts. 102 del TFUE y 2 de la LDC.

b) Sobre la posición de dominio de AGEDI y su amparo legal

La jurisprudencia comunitaria y nacional conceptúa la posición de dominio como una posición de poder económico en un mercado determinado, que permite al operador que la ostenta obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva, en la medida en que puede comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, consumidores (por todas, STJCE de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, United Brands).

A este respecto, la DI considera que AGEDI disfruta de una posición de dominio absoluto en el mercado relevante definido, puesto que mantiene una posición de

monopolio en la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual que corresponden a los productores fonográficos respecto de sus grabaciones sonoras y audiovisuales.

Una posición de dominio que se asienta en el hecho de que la gran mayoría de los productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales que operan en España han cedido en exclusiva (folios 991 a 1069) a AGEDI el derecho a autorizar la reproducción y la comunicación pública de fonogramas y grabaciones audiovisuales en territorio español (arts. 115 y 116 del TRLPI en relación con los fonogramas, y arts. 121 y 122 del TRLPI respecto a las grabaciones audiovisuales). Así resulta del listado que se adjunta como Anexo I en los contratos firmados entre AGEDI y las empresas proveedoras de contenidos para gramolas (folios 234, 322 y 346). En este anexo, que es el que se utiliza en tales contratos a la hora de determinar el repertorio que se oferta a los operadores de gramolas en la cláusula primera de cada contrato con las empresas proveedoras de contenidos (folios 226, 314 y 337), constan compañías como Warner Music Spain S.L, Universal Music Spain S.L, Sony BMG Music Entertainment España S.L., EMI Music Spain S.A., Discmendi S.A. y Avispa S.L. Empresas cuya cuota de mercado conjunta se situaría por encima del 90 % en el mercado de audio y en el mercado de video en 2011 en España. Teniendo en cuenta que el listado del Anexo I es mucho más extenso, se puede concluir que AGEDI tiene cedido en exclusiva el derecho a la autorización de la reproducción y comunicación pública de los fonogramas y videos musicales de prácticamente la totalidad de los productores que operan en nuestro país.

Una posición de dominio de AGEDI en el mercado de referencia que se ve reforzada en este expediente por el hecho de que la conducta analizada recae, en parte, sobre un derecho de gestión colectiva obligatoria, cual es el derecho de los productores de fonogramas y grabaciones audiovisuales a percibir de los usuarios una remuneración equitativa por su comunicación pública (arts. 116 y 122 del TRLPI). La gestión colectiva obligatoria implica que el derecho administrado por AGEDI no puede ser gestionado directamente por el titular (el productor), de modo que necesariamente este derecho debe ser gestionado a través de una entidad de gestión.

En definitiva, en la medida en que es la única entidad de gestión autorizada para hacer efectivos los derechos a los que se ha hecho referencia, la DI concluye que AGEDI tiene una posición de dominio en los mercados de gestión de los derechos de reproducción y de comunicación pública de obras audiovisuales, entre otros, en el mercado de gestión de derechos de reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en gramolas. Una posición de dominio que no es compensada ni por productores, ni por proveedores de contenidos ni por operadores de gramolas, en la medida que AGEDI tiene una autonomía muy significativa a la hora de gestionar los derechos de reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales cuya gestión tiene encomendada por mandato legal o mandato de la inmensa mayoría de los productores.

En sus alegaciones a la PR, AGEDI no cuestiona su posición de dominio en el mercado de producto considerado, pero reprocha a la CNC que mantenga una posición contraria

al actual ordenamiento jurídico en cuanto a la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, al considerarla una "barrera de entrada legal", tal y como se deduce de su Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, de diciembre de 2009, lo que viciaría *ab initio* cualquier actuación de la CNC contra las entidades de gestión.

En sus alegaciones al PCH, AGEDI añadía que si su actividad es conforme al TRLPI no puede constituir una infracción de abuso de su posición de dominio prohibida por el Derecho de la competencia, siendo de aplicación la exención legal del art. 4 de la LDC.

El Consejo comparte el precedente análisis de la DI sobre la posición dominante de AGEDI en el mercado considerado, y debe desestimar las anteriores alegaciones de la Entidad de Gestión.

En el referido Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, este Consejo viene a afirmar que el marco normativo diseñado por el TRLPI no resulta favorable para la existencia de una competencia efectiva en la gestión colectiva, caracterizada por la presencia de entidades de gestión que actúan como monopolios de facto, sin que tal texto legal disponga de mecanismos eficaces que contrarresten esa posición de poder económico ni los privilegios legales que se concede a tales entidades en relación con la fijación y exigencia de las tarifas por uso de los derechos gestionados.

En modo alguno este Consejo puede compartir la afirmación de AGEDI de que el TRLPI impone a las entidades de gestión un sistema de gestión de su repertorio que les imposibilita cumplir con el Derecho de la competencia y que, por ello, resultaría de aplicación la exención legal del art. 4 de la LDC. La Sala Primera del Tribunal Supremo, acogiendo los criterios que viene señalando la Jurisprudencia comunitaria y esta Autoridad de Competencia para determinar la existencia de abuso de posición dominante, pone de manifiesto que no toda remuneración o sistema de gestión establecido por las entidades de gestión en aplicación del TRLPI es conforme al mismo, y que, en sede judicial, es posible hacer un control sobre el contenido material de las tarifas generales y su adecuación a los criterios de objetividad, equidad, no discriminación y transparencia (SSTS de 22 de diciembre de 2008 (recurso de casación 2951/2002), de 18 de febrero de 2009 (recurso de casación 2157/2003), de 7 de abril de 2009 (recurso de casación 1163/2004), de 13 de diciembre de 2010 (recurso de casación 1699/2006), y de 23 de marzo de 2011 (recurso de casación 1079/2007).

Precisamente en esta última sentencia, que pone fin a la controversia entre AGEDI y Antena 3 de Televisión, S.A., reiterando los mismos criterios fijados en las sentencias anteriores, el TS resuelve que la remuneración por el uso de los fonogramas exigida por AGEDI a ese operador, calculada de acuerdo con las tarifas generales que tiene comunicadas al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, no eran equitativas como exige el TRLPI, por cuanto adoptan como base exclusiva de cálculo los rendimientos obtenidos por el operador televisivo prescindiendo del uso efectivo del repertorio.

Sobre estas mismas tarifas de AGEDI se ha pronunciado también la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencia de 19 de marzo de 2013 (recurso de casación

2125/2009), desestimando el recurso interpuesto por AGEDI contra la sentencia de 5 de febrero de 2009 de la Audiencia Nacional, que había confirmado la Resolución del TDC de 13 de julio de 2006 (Expte. 593/05), por la que se declara que AGEDI había abusado de su posición de dominio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual que tiene encomendados, al aplicar para el uso de su repertorio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que suponen la discriminación a Antena 3 de Televisión S.A. y a Gestevisión Telecinco S.A. frente a su competidora el Ente Público Televisión Española durante los años 1990 al 2002.

En definitiva, la valoración que esta Comisión Nacional de la Competencia tiene sobre el marco normativo de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual no vicia la actuación en este expediente, que se apoya exclusivamente en los hechos acreditados y en la doctrina mantenida en resoluciones precedentes confirmada por los Tribunales de Justicia. Y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lejos de apoyar las tesis de AGEDI, permite sostener que las conductas constitutivas de abuso de posición dominante prohibidas por el Derecho de la Competencia tampoco son conformes con la normativa sectorial de propiedad intelectual.

QUINTO.- Sobre la acreditación de la explotación abusiva de la posición de dominio

a) Valoración jurídica de la Dirección de Investigación

Del análisis de los hechos acreditados en el presente expediente la DI concluye que en su gestión de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y videos musicales, en relación con las gramolas o jukebox, AGEDI ha incurrido en una imposición de condiciones inequitativas y desproporcionadas, tipificada como práctica abusiva en los arts. 102 del TFUE y 2 de la LDC.

Una práctica abusiva que a juicio de la DI se ha visto facilitada por la utilización por AGEDI de contratos tipo en sus relaciones con las empresas proveedoras de contenidos para gramolas, en los cuales se regula el sistema de acceso y actualización de los contenidos de las gramolas, y cuyo Anexo V deben firmar los operadores de gramolas de cara a poder desarrollar su actividad profesional con las correspondientes autorizaciones para los derechos de reproducción y comunicación pública de AGEDI.

La DI considera que determinados elementos del diseño de este sistema de gestión, así como de su funcionamiento en la práctica, conforman en una valoración de su conjunto, una infracción única y continuada de abuso de posición dominante por parte de AGEDI.

En particular, y **en cuanto al sistema de gestión de los derechos de recaudación por la comunicación de videos musicales contenidos en las gramolas**, la DI considera que es inequitativo por las razones que siguen:

En primer lugar, los referidos contratos entre AGEDI y los proveedores de contenidos condicionan la firma del contrato entre los operadores de gramolas y los proveedores de contenidos para gramolas a que los primeros cuenten con la autorización de AGEDI y AIE (HP 18) para la comunicación pública de fonogramas en los locales en los que se sitúe la gramola.

Sin dicha autorización, los operadores de gramolas no podrían realizar la comunicación pública de los videos musicales, que es el contenido fundamental de casi la totalidad de gramolas a cuyos titulares venden contenidos los tres proveedores de contenidos citados en el expediente. Es más, la carencia de la mencionada autorización implica el cese del suministro de videos musicales, aunque se hayan cumplido todas las obligaciones contractuales en relación con estos últimos.

Por tanto, la DI concluye que AGEDI establece una vinculación desproporcionada e injustificada entre los derechos de comunicación pública de los fonogramas y los de los videos musicales, pese a que se gestionan de forma separada y pertenecen a distintos ámbitos. Una vinculación injustificada porque, además, legalmente la obtención de la autorización para la comunicación pública de los fonogramas corresponde a los locales en que se sitúe la gramola, y no a los operadores de gramolas.

En segundo lugar, el sistema de pago establecido por AGEDI para el pago por los derechos de comunicación pública es inequitativo y opaco, pues:

- Implica que la obligación de pago, que por Ley corresponde a los locales en que se sitúan las gramolas, se impone al operador o propietario de la gramola, quien no puede negarse al mismo, puesto que es condición sine qua non de cara a poder adquirir legalmente el contenido de derechos necesario para poder explotar su gramola.
- En todo caso, si el operador de gramolas no satisface el pago establecido por los derechos de comunicación pública de videos musicales, AGEDI no resulta perjudicada porque los proveedores de contenidos vienen contractualmente obligados a hacerse cargo del abono (independientemente de que se deriven otras consecuencias del impago como la suspensión del servicio al operador de gramolas).
- Los operadores de gramolas están obligados a pagar mensualmente a los proveedores de contenidos por “actualizaciones”, y los proveedores asumen la obligación de pagar trimestralmente a AGEDI tanto por derechos de reproducción como por los derechos de comunicación pública recaudados a los operadores de gramolas en nombre de la entidad de gestión.

En este esquema de pago dispuesto por AGEDI, los operadores de gramolas desconocen qué parte de lo pagado a su proveedor corresponde a la adquisición y actualización de contenidos, y qué parte al derecho de comunicación pública de los mismos, pues, por una parte, las facturas que el proveedor de contenidos gira al operador de gramolas no desglosen ambos conceptos y, por otra parte, los operadores de gramolas no tienen acceso al contrato firmado entre AGEDI y los proveedores de contenidos, que es donde se establecen las tarifas correspondientes a la comunicación pública de los videos musicales.

Estos hechos provocan, a juicio de la DI, que los operadores de gramolas desconozcan la tarifa que se les está aplicando por la comunicación pública de videos musicales y que, por tanto, no puedan:

- (i) comparar este importe con las tarifas generales cobradas por AGEDI en este concepto,
 - (ii) negociar el importe en función del caso concreto, ni
 - (iii) repercutir el cargo a los propietarios de los locales a los que correspondería legalmente el pago.
- Este sistema de pago es impuesto por AGEDI a los operadores de gramolas, que deben aceptarlo para poder acceder legalmente a los contenidos necesarios para la explotación de sus gramolas, sin que les sea posible negarse a asumir unas obligaciones que legalmente no les corresponderían y sobre las que no tienen ningún margen de negociación.
 - El pago a tanto alzado, de periodicidad mensual, que AGEDI impone a los operadores de gramolas es independiente de sus necesidades, de la utilización que hacen del repertorio, de si el uso que se realiza de la gramola en el local es principal o secundario, y del tipo de local en que se sitúa la gramola, a diferencia de lo previsto en las tarifas generales sobre el mismo concepto para los dos últimos supuestos.

En tercer lugar, la DI valora que el sistema de pago descrito sitúa a los operadores de gramolas en una clara situación de inseguridad jurídica, pues se ven obligados a asumir obligaciones que no les corresponden e incluso obligaciones que desconocen, arriesgándose a perder de forma permanente el acceso a un input esencial para el desarrollo de su actividad profesional, en caso de incumplir consciente o inconscientemente alguna de las obligaciones que se les imponen.

Así, en un principio, los operadores de gramolas estarían obligados a cumplir con las obligaciones contenidas en el Anexo V de los contratos concluidos entre los proveedores de contenidos y AGEDI, obligaciones entre las que no se recoge la de remuneración por los derechos de comunicación pública de los videos musicales que adquieren. Por tanto, se les impone ciertas obligaciones que vienen reguladas en el cuerpo de los contratos entre AGEDI y los proveedores de contenidos, y a las que no han tenido acceso, como tampoco a las tarifas que se les aplican por este concepto.

En la práctica, de los hechos acreditados, resulta que muchos operadores de gramolas han estado desarrollando su actividad sin haber procedido a la firma del mencionado Anexo V, por lo que desconocían formalmente las obligaciones que debían cumplir frente a AGEDI, y cuyo incumplimiento puede suponer desde la suspensión del servicio de actualizaciones de contenidos, la retirada de la autorización para la comunicación pública de videos musicales, la eliminación del contenido de las gramolas y el bloqueo de los terminales y la reclamación por parte de AGEDI de las indemnizaciones previstas contractualmente en los contratos con los proveedores de contenidos.

La conducta abusiva que imputa la DI no sólo está integrada por los elementos del sistema de gestión señalados, sino también por el funcionamiento práctico del mismo. A este respecto, la DI considera que la mencionada situación de inseguridad jurídica resulta agravada por el hecho de que AGEDI ha instrumentado diferentes soluciones en los diversos conflictos que ha tenido, tanto con proveedores

de contenidos como con operadores de gramolas, de modo tal que generó una situación de incertidumbre sobre las consecuencias que puede tener una determinada conducta incumplidora.

Así, por un lado, los incumplimientos por parte de los proveedores de contenidos, a los que la DI entiende sería exigible una especial responsabilidad dada su vinculación contractual directa con AGEDI y su conocimiento de las obligaciones asumidas, tienen una respuesta que la DI juzga moderada por parte de la entidad de gestión. En este sentido, los hechos acreditados muestran que incumplimientos en relación con los sistemas de encriptación, fundamentales de cara a garantizar el respeto a los derechos de propiedad intelectual gestionados por AGEDI, no parecen generar una reacción en AGEDI (párr. 206 a 208 PCH). La falta de comunicación de nuevos sistemas de encriptación, o el hecho de que en la práctica se hayan podido realizar copias del contenido distribuido y así explotar gramolas ilegalmente (lo que refleja la ineficacia de los sistemas de encriptación empleados), no han llevado a AGEDI a exigir responsabilidades a los proveedores de contenidos.

Otros incumplimientos generalizados, como la prestación del servicio a los operadores de gramolas sin la firma del preceptivo Anexo V (párr. 211 a 216), tampoco han suscitado mayor problema para los proveedores de contenidos, quienes han solucionado el incumplimiento procediendo a la firma de dichos contratos cuando se les ha exigido por parte de AGEDI, a veces con mucho retraso respecto a la primera solicitud.

También se ha visto como proveedores de contenidos como IBERMUSIC han incorporado contenidos de procedencia ilegal a máquinas a las que suministraban contenidos (párr. 209 PCH), y AGEDI ha solucionado este incumplimiento mediante la simple eliminación de esos contenidos, continuando con la relación comercial sin mayor problema y sin que se aplicase el articulado contractual correspondiente a estos casos.

Por el contrario, la misma conducta, incorporación a la gramola de contenido no autorizado, por parte de ciertos operadores de gramolas no ha tenido una respuesta tan benigna por parte de AGEDI, quien ha emprendido acciones judiciales contra estos operadores de gramolas (paralizándolas únicamente en un caso), regularizando su situación en la mayoría de los casos y denegando el suministro de contenidos sólo en un caso, el del denunciante (párr. 217 a 227 PCH).

Por ello, la DI concluye que AGEDI, que gestiona unos derechos esenciales para el desarrollo legal de la actividad profesional de proveedores de contenidos y operadores de gramolas, en la práctica ha tratado de forma diferente los incumplimientos mencionados sin que se aprecie que tal diferencia de trato esté basada en criterios objetivos, lo que puede ser inequitativo y discriminatorio.

Por último, la DI valora que la conducta de abuso de posición dominante que se imputa a AGEDI está también integrada por la limitación de la cantidad de fonogramas y videos musicales que puede contener una gramola, que AGEDI impone en los contratos con los proveedores de contenidos, en tanto en cuanto carece de justificación objetiva.

Para la DI esta limitación no se fundamenta en motivos técnicos ni en justificaciones objetivas, y tiene como efecto la limitación de la distribución de los contenidos adquiridos legalmente por los operadores de gramolas, lo que podría estar afectando injustificadamente a la capacidad competitiva de los operadores de gramolas y al atractivo de las mismas de cara a los consumidores finales.

b) Resumen de las alegaciones de AGEDI

Siguiendo el mencionado esquema de imputación realizado por la DI, AGEDI realiza las siguientes alegaciones a la PR:

En cuanto a la imputación de vinculación entre los derechos de comunicación pública de fonogramas y de videos musicales, AGEDI niega que exista. A estos efectos, AGEDI explica que los productores fonográficos le confieren contractualmente un mandato exclusivo para la gestión en el territorio español del derecho de reproducción de fonogramas y de vídeos musicales, exclusivamente para proceder después a su comunicación pública en las modalidades que se mencionan en el contrato suscrito al efecto. Mantiene AGEDI que los derechos de comunicación pública, tanto de vídeos (CPV), como de fonogramas (CPF), son tratados por la TRLPI de manera diferente, y esto ha llevado a que los contratos que firma AGEDI con los proveedores de contenido para gramolas puedan resultar ambiguos.

Si bien argumenta que las gramolas o jukeboxes pueden contener tanto vídeos musicales como fonogramas, niega que exista vinculación en la práctica de CPF con la CPV aunque ambos derechos se contengan en el mismo contrato. Explica que ante un suministro de fonogramas, el local deberá contar con un contrato para la CPF que habrá de suscribir con AGEDI-AIE; y si el suministro es de vídeos musicales no hará falta otro contrato del local para la CPV, puesto que ésta la autoriza el proveedor de contenidos en nombre de AGEDI.

No obstante, AGEDI ha modificado los contratos (ha separado formalmente en dos contratos distintos la cesión de la CPV y la CPF), ya que reconoce que la lectura detenida de los mismos puede inducir a pensar que se vinculan ambas autorizaciones de comunicación pública.

En relación con el sistema de pago de la remuneración por comunicación pública de videos musicales (CPV), AGEDI manifiesta que no es cierto, como afirma la DI, que se obligue a los operadores de gramolas a pagar los derechos de CPV, y prueba de ello sería que nunca ha girado factura alguna a ninguno de los operadores en concepto de CPV. Esta obligación de pago corresponde a los proveedores de contenidos, quienes voluntariamente pagan por subrogación de terceros, esto es, operadores de gramolas y explotadores de locales en que éstas se ubican. Insiste en que dicho pago voluntario es resultado de un acuerdo entre AGEDI y los proveedores, y no de una imposición injustificada de AGEDI. A su juicio, se da así respuesta a la necesidad práctica de habilitar un sistema sencillo para un sector tradicionalmente incumplidor y además se benefician todos los agentes que intervienen en el mismo, debido a una evidente disminución de costes ya que los contenidos llevan autorizada no sólo la reproducción, sino también la CPV.

Resalta AGEDI que los proveedores consultados por la DI dejan claro en sus respuestas que son plenamente conscientes de que el pago de la CPV lo realizan por cuenta de los locales en los que se ubican las gramolas.

No obstante, en los nuevos contratos suscritos con SOUNDNET Ltd., IBERMUSIC ARION, S.L. y CASHMUSIC, S.C, de fecha 6 de marzo de 2013, AGEDI afirma haber aclarado, por si hubiera alguna duda, que es el suministrador de contenidos quien asume la obligación de pago de los derechos de reproducción y es también éste quien abona los derechos de comunicación pública de vídeos musicales en nombre del local, usuario final de dichos derechos y por tanto el obligado al pago.

AGEDI rechaza que este sistema de tarifas sea opaco o poco transparente y alega que cualquier operador puede dirigirse a ella para solicitar información al respecto.

No obstante, reconoce que la transparencia del sistema probablemente puede mejorarse y, por ello, se compromete a enviar a cada operador y, en su caso, a los titulares de los locales en que se exploten gramolas, comunicación de la tarifa o remuneración pactada con su proveedor. De esta forma, entiende que si el operador la considera excesiva o desproporcionada podrá dirigirse a AGEDI y al propio proveedor para negociar su cuantía.

En cuanto a la objeción de la DI relativa al establecimiento de una cuantía por los derechos de comunicación pública independiente de la utilización del repertorio, del tipo de local y del uso principal o secundario de los contenidos, AGEDI reitera que todas las gramolas se encuentran situadas en locales de alterne y, por tanto, establecimientos iguales en todos los casos. Añade que las tarifas no son fijadas por ella, sino negociadas con los proveedores quienes prestan un servicio muy similar a sus clientes-operadores. Por todo, considera AGEDI que está dentro de lo razonable que la cuantía de la tarifa sea única: precios equivalentes para prestaciones equivalentes.

No obstante, AGEDI señala que en los nuevos contratos firmados con los proveedores de contenidos se establece expresamente que la gramola se ubica en locales de alterne, pero que si se cambia la ubicación se podrá tener en cuenta a efectos de la determinación de la remuneración.

En relación con la racionalidad económica de las tarifas por disponibilidad en función de los costes y de los locales en los que se ubican las gramolas a través de las cuales se produce la CPV, AGEDI aporta un informe elaborado por una consultora económica en el que se tratan estas cuestiones. Dicho informe concluye que existe equidad de las remuneraciones pactadas por AGEDI con los proveedores de contenidos, así como la inidoneidad de acudir a una tarifa basada en el uso efectivo del repertorio en este caso. Los autores del informe consideran que no se puede afirmar que una tarifa es inequitativa por el mero hecho de que se defina a tanto alzado o por disponibilidad, y concluyen que “una tarifa a tanto alzado o por disponibilidad es siempre referible a una tarifa por uso si lo que deben pagar todos los usuarios con la tarifa a tanto alzado o por disponibilidad es siempre menor que lo que pagarían todos los usuarios con la tarifa por uso, es decir, si se cumple la siguiente condición para

todos los usuarios: Tarifa por uso x número de videos + coste gestión > tarifa por disponibilidad".

En el informe citado se afirma que la implementación de una tarifa por uso, supondría un incremento sustancial del importe de la remuneración puesto que la verificación del uso de la gramola realizado en los locales de alterne en que se ubican es una tarea compleja y costosa. En cuanto a las alternativas mencionadas por la DI, se alega que la DI no ha probado que exista un mecanismo de verificación del uso con un coste diferente al que supone la inspección física de los locales en los que se ubican las gramolas. En este sentido, declara AGEDI que el informe que aporta detalla adecuadamente los costes en que incurriría y que deberían ser trasladados a la tarifa misma, con el consiguiente perjuicio para quienes hayan de pagar las remuneraciones legalmente exigidas. Por otro lado, destaca que el importe de la remuneración es sensiblemente barato y aún lo es más por comparación con la tarifa general comunicada al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

También AGEDI señala que si se atiende a la graduación en función del número de vídeos incluidos en la gramola, en consecuencia por disponibilidad, podría penalizarse a quienes acumulasen mayor número de vídeos con independencia de su uso.

En relación a las consideraciones de la DI relativas al modo de facturación que impide conocer la cuantía exacta de los derechos de remuneración, al no individualizarse su cuantía en los contratos con los operadores de gramolas y al establecerla en niveles diferentes a las tarifas generales de AGEDI por el mismo concepto, AGEDI reitera que no impone al operador de gramolas ningún pago de ninguna cantidad por ningún concepto, pues estos son aspectos que competen únicamente a los proveedores de los contenidos y la forma de facturación de sus servicios a los operadores de gramolas y, en consecuencia, AGEDI nada tiene que ver.

No obstante, y para adaptarse a la objeción de la DI en tal sentido, AGEDI afirma que en los nuevos contratos se ha eliminado la mención a que los contratos con los operadores deben incorporar la obligación de pagar a AGEDI mensualmente, con lo cual el pago podrá tener otra periodicidad.

En cuanto al reproche de la DI consistente en haber dado AGEDI un tratamiento distinto a proveedores de contenidos y operadores ante los incumplimientos detectados, AGEDI argumenta que se trata de situaciones distintas: con los proveedores existía una relación contractual y los incumplimientos se solucionaron en ese marco contractual, en tanto que con los operadores de gramolas infractores no existía ese contrato y en algunos casos no se ha llegado tan siquiera a solucionar.

Los incumplimientos de proveedores de contenidos, por la falta de respeto a las previsiones del TRLPI, se han ido subsanando progresivamente mediante la firma de los contratos. Sin embargo, los incumplimientos de los operadores se han centrado en el uso de vídeos musicales sin autorización tratándose ésta de una conducta especialmente perseguida.

A estos efectos, AGEDI analiza la situación producida con cada operador que interviene en el sistema:

- Proveedores de contenidos

En cuanto al proveedor SOUNDNET, AGEDI señala que incurrió en dos tipos de infracciones esenciales: falta de firma de contratos de operadores e irregularidades con la encriptación de contenidos. AGEDI explica que se instó en numerosas ocasiones tanto a SOUNDNET como a EOD para que procediesen a regularizar su situación y obtuviesen de los operadores el correspondiente contrato firmado, con la advertencia de que si no se llevaba a cabo procedería a la resolución del contrato entre AGEDI y SOUNDNET. Afirma en este sentido que AGEDI ha actuado correctamente en este punto y la prueba evidente es que hoy están más de 700 gramolas operando con contenidos legales.

Por lo que respecta a la encriptación de contenidos, insiste en que Grupo EOD no está utilizando once sistemas de encriptación distintos, sino once formatos debido a que existen diferentes gramolas de distintas marcas y modelos y cada una de ellas tiene un software de reproducción distinto al de las demás.

En relación a IBERMUSIC ARION, explica que la irregularidad consistió en la detección por parte de AGEDI de contenidos no autorizados en las gramolas dadas de alta por este proveedor de contenidos, y que finalmente, este proveedor subsanó este incumplimiento.

- Operadores de gramolas

Ante las diligencias penales incoadas contra diversos operadores de gramolas, AGEDI sostiene que mantuvo la misma postura en todos los casos, que consistió en personarse como perjudicada en la causa y, al contactar los imputados con esta entidad para solucionar la situación, AGEDI consintió la regularización de las gramolas de dichos operadores mediante la firma de un contrato con uno de los proveedores de contenidos autorizados.

AGEDI destaca que el caso del denunciante es único. Defiende AGEDI que el denunciante nunca se ha dirigido a ella, como si han hecho sin excepción todos los demás operadores que han querido regularizar su situación. Es más, señala que lo que ha hecho es utilizar el subterfugio de EOD. Según AGEDI, el denunciante, en su condición de Administrador Único de la mercantil Recreativos La Confianza S.L., trató de utilizar a Grupo EOD y a AGEDI para eludir sus responsabilidades penales mediante un cambio en la razón social, esto es no se dirigió a AGEDI para regular la situación sino que a través de EOD intentó regularizar sus gramolas (que se encontraban sometidas a actuaciones de los juzgados penales) a nombre de una persona jurídica distinta (Recreativos La Confianza, S.L.).

- Exclusividad con respecto a la provisión de contenidos

En cuanto a la consideración de que los operadores sólo podían proveerse de contenidos para sus gramolas únicamente a través del proveedor con el que han suscrito el correspondiente contrato, AGEDI mantiene que siempre ha entendido que la prohibición se refiere únicamente a fuentes de provisión ilícitas, y no afecta en absoluto a la posibilidad de obtener dichos contenidos a través de otros suministradores autorizados por AGEDI, extremo que ha sido también corroborado por

los proveedores de contenidos en sus respuestas escritas a las preguntas formuladas por la DI.

No obstante, en los nuevos contratos suscritos con los proveedores de contenidos AGEDI afirma haber introducido una cláusula que aclara que basta con el suministro a través de una fuente lícita, y dejando claro que no pueden imponerse restricciones a la libre elección de suministrador de contenidos.

En lo que hace a la objeción de la DI sobre la limitación del número de videos que puede contener una gramola, según AGEDI la clara necesidad de gestionar de forma colectiva este tipo de servicios, llevó a las compañías discográficas a acordar el límite con AGEDI con el fin de que ésta pudiera gestionarlos. No obstante, AGEDI entiende que se trata de un problema menor, porque en la práctica nunca ha supuesto ningún problema como han manifestado los proveedores requeridos por la DI. Por ello, afirma que en los nuevos contratos suscritos con los proveedores de contenidos se ha suprimido cualquier referencia a este límite.

Finalmente, para adaptarse a otras objeciones de la DI sobre el sistema de gestión de AGEDI, ésta afirma haber procedido en los nuevos contratos con los proveedores a:

- Eliminar la aprobación previa de AGEDI de los operadores que dé de alta el suministrador de contenidos, de modo que ahora sólo será necesaria una comunicación a AGEDI en este sentido sin que sea preceptiva su autorización, sin perjuicio de que se les pueda requerir para acreditar que las máquinas del operador cumplen con las condiciones de seguridad acordadas.
- Eliminar el requisito del local de obtener la previa autorización de AGEDI-AIE para la comunicación pública de fonogramas y se ha sustituido por una información al respecto.

c) Valoración jurídica del Consejo

El Consejo considera que ha quedado acreditado que AGEDI ha incurrido en un abuso de posición de dominio en el mercado de gestión de derechos de reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en gramolas en España, infringiendo los arts. 102 del TFUE y 2 de la LDC.

Una conducta abusiva que constituye una infracción única y continuada de abuso de posición dominante, sin perjuicio de que la misma ha sido implementada a través de distintos mecanismos interrelacionados entre sí, que deben ser valorados en su conjunto para apreciar en toda su extensión su carácter abusivo, que han tenido como efecto global el establecimiento de un sistema inequitativo, poco transparente y discriminatorio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los videos musicales que se explotan en gramolas, que ha restringido de forma desproporcionada e injustificada las condiciones de competencia en los mercados aguas abajo en los que operan los proveedores de contenidos para gramolas, los operadores de gramolas y los locales en los que se ubican las gramolas.

Una restricción de la competencia que se produce porque ese sistema de gestión y la conducta desplegada en la práctica por AGEDI causan una limitación, injustificada, de

la libertad de empresa de los operadores económicos para quienes los derechos administrados por esa Entidad de Gestión son un input indispensable en el ejercicio de su actividad económica. Al restringir su utilización mediante las conductas que se analizan a seguir, AGEDI ha reducido las posibilidades de competir entre sí de estos operadores, alterando de forma injustificada las condiciones de competencia.

Los mecanismos a través de los que se ha implementado esta restricción de la competencia y, por tanto, la infracción de la prohibición de abuso de posición dominante han sido los que siguen:

1) El establecimiento de un sistema de gestión de los derechos de recaudación por la comunicación pública de los videos musicales contenidos en las gramolas que:

a) Vincula injustificadamente y desproporcionadamente los derechos de comunicación pública de los videos musicales a los derechos de comunicación pública de los fonogramas.

El Consejo considera que los párrafos 191 y 192 del PCH acreditan que en los contratos firmados entre AGEDI y los proveedores de contenidos (cláusula cuarta) se establece que éstos sólo pueden firmar con los operadores de gramolas el contrato por el que se autoriza el derecho de comunicación pública de videos musicales solo si previamente cuentan con la autorización de AGEDI y AIE para la comunicación pública de fonogramas en los locales.

El hecho de que AGEDI no haya aplicado la previsión contractual que le permite imponer al proveedor de contenidos el cese en el suministro a aquel operador de gramolas que no cuente con la previa autorización para la comunicación pública de fonogramas, no impide seguir apreciando que existe tal vinculación, absolutamente injustificada porque como afirma la propia AGEDI el uso fundamental de las gramolas es reproducir videos musicales.

En definitiva se impone a los operadores de gramolas una obligación (obtener autorización de AGEDI-AIE para la comunicación pública de fonogramas) que no está justificada, y que resulta apta para distorsionar competencia en el mercado en el que éstos ofertan sus gramolas, siendo como es el repertorio de AGEDI un input esencial para su actividad.

b) Establece unas tarifas inequitativas por los derechos de remuneración pública de videos musicales, ya que:

- i) Obliga a un tercero (los operadores de gramolas o los proveedores de contenidos subsidiariamente) a asumir el pago de estos derechos de remuneración, pese a que legalmente corresponde a los locales.**
- ii) La cuantía de estos derechos de remuneración impuestos es independiente del uso efectivo de los contenidos.**
- iii) La cuantía exacta de estos derechos de remuneración aplicados por AGEDI es desconocida por el operador de gramolas, al permitir AGEDI su empaquetamiento y facturación conjunta con la compra de contenidos, al no**

individualizar AGEDI su cuantía en los contratos con los operadores de gramolas, y al establecerla en niveles diferentes a las tarifas generales de AGEDI por el mismo concepto.

El Consejo considera que ha quedado acreditada la inequidad de las tarifas. Es AGEDI quien, voluntariamente y a través de sus acuerdos con los proveedores de contenidos, ha decidido implementar un sistema de gestión de los derechos de remuneración por la comunicación pública de videos musicales que se apoya en la delegación de la gestión de la recaudación de estos derechos en los proveedores de contenidos (párr. 157 PCH). Una obligación de pago que solo recae en los proveedores de contenidos de forma subsidiaria, para el caso de que no la pague el operador de gramolas cliente (párr. 159 y 160 PCH), que viene, pues, obligado al pago de una remuneración que legalmente no le corresponde (párr. 157 PCH), y que está establecida en el contrato de AGEDI y su proveedor de contenidos, lo que contribuye a esa imputación de falta de transparencia.

Por lo demás, la propia AGEDI en varios escritos de contestación a requerimiento de la DI ha afirmado que esa obligación de pago recae en los operadores de gramolas (párr. 95 PR). Por ejemplo, en el folio 570, en la respuesta de AGEDI de fecha 9 de marzo de 2012 se señala que: *“Tal y como se establece en la cláusula séptima, apartado 2), del contrato de SOUNDNET e IBERMUSIC ARION y en la octava 2) del contrato de CASHMUSIC, el contrato entre el proveedor de contenidos y el operador ha de establecer cantidades mensuales de pago por la prestación del servicio. Esta previsión del contrato tiene su justificación en el devengo mensual de los importes correspondientes a la comunicación pública que deben satisfacer en nombre de los locales en los que se instalan las máquinas”* (Subrayado añadido).

El hecho de que los proveedores de contenidos hayan firmado voluntariamente este sistema de pago no exime a AGEDI de la especial responsabilidad que, como operador con posición de dominio, tiene al tiempo de establecer un sistema inequitativo, poco transparente y discriminatorios de recaudación de los derechos que gestiona que restringe el margen para competir de los operadores de gramolas.

AGEDI tampoco puede eludir su responsabilidad por este sistema de pago por el hecho de que formalmente la facturación por los derechos de comunicación pública de videos musicales al operador de gramolas la haga el proveedor de contenidos (o su distribuidor exclusivo) y no ella, o por el hecho de que en los contratos entre los operadores de gramolas y los proveedores de contenidos no se regule expresamente esta cuestión. Y no puede eludir esa responsabilidad porque ha sido AGEDI quien ha determinado tanto el contenido de sus acuerdos con los proveedores de contenidos, como el de los acuerdos de estos últimos con los operadores de gramolas, que de hecho también son firmados por AGEDI.

AGEDI puede llegar a acuerdos con los operadores de gramolas que faciliten la gestión del pago de los derechos de comunicación pública de videos musicales, pero debe permitirles poder negociar las cantidades a pagar, lo que no ocurre en el sistema implantado, que impone a los operadores de gramolas la obligación de pagar por un derecho que no les corresponde, en base a un contrato del que no son

parte, y firmar un contrato que no menciona los importes que corresponden por tales derechos. En definitiva, AGEDI restringe injustificadamente la libertad de empresa alterando las condiciones de competencia entre estos operadores, lo que hace caer su conducta en la infracción de abuso de posición de dominio.

Precisamente, en reciente sentencia de 19 de marzo de 2013 (recurso 2125/2009), la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo ha subrayado la importancia que tiene la ocultación y falta de transparencia al tiempo de calificar jurídicamente como abuso de posición dominante la conducta de una entidad de gestión. En este mismo sentido, sobre la falta de transparencia de sistema de gestión de los derechos en relación con los usuarios y su incidencia sobre las condiciones de competencia, se pronunció la Comisión Europea en la Decisión de 8 de octubre de 2002 (Asunto COMP/C2/38.014, *IFPI Emisión simultánea*; en particular, párrs. 71, 99, 107 y 121).

A este respecto, los propios proveedores de contenidos consultados por la DI han reconocido que aunque los operadores de gramolas no deseen adquirir nuevas actualizaciones deberán pagar por los derechos de comunicación pública, en el caso de IBERMUSIC la cuantía será la misma puesto que están utilizando el resto del repertorio (folio 975 y 989). Ese mismo pago unido al sistema de pago trimestral (del proveedor a AGEDI) con recaudación mensual (del proveedor de contenidos) por las actualizaciones, es indicativo de que en términos generales la facturación no se produce desagregando el servicio de actualización del pago de derechos, y el establecimiento del mencionado sistema en los contratos tipo firmados entre AGEDI y los proveedores de contenidos implica que esta entidad es, cuando menos, corresponsable en la situación práctica descrita, que conduce a una uniformidad en el acceso a un input esencial que reduce de forma injustificada las opciones de competencia entre los operadores de gramolas.

Afirma AGEDI que los operadores de gramolas cuentan con vías alternativas de negociación directa con ella para eludir esta problemática. El Consejo coincide con la DI que esta libertad de negociación no existe en la práctica, porque siendo los proveedores de contenidos para gramolas autorizados por AGEDI los únicos que pueden proveer de contenidos que cuentan con los correspondientes derechos de reproducción, los operadores de gramolas necesariamente tienen que contratar con ellos para adquirir de forma legal contenidos para sus gramolas. Adicionalmente, dado el sistema de gestión de los derechos de comunicación pública de videos musicales establecido por AGEDI, los propios proveedores de contenidos repercuten y ligan automáticamente el pago de los derechos de comunicación pública al suministro de contenidos y actualizaciones. Por todo ello, no se puede aceptar que los operadores de gramolas tienen libertad para negociar con AGEDI el pago de los derechos de comunicación pública, cuando de facto ya vienen pagando por ellos a los proveedores de contenidos, por lo que cualquier negociación con AGEDI sólo llevaría a un doble pago por los mismos derechos.

El hecho de que las tarifas que percibe AGEDI por los derechos reseñados hayan sido negociadas con los proveedores de contenidos no es óbice para considerar abusivo el sistema de gestión establecido por AGEDI, pues como se viene afirmando

no lo han sido con los operadores de gramolas, que son aquellos que se ven obligados en la práctica a desembolsar el importe (que incluso desconocen) correspondiente a los derechos de comunicación pública de los videos musicales contenidos en las gramolas.

AGEDI sostiene que las tarifas por disponibilidad establecidas en los contratos con los proveedores de contenidos son equitativas, y apoyándose en el informe de una consultora económica afirma que una tarifa basada en el uso efectivo del repertorio en este caso sería necesariamente más elevada por los mayores costes que se derivarían de la verificación in situ del uso de la gramola realizado en los locales de alterne en que se ubican.

Por el contrario, el Consejo coincide con la DI en que el coste de implantación de un sistema que tenga en cuenta el uso efectivo del repertorio no tiene por qué ser notoriamente superior al actual. En particular, apunta la DI que se puede utilizar el propio software de las gramolas que sirve para encriptar y evitar la piratería de los contenidos, como sistema para verificar cuál es el grado real de utilización del repertorio gestionado por AGEDI, en la medida que el mismo podría recoger de forma automática y no manipulable el número de veces que los videos musicales son emitidos por la gramola en un determinado periodo de tiempo.

Adicionalmente, la tarifa se podría graduar en función del número de videos musicales que son incluidos en cada gramola, información que puede ser perfectamente conocida por AGEDI a través de los proveedores de contenidos.

Además, la alegación de AGEDI de que las actualizaciones mensuales también incorporan un número de videos muy parecido y que por tanto está dentro de lo razonable que su cuantía sea única, no es cierta. En primer lugar tanto IBERMUSIC como CASHMUSIC han indicado que ellos no imponen un número fijo de temas en las actualizaciones, a diferencia de los paquetes diseñados por GRUPO EOD. En segundo lugar, existen otros factores de diferenciación, como el modelo de gramola de que se trate (su capacidad de almacenamiento), o si ésta incorpora videos musicales o únicamente fonogramas. Así pues, no se puede afirmar que el contenido de cada gramola sea el mismo y, por tanto, que el importe correspondiente a cada una deba ser idéntico.

En definitiva, el Consejo concluye con la DI en que AGEDI cuenta con criterios objetivos cuya supervisión no es excesivamente compleja ni costosa, ni necesariamente obligaría a incrementar las actuales labores de inspección de AGEDI, y que permitirían a esta entidad ligar de forma más adecuada los derechos de remuneración por la comunicación pública de videos musicales a su uso efectivo. En consecuencia, no habiendo acreditado AGEDI que no exista un sistema de gestión de su repertorio que teniendo en cuenta el uso efectivo tenga un coste de implantación similar al analizado, éste se revela como injustificadamente restrictivo de las posibilidades de competir de los operadores para los que el repertorio de derechos gestionado por AGEDI es un input esencial para su actividad económica y, de forma particular, para los operadores de gramolas, lo que conduce a calificar la

conducta imputada como constitutiva de la infracción de abuso de posición dominante.

- c) Obliga a los operadores de gramolas a cumplir con obligaciones de pago de derechos de comunicación pública no asumidas formalmente por ellos, puesto que se establecen en los contratos entre AGEDI y los proveedores de contenidos a los cuales no tienen acceso.

Esta alegación ha quedado contestada en los párrafos precedentes, en los que se ha considerado acreditado que, frente a lo alegado por AGEDI, los operadores de gramolas sí están obligados al pago de los derechos de comunicación pública de videos musicales, y que esta obligación y cuantía se fija en contratos de los que no son parte.

2) El tratamiento inequitativo y sin justificación objetiva de los incumplimientos contractuales por parte de los proveedores de contenidos y operadores de gramolas, que pueden llevar a la exclusión discriminatoria de algunos de ellos.

El Consejo considera acreditado que AGEDI ha dado un trato desigual entre los proveedores de contenidos ante los incumplimientos de las obligaciones establecidas contractualmente. Así, en relación con los incumplimientos de SOUNDNET – GRUPO EOD, en las comunicaciones aportadas como prueba por AGEDI (folios 1227 a 1240), se puede observar la perplejidad de GRUPO EOD por las amenazas contenidas en una de las comunicaciones de AGEDI respecto a la posible ruptura de las relaciones contractuales con ellos, mientras que a IBERMUSIC ARION (al que AGEDI le imputa distribuir contenido obtenido de fuentes ilegales) se le permite continuar con su actividad pese a la situación irregular en que se encontraría dicho proveedor en cuanto a contenido y altas (folio 1234).

Los motivos alegados por AGEDI para no haber respondido de un modo más contundente y conforme a lo previsto en el contrato contra IBERMUSIC son la consecución de un mercado más transparente y con contenidos legales. Sin embargo, este mismo argumento sería de aplicación, en mayor medida si cabe, en relación con determinados incumplimientos imputados por AGEDI a distintos operadores de gramolas, frente a quienes ha emprendido actuaciones judiciales. En este sentido, no se entiende que AGEDI atribuya la falta de firma de los Anexos V del contrato firmado entre AGEDI y los proveedores de contenidos a los operadores de gramolas en lugar de a los que contractualmente estaban obligados a haber obtenido la firma de los mismos de cara a poder suministrarles los contenidos.

El Consejo, con la DI, considera que AGEDI ha dado un tratamiento diferenciado al denunciante en relación con el dispensado a otros competidores igualmente incumplidores.

AGEDI señala que a diferencia del denunciante, los demás operadores de gramolas incumplidores *“acudieron directamente a AGEDI y asumieron compromisos para regularizar su situación mediante la suscripción de un acuerdo transaccional por el*

que reconocían su actividad infractora y se comprometían a regularizar en el futuro todas las gramolas que explotaban”.

Sin embargo está acreditado en el expediente que el denunciante también ha tratado de dar una solución a su situación con AGEDI recurriendo a GRUPO EOD, con el que se relaciona directamente y con quien debería firmar el Anexo V en caso de haberse actuado como en el resto de incumplimientos similares. La diferencia entre un contacto directo y un contacto a través de un distribuidor autorizado (quien además aboga por el operador en diversas ocasiones) de cara a permitir la regularización de las gramolas desde ese momento, pese a que se continuase el procedimiento judicial en que se podría demostrar y penalizar la actividad infractora en caso de que hubiese existido, no parece tener la suficiente entidad como para justificar el distinto tratamiento dado a este caso, máxime cuando supone la expulsión de un operador del mercado con el consecuente efecto negativo irreparable para su actividad, sin que se haya terminado de dirimir su responsabilidad en sede judicial.

La diferencia de trato dispensada al denunciante se revela todavía más discriminatoria si se compara con el caso del proveedor IBERMUSIC ARION señalado, pues parte de su actividad la realizaba legalmente y parte con fuentes no autorizadas, y en ese caso AGEDI decidió ser más benevolente pese a que los efectos de ese comportamiento en el mercado son potencialmente mucho más significativos.

Un trato diferenciado y discriminatorio de conductas similares que, además de constituir un mecanismo de represalia, en el conjunto de las prácticas analizadas, contribuye a distorsionar las condiciones de competencia entre los operadores de gramolas.

En este bloque de alegaciones AGEDI niega que los operadores tengan que suministrarse de un suministrador de contenidos en exclusiva. Por el contrario el Consejo considera que el contenido de la cláusula segunda del Anexo V firmado por los operadores de gramolas acredita que el suministro debe ser en exclusiva (folios 242, 334 y 365). Una consideración que confirman los propios proveedores de contenidos.

Así IBERMUSIC ARION dijo que *“Mientras el operador tenga firmado el contrato con nuestra empresa, está obligado a utilizar SOLAMENTE el contenido que nosotros le proporcionamos, sin embargo, si desea cambiar de proveedor, es libre de hacerlo en el momento que lo decida, procediendo, si se da el caso, a dar la baja en AGEDI del establecimiento a su nombre. Nuestra empresa NUNCA ha tenido una situación como esta”* (folio 989). Es decir, manifiesta su disposición a renunciar en la práctica a la exclusiva comprometida contractualmente en caso de que se diese la situación aludida.

Por su parte CASHMUSIC opinó que *“salvo que se termine el contrato con CASHMUSIC S.C. o que se negocien estos términos con CASHMUSIC S.C. por un*

lado (para levantar la exclusividad) y con AGEDI por otro, para poder contratar con otro suministrador de contenidos de gramola hucha autorizado (opinión)” (folio 974).

Por otra parte, el argumento de que la existencia de un software de encriptación distinto fundamenta el que las actualizaciones únicamente sean válidas para una gramola, por lo que el operador debe seguir comprando las actualizaciones para una gramola al mismo suministrador pero puede firmar distintos contratos para las diversas gramolas que posea, es un argumento endeble y falso a la luz de los datos obrantes en el expediente.

Los proveedores de contenidos autorizados que han sido consultados por la DI como GRUPO EOD, han manifestado que es posible adaptar las máquinas a otros sistemas de encriptación a un coste razonable, por lo que la exclusiva fijada en los contratos no responde a criterios técnicos, y sí que sería posible cambiar de suministrador de contenidos sin necesidad de dar de alta una nueva gramola.

Por estos motivos, el Consejo coincide con la DI en valorar que la exclusiva establecida por AGEDI en el anexo V no está justificada objetivamente y contribuye de forma apreciable al establecimiento de un sistema inequitativo, poco transparente y discriminatorio en la gestión de los derechos de propiedad de videos musicales en gramolas, lo que perjudica a los operadores de gramolas y distorsiona el funcionamiento competitivo de los mercados relacionados con la explotación de contenidos audiovisuales en gramolas.

3) La limitación, sin justificación objetiva, del número de videos musicales que puede contener una gramola por debajo de sus posibilidades técnicas restringe la competencia.

AGEDI alega que de no limitarse el número de fonogramas y de videos musicales que puede contener cada gramola se podría considerar que los servicios prestados a través de las mismas podrían encuadrarse en la definición de servicios interactivos.

Según dispone el art. 20.2 i) del TRLPI los servicios interactivos consisten en *“la puesta a disposición del público de obras por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija”*.

A la luz de este precepto, difícilmente se puede considerar que el servicio ofrecido por las gramolas entre en esta categoría, ya que el usuario que desee acceder al contenido de la gramola debe necesariamente desplazarse a un local que disponga de esa máquina, en el horario de apertura del local y siempre que no esté siendo utilizado por otro usuario presente en el local.

Un contenido que nunca sería ilimitado, sino limitado al adquirido legalmente por el operador de la gramola dentro de la capacidad técnica de la misma, de ahí que no se pueda compartir que la ausencia de la limitación señalada pueda suponer un acceso ilimitado al repertorio de las compañías discográficas como argumenta AGEDI.

Por otra parte, no se cuestiona en el PCH el número concreto de videos musicales establecidos en la limitación contractual, sino el hecho de que AGEDI establezca dicho límite sin tener en cuenta las circunstancias de cada máquina y operador, de forma tal que se limita la distribución de los contenidos adquiridos legalmente por los operadores de gramolas, restringiendo de forma injustificada su libertad de empresa. En este sentido, la capacidad de cada máquina podría ser la que determinase automáticamente el número de contenidos que puede contener, especialmente cuando esta capacidad es muy reducida si se compara con el repertorio que gestiona AGEDI.

Esta limitación ha tenido efectos restrictivos de la competencia entre los proveedores de contenidos, entre los operadores de gramolas y entre los usuarios finales (los propietarios de los locales en los que se ubican las gramolas), en la medida que los límites introducidos por AGEDI en los contratos con los proveedores de contenidos habrían limitado injustificadamente tanto el número inicial de videos musicales que se pueden introducir en la carga inicial de la gramola, como el número de videos que se pueden añadir en cada actualización, lo que es apto para afectar al atractivo de las gramolas de cara a atraer usuarios. Por ello, es irrelevante si las gramolas han alcanzado ya o no los límites máximos, en la medida que la propia existencia de este límite, está distorsionando la oferta y la demanda de contenidos para gramolas.

Por último, fuerza ya del análisis de la conducta imputada por la DI, en escritos con fecha de entrada en la CNC de 27 de febrero y de 3 de mayo de 2013, AGEDI afirma haber dado satisfacción a las distintas objeciones que llevaron a la DI a proponer a este Consejo la existencia de la infracción señalada.

El Consejo considera que la relevancia de esa conducta de AGEDI debe ser apreciada en el seno de la vigilancia de esta Resolución, al objeto de verificar si la Entidad de Gestión ha dado cumplimiento íntegro a la orden de cesación en la conducta infractora declarada.

SEXTO.- Sobre la procedencia de la sanción

Determinada la existencia de una conducta prohibida por los artículos 102 del TFUE y 2 de la LDC, ésta debe ser calificada conforme a lo dispuesto por el artículo 62.4.b) de la LDC, que establece que serán infracciones muy graves las conductas de abuso de posición de dominio cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos.

El Consejo, con la DI, entiende que concurren las dos últimas circunstancias, pues AGEDI ostenta el monopolio legal de los derechos de remuneración por comunicación de los productores en España, y además ostenta una cuota de mercado próxima al monopolio en el mercado de gestión de derechos de reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en gramolas, al representar a productores a los que corresponde al menos el 90% de la producción de videos musicales y fonogramas en España.

AGEDI ha procedido en relación con la infracción acreditada, cuando menos, sin la diligencia que cabe exigir a un operador que ostenta un monopolio de hecho en el mercado de gestión de derechos de reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en gramolas en España y, por ello, con infracción de la especial responsabilidad que como tal le incumbe para asegurarse de que el sistema que establezca para gestionar los derechos de propiedad intelectual relacionados con la explotación de las gramolas, ya sea de forma unilateral o a través de acuerdos, sea equitativo, transparente y no discriminatorio.

Dado que concurre el requisito de culpabilidad exigido por el art 63 de la LDC, y que este tipo de infracción es merecedora de sanción económica, se debe estar para su cálculo a la regulación que la LDC contiene en sus artículos 61 a 64 de la LDC, que establece los criterios fundamentales que deben tenerse en cuenta a la hora de establecer dicha cuantía. Criterios que se han incluido en el cálculo de la sanción contemplado en la "*Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea*" (BOE de 11 de febrero de 2009; en adelante, Comunicación de multas) con el objeto de lograr cumplir con los principios de proporcionalidad y disuasión que se espera de las mismas, y que el Tribunal Supremo ha recordado en numerosas sentencias (entre otras, de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1990 y 15 de julio de 2002), así como para dar una mayor transparencia y previsibilidad a la actuación de la CNC en el ejercicio de su potestad sancionadora.

Conforme a la Comunicación de multas, el importe básico de la sanción se obtiene aplicando al "*volumen de ventas afectado por la infracción*" un porcentaje que se determina en función de la concurrencia de determinados factores (párr. 14). Importe básico de la sanción que aumentará con la duración de la infracción conforme a unos coeficientes de ponderación decrecientes (párrafo 15), que se incrementará o reducirá en función de la concurrencia de agravantes y atenuantes (párrafo 16).

Puesto que el abuso de posición de dominio acreditado se ha producido en el mercado de gestión de derechos de reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en gramolas en España, al menos desde el 1 de septiembre de 2009, se ha requerido a AGEDI, de acuerdo con los arts. 63 y 64 de la LDC, (i) el volumen de negocios total de AGEDI antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados en el año 2012, y (ii) el volumen de negocios de AGEDI en España desde el 1 de septiembre de 2009 hasta 2012, desglosado por años, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados correspondiente a: a) Los derechos de reproducción de fonogramas y vídeos musicales destinados a su incorporación a gramolas o jukebox. b) Los derechos de remuneración por la comunicación pública de vídeos musicales realizada a través de gramolas o jukebox.

Conforme a la información facilitada por AGEDI, sus ingresos por los conceptos señalados han sido los siguientes:

Ingresos por derechos	2009(*)	2010	2011	2012
Reproducción	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]
Comunicación pública	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]
TOTAL	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]

Datos en miles de euros

(*) Desde sep-09

Al tiempo de calcular la multa el Consejo ha atendido a las circunstancias concurrentes en este expediente, particularmente al hecho de que el sistema de gestión de los derechos de propiedad intelectual de los videos musicales que se explotan en gramolas implementado por AGEDI le permite, a través de los proveedores de contenidos, imponer obligaciones a los operadores de gramolas, de forma inequitativa, poco transparente y discriminatoria que distorsionan la competencia en los mercados de explotación de videos musicales en gramolas, perjudicando significativamente las opciones de competencia de los operadores de gramolas y, de forma indirecta, los intereses de los usuarios de gramolas.

En consecuencia, el Consejo considera procedente aplicar sobre la suma ponderada de los ingresos antes señalados un porcentaje del 10%, al igual que se hizo en expedientes precedentes de abuso de posición dominante por parte de entidades de gestión (Exptes. S/0157/09 EGEDA y S/0208/09 AISGE CINES). De este modo se obtiene una sanción de 51.250 €, muy inferior al límite del 10% de la facturación total de 2012, que permitiría una sanción de hasta [Confidencial] €.

Por todo cuanto antecede, vistos los preceptos legales y reglamentarios citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar acreditada la existencia de una infracción del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en un abuso de la posición de dominio en el mercado de gestión de derechos de reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en gramolas, instrumentado mediante el establecimiento de un sistema inequitativo, poco transparente y discriminatorio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los vídeos musicales que se explotan en las gramolas, que restringe la competencia en los mercados descendentes en los que esos derechos constituyen un input esencial.

SEGUNDO. Declarar responsable de dicha infracción a la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI).

TERCERO.- Imponer a la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) una multa de 51.250 euros por la comisión de la infracción declarada en el Resuelve Primero.

CUARTO.- Ordenar a la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELLECTUALES (AGEDI) que cese en la infracción declarada en el Resuelve Primero en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.

QUINTO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, así como notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.