



Roj: **SAP M 10771/2018** - ECLI: **ES:APM:2018:10771**

Id Cendoj: **28079370302018100409**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **30**

Fecha: **10/07/2018**

Nº de Recurso: **1027/2018**

Nº de Resolución: **492/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **MARIA FERNANDA GARCIA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

Sección 30ª

MADRID

Juzgado de lo Penal nº 29 de Madrid

P.A. nº 354/2017

Rollo de apelación penal nº 1027/2018

SENTENCIA Número 492/2018

Iltmos. Sres.:

Presidente

D. Carlos Martín Meizoso

Magistrados

D. Ignacio José Fernández Soto

Dª. María Fernanda García Pérez

En la ciudad de Madrid, a 10 de julio de 2018

Vista, en grado de apelación, por la Sección 30ª de esta Audiencia Provincial la causa seguida ante el Juzgado de lo Penal número 19 de esta capital, por el Procedimiento Abreviado nº 354/2017, por un delito contra la **propiedad industrial**, rollo de apelación nº 1027/2018 siendo apelantes el MINISTERIO FISCAL y Carlos María asistido por el letrado D. Juan Carlos Mendoza Tarsitano y Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª María Fernanda García Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal número 19 de Madrid en el Procedimiento Abreviado nº 354/2017 se dictó en fecha 12 de marzo de 2018 sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS** :

" Carlos María , en el mes de octubre de 2014, realizó un pedido de baterías falsas de la marca Samsung a la empresa Joint Electronic Trading Limited ubicada en China, para su posterior comercialización. En el aeropuerto de Madrid-Barajas fueron detectados los días 9 y 13 de octubre de 2014, dos envíos de dichas baterías, con un total de 1612 y 1120 piezas, correspondientes a los DUA NUM000 y NUM001 , respectivamente, destinadas a Carlos María , cuya entrega se suspendió, al comprobarse que no habían sido fabricadas por el titular de la



marca, ni bajo su licencia o autorización. En el acto de juicio no resultó acreditado que se produjese un daño real y efectivo en el prestigio de la marca Samsung por importe de 18.441 euros, que dicha empresa reclama como indemnización."

SEGUNDO .- Así mismo la referida Sentencia pronuncia el siguiente **FALLO**:

"Condeno a Carlos María como autor de un delito contra la **propiedad industrial** en grado de tentativa a las penas de tres meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y de seis meses de multa con una cuota diaria de cuatro euros, con la responsabilidad subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas de multa y al pago de las costas procesales. Se decreta el comiso y destrucción de los efectos intervenidos."

TERCERO .- Contra la misma Sentencia por el Ministerio Fiscal y la representación de Carlos María formalizó en tiempo y forma el recurso de apelación dándose traslado a las demás partes para impugnación o adhesión habiéndose presentado por el Ministerio Fiscal escrito de impugnación al recurso de Carlos María .

CUARTO .- Elevados los autos a esta Audiencia, se acordó formar Rollo, turnar de Ponente, y una vez celebrada la deliberación, votación y fallo que venía señalada para el día 5 de julio de 2018 quedaron examinados para Sentencia.

QUINTO .- Se aceptan como trámites y antecedentes los de la Sentencia recurrida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurso del Ministerio Fiscal.

Considera que el delito contra la **propiedad industrial** del art. 274.1 CP cometido estaba consumado, no en grado de tentativa como ha apreciado la sentencia, al considerar que la recepción de la mercancía falsificada en la oficina aduanera supone ya una entrada ilegal en el territorio nacional, existiendo consumación desde que la mercancía se deposita en el aeropuerto a disposición de quien es el titular de la documentación de la misma, por lo que solicita se condene al acusado a la pena de un año de prisión y quince meses de multa con una cuota diaria de doce euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

El referido precepto ha sido objeto de reforma por la LO 1/2015, de manera que tras establecerse los tres presupuestos comunes que condicionan la relevancia penal de las conductas descritas (actuación con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular del derecho y con conocimiento del previo registro conforme a la legislación de marcas), además de aumentar el rigor punitivo, ha remodelado los comportamientos típicos básicos, estructurándolos en cuatro niveles de mayor a menor gravedad.

Así, sanciona con las penas más severas (prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses) las conductas de fabricación, producción e importación de productos que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con el registrado y de ofrecimiento, distribución o comercialización al por mayor o almacenamiento con dichos fines de aquellos o servicios o actividades para los que el derecho de **propiedad industrial** esté registrado (art. 274.1 CP).

En un segundo nivel, sanciona con prisión de seis meses a tres años las acciones de ofrecimiento, distribución o comercialización al por menor de productos y la prestación de servicios o desarrollo de actividades que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con el registrado cuando se trate de los mismos o similares productos o actividades; y las de reproducción o imitación de un signo con las mismas características para utilizarlo para cometer las conductas descritas en el precepto (art. 274.2 CP).



En el tercer nivel se articula un tipo atenuado, en el que se sanciona con prisión de seis meses a dos años, la venta ocasional o ambulante (top-manta) de los productos a los que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 274 CP (art. 274.3 párrafo primero) y finalmente en el cuarto nivel y en el mismo apartado, párrafo segundo del precepto, se regula una atenuación potestativa (pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad) para el supuesto en que así lo aconsejen las características del culpable o la cuantía reducida del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener siempre que no concurra ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 276 CP que dan lugar a la apreciación de un tipo agravado.

La construcción legal pone de manifiesto que el legislador seleccionando los ataques contra la **propiedad industrial** que considera merecedores de protección penal, construye un marco penal en el que los agrupa de mayor a menor (gravedad) según las conductas integrantes de dichos ataques y la entidad o alcance de estas, asociando a su comisión penas de mayor a menor gravedad. Efectivamente la observación detenida de las conductas evidencia cuales son las conductas a las que quiere dotar de consecuencias penales por la entidad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido y cuales quiere dejar extramuros del sistema penal, conductas que presentan la particularidad de constituir delito consumado aun diversificándose en comportamientos preparatorios ("fabricar", "producir" o "almacenar") o propiamente ejecutivos ("distribuir" "comercializar". Y así:

a) En el punto 1 del artículo 274 CP prohíbe bajo pena (las de mayor gravedad) la fabricación, producción e importación (apartado 1 a) 274 CP), ofrecimiento, distribución y comercialización al por mayor de productos así como su almacenamiento (apartado 1 b) 274 CP) lo cual es indudablemente expresión de su decisión de perseguir como delito consumado todos los actos objetivamente idóneos para lesionar el bien jurídico incluso aquellos que en rigor jurídico solo serían actos preparatorios cuando los sean para distribuirlos, ofrecerlos o comercializarlos al por mayor

b) En el punto 2 del mismo artículo en cambio (y al margen de lo previsto para los signos distintivos) prohíbe bajo pena (de menor gravedad) sólo alguna de estas conductas, esto es, cuando se concreten en ofrecer, distribuir y comercializar los productos si la finalidad es de ofrecerlos, distribuirlos o comercializarlos al por menor. Cualquiera sea el criterio interpretativo del que se parta -incluso el literal- parece fuera de duda que en este caso (comercio al por menor) no son penalmente relevantes las conductas de fabricación, producción, importación y almacenamiento que expresamente se excluyen de la materia de prohibición del citado punto.

c) Y finalmente en el punto 3 del precepto configura un tipo de recogida en el que se prohíbe bajo pena (lade menor gravedad) exclusivamente la venta ambulante u ocasional de los productos, otorgando al Juez la facultad de ser castigada dicha conducta con pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad con la excepción antedicha de concurrencia de alguna de las agravaciones del artículo 276 CP . Y de nuevo, cualquiera que sea el criterio interpretativo del que se parta, parece fuera de toda duda que las conductas que no se concreten en la venta ocasional o ambulante de los productos (el top-manta) es penalmente atípica; así, y sin perjuicio de que la cuestión que plantea a efectos de consumación o tentativa el ofrecimiento en la vía pública de estos productos por parte de los denominados "manteros" es evidente que el legislador únicamente castiga en este punto la venta.

En el caso, la conducta por la que ha sido condenado el acusado es la importación de baterías falsas de la marca Samsung procedentes de China, que son las contempladas en el primer nivel antes indicado, de mayor gravedad, y por tanto, la misma se considera consumada, conforme a lo alegado por el Ministerio Fiscal, pues la recepción de la mercancía en la oficina aduanera, supone ya la entrada



ilegal en territorio nacional. Aun cuando se suspendió el levante de la mercancía en la Aduana al detectarse que era mercancía posiblemente falsificada, en la documentación de la carga venía el nombre del receptor como destinatario, por lo que si bien no tuvo la posesión inmediata de tales mercancías, ya que no le llegaron a ser entregadas, sí tuvo la posesión mediata, porque la determinación en el "notify" del receptor confiere al mismo la disponibilidad de los géneros depositados en Barajas.

Por tanto, se estima el recurso del Fiscal, imponiéndose al acusado la pena de un año de prisión y doce meses de multa, con una cuota diaria de seis euros, al no concurrir circunstancias de gravedad del hecho y personales de aquel que aconsejen rebasar el mínimo legal, ni haberse realizado una averiguación patrimonial que fundamente mayor cuota diaria de multa.

SEGUNDO.- Recurso del acusado.

Como primer motivo, se alega la vulneración del principio de presunción de inocencia por falta de acreditación del elemento subjetivo del tipo penal, lo que funda en que según declaración del acusado él hizo un pedido de baterías de marca genérica no Samsung, y luego le vinieron falsificadas, y el hecho de no haber aportado el documento de su pedido de importación no puede ser convertido en prueba de su culpabilidad.

El elemento subjetivo o dolo ha de deducirse, generalmente, de las circunstancias externas, de modo que el conocimiento de la ilegitimidad del uso del signo distintivo aplicado a los efectos intervenidos carece de prueba directa, por lo que habrá que acudir a la prueba indiciaria para su acreditación, prueba que es suficiente para quebrar la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución como expresa la S.T.S. 1151/2002 de 19 de junio o S.T.C. 178/2002, habiéndose considerado, reiteradamente, como indicios, la adquisición semiclandestina y fuera de los canales de distribución y la notoriedad de la marca.

La expresión "a sabiendas" se satisface así con el simple conocimiento de la ilegitimidad del uso del signo distintivo aplicado al producto o servicio que se comercializa, es decir, con la seguridad de que dicho producto o servicio no procede del titular legítimo del signo, ni éste ha autorizado el uso del mismo, sin exigir un específico conocimiento de la legislación de marcas y de la regulación registral.

En el presente caso, el acusado manifestó haber realizado un pedido de baterías a la empresa Joint Electronic Trading Limited, ubicada en China, pero alega que él las pidió de marca genérica, no de Samsung, sin embargo, como señala la juzgadora no aporta documentación acreditativa del referido pedido de importación que lo corrobore, lo que constituye un indicio de conocimiento de la falsedad de las baterías compradas, a lo que se añade que la adquisición se efectúa a una empresa con sede en China, que nada tiene que ver con la marca Samsung ni es distribuidora de tal marca, por lo que la adquisición se realiza de forma semiclandestina y fuera de los canales de distribución, y, además, a un precio notoriamente inferior al propio de dichos artículos.

Por tanto, el recurrente, como profesional del sector, ya que según manifestó se dedica a reparar móviles, debía conocer perfectamente las baterías de la marca Samsung y sus diseños, por lo que el uso de las falsificadas obedece a un ánimo de obtener un mayor beneficio.

De todos estos indicios se infiere de manera directa que el acusado conocía el origen ilegítimo de las baterías adquiridas que pretendía usar para reparar los teléfonos móviles, con evidente intención defraudadora.



Como segundo motivo, se alega la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por ruptura de la cadena de custodia de la prueba, al dudarse de la correspondencia de las baterías analizadas en la prueba pericial con las realmente incautadas.

La finalidad de la cadena de custodia, como ha declarado la doctrina jurisprudencial - STS 6/2010, de 27-1 , 776/2011 de 20-7 ó 24 de octubre de 2011 - es garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del tribunal es lo mismo, es decir, es necesario tener la seguridad de que lo que se traslada, analiza o, en este caso, se visiona, es lo mismo en todo momento, desde que se interviene hasta el momento final que se estudia y analiza.

Deben pues examinarse los momentos de recogida, custodia y examen de las piezas de convicción o cuerpo u objeto del delito a efectos de determinar la concreción jurídica de la cadena de custodia. Lo hallado deber ser descrito y tomado con las debidas garantías, puesto en depósito con las debidas garantías y analizado con las debidas garantías. El art. 338 LECr . previene que los instrumentos armas y efectos a que se refiere el art. 324 se recogerían de tal forma que se garantizase su integridad y el Juez acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito.

Por ello se ha dicho que la irregularidad de la cadena de custodia, de ser ese el caso, no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno, que tan sólo vendría dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se hubiera producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y especialmente, el derecho de defensa, y en segundo lugar que las formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, transporte y entrega de los objetos, que es el proceso al que denominamos genéricamente "*cadena de custodia*" no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirve para garantizar que lo depositado en el juzgado y visionado es lo mismo que lo ocupado al inicio de las actuaciones; de modo que, a pesar de la comisión de algún posible error, ello no supone, por sí sólo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que las cintas entregas no fueran las originales.

Apuntar por ello a la simple posibilidad de manipulación para entender que la cadena de custodia se ha roto no parece aceptable, ya que debe exigirse la prueba de su manipulación efectiva (STS 629/2011 de 23-6 ; 776/2001, de 20-7).

En el caso, el recurrente basa tal vulneración en que la Agencia Tributaria remite el 26 de junio de 2015 como muestras correspondientes a los expedientes de retención de marcas "dos bolsas conteniendo cada una de ellas tres muestras de baterías de la marca Samsung", el Juzgado de Instrucción mediante providencia de 15 de julio de 2015 confirma los efectos recibidos y los remite para informe pericial (f. 55), haciéndose constar por diligencia de ordenación del LAJ que se remite Oficio a la Unidad de Coordinación Judicial de la Policía Municipal adscrita a los Juzgados de dicha sede para peritar las muestras que se adjuntan (f. 56), y en el Informe pericial obrante a los folios 57 y siguientes aparece que el número de muestras analizadas son 12 baterías, cuando lo correspondiente a las remitidas serían 6 baterías (dos bolsas con tres muestras cada una).

A la vista de las actuaciones, está perfectamente documentada la cadena de custodia de las muestras intervenidas, y ello no se discute, no apreciándose la falta de coincidencia de tales muestras con las peritadas por el simple hecho de que lo remitido se describiese como dos bolsas con tres muestras cada una y en el análisis pericial, una vez aperturadas las muestras que contenían cada bolsa, resulte que en cada caja venían dos baterías, como se observa en las fotografías que acompañan el informe pericial, por tanto, no hay mayor número de baterías peritadas que



intervenidas, pues en la intervención se habla de muestras no de baterías, muestras que constituían cajas que contenían tales baterías, no individualizadas en un principio porque no fueron abiertas, lo que garantiza la ausencia de manipulación. Se desestima, por tanto, el motivo, y, consecuencia, el recurso interpuesto por el acusado.

TERCERO.- No ha lugar a imponer las costas a ninguna de las partes, al no concurrir motivos de mala fe o temeridad, por lo que se declaran de oficio (art. 240.1 Lecr .)

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L A M O S

Que estimando parcialmente el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y desestimando el formulado por el acusado, contra la sentencia de fecha 12 de marzo de 2018, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 29 de Madrid , en autos de Procedimiento Abreviado seguidos en dicho Juzgado con el número 334/2017, **debemos revocar parcialmente** dicha resolución, **en el sentido de condenar a Carlos María como autor de un delito consumado contra la propiedad industrial, del art. 274.1 CP , a la pena de un año de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y doce meses de multa, con una cuota diaria de seis euros,** que llevará consigo la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, declarándose de oficio de las costas del recurso.

Devuélvase al Juzgado de lo Penal de su procedencia los autos originales, con testimonio de esta resolución, para su cumplimiento.

Al haberse incoado la causa antes del 6-12-2015, no cabe recurso alguno contra dicha resolución.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La anterior Sentencia ha sido leída y publicada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha durante las horas de audiencia ordinaria; 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-