



Roj: **AAP M 5810/2010 - ECLI:ES:APM:2010:5810A**

Id Cendoj: **28079370282010200052**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **12/04/2010**

Nº de Recurso: **309/2009**

Nº de Resolución: **55/2010**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE ZARZUELO DESCALZO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

AUTO: 00055/2010

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

C/ General Martínez Campos nº 27.

Teléfono: 91 4931988/89

Fax: 91 4931996

ROLLO DE APELACIÓN Nº 309/09.

Procedimiento de origen: Diligencias Preliminares nº 141/09.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid.

Parte recurrente: **HUSTLER** EUROPE G.M.B.H.

Procurador: Don Ramón Blanco Blanco

Letrado: Don Enric Bertolín i Ponsa

AUTO NÚM. 55/2010

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO

En Madrid, a doce de abril de 2010.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA, D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ y D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 309/2009, interpuesto contra el auto de fecha 4 de mayo de 2009 dictado en las Diligencias Preliminares núm. 141/2009 seguidas ante el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid.

Ha sido parte en el recurso la solicitante de las Diligencias Preliminares **HUSTLER** EUROPE G.M.B.H., representada por el Procurador Don Ramón Blanco Blanco y defendida por el Letrado Don Enric Bertolín i Ponsa.

ANTECEDENTES



PRIMERO.- Con fecha 4 de mayo de 2009 se dictó auto por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid en cuya parte dispositiva se indicaba: "Acuerdo INADMITIR la solicitud de diligencias preliminares formulada por el Procurador Sr. Blanco Blanco en representación de **Hustler** Europe GmbH, con devolución de la caución si se hubiera hecho efectiva; procediendo al ARCHIVO de las presentes actuaciones, firme que sea la presente resolución".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a la parte, por la representación de **HUSTLER EUROPE G.M.B.H.** se interpuso recurso de apelación que, admitido por el juzgado y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase. En fecha 8 de abril de 2010 se celebró la deliberación, votación y fallo del recurso.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Es magistrado ponente D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad "**HUSTLER EUROPE G.M.B.H.**" promovió Diligencias Preliminares contra las mercantiles "TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U." (TELFÓNICA) y "JAZZ TELECOM, S.A.U.", con el objeto de que se requiriera a las citadas entidades para que conservaran determinados datos y desvelasen la identidad de los usuarios a los que prestan servicio de acceso a Internet, de los que se conoce su IP y la fecha y hora de conexión, que utilizando un programa de intercambio de archivos (peer to peer -P2P-), denominado eDonkey2000, ofrecen en su carpeta compartida archivos que contienen obras cinematográficas cuya explotación en España corresponde en exclusiva a la peticionaria, de modo que aquéllos, primero reproducen en sus ordenadores las películas y, luego, las ofrecen a cualquiera que esté conectado a una red P2P, con infracción de los derechos de propiedad intelectual.

En definitiva, la instante ante la constatación de que determinados usuarios del programa de intercambio de archivos eDonkey2000 estaban cometiendo actos que vulneraban los derechos de reproducción y comunicación al público sobre las obras cinematográficas cuyos derechos ostenta, pretende que los prestadores de servicio de Internet antes reseñados, le faciliten su identidad, a partir de la IP, día y hora de conexión, conocida por la solicitante, para promover el posterior juicio ejercitando las correspondientes acciones contra los infractores.

La resolución recurrida deniega la práctica de las diligencias preliminares al no cumplirse la premisa exigida legalmente - art. 256.1.7º de la LEC - de que los actos de infracción se realicen a escala comercial, al manifestarse en la propia solicitud que las IP se corresponderían con personas que habrían procedido a reproducciones no autorizadas de obras protegidas para un uso personal y no para su cesión a terceros a cambio de un beneficio, y al entender que la cesión de datos requerida sólo puede tener lugar con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves, en aplicación del artículo 1 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, por la que se transpone la Directiva 2006/24 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, y por la que se modifica la Directiva 2002/58 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, interpretación que es conforme al derecho comunitario en atención a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de enero de 2008, y en coherencia con lo que disponía en su artículo 12.3 la Ley 34/2002 de Servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

Contra la citada resolución se alza la entidad "**HUSTLER EUROPE G.M.B.H.**" que insiste en la procedencia de la práctica de las diligencias solicitadas con amparo en el artículo 256.1.7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en los artículos 18 y concordantes del TRLPI, vulnerando la denegación su derecho a la tutela judicial efectiva y su derecho a la obtención de la prueba útil, necesaria y pertinente de la existencia de infracciones civiles de derechos de autor.

SEGUNDO.- Idéntica pretensión a la suscitada en el marco del presente recurso de apelación ya ha sido recientemente resuelta por este tribunal mediante auto dictado con fecha de 19 de febrero de 2010 en el que se indicaba que el artículo 1 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, antes citada, establece: "Esta Ley tiene por objeto la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos



graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales". Añadiendo el artículo 6 que: "Los datos conservados de conformidad con lo dispuesto en esta Ley sólo podrán ser cedidos de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se determinan y previa autorización judicial".

La claridad del precepto no puede ofrecer el menor atisbo de duda sobre la imposibilidad de requerir a las entidades prestadoras del servicio de Internet para que cedan sus datos para finalidades distintas de las previstas en la ley, en este caso para promover un litigio civil sobre infracciones de propiedad intelectual.

Dicha regulación endurece incluso el marco normativo precedente constituido por el artículo 12 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, derogado por la Ley 25/2007, de 18 de octubre de 2007, en cuyos apartados 2 y 3 se establecía: "2. Los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los prestadores de servicios a que se refiere este artículo no podrán utilizar los datos retenidos para fines distintos de los indicados en el apartado siguiente u otros que estén permitidos por la Ley. 3.- Los datos se conservarán para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los Jueces o Tribunales o del Ministerio Fiscal que así los requieran."

Precisamente en el marco normativo, más amplio, definido por el artículo 12 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de fecha 29 de enero de 2008, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, en un litigio similar en el que el titular de determinados derechos de propiedad intelectual trataba de obtener del prestador del servicio de Internet la identificación de los usuarios de determinado programa de intercambio de archivos musicales para promover la correspondiente demanda, señaló: "Las Directivas 2000/31/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre comercio electrónico); 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; 2004/48/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual; y 2005/58/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), no obligan a los Estados miembros a imponer, en una situación como la del asunto principal, el deber de comunicar datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil. Sin embargo, el Derecho comunitario exige que dichos Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico interno a estas Directivas, procuren basarse en una interpretación de éstas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. A continuación, en el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico interno a dichas Directivas, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no solo interpretar su Derecho nacional de conformidad con estas mismas Directivas, sino también no basarse en una interpretación de éstas que entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad". Y en el mismo sentido se resuelve en el ulterior auto del mismo Tribunal de 19 de febrero de 2009.

Precisado lo anterior, como es obvio, la protección de la intimidad, de la confidencialidad de las comunicaciones y de los datos de tráfico asociadas a ellas en el ámbito de las comunicaciones electrónicas no es absoluta y es el legislador, valorando la posible colisión con otros derechos, el que establece las excepciones que justifican la comunicación de los datos retenidos, excepciones entre las que, actualmente, no se encuentra facilitar los datos a los jueces y tribunales para que un perjudicado promueva un procedimiento civil por infracción de los derechos de propiedad intelectual.

Es el legislador, en ejercicio legítimo de sus exclusivas competencias, el que ha valorado y calibrado los distintos derechos e intereses en juego. Así, en caso de conflicto entre los derechos derivados de la propiedad intelectual y su protección, de un lado, y, de otro, los derechos la intimidad personal, la confidencialidad de las comunicaciones y de los datos de tráfico asociadas a ellas en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, éstos prevalecen salvo que su cesión se pretenda para la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

En definitiva, de la lectura de los artículos 1 y 6 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, se deduce con claridad que los datos retenidos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información sólo pueden utilizarse para la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales



especiales, quedando excluida la cesión para promover un procedimiento civil por infracción de los derechos de propiedad intelectual, al entender el legislador que, en este caso, deben prevalecer otros derechos dignos de mayor protección, sin que, en consecuencia pueda invocarse la denegación de la tutela judicial efectiva ni la infracción del artículo 24 de la Constitución y menos el alegado derecho a la obtención de pruebas útiles, necesarias y pertinentes de la existencia de infracciones civiles de derechos de autor, de las que según el propio instante ya hay vestigios suficientes hasta el punto de que, precisamente, son éstos los que justifican la petición de diligencias preliminares con la finalidad esencial no de obtener tales pruebas sino de identificar a los infractores.

Los razonamientos expuestos justifican la desestimación del recurso de apelación, resultando innecesario el análisis sobre si los actos de infracción se realizan o no a escala comercial y, en consecuencia, la confirmación de lo decidido en la resolución apelada.

TERCERO.- Al desestimarse el recurso de apelación y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil se impondrán a la apelante las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

- 1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de "**HUSTLER** EUROPE G.M.B.H.", contra el auto dictado el 4 de mayo de 2009, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid, en las diligencias preliminares núm. 141/09 del que este rollo dimana.
- 2.- Confirmar íntegramente la mencionada resolución.
- 3.- Imponer a la apelante las costas causadas en esta instancia.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilustrísimos Señores Magistrados integrantes de este Tribunal.