

**DICTAMEN SOBRE LAS CUESTIONES PLANTEADAS EN REFERENCIA A LA PIGNORACIÓN DE ACCIONES**

Al objeto de responder a todas las cuestiones planteadas hay que precisar que la SRA REBECA BRUGUÉS antigua presidenta del patronato de la fundación Martí Armengol, con el objeto de evitar la ejecución de la liquidación por vía de apremio por parte de la AEAT, por infracciones correspondientes al impuesto de sociedades, se ofreció a pignorar valores de su propiedad a favor del Banco y en garantía del aval que esta entidad ha de prestar ante la Agencia tributaria y a favor de la Fundación Martí Armengol.

En sesión de la Junta Rectora del patronato de la fundación el día 01/08/2008, se decide aceptar y agradecer por unanimidad la oferta de la Sra. Brugués de pignoración de valores, que permitirá obtener el aval bancario, y continuar las actividades de la Fundación. Igualmente los miembros de la Junta del Patronato adoptan el compromiso de asumir con cargo a la Fundación los gastos de constituir la prenda sobre las acciones de la Sra. Brugués así como la cancelación de aquella prenda en cuanto la Fundación cuente con liquidez suficiente.

Es decir se produce una pignoración de las acciones, que con carácter general y de acuerdo con el Código civil (Arts. 1863 a 1873 CC) suponen un derecho real sobre una cosa mueble que se constituye cuando el deudor o una tercera persona compromete un elemento determinado de su patrimonio para garantizar el cumplimiento de la obligación contraída. El patrimonio en este caso es un bien mueble y la prenda se constituye mediante la entrega física o jurídica. En este caso es un crédito pignoraticio otorgado mediante la garantía de una prenda que son títulos valores.

Por su parte el RDL 5/2005 de 11 de marzo sobre acuerdos de compensación contractual y garantías financieras, establece en su Art. 6, que entre las modalidades de garantía financiera admitidas, se incluyen la transmisión de la plena propiedad del bien o derecho de crédito dado en garantía así como la pignoración de dicho bien o derecho. A efectos del RDL, se entiende por acuerdo de garantía pignoraticia aquel en virtud del cual el garante presta una garantía financiera en forma título pignoraticio a un beneficiario o a su favor, conservando la propiedad del bien o derecho de crédito objeto de garantía.

La cuestión planteada y por la cual el actual presidente el Sr. RG, acude a nosotros, es que transcurridos tres años la Sra. Brugués quiere dejar sin efecto la pignoración y recuperar sus acciones, por ello el actual presidente nos plantea las siguientes cuestiones:

**¿La pignoración de acciones que se ha mantenido hasta la fecha se puede dejar sin efecto bien sustituyéndolas por un depósito en efectivo o bien renunciando al aval, aunque esto implique que la AEAT embargue bienes de la Fundación?**

Para responder a esta cuestión y establecer la ley aplicable relativa a la eficacia real de la garantía mobiliaria sobre créditos, el problema se centra en determinar dónde se entiende localizado un bien inmaterial, como es el crédito en cuestión hemos de acudir con carácter general al Código civil común, al Código civil catalán y el RDL 5/2005, porque en relación con las **“garantías financieras” constituidas bajo el RDL 5/2005 y la Directiva 2002/47/CE, de 6 de julio**, existe una norma especial que desde luego se aplica en todo el territorio nacional (incluidas las “garantías financieras” constituidas en Cataluña). Según la cual las garantías financieras están sujetas a la ley del Estado en que se encuentra la cuenta principal en que se inscriba la garantía a favor del beneficiario.

Por ello hay que precisar que con carácter general el Código Civil establece la posibilidad de restitución de la prenda, como se desprende del Art. 1871 CC, siempre que no se produzca contra la voluntad del acreedor y cuando el deudor (Fundación) haya pagado la deuda e intereses.

En parecidos términos se manifiesta el código civil de Cataluña en cuanto a la facultad de retención del acreedor que puede negarse a restituir el bien empeñado hasta que no le sea pagado totalmente el crédito garantizado por el principal, los intereses y los gastos de procedimiento pactados (art. 569-19.1 CCCat).

El art. 6 RDL 5/2005 ya referido establece como modalidad de garantía financiera admitida la transmisión de la plena propiedad del bien o derecho de crédito dado en garantía, así como la pignoración de dicho bien o derecho (como es el caso que nos ocupa).

Por consiguiente en cuanto a la cuestión de si existe la posibilidad del constituyente de la garantía de sustituir esta y la posibilidad para el acreedor pignoraticio de disponer del bien objeto de la garantía, hemos de remitirnos a los términos en que se expresa el Art. 9 RDL 5/2005, el cual faculta a las partes para pactar en el contrato de pignoración la posibilidad para el constituyente (Sra. Brugués) de la garantía de hacer uso de la misma sustituyendo

esta mediante la aportación de un objeto de valor equivalente que sustituya la inicial. Es decir, el deudor podrá recuperar y disponer de las acciones pignoradas sustituyéndolas **por otras de valor equivalente**, para lo que es recomendable que las partes hayan previsto en el contrato de pignoración el procedimiento de determinación de esa equivalencia de valor.

Igualmente el Código Civil catalán (Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto del Código civil de Cataluña), relativo a derechos reales de garantía en su Art. 569-17 en cuanto a la sustitución del bien empeñado, establece que **cuando se haya pactado expresamente se podrá sustituir la totalidad o parte de los bienes empeñados** y para los valores cotizables como ocurre en este caso, la sustitución de valores por otros se hará por el precio de las respectivas cotizaciones en el mercado oficial el día de la sustitución como si se hubiese constituido sobre bienes que sustituyen los inicialmente gravados.

Tal y como regula este artículo, la facultad de sustitución se atribuye al pignorante, pero no hay ningún inconveniente para atribuirla al acreedor o para establecer una modalidad de ejercicio que implique el acuerdo de las dos partes. Respecto de los valores, el art. 569-17.2 CCCat, establece que la sustitución de los valores cotizables se hará de acuerdo con el precio de las cotizaciones respectivas en el mercado oficial del día de la sustitución, y en cuanto a la acreditación de la sustitución de los no cotizables, habrá suficiente con que los tengan en su poder el acreedor o la tercera persona designada, y que conste inscrita en el mismo efecto o documento que acredita el derecho.

En cualquier caso, tanto si se trata de la sustitución de bienes fungibles como de valores, la entrada de nuevos bienes como objeto de prenda no altera la fecha de esta, lo que puede tener su importancia en caso de concurso de acreedores: la fecha de la prenda se mantiene, como si se hubiera constituido inicialmente sobre los bienes que sustituyen a los inicialmente gravados (art. 569-17.3 y 4).

Por tanto la Sra. Burgués si podría liberar la pignoración de las acciones **siempre que esta posibilidad haya sido prevista en el acuerdo de garantía financiera**, es decir, que exista la posibilidad de sustitución (Art. 9 RDL 5/2005 y Art. 569-17CCCat). Esta será posible siempre que no se supere la fecha de las obligaciones financieras principales cubiertas por el acuerdo de garantía, mediante la aportación simultánea de un objeto que tenga el mismo valor para sustituir al inicial, (depósito en efectivo), el cual queda como si se hubiera constituido la prenda sobre el depósito desde el primer momento, (Art. 569-17.4.CCcat) y Art. 9.4 RDL 5/5005, que se expresa en parecidos términos cuando establece que la

sustitución del objeto de la garantía financiera no afectará a ella, de forma que el objeto equivalente aportado estará sometido al mismo acuerdo de garantía financiera que la garantía financiera inicial y será tratado como si hubiera sido aportado en el momento en que se aportó el objeto inicial.

La otra forma de liberar a la Sra. Burgués de la pignoración de sus acciones, sería que la fundación renunciara al aval bancario. El aval bancario supone que el banco responde de la deuda y tiene como función garantizar la solvencia de la operación y por tanto va a servir de garantía de pago de los impuestos impagados en el caso de que la Fundación no pueda hacerlo, es decir, el aval bancario paraliza la vía de apremio por la cual la Agencia tributaria podría retener los saldos y depósitos de la Fundación y embargar y subastar las inmuebles de esta. Por tanto la renuncia al aval bancario, supone que la entidad bancaria no respondería ante la AEAT, por las deudas de la fundación y en consecuencia la agencia tributaria podría iniciar el procedimiento de apremio para el cobro de la deuda tributaria. Obviamente esta es una posibilidad que claramente no contemplará la Fundación por las graves repercusiones económicas que comporta.

En conclusión el aval bancario solo quedaría sin efecto, bien por renuncia de la fundación a este o porque no hay garantía (prenda), pero cuando la prenda en acciones es sustituida por un depósito, esto no afectaría al aval bancario que seguiría manteniéndose por parte de la entidad.

**La segunda cuestión es si la Sra. BRUGUÉS podría exigir judicialmente a la Fundación que la liberara de la pignoración, aunque eso significara dejar sin efecto el aval.**

En referencia a esta cuestión la única posibilidad que podría ejercitar la Sra. Burgués contra la fundación es el instar la vía judicial por incumplimiento contractual de una obligación condicional (Art. 1114 CC), porque Junta del Patronato en su sesión del 1/08/2008 adoptaron el compromiso de cancelar la prenda sobre las acciones de la Sra. Burgués, en cuanto la Fundación contara con la liquidez suficiente.

En este sentido hay que matizar que de acuerdo con el art. 1089 CC las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Por tanto, unas nacen de la ley, que en virtud del art. 1090 CC, no se presumen; otras nacen de contratos y cuasicontratos, que en

virtud del art. 1091 CC **tendrán fuerza de ley entre las partes y tendrán que cumplirse a tenor de los mismos**; por último, otro grupo, actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, que en virtud del art. 1092 CC se regirán por el CP.

Es por tanto una obligación positiva o de hacer, que se caracteriza porque la conducta del deudor consistirá en llevar a cabo una determinada actividad o si es necesario **un resultado** (como es el caso)

Existe por tanto compromiso (contrato) de la Fundación por una obligación condicional (condiciones que operan suspensiva o bien resolutoriamente) por la cual la adquisición de determinados derechos va a depender de los acontecimientos que constituyan la condición. En este sentido hay que decir que la fundación condiciono la cancelación de la prenda a contar con la suficiente liquidez (condición suspensiva)

Esta condición suspensiva da nacimiento a una obligación que está condicionada para su eficacia a la producción de un hecho futuro que deber ser incierto. Por tanto La adquisición de los derechos pactados (cancelación de la prenda) depende de que se produzca el hecho que mantiene en suspenso la prestación, y debe producirse tal cual las partes lo han convenido (en cuanto la sociedad cuente con liquidez suficiente). Es decir, es suspensiva la obligación nace desde el momento en que se cumple lo pactado.

La condición deberá realizarse en la forma en que voluntariamente se convino por las partes, aunque **es admisible que se cumpla en forma equivalente sin que cambie la finalidad buscada.**

**Si resultase viable esta reclamación, el Sr. R.G. quiere saber las condiciones que se deberían dar, y si podríamos alegar en nuestra defensa que la Fundación se encuentra con dificultades económicas muy similares a las que le afectaban cuando, en 2008, la Sra. BRUGUÉS ofreció pignorar su paquete de acciones.**

En este sentido la obligación es condicional, es decir la condición es suspensiva, y la obligación nacerá desde el momento en que se produce lo pactado.

Para que se pueda exigir el incumplimiento de la obligación total o parcial de la obligación, cualquiera que sea la causa que lo origine, este incumplimiento ha de ser imputable al deudor, (la fundación), corresponde por tanto probar a la Sra. Burgués que existe dicho incumplimiento contractual porque la Fundación cuenta con la solvencia suficiente que hace

que nazca la obligación pactada el 01/08/2008, por la que compromete la Fundación proceder a cancelar la prenda sobre las acciones de la Sra. Burgués.

Como se aprecia existe una obligación de hacer, condicionada a un hecho futuro e incierto (suficiente solvencia económica de la fundación) y que habrá de cumplirse según las partes lo hayan pactado, es una obligación de resultado porque lo que se busca es la liberación o cancelación de la prenda de las acciones con lo cual la Fundación bien puede cancelar la prenda y la restitución de la misma a la Sra. Burgués para cuyo caso la entidad bancaria (acreedor) debe aceptar y por otra que el deudor haya pagado la deuda y los intereses (Art. 18971 CC), pero también existe la posibilidad de que la Fundación renuncie al aval bancario con lo cual se liberaría la pignoración realizada con la entidad bancaria.

Por ello al haberse dado la condición suspensiva que posibilita el nacimiento de la obligación y visto que la Fundación la ha incumplido la Sra. Burgués podría exigir judicialmente como extrajudicialmente el cumplimiento de lo pactado, (bien sea cancelando la prenda o bien dejando sin efecto el aval), incurriendo en caso contrario en mora desde que se produzca la exigencia de cumplimiento de la obligación (Art. 1100 CC).

En materia de incumplimiento contractual existe la presunción de culpa del deudor, se parte de la premisa que si el deudor no cumple lo hace porque no quiere y por tanto es responsable de su falta de cumplimiento, correspondiendo por tanto al acreedor probar la mera existencia de la obligación y su cumplimiento. Corresponde por tanto al deudor destruir la presunción de culpabilidad para eximirse de responsabilidad, teniendo que demostrar que su incumplimiento no fue debido a su comportamiento culposo. Además de responder del incumplimiento contractual y reparar los daños que son consecuencia inmediata y necesaria de ese incumplimiento, si el acreedor prueba que ha existido dolo, el deudor responderá también de las consecuencias mediatas, es decir por el daño emergente (valor del incumplimiento) y lucro cesante (ganancias que ha dejado de percibir).

En su descargo no obstante la Fundación podría destruir la presunción de culpabilidad para eximirse de responsabilidad de incumplimiento contractual alegando que la condición suspensiva que da nacimiento a la obligación no se ha producido aún, porque la sociedad se encuentra actualmente con las mismas dificultades económicas que las que dieron origen en 2008 a la pignoración de las acciones de la Sra. Burgués.

Las obligaciones condicionales no tienen exigibilidad inmediata, se condicionan a un futuro incierto al quedar sometida la eficacia del contrato a acontecimientos o condiciones necesarias que derivan de este y que producen el nacimiento de la obligación. No se puede haber incumplido una obligación que todavía no ha nacido (está en suspenso) porque queda sometida al acontecimiento o condición necesario que deriva del contrato (solventía económica de la fundación) y que todavía no es exigible porque no ha quedado acreditada.

## 2º DICTAMEN DERECHO PRIVADO

A petición del Sr. R. G. actual presidente de la Fundación Martí Armengol, se nos solicita que ampliemos el dictamen inicial realizado (en relación con la viabilidad de una eventual reclamación judicial de la Sra. Brugués) debido a que efectivamente se ha interpuesto demanda de juicio declarativo ordinario por la Sra. Dña. Rebeca Brugués contra la Fundación Martí Armengol, mediante la cual, la actora reclama el cumplimiento de la obligación de la Fundación, dejando sin efecto la pignoración de sus acciones de ZZZZ, que en su momento efectuó a favor del Banco V, como condición y garantía para que la entidad avalase a la Fundación ante la AEAT. Igualmente reclama el cargo en costas del presente procedimiento.

Con el objeto de determinar nuestra línea de defensa y ante una posible contestación a la citada demanda, vamos a establecer los hechos y probar que los argumentos de la Sra. Brugués no se ajustan a derecho.

### **Argumentos de la demanda:**

En primer lugar la Sra. Brugués solicita que se deje sin efecto la pignoración realizada el 1 de agosto de 2008, ante el Banco V, de su cartera de acciones de ZZZZ, y que suponía un aval suficiente y necesario que impidió, la suspensión del procedimiento de apremio de los bienes de la Fundación Martí Armengol. Como se desprende del acta de la misma fecha, ante este ofrecimiento voluntario por parte de la Sra. Brugués, la Fundación asumió el compromiso de liberar las acciones **en cuanto le fuera posible**.

Como hechos que refuerzan su petición la Sra. Brugués alude en primer lugar a la mejora de la liquidez de la Fundación como consecuencia de la venta de una nave industrial por la cual ha obtenido un importe de 1.300.000 €. Y de otra, la existencia un empeoramiento de su situación económica, al no haber podido hacer frente a las cuatro últimas cuotas del préstamo hipotecario correspondiente a un local comercial de su propiedad, (que no se encuentra actualmente alquilado) y cuyas cuotas eran sufragadas con el importe de dicho alquiler. Ante esta circunstancia se encuentra ante una posible ejecución hipotecaria si continúa el impago de dichas cuotas.

En conclusión la parte actora fundamenta jurídicamente que el crédito pignoraticio que en su momento otorgo a favor de la Fundación tenía carácter temporal, aunque el plazo no se fijara expresamente y que la actual situación de liquidez de la Fundación permite establecer que dicho plazo está concluido. Acentuado por la situación económica tan delicada en la que se encuentra la Sra. Brugués. Añadiendo además la actora en sus alegaciones la existencia de un abuso de buena fe porque al haber desaparecido la causa que propició la pignoración de sus acciones, la Fundación no ha procedido a cumplir con su obligación (de cancelación), como se establecido en el Acta de 1 de agosto de 2008.

**Línea de actuación a seguir para contestar a la demanda:**

Una vez estudiada la demanda de la actora, considero que nuestra línea de defensa va a consistir en desmontar los hechos argumentados por la actora y que se centran básicamente en cuatro cuestiones: Liquidez suficiente de la Fundación, el carácter temporal de la obligación, la delicada situación económica de la actora y por último el abuso de buena fe por parte de la Fundación.

En cuanto a la actual liquidez de la Fundación alegada por la Sra. Brugués, tenemos que reconocer que si bien es cierto que ha existido la referida venta de la nave industrial por un valor de 1.300.000 €, que la han otorgado liquidez. Dicha liquidez ha sido momentánea, porque como consecuencia de las obligaciones pendientes e ineludibles que todavía contraía la Fundación, esta cantidad ha sido destinada al pago de dichas deudas.

Añadir además que de acuerdo con lo preceptuado y en referencia al orden de prioridad de las obligaciones, establecido en el Código civil y otras normas legislativas, **las obligaciones se han de cumplir atendiendo a un orden de prioridad**. A destacar entre ellas el Estatuto de los trabajadores, que establece la prioridad de pago las deudas contraídas con los trabajadores por salarios (Art. 32 ET) y la Ley General Tributaria en su Art. 77 LGT, en parecidos términos establece que La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con otros acreedores. Todo ello sin obviar el hecho, nada desdeñable de las consecuencias que el impago de las deudas tributarias (impuesto de sociedades) tendría para la viabilidad futura de la Fundación.

En conclusión la cuantía obtenida con la venta nave ha sido destinada como se detalla: una cantidad de 900.000 € a liquidar el Impuesto de Sociedades de los ejercicios 2008 y 2009, y

otros 200.000 € a saldar varias deudas salariales con los trabajadores (y cuyos documentos adjuntaremos a la contestación de la demanda, en su caso), resultando un saldo a positivo a favor de la Fundación de 200.000 euros, insuficientes en cualquier caso para proceder a constituir un depósito efectivo a favor del Banco “V”, como garantía y al objeto de sustituirlo por las acciones pignoradas de la Sra. Brugués, (como solicita la actora en su demanda).

Entendemos también que existe un error en cuanto a la **determinación** que en la demanda se realiza, **de la obligación contraída**, porque como se desprende del propio acta, la Señora Brugués accedió en su momento a que la cancelación de la pignoración de sus acciones, se realizara “cuando la Fundación contará con la liquidez suficiente”, es decir, se estableció una **obligación condicional** y no como alega la parte actora una condición a plazo recogida en el Art. 1125 CC. No podemos considerarla como condición a plazo, porque en el acta no se estableció plazo alguno vinculado al cumplimiento de la obligación contraída.

Pero es más, tampoco consideramos aplicable el Art. 1128 CC, argumentado en la demanda, porque si bien este precepto **faculta a los tribunales a señalar plazo a las obligaciones que carezcan del mismo**, es necesario que este plazo se pueda deducir del contrato y corresponde al tribunal comprobar si las partes contemplaron bien tácita o implícitamente un plazo, porque en caso contrario el tribunal no podrá establecerlo, cuando no se deduce este de la voluntad de las partes, así lo reconoce la jurisprudencia entre otras en STS de 11 Abr. 1996. Claramente el acta de 1 de agosto de 2008, no estableció plazo alguno ni tácita ni implícitamente que haga posible la aplicación de este precepto.

Por el contrario lo que realmente se estableció fue una obligación condicional acorde con lo establecido en el Art. 1114 CC, que determina que la adquisición de derechos **dependerá de los acontecimientos que constituyan la condición**. Condición que a fecha de hoy no se ha producido, y en tanto deviene como indefinida. Como ya explicamos en nuestro informe anterior es una condición suspensiva porque da nacimiento a una obligación que está condicionada para su eficacia a la producción de un hecho futuro que deber ser incierto. Por tanto La adquisición de los derechos pactados entre las partes (cancelación de la prenda) depende de que se produzca el hecho que mantiene en suspenso la prestación, y debe producirse tal cual las partes lo han convenido (en cuanto la sociedad cuente con liquidez suficiente). La condición deberá realizarse en la forma en la que voluntariamente las partes la convinieron, en virtud del principio de autonomía de las partes consagrado en el art. 1255 CC

Además continua diciendo el Art. 1115 CC, que en ningún caso la condición puede ser potestativa, es decir, será nula la obligación condicional que dependa exclusivamente del deudor. A este respecto tenemos que precisar que existe un hecho ajeno a la voluntad de la Fundación, porque su falta de liquidez responde a una deficiente situación económica imprevista y no a un deseo caprichoso o mera potestad de la misma. De hecho, el objeto de la venta de su nave responde al deseo de sanear sus finanzas, solventar sus problemas de liquidez y proceder al pago de sus deudas.

Por todo ello entendemos, no cumplida la condición necesaria para que nazca la obligación de la Fundación de proceder a la cancelación de pignoración, que no es potestativa ni depende del libre arbitrio de esta, porque como ampliamente hemos explicado no existe a fecha de hoy liquidez suficiente para cumplir con la obligación contraída en el acta de 1 de agosto de 2008.

En referencia a la **situación económica de la Sra. Brugués**, al no haber podido hacer frente a sus últimas cuotas hipotecarias; la cual no es por otra parte responsabilidad ni puede servir de condicionante pues es ajena a toda posible actuación de la Fundación y en cualquier caso irrelevante al no quedar lo suficientemente acreditada. No obstante hemos de entender que el hecho puntual de que la Sra. Brugués actualmente no tenga alquilado el local con el cual sufragaba la hipoteca, no es una situación permanente y fácilmente podría cambiar en cualquier momento.

No nos consta por otra parte que en la demanda la Sra. Brugués haga una relación pormenorizada de su patrimonio, que verdaderamente nos haga pensar que existe una insuficiencia económica tan drástica como quiere hacernos ver. Corresponderá en cualquier caso, a la actora demostrar que no dispone de otras fuentes de ingresos distintas a las mencionadas que demuestren su efectiva insolvencia. Pero, que en cualquier caso serviría como base para dotar de sentido su demanda, pero que en nada afecta a nuestros clientes, porque el objeto de esta demanda se centra en el incumplimiento de la obligación contraída en el acta de 1 de agosto de 2008, incumplimiento a fecha de hoy inexistente.

En cuanto a la última cuestión, consideramos que no existe por parte de la Fundación del referido **“abuso de la buena fe de la actora”, y por tanto su mala fe**. Porque si bien es verdad, que una vez producida la venta de la nave, no se procedió a la liberación de la prenda, esto ha sido como consecuencia del pago de otras obligaciones prioritarias y de

ineludible cumplimiento, que han impedido disponer del saldo necesario para cumplir con lo pactado en el acta, pero en ningún caso, son consecuencia de mala fe por parte de la Fundación, que en cualquier caso solamente puede estar agradecida a la Sra. Brugués, por su ofrecimiento voluntario de pignoración, en un momento en el cual peligraba su viabilidad futura de la sociedad.

De hecho cuando la Sra. Brugués requirió a la Fundación para proceder a la liberación de su prenda, la Fundación se comprometió a presentarlo en la próxima junta, hecho que efectivamente se produjo, pero que fue inviable debido a la falta de solvencia y liquidez, y que imposibilitó responder a su petición como les hubiera gustado.

### **Conclusiones:**

Nuestra defensa, va a poner de relieve los siguientes argumentos:

Que queda demostrado, y no puede ser de otra forma porque es una realidad que con la liquidez actual de la Fundación es imposible, (según las peticiones de la actora), constituir el depósito efectivo a favor del Banco V, como garantía y con al objeto de sustituirlo por las acciones pignoradas de la Sra. Brugués, para que estas queden liberadas.

Que igualmente ha quedado demostrado que la obligación no respondía a plazo sino a condición (como la actora asumió en el acta de 1/8/2008, en virtud de la libre voluntad de las partes, consagrado en el Art. 1255 CC). Condición que a fecha de hoy no se ha cumplido, no naciendo mientras tanto la hoy reclamada obligación, que en su día se estableció por las partes en el acta (Art. 1114 CC). No existe por tanto incumplimiento de la referida obligación.

Que la insolvencia alegada por la Sra. Brugués en su demanda no establece con claridad cuáles son los bienes, derechos patrimoniales que justifiquen tal situación, correspondiéndole, en cualquier caso a la actora demostrar el extremo contrario. Por consiguiente esta situación es irrelevante y ajena a toda posible actuación o incumplimiento de la Fundación, que es en todo caso, el objeto principal de esta demanda.

Que a la vista de lo expuesto no ha existido mala fe por parte de la Fundación, porque si no ha procedido a liberar la prenda de la Sra. Brugués, al realizar la venta de la nave, este

ingreso ha sido insuficiente para proceder a su cancelación, continuando a fecha de hoy sin la liquidez necesaria.

Por último, consideramos que no corresponde a la Fundación el cargo en costas sino a la parte actora en virtud del Art. 394.1 LEC, al carecer de fundamento todas sus pretensiones, y conforme a derecho corresponderá en este caso el pago de costas a la parte que vea rechazadas todas sus pretensiones.

## 1<sup>ER</sup> DICTAMEN PENAL

### 1<sup>ER</sup> DICTAMEN PARA LA DEFENSA EN JUICIO ORAL DEL SR. NIAS DOUANE

Al objeto de establecer las diferentes líneas de defensa, y las alegaciones con el objetivo de conseguir la exculpación del Sr. Nías Douane, demostrando que no es culpable del delito ni de falta del que se le acusa y solicitar su absolución en el juicio oral que se celebrara próximamente. Asimismo estableceremos igualmente los posibles inconvenientes que se nos pueden presentar en referencia a la próxima defensa en juicio oral.

#### **Antecedentes:**

El día 3 de febrero de 2011, a las 21:30 fue detenido Nías Douane nacional de Senegal y sin permiso de residencia en España. Los hechos objeto de la detención se produjeron cuando el ciudadano senegalés se encontraba en el Paseo de Gracia de Barcelona, siendo visto por varios agentes de paisano de la Guardia Urbana, mientras recibía un billete de una persona que abandonaba el lugar, posteriormente. Al acercarse los agentes a Nías Douane, este permaneció inmóvil, encontrándose a su lado en el suelo, una sabana en la que estaban dispuestos varios bolsos y cinturones.

Una vez mostradas sus credenciales los agentes, le solicitaron al acusado la factura de compra de los productos expuestos, así como su identificación personal, ninguno de los requerimientos fue atendido por Nías Douane. Por este motivo se le detuvo por un delito contra la propiedad industrial incautándosele, 73,5 euros (2 billetes de 20 €+ 2 billetes de 10 € + 2 billetes de 5 €+ 3,5 en moneda fraccionaria y un billete de cinco dólares), así como el género que se encontraba en la sabana, el cual contenía 1 bolso con la marca "Louis Vuitton", 8 bolsos con la marca y anagrama de "Prada" y 3 cinturones "D & G"

En declaración ante el juez Nías Douane afirmó que la sabana y los bolsos no le pertenecían y que "se los estaba custodiando a un compatriota, mientras este se acercaba al baño" y del cual desconoce el nombre. Igualmente niega haber realizado venta alguna o haber recibido dinero en pago.

### Argumentos de la acusación:

Por todo ello y como consecuencia del atestado policial se inician actuaciones, (que se tramitaran por procedimiento abreviado) por el cual el Ministerio Fiscal le acusa de un delito contra la propiedad industrial tipificado en el Art. 274.2 CP, y para el que se solicita 1 año prisión y 14 meses de multa en cuota diaria de 5 euros.

También solicita que se le sustituya la pena privativa de libertad, que en su caso se le pueda imponer, por la expulsión del territorio nacional, así como la prohibición de entrada en España en un periodo de 10 años, según lo preceptuado en el Art. 89.1 y 2 CP

### Línea de actuación para la defensa

El delito penado en el Art. 274 CP define la conducta típica de forma extensa y algo confusa. Conforme a dicho precepto, se castiga a quien con fines industriales o comerciales, sin el consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas, con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique o utilice de cualquier otro modo un signo idéntico o confundible con aquél, con el fin de distinguir idénticos o similares productos o servicios, actividades o establecimientos, para los que el derecho de propiedad industrial se encuentra registrado. Es decir este delito **castiga tanto la posesión como el ofrecimiento**, así lo recoge entre otras la SAP de Pontevedra 155/2007 de 26 de octubre

El delito contemplado Art. 274.2 CP del cual se inculpa a Nías Douane, es un el delito atenuado, del tipo básico, que castiga igualmente a quien a sabiendas, posea para su comercialización o ponga en el comercio, los citados productos, es decir, castiga la distribución **al por menor**, tanto si se considera posesión para su comercialización o la puesta en el comercio de los productos con signos distintivos imitados o modificados. Además exige que no se den los agravantes contemplados en el Art. 276 CP, específicos de pertenencia a una organización o asociación delictiva utilizando menores de 18 años, además del requisito de que el beneficio económico no posea especial trascendencia económica y que los hechos no revistan una especial gravedad (requisitos que se cumplen en este caso).

Precisar que el delito del Art. 274.2 CP, se diferencia de la falta Art. 623.5 CP, por la cuantía del beneficio económico, cuando este no supere los 400 euros será considerada falta. En

este sentido hay que decir que en la mayoría de los casos existe una dificultad probatoria porque para que la venta el por menor no se considere falta se debe sorprender al distribuidor en posesión de una cantidad superior a los 400 euros y demostrar que estas cantidades incautadas son el fruto de las ganancias de la venta ilícita.

Las líneas a seguir para conseguir la total absolución de nuestro cliente será, demostrar que el Sr. Nías Douane, no es el poseedor del material incautado, ni lo ha ofrecido y por ende no estaba distribuyéndolo, siendo su conducta no constitutiva de delito, (existe vulneración de la presunción de inocencia). Otras vías de actuación podrían ir encaminadas a la alegación del principio de intervención mínima del *ius puniendi*. La inexistencia de inducción a error en el comprador con respecto al material incautado a Nías Douane y los productos originales registrados con sus respectivas marcas que requiere el tipo del Art. 274 CP, además no existe perjuicio para los titulares del derecho de propiedad industrial por la insignificancia del bien jurídico protegido. Apelaremos a la eximente completa del estado de necesidad contemplada en el Art. 20.5 CP. Pero es más en el caso de no prosperar ninguna de estas alegaciones, en el peor de los casos podría incurrir en una falta (al ser la cuantía incautada inferior a los 400 €), tipificado en el Art.623.5 CP, siempre que se acredite que esta cantidad son las ganancias de la venta ilícita, siendo castigado con pena de localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses.

### **Alegaciones:**

#### **Vulneración del Art. 24.2 CE (Presunción de inocencia):**

No existe una actividad probatoria de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia del Sr. Nías Douane, es decir no existe una prueba suficiente que acredite que efectivamente nuestro cliente, sea el propietario del material incautado, y que estuviera distribuyendo el mismo, sino que por el contrario como el mismo declaro se la estaba “custodiando a un compatriota” y conclusión no podemos penar de la misma manera a la persona que cuida de modo provisional o momentáneo algo que se deja a su cuidado. Igualmente existe una dificultad probatoria porque para que la venta el por menor se considere delito o falta se debe sorprender al distribuidor en posesión de una cantidad superior a los 400 euros para delito e inferior para falta y demostrar que estas cantidades incautadas son el fruto de las ganancias de la venta ilícita, circunstancia tampoco acreditada en este caso.

En el caso de no prosperar esta alegación, el supuesto como mucho podría encuadrarse como de complicidad, pero de mero favorecimiento al favorecedor del producto (su compatriota) para otro delito de actividad. Es decir en el supuesto que se le considere como cómplice tipificado en el Art. 29 CP, lo sería de una falta (por la cuantía incautada) y cuya la pena consistiría en una multa, pena bastante más atenuada que la que solicita el ministerio fiscal.

En cuanto a las manifestaciones de los policías, en el atestado policial, deben ir acompañadas de datos objetivos que corroboren su versión de los hechos. No queda demostrado que fuera el propietario de la mercancía (solo estaba a su lado) o vieran al acusado exhibiéndola o realizando actos de venta, porque para ello es necesario que identifiquen al comprador. En caso contrario su testimonio carente de credibilidad suficiente para constituir prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia del Sr. Nías Douane, existiendo una duda acerca de la comisión de los hechos y por aplicación del ***principio in dubio pro reo***, debería ser absuelto.

Igualmente hay que valorar en el juicio la existencia o no de la neutralidad de los testigos, la declaraciones de los políticas, se han de valorar como si de un testigo más se tratara, **aunque la jurisprudencia entre otras, la SAP de Madrid Sección 17ª, 276/2004, de 30 de diciembre** considera a la presunción ***iuris tantum***, de las declaraciones de la autoridades y funcionarios, esta "presunción de veracidad" solo es efectiva en el ámbito administrativo pero no puede ser trasladada al ámbito penal. En este sentido también se contradice, el artículo 717 LECrim, establece que "las declaraciones de los autoridades y funcionarios de policía judicial tendrán el valor del declaraciones testificales, apreciables como éstas con las reglas del criterio racional", así como en el artículo 741 LECrim, que establece que el tribunal apreciará "según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio". Es decir, las declaraciones vertidas por los funcionarios de Policía Nacional como testigos en procedimientos penales deben ser objeto de valoración en las mismas condiciones y presupuestos que cualquier otro testimonio, con independencia del cargo o función pública que puedan ejercer.

En este caso puede ser perjudicial para la defensa del Sr. Nías Douane, y una prueba indiciaria en su contra el hecho de que cuando se le detuvo, llevaba en su poder una cantidad de dinero en diferentes billetes y moneda fraccionaria suficiente para dar cambio y que por aplicación de la experiencia humana, demostraría que esta realizando actividad de venta como cualquier comerciante. Este hecho unido a encontrarse junto a la sabana con

los productos, en actitud estática y sin ninguna persona más en la zona, indicaría igualmente que está vendiendo.

### **Alegación del principio de intervención mínima, subsidiariedad y proporcionalidad**

Intentaremos la absolución apelando a los principios constitucionales limitadores de ***ius puniendi***, como son el principio de mínima intervención, el de subsidiariedad o el de proporcionalidad de la reacción penal. De hecho, ante la desproporción penológica de estas conductas algunos Juzgados y Tribunales han optado por acudir al principio de intervención mínima sancionando únicamente a quienes pertenecen a organizaciones delictivas, solo las conductas más graves como la falsificación a gran escala de y su distribución con fines comerciales pueden configurar delito, porque la venta callejera es el último eslabón comercio ilegal y no tiene entidad suficiente para justificar la aplicación del derecho penal, para cantidades pequeñas deben ser otras medidas menos lesivas como el derecho administrativo (SAP sec. 7º Barcelona 180/ 2006, de 8 de febrero, de 5 de septiembre de 2006). Este argumento del principio de intervención mínima sostenida por muchos magistrados, entiende que se deben penalizar exclusivamente las conductas más graves que guardan relación con organizaciones dedicadas a la falsificación y, así, extraer del derecho penal la venta ambulante.

Entendemos por ello que la **presunta** venta callejera, cuando como en este caso no se ha acreditado su distribución, ni pertenencia a organización, y considerando que el “mantero” es el último eslabón del comercio ilegal (a través de personas que sólo buscan un medio para ganarse la vida), **no pasa por la aplicación del derecho penal**, es decir, el derecho penal regido por los principios de intervención mínima y subsidiariedad no puede entrar a condenar este tipo de conductas insignificantes (SAP de burgos, de 8 de enero de 2008), correspondiendo al ámbito administrativo o civil su sanción. Y por **supuesto la absolución** de Nías Douane sobre la base del principio de proporcionalidad, como reconoce el Juzgado de lo penal nº. 20 Madrid, en su sentencia de 25-04-08, con el objeto de dar una respuesta proporcionada y adecuada a la situación actual de los manteros, no criminalizando la pobreza.

### **Inexistencia de confusión y poca trascendencia del ataque al bien jurídico protegido.**

No existe confusión en el consumidor, porque aunque se ha utilizado un signo distintivo, hay que partir de que el signo sea al menos confundible-el apartado primero del Art. 274 exige

que se trate de un signo idéntico o confundible. No hay perjuicio para los compradores pues es notorio por su aspecto externo y su bajo precio que se trata de falsificaciones y tampoco lo hay para la industria por causa un nulo o mínimo impacto (SAP Burgos, 20 de julio de 2004).

Igualmente lo entiende entre otras la SAP de Madrid de 21 de Julio de 2011, cuando establece que en muchos casos los artículos falsificados intervenidos en relación con los originales no presentan similitudes porque existen diferencias en los materiales en cuanto a su deficiencia, baja calidad y a bajo precio. En nuestro caso como se desprende de la propia prueba pericial a pesar de la similitud de los anagramas con los originales, la marroquinería no tienen procedencia empresarial que se le supone, ni los productos son iguales a ninguno de los incluidos en los catálogos de manufacturas de estas empresas. La misma afirmación han realizado los representantes legales de esos signos distintivos, que han alegado que no han autorizado la comercialización de estos productos, por tanto no podemos considerar que exista confusión entre el signo distintivo y los productos incautados y en consecuencia delito contra la propiedad industrial que requiere el tipo del Art. 274 CP

Además existe una escasa trascendencia económica, en referencia a los abultados perjuicios que suelen reclamar los titulares de los signos distintivos, como lucros cesantes presumidos legalmente, pero que realmente nunca están materialmente constatados. Ciertamente el mercado de los fabricantes de bolsos Vuitton o Prada, no sufre una merma, porque no puede considerarse que el *top manta* vulnere seriamente los derechos derivados de la propiedad industrial, puesto que quienes consumen sus productos no comprarían el equivalente original. En definitiva no podemos entender que la distribución al por menor constituya un ilícito penal que pueda implicar la criminalización de Sr. Douane.

No obstante esta alegación puede no prosperar y así lo entienden entre otras la SAP de Madrid Sección 2ª, Sentencia de 30 Ene. 2012, rec. 359/2011, que considera que la correcta aplicación del Art. 274 CP, implica determinar cómo penalmente relevante el ataque a la exclusividad de la que goza el titular del derecho propiedad industrial amparado por un título de propiedad previamente inscrito. Por ello la confundibilidad se debe dar con el signo distintivo, que es el que debe ser confundible con el registrado, y no hay que valorar la confusión de los productos por parte de los consumidores en el momento de su adquisición. Es decir, podemos considerar que los productos tienen signos distintivos idénticos o muy parecidos a los originales, fácilmente confundibles con los logotipos originales, y a efectos de lo que nos interesa sería irrelevante que el producto este entre los fabricados por los

titulares del signo distintivo, o presenten deficiencias de calidad siendo la conducta susceptible de amparo del Art. 274 CP.

### **Estado de necesidad**

Solicitaremos eximente completa por estado de necesidad, según la cual queda exento de responsabilidad penal el que en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico o infrinja un deber (siempre que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar), y que esta situación no haya sido provocada intencionadamente por el acusado como establece el Art. 20.5 CP. Para ello se pedirá en la instrucción un informe social de la situación personal de Nías Douane, preguntándole el día de la vista sobre su historia, su vida, viaje a España y situación actual, de irregularidad en nuestro país.

Alegaremos la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran Nías Douane, inmigrante en situación irregular en nuestro país que vende productos para literalmente sobrevivir, máxime con la situación actual de crisis y la imposibilidad de acudir al mercado laboral. Esta circunstancia ha de ser tenida en cuenta en la determinación de la responsabilidad penal. Lo primero que requiere la eximente quinta del art.20 CP es la existencia de una situación de necesidad, siendo la comisión del delito la única forma de evitar el mal, **(hecho que es necesario probar para alegar este eximente)**. En este sentido las situaciones de pobreza graves como las que padecen los inmigrantes sin papeles subsaharianos como Nías Douane, no parecen generar dudas a este respecto, y aunque ciertamente su conducta es ilícita, no es violenta ni peligrosa como otras actividades criminales.

El inconveniente que plantea la eximente del estado de necesidad es acreditar sin lugar a dudas que la situación de penuria económica en la que se encuentra el acusado (inmigrante irregular), justifica su conducta delictiva porque no existe ningún otro recurso accesible que le permita poder subsistir, a estos efectos, parte de la doctrina jurisprudencial reiterada establece que los hechos en los que se basa la eximente que se invoque han de quedar tan probados como los hechos delictivos mismos.

En este sentido, entre otras, la SAP Granada Sección 2ª, de 3 Abril 2009, rec. 10/2009, considera reclamar el estado de necesidad, en la venta callejera de los conocidos como “manteros”, usualmente extranjeros sin residencia legal y de países africanos que recurren a esta actividad como medio precario de subsistencia, **no puede entenderse desde una perspectiva de piedad**, la cual no constituye un criterio jurídico válido para descartar la

ilicitud y tipicidad penal de estas conductas, máxime cuando existen mecanismos suficientes en nuestra legislación que permiten eximir o aminorar la responsabilidad penal por la concurrencia de causas de justificación que pueden ser alegadas y probadas por la Defensa.

Que de no existir absolucón se reduzca la pena acorde con lo preceptuado en el Código penal, alegaremos que teniendo en cuenta la cuantía como recoge el Art. 274.2 párrafo 2º, en los supuestos de distribución al por menor teniendo en cuenta las características Nías Douane, inmigrante irregular en nuestro país, la cuantía del beneficio económico (72 € y 5 dólares) y la inexistencia de las causas concurrentes del Art. 276 CP, se subsuma la pena a una falta porque el beneficio no excede de 400 euros según el Art. 623.5 CP, como ocurre en nuestro caso.

### **Conclusión.**

Para la total absolucón de Nías Douane por el delito que se le imputa alegamos diferentes vías posibles y que son:

- Intentaremos demostrar que existe una vulneración de la presunción de inocencia (Art. 24.2 CE) porque no ha quedado demostrado fehacientemente, que la sabana y los productos expuestos fueran de su propiedad y que por tanto existirá distribución de falsificaciones. Por ello el informe pericial de la policía debe ser sometido a contradicción en el juicio oral, valorándose sus testimonios en las mismas condiciones que las de cualquier otro testigo conforme a los Art. 717 y 741 LECrim. No obstante como hemos visto esta causa de absolucón presentaría problemas probatorios por la existencia de pruebas indiciarias que podrían llevar a que no prosperara.
- Que alegamos al principio de intervencón mínima y de proporcionalidad, porque si bien se debe respetar la propiedad industrial y las medidas protectoras que establece el código civil igualmente se ha de respetar el principio de intervencón mínima y proporcionalidad como ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional, cuando afirma que no se puede privar a una persona del derecho a la libertad sin que sea *estrictamente imprescindible*, existiendo en nuestro ordenamiento jurídico otras formas de control de legalidad diferentes al penal, relegando al ámbito civil o administrativo determinadas conductas ilícitas, solicitando su absolucón en virtud del principio de proporcionalidad.

- Inexistencia de confusión del consumidor y la poca trascendencia del ataque al bien jurídico protegido. Porque la calidad del material incautado no induce a confusión, no hay perjuicio para los compradores pues es notorio por su aspecto externo y su bajo precio alrededor de 15 euros que se trata de falsificaciones y tampoco lo hay para la industria por causa un nulo o mínimo impacto (SAP Burgos, 20 de julio de 2004), porque el mercado de los fabricantes de bolsos Vuitton o Prada, no sufre una merma, y no puede considerarse que el *top manta* vulnere seriamente los derechos derivados de la propiedad industrial, puesto que quienes consumen sus productos no comprarían el equivalente original.
  
- Eximente total de responsabilidad por estado de necesidad del Art. 20.5 CP para los inmigrantes sin papeles en España, añadido al hecho de la crisis económica y su imposibilidad de acceder al mercado laboral, hace que la venta ambulante sea su única manera de sobrevivir, en situaciones de verdadera precariedad. Teniendo en cuenta los inconvenientes que supone demostrar este extremo.
  
- Que en último caso y sin ninguna de las alegaciones anteriores pudiera prosperar y acorde con lo establecido en el párrafo segundo del Art. 274.2 CP, teniendo en cuenta las características personales de Sr. Douane, y la no existencia de los agravantes contemplados en el Art. 276 CP, **se subsuman los hechos a una falta** con las penas establecidas en el Art. 623.5 CP (con penas inferiores) porque no existe delito al ser la cuantía incautada (73,5 €), inferior a los 400 €, necesarios para considerar este ilícito como delito y siempre que se demuestre que la procedencia del dinero incautado eran las ganancias de la venta ilícita.

## 2º DICTAMEN DERECHO PENAL

En referencia a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal de Barcelona, que declara la absolución del Sr. Nías Douane, como autor de un delito contra la propiedad industrial tipificado en el Art. 274.2 CP, y contra la que el Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación invocando la existencia de todos los requisitos del tipo penal, reclamando de nuevo la condena. Por ello, vamos a estudiar las posibles vías de actuación entre ellas preparar una defensa subsidiaria en el caso de que la Audiencia Provincial esté conforme con el Ministerio Fiscal en el sentido de entender que la acción de Nías Douane sí era penalmente relevante, y al objeto de conseguir la absolución de nuestro cliente o en el peor de los casos, una punición inferior a la solicitada por el Ministerio Fiscal.

En primer lugar procederemos a la solicitar la impugnación del recurso de apelación de fecha 18 de mayo de 2012, interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia ABSOLUTORIA del Sr. Nías Douane, dictada el día 18/5/2012, por el Juzgado de lo Penal nº 40 de Barcelona, en las Diligencias de procedimiento abreviado número 10/12, con el objeto de que se eleven los autos a la Audiencia Provincial para que, en su día, se dicte **sentencia confirmatoria**, de la sentencia ABSOLUTORIA recurrida, en todos sus puntos.

Incidiremos en que los hechos no son constitutivos de infracción penal, reiterando una vulneración del Art. 24.2 CE, al derecho de **presunción de inocencia** del Sr. Nías Douane, consagrado en los Tratados internacionales y la Declaración Universal de Derechos humanos, y la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional entre otras la STC 10/03/95, 881 y 882 de 1996 y 798/97, que requiere de la necesidad considerar no culpable al acusado hasta que su inocencia no quede desvirtuada por una prueba válida de cargo, practicada en el acto de juicio oral. En este sentido, considera la sentencia de la que solicitamos su confirmación muy acertadamente en su Fundamento tercero, que **no basta con la convicción moral del Juzgador sobre la culpabilidad del acusado para poder basar en ella la condena**, sino que esta ha de basarse en una actividad probatoria suficiente para se convierta en una certeza jurídica mínima o suficiente.

Igualmente manifiesta la sentencia que la prueba practicada **no se ha desplegado ninguna prueba mínima suficiente que permita afirmar que el acusado se encontraba ofreciendo o vendiendo el material falsificado**, y aunque los agentes de la Guardia Urbana declararon que el acusado estaba ofreciendo los bolsos y cinturones, no ha quedado

demostrado que fuera el propietario de la mercancía o vieran al acusado realizando actos de venta o tipo de transacción ni que vendiera alguno de los efectos que portaba. Incluso uno de los agentes afirmo que observo una venta, sin embargo no pudo concretar ni la cantidad de dinero que se entrego ni la necesaria identificación del comprador.

Consideramos en este sentido que las declaraciones de los testigos de la Guardia Urbana deben ir acompañados de datos objetivos que corroboren su versión de los hechos, hecho que no ha quedado demostrado en la vista de juicio oral, careciendo por tanto su testimonio de la credibilidad suficiente para constituir prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia del Sr. Nías Douane, **existiendo una duda razonable acerca de la comisión de los hechos** y si estos constituyen realmente un ofrecimiento y venta de material falsificado, es decir, no se ha practicado prueba de cargo suficiente, procede por tanto por aplicación del ***principio in dubio pro reo*** considerar su absolución (como muy acertadamente falló la sentencia)

En el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, reclama de nuevo la condena del acusado, y enfatiza en los testimonios de los agentes de la Guardia Urbana, afirmando **la existencia del ofrecimiento de bolsos** (suficiente para cumplir con el requisito tipo penal del Art. 274.2 CP) y la de uno de ellos como testigo de ver al acusado como recibía de una persona dinero (que le fue intervenido) a cambio de un objeto de lo que exponía el acusado. Hecho que no ha quedado lo suficientemente probado en el juicio oral, y así lo ha manifestado la sentencia recurrida en su fundamento tercero.

En consecuencia, esta afirmación del Ministerio Fiscal, en la que apoya su recurso, pretende otorgar la presunción **iuris tantum** a los testimonios de los agentes, sin embargo esta "presunción de veracidad" solo es efectiva en el ámbito administrativo pero no puede ser trasladada al ámbito penal. A tener en cuenta lo establecido en el Art. 717 LECrim, que "las declaraciones de los autoridades y funcionarios de policía judicial tendrán el valor de las declaraciones testimoniales, apreciadas como éstas con las reglas del criterio racional", así como en el artículo 741 LECrim, que establece que el **tribunal apreciará "según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio"**. Es decir, las declaraciones vertidas por los funcionarios de la Guardia Urbana como testigos en procedimientos penales deben ser objeto de valoración en las mismas condiciones y presupuestos que cualquier otro testimonio, y carecen de presunción iuris tantum, que quiere imprimirles el Ministerio Fiscal, correspondiendo en último caso, al tribunal apreciar los testimonios según su conciencia y las pruebas practicadas en el juicio, como se manifiesta en la sentencia recurrida, que

**aunque reconoce la existencia de un ilícito considera que no puede imputársele al Sr. Nías Douane, porque existe una duda razonable, no siendo los testimonios de los agentes de la Guardia Urbana, prueba de cargo suficiente.**

No obstante, conscientes de la posibilidad de que la Audiencia Provincial considere conforme el recurso del Ministerio Fiscal y que por ello la acción de Nías Douane si sea penalmente relevante, vamos a preparar otras vías alternativas de defensa, para conseguir la absolución de nuestro cliente.

**A) La posibilidad de que los hechos puedan justificar una punición inferior a la interesada por el Ministerio Fiscal.**

En este primer supuesto y atendiendo al delito del que se acusa al Sr. Nías Douane, contemplado en el Art. 274.2 CP, (delito atenuado) que castiga a quien a sabiendas posea para su comercialización o ponga en el comercio, productos protegidos con un derecho de marca, es decir, el precepto castiga la distribución **al por menor** tanto si se considera posesión para su comercialización o la puesta en el comercio de los productos con signos distintivos imitados o modificados.

Y teniendo en cuenta el agravamiento de los delitos relativos a la propiedad industrial, que, evidencian un incumplimiento del principio de proporcionalidad en el caso de conductas consistentes en la venta a pequeña escala de personas en situaciones de pobreza (como ocurre en este caso), a veces utilizados por organizaciones criminales, justifican lo establecido en párrafo segundo del Art. 274.2 CP, para los casos de menos trascendencia, atendidas las características del culpable y reducida la cuantía del beneficio económico obtenido por éste, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias de agravación que el Art. 276 CP, optándose por señalar penas de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Además, en tales supuestos, cuando el beneficio no alcance los 400 euros la conducta se castigará como falta del Art. 623.5 CP.

Acorde, con lo expuesto apelaremos a que el ilícito penal cometido por el Sr. Nías Douane **se reconduzca** a una falta, de acuerdo con el 2º párrafo del Art. 274.2 CP, y según ha reconocido la jurisprudencia entre otras de la Audiencia provincial de Sevilla de 8 de abril de 2011, en sentencias que resuelven supuestos parecidos, se requiere de una serie de elementos para poder aplicar el citado inciso de este precepto. En concreto que se produzca una distribución al por menor, hecho, probado porque el Sr. Nías Douane estaba realizando venta ambulante por el método de “manteros”, actividad que hay que calificar como

distribución al por menor según el Art. 274.2 CP. Por otra parte en cuanto a las características del culpable la jurisprudencia considera entender cumplido este requisito y que pueda existir la rebaja punitiva no en referencia a la marginalidad que caracteriza a los autores de estas infracciones sino en una necesidad del principio de proporcionalidad de la pena en el caso de conductas consistentes en la venta a pequeña escala de copias fraudulentas. (SAP Sevilla 01/06/2011 rec. 2487/2011). Y como tercer requisito es necesario que **el beneficio económico sea inferior a 400 €**, entendido este como lo obtenido y materializado con la actividad delictiva y no lo que se hubiera podido obtener con la venta de la mercancía intervenida. (SAP Sevilla 01/06/2011)

Por último el precepto requiere también como condición que no se den ninguno de los agravantes contemplados en el Art. 276 CP, es decir, pertenencia a una organización o asociación delictiva, delito cometido utilizando menores de 18 años, además del requisito de que el beneficio económico no posea especial trascendencia económica y que los hechos no revistan una especial gravedad (agravantes que no se dan en este caso).

En conclusión solicitaremos la reconducción del ilícito penal como falta porque se cumplen todos los requisitos del Art. 274.2 párrafo 2º, es decir Nías Douane, se encontraba realizando una actividad de **distribución al por menor** (“manteros”), consistente en la venta a pequeña escala de productos falsificados, en concreto bolsos de Louis Vuitton, Prada y cinturones de D&G; no concurren tampoco en el, las circunstancias especiales del Art. 276 CP y claramente el beneficio económico obtenido por el acusado de 73,50 €, fue menor de 400€, por lo que los hechos serian constitutivos de una falta contra la propiedad industrial sancionada en el Art. 623.5 CP.

#### **B) Sobre si la responsabilidad criminal de Nías Douane podría estar prescrita.**

En cuanto a la posibilidad de que la responsabilidad criminal de Nías Douane pueda estar prescrita y enlazando con la cuestión anterior en la cual, el Tribunal una vez **reconsiderado el ilícito penal como falta**, debería de oficio plantearse si la falta pudiera estar prescrita como afirma la STS 9 marzo de 2005 al determinar que *“La naturaleza material y de orden público, inherente al instituto de la prescripción, impone que deba ser apreciada incluso de oficio en el momento que se compruebe la concurrencia de sus requisitos y cualquiera que sea el estado que presenten las actuaciones ”*

En referencia a la prescripción la Sala Segunda del Tribunal Supremo adopto el 26 de octubre de 2010, un acuerdo no jurisdiccional que establece que para la aplicación de la prescripción habrá que tener en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, no se tomarán en cuenta para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Por ello este mismo criterio se ha aplicar **cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta**, como ocurre en nuestro caso, siendo por tanto el plazo de prescripción el correspondiente a la **calificación definitiva de los hechos como falta**.

Acorde con esta doctrina y según lo establecido para las faltas en el Art. 131.2 CP que establece que las faltas prescriben a los seis meses, solicitamos la prescripción de la falta (definitivamente calificada por el Tribunal), porque existe una paralización del procedimiento, durante la cual no se han realizado **ninguna actuación procesal** relevante de contenido sustancial. En este sentido, la reiterada la doctrina jurisprudencia, determina que solo tiene la virtud interruptora de la prescripción las actuaciones que ofrezcan un contenido sustancial propio de una puesta en marcha del procedimiento, reveladoras de que la investigación o el trámite procesal avanza. (STS 254/2010 de 7 de marzo). En conclusión aquellas decisiones judiciales que no constituyen una efectiva prosecución del procedimiento contra el culpable no producen efecto interruptor alguno (STS 758/97 de 30 de mayo). Existe en este caso una absoluta desidia por parte del Instructor de la causa, para la indagación de los hechos en tiempo y forma lo que ha supuesto un retraso de la tramitación de la misma y de los hechos se desprende que la causa se paralizó desde el día 24 de febrero de 2011, cuando fue emitido el informe pericial y declararon los representantes legales de las entidades perjudicadas hasta el día 3 de septiembre de 2011 que se dicto Auto de prosecución por los tramites de procedimiento abreviado, con lo que se ha superado los 6 meses plazo prescriptivo establecido para las faltas por el Art. 131.2 CP

Solicitaremos en consecuencia que se declare prescrita la falta contra la propiedad industrial y por tanto la extinción de responsabilidad penal, así como la ABSOLUCIÓN del, Sr. Nías Douane de la falta contra la propiedad industrial, que se le imputa, o bien sea declarada de oficio, la prescripción de su responsabilidad criminal, en cualquier estado del procedimiento en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan.