

JUZGADO MERCANTIL Nº 11 BARCELONA
Medida cautelar previa 1537/2019

Parte actora: FOMENT DEL TREBALL NACIONAL

Procurador: D. Francisco Javier Manjarín Albert.

Letrado: Dña. María Teresa de Gispert Pastor y D. José Manuel Calavia Molinero.

Parte demandada: ASSEMBLEA NACIONAL CATALANA

Procurador: D. Jesús Sanz López.

Letrado: D. Xoxé Senén Rodríguez.

Magistrada que dicta la resolución: Dña. Amagoia Serrano Barrientos.

AUTO

En Barcelona, a 20 de diciembre de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 23 de julio de 2019, el Procurador de los Tribunales D. FRANCISCO JAVIER MANJARÍN ALBERT, en nombre y representación de FOMENT DEL TREBALL NACIONAL (en adelante, FOMENT), formuló al amparo del artículo 4 de la LCD y 721 y siguientes de la LEC, solicitud de medidas cautelares previas a la presentación de la correspondiente demanda sobre competencia desleal por infracción del artículo 4 de la LCD, frente a la ASSAMBLEA NACIONAL CATALANA (en adelante, ANC), solicitando la adopción de:

Orden judicial frente a la demandada, la ANC, de cese provisional e inmediato de llevar a cabo las siguientes conductas:

1. La realización de campañas públicas y privadas que inciten a los consumidores y empresas a boicotear a determinadas empresas y a contratar con las empresas recomendadas por la demandada.
2. La organización y ejecución de charlas, conferencias, ferias y procedimientos análogos para difundir y explicar su campaña de boicot a

determinadas empresas y a contratar con las empresas recomendadas por la demandada.

3. La difusión de cualquier hoja, folleto o libro, sea impreso o digital o análogo, explicativo de su campaña de boicot a determinadas empresas y a contratar con las empresas recomendadas por la demandada.
4. La continuidad y, al efecto, cerrar la web “Consum estratègic” utilizada para su campaña de boicot a determinadas empresas y a contratar con las empresas recomendadas por la demandada.
5. La participación por parte de los órganos directivos o de cualquier afiliado de la entidad demandada, en cualquier rueda de prensa, programas de radio o televisión, redes sociales y medios análogos a los anteriores, a fin de difundir y explicar su campaña de boicot a determinadas empresas y a contratar con las empresas recomendadas por la demandada.
6. Y, en definitiva, la continuidad de la campaña de boicot a determinadas empresas y a contratar con las empresas recomendadas por la demandada; debiendo cesar en la confección y entrega de las mencionadas listas de empresas recomendadas para sustituir a las boicoteadas; así como la prohibición de su reiteración futura y puesta en práctica de futuras acciones de boicot proyectas y aún no ejecutadas.

SEGUNDO.- Celebrada la vista de medidas cautelares previas a la demanda el 25 de septiembre de 2019, el asunto fue sometido a consideración de la Sección de Competencia del Tribunal de Primera Instancia de lo Mercantil de Barcelona, integrada por D. Raúl N. García Orejudo, Dña. Lucía Martínez Orejas, Dña. Isabel Giménez García y Dña. Amagoia Serrano Barrientos, en cumplimiento estricto del protocolo de Estatuto del Tribunal de Primera Instancia de lo Mercantil de Barcelona, aprobado por acuerdo de 15 de julio de 2014 de la Comisión Permanente del CGPJ y revisado por Acuerdo de la Comisión Permanente CGPJ de 18 de febrero de 2016, quedando tras ello los autos pendientes para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto.

El objeto del presente auto consiste en resolver acerca de la adopción de la medida cautelar que se cita supra, solicitada por el Procurador de los Tribunales D. FRANCISCO JAVIER MANJARÍN ALBERT, en nombre y representación de FOMENT DEL TREBALL NACIONAL frente a la ANC, con carácter previo a la presentación demanda sobre competencia desleal por infracción del artículo 4 LCD.

La actora, FOMENT DEL TREBALL NACIONAL, se basa en los siguientes hechos relevantes para fundar su pretensión:

1.- En noviembre de 2018 se inició una campaña denominada “Consum estratègic”. El objetivo de la citada campaña según se desprende del documento número cuatro acompañado a la solicitud de medidas (copia auténtica del acta notarial de presencia, autorizada por la notaria de Barcelona en fecha 11 de julio de 2019) es el siguiente: *“La iniciativa de consum estratègic s’engloba dins un conjunt de propostes que tenem com a únic objetiu donar efectivitat real a la proclamació de la República catalana, en aquest cas en l’ambit econòmic, mitjançant l’apoderament de la gent en la presa de decisions de consum quotidiana”.*

2.- En dicho documento y bajo el título QUÈ FAREM, se explicita que: *“Promourem empreses alternatives a las que han participat a la campanya de la por i potenciarem la creació de estructures econòmiques que, per mitjà del comerç, potencien un teixit productiu català, prosper per si mateix, i allunyat de la presa de decisió amb marcat caràcter polític.*

Aquesta iniciativa posa a mans de la gent tota aquella informació necessària per tal que cadascú pugui prendre les decisions més ajustades a les seves necessitats diàries, fent èmfasi en aspectes com el respecte al medi ambient, el cooperativisme, l’economia circular, la responsabilitat social, l’adopció de tecnologia 4.0 o el respecte i/o promoció de la llengua catalana com a part indestruïble de la realitat del nostre país”.

3.- Por otra parte, y bajo el nombre de COM FUNCIONA, en la citada acta notarial se establece lo siguiente:

“Inicialment, en una primera fase que serà molt curta, demanem que aquelles empreses, de qualsevol àmbit o sector, que vulguin ser proveïdors de productes i serveis, s’inscriguin al registre de proveïdors estratègic, omplint el formulari corresponent.

De la mateixa manera, demanem, tant a persones com a empreses que estiguen disposats a canviar la vostra empresa proveïdora de serveis (telefonía, llum, gas, assegurances, bancs, benzina, supermercats...), que us apunteu al registre de Consumidores estratègics. Nosaltres mateixos us posarem en contacte amb les empreses proveïdors de serveis.

No us oblideu de recomanar aquelles empreses que penseu que podrien ser proveïdors estratègics dels seus productes o serveis.

En una segona fase obrirem el directori d’empreses que reuneixen els requisits per oferir els seus productes i serveis, per tal que hi podeu contactar directament. Us oferirem el màxim de informació de cada empresa, (de fet, serà una informació subministrada per les propies empreses), per tal que pugueu prendre les vostres propies decisions a l’hora de triar el proveïdor de serveis que més s’ajusti a les vostres necessitats i a la vostra consciència social i nacional”:

4.- El 20 de junio de 2019 la presidenta de la ANC anunció en rueda de prensa a todos los medios de comunicación, que se iniciaba la segunda fase de la campaña consumo estratégico. Así, se activó una nueva página web de internet de la ANC, denominada también “Consum estratègic” que cuenta con un registro de consumidores (personas o empresas) y otro de servicios. También cuenta con el registro de empresas que responden a los valores republicanos.

A este respecto, en el Dossier de la campaña aportado por la ANC con fecha de 13 de septiembre de 2019, en el apartado “inscripció”, se establece:

“La nostra iniciativa compta amb un registre de consumidors (persones o empreses), i un altre de serveis. Com més inscrits siguem, més fàcilment arribarem a l’objectiu de fer la República en l’àmbit econòmic. Les assemblees territorials poden facilitar la inscripció al registre de proveïdors de serveis i/o consumidors a les seves parades o locals a les persones que ho desitgin.

Tambè comptem amb el registre d’empreses que responen als valors republicans. Les assemblees territorials tenen la tasca de buscar a nivell local les empreses que responen al perfil del projecte i convidarles a inscriure’s al web. Com que les empreses locals són les que més podem ajudar als consumidors d’un territori, proposem la seva participació a les xerrades i les fires de consum per promoure consum estratègic i el seu negoci”.

5.- Foment considera que estos hechos son constitutivos de actos de competencia desleal al amparo del art. 4 de la LCD. Sostiene que se trata de un boicot doble, dado que el requerimiento se dirige tanto a los consumidores como a las empresas y que el mismo no se encuentra justificado por la libertad de opinión.

Frente a ello, la ANC se opone a la adopción de las medidas solicitadas. En primer lugar alega que no concurre la necesidad o urgencia exigida por el art. 730.2 LEC para la solicitud de la medida con carácter previo a la presentación de la demanda principal. En segundo lugar alega la falta de legitimación activa de FOMENT DEL TREBALL NACIONAL. En tercer lugar alega que los mismos hechos no pueden ser enjuiciados simultáneamente por la autoridad de competencia y por la jurisdicción civil, y afirma que Foment está utilizando dos procedimientos en claro fraude de ley. Finalmente alega que no concurre ni fumus boni iuris ni periculum in mora.

El orden de análisis del presente auto seguirá los motivos planteados por la demandada en su oposición.

SEGUNDO.- Sobre la solicitud y adopción de la medida cautelar con carácter previo a la presentación de la demanda.

La solicitante de las medidas cautelares ha presentado su petición con carácter previo a la interposición de la demanda.

En este sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 20 de julio de 2016, establece lo siguiente:

"(...) el art. 730 LEC, bajo el título "momentos para solicitar las medidas cautelares", establece en su apartado 1 una regla general: las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal. La excepción se configura en el apartado 2: "podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia y necesidad.

Debe partirse de que las medidas cautelares son un mecanismo para asegurar la efectividad de la tutela interesada en el proceso principal -de declaración- del que forman parte indisociable y en función del cual existen, y de ahí su característica esencial de instrumentalidad con respecto a una pretensión principal (art. 726.1 LEC), de modo que no son un mecanismo de tutela sumaria, autónomo y, de algún modo, sustitutivo del proceso principal.

Como hemos señalado en anteriores resoluciones, el concepto de urgencia tiene varias vertientes en el ámbito de la tutela cautelar, razón por la que se debe analizar con sumo cuidado y refiriéndolo a cada uno de los aspectos en los que resulta relevante, que al menos son tres:

a) De una parte, como se ha visto, se constituye en parámetro para determinar cuándo es procedente la adopción de medidas previas a la demanda (art. 730.2 LEC), supuesto en el que debe entenderse que la urgencia debe ser puesta en relación con la necesidad temporal en que se encuentra el solicitante de obtener la tutela cautelar sin poder esperar a la formulación de la demanda, es decir, porque, en atención a las concretas circunstancias, su solicitud no puede demorarse el tiempo necesario para pedir las medidas junto con la demanda. La urgencia exigida por el art.730.2 LEC se relaciona así, necesariamente, con la existencia de motivos que impidan o dificulten gravemente al solicitante la presentación inmediata de la demanda iniciadora del procedimiento principal, con la que de ordinario han de solicitarse las medidas cautelares.

b) En segundo lugar, la urgencia es una de las razones que puede justificar la adopción de las medidas inaudita parte (art . 733.2 LEC), supuesto en el que su sentido es distinto del anterior y significa que no puede esperarse a dar audiencia a la parte contraria porque el retraso que ello comporta puede frustrar la efectividad de la tutela cautelar.

c) En tercer lugar, la urgencia forma parte esencial del presupuesto más importante que justifica la adopción de las medidas, el peligro en la demora (art. 728.1 LEC). En este caso significa que la parte no puede esperar a la fase de ejecución, o al menos a la de firmeza de la resolución, sin ver frustrada la efectividad de la tutela.

Nos interesa aquí la urgencia cualificada a la que se ha hecho mención en primer lugar, que el solicitante debe acreditar, y que no puede ser confundida o identificada con la propia del peligro en la demora o la que justifica la adopción inaudita parte; en otro caso, la solicitud de medidas con carácter previo quedaría desprovista de singularidad y el requisito del art. 730.2

resultaría vacío de significado.

Como se ha dicho, la necesidad o urgencia exigida en el artículo 730.2 LEC ha de relacionarse necesariamente con la existencia de motivos que impidan o dificulten gravemente al solicitante la presentación inmediata de la demanda iniciadora del procedimiento principal, con la que de ordinario han de solicitarse las medidas cautelares, y dicha situación podría apreciarse en supuestos de imposibilidad de redactar la demanda en un breve plazo de tiempo en atención a su complejidad, a la necesidad de elaborar informes periciales para su debida fundamentación, a la dificultad de acceder a datos necesarios para fundamentarla o de obtener los documentos que han de acompañarla, cuando ello provoque que, de no adoptarse las medidas inmediatamente, sin esperar a la presentación de la demanda, pueda quedar impedida o dificultada la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en la eventual sentencia estimatoria.

Sin esta circunstancia añadida, consistente en la existencia de obstáculos que impidan o dificulten al solicitante la presentación de la demanda simultáneamente con la solicitud de medidas cautelares, se desconocería el régimen legal de las medidas cautelares previas y se correría el riesgo de utilización de las medidas cautelares como una herramienta no conectada necesariamente a la promoción de un proceso principal, o como simple medio de presión contra aquellos frente a quienes se solicita, o como un fin en sí mismas, que vaciaría de contenido el ulterior pleito, perdiendo todo interés para el solicitante una vez obtenida y ejecutada la tutela cautelar".

En el presente caso existen motivos que justifican que la adopción de las medidas se haga con la mayor brevedad posible ya que existen indiciariamente conductas ilícitas que se agotan en sí mismas, como es el avance de la campaña denominada "Consum estratègic". Asimismo, la complejidad expresada en la demanda es otro elemento que justifica la adopción de la medida cautelar con carácter previo a la presentación de la demanda principal.

TERCERO.- Legitimación activa de FOMENT DEL TREBALL NACIONAL.

La ANC en su contestación alega la falta de legitimación activa de Foment, dado que según la misma no existe justificación económica alguna en la pretensión y además carece de la necesaria certificación por parte del Comité Ejecutivo de la habilitación de la representación procesal para presentar la demanda.

Deben desestimarse las alegaciones formuladas por la ANC respecto del a falta de legitimación activa de Foment. Foment tiene legitimación activa al amparo del artículo 33.2 de la LCD, que permite a las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos" ejercer las acciones previstas en los núms. 1 a 4 del artículo 32 –entre las que se encuentra la acción de cesación del acto desleal-, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros. Foment, que tiene entre sus objetivos ejercer ante los poderes públicos las acciones necesarias en interés de las organizaciones afiliadas y las empresas (art. 5 de los Estatutos de Foment), es la asociación indicada para el

ejercicio de las acciones ejercitadas, dado el número de empresas afectadas en el ámbito territorial que le es propio.

Asimismo, en cuanto a la certificación del Comité Ejecutivo, el art. 18.1 h de los Estatutos establece que el Comité tiene la facultad de comparecer ante toda clase de juzgados y tribunales de cualquier jurisdicción, pero ello no significa que sea necesaria la certificación por parte del Comité Ejecutivo para presentar la demanda, de modo que no es necesaria la certificación de la habilitación puesta de relieve por la ANC.

CUARTO.- Posibilidad de enjuiciamiento simultáneo por la autoridad de competencia y por la jurisdicción civil.

La ANC se opone también a la solicitud de medidas cautelares por cuanto entiende que la actora ha interpuesto dos procedimientos con la misma finalidad y fundamentos en el ámbito judicial y administrativo. Afirma que aunque los dos procedimientos se basan en normas diferentes, pretenden obtener dos resoluciones idénticas que podrían llegar a ser contradictorias y por tanto producir una colisión de los derechos de las partes.

Frente a ello, Foment señala que se trata de dos procedimientos diferentes y acudiendo a dos instancias diferenciadas por ser de aplicación dos normativas diferentes.

También debe ser desestimado este motivo de oposición. El “boicot” puede ser enjuiciado simultáneamente por la autoridad de competencia y por la jurisdicción civil, con arreglo a la disciplina aplicable en cada ámbito. Así, el órgano jurisdiccional civil, en este caso este Juzgado Mercantil, tendrá que analizar si el “boicot” denunciado se configura como un acto de competencia desleal al amparo del art. 4 LCD. La autoridad de competencia deberá examinar, en primer lugar, si el boicot realizado se configura como un acto de competencia desleal, y, en segundo lugar, si dicho boicot falsea la libre competencia y afecta al interés público.

QUINTO.- Presupuestos de las medidas cautelares. Marco Jurídico.

El art. 726 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que:

"1. El tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características:

1ª Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.

2ª No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz,

a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.

2. Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte ".

Por otra parte, el artículo 727 establece un listado *numerus apertus* de las medidas que se pueden solicitar.

Para finalizar el marco normativo de referencia, el art. 728 señala que: " 1. Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendency del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces.

2. El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios.

3. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.

El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida.

La caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del art. 529 ".

De este modo, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª). 30/2019, de 15 de febrero de 2019, son dos los presupuestos fundamentales de las medidas cautelares: la apariencia de buen derecho y el llamado peligro en la demora. El primero implica una valoración positiva de la prosperabilidad de la acción. El requisito del peligro en la demora, por su parte, se conforma por el riesgo fundado de situaciones o comportamientos durante la pendency del proceso (pues hasta la sentencia definitiva ha de mediar un trámite de declaración y de prueba que se prolonga en el tiempo) que hagan peligrar la efectividad de la tutela pretendida y que

sólo con la protección cautelar pueden neutralizarse.

Además de los presupuestos anteriores, es preciso significar que para la adopción de la medida cautelar, como regla general, el solicitante deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. Su cuantificación depende del criterio del tribunal, atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice sobre el fundamento de la solicitud de la medida y que puede revestir cualquiera de las formas previstas legalmente.

Finalmente, no cabe olvidar el requisito de la proporcionalidad que supone que las medidas cautelares deben ser semejantes u homogéneas, en adecuación e intensidad, a las medidas ejecutivas que en su día debieran adoptarse para la efectividad del título ejecutivo, e idóneas para cumplir con tal finalidad, salvaguardando los intereses en juego. En tal sentido deberán ser las precisas para cumplir su finalidad con el mínimo perjuicio al que se aplique, de modo que únicamente se podrán adoptar si, siendo igualmente eficaz, no cabe otra menos gravosa o perjudicial para el demandado (art. 726.1.2º LEC). De ahí la regla de que no se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretende alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces y de que éstas puedan ser modificadas alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas (art. 743).

SSEXTO.- Apariencia de buen derecho o fumus boni iuris.

La parte actora alega que la demandada infringe el artículo 4 de la LCD cuando, a través de la página web de la ANC, de ruedas de prensa, de ferias y charlas y de las redes sociales, hace un llamamiento al boicot doble a consumidores y a otras empresas.

Entrando a analizar si concurren los presupuestos del artículo 728 de la LEC, el juicio provisional e indiciario es muy favorable a la pretensión de la actora. En efecto, el artículo 4 de la LCD, citado como infringido, reputa desleal *“todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”*.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). 395/2013, de 19 de junio de 2013, FD 8:

“ (...) Este precepto “no formula un principio general objeto de desarrollo y concreción en los artículos siguientes de la misma Ley” (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre , y 19/2011, de 11 de febrero), sino que “tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de

sustantividad frente a los actos de competencia desleal que la ley ha estimado tipificar en concreto" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre , 311/2007, de 23 de marzo , y 1032/2007, de 8 de octubre). Consiguientemente, "esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican en particular, sino que la aplicación ha de hacerse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre , y 48/2012, de 21 de febrero). Pero sin que ello pueda "servir para sancionar como desleales conductas que debieran ser confrontadas con alguno de los tipos específicos contenidos en otros preceptos de la propia Ley, pero no con aquel modelo de conducta -la del art. 5 LCD -, si es que ello significa propiciar una afirmación de antijuricidad degradada, mediante la calificación de deslealtad aplicada a acciones u omisiones que no reúnen todos los requisitos que integran el supuesto tipificado para impedir las" (sentencias 635/2009, de 8 de octubre , y 720/2010, de 22 de noviembre).

La deslealtad de la conducta tipificada en este art. 5 LCD es un ilícito objetivo, en la medida en que la deslealtad no se funda en la concurrencia del dolo o la culpa del autor, ni en la finalidad perseguida, sino que ha de configurarse en torno a parámetros objetivos. Y, al mismo tiempo, no deja de ser un ilícito de riesgo o de peligro, porque no se hace depender de concretos efectos ocasionados por la conducta enjuiciada, sino sólo de su compatibilidad con las exigencias del modelo o estándar aplicable.

En cualquier caso, como pone de relieve la doctrina, esta cláusula general de represión de la competencia desleal ha de ser objeto de una interpretación y aplicación funcional. Esto es, después de identificar la conducta objeto de enjuiciamiento, debemos valorar su compatibilidad con el modelo de competencia económica tutelado por la Ley, que es un modelo de competencia basado en el "mérito" o "bondad" (precio, calidad, servicio al cliente...) de las propias prestaciones, entendiendo por tales no sólo los productos o servicios ofertados, sino también la publicidad y el marketing empleados para convencer a los clientes de la bondad de la oferta.

Esta actividad, de apreciación de las circunstancias que permiten estimar la contravención de las exigencias de la buena fe, es eminentemente valorativa y prudencial, pues no puede perderse de vista el carácter represor de la normativa sobre competencia desleal, por lo que tiene de limitada de la actividad económica desarrollada en el mercado".

La doctrina, sobre todo Massaguer y luego la Jurisprudencia, han tratado de establecer un grupo de casos para los que la cláusula general se puede revelar como especialmente indicada, pues se trata de conductas no tipificadas de forma expresa en la ley. Entre dicho grupo de casos se encuentra el boicot, esto es, el llamamiento o instigación a terceros para que se abstengan de contratar ciertos productos o servicios o los productos o servicios ofrecidos por cierto operador.

La demandada sostiene que no concurre uno de los elementos esenciales del boicot, esto es la influencia de la declaración del boicot en la libre decisión del receptor, que su conducta está amprada por la libertad de opinión y que no estamos ante un boicot negativo sino ante un “buycott” positivo, es decir ante un consumo estratégico y ético.

Tales alegaciones no pueden acogerse por los siguientes motivos.

En primer lugar, y por lo que se refiere a la influencia de la declaración del boicot en la libre decisión del receptor, a nadie se le escapa que en las circunstancias actuales, el requerimiento de cancelar o evitar las relaciones comerciales con las empresas que han participado en lo que la demandada denomina “*campaña del miedo*” tiene influencia en la libre decisión del receptor. Como señala Alberto EMPARANZA en la obra *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*: “(...) *El destinatario se encuentra en una situación en la que puede decidir libremente; pero, al mismo tiempo, en la que se ciernen sobre él presiones de distinta índole para que se incline en favor de cumplir dicha instrucción*”.

En segundo lugar, y por lo que respecta a la libertad de opinión, conforme al art. 10 del Convenio Europeo de Derechos humanos “1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas información y sin consideración de fronteras.* (...)

2. *El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial*”.

Pues bien, de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Willem contra Francia, de 16 de julio de 2009, podemos extraer determinados parámetros para proceder a ponderar los intereses en conflicto.

Los hechos que dan lugar a la citada sentencia pueden resumirse del siguiente modo:

El demandante, el Sr. Jean-Claude Fernand Willem, en el momento de producirse los hechos, era Alcalde del municipio francés de Seclin por el Partido Comunista. El 3 de octubre de 2002, durante una sesión del Ayuntamiento, en presencia de periodistas, anunció que tenía la intención de ordenar el boicot en su municipio de los productos procedentes de Israel. Dijo que había adoptado la decisión para protestar contra las políticas antipalestinas del Gobierno de ese país. El Sr. Willem fue condenado al pago de una multa de

1.000 euros por discriminación. Agotada la vía interna, el demandante acudió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando una violación de su derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH). El Sr. Willem consideraba que su llamada al boicot de los productos de Israel formaba parte del debate político en relación con el conflicto Israel-Palestina y se trataba de un asunto de indudable interés general.

La argumentación del TEDH fue la siguiente:

El Tribunal recuerda que, de acuerdo con el CEDH, para que se pueda consentir una interferencia en la libertad de expresión, especialmente de un representante popular, debe ser necesaria en una sociedad democrática. Como los tribunales franceses, el Tribunal considera que el demandante no ha sido condenado por sus opiniones políticas, sino por incitar a la comisión de actos discriminatorios y, por consiguiente, punibles. El TEDH también apuntó que, de acuerdo con el Derecho francés, el demandante no estaba autorizado a tomar el lugar de las autoridades gubernamentales para anunciar un embargo de los productos procedentes de un país extranjero. Además, el Tribunal considera que la multa impuesta ha sido moderada. Por todo ello, el Tribunal concluye que la interferencia en el derecho a la libertad de expresión ha sido proporcionada al fin legítimo perseguido y, por lo tanto, no ha habido violación del artículo 10 CEDH.

Por lo tanto, para que se pueda consentir una interferencia en la libertad de expresión, es necesario que la misma sea proporcionada al fin legítimo perseguido.

La ANC no es un representante político, y por lo tanto, el ámbito de su libertad de expresión es el más amplio posible, de manera que cualquier interferencia en ese ámbito debe estar especialmente justificada. Ello no obstante, en el presente caso, la interferencia persigue un fin legítimo, la protección de los derechos de los operadores económicos que han participado en la denominada "*campaña del miedo*", y considero que es proporcionada al fin legítimo perseguido. En efecto, más allá de las opiniones políticas, que caen dentro del ámbito de la libertad de expresión, la demandada ha puesto en marcha unos medios materiales y personales que incitan a la discriminación, y ello no puede quedar amparado por la libertad de opinión.

En tercer lugar, la demandada sostiene que no estamos ante un boicot negativo sino ante un "buycott" positivo, es decir ante un consumo estratégico y ético.

El buycott significa comprar activamente productos que respetan unos valores o una ética determinada con el fin de generar un movimiento hacia procesos de producción más justos tanto desde el punto de vista medioambiental como humano y la ANC afirma que la campaña de "consumo estratégico" es una campaña de consumo estratégico y ético.

Es cierto que en la página web se indica que la iniciativa pone en manos de la gente toda aquella información necesaria para que cada uno pueda tomar las decisiones más ajustadas a sus necesidades diarias, haciendo énfasis en

aspectos como el respeto al medio ambiente, el cooperativismo, la economía circular, la responsabilidad social, la tecnología 4.0 y el respeto y/o promoción de la lengua catalana. Sin embargo, analizado el contenido de la página extractada en el fundamento de derecho primero, se observa que la misma tiene como principal finalidad castigar (boycott) a las empresas que han participado en la campaña del miedo y no premiar (buycott) a aquellas que respeten una ética determinada.

En el supuesto de autos, a través de su web campaña “Consum estratègic”, de ruedas de prensa, de ferias y charlas y de las redes sociales, la ANC hace un llamamiento a los consumidores y a otras empresas para que se abstengan de contratar los productos o servicios ofrecidos por las empresas que han participado en lo que denomina “*campaña del miedo*”. Así, la ANC llama al boicot de determinadas empresas a las que pretende excluir por una circunstancia, como es haber participado en lo que denomina “*campaña del miedo*”, circunstancia política ajena a los criterios que han de prevalecer en el mercado, que son relativos a la eficiencia de las prestaciones. La inclusión en el listado de proveedores estratégicos, en las circunstancias actuales, puede condicionar las preferencias en el consumo de los destinatarios de aquella información, dado que la demandada persigue que en este contexto político, el consumidor se guíe con criterios irracionales desde una perspectiva económica.

Así, en el presente procedimiento ha quedado acreditada sobre la base del acta notarial de presencia, autorizada por la notaria de Barcelona en fecha 11 de julio de 2019, la comisión por parte de la ANC de una serie de conductas que de manera indiciaria podrían constituir actos de competencia desleal, tales como hacer llamamientos a no contratar con las empresas que han participado en la denominada “*campaña del miedo*” y con esa finalidad crear un registro de lo que se denomina “*proveedores estratégicos*”, un registro de consumidores estratégicos, un directorio de empresas que cumplan con los requisitos preestablecidos, activar una nueva página web que cuenta con un registro de consumidores, otro de servicios y un registro de empresas que respondan a los valores republicanos, y la realización de llamamientos públicos para contratar con determinadas empresas y no contratar con otras.

Por lo expuesto, debe concluirse que existe apariencia de buen derecho en la solicitante.

SÉPTIMO.- Peligro en la demora o *periculum in mora*.

El segundo requisito que ha de concurrir para la adopción de las medidas cautelares consiste en la concurrencia de un peligro en la demora o *periculum in mora* que debe vincularse con la gravedad de los perjuicios y con la necesidad de poner término, de forma provisional, a una situación que no se estima ajustada a derecho.

En este caso nos encontramos ante medidas cautelares de naturaleza anticipatoria, dados los efectos que pueden derivarse de la conducta supuestamente ilícita y de su reiteración.

Como señala el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 16 de octubre de 2017 "(...) no debe perderse de vista la relevancia que han adquirido las medidas cautelares que se han dado en llamar anticipatorias en los litigios sobre propiedad industrial o competencia desleal, sobre todo cuando se ejercitan acciones de cesación o prohibición de determinadas conductas, puesto que con aquéllas se garantiza la efectividad del derecho accionado, no tanto porque faciliten que en su día pueda ejecutarse el fallo de la sentencia que haya de dictarse, sino porque evitan que se prolongue en el tiempo una situación que, "prima facie", se presenta como antijurídica, y que por tanto se agrave el daño que se está causando, facilitando que la ejecución de la sentencia tenga el efecto de tutela de sus derechos perseguido por el demandante (...)".

Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 25 de abril de 2019, en su FD 3º señala:

"(...) 19. El art. 728.1 LEC dispone que " sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces".

20. La redacción de esa norma ha disipado las dudas cuando ha optado por la conceptualización del *periculum* como "riesgo de ineffectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria". Riesgo de ineffectividad que, se precisa, debe examinarse "en el caso de que se trate", esto es, de forma concreta en cada caso, de donde se deriva que el legislador no lo ha exonerado en ningún caso, y particularmente no lo ha hecho en los casos de tutela cautelar anticipatoria ni tampoco lo ha puesto en relación con una abstracta posibilidad de infracción, sino que exige que del riesgo de infracción o de la continuidad en la misma se deriva un riesgo concreto que pueda frustrar la tutela definitiva pretendida.

21. El hecho de que la medida cautelar interesada no sea simplemente conservativa (esto es, que simplemente tienda a garantizar la ejecución) sino que sea anticipatoria, esto es, pretenda que se anticipe la misma tutela pretendida en el proceso principal, no es un argumento para excluir la exigencia de *periculum* sino más bien lo contrario: lo que justifica es que su examen se deba hacer con mayor rigor y cuidado, por el carácter abierto de esa tutela y por los riesgos asociados a la misma. Y es precisamente la inclusión de la tutela anticipatoria la que ha llevado al legislador a conceptualizar el peligro en la demora poniéndolo en relación con el "riesgo de ineffectividad", expresión más abierta y comprensiva que la de "riesgo de inejecución", tradicionalmente aplicada en el ámbito de las medidas puramente

conservativas.

22. *Que la tutela cautelar sea anticipatoria, esto es, que conceda derecho a quien la solicite a anticipar lo mismo que la sentencia definitiva, no significa que se tenga derecho incondicional a esa anticipación de la tutela sin la exigencia de un buen motivo para anticiparla, esto es, de periculum. El fundamento de la tutela anticipada se encuentra en el riesgo de ineffectividad de la tutela definitiva pero, para que concurra el mismo, es preciso algo más que el mero riesgo de que se llegue a producir la infracción de los derechos, o de que se reitere tal infracción. Habrá que analizar en cada caso la razón por la que la tutela definitiva devendría ineficaz (total o parcialmente) si no se concede la tutela anticipada. En eso consiste el peligro por la demora, tal y como se encuentra definido en el art. 728.1 LEC”.*

En este caso, los perjuicios para las empresas señaladas son de enorme gravedad, el riesgo de ineffectividad elevado y no parece adecuado que la situación creada se mantenga durante la sustanciación del procedimiento, por lo que el *periculum in mora* debe ser estimado.

Finalmente y en contra de lo manifestado por la demandada, en ningún caso puede hablarse de situación de hecho consentida durante largo tiempo, dado que la activación de la nueva página web tuvo lugar en junio de 2019.

OCTAVO.- Medidas concedidas.

Del conjunto de medidas interesadas por la actora y reseñadas en el antecedente de hecho primero de la presente resolución, esta juzgadora resuelve restringir las concedidas a las siguientes:

- El cierre de la web “Consum estratègic”.
- El cese en la realización de cualquier actuación, por cualquier medio, con trascendencia pública que suponga la difusión de la campaña “Consum estratègic” objeto de este procedimiento; y que se abstenga de realizarlas en el futuro.

En efecto, en su demanda la actora efectúa unas peticiones amplias y genéricas que como tales no pueden acogerse, considerando que las medidas acordadas son suficientes a los fines expuestos en los fundamentos anteriores

No ha lugar a acordar medida adicional en el presente momento procesal, al entender que con las ya concedidas se satisface el fin pretendido de impedir que se prolongue en el tiempo una situación que, *“prima facie”*, se presenta como antijurídica.

NOVENO.- Caución.

La prestación de caución más que un presupuesto para la adopción de medidas cautelares es una condición para el caso de que éstas sean acordadas. Con dicha caución se pretende responder de los daños y perjuicios

que se pudieran causar con su adopción al patrimonio de la entidad demandada cuando no se obtuviera dicha sentencia estimatoria.

La parte demandante considera que la caución de 50.000 euros es suficiente para cubrir el posible daño que se pudiera causar a la demandada en el caso de que la demanda principal no fuera estimada y se hubiera adoptado la medida cautelar interesada.

La ausencia de argumentación y acreditación de los eventuales daños que la adopción de esta medida cautelar podría producir a la demandada, conduce a considerar adecuada la cuantía de 50.000 euros ofrecida por la actora.

DÉCIMO.- Costas.

En atención a la especial naturaleza del procedimiento y de los intereses que en él se dilucidan, no cabe efectuar pronunciamiento sobre costas procesales, debiendo cada parte satisfacer las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. De hecho, el artículo 735 de la LEC, al regular el tratamiento procesal del auto estimatorio de la solicitud de medidas cautelares, silencia cualquier pronunciamiento sobre costas procesales, a diferencia del artículo 736 de la LEC, que en sede de auto denegatorio de las medidas cautelares, hace una remisión a la regulación del artículo 394 de la LEC. Es decir, cuando el legislador ha querido regular las costas procesales lo ha hecho, lo que nos conduce, en lógica consecuencia, a entender, en interpretación sistemática, que cuando guarda silencio sobre su regulación, es porque no quiere que se impongan.

PARTE DISPOSITIVA

Que debo ESTIMAR y ESTIMO PARCIALMENTE la solicitud de medidas cautelares interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. FRANCISCO JAVIER MANJARÍN ALBERT, en nombre y representación de FOMENT DEL TREBALL NACIONAL contra la ASSEMBLEA NACIONAL CATALANA; y en consecuencia:

1. Acuerdo el CIERRE de la web “Consum estratègic”.
2. Ordeno a la ANC que cese en la realización de cualquier actuación, por cualquier medio, con trascendencia pública que suponga la difusión de la campaña “Consum estratègic” objeto de este procedimiento; y que se abstenga de realizarlas en el futuro.

De forma previa a su adopción, se requiere a la parte actora para que en el plazo de 10 días, preste **CAUCIÓN** por importe de **50.000 euros** con el apercibimiento de que en caso contrario, se dejará sin efecto la medida.

Sin expresa condena en costas procesales, debiendo cada parte sufragar las

costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma procede recurso de apelación, que debe interponerse ante este mismo juzgado en los 20 días siguientes.

Así lo dispongo, mando y firmo, Dña. Amagoia Serrano Barrientos, Magistrada Juez Titular del Juzgado Mercantil número 11 de los de Barcelona.