



Roj: **AAP M 4638/2021 - ECLI:ES:APM:2021:4638A**

Id Cendoj: **28079370282021200053**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **01/10/2021**

Nº de Recurso: **439/2020**

Nº de Resolución: **248/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

C/ Santiago de Compostela nº 100.

Teléfono: 91 4931988/89

ROLLO DE APELACIÓN Nº 439/20

Procedimiento de origen: Pieza de Medidas Cautelares del Juicio Ordinario nº 1563/19

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 14 de Madrid.

Parte recurrente: "ITALFARMACO S.A."

Procuradora: Doña Ana Llorens Pardo.

Letrado: Don Guillermo Ruiz de Salazar López-Roberts.

Parte recurrida: "EXELTIS HEALTHCARE, S.L."

Procurador: Don Antonio Sorribes Calle.

Letrado: Don Marco Yago de Sevilla.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

AUTO Nº 248/2021

En Madrid, a uno de octubre de dos mil veintiuno.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 439/20, interpuesto contra el auto de fecha 13 de noviembre de 2019 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 14 de Madrid en la pieza de medidas cautelares del juicio ordinario tramitado con el nº 1563/2019.

Han sido partes en el recurso, como apelante, la entidad "**ITALFARMACO S.A.**"; y como apelada, la mercantil "**EXELTIS HEALTHCARE, S.L.**", ambas partes defendidas y representadas por los profesionales antes relacionados.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil nº 14 de Madrid se dictó auto con fecha 13 de noviembre de 2019, cuya parte dispositiva tiene el siguiente tenor literal:

"Se estima íntegramente la solicitud de medidas cautelares interesada por EXELTIS HEALTHCARE S.L. contra ITALFARMACO S.A. y, en consecuencia:

a. Se prohíbe cautelarmente a ITALFARMACO la difusión del material promocional del complemento alimenticio ONIRIA que constituye el objeto de la demanda.

b. Se ordena cautelarmente a ITALFARMACO la retirada del material promocional de complemento alimenticio ONIRIA objeto de la demanda.

Todo ello con condena en costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la parte demandada se formuló recurso de apelación. Admitido y tramitado el recurso en legal forma, al que se opuso la parte atora, las actuaciones fueron remitidas a la Audiencia Provincial y turnadas a esta sección, dando lugar a la formación del presente rollo, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase. La deliberación, votación y fallo de este asunto se produjo con fecha 30 de septiembre de 2021.

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

Es magistrado ponente don Alberto Arribas Hernández, que expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La entidad "EXELTIS HEALTHCARE, S.L.", que comercializa el medicamento CIRCADIN, formuló demanda contra la mercantil "ITALFARMACO S.A." en la que, en esencia, ejercitaba acciones de competencia desleal y publicidad ilícita, como consecuencia de la publicidad efectuada por la demandada entre profesionales sanitarios del complemento alimenticio denominado ONIRIA.

El medicamento CIRCADIN de la actora contiene 2 mg de melatonina de liberación prolongada mientras que el complemento alimenticio ONIRIA contiene 1,98 mg de melatonina (0,98 mg de liberación prolongada y 1 mg de liberación inmediata).

Considera la demandante que los folletos publicitarios de ITALFARMACO (documentos nº 5 y 6 de la demanda) presentan al producto de la demandada asemejándolo a un medicamento e incluyen declaraciones saludables no autorizadas, lo que determina la comisión de actos de competencia desleal de engaño e infracción de normas de los artículos 5 y 15 de la Ley de Competencia Desleal, en relación con el artículo 3 de la Ley General de Publicidad, el artículo 10 del Reglamento (CE) 1924/2006 de 20 de diciembre de 2006 y el artículo 5 del Real Decreto 1487/2009, de 26 de septiembre, relativo a los complementos alimenticios.

Además, la demandante mantiene que la referida publicidad incluye referencias a estudios clínicos llevados a cabo con el medicamento CIRCADIN e incluso se menciona expresamente el nombre del medicamento en el título de una de las citas bibliográficas recogidas en los folletos publicitarios.

Entiende la actora que esas referencias constituyen un supuesto de publicidad adhesiva, además de actos de competencia desleal de comparación y de explotación de la reputación ajena de los artículos 10 y 12 de la Ley de Competencia Desleal.

Coetáneamente a la demanda, la actora interesó la adopción de las medidas cautelares consistentes en que:

"a. Se prohíba cautelarmente a ITALFARMACO la difusión del material promocional del complemento alimenticio ONIRIA que constituye el objeto de la demanda.

b. Se ordene cautelarmente a ITALFÁRMACO la retirada del material promocional de complemento alimenticio ONIRIA objeto de la demanda."

El juez de la anterior instancia apreció la concurrencia tanto de *periculum in mora* como de la necesaria apariencia de buen derecho, así como los requisitos de proporcionalidad e instrumentalidad, lo que determinó la adopción de la tutela cautelar solicitada, previa prestación de caución de 3000 euros.

Concretamente, respecto del requisito del peligro por la mora procesal, entiende la resolución que lo que se trata de evitar con las medidas interesadas es que se prolongue en el tiempo una situación que *prima facie* se presenta como antijurídica y, en consecuencia, que durante la sustanciación del procedimiento se mantenga la producción del daño que la infracción ocasiona al actor. Por lo demás, rechaza que se trate de una situación de hecho consentida por el solicitante durante largo tiempo.



En lo que se refiere a la apariencia de buen derecho, la resolución apelada analiza conjuntamente la publicidad efectuada por la demandada a través de los folletos aportados como documentos nº 5 y 6 y concluye que determinadas menciones incluidas en la publicidad inducen o pueden inducir a error a sus destinatarios, al provocar la impresión de que el producto de la demandada es un medicamento indicado para el tratamiento de enfermedades o patologías que conllevan problemas de sueño, por lo que podría constituir un acto de competencia desleal de engaño del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal.

Igualmente, considera que la publicidad contiene múltiples declaraciones saludables que sobrepasan las declaraciones autorizadas por el Reglamento (CE) 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos.

Por último, la resolución también considera que la publicidad es un supuesto de publicidad adhesiva constitutiva de un acto de competencia desleal de explotación de la reputación ajena, dadas las menciones que aquella publicidad efectúa a los estudios clínicos realizados con relación al medicamento CIRCADIN y a sus resultados, hasta el punto de que en una de las referencias bibliográficas se menciona el nombre del medicamento. Por el contrario, la resolución rechaza que la referida conducta integre un acto de comparación el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal.

Frente a la anterior resolución se alza la parte demandada sobre la base de las siguientes alegaciones: a) vulneración del derecho de defensa de la demandada durante la celebración de la vista; b) indebida apreciación de la concurrencia del requisito de la apariencia de buen derecho; c) indebida apreciación de la concurrencia del requisito de peligro de la mora procesal; c) improcedencia de la adopción de una medida cautelar anticipatoria; y e) insuficiencia de la caución acordada.

La parte demandante se opone al recurso de apelación e interesa su desestimación y la confirmación de la resolución apelada.

SEGUNDO.- La parte recurrente en la primera de las alegaciones del recurso denuncia la vulneración de su derecho de defensa durante la vista de medidas cautelares.

La apelante considera que se vio impedida de defender plenamente sus argumentos en tanto que la Ilma. Sra. magistrada que presidió el acto le interrumpió en numerosas ocasiones desde el inicio de su alegato y le instó en repetidas ocasiones, tanto verbalmente como mediante lenguaje no verbal reprobatorio y expeditivo, a que fuera breve y conciso. Considera así el Sr. letrado, don Guillermo Ruiz de Salazar López-Roberts, que no pudo exponer debidamente una serie de hechos de absoluta transcendencia para resolver la solicitud de medidas cautelares.

Tras el visionado de la grabación audiovisual del acto de la vista, sinceramente, no constatamos la menor vulneración del derecho de defensa de la parte demandada ni que la Ilma. Sra. magistrada se mostrara rigurosa con la defensa de la demandada y excesivamente laxa con la de la actora, como también se dice.

La juez de la anterior instancia se limitó a ejercer, además cortésmente, la dirección de la sala sin el menor exceso verbal.

Las alegaciones de la parte demandada por las que contestó a la petición de medidas cautelares se prolongaron desde el minuto 00:02:55 de la grabación hasta el minuto 00:22:16 y el letrado concluyó su intervención cuando lo consideró oportuno tras exponer extensamente sus argumentos.

No es cierto que la juez interrumpiera constantemente al letrado de la demandada. Lo hizo sólo en dos ocasiones, al margen de pedir una aclaración en otra. Concretamente, en el minuto 00:05:04 de la grabación, cuando el letrado efectuaba unas alegaciones manifiestamente irrelevantes para la resolución de la petición cautelar relativas al contexto de las relaciones entre las partes y la guerra comercial existente entre ellas, la juez consideró que eran impertinentes y solicitó al letrado que evitara el contexto, fuera más al grano y limitara sus argumentos a los requisitos de las medidas cautelares. El letrado no protestó ni expresó queja alguna sino que admitió que tenía que centrarse. En todo caso, efectuó alegaciones sobre el contexto antes de centrarse sobre los requisitos de las medidas cautelares. En el minuto 00:07:12 de la grabación, la juez se dirigió al letrado, cumpliendo su deber de dirección de la sala, para que no leyera documentos que obraban en autos porque era innecesario y fuera lo más breve y conciso posible. Pese a la normalidad con la que la juez se dirigió al letrado, éste, de forma absolutamente desconsiderada, impertinente y descortés, espetó a S.Sª: "*quiere que me calle entonces S.Sª...*" (00:07:26 y ss) a lo que, muy comedidamente, contestó la juez: que no, que lo que quería era que fuera lo más breve posible y que no fuera impertinente.

Por último, ante las desenfocadas alegaciones del letrado de la demandada que afirmó que la actora pretendía el cese de la promoción del producto ONIRA y que quedaba expuesta a años de prohibición de promoción de sus materiales (00:19:29 y ss), la juez solicitó aclaración sobre el concreto alcance de la medida cautelar



(00:19:47 y ss), aclarándose en ese acto que la medida se ceñía a los materiales publicitarios objeto de la demanda. Esa puntualización no supone aclaración alguna al suplico de la petición cautelar sino su reiteración ante la tergiversación de la demandada sobre el alcance de la medida.

Por lo demás, la intervención de S.S^a sirvió para que el letrado de la parte demandada corrigiera el error cometido en sus alegaciones cuando negaba la proporcionalidad de la medida en tanto que, según él mismo admitió en ese acto, se refería a que era indebidamente anticipatoria (00:21:02 y ss).

En fin, la alegación ahora analizada se construye sobre premisas que no responden a la realidad de lo acontecido en la vista y, además, de admitirse, en tanto que constituirían una infracción procesal cometida en la instancia precedente que no puede remediarse en apelación, no conducirían a la revocación de la resolución apelada sino a la nulidad de las actuaciones, lo que ni siquiera ha sido solicitado por la demandada, por lo que la alegación ahora examinada resulta por completo superflua además de carecer de la menor justificación.

Tampoco apreciamos vulneración alguna en el hecho de que la juez no censurara ni impidiera que el letrado de la actora recibiera una nota de la representante de la parte actora, que estaba presente en el acto, durante la celebración de la vista. No se invoca, ni conocemos, precepto alguno que prohíba a la parte comunicarse puntualmente con su letrado durante la celebración de los actos orales de alegaciones siempre que no perturben su desarrollo. Tampoco se mostró la juez excesivamente laxa con el letrado de la parte actora, sin que quepa extraer esa conclusión del hecho de que al inicio del acto le dejara resumir los argumentos de la solicitud cautelar, lo que ni siquiera se prolongó dos minutos (00:00:46 a 00:02:42), incluida la descortés interrupción por parte del letrado de la parte demandada al letrado de la actora (00:01:52 y ss).

Por último, la inadmisión de determinados medios de prueba no puede integrar un motivo de apelación sino que la parte que considere que determinados medios de prueba han sido indebidamente denegados puede pedir su práctica en segunda instancia, como así hizo la parte demandada respecto de una concreta prueba, la testifical de doña Candida, cuestión que quedó zanjada por auto firme de este tribunal de 25 de enero de 2021, que consideró bien denegada la prueba y rechazó su práctica en segunda instancia.

TERCERO.- Por razones de orden sistemático analizaremos en primer lugar el requisito del peligro en la demora procesal pues de no concurrir y estimarse el recurso para rechazar las medidas cautelares, no tendríamos que analizar la apariencia de buen derecho y, en consecuencia, evitaríamos efectuar un juicio sobre el fondo aunque lo fuera con carácter preliminar y provisional con el alcance propio de la tutela cautelar.

El artículo 728.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige para la adopción de una medida cautelar la justificación del peligro por la mora procesal en tanto que sólo pueden acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica que, en el caso de que se trate, pudieran producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

Debe tenerse en cuenta que las medidas solicitadas son anticipadoras de la ejecución y no propiamente conservativas, es decir, se trata con ellas, de provocar la satisfacción anticipada de la pretensión, sin tener que esperar a la sentencia definitiva, habilitando la pronta ejecución de lo que se resuelve previamente.

Por lo demás, en contra de lo que indica el apelante en la penúltima de sus alegaciones, nada impide que se adopten medidas cautelares anticipatorias que son comunes en litigios de propiedad industrial y competencia desleal, siendo incluso algunas de ellas medidas cautelares típicas o específicas (artículos 726.2 y 727.7^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En estos casos el peligro de demora no es tanto el riesgo de que sobrevenga una circunstancia que impida la futura ejecución o la convierta en inútil, como sería predicable de las medidas puramente conservativas, sino de poner fin a un daño efectivo en el derecho protegido o, si se quiere, evitar el peligro de que ese daño aumente y tal circunstancia debe apreciarse y valorarse con relación al tiempo en que se efectuó la solicitud.

Coincidimos por tanto, con la resolución apelada, en que, sin perjuicio de lo que después se dirá respecto determinadas menciones, concurre el requisito ahora objeto de examen en tanto que de no adoptarse las medidas solicitadas, de concurrir los demás requisitos, se agravaría y prolongaría el daño que, de ser ilícita la conducta, se está causando a la actora. Además, de no ponerse remedio a la situación denunciada en sede cautelar, la eventual sentencia estimatoria que pudiera dictarse se nos antoja manifiestamente inútil en tanto que el mero transcurso del tiempo hasta que pudiera ejecutarse provisional o definitivamente una sentencia estimatoria haría, con un grado de probabilidad rayano en la certeza, que el material objeto de autos ni siquiera estuviera ya en circulación dada la naturaleza temporal de la publicidad y de los folletos utilizados para la misma.

La Ley de Enjuiciamiento Civil excluye en su artículo 728 el peligro por la mora procesal cuando con las medidas cautelares interesadas se pretenda alterar una situación de hecho consentida por el solicitante durante largo tiempo salvo que, lógicamente, se justifiquen cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado con anterioridad.

Como hemos indicado en otras ocasiones, no cabe identificar la existencia de una situación de hecho consentida por largo tiempo con el mero transcurso del tiempo entre el momento en que pudo ejercitarse una acción y la fecha en la que efectivamente se ejercita si con ello no se está consintiendo una determinada situación fáctica que se pretende alterar, precisamente, con la medida cautelar solicitada.

También coincidimos en la resolución apelada en que no cabe excluir el peligro por la mora procesal como consecuencia de una situación consentida por largo tiempo y basta para constarlo la correspondencia cruzada entre las partes (documentos nº 7 a 12 de la demanda).

No apreciamos que la actora haya tolerado la publicidad de demandada de modo que con su silencio haya permitido consolidarse una situación de hecho durante largo tiempo que ahora pretenda alterarse. Por el contrario, la actora ha combatido diligentemente la publicidad realizada por la demanda hasta el punto de requerir extrajudicialmente a la demandada para que cesara en su publicidad.

Ahora bien, sí concurren dos circunstancias que van modular el examen que debe hacerse en esta resolución.

En primer lugar, como ha puesto de manifiesto la parte demandada y no se discute en esta alzada, el folleto aportado como documento nº 5 de la demanda fue sustituido por la demandada por el aportado como documento nº 6 como consecuencia, precisamente, de las quejas de la actora respecto del contenido del folleto inicial.

Esta circunstancia determina que, sin perjuicio de la licitud o ilicitud de su contenido y de los pronunciamientos que proceda efectuar en la sentencia definitiva que se dicte, solo podamos tener en cuenta el contenido del segundo de los folletos, esto es, el aportado por la actora como documento nº 6 de la demanda.

El cambio del contenido del folleto a instancia de la actora pone de manifiesto que no existe riesgo alguno de reiteración o, al menos, no se ha justificado, ni se aprecia indicio alguno que permita mantener que al tiempo de la interposición de la demanda el primitivo folleto estuviera en circulación o que la demandada conservara para su difusión ejemplares de ese primer folleto.

Debe centrarse, en consecuencia, el examen cautelar en el contenido del documento nº 6 y no analizar conjuntamente ambos documentos como pretendía la actora y asumió la resolución apelada.

La segunda circunstancia que debe modular el contenido de esta resolución es el hecho de que la propia parte actora identificó las menciones del inicial folleto que consideraba infractoras (documento nº 7 de la demanda).

La demandada accedió a efectuar todas las correcciones interesadas salvo la relativa a las citas bibliográficas, que se mantuvieron en parte (documento nº 8 de la demanda).

En contestación al anterior requerimiento, la actora valoró positivamente los cambios efectuados pero siguió considerando del todo inapropiadas las alusiones que se efectuaban a los estudios clínicos realizados para la aprobación del medicamento CIRCADIN y por ello, les requirieron de nuevo "*... para que cesen de forma inmediata en el empleo de dichos estudios para respaldar las afirmaciones que realizan respecto de su complemento alimenticio...*" (documento nº 9 de la demanda).

En definitiva, tras los requerimientos practicados y la corrección efectuada por la demandada, lo que la actora pretendía era que se eliminara cualquier referencia a los estudios del medicamento CIRCADIN, anunciando que, en caso, contrario se ejercitarían las oportunas acciones.

La demandada rechazó el requerimiento al considerar que no existía normativa que impidiera incluir referencias a los estudios clínicos de CIRCADIN en los materiales promocionales de ONIRIA (documento nº 10 de la demanda).

En estas circunstancias y en sede cautelar, sin perjuicio del análisis que, en su caso, proceda al dictar sentencia sobre otras menciones incluidas en el folleto aportado como documento nº 6 y en el aportado como documento nº 5, no apreciamos que exista necesidad alguna de adoptar una medida anticipatoria sobre menciones que la propia parte actora, en principio, no consideró infractoras, sin perjuicio de que puedan o no serlo y de que se invoquen en la demanda, lo que excluye el peligro por la mora procesal respecto de esas menciones.

El hecho de que el requerimiento practicado ya por los abogados de la actora, previo a la interposición de la demanda, se efectúe de modo más amplio y genérico respecto de las menciones infractoras (documento nº



11 de la demanda) no altera la anterior conclusión cuando la propia parte ya había centrado sus objeciones, tras la modificación del folleto por la demandada, en determinadas citas bibliográficas.

Por tanto, debe revocarse el resolución apelada en el particular que ordena las medidas cautelares con fundamento en el contenido del documento nº 5 y en cualquier mención del documento nº 6 distinta a las citas bibliográficas.

CUARTO.- Procede ya examinar el requisito de la apariencia de buen derecho con relación a las citas bibliográficas incluidas en el folleto publicitario de la demandada de su producto ONIRIA, aportado como documento nº 6 de la demanda.

La resolución apelada considera que la inclusión en la publicidad de los estudios clínicos realizados para el reconocimiento de la condición de medicamento a CIRCADIN, con utilización incluso de la marca del medicamento, traslada al consumidor que ambos productos son idénticos o similares en cuanto a sus propiedades y que se pueden empelar indistintamente para tratar problemas de sueño, motivo por el cual aprecia la concurrencia de publicidad adhesiva constitutiva de un acto de explotación de la reputación ajena del artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal.

De las 25 citas bibliográficas que se incluyen al final del folleto aportado como documento nº 6 de la demanda, la actora identifica cuatro que son estudios clínicos llevados a cabo con el medicamento CIRCADIN e incluso en uno de ellos se menciona expresamente la marca del referido medicamento. Se trata de los siguientes estudios:

- Zisapel N, (2018) New perspectives on the role of melatonin in human sleep, circadian rhythms and their regulation (nota 1).
- Garfinkel D y otros, (1997) Improvement of sleep quality by controlled-release melatonin in benzodiazepine-treated elderly insomniacs (nota 3).
- Lufthringer R y otros (2009) The effect of prolonged-release melatonin on sleep measures and psychomotor performance in elderly patients with insomnia (nota 4).
- Quera-Salva MA y otro, (2018) Melatonin: Physiological and pharmacological aspects related to sleep: The interest of a prolonged-released formulation (CIRCADIN (r)) in insomnia (nota 5).

Aun cuando los referidos estudios no están aportados a las actuaciones, en el requerimiento practicado por la actora que se aporta como documento nº 9 de la demanda ya se indicó que la publicidad hacía referencia a estudios clínicos realizados para la aprobación del medicamento CIRCADIN.

La demandada al contestar el requerimiento, no negó esta circunstancia sino que consideró lícito efectuar las citas con referencia a estudios clínicos de CIRCADIN.

En consecuencia, a los efectos de esta resolución y sin perjuicio de la prueba que resulte de los autos principales consideramos que las reseñadas referencias bibliográficas corresponden a estudios clínicos efectuados con el medicamento CIRCADIN e incluso en uno de ellos, como se constata de la mera lectura del título, se menciona expresamente la marca CIRCADIN.

La anterior conducta, indiciariamente, puede ser constitutiva de un acto de explotación de la reputación ajena.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2010 y 11 de febrero de 2011 precisan que el artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal *"protege el correcto funcionamiento del mercado concediendo amparo al competidor cuyo esfuerzo dio lugar a la adquisición de reputación por sus creaciones formales, ante el intento de otro de aprovecharse indebidamente de tal prestigio o buena fama. La conducta mediante la cual se genera el aprovechamiento puede tener cualquier contenido, de modo que basta con que produzca el efecto referido"*.

Lo que caracteriza a los ilícitos de los artículos 6 y 12 de la Ley de Competencia Desleal es que el objeto sobre el que recae la conducta son las creaciones formales, esto es, los signos distintivos y las formas de presentación de los productos o servicios.

Por otro lado, los actos de confusión (artículo 6) se diferencian de los actos de explotación de la reputación ajena (artículo 12), en que en los primeros la distorsión generada por el uso de signos distintivos afecta al origen empresarial y en los segundos el empleo de tales signos o creaciones formales lo que permite al ilícito competidor es aprovecharse de las ventajas de la reputación asociada por el consumidor a esos signos ajenos incluso cuando el infractor emplee también sus propios signos de modo que revele el verdadero origen empresarial.

La reputación del producto de la demandada no ha sido cuestionada en esta sede. Más bien se admite a la vista de las ventas a las que alude la propia demandada.



En estas circunstancias la asociación del producto de la demandada al medicamento de la actora, indiciariamente, integra la conducta desleal de aprovechamiento de la reputación ajena.

La inclusión de referencias bibliográficas de estudios clínicos del medicamento CIRDADIN en el folleto publicitario del complemento alimenticio de la demandada, con mención expresa en el propio título de uno de ellos a la propia marca de la actora, permite que los destinatarios de la publicidad, por más que sean médicos o farmacéuticos, asocien las bondades del medicamento al complemento alimenticio de la demandada, aprovechándose de la reputación en el mercado del medicamento. Se trata de trasladar los resultados de los estudios realizados sobre el medicamento al producto promocionado, aprovechándose del prestigio alcanzado por ese medicamento en el mercado, con utilización en su propio beneficio la marca ajena.

Además, el producto de la demandada es un complemento alimenticio mientras que el de la actora es un medicamento y aun cuando ambos productos tienen una composición similar respecto a la cantidad de melatonina (2 mg el de la actora y 1,98 mg el de la demandada) el mecanismo de funcionamiento es diverso (el de la actora es de liberación prolongada en toda su composición mientras que el de la demandada combina la liberación inmediata de 1 mg de melatonina con 0,98 mg de liberación prolongada) por lo que no se aprecia razón alguna para trasladar los resultados sobre el medicamento CIRCADIN a un complemento alimenticio cuyo funcionamiento no es equiparable.

Los razonamientos anteriores determinan la estimación parcial del recurso de apelación para mantener la resolución recurrida exclusivamente con relación al folleto publicitario aportado como documento nº 6 de la demanda y en tanto mantenga las citas bibliográficas antes reseñadas.

QUINTO.- En la última de las alegaciones del recurso la parte apelante interesa que se incremente sustancialmente la caución de 3000 euros fijada en la resolución apelada, que estima insuficiente.

El tribunal considera adecuada la caución fijada en la instancia precedente sin que la apelante haya justificado razones que determinen incrementar su cuantía y con mayor razón cuando las medidas cautelares adoptadas no impiden la publicidad del producto de la demandada sino solo que esa publicidad incluya determinadas menciones. Tampoco consta que el coste de la retirada y destrucción de los materiales publicitarios exceda del importe de la caución.

SEXTO.- La estimación parcial del recurso de apelación con estimación también parcial de la petición cautelar, determina que no efectuemos expreso pronunciamiento en costas respecto de ninguna de las instancias de conformidad con los artículos 398.2, 394.2 y 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña Ana Llorens Pardo en nombre y representación de la entidad "**ITALFARMACO S.A.**" contra el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 14 de esta capital de fecha 13 de noviembre de 2019, recaído en la pieza separada de Medidas Cautelares del juicio ordinario nº 1563/19 del que este rollo dimana.

2.- Revocar parcialmente la resolución reseñada en el apartado anterior para mantener las medidas cautelares acordadas exclusivamente con relación al folleto publicitario aportado como documento nº 6 de la demanda y en tanto se incluya en la publicidad las cuatro referencias bibliográficas reseñadas en el cuarto de los fundamentos de derecho de esta resolución, dejándola sin efecto respecto al folleto publicitario aportado como documento nº 5 de la demanda, sin efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en primera instancia.

3.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas con el recurso de apelación.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procédase a la devolución del depósito constituido por la parte demandante para la interposición del recurso de apelación.

Esta resolución es firme. Contra la misma no cabe interponer recurso alguno.

Así, por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal que constan en el encabezamiento de esta resolución.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con



pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ