



Roj: **SJM B 2900/2016 - ECLI:ES:JMB:2016:2900**

Id Cendoj: **08019470022016100004**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Barcelona**

Sección: **2**

Fecha: **25/07/2016**

Nº de Recurso: **364/2015**

Nº de Resolución: **219/2016**

Procedimiento: **Apelación, Propiedad intelectual**

Ponente: **ALBERTO MATA SAIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Juzgado Mercantil 2 Barcelona

Gran Via de les Corts Catalanes, 111

Barcelona Barcelona

Procedimiento Procedimiento ordinario 364/2015 Sección P

Parte demandante ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI)

Procurador RAFAEL ROS FERNANDEZ

Parte demandada JAZZ TELECOM, SAU, ORANGE CATALUNYA XARXES DE TELECOMUNICACIONS, S.A., ORANGE ESPAGNE, SAU., EURONA WIRELESS TELECOM, S.A., TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU., CABLEEUROPA, S.A.U.(VODAFONE ONO) y VODAFONE ESPAÑA, SAU

Procurador MONICA RIBAS RULO, MARIA LUISA LOPEZ CALZA, EULALIA CASTELLANOS LLAUGER, FCO. JAVIER MANJARIN ALBERT, IGNACIO LOPEZ CHOCARRO y EVA MORCILLO VILLANUEVA

SENTENCIA n° 219/16

En Barcelona, a 25 de julio de 2016.

Vistos por D. Alberto Mata Sáiz, Magistrado Juez, del Juzgado Mercantil número 2 de Barcelona los presentes autos de juicio declarativo ordinario número **364/2015-P** seguidos a instancia de la entidad ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI), que ha comparecido representada por el Procurador Sr. Rafael Ros Fernández y asistida por el letrado Sr. Juan José Marín López, contra

- a) ORANGE CATALUNYA XARXES DE TELECOMUNICACIONS, S.A.: Procuradora Sra. Mónica Ribas Rulo y asistida por el letrado Sr. Cesar Zárate Gomez.
- b) ORANGE ESPAGNE, S.A.U.: Procuradora Sra. María Luisa Lopez Calza y asistida por la letrado Sra. Patricia Castillo Cebrián.
- c) EURONA WIRELESS TELECOM, S.A., representada por la Procuradora Sra. Eulalia Castellanos Llauger y asistida por el letrado Sr. Jorge Sánchez Rodríguez.
- d) TELEFONICA ESPAÑA, S.A.U. representada por el Procurador Sr. Francisco Javier Manjarín Albert y asistida por el letrado Sr. Juan Fernández Tamames.
- e) CABLEEUROPA, S.A.U. (actualmente, VODAFONE ONO, S.A.U.), que ha comparecido representada por el Procurador Sr. Ignacio Lopez Chocarro y asistida por la letrado Sra. Nerea Sanjuán Rodríguez.
- f) JAZZ TELECOM, S.A.U. que ha comparecido representada por la Procuradora Sra. Eva Morcillo Villanueva y asistida por la letrado Sra. Marta de Jerónimo Vega.
- g) VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. que ha comparecido representada por el Procurador Sr. Ignacio López Chocarro y asistida por el letrado Sra. Nerea Sanjuán Rodríguez,



todas ellas en su condición de demandadas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la meritada representación se interpuso demanda de juicio ordinario contra las demandadas con base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes y constan en autos. En suma instaba, conforme al suplico de la demanda, que se dictara sentencia por la que se condene a las demandadas a que

1. Adopten, en el plazo improrrogable de 72 horas después de recibir la sentencia estimatoria de la presente demanda, todas las medidas necesarias, y realicen todas las gestiones precisas, para impedir de manera real y efectiva el acceso, desde el territorio español, a la web infractora www.exvagos.com.

2. Informen al tribunal y a la actora, de manera inmediata, y de forma clara y comprensible, de las medidas y gestiones mencionadas en el apartado anterior, una vez hayan sido adoptadas.

3. Mantengan las medidas adoptadas hasta que acrediten ante el tribunal el restablecimiento de la legalidad o, en todo caso, hasta el transcurso de un año desde su adopción.

Segundo.- Dado traslado de la demanda, comparecieron las entidades demandadas oponiéndose a la demanda interpuesta de contrario.

Alegadas por las partes cuestiones relativas a la falta de jurisdicción y competencia territorial del presente juzgado, fueron resueltas por autos de 22 y de 23 de septiembre de 2015.

En la audiencia previa, se resolvió de igual modo, la excepción relativa a la falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no haberse demandado al titular de la página web, Sr. Gines . En dicho acto se resolvió desestimar dicha petición.

A continuación se admitió la prueba propuesta por las partes, cuya práctica se llevó a cabo en el acto del juicio (20 de julio de 2016).

El día 9 de mayo de 2016, la entidad ORANGE ESPAÑA, S.A.U. manifestó que había otorgado escritura de fusión por absorción con la entidad JAZZ TELECOM, S.A.U.

Dado traslado a la parte actora, presentó escrito oponiéndose a que dicha circunstancia se hubiera producido.

El día 6 de mayo de 2016, la entidad VODAFONE ESPAÑA y VODAFONE ONO, solicitaron el archivo del presente procedimiento, en cuanto que por auto de 19 de abril de 2016, se le había requerido por parte del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 4 para que suspendieran el servicio y bloquearan el acceso a la página web www.exvagos.com. en procedimiento de ejecución de medidas cautelares impuestas por Resolución de la Comisión de Propiedad Intelectual. Entendían que con dicha resolución se cumplían los requisitos del artículo 22 de la LEC .

Tras el correspondiente trámite procesal, se dictó auto el día 9 de junio de 2016, en el que se denegó dicha solicitud.

Tercero.- Finalmente, el acto de la vista se llevó a cabo el día 20 de julio de 2016, tras cuya celebración quedaron los autos para dictar sentencia.

En la tramitación del presente proceso se han observado, esencialmente, los requisitos procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Hechos.

1. La entidad actora, en adelante AGEDI, es una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas. Fue autorizada como entidad de gestión por Orden del Ministerio de Cultura de 15 de febrero de 1989. Documento número 2 de la demanda.

2. Entre los socios de dicha entidad se encuentran compañías como Sony Music Entertainment Spain, S.L., Universal Music Spain, S.L. o la entidad Warner Music Spain, S.L. Documento número 3 de la demanda.

3. Cuenta entre su objeto y fines " el reconocimiento, defensa y promoción de los derechos de los productores de fonogramas, tanto en el ámbito nacional como en el internacional". Sus Estatutos se han aportado como documento número 4 de la demanda y la certificación para actuar como entidad de gestión, se ha aportado como documento número 17 de la demanda.



4. Las entidades demandadas se dedican a la prestación de servicios de telecomunicación y de comunicaciones electrónicas, entre otros, prestan servicios para que los usuarios puedan acceder a la red de internet. Hecho no controvertido.

5. Expone la actora en su demanda que desde la página web www.exvagos.com se desarrolla una actividad que infringe de manera sostenida y masiva en el tiempo los derechos de propiedad intelectual pertenecientes a los productores de fonogramas. Para acreditar este extremo ha aportado el documento número 12 de la demanda.

6. Don. Gines aparece como titular de la citada página web, como también la de la pagina www.wualo.com. Ambas comparten dirección de IP. Don. Gines tiene su domicilio en Argentina.

7. El día 18 de julio de 2012, la entidad actora inició un procedimiento ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, al amparo de lo previsto en el artículo 158.4 de la LPI, contra el titular de la página web *exvago s*. En dicho procedimiento, la Sección Segunda dictó dos resoluciones de 25 de noviembre de 2013, a fin de notificar dicho procedimiento al responsable de la web www.vagos.com. Documento 13 de la demanda.

8. Por resolución de 24 de enero de 2014, la Sección decretó el archivo del procedimiento dado que la persona contra la que se dirigía el procedimiento desactivó voluntariamente el enlace. Documento número 15 de la demanda.

9. Tras el dictado del decreto de archivo, la actora ha tenido conocimiento de que la página www.exvagos.com ha reanudado la misma actividad que ya tenía antes de iniciarse el procedimiento.

Con arreglo a esta base, la actora pretende el cese dirigido a las entidades demandadas, en su condición de prestadoras de los servicios de información para que adopten las medidas necesarias para impedir el acceso, desde el territorio español y utilizando sus servicios de acceso a la web www.exvagos.com. Y todo ello, con base en los artículos 138 último párrafo y 139.1 letra h) de la LPI, en relación a los artículos 8.3 de la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, y en los artículos 9.1, letra a) y 11 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

En sentido negativo, la actora aclara en su demanda, que no pretende una acción declarativa contra las empresas demandadas por estar realizando conductas contrarias a la LPI, ni de indemnización de daños y perjuicios. Tampoco ejerce ni se peticiona la aplicación del artículo 14.1 de la LSSI que regula la responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso, por entender que las demandadas cuentan con el beneficio del puerto seguro establecido en el referido artículo 14.1 y 12. 1 de la Directiva sobre comercio electrónico.

Termina explicitando que tampoco se pretende una obligación de supervisión general negada en el artículo 15.1 de la Directiva del Comercio Electrónico ("...los estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indique actividades ilícitas...").

Segundo.- Normativa aplicable.

10. Derechos de los productores de fonogramas.

El artículo 115 de la LPI establece que corresponde al productor de fonogramas el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, según la definición contenida en el artículo 18.

De igual modo, el artículo 116.3 de la LPI establece que corresponde al productor de fonogramas el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de sus fonogramas y de las reproducciones de éstos en la forma establecida en el artículo 20.2 i) de la LPI.

11. Medidas de cesación conforme a la normativa interna.

El artículo 138 último párrafo de la LPI, establece que "tanto las medidas de cesación específicas contempladas en el artículo 139.1 h) como las medidas cautelares previstas en el artículo 141.6 podrán también solicitarse, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir los derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Dichas medidas habrán de ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias".

El artículo 139.1, letra h) de la LPI, también establece que el cese de la actividad ilícita podrá comprender "la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir



derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico".

12. Obligaciones de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información.

El artículo 8.1 de la ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, establece también que "en caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa la prestación o para retirar los datos que los vulneran".

Y el artículo 11. 1 de la misma norma establece que "cuando un órgano competente hubiera ordenado, en el ejercicio de las competencias que legalmente tenga atribuidas, que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, dicho órgano podrá ordenar a los citados prestadores que suspendan el correspondiente servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio de la sociedad de la información o de los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados respectivamente".

13. Normativa comunitaria.

El artículo 8.3 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información establece que "los Estados miembros velarán porque los titulares de los derechos estén en condiciones de solicitar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor".

El artículo 9.1 letra a) de la Directiva 2004/48/CE de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, establece que los Estados miembros garantizarán que, a petición del solicitante, las autoridades judiciales puedan dictar un mandamiento contra el intermediario cuyos servicios sean utilizados por un tercero para infringir un derecho de propiedad intelectual.

Finalmente, el artículo 11 de la misma Directiva, establece que los estados miembros garantizarán asimismo que los titulares de derechos tengan la posibilidad de solicitar que se dicte un mandamiento judicial contra los intermediarios cuyos servicios han sido utilizados por terceros para infringir un derecho de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 8 de la Directiva 2001/29/CE.

Tercero.- Posición de las demandadas.

Las distintas demandadas han alegado principalmente:

- a) no reunir la condición de intermediario en los servicios de información.
- b) no tener responsabilidad alguna con relación a los hechos expuestos.
- c) carencia de acción puesto que no se dirige la acción contra el posible infractor ni existe una resolución judicial que determine la existencia de infracción de los derechos de propiedad intelectual. Tampoco se solicita en esta resolución una declaración en ese sentido.
- d) carácter inadecuado de las medidas a adoptar, en tanto que el infractor puede continuar desarrollando la web a la que se podrá acceder a través de otros operadores no demandados en este procedimiento. Además, la web contiene otros contenidos que no infringen los derechos por lo que podría vulnerarse el derecho de información.
- e) oposición al cese en los términos solicitados.

Cuarto.- Infracción de derechos de los productores de fonogramas.

14. Conforme a la prueba practicada en el presente procedimiento, la página web infractora es una base de enlaces donde pueden obtenerse copias de fonogramas.

Por tanto, en dicha página se vulnera el derecho exclusivo de reproducción que los productores tienen reconocido en el artículo 115 de la LPI, en relación al artículo 18 de la misma norma ("la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier tipo de medio y en cualquier forma, de toda la obra o parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias").

También puede entenderse que vulnera el derecho exclusivo de comunicación pública recogido en el artículo 116.1 de la LPI, en el sentido de "puesta a disposición". En el mismo sentido se pronunció la Sentencia Svensson del TJUE de 13 de febrero de 2014, Asunto C-466/12.

Tras la reforma operada por la ley 23/2006, se introdujo en el artículo 20.2 letra i de la LPI , una nueva modalidad de comunicación pública como la "puesta a disposición del público de obras o prestaciones, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija". Este sería el caso del presente procedimiento (descarga de una canción desde internet en el ordenador personal).

15. De la prueba pericial practicada, documento número 12 de la demanda, pueden destacarse los siguientes extremos:

La página web tiene diversas zonas:

a) Dentro del área reglas, se informa a los usuarios que en la web se pueden encontrar enlaces de descarga. En el momento de la realización del informe, marzo de 2015, había más de dos millones de usuarios, en concreto 2.627.004.

b) En la zona denominada "Zona ¡A por ellos!", los usuarios de la web crean post donde pueden añadir enlaces para poder descargar el material ofrecido (música, películas, libros, etc).

c) La página, a través de los distintos foros, permite la descarga tanto en MP3, como en formato FLAC (Free Lossless Audio Codec). En este último caso, sin pérdida de calidad en el audio.

d) En el momento de la emisión del dictamen, se encuentran mas de 100.000 ítems con sus respectivos enlaces de descarga.

e) Por número de visitas, la web se sitúa en el número 327 según la clasificación dada por la página www.similarweb.com, o en el puesto 507, según la página www.alexa.com. Página 24 del informe.

f) El porcentaje de usuarios que procede del territorio español, supone el 77,75 %. El resto de los países, tales como Argentina o México, ronda el 3 %.

g) También resulta de la pericial que de los 100 discos de la semana que la empresa GFK considera como tales, el 96 % aparecen colgados en dicha lista.

h) Al iniciar una búsqueda, se abre una página con publicidad, así como distintos banners publicitarios.

i) la página está dividida en cuatro foros principales:

- "zona bla, bla, bla", que es un foro para postear y hablar.

- "Zona A por ello", que el foro de descargas.

- "Contacto miembro con equipo exvagos", que es una zona en las que los usuarios pueden plantear preguntas o dudas sobre el funcionamiento de la web.

- "basurero comunal", donde los moderadores van trasladando ciertos post.

j) Dentro de la sección de música existen 25 subforos, divididos en géneros musicales.

k) Para los denominados "uploaders" la subida de la música debe ser en cyberlockers gratuitos, de tal modo que el usuario no tiene que pagar para descargase el archivo.

m) El disco "Historias Tattooadas" del artista Macaco, se publicó el día 23 de marzo de 2015, a las 00.00 horas, a través de la tienda Apple itunes. Hora y media más tarde, ya se disponía el citado archivo en la pagina web objeto del procedimiento. Página 22 de la demanda aporta pantallazo que así lo acredita.

n) El disco "Código Rocker" del artista Loquillo, se publicó el día 24 de marzo de 2015, a las 00.00 horas. 100 minutos más tarde ya se disponía en la citada página web. Página 26 de la demanda ha aportado el pantallazo que así lo acredita.

Del contenido de la pericial puede concluirse la infracción a los derechos de propiedad intelectual, además de la importancia de la misma.

16. El artículo 158 ter 4 de la LPI establece que "la interrupción de la prestación del servicio o la retirada voluntaria de las obras y prestaciones no autorizadas tendrán valor de reconocimiento implícito de la referida vulneración de derechos de propiedad intelectual y pondrá fin al procedimiento". De forma similar se expresa el Real Decreto 1889/2011 de 30 de diciembre, que regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual.

Tal como se ha indicado, el procedimiento ante la Comisión de Propiedad Intelectual fue archivado por la retirada voluntaria de las obras y prestaciones no autorizadas. Por tanto, puede entenderse también a la hora de



valorar la existencia de la infracción, que dicha retirada supone un reconocimiento implícito de la vulneración de los derechos de propiedad intelectual.

Este es un argumento más, esencialmente jurídico, de que la infracción se ha producido. Aunque es cierto que el apartado 15 de esta resolución, acredita la infracción después de archivar el procedimiento.

Quinto.-

17. Condición de las demandadas como intermediarias de los servicios de información.

El apartado b del Anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico define el servicio de intermediación como "servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información", así como también que son servicios de la sociedad de la información "la provisión de servicios de acceso a internet, la transmisión de datos por redes de comunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet".

Dado que las demandadas ofrecen un servicio que consiste en facilitar el acceso a redes fijas o móviles de telecomunicaciones, se pueden calificar como intermediarios de estos servicios.

En similar sentido se ha pronunciado la Sentencia de 27 de marzo de 2014 del TJUE, dictada en el caso UPC Telekabel Wien, Asunto C-314/12. Apartado 30 de la Sentencia.

Sexto.-

18. La petición contra los intermediarios de la sociedad de la información, tiene cobertura legal como se ha indicado, además de haberse adoptado en diversas resoluciones judiciales. Así, como ejemplo, en el asunto The Pirate Bay (documento número 19 de la demanda), resuelta por Resolución de 11 de septiembre de 2014 ante la Comisión de Propiedad Intelectual. Y también en el ámbito penal (sentencia de la AP Castellón de 12 de noviembre de 2014) como en la jurisdicción contencioso administrativa (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso administrativo, de 17 de octubre de 2014). Todas ellas citadas por la entidad actora y con referencias expresas a la Sentencia del Caso Svensson.

19. La peculiaridad de este procedimiento, y es el motivo principal de oposición por parte de las demandadas, es que se pretende las acciones de cesación previstas en el artículo 138 último párrafo de la LPI, sin demandar ni dirigir la reclamación contra el infractor. En suma, sin exigir de forma previa una declaración de infracción contra el autor material y directo, en este caso, del titular de la página web.

El artículo 138 de la LPI comienza diciendo que "el titular de los derechos reconocidos en esta ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y (...).

En el siguiente párrafo continúa diciendo que "tendrá también la consideración de responsable de la infracción quien induzca a sabiendas la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuenta con una capacidad de control sobre la conducta del infractor. Lo anterior no afecta a las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los artículos 14 y 17 de la ley 34/2002 de 11 de julio, (...) en la medida en que se cumplan los requisitos legales establecidos en dicha ley para su aplicación".

Para concluir que "tanto las medidas de cesación específicas contempladas en el artículo 139.1 h) como las medidas cautelares previstas en el artículo 141.6 podrán también solicitarse, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir los derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan, en sí mismos, una infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. Dichas medidas habrán de ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias".

De la lectura completa del precepto, puede desprenderse que el mismo no exige para la solicitud de las medidas de cesación contra los intermediarios de servicios de la información una declaración expresa contra el infractor, aunque evidentemente, deberá ser presupuesto de dicha acción.

Ni se desprende de su contenido ni es coherente con la finalidad de las normas vigentes.

La normativa comunitaria, en su labor de armonización de las distintas legislaciones, se dirige de forma conjunta a proporcionar los medios adecuados para lograr evitar la comisión de las infracciones en este



sentido. Todo ello en el marco de las dificultades que para la adopción de medidas eficaces contra las infracciones de los derechos de propiedad intelectual provoca internet y los nuevos medios de comunicación.

Son ejemplos de ello, los cuatro considerandos que la propia actora cita en su demanda. El considerando 45 de la Directiva 2000/31/CE establece que las limitaciones de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación no afecta a la posibilidad de entablar acciones de cesación de distintos tipos, citando las órdenes que sirvan para poner fin a cualquier infracción.

El considerando 47 de la Directiva 2001/29/CE también establece que los estados miembros no pueden imponer a los prestadores de servicios una obligación de supervisión exclusivamente con respecto a obligaciones de carácter general. Esto no se refiere a las obligaciones de supervisión en casos específicos y, en particular, no afecta a las órdenes de las autoridades nacionales formuladas de conformidad con la legislación nacional.

Y el considerando 59 de la Directiva 2001/29/CE establece que " sobre todo en entorno digital, es posible que terceras personas utilicen cada vez con mayor frecuencia los servicios de intermediarios para llevar a cabo actividades ilícitas. En muchos casos, estos intermediarios son quienes están en mejor situación en poner fin a dichas actividades ilícitas. Así pues, y sin perjuicio de otras sanciones o recursos contemplados, los titulares de derechos deben tener la posibilidad de solicitar medidas cautelares contra el intermediario que transmita por la red la infracción contra la obra o prestación protegida cometida por un tercero. Esta posibilidad está abierta aun cuando los actos realizados por el intermediario estén exentos en virtud del artículo 5. Debe corresponder a la legislación nacional de los Estados miembros regular las condiciones y modalidades de dichas medidas cautelares".

Finalmente, el considerando 23 de la Directiva 2004/48/CE establece que " sin perjuicio de cualesquiera otras medidas, procedimientos y recursos de que se disponga, los titulares de derechos deben tener la posibilidad de solicitar que se dicte un mandamiento judicial contra los intermediarios cuyos servicios se utilicen por terceros para infringir el derecho de propiedad industrial del titular. Las condiciones y modalidades relacionadas con esos mandamientos judiciales se dejan a la discreción de las legislaciones nacionales de los Estados Miembros".

Por tanto, con arreglo a este planteamiento, debe ser la legislación de cada estado la que cumpla con las directrices expuestas.

En nuestro país, el titular de los derechos puede elegir entre dirigir la acción contra el infractor; contra el responsable de la infracción que induzca a la misma o coopere con la misma conociendo la conducta infractora; o contra quien tiene un interés directo económico en los resultados de la conducta infractora y cuente con capacidad de control sobre la misma.

Pero también, podrá dirigir esta acción de cesación contra los prestadores de servicios, en los que no concurren las anteriores circunstancias, como medida eficaz de lograr el cese de la infracción.

Y conforme a lo expuesto, sin necesidad de demandar simultáneamente, al autor directo de la infracción, ni a los que de una u otra forma cooperan con él o se benefician económicamente de sus resultados.

Así resulta de la norma y de la finalidad perseguida por la legislación comunitaria.

Pero del mismo modo, con carácter prejudicial, el actor habrá que demostrar la infracción sobre los derechos de propiedad intelectual.

En el sentido expuesto, la acción dirigida contra los prestadores de los servicios de información, es una suerte de acción directa, figura que no es ajena ni extraña en nuestro ordenamiento. Por ejemplo, artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro , artículo 1552 o 1597 del Código Civil . Ahora bien, cada una mantiene sus propias características.

Pero en todo caso, sin que pueda plantearse sobre dicho particular, problemas derivados de la tutela judicial efectiva ni vulneración del derecho de defensa.

Por estos motivos, también la petición, para evitar traer al infractor al procedimiento, no contiene solicitud de declaración de infracción, sino que se limita a que las entidades demandadas impidan el acceso a sus usuarios en el ámbito territorial en el que actúan, a la pagina web de referencia.

Todo ello, por supuesto, si es acreditada la existencia de una infracción contra los derechos en litigio.

20. Proporcionalidad de la medida.



Sobre el particular se puede indicar que la medida tiene un cierto carácter limitado, en tanto que, como se ha expuesto, se podrá acceder a la página web desde otros operadores contra los que no se ha dirigido la demanda.

Pero la cuestión es ajena a lo expuesto. Corresponde a la actora la elección de su estrategia procesal, aún asumiendo que la medida solicitada no permitirá un completo aislamiento de la página web.

En segundo lugar, la medida parece proporcionada desde el punto de vista material y temporal. Persigue que no se posibilite el acceso a la misma. Por lo demás, resulta adecuada a la gravedad de la infracción. Otro tipo de medida, como lo sería el permitir el acceso a la parte de la página web no destinada específicamente para la descargas, favorecería una rápida acomodación de la misma, para los fines que se intentan eludir. El titular de la misma ha realizado actos similares, tal como se ha expuesto a lo largo de esta resolución.

Y el ámbito temporal también es relativo en cuanto que se ciñe a un año o antes, si se acreditara el restablecimiento de la legalidad. En aplicación analógica a lo previsto en los artículos 22.3 del RD 1889/2011 de 30 de diciembre, en cuanto al cese en 72 horas y al artículo 24.4 del mismo RD, en cuanto al año de duración o cuando se restablezca la legalidad.

21. Como conclusión puede citarse la STJUE de 7 de julio de 2016, citada por la asistencia letrada de la entidad actora en fase de conclusiones.

En esta resolución se vuelve a incidir que corresponde a la legislación de los estados miembros las condiciones y modalidades de los requerimientos judiciales a efectuar contra los intermediarios.

En segundo lugar, y sin perjuicio de la necesaria uniformidad de las distintas legislaciones, estas pueden establecer medidas siempre que sean más favorables a los titulares de derechos, tal como expone el artículo 2 de la Directiva 2004/48.

En tercer lugar, recuerda que el art. 3 de la Directiva 2004/48 indica que las medidas procedimientos y recursos, serán justos y equitativos, pero añade también que no deberán ser inútilmente complejos, ni comportarán plazos injustificables ni retrasos innecesarios.

Y finalmente, considera que el intermediario al que se menciona en el artículo 8.3 de la Directiva 2001/29, y en el artículo 11, tercera frase de la Directiva 2004/48/CE, puede ser incluso el arrendatario de un mercado físico, que subarrenda los diferentes puestos de venta a comerciantes, algunos de los cuales utilizan el puesto para vender mercancías que constituyen falsificaciones de productos de marca.

El citado procedimiento se entabló por las entidades Tommy Hilfiger Licensing, Urban Trends Trading BV, Rado Uhren AG, Facton Kft, Lacoste y Burberry Ltd, contra la entidad que subarrendaba los locales a los diferentes comerciantes en un mercado físico.

Este último extremo (como también sucede en el caso Telekabel), que la demanda se dirige entre el titular de derechos y el intermediario (pero no lo hace contra el autor material), no es un dato esencial para resolver la cuestión porque, como se ha indicado, debe ser la legislación de cada estado miembro la que determine las circunstancias, acciones y recursos que caben contra ese tipo de resoluciones.

Y, de acuerdo a los argumentos expuestos, se considera que la legislación española, lo permite.

Por todo ello, debe estimarse la demanda en su integridad.

Quinto.- Costas.

22. Se imponen las costas procesales a las partes demandadas al ser rechazadas todas sus pretensiones. Artículo 394 de la Lec.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

que estimo íntegramente la demanda interpuesta por la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELLECTUALES (AGEDI) contra ORANGE CATALUNYA XARXES DE TELECOMUNICACIONS, S.A., ORANGE ESPAGNE, S.A.U., EURONA WIRELESS TELECOM, S.A., TELEFONICA ESPAÑA, S.A.U., CABLEEUROPA, S.A.U., JAZZ TELECOM, S.A.U., y VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. debo condenar a éstas a que

a) Adopten, en el plazo improrrogable de 72 horas después de recibir la sentencia estimatoria de la presente demanda, todas las medidas necesarias, y realicen todas las gestiones precisas, para impedir de manera real y efectiva el acceso, desde el territorio español, a la web infractora www.exvagos.com.



- b) informen al tribunal y a la actora, de manera inmediata, y de forma clara y comprensible, de las medidas y gestiones mencionadas en el apartado anterior, una vez hayan sido adoptadas.
- c) Mantengan las medidas adoptadas hasta que acrediten ante el tribunal el restablecimiento de la legalidad o, en todo caso, hasta el transcurso de un año desde su adopción.

Se imponen las costas procesales de este procedimiento a las demandadas del presente procedimiento.

Notifíquese la presente resolución en la forma establecida en el artículo 248.4 de la L.O.P.J ., indicando que contra ella cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo de 20 días desde su notificación.

No se admitirá el recurso si al prepararlo, no se acredita haber efectuado el depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones del este juzgado (Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ en la redacción dada por la LO de 3 de noviembre de 2009. Asimismo, la parte deberá manifestar expresamente que la consignación se efectúa a los efectos de interponer un recurso, así como el recurso que se interpone, debiendo efectuarse la consignación en resguardo separado e independiente de cualquier otra consignación.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

FONDO DOCUMENTAL CERDAS