

NOTIFICADO EL DÍA 01-06-17

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE ALICANTE

Calle Pardo Gimeno,43
TELÉFONO: 965-93.61.41; FAX: 965-93.61.67
N.I.G.: 03014-66-2-2016-0000872

Procedimiento: Asunto Civil 000401/2016T

SENTENCIA Nº 000112/2017

MAGISTRADO - JUEZ QUE LA DICTA: Ilmo/a Sr/a D/Dª SALVADOR CALERO GARCIA

Lugar: ALICANTE

Fecha: treinta de mayo de dos mil diecisiete

Procedimiento: Asunto Civil 000401/2016T

PARTE DEMANDANTE: TECHNOGYM SPA
Abogado: JUAN CARLOS DEL CAMPO GOMIS
Procurador: MIRA ERAUZQUIN, JONE MIREN

PARTE DEMANDADA SIMPLY GYM GESTION SL
Abogado: Carlos Viñas Llebot
Procurador: BAEZA RIPOLL, CARMEN

Antecedentes de Hecho

Primero. Por la Procuradora doña Jone Mira Erauzquin en nombre y representación de TECHNOGYM, S.P.A. se presentó demanda de juicio ordinario contra la mercantil SIMPLY GYM GESTION, S.L. el 8 de junio de 2016 que, por turno de reparto, correspondió a este juzgado.

Segundo. Se admitió a trámite la demanda mediante decreto de 6 de junio de 2016 y se acordó emplazar a la demandada.

Tercero. Por doña Carmen Baeza Ripoll, Procuradora de los Tribunales y de la mercantil SIMPLY GYM GESTION, S.L. se presentó escrito de contestación a la demanda el 9 de septiembre de 2016.

Cuarto. El acto de la Audiencia Previa tuvo lugar el día 22 de febrero de 2017. En él comparecieron ambas partes que se ratificaron en sus pretensiones y se recibió el pleito a prueba.

Ambas partes propusieron prueba en los términos que obran en el acta. Sólo fue admitida la documental y se requirió para su aportación en forma, concediéndose de acuerdo con las partes un plazo de conclusiones por escrito una vez recibida la subsanación.

Quinto. Recibidas las conclusiones, el 8 de mayo de 2017 los autos quedaron sobre mi mesa para resolver.

Fundamentos de Derecho

Primero. La actora pretende que se dicte sentencia en la que se declare:

- Que la referencia indicada en la factura DHZ140328 como “X8200 Treadmill”, representa una copia de la cinta de correr “RUN NOW” creada por la actora.
- Que el uso por parte de la demandada, en el marco de una actividad económica, de 18 unidades de la cinta de correr indicada en la factura DHZ140328 en la posición 30 como “X8200 Treadmill” representa una infracción del diseño comunitario. 001765603-0001, titularidad de la actora.
- Que las máquinas de fuerza indicadas en la factura DHZ140328 como DHZ813 – Pectoral Machine, DHZ849 – Pulldown, DHZ850 – Rotary Rorso, DHZ858 – Lower Back, DHZ867 – Multi hip, DHZ869 – Shoulder press, DHZ870 – Chest press, DHZ871 – Vertical traction, DHZ883 – Total Abdominal, DHZ890 – Leg curl, DHZ891 – Leg Extension, DHZ892 – Arm Curl y DHZ893 – Delt Machine representan una copia de la línea “SELECTION” creada por la actora.
- Que el uso por parte de la demandada, en el marco de una actividad económica, de las máquinas de fuerza indicadas en la factura DHZ140328 como DHZ813 – Pectoral Machine, DHZ849 – Pulldown, DHZ850 – Rotary Rorso, DHZ858 – Lower Back, DHZ867 – Multi hip, DHZ869 – Shoulder press, DHZ870 – Chest press, DHZ871 – Vertical traction, DHZ883 – Total Abdominal, DHZ890 – Leg curl, DHZ891 – Leg Extension, DHZ892 – Arm Curl y DHZ893 – Delt Machine representa una infracción del Modelo Industrial español núm. 144.331, titularidad de la actora.
- Que el uso por parte de la demandada, en el marco de una actividad económica, de las máquinas de fuerza indicadas en la factura DHZ140328 como DHZ813 –

Pectoral Machine, DHZ849 – Pulldown, DHZ850 – Rotary Rorso, DHZ858 – Lower Back, DHZ867 – Multi hip, DHZ869 – Shoulder press, DHZ870 – Chest press, DHZ871 – Vertical traction, DHZ883 – Total Abdominal, DHZ890 – Leg curl, DHZ891 – Leg Extension, DHZ892 – Arm Curl y DHZ893 – Delt Machine representa un acto de competencia desleal por riesgo de asociación y aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.

- Que las máquinas de fuerza indicadas en la factura DHZ140820 como DHZ905 – Chest Press, DHZ910 – Olympic Decline Bench, DHZ915 – Olympic Bench Incline, DHZ920 – Vertical Traction, DHZ925 – LOW ROW, DHZ930 – Incline Level Row, DHZ935 – Shoulder Press, DHZ945 – CALF y DHZ950 – Leg Press representan una copia de la línea “PURE STRENGTH” creada por la actora.

- Que el uso por parte de la demandada, en el marco de una actividad económica, de las máquinas de fuerza indicadas en la factura DHZ140820 como DHZ905 – Chest Press, DHZ910 – Olympic Decline Bench, DHZ915 – Olympic Bench Incline, DHZ920 – Vertical Traction, DHZ925 – LOW ROW, DHZ930 – Incline Level Row, DHZ935 – Shoulder Press, DHZ945 – CALF y DHZ950 – Leg Press representa un acto de competencia desleal por riesgo de asociación y aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.

Y en consecuencia que se condene a la demandada:

- Al cese en la utilización con fines económicos de los artículos copiados de la actora identificados en la factura DHZ140328 como X8200 Treadmill, DHZ813 – Pectoral Machine, DHZ849 – Pulldown, DHZ850 – Rotary Rorso, DHZ858 – Lower Back, DHZ867 – Multi hip, DHZ869 – Shoulder press, DHZ870 – Chest press, DHZ871 – Vertical traction, DHZ883 – Total Abdominal, DHZ890 – Leg curl, DHZ891 – Leg Extension, DHZ892 – Arm Curl y DHZ893 – Delt Machine; y en la factura DHZ140820 como DHZ905 – Chest Press, DHZ910 – Olympic Decline Bench, DHZ915 – Olympic Bench Incline, DHZ920 – Vertical Traction, DHZ925 – LOW ROW, DHZ930 – Incline Level Row, DHZ935 – Shoulder Press, DHZ945 – CALF y DHZ950 – Leg Press.

- A la inutilización y destrucción de forma fehaciente y a su costa de los artículos copiados a la actora identificados en la factura DHZ140328 como X8200 Treadmill, DHZ813 – Pectoral Machine, DHZ849 – Pulldown, DHZ850 – Rotary Rorso, DHZ858 – Lower Back, DHZ867 – Multi hip, DHZ869 – Shoulder press, DHZ870 – Chest press, DHZ871 – Vertical traction, DHZ883 – Total Abdominal, DHZ890 – Leg curl, DHZ891 – Leg Extension, DHZ892 – Arm Curl y DHZ893 – Delt Machine; y en la factura DHZ140820 como DHZ905 – Chest Press, DHZ910 – Olympic Decline Bench, DHZ915 – Olympic Bench Incline, DHZ920 – Vertical Traction, DHZ925 – LOW ROW, DHZ930 – Incline Level Row, DHZ935 – Shoulder Press, DHZ945 – CALF y DHZ950 – Leg Press.

- A indemnizar a la actora por los daños y perjuicios causados a tenor del 1% de su cifra de negocio.

- A la publicación del Fallo de la Sentencia que en su día se dicte, a elección de la parte actora, en dos revistas del sector del *fitness* de ámbito nacional.
- A indemnizar en un mínimo de 600 euros diarios si incumpliera con su obligación de cesación en los términos que fije la sentencia y que se cuantifiquen en su ejecución.
- Al pago de las costas del proceso.

La demandante sostiene que la demandada está infringiendo los derechos de exclusiva que ostenta desde el registro del Diseño Comunitario nº 001765603-0001 y del Modelo Industrial Español nº 144.331 aún en vigor y subsidiariamente que realiza actos de competencia desleal

La demandada niega que el diseño español sea válido, que exista deslealtad de la conducta y que sea procedente la indemnización de daños y perjuicios.

Segundo. Sobre la infracción del Diseño Comunitario Registrado no 001765603-0001, titularidad de la actora

A la vista de la documentación aportada en Diligencias Preliminares 219/2015 practicadas ante este Juzgado y por el propio reconocimiento efectuado en la contestación, puede darse por cierta la utilización con fines comerciales, y no meramente particulares de la máquina de correr controvertida, y el registro del Diseño Comunitario por parte de la actora el 8 de octubre de 2010 y su vigencia hasta el 8 de octubre de 2020 (documentos nº 24 bis y 25 de la demanda), el punto de partida es el Reglamento (CE) núm. 6/2002, de 12 diciembre 2001, que en su artículo 10 establece:

1. La protección conferida por el dibujo o modelo comunitario se extenderá a cualesquiera otros dibujos y modelos que no produzcan en los usuarios informados una impresión general distinta.

2. Al determinar la protección, se tendrá en cuenta el grado de libertad del autor al desarrollar su dibujo o modelo.

Por su parte, el art 19.1 del mismo texto legal establece:

Un dibujo o modelo comunitario registrado confiere al titular el derecho exclusivo de utilización y de prohibir su utilización por terceros sin su consentimiento. Se entenderá por utilización, en particular, la fabricación, la oferta, la puesta en el mercado, la importación, la exportación o la utilización de un producto en el que se encuentre incorporado el dibujo o modelo o al que éste se haya aplicado, así como el almacenamiento del producto con los fines antes citados.

El concepto de usuario informado no alcanza a un ciudadano que pueda tener la condición de experto en el sector comercial del que se trata, sino que, tal y como ha destacado ya la Audiencia Provincial de Alicante en sentencia 46/2009 de 29 de enero, *En nuestra Sentencia de 21 de febrero de 2008 (JUR 2008\166384) decíamos que "no es el consumidor cualquiera, pero tampoco lo es ni el experto a que hace referencia la legislación en materia de patentes (artículo 9 de la Ley de Patentes (RCL 1986\939)) ni, añadimos nosotros, a los integrantes de los círculos especializados del sector" y que "posee un cierto nivel de conocimiento acerca de los dibujos o modelos publicados en el sector sin llegar a ser especialistas en diseño". Por otro lado, si proyectamos este concepto de "usuario informado" al concreto producto litigioso (lámparas) observamos que se trata de un producto de consumo común por el público en el sentido de que cualquier persona puede ser el adquirente del mismo por lo que no son tan importantes en este litigio los dictámenes periciales sino que el propio Juzgador puede colocarse, atendido su nivel conocimientos sobre el sector de la iluminación, en la posición del usuario informado.*

En consecuencia, debe ser objeto de apreciación por parte del juzgador esa impresión general que puedan producir en el usuario informado, que no tenga la condición de experto, los productos que son objeto de litigio y ha de hacerse partiendo de que la comparación ha de efectuarse no con la concreción o materialización del diseño comunitario registrado sino con la representación gráfica del mismo.

Las semejanzas que encontramos entre la representación gráfica del modelo y la máquina empleada por la demandada con referencia "X8200 Treadmill" son extraordinarias, no sólo en su visión global, sino entrando en un examen pormenorizado de los elementos que lo componen. Debemos por tanto dar por reproducidos los argumentos expuestos en relación con el mismo diseño y producto infractor, en la sentencia de este juzgado de 4 de octubre de 2016 dictada en el procedimiento ordinario 31/2015 y que son los siguientes:

Vemos que efectivamente presentan una gran semejanzas en sus formas y contornos, pues dentro del amplio condicionante de índole técnica que es la parte inferior, formada por la propia cinta mecánica, y la necesidad de un marcador y dos barandillas para el adecuado uso y seguridad del usuario en la parte superior, las formas e inclinación de los soportes y la singular curvatura en distinto planos de las asideras para brazos y soporte del monitor son las que destacan por encima de todos los elementos como definidores de su singularidad, y en ellos, las similitudes son más que destacables, produciendo en su conjunto una misma impresión general en el usuario informado, que las diferenciaría únicamente tras un examen detallado y estando en presencia de ambas.

Tercero. Sobre la infracción del diseño nacional nº 144331 versión A y B.

La demandada excepciona su nulidad, pero no interpone reconvencción. Restablece el artículo 69.1 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial:

Admitida a trámite la demanda de nulidad el tribunal, a instancia del demandante, librará mandamiento a la Oficina Española de Patentes y Marcas para que haga anotación preventiva de la demanda en el Registro de Diseños.

La necesidad de que la declaración se produzca vía acción o reconvencción, puede a su vez deducirse de los artículos 65 y 66 del mismo texto legal.

Del conjunto de la regulación puede deducirse que la pretensión de nulidad de un diseño español ha de presentar forma de demanda y en su caso de reconvencción y que no le resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 408 de la LEC para la nulidad de negocios jurídicos, puesto que el registro de un diseño es tal sino un acto jurídico. La pretensión de la demandante es la de la desestimación de la demanda sobre la base de una posible nulidad, un motivo de oposición a una acción de violación de diseño industrial que exigía la reconvencción que enervara los derechos del titular recogidos en los artículos 45 y ss de la LDI.

De esta forma, al no presentarse acción ni reconvencción sobre el diseño español envigor según acredita el documento nº 14 de la demanda, establece el artículo 45 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial:

El registro del diseño conferirá a su titular el derecho exclusivo a utilizarlo y a prohibir su utilización por terceros sin su consentimiento. A estos efectos se entenderá por utilización la fabricación, la oferta, la comercialización, la importación y exportación o el uso de un producto que incorpore el diseño, así como el almacenamiento de dicho producto para alguno de los fines mencionados.

Por su parte, el artículo 47 establece que:

1. La protección conferida por el diseño registrado se extenderá a cualquier diseño que no produzca en el usuario informado una impresión general diferente.

2. Para determinar el alcance de la protección se tendrá en cuenta el margen de libertad del autor al realizar el diseño.

Dando por reproducidos lo expuesto anteriormente sobre el concepto de usuario informado, vemos que el diseño español es sólo *un bastidor a modo de pórtico cuyos puntales y travesaño superior son curvo-cóncavos desde el interior del propio bastidor hacia afuera y están formados por perfiles tubulares de sección elíptica estando redondeadas las esquinas superiores de encuentro entre dichos puntales y el travesaño superior* según la descripción de la Versión A en el propio registro, siendo idéntica la Versión B salvo por la *expansión hacia abajo en forma de dos alas descendentes, paralelas entre sí, una delantera y otra trasera, de forma trapecoidal invertida y dotadas cada una de respectivas depresiones trapeciales.*

Los modelos adquiridos y empleados por la demandada denominados *DHZ813 – Pectoral Machine, DHZ849 – Pulldown, DHZ850 – Rotary Rorso, DHZ858 – Lower Back, DHZ869 – Shoulder press, DHZ870 – Chest press, DHZ871 – Vertical traction, DHZ883 –*

Total Abdominal, DHZ890 – Leg curl, DHZ891 – Leg Extension, DHZ892 – Arm Curl y DHZ893 – Delt Machine presentan un arco como soporte que reviste los mismos caracteres que el descrito en la Versión B registrada hasta el punto que pueden catalogarse como de copias. Es cierto que el bastidor es sólo una parte del aparato de gimnasia y que cumple una función técnica, pero las variedades que admite su diseño y la validez del diseño registrado, así como la importancia que reviste el peculiar diseño del bastidor en la apariencia global de cada una de las máquinas de fuerza nos lleva a catalogar los productos enumerados igualmente como infractores.

No sucede lo mismo con el *DHZ867 – Multi hip*, en el que se comprueba que la forma del arco es sustancialmente diferente, encontrándose ausentes las curvas propias del diseño registrado, al ser de contorno recto.

Cuarto. Sobre la competencia desleal en la utilización de los productos *DHZ867 – Multi hip, DHZ905 – Chest Press, DHZ910 – Olympic Decline Bench, DHZ915 – Olympic Bench Incline, DHZ920 – Vertical Traction, DHZ925 – LOW ROW, DHZ930 – Incline Level Row, DHZ935 – Shoulder Press, DHZ945 – CALF y DHZ950.*

Habiendo sido estimada la pretensión de infracción de propiedad industrial no procede hacer pronunciamiento sobre su carácter desleal, según consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la conocida sentencia de 4 de septiembre de 2006. Sólo procede sobre el producto *DHZ867 – Multi hip* al respecto del cual ha sido desestimada la acción de infracción, y respecto de todos los no amparados por diseño alguno integrantes de la línea PURE STRENGTH.

Los diferentes productos son comercializados a partir de 2000 (la línea SELECTION a la que pertenece el producto *DHZ867 – Multi hip*) y 2007 (los restantes, integrados en la línea PURE STRENGTH) por la propia actora, según declara en su demanda, y no procede otra protección respecto que la dispensada por la LCD.

Se invocan por la demandante los artículos 6 y 5, de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal si bien la aplicación de ambos han de descartarse en el presente porque como ya aclaró la STS de 17 de julio de 2007 el ámbito del artículo 6 queda restringido a los signos y presentación, no al producto en sí mismo considerado, esto es a las creaciones formales y no materiales, en tanto que el segundo, el artículo 5 (antes 7) según STS de 23 de mayo de 2005 requiere de un comportamiento positivo o negativo de tipo abierto susceptible de causar error en los destinatarios sean directos o indirectos sobre la naturaleza, modo de elaboración, características del producto. Y en el presente ninguna manifestación se hace, sino que simplemente se imitan unos productos. La copia ha de encontrarse siempre circunscrita al artículo 11 de la LCD y no puede pretenderse obviarse el principio de libre imitabilidad proclamado en su apartado primero, con la invocación de otros preceptos que tienen un ámbito de aplicación muy distinto.

Cabe plantearse si es posible la aplicación del artículo 11 de LCD por el principio *iura novit curia*, y sin que ello afecte al principio de congruencia de la resolución.

En reciente sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante de 16 de marzo de 2017, al resolver un recurso de apelación frente a sentencia dictada por este juzgado en procedimiento instado por la misma actora y coincidente en sus planteamientos, se concluye que no, sobre la base de lo resuelto por la sala Primera del Tribunal Supremo en su STS 822/2011, de 16 de diciembre, que establecía:

Cada uno de los ilícitos concurrenciales de la Ley de Competencia Desleal tiene sustantividad propia y autonomía y da lugar a una modalidad de acción, la cual debe configurarse -identificarse e individualizarse- de forma precisa y concreta. La delimitación fáctica y jurídica de cada uno de los supuestos que permiten la incardinación de los tipos legales, general o específicos, de ilícito concurrencial corresponde a quien demanda, sin que le sea dable hacer una relación de hechos históricos, para a continuación diferir al Tribunal la selección del tipo que estima adecuado al caso (S. 22 de noviembre de 2010). Ello no forma parte de la función jurisdiccional, ni se compagina con el principio de rogación, ni en definitiva lo permite la defensa de la otra parte, la cuál, ante tal remisión genérica, se vería forzada a razonar el rechazo, para el caso, de todos y cada uno de los tipos legales, incluso el de cierre recogido en el art. 5 LCD . La elección de una u otra acción, o de varias acumuladas, corresponde a la parte interesada, la que tiene la carga procesal -imperativo del propio interés- de expresar con claridad, y no de forma farragosa y confusa (como se le imputa en el supuesto de autos) la concurrencia de los requisitos del ilícito correspondiente. No es asumible la opinión, porque obviamente no lo permiten el art. 218 LEC , ni el principio "iura novit curia", de que el Tribunal pueda aplicar un tipo diferente del indicado por la parte cuando la indicación es equivocada, ni que pueda suplir la falta de mención del precepto, salvo que en este caso fluya de manera natural e inequívoca de la descripción efectuada por el interesado. La facultad concedida al Tribunal de corregir el desacierto de la parte en la cita o alegación de la norma ex art. 218.1 LEC , no autoriza a cambiar o corregir los planteamientos de las partes, ni a suplir en tal aspecto su incuria o desconocimiento jurídico, y menos todavía cuando se afecta a las pretensiones ejercitadas, en cuya selección y delimitación deben esmerarse los interesados, y por eso se exige la dirección procesal de Letrado. Así lo viene declarando esta Sala que en la Sentencia de 15 de diciembre de 2008 , núm. 1167, señala que «la infracción del art. 5 LCD obliga a identificar las razones en que se funda la deslealtad de la conducta (S. 24 de noviembre de 2006), sin que baste citar el precepto en los fundamentos de derecho de la demanda (S. 19 de mayo de 2008)», sin perjuicio de que, como indica la Sentencia de 7 de abril de 2010 , «no mencionado expresamente [el artículo] pueda resultar identificable por medio de la descripción del supuesto de hecho que el mismo contempla». Entenderlo de otro modo supone desconocer el contenido de la "causa petendi", cuyo componente fáctico es siempre de alegación ineludible, en tanto el jurídico también puede serlo, causa de pedir que se altera cuando se aplica una fundamentación jurídica distinta de la que las partes han querido hacer valer.

Sin perjuicio de lo anterior, ha de valorarse que la más reciente STS de 11 de junio de 2013, declaraba la congruencia de la sentencia de primera instancia cuando, aunque no se invocara expresamente el precepto infringido, podía deducirse la alegación de deslealtad por este motivo del escrito de demanda. Así, concluía la Sección 1 de la Sala Primera:

Con carácter general, venimos considerando que "el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir] y el fallo de la sentencia" (Sentencia 173/2013, de 6 de marzo). En particular, en relación con la modalidad de incongruencia extra petitum, haber resuelto algo que no formaba parte del objeto del proceso, el Tribunal Constitucional puntualiza que "el juzgador está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente formuladas por los litigantes" (STC 182/2000, de 10 de julio). De tal forma que "no se incurre en incongruencia cuando se da acogida a lo que sustancialmente está comprendido en el objeto del pleito o implícitamente en las pretensiones deducidas en la demanda" (Sentencia 1015/2006, de 13 de octubre).

De este modo debemos revisar si el acto de competencia desleal apreciado por la sentencia de primera instancia estaba "sustancialmente comprendido en el objeto del pleito", tal y como quedó conformado en la fase de alegaciones, y en concreto con la demanda.

Aunque la demanda no es muy clara y debiera haberlo sido, cabe entender que, además de la conducta de imitación desleal del envase que incardina en el art. 11.2 LCD , también denuncia un comportamiento que podría constituir una conducta distinta susceptible de enjuiciamiento al amparo del art. 5 LCD (actual art. 4.1 LCD): la utilización por la demandada del término " Funciona" (debajo de su marca "Don Simón") para identificar el producto consistente en una bebida compuesta por leche y zumo de frutas, que es la misma denominación empleada por Leche Pascual durante varios años para identificar su producto (tal y como aparece en las marcas que tiene registradas, junto con el signo "Leche Pascual"), respecto del que tiene el 40% de cuota de mercado, aprovechándose así de la importante inversión publicitaria realizada por la demandante y de la reputación alcanzada por ésta.

Al margen de que pueda prosperar o no esta " causa petendi" de las acciones de competencia desleal ejercitadas en la demanda, entendemos que sustancialmente se invocó y que, por lo tanto, el juzgado mercantil no incurrió en incongruencia extra petitum cuando así lo entendió y juzgó la conducta. Consiguientemente, la Audiencia, en la medida en que apreció incongruencia en la sentencia de primera instancia y dejó sin efecto aquel enjuiciamiento, infringió las normas reguladoras de la sentencia, relativas a la congruencia de la sentencia, antes reseñadas.

Es por tanto imprescindible antes de entrar en el fondo, un detallado examen del escrito inicial a los efectos de concluir si concurren o no los presupuestos para el ejercicio de una acción de competencia desleal también sobre la base del artículo 11.2 de la LCD que exige para calificar como desleal la conducta de tercero:

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.

En cualquier caso, no puede predicarse aprovechamiento de esfuerzo o reputación de tercero en el producto de la línea SELECTION, *DHZ867 – Multi hippo* cuanto que las diferencias destacadas en el arco, unidas a las que se observan en diferentes partes de la maquinaria (asideras, plataforma, curvatura de los diferentes brazos y barras que conforman la estructura o que se integran en el mecanismo) nos muestran unas diferencias sustanciales que hay que considerar más que relevantes a la vista de los considerables condicionantes de índole técnico.

En lo referente a las máquinas de la línea PURE STRENGTH comprobamos que se argumenta en la demanda la existencia de un importante esfuerzo y desembolso para la creación de la misma, que si bien no se acredita, ello será relevante una vez que entremos en el fondo. Asimismo se sostiene y esta vez sí se acredita documentalmente la existencia de un mérito concurrencial. Junto a ello, se sostiene que las máquinas de la demandada son “copias” de las creadas y comercializadas por la actora y una “imitación parasitaria y sistemática de todos y cada uno de los diseños de la actora”.

Es por ello que aunque no se haya invocado el artículo 11 de la LCD ni individualizado la acción de competencia desleal también en el supuesto regulado en la misma, se aluden de forma inequívoca los presupuestos para la declaración de deslealtad de la conducta de la demandada también por aplicación del artículo 11.2 LCD resultando que aunque el concepto de copia puede ser relevante también para la acción de diseño, no así los méritos concurrenciales alegados, aunque en ocasiones se incluyan en las demandas de propiedad industrial aunque carezca propiamente de relevancia salvo para una eventual indemnización por desprestigio.

Entrando así en el fondo del artículo 11.2 de la LCD encontramos alegado, pero no probado, esfuerzo en la creación y comercialización, y alegado y suficientemente probado (y reconocido por la propia Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante en sentencia 546/2012 de 28 de diciembre) mediante documental 17 a 24 de la demanda, un mérito que viene integrado por premios, condición de proveedor oficial en los Juegos de Pekín 2008 y la utilización de tales aparatos por parte de deportistas de primer nivel.

Y es al observar todas las máquinas integrantes de la colección PURE STRENGTH que son objeto de invocación junto con las empleadas por las demandadas en una actividad lucrativa cuando se observa que la intención y el efecto de aprovecharse de esta reputación es evidente, por cuanto que no sólo se trata de copias absolutamente idénticas, sino que lo son también en los elementos meramente ornamentales, como es la combinación de colores.

Quinto. Sobre la indemnización de daños y perjuicios

Por aplicación de los artículos 54 y ss de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial procede estimar la pretensión de la actora.

Habiéndose enviado requerimiento fehaciente no atendido por la demandada, procede estimar la pretensión indemnizatoria del 1 % de la cifra de negocios que se liquidará en

ejecución de sentencia por la propia actora tras efectuar requerimiento de exhibición al amparo del 328 y 329 de la LEC, pudiendo en tal caso asistirse de perito.

En cuanto a las acciones de competencia desleal la indemnización, con el máximo del 1% se derivará igualmente de la práctica de la prueba pericial por el concepto de enriquecimiento injusto del artículo 32.2.5 LCD

Obtenida una cifra final con o sin dictamen pericial, se despachará ejecución en la que en el plazo de la oposición la demandada podrá articular y alegar cuantas cuestiones no le parezcan ajustadas a los términos de la presente, a través de la excepción de pluspetición. Si lo solicitaren las partes, en tal caso será posible la celebración de vista, que asegura la plenitud de los derechos de alegación y prueba y la adecuada defensa de los intereses de cada parte, a la vez que ha permitido la salvaguardia, hasta al menos haber recaído sentencia, de la confidencialidad de los libros de comercio, en los términos de los artículos 30 y ss del CCom.

Sexto. Sobre la publicación de la sentencia.

Procede estimar pretensión sustentada en el artículo 55.1 f) LPDI al concurrir la proporcionalidad exigida jurisprudencialmente (entre otras SAP Barcelona de 13 de noviembre de 2000).

Séptimo. Sobre las costas.

En atención a la estimación parcial de la demanda y en aplicación del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se hace especial pronunciamiento en materia de costas.

Fallo

Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por doña Jone Mira Erauzquin en nombre y representación de TECHNOGYM, S.P.A. contra la mercantil SIMPLY GYM GESTION, S.L. por lo que, en consecuencia:

A) Declaro:

- Que la referencia indicada en la factura DHZ140328 como “X8200 Treadmill”, representa una copia de la cinta de correr “RUN NOW” creada por la actora.
- Que el uso por parte de la demandada, en el marco de una actividad económica, de 18 unidades de la cinta de correr indicada en la factura DHZ140328 en la posición 30 como “X8200 Treadmill” representa una infracción del diseño comunitario 001765603-0001, titularidad de la actora.

- Que las máquinas de fuerza indicadas en la factura DHZ140328 como DHZ813 – Pectoral Machine, DHZ849 – Pulldown, DHZ850 – Rotary Rorso, DHZ858 – Lower Back, DHZ869 – Shoulder press, DHZ870 – Chest press, DHZ871 – Vertical traction, DHZ883 – Total Abdominal, DHZ890 – Leg curl, DHZ891 – Leg Extension, DHZ892 – Arm Curl y DHZ893 – Delt Machine representan una copia de la línea “SELECTION” creada por la actora.

- Que el uso por parte de la demandada, en el marco de una actividad económica, de las máquinas de fuerza indicadas en la factura DHZ140328 como DHZ813 – Pectoral Machine, DHZ849 – Pulldown, DHZ850 – Rotary Rorso, DHZ858 – Lower Back, DHZ869 – Shoulder press, DHZ870 – Chest press, DHZ871 – Vertical traction, DHZ883 – Total Abdominal, DHZ890 – Leg curl, DHZ891 – Leg Extension, DHZ892 – Arm Curl y DHZ893 – Delt Machine representa una infracción del Modelo Industrial español núm. 144.331, titularidad de la actora.

- Que las máquinas de fuerza indicadas en la factura DHZ140820 como DHZ905 – Chest Press, DHZ910 – Olympic Decline Bench, DHZ915 – Olympic Bench Incline, DHZ920 – Vertical Traction, DHZ925 – LOW ROW, DHZ930 – Incline Level Row, DHZ935 – Shoulder Press, DHZ945 – CALF y DHZ950 – Leg Press representan una copia de la línea “PURE STREGTH” creada por la actora.

- Que el uso por parte de la demandada, en el marco de una actividad económica, de las máquinas de fuerza indicadas en la factura DHZ140820 como DHZ905 – Chest Press, DHZ910 – Olympic Decline Bench, DHZ915 – Olympic Bench Incline, DHZ920 – Vertical Traction, DHZ925 – LOW ROW, DHZ930 – Incline Level Row, DHZ935 – Shoulder Press, DHZ945 – CALF y DHZ950 – Leg Press representa un acto de competencia desleal por aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

B) Condeno a la demandada:

- Al cese en la utilización con fines económicos de los artículos identificados en la factura DHZ140328 como X8200 Treadmill, DHZ813 – Pectoral Machine, DHZ849 – Pulldown, DHZ850 – Rotary Rorso, DHZ858 – Lower Back, DHZ869 – Shoulder press, DHZ870 – Chest press, DHZ871 – Vertical traction, DHZ883 – Total Abdominal, DHZ890 – Leg curl, DHZ891 – Leg Extension, DHZ892 – Arm Curl y DHZ893 – Delt Machine; y en la factura DHZ140820 como DHZ905 – Chest Press, DHZ910 – Olympic Decline Bench, DHZ915 – Olympic Bench Incline, DHZ920 – Vertical Traction, DHZ925 – LOW ROW, DHZ930 – Incline Level Row, DHZ935 – Shoulder Press, DHZ945 – CALF y DHZ950 – Leg Press.

- A la inutilización y destrucción de forma fehaciente y a su costa de los artículos identificados en la factura DHZ140328 como X8200 Treadmill, DHZ813 – Pectoral Machine, DHZ849 – Pulldown, DHZ850 – Rotary Rorso, DHZ858 – Lower Back, DHZ869 – Shoulder press, DHZ870 – Chest press, DHZ871 – Vertical traction, DHZ883 – Total Abdominal, DHZ890 – Leg curl, DHZ891 – Leg Extension,

DHZ892 – Arm Curl y DHZ893 – Delt Machine; y en la factura DHZ140820 como DHZ905 – Chest Press, DHZ910 – Olympic Decline Bench, DHZ915 – Olympic Bench Incline, DHZ920 – Vertical Traction, DHZ925 – LOW ROW, DHZ930 – Incline Level Row, DHZ935 – Shoulder Press, DHZ945 – CALF y DHZ950 – Leg Press.

- A indemnizar a la actora por los daños y perjuicios causados a tenor del 1% de su cifra de negocio según la cuantía que se fije en ejecución de sentencia en los términos del Fundamento de Derecho Quinto de la presente resolución.
- A la publicación del Fallo de la Sentencia que en su día se dicte, a elección de la parte actora, en dos revistas del sector del *fitness* de ámbito nacional.
- A indemnizar en un mínimo de SEISCIENTOS EUROS (600 €) diarios por cada día en que subsista la infracción del diseño o modelo industrial.
- Al pago de las costas del proceso.

C) No se hace especial pronunciamiento en materia de costas.

Notifíquese esta resolución partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de apelación ante éste juzgado y para la Ilma. Audiencia Provincial de Alicante en el plazo de VEINTE días a contar desde la fecha de su notificación.

Así lo acuerda, manda y firman Salvador Calero García, juez titular del juzgado de Juzgado de lo Mercantil nº2 de Alicante.

PUBLICACION:- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Juez que la dictó, estando el mismo celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el letrado de la Admon. de Justicia doy fé.

Mensaje LexNET - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201710153309163	
Asunto	Notificación vía LexNET (múltiple)/SENTENCIA TEXTO LIBRE/	
Remitente	Órgano	JUTJAT. MERCANTIL N. 2 de Alicante/Alacant, Alicante/Alacant [0301447002]
	Tipo de órgano	JDO. DE LO MERCANTIL
Destinatarios	BAEZA RIPOLL, M CARMEN [299]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Alacant
	MIRA ERAUZQUIN, JONE [244]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Alacant
Fecha-hora envío	31/05/2017 09:21	
Documentos	0012425_2017_001_030146600020160000872-1002704-1.rtf(Principal) Hash del Documento: 743813dd5eade84a4f9471fbea2ae5120b0e23d0	
Datos del mensaje	Procedimiento destino	1JO Nº 000401/2016
	Detalle de acontecimiento	SENTENCIA TEXTO LIBRE
	NIG	0301466220160000872

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
31/05/2017 11:04	MIRA ERAUZQUIN, JONE [244]-Ilustre Colegio de Procuradores de Alacant	LO RECOGE	
31/05/2017 09:21	Ilustre Colegio de Procuradores de Alacant (Alicante/Alacant)	LO REPARTE A	MIRA ERAUZQUIN, JONE [244]-Ilustre Colegio de Procuradores de Alacant

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.