



Roj: **AAP B 2643/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:2643A**

Id Cendoj: **08019370152019200080**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **06/05/2019**

Nº de Recurso: **1760/2018**

Nº de Resolución: **82/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MANUEL DIAZ MUYOR**

Tipo de Resolución: **Auto**

### **Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

N.I.G.: 0801947120188003166

### **Recurso de apelación 1760/2018-2ª**

Materia: Medidas cautelares

**Órgano de origen:**Juzgado de lo Mercantil nº 07 de Barcelona

**Procedimiento de origen:**Medidas cautelares previas (art. 727) 314/2018

**AUTO núm. 82/2019**

MAGISTRADOS Ilmos. Sres.

JUAN F. GARNICA MARTIN

JOSE MARIA FERNANDEZ SEIJO

Manuel Díaz Muyor

En Barcelona, a seis de mayo de dos mil diecinueve.

**Apelante:** CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A.

**Letrado:** Juan Aguado Domingo y María Pérez Herrera

**Procurador:** Mónica Banqué Bover

**Apelados:** FONTFERRI S.C.P., Granja La Gónima SAT, Leoncio

**Letrado:** Albert Poch y Andoni de la Llosa

**Procurador:** Francesc Ruiz Castel

**Resolución recurrida:** Auto

**Fecha:** 4 de julio de 2018

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** La parte dispositiva del auto apelado es del siguiente tenor: "DECIDO: estimar parcialmente la oposición a las medidas cautelares adoptadas en auto de fecha 27 de marzo de 2018 , dejando sin efecto dicha resolución únicamente respecto de Granja La Gónima S.A.T. y D. Leoncio ".



**SEGUNDO.** Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A. que fue admitido a trámite. Por la solicitante de las medidas se presentó escrito de oposición al recurso.

**TERCERO.** Recibidos los autos por la Sala, formado el rollo de apelación y comparecidas las partes se señaló para votación y fallo el pasado 14 de febrero de 2019.

Es ponente el Sr. Manuel Diaz Muyor.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

### PRIMERO. Antecedentes relevantes.

Los solicitantes de las medidas cautelares (Fontferri, Ramaderia La Codina, Leoncio y Granja La Gómina) que se impugnan en esta instancia son ganaderos, productores de leche fresca que comercializan de facto en exclusiva a la demandada Corporación Alimentaria Peñasanta, S.A.

Formularon escrito de solicitud de medidas cautelares previas a la demanda, para su tramitación inaudita parte, a fin de que se decretase la continuidad del contrato de CAPSA con estos productores, ante la intención de esta última de reducir el periodo de contratación que viene manteniendo con los ganaderos. En concreto, se solicitó que se prohíba a CAPSA el cese en la compra de leche cruda mientras esté pendiente este procedimiento y el que suceda estas medidas cautelares y se ordene la continuidad en la recogida de leche cruda de las referidas explotaciones, a partir del 1 de abril, en la misma forma y condiciones económicas aplicadas hasta la fecha, durante un año desde la fecha de los respectivos contratos suscritos con cada uno de los solicitantes.

Esta empresa el día 19 de marzo de 2018 comunicó a varios ganaderos que le suministraban leche fresca de vaca que a partir del día 1 de abril dejaba de solicitar el producto, en una época de máxima producción del ganado, afirmando los solicitantes de la medida cautelar que esta empresa goza de una posición de dominio en el mercado de la venta de leche, habiendo sido objeto de una sanción por parte de la CNMC, de fecha 26 de febrero 2015.

El Juzgado de lo Mercantil Siete de Barcelona dictó el auto nº 60/2018, de fecha 27 de marzo de 2018 por el que se fijaba la prohibición a CAPSA de cesar en la recogida de la leche. Esta medida quedó sin efecto por Decreto de 11 de abril en relación a Ramaderia La Codina, que había encontrado un comprador alternativo a CAPSA para vender la leche que produce.

Presentada oposición a la medida cautelar acordada, se dictó el auto que ahora se recurre, nº 150/2018, de 4 de julio, por el que se dejaba sin efecto la medida cautelar respecto del Sr. Leoncio y Granja La Gómina, manteniéndose dicha medida para Fontferri.

Con la finalidad de evitar abusos y regular las relaciones de los ganaderos y las empresas que adquieren la leche fresca, el Real Decreto 125/2015 contempla la posibilidad de acogerse a un contrato que se regula en el art. 11, y donde se dice que "Artículo 11. Requisitos mínimos del contrato.

*1. El contrato deberá suscribirse antes de que se realice el suministro de la leche cruda e incluirá, al menos, los elementos establecidos en el anexo III.*

*Todos los elementos del contrato deberán ser libremente negociados por las partes y conocidos con anterioridad a la firma. Los contratos en los que participe como suministrador un productor, tendrán una duración mínima de un año.*

*Para ello, el receptor de la leche deberá realizar una oferta de contrato por escrito con una duración mínima de un año. La oferta deberá presentarse al menos dos meses antes de la finalización del contrato en vigor y en caso de tratarse de una nueva relación contractual, al menos dos meses antes del inicio de las entregas de leche.*

*La oferta deberá ser identificada como tal e incluir todos los datos incluidos en el anexo III, así como la fecha de presentación. Deberán realizarse dos copias de la oferta, que deberán ser firmadas y conservadas por ambas partes, al menos, durante un periodo de dos años tras su presentación.*

*3. No obstante lo establecido en el apartado 2 de este artículo, el productor podrá rechazar esa duración mínima en supuestos debidamente justificados y notificados por el productor a la autoridad competente de la comunidad autónoma donde radique su explotación a la mayor brevedad posible. Esta comunicación irá acompañada de una copia de la oferta inicial de contrato de un año presentada por el receptor.*

*En caso de que el receptor que presentó la oferta tenga la sede de su dirección efectiva en una comunidad autónoma diferente a la del productor, la autoridad competente que reciba la notificación del rechazo comunicará esta circunstancia y el receptor afectado a la autoridad competente correspondiente.*



Fontferri había suscrito en los últimos años varios contratos con CAPSA, que comprendían un periodo entre 1 de febrero de 2017 y 30 de septiembre del mismo año, posteriormente por un periodo entre 1 de septiembre de 2017 y 31 de diciembre de 2017, y el último desde 1 de diciembre de 2017 hasta 31 de marzo de 2018, en el que se incluía un pacto Cuarto donde se dice que: " **Duración y resolución** . *El presente contrato tiene una duración de 3 meses (3 meses a partir de su entrada en vigor, fijada en la fecha 1 de enero de 2018 y finalizando, sin necesidad de previo aviso el 31 de marzo de 2018)* " .

CAPSA tenía intención de reducir el periodo de duración de cada contrato a un tiempo máximo de 3 meses, reservándose tras cada periodo contractual la posibilidad de continuar o cesar en el contrato.

Con fecha 27 de marzo de 2018 por el Juzgado de lo Mercantil 7 de Barcelona se dictó auto por el que se acordaba prohibir a CAPSA el cese en la compra de lecha cruda de vaca, durante el plazo de un año desde la fecha del contrato suscrito con cada uno de los solicitantes de la medida y dejando sin efecto el cese en el suministro que CAPSA quería aplicar a partir de 1 de abril de 2018.

Por CAPSA se planteó declinatoria por falta de competencia objetiva dada la existencia de un convenio arbitral incluido en los contratos de suministro de leche de vaca entre las partes, donde ya se formulan las alegaciones que se reiteran en este recurso y que más adelante exponremos.

Se opuso además a la medida cautelar acordada, cuestión que fue resuelta posteriormente en fecha 4 de julio de 2018 por el auto que se recurre.

### **SEGUNDO. Resolución recurrida y alegaciones de las partes en esta instancia.**

El auto recurrido decreta la medida interesada, tras estimar parcialmente la oposición formulada a las medidas adoptadas en auto de fecha 27 de marzo de 2018 , dejando sin efecto dicha resolución para Granja La Gónima y Leoncio .

CAPSA interpone recurso de apelación y alega, en síntesis, la existencia de un convenio arbitral entre las partes, previsto en el contrato de suministro que las mismas suscribieron en su día, falta de concurrencia de los requisitos de una medida cautelar: accesoriedad, instrumentalidad y proporcionalidad.

### **TERCERO. Posición del Tribunal. Sobre la cláusula de convenio arbitral.**

En los contratos entre CAPSA y los productores de leche, se incluía una cláusula que establecía lo siguiente: " *Cualquier diferencia que pueda surgir entre las partes en relación con la interpretación o ejecución del presente contrato y que las mismas no logran resolver en común acuerdo, se resolverá definitivamente, mediante arbitraje administrado por la Corte Española de Arbitraje, de acuerdo con su Reglamento y Estatuto, a la que se encomienda la administración del arbitraje y el nombramiento del árbitro o árbitros* " . La parte recurrente considera que las acciones que se ejercitan y que dan lugar a la medida cautelar que se recurre son materia susceptible de arbitraje, por lo que el órgano judicial donde han sido planteadas estas cuestiones carece de toda competencia y lo tramitado se encuentra viciado de nulidad.

Afirma que las acciones que se ejercitan, si bien aparecen reguladas en la Ley de Competencia Desleal, tienen su origen en una situación de naturaleza contractual de la que se deriva la dependencia económica en la que se basa la pretensión que se pretende ejercitar, es decir, los contratos de suministro de leche suscritos entre las partes, por lo que las acciones ejercitadas tienen cabida dentro de las materias sujetas a arbitraje que en su momento se pactaron.

La competencia del Juzgado de lo mercantil debe ser mantenida, no siendo de aplicación al presente caso el convenio arbitral al que se hace referencia. Las acciones ejercitadas son acciones de naturaleza legal, derivan directamente de la aplicación de las normas de competencia desleal, resultando indiferente que los hechos sobre los que se aplican sean contratos ya que en este caso, el conflicto que se pretende resolver no lo es por infracción o incumplimiento de las reglas contractuales, y por ello no puede acudir al arbitraje pactado, previsto para las controversias que deriven de la "interpretación" y la "ejecución" de tales contratos, pero para la aplicación de otros supuestos, como posibles conflictos de competencia desleal, no han sido contemplados por las partes.

Se cita por la recurrente, entre otras resoluciones, el Auto de este Tribunal de fecha 29 de abril de 2009 para un supuesto similar, no siendo trasladables, pese a dicha similitud, los argumentos que se contienen en el mismo. En aquel caso, a diferencia del supuesto contemplado en este recurso, la causa de pedir radicaba en el incumplimiento por una de las partes, de diversas obligaciones contractuales sustantivas, vinculadas directamente a comportamientos que los pactos contractuales no autorizaban, lo que suponía la existencia de un auténtico conflicto contractual entre las partes, determinante de la causa de pedir, mientras que en nuestro caso, la acción ejercitada se funda en unos hechos ajenos a la realidad contractual, ya que es la situación de dependencia económica, y no el cumplimiento o incumplimiento de las reglas contractuales lo que constituye



el sustrato fáctico de la causa de pedir, por lo que resulta indiferente que exista un contrato, ya que en sentido estricto, no se dirimen diferencias en la interpretación o ejecución de los contratos sino la existencia de un acto de competencia desleal. No existe, por tanto, conexión entre la acción de competencia desleal ejercitada y el cumplimiento contractual, de forma que no debe entrar en juego el convenio arbitral estipulado entre las partes.

Descartada la aplicación del convenio arbitral, es innecesario cuestionar la competencia del Juzgado de lo Mercantil respecto de las actividades en materia de ayuda y apoyo al arbitraje, que desde la reforma de la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, corresponden ahora a los Juzgados de Primera Instancia.

#### **CUARTO. Ausencia de buen derecho.**

Por la recurrente se alega también infracción del art. 726 LEC, por entender que no se dan los requisitos de accesoriadad, instrumentalidad y proporcionalidad en la medida cautelar solicitada.

Sin embargo, donde radica nuestra discrepancia con el auto recurrido es en la apreciación de buen derecho, que entendemos no concurre, por no apreciar los presupuestos que el art. 16.2 y 3 LCD exigen para apreciar deslealtad por dependencia económica. La norma citada exige que el sujeto que padece el acto de competencia desleal se encuentre en una situación en la que no exista alternativa económica si la parte infractora deja de cumplir con la prestación que venía realizando, sin que ni se exija tampoco que este sujeto tenga una posición de dominio en el mercado en cuestión.

No resulta suficiente para apreciar un ilícito concurrencial de esta clase que se impongan precios de la leche al comprador, y no deben tenerse en consideración aquellas situaciones que en su momento motivaron la imposición de determinadas sanciones por los organismos de **defensa de la competencia**, como la impuesta en el año 2015, donde la apelante fue sancionada, junto a otros empresarios del sector por fijación de precios y reparto de mercado, hechos que no se ha demostrado tengan incidencia alguna en la situación que ahora estamos enjuiciando, en primer lugar por ser hechos que ocurrieron en el año 2002 y que, junto a este desfase temporal que impide que puedan ser tenidos en cuenta, no se ajustan al supuesto de deslealtad concurrencial del art. 16 LCD, ya que no toda posición de dominio equivale a situación de dependencia económica respecto de quienes contratan con quien ostenta dicha posición.

De otra parte, se echa en falta una determinación precisa del mercado en cuestión donde podría apreciarse la falta de alternativas de los ganaderos, pues ya el Tribunal Supremo, en sentencia núm. 75/2012 de 29 de febrero, hace referencia a la necesidad de determinar el mercado en que se producen las relaciones entre las partes para poder determinar si en el mismo existen alternativas suficientes, como también dijimos en Sentencia de esta misma Sección en fecha 3 de enero de 2019 (ROJ: SAP B 23/2019 - ECLI:ES:APB:2019:23) debiendo asumir Fontferri las consecuencias de concentrar la venta de su producción de manera exclusiva, cuando nadie le obligaba a ello y podía diversificar el destino de la producción.

Junto a las anteriores consideraciones, debe decirse también que en el mercado de ámbito territorial operan, según datos del Fondo Español de garantía Agraria, 53 compradores de leche fresca, que junto a los empresarios franceses del sector que operan en esta región por razón de proximidad, permite suponer que existen alternativas frente a la negativa de CAPSA para adquirir leche fresca, como ya ha ocurrido con otros empresarios que inicialmente plantearon la medida cautelar de forma conjunta, habiéndose retirado de la misma por encontrar comprador para su producto. No podemos atribuir relevancia en esta cuestión a la testifical del Sr. Roberto, del Departament d'Agricultura de la Generalitat de Catalunya, que se limitó, ante las preguntas formuladas, a manifestar, sin mayor concreción, que existe una situación de dependencia económica entre las partes.

Así debe entenderse, cuando la parte recurrida, que afirma que el sector está en manos de los compradores de leche fresca, que son quienes fijan los precios, y que los ganaderos tienen dificultades para encontrar comprador, opta por contratos con CAPSA inferiores a un año, sometiéndose voluntariamente a una inestabilidad contractual que no le era impuesta por la normativa aplicable. Se aportan datos objetivos que impiden apreciar una imposición de condiciones, al menos en lo que concierne a la duración de los contratos entre CAPSA y sus proveedores.

La regulación específica de este tipo de contratos contempla que los mismos tengan una duración anual, que no indefinida, y es el ganadero quien puede tomar la iniciativa de proponer una duración inferior a cada contrato, previa comunicación a la administración competente. En este contexto normativo tampoco debería excluirse la posibilidad de que por alguna vía, CAPSA influyese o condicionase a los productores, pero lo cierto es que la mayor parte de sus contratos, tanto en zona de Cataluña como en la de Galicia, donde principalmente adquiere la leche fresca, la mayor parte de sus contratos, en un elevado porcentaje, son contratos de duración anual y solo unos pocos son de duración inferior.



Por tanto, se nos hace difícil deducir una imposición de condiciones resultado de una situación de dependencia económica, y más aún cuando es precisamente en la zona de Cataluña, a diferencia de Galicia, donde la mayor parte de contratos son de duración inferior al año.

Una observación resulta de calificar estos contratos como contratos de duración determinada, y en consecuencia, a diferencia de aquellos que lo son de duración indefinida, no precisan de una denuncia o preaviso antes de su finalización, pues termina una vez expira el tiempo prefijado en cada relación contractual, que podrá dar lugar a un contrato nuevo, con nuevo periodo de duración, pero sin que pueda hablarse de relaciones contractuales de tipo indefinido. En este sentido, el Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la contratación alimentaria, en su apartado 17 dice que procede " *comunicar el cese total o parcial de la relación comercial indefinida, o de duración igual o superior a un año (incluyendo renovaciones) mediante un preaviso escrito en un plazo razonable condicionado por las circunstancias concretas....* ", recomendación que tampoco sería aplicable a este caso.

En definitiva, no se aprecia la existencia de un buen derecho por lo que se entiende que la medida cautelar no debió adoptarse, de forma que procede la estimación del recurso.

#### **QUINTO. Costas**

Dada la estimación del recurso, no procede imponer costas en esta instancia, conforme al art. 398 LEC .

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Estimamos el recurso de apelación formulado por CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A. (CAPSA) contra el Auto de fecha 4 de julio de 2018 , que se revoca en el sentido de estimar íntegramente la oposición que la recurrente formuló contra el auto de fecha 27 de marzo de 2018 , dictado inaudita parte, por el que se acordó " *prohibir CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A. el cese en la compra de leche cruda de vaca producida por las explotaciones Fontferri, SCP, Ramaderia La Codina SCP; Granaj la Gònima, SAT y D. Leoncio durante el plazo de un año a constar desde la fecha de firma de sus contratos con CAPSA, y en consecuencia, ordeno la continuidad en la recogida de leche cruda de las referidas explotaciones a partir del día 1 de abril, de la misma forma y en idénticas condiciones económicas aplicadas hasta la fecha* " .

Se impone a la solicitante de la medida cautelar las costas del procedimiento seguido para su adopción y sustanciación de la oposición, con condena a resarcir los daños y perjuicios que la medida cautelar hubiera causado a CAPSA.

Sin imposición de costas en esta instancia.

Con devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso extraordinario alguno.

Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, a los efectos pertinentes.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados componentes del tribunal.