



Roj: **SAP M 13046/2018 - ECLI: ES:APM:2018:13046**

Id Cendoj: **28079370172018100585**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **17**

Fecha: **22/10/2018**

Nº de Recurso: **1473/2018**

Nº de Resolución: **704/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **MANUEL EDUARDO REGALADO VALDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección nº 17 de la Audiencia Provincial de Madrid**

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 8 - 28035

Teléfono: 914934564,4443,4430

Fax: 914934563

IP 914934430

37051540

N.I.G.: 28.079.00.1-2017/0095498

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID**

**SECCION 17ª**

**ROLLO DE APELACION Nº RAA 1473/2018**

**PROCEDIMIENTO ABREVIADO 86/2018**

**JUZGADO DE LO PENAL Nº 20 MADRID**

**MAGISTRADOS ILUSTRISIMOS SEÑORES:**

**Don Ramiro Ventura Faci**

**Don Manuel E. Regalado Valdés**

**Dña. Luz Almeida Castro**

La Sección Decimoséptima de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Madrid, en la causa al margen de referencia, ha dictado,

**EN NOMBRE DE SU MAJESTAD, EL REY**

la siguiente

**S E N T E N C I A Nº 704/2018**

En Madrid, a veintidós de octubre de dos mil dieciocho

La Sección Decimoséptima de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Madrid, formada por los Ilustrísimos Señores Magistrados don Ramiro Ventura Faci, don Manuel E. Regalado Valdés y doña Luz Almeida Castro ha visto el recurso de apelación interpuesto por el procurador de los Tribunales Mariano López Ramírez , en nombre y representación de Jose Ramón contra la sentencia dictada con fecha 9 de julio de 2018 en procedimiento abreviado 86/2018 por el Juzgado de lo Penal 20 de los de Madrid; intervino como parte apelada el Ministerio Fiscal.



Recibidas las actuaciones en esta Audiencia Provincial se formó el correspondiente rollo de apelación, no estimándose precisa la celebración de vista señalándose el día de hoy para deliberación, votación y resolución del presente recurso de apelación.

El Ilustrísimo Sr. Magistrado don Manuel E. Regalado Valdés actúa como Ponente y expresa el parecer del Tribunal.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Con fecha 9 de julio de 2018, se dictó sentencia en procedimiento abreviado 86/2018, del Juzgado de lo Penal nº 20 de los de Madrid.

En dicha resolución se fijaron los siguientes hechos, como probados:

" **PRIMERO.**- Resulta probado y expresamente así se declara que el acusado, D. Jose Ramón , nacional de Senegal, con N.I.E. NUM000 , en situación regular en España, mayor de edad y con antecedentes penales cancelados; sobre las 18:00 horas del día 5 de junio de 2017, se hallaba en el vestíbulo de la estación de metro de Legazpi de Madrid, portando para su venta con ánimo de obtener un inmediato beneficio patrimonial: 21 zapatillas de la marca "Nike" y 10 zapatillas de la marca "Adidas", tratándose de copias fraudulentas de los originales, viniendo a reproducir tanto la marca denominativa como los signos distintivos, careciendo de la presentación y marcado del producto que llevan los originales.

El beneficio que el acusado hubiera obtenido por la venta de las referidas zapatillas es aproximadamente de 310 euros.

Los titulares de los derechos de **propiedad industrial** son Nike y Adidas. Los perjuicios ocasionados a Nike han sido valorados en la cantidad de 426,93 euros. El representante legal de Adidas ha renunciado a toda indemnización."

Su parte dispositiva contenía el siguiente fallo:

"Que debo CONDENAR Y CONDENO a D. Jose Ramón como autor penalmente responsable de un delito contra la **propiedad industrial**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de un mes con una cuota diaria de 2 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, así como al pago de las costas procesales.

Decomiso de las zapatillas falsas intervenidas.

En concepto de responsabilidad civil, el acusado deberá de indemnizar al legal representante de la marca "Nike" en la suma de 426'93 euros, con los intereses legales correspondientes."

**SEGUNDO.**- Contra dicha sentencia, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por el Procurador don Mariano López Ramírez en nombre y representación procesal de don Jose Ramón .

**TERCERO.**- Se dio traslado a las demás partes personadas, a fin de que pudieran formular sus alegaciones. Remitidas las actuaciones a este Tribunal, no se estimó precisa la celebración de vista, quedando pendiente el procedimiento de resolución en esta segunda instancia.

#### HECHOS PROBADOS

**UNICO.**- Se aceptan los contenidos en la resolución recurrida.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan los de la resolución recurrida.

Resumen de antecedentes.

El Juzgado de lo Penal nº 20 de los de Madrid, condenó a D. Jose Ramón , como autor responsable de un delito contra la **propiedad industrial** del artículo 274 apartado tercero párrafo segundo del CP, a la pena de 1 mes de multa con una cuota diaria de 2 euros y responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad por cada 2 cuotas de multa no satisfechas.

Por el procurador Sr. López Ramírez en nombre y representación de D. Jose Ramón , se interpuso recurso de apelación contra la meritada resolución en el que atendidas las razones en él contenidas y a las que después haremos referencia, termina suplicando el acogimiento del recurso, la revocación de la sentencia recurrida, y el dictado de un pronunciamiento absolutorio en favor del recurrente.

El Ministerio Fiscal insta la desestimación del recurso de apelación interpuesto y la confirmación de la sentencia.

**SEGUNDO.-** Enunciación del primer motivo del recurso de apelación. Abordaremos en él, para su mejor examen y resolución, los alegatos vertidos en los números primero, segundo, tercero y cuarto del escrito de recurso a través de los que se cuestiona, sintéticamente dicho, la suficiencia de la prueba practicada para sustentar un pronunciamiento de condena.

Afirma el apelante en su recurso *"Respecto a la valoración de la prueba que se realiza, entiende esta parte que existe un error en la misma, ya que de las pruebas practicadas en el juicio, de ninguna forma corroboran lo que se refleja en los hechos probados.*

*Por un lado, mi representado negó desde el primer momento su intervención en los hechos denunciados, existiendo por tanto una evidente contradicción con la declaración del agente de policía, y demás pruebas practicadas en el plenario.*

*Mi representado en todo momento ha negado haber cometido los hechos que se le imputan. Ha puesto de manifiesto que no se encontraba vendiendo ningún producto en el metro, que había otras personas haciéndolo, pero él no; y que cuando los agentes le pidieron la documentación, él se las entregó porque pensó que era un simple control de identidad. Manifestando que se encontraba en el metro dirigiéndose a su casa.*

*Por su lado, el agente de policía manifestó en el plenario, que ese día 5 de Junio de 2017 se encontraban otras personas realizando venta ambulante en el metro y que es habitual dicha práctica en el Metro de Legazpi.*

*Por otro lado, y en lo que respecta a los efectos objeto de pericia, que obran en el Informe Pericial realizado por el Perito del Cuerpo de Policía Municipal de Madrid nº NUM001 (Folios 69 a 77), siendo el objeto del informe determinar la falsedad o autenticidad de los artículos intervenidos, decir que en el mismo se destaca que las muestras debitadas carecen de etiquetaje interior y exterior, presenta diferencia de diseño con respecto a los productos originales, así como existen imperfecciones que no existen en los productos originales. Estas apreciaciones de la pericia, nos indica que dichos efectos no reproducen en cualquier caso el diseño original de la marca, y por tanto, a nuestro entender no se estaría ante una copia fraudulenta".*

En la sentencia recurrida se razona *"en el caso objeto de enjuiciamiento, por la prueba practicada en el acto del juicio oral se puede concluir que han quedado acreditados los hechos tal y como se relatan en el apartado precedente. En efecto, aun cuando el acusado niega estar realizando la venta ambulante en las dependencias del metro, contamos como prueba de cargo con el testimonio del agente de la Policía Municipal con carné profesional número NUM002 que en funciones de vigilancia*



*rutinaria, vestido de paisano, sorprende al acusado, quien estaba solo, en uno de los pasillos de la estación de Metro de Legazpi con una sábana blanca extendida y con unas zapatillas expuestas a la venta. Se procedió a su identificación así como a extender un acta de intervención cautelar del género que obra en el folio 7 de las actuaciones. Consta el informe de la Policía Municipal (folios 69 y siguientes) que concluye que los objetos examinados son sustancialmente idénticos o confundibles con los signos distintivos y las marcas denominativas que figuran en el Registro de Marcas, encontrándose protegidos y en vigor, siendo falsificaciones de las marcas que nos ocupan. Finalmente, el perito tasador, D. Cristobal , se ratifica en su informe obrante en los folios 50 y siguientes, y precisa que la valoración la efectuó en base al atestado policial y las tablas de que dispone. Estos medios de prueba, junto con la documental unida a las actuaciones, son prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia que interinamente protege al acusado. Resulta más creíble la declaración del agente, acompañada del acta de intervención de los géneros incautados".*

Los tres primeros alegatos del impugnante, instrumentalmente utilizados para apoyar la infracción de ley por indebida aplicación de precepto penal que se enarbola en el cuarto, cuestionan la suficiencia de la prueba de cargo. En puridad, con ello, se está poniendo en tela de juicio el debido respeto por parte del juzgador de instancia a la interina presunción de inocencia que protege al recurrente. A continuación abordaremos dicha cuestión no sin antes precisar, al socaire de la también denunciada vulneración del in dubio pro reo, que, como sobradamente se conoce, tal principio no obliga a jueces y tribunales a dudar, sino a absolver cuando se duda.

(i).- Dice la STS, Penal sección 1 del 10 de julio de 2018 ( ROJ: STS 2668/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2668 ) "tal derecho aparece configurado como regla de juicio que prohíbe ser condenado sin que se hayan producido pruebas de cargo válidas revestidas de garantías y referidas a todos los elementos esenciales del delito, de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado. Existirá violación de tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo ( STC 68/2010, de 18 de octubre , Fundamento Jurídico Cuarto; en idéntico sentido y entre muchas otras, SSTC 107/2011, de 20 de junio - Fundamento Jurídico Cuarto -, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a )-, ó 126/2011, de 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-).

La STC 16/2012, de 13 de febrero abunda en esas ideas. Sintetizando su doctrina, puede decirse que se lesionará la presunción de inocencia cuando haya recaído condena: a) en ausencia de pruebas de cargo; b) con la base de unas pruebas no válidas, es decir ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales; c) con la base de actividad probatoria practicada sin las debidas garantías; d) sin motivar la convicción probatoria; e) sobre la base de pruebas insuficientes; o f) sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente.

Hay que añadir que esa actividad probatoria lícita, suficiente, de cargo y motivada ha de venir referida a todos los elementos del delito, tanto los objetivos como los subjetivos".

Por otra parte y como se razona en la SAP de Soria 24/2017, de fecha 23 de marzo del año 2017 "el art. 274.3 CP , en la redacción conferida por LO 1/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor con anterioridad a los hechos enjuiciados, sanciona la venta ambulante u ocasional de productos con signos distintivos de una marca registrada, signos idénticos o confundibles con aquél, sin consentimiento del titular de un derecho de **propiedad industrial** registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro.



No se requiere en esta modalidad delictiva que el sujeto reproduzca, imite o modifique una marca, sino que únicamente exige que se pongan los productos en el comercio.

Tampoco tiene por qué producirse en el adquirente confusión entre la prenda falsificada y la original. De hecho resulta hartamente difícil imaginar que quien compra una prenda de este tipo en un mercadillo o puesto ambulante, pueda creer que está adquiriendo, a un precio notablemente inferior al conocido de mercado, una prenda auténtica".

Así es. La específica mención en el tipo penal a la venta ambulante, parece poner fin a la polémica suscitada en las Audiencias Provinciales en torno a si los productos falsificados habrían de ser aptos- o no- para producir engaño en el comprador. Incluso de si resultaría aplicable la sanción penal en los casos en los que el adquirente conoce que el producto adquirido es una imitación del original. Como con razón explica la resolución arriba referenciada, resulta hartamente difícil que quien adquiere una prenda en un mercadillo o puesto ambulante en las condiciones que allí se hace pueda sufrir algún tipo de engaño sobre la autenticidad de lo comprado.

(ii).- Trasladando la doctrina anterior al supuesto de hecho sujeto a revisión en esta alzada, examinado el soporte de grabación de la vista, advertimos que el Juez no padeció error de percepción de clase alguna. El acusado dijo lo que ahora reproduce en su recurso y el testigo lo que el juzgador plasma en su sentencia. Así las cosas, no consideramos absurda, ilógica o arbitraria la inferencia que se alcanza, a saber, la vinculación entre el acusado y el género intervenido, habida cuenta que fue localizado en las inmediaciones del mismo y sin presencia de un tercero que pudiera resultar el titular de los productos. El agente fue claro y rotundo en sus manifestaciones en el sentido de que ( el recurrente ) estaba solo. La referencia que hace a la habitual presencia de vendedores en el lugar, no iba referida al día y hora de autos, como fácilmente se infiere revisando la grabación del acto del juicio.

**TERCERO.-** Enunciación del segundo motivo del recurso de apelación. Bajo el acápite, ahora, de infracción de los artículos 110 y 116 del Código Penal, arguye el recurrente que *"asimismo, y en relación a la indemnización fijada, decir que también existe un error en la valoración de la prueba realizada al respecto. En primer lugar decir, que el representante legal de Nike, pese a estar citado no compareció al acto de juicio oral, no ratificando por tanto su reclamación. Por otro lado, decir que en el escrito presentado por el representante legal de Nike, refiere la cantidad de 426,93 euros como perjuicios por el beneficio dejado de obtener, sin aportar informe alguno que lo avale; es más el Informe del Perito Tasador Judicial que emitió el informe pericial de valoración de bienes obrante en las actuaciones en los folios 50 a 52, y que asimismo compareció en el plenario, en ningún momento refiere que se le haya presentado por parte de ninguna de las marcas algún tipo de informe. Por tanto, no habiendo ningún tipo de informe que corrobore la indemnización fijada, no puede llegarse a la determinación de que proceda la misma, sin que haya ningún tipo de prueba que la avale"*.

El motivo se desestima.

(i).- Dice la STS 758/2016, de fecha 13 de octubre del año 2016 "En efecto tiene razón el recurrente, la doctrina jurisprudencial, que invoca tanto la sentencia de instancia como el mismo Ministerio Fiscal, constituida entre otras por la STS 298/2003 de 14 de marzo, realiza puntualizaciones o precisiones de mucho interés como las siguientes:

a) La acción civil " ex delicto" no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal. El tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o verdaderas injusticias, según decida el sujeto



perjudicado ejercitar su derecho resarcitario en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil ( art. 110 y 111 de la L.E.Cr . y 109-2° C. Penal ).

b) Las obligaciones civiles "ex delicto" no nacen propiamente del delito (aunque es necesario la declaración de su existencia) sino de los hechos que lo configuran, en cuanto originadores de la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios.

c) Constituye doctrina general de esta Sala, reconducir el régimen de la responsabilidad civil dimanante del delito al campo del derecho civil, a sus principios y normativa específica, siempre que no exista un especial precepto de naturaleza penal que limite o modifique su régimen ( art. 1092 C.Civil ).

d) Los daños y perjuicios, cuando de reclamación dineraria se trata, se contraen a los intereses contractuales o legales que procedan.

En este caso la restitución del principal en concepto de "damnum emergens" deberá completarse, en concepto de daños y perjuicios, con el "lucrum cessans" o privación del disfrute del numerario indebidamente apropiado. Tal finalidad se alcanza a través de los intereses moratorios.

e) En toda reclamación judicial civil, de una cantidad proveniente ora de una fuente legal, ora de un contrato, ora de un cuasicontrato, ora de un delito (caso de reclamación separada: art. 109-2 C.P.) o de actos y omisiones en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, los daños y perjuicios se rigen por lo dispuesto en los arts. 1100, 1101 y 1108 del C.Civil , esto es, el devengo de intereses se produce cuando el deudor incurre en mora. Quedarían a salvo los intereses moratorios imperativamente impuestos por la Ley (v.g. accidentes viarios: Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado).

f) La Sala 1ª del T.Supremo, hace pocos años que ha dado un giro jurisprudencial (consolidado desde 1997), a la hora de interpretar el brocardo "in illiquidis non fit mora", entendiendo que tal principio no debe regir, cuando de un modo u otro esté determinada la cantidad reclamada o pueda determinarse, aunque sea con aproximación. Basta que se trate de un daño preexistente, susceptible de delimitación (Vide SS. T.S. Sala 1ª nº 88º de 13 octubre-1997; nº 1117 de 3-diciembre- 2001; nº 1170 de 14-diciembre- 2001; nº 891 de 24-septiembre-2002; nº 1006 de 25-octubre-2002; nº 1080 de 4-noviembre-2002; nº 1223 de 19-diciembre-2002; etc.).

g) No deben confundirse en ningún caso los intereses moratorios propiamente dichos (daños y perjuicios) que contempla el art. 1108 del C. Civil , y los recogidos en el art. 921 de la L.E.Civil (hoy art. 576 L.E.C . de 7 de enero de 2000) o intereses de la mora procesal (véase S. Sala 1ª nº 908 de 19-10-95 ).

(ii).- Si trasladamos la doctrina anterior al caso de autos, inmediatamente advertimos que ninguna trascendencia tiene que la entidad Nike- debidamente representada-, no compareciera al plenario, pues constando que ni había renunciado, ni reservado la acción civil, la acusación pública asumió en el plenario sus intereses.

En lo que respecta a la cuantificación de la responsabilidad civil, hemos de estar a la valoración en su momento realizada por la parte debidamente avalada por el informe pericial. En nada obsta a lo anterior que el Perito no hubiera dispuesto de informe técnico de parte en el que se reflejara la valoración de los efectos, pues obra en el expediente fotografía de las zapatillas y su precio de venta es fácilmente comprobable a la vista de aquellas.

Por todo lo anterior, en su conjunto considerado, desestimaremos el recurso de apelación interpuesto y confirmaremos la resolución recurrida.



**CUARTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 en relación con el artículo 394- ambos de la LEC y supletoriamente aplicables en este orden penal-, por entender la Sala que el asunto presentaba dudas de hecho, no ha lugar a pronunciamiento en cuanto a costas del recurso.

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

#### **FALLAMOS**

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. López Ramírez en nombre y representación de D. Jose Ramón , contra la sentencia de fecha 9 de julio del año 2018 dictada por el JUZGADO DE LO PENAL Nº 20 DE MADRID, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida, sin pronunciamiento en cuanto a costas del recurso.

Notifíquese esta sentencia al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma se puede interponer RECURSO DE CASACIÓN según lo dispuesto en el artículo 847.1 b de la LECrim. ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación.

Una vez sea firme la presente resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, acompañando testimonio de esta sentencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Dada, leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la firma, estando celebrando Audiencia Pública en el día, de lo que doy fe.

#### **AVISO LEGAL**

***Para la realización de cualesquiera actos de reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales con finalidad comercial, debe ponerse en contacto con el Centro de Documentación Judicial -CENDOJ-***