



Roj: **AAP M 14521/2011 - ECLI:ES:APM:2011:14521A**

Id Cendoj: **28079370282011200151**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **18/11/2011**

Nº de Recurso: **454/2011**

Nº de Resolución: **162/2011**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION **NN**. 28

MADRID

AUTO: 00162/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 28

MADRID

t6

C/GRAL. MARTINEZ CAMPOS 27

Tfno : 914933189 Fax : 914931996

Rollo : RECURSO DE APELACION 454/2011

Proc. Origen : Pieza Separada Medidas Cautelares nº 805/2010

Organo Procedencia : Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid

De : CANAL TOYS, S.A.

Procurador : Don Eduardo Codes Feijoo

Abogado : Doña Cristina Vendrell Coll

Contra : CIFI SPAIN BUSINESS, S.L.

Procurdor: Doña María Isabel Campillo García

Abogado: Doña María González Gordon

AUTO Nº 162/2011

En Madrid, a dieciocho de noviembre de dos mil once.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don Gregorio Plaza González, Don Alberto Arribas Hernández y Don Pedro María Gómez Sánchez, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 454/2011, interpuesto contra el Auto de fecha 28 de febrero de 2011, dictado en el procedimiento de Medidas Cautelares número 805/2010, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid.

Ha sido parte apelante en el presente recurso CANAL TOYS, S.A., siendo parte apelada CIFI SPAIN BUSINESS, S.L., ámbas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don Pedro María Gómez Sánchez.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid se dictó con fecha 28 de febrero de 2011 Auto cuya parte dispositiva establece:

"Debo denegar y deniego la adopción de las medidas cautelares solicitadas por el Procurador de los Tribunales D. Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación procesal de la mercantil Canal Toys, S.A., con expresa imposición de las costas causadas a la citada mercantil".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de CANAL TOYS, S.A. 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, fijándose el día 17 de noviembre de 2011 para la deliberación y votación del presente recurso.

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

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La mercantil CANAL TOYS S.A., fabricante de juguetes que en el año 2006 introdujo en el mercado español un set de dibujo para niños caracterizado por incluir en su parte central una estructura de plástico tendente a facilitar al niño un apoyo sobre el que dibujar, producto comercializado bajo los distintivos "Maxi Mallette" o "Mallette de Coloriage", dedujo demanda, en el ejercicio de diversas acciones de **competencia desleal**, contra la sociedad CIFE SPAIN BUSINESS, S.A. a quien imputa la comisión de un ilícito de imitación desleal. La imputación se fundó en el hecho de que dicha demandada comenzó a comercializar en nuestro mercado, en el año 2010, un producto de dichas características distinguido como "Mega Metro" cuya base de plástico, incluida también en el centro del set, es igual a la lanzada por la demandante. Al propio tiempo, dedujo pretensión cautelar de cesación inmediata de dicha comercialización.

El Juzgado de lo Mercantil rechazó las medidas cautelares solicitadas por medio de auto de 28 de febrero de 2011 por entender que no concurría "fumus boni iuris" y que tampoco resultaba apreciable la presencia de "periculum in mora" en el momento en que dicha resolución se dictó. Disconforme con tal pronunciamiento, contra el mismo se alza la demandante a través del presente recurso de apelación.

Conviene precisar que el reproche hacia la conducta imitativa se proyecta en la demanda exclusivamente sobre el elemento central del set (la base de plástico para apoyar el dibujo) y no sobre el set en su conjunto por tratarse de un tipo de producto corriente en el mercado y en relación con el cual la demandante ya asume su inespecificidad o ausencia de singularidad. Pese a ello, se ha suscitado, ya en sede cautelar, un considerable grado de confusión en torno a la identidad del producto genuino que debiera constituir el referente para evaluar la imitación. Entendemos, sin embargo, que, más allá de la incidencia que la existencia de ligeras diferencias concurrentes entre diversos productos de la actora pudiera tener en orden a valorar el grado de asentamiento o implantación en el mercado del concreto producto que debemos considerar como referente para la comparación, lo cierto es que en la página 11 de la demanda se suministra un documento gráfico comparativo que permite establecer cuál es el producto de la actora sobre el que se funda la acción ejercitada y cuál el de la demandada. Información gráfica que se complementa con la aportación física de los propios productos a comparar.

Al hilo de lo que acaba de indicarse, conviene también señalar que, habiéndose fundado la demanda solamente en dos de los cuatro ilícitos de imitación desleal que el Art. 11 de la Ley de **Competencia Desleal** contempla (imitación con riesgo de asociación e imitación con **aprovechamiento** del **esfuerzo** ajeno), las disquisiciones que se han suscitado en la instancia precedente en torno a si para la fabricación del producto de la demandada se utilizó o no el mismo molde que sirvió para la fabricación del producto de la demandante, integran un tipo de debate que únicamente sería relevante -y, además, solo en parte- para la valoración del segundo de dichos ilícitos (imitación con **aprovechamiento** del **esfuerzo** ajeno). En cambio, para examinar la presencia o ausencia del primero -imitación con riesgo de asociación- resulta por completo irrelevante que el molde empleado haya sido el mismo o distinto porque lo que interesa es, además de constatar la presencia de otros requisitos a los que enseguida aludiremos, verificar si nos encontramos o no en presencia de una conducta imitativa. Y en tal sentido, pocas dudas puede ofrecer el hecho -que ni siquiera ha resultado seriamente controvertido en el proceso- de que entre los dos productos que se reflejan gráficamente en la página 11 de la demanda concurre un grado de similitud rayano en la identidad.

SEGUNDO.- Lo que acabamos de indicar nos lleva a apartarnos del punto de vista de la resolución apelada en aquel particular por el que niega la presencia en la pretensión cautelar del requisito del "fumus boni iuris" con base, exclusivamente, en la inexistencia de pruebas -e incluso en la presencia de una contraprueba- referentes a la identidad de los moldes empleados. Así pues, examinamos a continuación de manera diferenciada la



presencia o ausencia de dicho requisito en relación con cada uno de los dos ilícitos invocados en la demanda comenzando por el ilícito de imitación desleal con riesgo de asociación.

En lo que aquí interesa, establece el mencionado Art. 11 L.C.D. lo siguiente:

"1.- La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley.

2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un **aprovechamiento** indebido de la reputación o el **esfuerzo** ajeno.

La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de **aprovechamiento** de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica..".

Del análisis del precepto, a la luz de los criterios jurisprudenciales y doctrinales generalmente mantenidos en torno al mismo, cabe destacar :

1.- Que lo que preside la norma no es tanto una prohibición como un auténtico principio liberalizador: se parte de la idea de la libre imitabilidad de las prestaciones ajenas salvo en el supuesto -que aquí no concurre- de que las mismas se encuentren amparadas por un derecho de exclusiva. En tal sentido, después de indicar la Exposición de Motivos de la Ley que "...la redacción de los preceptos anteriormente citados ha estado presidida por la permanente preocupación de evitar que prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales..", nos señala expresamente al Art. 11 que comentamos como uno de aquellos preceptos de la ley en los que se ha buscado "...hacer tipificaciones muy restrictivas, que en algunas ocasiones, más que dirigirse a incriminar una determinada práctica, tienden a liberalizarla o por lo menos a zanjar posibles dudas acerca de su deslealtad..". En definitiva, la imitación de las prestaciones ajenas no solo resulta lícita sino que es generalmente concebida como un factor estimable de dinamización del mercado que contribuye al progreso técnico y estético.

2.- Que, no obstante, el afán de conciliar el aludido principio con la exigencia de que la competencia tenga lugar por mérito de las propias prestaciones, lleva al legislador a tipificar como ilícitos concurrenciales cuatro clases de conductas : 1) La imitación con riesgo de asociación por parte de los consumidores, 2) La imitación con **aprovechamiento** indebido de la reputación ajena, 3) La imitación con **aprovechamiento** del **esfuerzo** ajeno y 4) La imitación sistemática.

Ahora bien, al analizar la primera de dichas figuras, lo primero que advertimos es que pertenece a la naturaleza misma de las cosas que toda conducta imitativa, por definición, comporta en alguna medida el riesgo de que se asocie la prestación del imitador con la prestación genuina del imitado. De ahí que, en evitación de que el principio de libre imitación se convierta en "letra muerta", venga siendo lugar común en el terreno jurisprudencial y doctrinal el relativo a la necesidad de interpretar el mencionado ilícito de forma restrictiva, y, en particular, el de someter la posibilidad de su apreciación a la concurrencia de dos requisitos esenciales: 1) El primero lo contempla el propio Art. 11 y se refiere a la "evitabilidad" de tales resultados, de tal suerte que un riesgo de asociación que resulte inevitable no podrá integrar el ilícito concurrencial de que tratamos. 2) El segundo viene siendo conocido como "mérito competitivo" y se desdobra, a su vez, en dos exigencias: a) Singularidad competitiva, es decir, presencia en la prestación original de rasgos diferenciales que la distingan suficientemente de otras prestaciones de igual naturaleza, y b) Asentamiento o implantación suficiente en el tráfico de la prestación original que sea objeto de imitación. Este segundo elemento integrante del mérito competitivo se justifica en la consideración de que si, pese a estar la prestación dotada de singularidad competitiva, la misma no ha sido objeto de un grado de implantación suficiente como para ser, cuando menos, "conocida" (aún cuando no sea aún "reputada", elemento este propio de la imitación parasitaria o con **aprovechamiento** de reputación) y además no ha sido introducida en el mercado lo bastante como para que el usuario vincule la prestación a un determinado origen empresarial, entonces no solamente no existirá posibilidad de confusión alguna entre los productos (el llamado "riesgo de confusión estricto de carácter inmediato") sino tampoco entre los respectivos orígenes empresariales (el llamado "riesgo de confusión estricto de carácter mediato"). Toda "confusión" exige -por definición- que el usuario inducido a error posea un cierto grado de conocimiento, aun difuso, respecto del producto pionero. Si ese conocimiento no concurre, la elección de la imitación por parte del consumidor constituirá un simple reflejo de su preferencia por las características del producto en sí (con independencia de que se trate del genuino o de su réplica), con lo que, en rigor, el error o la confusión serían en tales circunstancias fenómenos conceptualmente imposibles, y no ya desde el punto de vista jurídico sino, preferentemente, desde la perspectiva psicológica o anímica (no le es posible al observador "confundir" una cosa que percibe con otra que le resulta enteramente desconocida).



Hasta tal punto se impone un criterio restrictivo en la aplicación del Art. 11 -criterio que contrasta con la amplitud de los Arts. 6 y 12 - que en el enjuiciamiento de las conductas imitativas el examen de la presencia de "mérito competitivo" en la prestación del pionero (empresario o profesional teóricamente imitado) se nos presenta como un análisis previo -y en su caso excluyente- en relación con el examen comparativo de las respectivas prestaciones (la del pionero y la del presunto imitador), desde el momento en que la imitación, incluso servil, de una prestación ajena que carezca del grado necesario de singularidad y de asentamiento o implantación en el mercado es una conducta concurrencialmente neutra. Cuestión distinta será la de que, en su caso, el carácter servil de una imitación amplifique el riesgo de asociación y, correlativamente, exija del imitador mayores cautelas tendentes a conjurarlo.

El primero de los requisitos enunciados -el de la evitabilidad- constituye uno de los conceptos que, dentro del campo de la imitación desleal, suelen resultar de más difícil aprehensión. Si tomamos por base el propio tenor del Art. 11-2, párrafo 2º, L.C.D. ("..La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de **aprovechamiento** de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.."), parece que, en principio y especialmente a la luz del principio de libre imitabilidad de su apartado 1, el requisito de la "evitabilidad" va referido no a la posibilidad de evitar la conducta imitativa en sí misma (la imitación es, por definición, conducta evitable : lo que se examina es si el competidor perjudicado por ella se encuentra o no ante la necesidad de tolerarla o soportarla) sino a la posibilidad de evitar sus perniciosos efectos: riesgo de asociación o riesgo de **aprovechamiento** de la reputación ajena. Ello se desprende, además, de la propia literalidad del precepto en el que la "evitabilidad" se predica de los riesgos de asociación o de **aprovechamiento** y no de la conducta imitativa. Cierto es que esa idea teórica ha suscitado problemas interpretativos en el campo de la imitación parasitaria o con **aprovechamiento** de la reputación ajena (terreno este en que cierto sector de la doctrina constriñe la inevitabilidad a dos concretas hipótesis: cuando la imitación tenga por objeto formas condicionadas técnicamente por el propósito perseguido que no sean susceptibles de elección arbitraria, o cuando la imitación tenga por objeto formas condicionadas por la naturaleza de los propios productos), pero ya hemos indicado que esa clase de imitación constituye una figura distinta y ajena al litigio que ahora nos ocupa. En cambio, en el ámbito de la imitación con riesgo de asociación, que es la figura invocada en la demanda, es generalmente compartido en el terreno doctrinal que solamente concurre el requisito de la "evitabilidad" (y podrá, por lo tanto, apreciarse el ilícito) cuando el imitador se abstiene de adoptar aquellas cautelas que, resultando apropiadas en cada caso, eviten en lo posible la asociación entre la imitación y la prestación del pionero, como son las consistentes en el añadido de signos distintivos o formas de presentación propias de los productos o servicios (marcas, embalajes, catálogos, etc..). Pues bien, si, a pesar de la adopción por parte del imitador de todas esas cautelas, el riesgo de asociación continúa estando presente, entonces podrá afirmarse que nos encontramos ante un riesgo de asociación "inevitable" que no ha de merecer, por tal motivo, reproche de deslealtad. En otras palabras, en el ámbito de la imitación con riesgo de asociación la inevitabilidad de la confusión no obliga al imitador a sacrificar su facultad de imitar productos no amparados por derechos de exclusiva, facultad fundada en el principio de libertad de empresa, ni puede esa inevitabilidad comportar para él, por lo tanto, una carga que le imponga el apartamiento formal de su prestación respecto de las características de la prestación del pionero. Este es, por lo demás, el punto de vista que comparte la mejor doctrina sobre la materia ("Comentario a la Ley de **Competencia Desleal**", pag. 394, MASSAGUER; "Comentarios a la Ley de **Competencia Desleal**", pag. 300, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO).

Trasladada esta idea al supuesto de hecho que nos ocupa y, ayudándonos del examen de los gráficos comparativos facilitados por la propia demandante en las páginas 11 de su demanda (comparación de las bases de plástico exclusivamente) y 17 (comparación de la visión global y externa de ambos set de dibujo en su conjunto), apreciamos las siguientes circunstancias:

1.- El objeto comercializado por la actora es un objeto de plástico de color rosa (así se aprecia también en el objeto físico y en los folletos de los centros comerciales acompañados a la demanda). No se trata de excluir la posibilidad de que la actora confiera a su producto otro color en el momento en que le plazca sino de constatar que, caso de concurrir en el caso examinado el requisito de la implantación o asentamiento suficientes en el mercado, ese requisito aparecería conectado -también en la mente del consumidor- al color rosa precisamente porque es ese y no otro el color con el que se ha comercializado. Pues bien, la demandada ha adoptado la cautela de conferir a su producto un color que ni siquiera constituye una variante cromática o de tonalidad respecto del producto de la actora sino que se trata de un color completamente distinto: el verde. Se trata, desde luego, de un factor ciertamente secundario pero que adquiere cierta relevancia si se examina conjuntamente con los otros dos que a continuación se exponen.

2.- Hay que tener en cuenta, en segundo lugar, que una cosa es que la actora centre su reproche exclusivamente en el objeto de plástico que se sitúa en el centro del set y otra cosa bien distinta que el set en su conjunto constituya un elemento intrascendente para la decisión de la controversia. Porque, si de lo que se trata de analizar es la presencia o ausencia de un riesgo de asociación en el consumidor, no podemos prescindir de la



forma de presentación del elemento imitado, y no cabe duda de que esa forma de presentación se identifica con el set en su conjunto. Pues bien, lo que extraemos del contraste entre ambas presentaciones es que, más allá de características inespecíficas y propias de la exhibición típica de esta clase de productos, como la que consiste en la presencia de ventanas que permiten la visión del contenido (lápices, moldes, etc..) sin necesidad de proceder a la apertura de la caja, lo cierto es que en el mismo lugar en que la actora muestra sus distintivos ("Maxi maleta", "Maxi Coloring"), la demandada ha hecho figurar de forma bien ostensible su propio distintivo que ninguna similitud guarda con aquel: "MEGA METRO".

3.- En tercer lugar, existe una característica diferencial que nos parece fundamental a la hora de ponderar si la demandada ha adoptado o no las cautelas exigibles en términos de "evitabilidad" y no es otra que la forma de la ventana central que hace visible el producto imitado: así como en el set de la actora se trata de una ventana que dibuja el perímetro del objeto que contiene, lo que permite al consumidor percibir visualmente la forma de este, en el producto MEGA METRO la demandada ha configurado una ventana de forma rectangular de dimensiones ligeramente inferiores a las del objeto exhibido, de tal suerte que ni los contornos ni la silueta general de dicho objeto son percibidos por el observador como no sea procediendo a la apertura del set. Pues bien, si tenemos en cuenta que pertenece a las máximas ordinarias de la experiencia que en el tipo de centros en los que se distribuye esta clase de productos (TOYS,RAS, CARREFOUR, EL CORTE INGLÉS ETC..) no se acostumbra a la apertura del embalaje para que el cliente pueda percibir su contenido, dado que se trata de juegos cuya disposición resulta apta para que ese contenido sea percibido desde el exterior, no podemos sino obtener la conclusión de que, en vista de las características de la presentación de la que la demandada ha decidido dotar a su producto, se hace verdaderamente difícil que el consumidor pueda percibir las características formales del pupitre central con carácter previo a su decisión adquisitiva.

En vista de tales consideraciones, este tribunal entiende que, mediante las cautelas adoptadas por la demandada, esta ha logrado excluir razonablemente el riesgo de asociación de su producto con el de la actora. Sin embargo, no es esto lo más importante: lo verdaderamente relevante es, de acuerdo con lo precedentemente razonado, que dicha demandada ha asumido y llevado a cabo las medidas racionalmente exigibles (no se han sugerido otras alternativas o complementarias) para evitar la asociación, de tal suerte que si, a pesar de ello, no hubiera logrado dicho propósito, el efecto nocivo -la asociación- resultaría inevitable. Tal circunstancia nos lleva a considerar excluida la presencia del "fumus boni iuris" en relación con la concreta figura de imitación desleal en estudio (imitación con riesgo de asociación). Por tal motivo, en el ánimo de no agotar en sede cautelar cuestiones que serían más propias de la sentencia que haya de dirimir en definitiva el conflicto, no entraremos en el examen de los requisitos integrantes del mérito competitivo (singularidad e implantación del producto) al resultar ello innecesario en vista del resultado indiciario que el análisis precedente arroja en relación con el test de la "evitabilidad".

TERCERO.- En relación con el segundo de los ilícitos -imitación con **aprovechamiento** del **esfuerzo** ajeno-, la necesidad, una vez más, de conciliar la presencia de estas figuras con el superior principio de libre imitación que consagra el Art. 11-1 L.C.D. obliga, como se ha destacado en la doctrina (P. PORTELLANO, "La imitación en el Derecho de la **Competencia Desleal**", pag. 55 y s.s.), a evitar, en relación con este concreto tipo concurrencial, toda interpretación que conduzca a reconocer un principio general de protección de la mera inversión, y exige, por tal motivo, una aplicación restrictiva del mismo, pues debe tenerse en cuenta que la recompensa del **esfuerzo** creador se materializa en nuestro Derecho mediante la concesión de derechos de exclusiva -derechos que la demandante no ha obtenido- cuya eficacia se encuentra objetiva y temporalmente circunscrita. De ahí que venga constituyendo lugar común el de exigir, para la apreciación de este concreto ilícito, que los costes de producción de la prestación original que el imitador elude sean costes "sustanciales" en relación con la integridad del producto, de tal suerte que el ahorro de costes que el imitador se procura con su conducta pueda considerarse un ahorro considerable o "notable". Requisitos que resultan ordinariamente apreciables en aquellas hipótesis en que la reproducción de las prestaciones originales se logra mediante el empleo de medios técnicos que permiten la multiplicación del original a bajo coste (MONTIANO MONTEAGUDO, Revista General de Derecho, 1994, pag. 3986, P. PORTELLANO, obra citada, pag.111, JOSE MARIA DE LA CUESTA, obra citada, pags. 43 y 44). En particular, un criterio claro para juzgar de la lealtad o deslealtad de la conducta desde el punto de vista del **aprovechamiento** del **esfuerzo** ajeno estriba en determinar si la conducta del imitador provoca en el titular de la prestación original dificultades de amortización de la propia inversión (P. PORTELLANO, obra citada, pag. 136).

Recientemente, aun sin constreñir la figura que examinamos a las hipótesis de reproducción exacta o servil por medios mecánicos (vgr, moldes), la S.T.S. de 30 de diciembre de 2010 ha venido a recoger tales criterios doctrinales al señalar lo siguiente:

".Aun cuando es cierto que el supuesto de reproducción mecánica será el más general o normal de los constitutivos de la conducta ilícita de imitación con **aprovechamiento** indebido del **esfuerzo** ajeno, no resulta



razonable limitar al mismo el ámbito del precepto hasta el punto de excluir imitaciones "sin reproducción mecánica" en las que hay un alto grado de semejanza, de práctica identidad, aunque concurren variaciones inapreciables o que se refieran a elementos accidentales o accesorios, o diferencias de muy escasa trascendencia, siempre que se den los elementos básicos de ahorro o reducción significativa de costes de producción o comercialización más allá de lo que se considera admisible para el correcto funcionamiento del mercado y falta de justificación, pues el **aprovechamiento** ha de ser "indebido", como exige el precepto legal.

No obstante lo expuesto, el motivo no puede ser estimado. Esto es así porque no ha quedado sentado fácticamente en la medida adecuada el grado de similitud o semejanza que permita estimar que hay una imitación, y no un intento de imitar, en el sentido de práctica identidad, reproducción fiel o identidad sustancial, lo que no sucede si cabe reconocer la voz como distinta del intérprete original, y para lo que no es suficiente fundamento la referencia que hace la resolución recurrida a "versión clónica" porque alude más a un fenómeno social -canciones de verano- que al caso concreto. Y, además, singularmente, dadas las circunstancias concurrentes, relativas al tiempo de salida al mercado de los fonogramas de los artistas originales y falta de prueba de que la conducta del imitador haya generado al creador una desventaja comercial sería causada por la grave dificultad o imposibilidad de amortizar costes de producción y/o promoción (fto. quinto de la Sentencia de primera instancia), y demás consideraciones expresadas en la Sentencia de la Audiencia sobre los costes y gastos de la productora demandada (fto. quinto, párrafo penúltimo), no cabe apreciar la concurrencia del elemento de **aprovechamiento** del **esfuerzo** ajeno; a lo que no obsta que dicha entidad se haya beneficiado, o intentado, de la popularidad de las canciones, que no es suficiente para integrar la ilicitud examinada." (énfasis añadido).

Pues bien, trasladando esas ideas al supuesto analizado, tenemos lo siguiente:

1.- Que, no justificada indiciariamente la utilización del mismo molde que el empleado para la elaboración del producto de la actora, el único ahorro que podríamos considerar concurrente sería el relativo a la inversión realizada por aquella en el diseño de dicho molde (no en la fabricación del mismo por la que pagó 7.950 \$ según el Documento 6 de la demanda).

2.- Que en relación con el diseño del molde, lo único que la demandante nos indica es que esa labor fue desarrollada en el año 2005 por una empleada suya llamada EMILIE DELALOY, pero nada se nos dice acerca del coste que el tiempo de dedicación de dicha empleada supuso para la empresa, y, lo que es más importante, nada se nos indica tampoco en relación con el coste de producción del producto, de manera que, a falta de tales datos, resulta imposible conocer si el coste del diseño representó o no una fracción "significativa" del coste del producto en su totalidad. Lo que, a su vez, nos veda la posibilidad de conocer si el ahorro que la demandada se procuró al contar con un diseño ya elaborado por otros fue o no un ahorro "significativo".

3.- Que, en todo caso, encontrándose el producto de CANAL TOYS S.A. en el mercado francés desde 2005 y más tarde en el español desde 2006, no parece que a mediados de 2010, que es cuando irrumpe en el mismo mercado el producto de la demandada, esto es, cinco años después, no pueda considerarse amortizado por la demandante el coste que le hubiera supuesto la dedicación de dicha empleada a la elaboración del diseño correspondiente.

Tampoco cabe apreciar, en consecuencia, indicios de prosperabilidad en la acción ejercitada en tanto que fundada en la imitación desleal con **aprovechamiento** del **esfuerzo** ajeno.

CUARTO.- Aun cuando esta Sala comparte el punto de vista de la apelante cuando razona que la inminencia de la campaña navideña de 2010 solamente fue invocada como elemento capaz de dotar a la pretensión cautelar de una especial premura y de justificar su acogimiento "inaudita parte, sin que fuera ese el único motivo determinante de tal pretensión, lo cierto es que, descartada la presencia de "fumus boni iuris", irrelevante resulta el examen concerniente a la presencia del "periculum in mora" dado que, aun en el caso de apreciarse, la pretensión cautelar debería ser desestimada.

QUINTO.- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso de conformidad con lo previsto en el número 1 del Art. 398 de la L.E.C.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:



1.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de CANAL TOYS, S.A. contra la resolución del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.

2.- Confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

3.- Imponemos a la apelante las costas derivadas de su recurso.

Así por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los

ilustrísimos señores magistrados que constan en el encabezamiento de la presente resolución.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ