

- 6 SEP 2009

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID
SECCIÓN 28**

C/ General Martínez Campos nº 27.
Teléfono: 91 4931988/89
Fax: 91 4931996

M. JOSÉ RODRIGUEZ TEJERO
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
Col. 383

INSTITUCIÓN PENAL DEL M33
N.º 100 333 3000
CALLE DE LA VILLA 100 333 3000

ROLLO DE APELACIÓN Nº 365/08.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 521/07
Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 42 de Madrid.

Parte recurrente: **ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC)**

Procurador: Doña María José Rodríguez Tejeiro
Letrado: Doña María Isabel Cámara Rubio

Parte recurrida: **TELFÓNICA, S.A.**

Procurador: Don Manuel Lanchares Perlado
Letrado: Don José Miguel Fatás Monforte

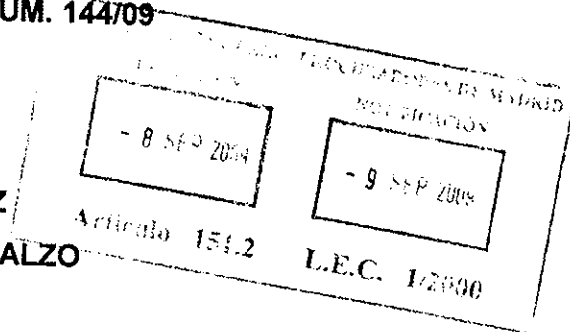
AUTO NÚM. 144/09

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. RAFAEL SARAZÁ JIMENA

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO



En Madrid, a 21 de julio de 2009.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados D. RAFAEL SARAZÁ JIMENA, D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ y D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 365/2008, interpuesto contra el auto de fecha 14 de abril de 2008, dictado en el procedimiento ordinario núm. 521/2007 seguido ante el Juzgado de Primera lo Mercantil nº 4 de Madrid.

Ha sido partes en el recurso como apelante la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC), representada por la Procuradora Doña María José Rodríguez Tejeiro y asistida de la Letrado: Doña María Isabel



Cámara Rubio, siendo apelada la entidad TELEFÓNICA, S.A., representada por el Procurador Don Manuel Lanchares Perlado y asistida por el Letrado Don José Miguel Fatás Monforte.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil num. 4 de Madrid se dictó con fecha 14 de abril de 2008 auto cuya parte dispositiva establece: " Ha lugar a apreciar la prejudicialidad civil propuesta por la representación de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., convirtiendo la suspensión cautelar del presente procedimiento, acordada en providencia de fecha 14 de diciembre de 2007. en definitiva, suspendiéndose el presente procedimiento hasta que finalice por resolución firme el Recurso interpuesto ante el Tribunal de las Comunidades Europeas el 10 de septiembre de 2007 por Telefónica contra la Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 4 de julio de 2007, en el asunto COMP/38.784-Wanadoo España contra Telefónica. Se desestiman los recursos de reposición interpuestos por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios con fecha 2 de enero y 7 de febrero de 2008, respectivamente".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes litigantes, se interpuso por la representación de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC) recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase. En fecha 1 de julio de 2009 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.



RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se alza el presente recurso de apelación de la representación de AUSBANC frente al auto dictado en primera instancia que resolvía acerca de la suspensión del procedimiento solicitada por la representación de TELEFÓNICA y acordaba convertir la suspensión cautelar del procedimiento, acordada por providencia de fecha 14 de diciembre de 2007, en definitiva hasta la resolución firme que resuelva el recurso interpuesto por Telefónica ante el Tribunal de las Comunidades Europeas el 10 de septiembre de 2007 contra la Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 4 de julio de 2007, en el asunto COMP/38.784-Wanadoo España contra Telefónica, desestimando en la misma resolución los recursos de reposición interpuestos por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios frente a la providencia de 14 de diciembre de 2007, acordando la suspensión cautelar, y por el cual la actora solicitaba su levantamiento y frente a la providencia de 14 de enero de 2008, que admitía a trámite el anterior recurso de reposición, por entender que debía resolverse sin audiencia de la demandada por no poder tenerla por personada en el procedimiento.

Esgrime la apelante como motivos de impugnación de la resolución dictada en primera instancia:

1º.- La irregular suspensión cautelar acordada en la providencia de 14 de diciembre de 2007, argumentando de oficio litispendencia, y la irregular suspensión definitiva acordada por medio del auto de 14 de abril de 2008, variando de oficio la anterior providencia y argumentando en este caso prejudicialidad civil para suspender el procedimiento, señalando la nulidad de pleno derecho del referido auto ex arts. 238.3º de la LOPJ y 225.3º de la LEC y considerando la existencia de extemporaneidad para el conocimiento y resolución de óbices procesales, con vulneración de los artículos 5.1 y 11.2 de la LOPJ y quebrantamiento de los artículos 1, 208.4, 214.1, 405.3 y 414 y siguientes de la LEC, así como vulneración de los artículos 9.3, 24.1 y 51 de la



Constitución Española.

2º.- Inexistencia de litispendencia ni de prejudicialidad civil en el presente procedimiento.

3º.- Condena en costas a la demandada.

Y con base en tales motivos viene a solicitar como primera petición la nulidad de pleno derecho del auto recurrido con retroacción de las actuaciones a la audiencia previa, previa declaración de rebeldía de la demandada al haber precluido el plazo para contestar a la demanda; de forma subsidiaria la revocación del auto por no ser procedente enjuiciar en el presente momento procesal prejudicialidad civil; subsidiariamente la revocación por no concurrir prejudicialidad civil acordando en ese caso la continuación del procedimiento en el momento en el que indebidamente se acordó la suspensión y con expresa imposición de costas a la demandada.

Por la parte apelada se formuló oposición al recurso en los términos que constan en el correspondiente escrito.

SEGUNDO.- Debe señalarse de inicio que los motivos de recurso que vienen referidos a errores de procedimiento, en relación con las decisiones adoptadas en las providencias de 14 de diciembre de 2007 y 14 de enero de 2008, no resultan admisibles en tanto fueron objeto de recurso de reposición y puesto que, con independencia del mayor o menor acierto en su resolución, contra el auto que resuelve el recurso de reposición no cabe recurso alguno -artículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, ni tampoco contra aquellos otros interlocutorios o no definitivos, los cuales sólo serán susceptibles de recurso de apelación cuando la ley expresamente lo señale, lo que no sucede en este caso. En la Exposición de Motivos de la Ley 7/2000, ya se expresa que: "Desaparecen, pues, prácticamente, las apelaciones contra resoluciones interlocutorias". El legislador, en aras de una mayor celeridad en el proceso, reafirma y prima la confianza en el Juzgador de Primera Instancia.



El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española que, no obstante, también se satisface con la obtención de una resolución de inadmisión, que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada, si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifique aplicada razonablemente por el órgano judicial (Sentencias del Tribunal Constitucional 19/1981, de 8 de junio; 69/1984, de 11 de junio; 6/1986, de 21 de enero; 118/1987, de 8 de julio; 57/1988, de 5 de abril; 124/1988, de 23 de junio; 216/1989, de 21 de diciembre; 154/1992, de 19 de octubre; 55/1995, de 6 de marzo; 104/1997, de 2 de junio; 108/2000, de 5 de mayo, entre otras muchas), pues, al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente (Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1987, de 18 de noviembre).

Mientras en el acceso a la jurisdicción el principio pro actione actúa con toda su intensidad, por lo que las decisiones de inadmisión sólo serán conformes con el artículo 24.1 de la Constitución Española cuando no eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada (Sentencias del Tribunal Constitucional, 6/1986, de 21 de enero; 118/1987, de 8 de julio; 216/1989, de 21 de diciembre; 154/1992, de 19 de octubre; 55/1995, de 6 de marzo; 104/1997, de 2 de junio; 112/1997, de 3 de junio; 8/1998, de 13 de enero; 38/1988, de 17 de febrero; 130/1998, de 16 de junio; 207/1998, de 26 de octubre; 16/1999, de 22 de febrero; 63/1999, de 26 de abril, y 108/2000, de 5 de mayo), en la fase de recurso el principio pro actione pierde intensidad, pues el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, correspondiendo al ámbito de la libertad del legislador, salvo en materia penal,



el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso (Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1995, de 7 de febrero), por lo que las decisiones judiciales de inadmisión no son, en principio, revisables en la vía de amparo salvo que vulneren el derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que configurado legalmente el recurso, el artículo 23.1 de la Constitución Española garantiza también su utilización (Sentencias del Tribunal Constitucional 63/1992, de 29 de abril, FJ. 2, 63/2000, de 13 de marzo).

Finalmente la circunstancia de que, pese a concurrir una causa de inadmisión, no se dicte en esta fase inicial auto denegando la preparación o la interposición en forma del recurso, en modo alguno impide que luego en la fase de decisión, antes de entrar a examinar el fondo del recurso, se inadmita por tal defecto, pues es sabido que los motivos legales en que puede fundarse la no admisión de un recurso son pertinentes, al resolver el fondo, para desestimarla, pues las causas de inadmisión son suficientes, si resultan demostradas, para que los recursos sean desestimados. Lo que en un primer momento es causa de inadmisión del recurso, luego, en fase de decisión, se torna en causa de desestimación -Sentencias del Tribunal Supremo, cinco de octubre de 1.987, treinta de septiembre de 1.989, dieciocho de diciembre de 1.990, cinco de julio de 1.991, veintisiete de julio de 1.992, siete de febrero de 1.995, cinco de mayo de 1.996, veintidós de diciembre de 1.997, veinticuatro de noviembre y veintiuno de diciembre de 1.998, veintiséis de julio de 1.999 y once de octubre de 2.000, Sentencias del Tribunal Constitucional 202 y 231 /1.999 y Sentencia del Tribunal Constitucional Europeo de Derechos Humanos de 19 de diciembre de 1.997 -.

En definitiva, resulta plenamente conforme con los principios constitucionales la limitación legal del acceso a los recursos de determinadas resoluciones judiciales, lo que permite y aún exige la declaración de inadmisibilidad, cuando así proceda en la fase de preparación, lo que no empece a que si en tal adecuado momento no se hubiere decretado la inadmisión del recurso y se hubiese superado este filtro procesal inicial, pueda luego declararse la inadmisión, como causa ya de desestimación del recurso, en la fase o momento de decisión.



Por tanto, al margen de la carencia de contenido con respecto a la suspensión cautelar por su transformación en definitiva, ha de obviarse cualquier argumentación en torno a las cuestiones que suscita la apelante sobre esos errores de procedimiento, con independencia del mayor o menor acierto de la resolución impugnada en la resolución de las cuestiones sometidas a reposición y sin perjuicio de hacer valer en su día tales motivos en la apelación frente a la resolución definitiva.

TERCERO.- Distinta consideración se ha de tener frente a la resolución recurrida en lo relativo a la suspensión acordada por prejudicialidad civil, por cuanto el recurso de apelación frente a tal decisión viene expresamente previsto en el párrafo segundo del artículo 43 de la LEC, aún cuando no se considere el mismo aplicable.

Debe señalarse de inicio, y en ello ha de convenirse con la recurrente, que es errónea la decisión de suspender el curso del procedimiento, en el momento procesal en que se lleva a cabo, por una inexistente prejudicialidad civil.

Efectivamente, ejercitándose en el presente procedimiento por AUSBANC frente a TELEFÓNICA una acción colectiva de indemnización de daños y perjuicios por conductas contrarias al artículo 82 TCE, por estrechamiento de márgenes a otras operadoras en perjuicio de los consumidores, fundada en la Decisión de la Comisión Europea de 4 de julio de 2007 que declaró contraria la conducta de la demandada al citado artículo y le impuso una sanción que se encuentra recurrida ante el TJCE, en ningún caso puede considerarse que nos encontremos ante un supuesto de prejudicialidad civil de los contemplados en el artículo 43 de la LEC, que establece que "cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil...podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial", al no concurrir el supuesto de hecho contemplado en la norma, es decir, la existencia de una cuestión pendiente de

decidir como principal ante el mismo u otro tribunal civil sino ante una Decisión adoptada por la Comisión Europea, recurrida ante el TJCE.

El Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo de la Unión Europea, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts 81 y 82 del Tratado, ya destacaba la "esencial" labor de los órganos jurisdiccionales nacionales en la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia, salvaguardando los derechos subjetivos emanados del Derecho Comunitario al conocer de los litigios entre particulares, particularmente al conocer de pretensiones resarcitorias nacidas de la comisión de infracciones. Se intentaba configurar en este Reglamento un sistema basado en la complementariedad entre la función de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y la Comisión previéndose, a fin de evitar que se pudieran adoptar decisiones contradictorias, como consecuencia de este sistema de "competencias paralelas", la obligación de no dictar resoluciones incompatibles con decisiones adoptadas por la Comisión (art. 16 del Reglamento, que recoge la doctrina puesta de manifiesto en el Asunto Masterfoods, STJCE 14 diciembre 2000, que se refiere a los arts. 85 y 86 del Tratado, actualmente arts. 81 y 82). Así, mientras la Comisión será la encargada de velar por la aplicación de los principios enunciados en los arts. 81 y 82, adoptando las decisiones individuales que sean precisas, los órganos jurisdiccionales nacionales aplicarán, también, los artículos 81.1 y 82, como consecuencia del efecto directo que tales disposiciones producen en las relaciones entre particulares (la Jurisprudencia del TJCE es reiterada sobre el efecto directo de tales artículos, por ejemplo, Asunto 127/73, Asunto C-282/95, Asunto C-453/99 y Asunto Masterfood, antes citado); pero con la importante diferencia de que mientras la Comisión no se encuentra vinculada por una resolución judicial interna, en aplicación de esos preceptos, y podrá adoptar Decisiones individuales para la aplicación de los mismos aún cuando un acuerdo o una práctica ya haya sido objeto de decisión jurisdiccional los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden dictar resoluciones contrarias a las Decisiones de la Comisión.



Resulta por tanto aplicable al caso lo previsto en el artículo en el artículo 434.3 de la LEC, introducido por la DA 2ª.5 de la LDC, en virtud del cual "se podrá suspender el plazo para dictar sentencia en los procedimientos sobre la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o de los arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia cuando el tribunal tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo. Dicha suspensión se adoptará motivadamente, previa audiencia de las partes, y se notificará al órgano administrativo. Este, a su vez, habrá de dar traslado de su resolución al tribunal".

Se prevé, de modo expreso, y a fin de evitar los riesgos derivados del planteamiento de denuncias paralelas, la suspensión del plazo para dictar sentencia, tanto en la primera instancia como en apelación, en los procedimientos sobre la aplicación de los arts. 1 y 2 LDC, y 81 y 82 Tratado, cuando el tribunal tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo. Dicha suspensión se adoptará motivadamente, previa audiencia de las partes, y se notificará al órgano administrativo. Este, a su vez, habrá de dar traslado de su resolución al tribunal. Contra el auto de suspensión del proceso sólo se dará recurso de reposición (arts. 434 y 465 LEC, tras la señalada modificación operada con la LDC). Esta solución, de suspensión del procedimiento antes de dictar sentencia, es el cauce procesal en el que se plasma la previsión del art. 16.3 Reglamento 1/2003, a fin de evitar el dictado de resoluciones incompatibles con decisiones de la Comisión, en procedimientos que haya incoado y ya la propia Comisión Europea, en su Comunicación C-101/04 de 27 de abril, indica esa solución hasta que los tribunales comunitarios dictan resolución definitiva cuando media recurso de anulación frente a una decisión de la Comisión. Ha de entenderse por tanto que, en identidad de razón por no ser firme la Decisión, la suspensión del procedimiento prevista en los artículos



434 y 465 de la LEC no puede acordarse hasta el momento anterior al dictado de Sentencia, en cuyo caso el Juez podrá adoptar la decisión que estime pertinente en orden a si procede la suspensión hasta que sea firme la Decisión de la Comisión Europea.

TERCERO.- Al estimarse en parte el recurso de apelación, de conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede la imposición de las costas causadas con el recurso.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso.

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

- 1.- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC) contra el auto dictado el 14 de abril de 2008, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, en el procedimiento ordinario núm. 521/07 del que este rollo dimana.
- 2.- Revocar parcialmente la expresada resolución para dejar sin efecto la suspensión acordada, debiendo continuar la tramitación del procedimiento por sus trámites legales hasta el momento de dictar Sentencia en el cual, conforme a lo estipulado legalmente, podrá acordar lo que estime procedente, manteniendo el resto de sus pronunciamientos.
- 3.- No hacer expresa imposición de las costas de esta instancia.

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

