

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2008
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Derecho de autor. Derecho marcario. Compatibilidad. Responsabilidad penal. Concurrencia de delitos.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 1ª

FECHA: 31-1-2006

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Texto del fallo en <http://www.profesionales.com>

OTROS DATOS: Sentencia 66/2006

SUMARIO:

“... compareció en la Comandancia de la Guardia Civil el representante de la entidad OSBORNE Y CIA S.A. denunciando que en determinados establecimientos de esta Ciudad había detectado la comercialización sin autorización de artículos de regalo que tenían el signo gráfico consistente en la silueta del denominado Toro de Osborne, que constituye una marca registrada que le pertenece, y que no obstante los requerimientos efectuados no habían cesado en su actividad”.

[...]

“Se alza la entidad recurrente GRUPO OSBORNE S.L. contra el pronunciamiento de absolució dictado en la instancia, solicitando la condena de los acusados por un delito contra la propiedad intelectual y otro contra la propiedad industrial”.

[...]

“...teniendo en cuenta que un solo hecho, la posesión para la comercialización, puede integrar la acción típica de ambos delitos si el autor tiene conocimiento tanto de la reproducción de la obra artística sin autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual, como de la imitación de la marca también sin consentimiento del titular de los derechos de propiedad industrial, y por tanto implicar la lesión de dos bienes jurídicos diversos, las facultades patrimoniales del titular del derecho de propiedad intelectual sobre la reproducción de la obra artística y el derecho de explotación exclusiva de la marca del titular del derecho de propiedad industrial, podemos concluir que nos encontramos ante un concurso ideal de delitos, donde una acción constituye dos infracciones penales que deben sancionarse [...], siempre que efectivamente concurren todos los requisitos de ambas conductas delictivas”.

COMENTARIO: Partiendo del principio por el cual un mismo bien intelectual puede calificar como obra (por ejemplo, un dibujo) y como signo distintivo de productos o servicios (por ejemplo, una marca), resulta que la reproducción no autorizada de la obra y la puesta a disposición del público, tampoco consentida, de productos que colocan la marca protegida a favor de un tercero, reúne generalmente los requisitos de ambos tipos delictivos, por violación del derecho de autor y por infracción a los derechos marcarios, de manera que se produce una concurrencia de delitos, donde son aplicables las reglas que acerca de las penas en tales casos estén contempladas en la legislación penal del país donde se reclama la protección. Así, por ejemplo, cuando el artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC compromete a los países miembros de la OMC a establecer “*procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor*”, no excluye la posibilidad de concurrencia de los dos delitos, que afecten tanto los derechos sobre la obra artística como los reconocidos en relación al signo distintivo. Nada diferente ocurriría si la conducta delictiva atentara contra los derechos sobre una obra musical que igualmente estuviera protegida como marca sonora, o sobre una obra de arte aplicado que al mismo tiempo gozara de protección como diseño industrial. © **Ricardo Antequera Parilli, 2008.**

TEXTO COMPLETO:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ilmo Sr. Magistrado Juez de lo Penal Nº 10 de Sevilla, dictó sentencia el día 19 de Julio de 2005 en la causa de referencia, cuyo Fallo literalmente dice, "Que debo absolver y absuelvo a los acusados Jaime, María Virtudes, Constanza, Casimiro, Rogelio del delito contra la propiedad intelectual e industrial que se le imputaba, con declaración de oficio de las costas causadas y cancelación de las medidas cautelares acordadas."

En la referida sentencia se declaraban probados los siguientes hechos:

"Primero.-Con fecha 8 de octubre de 2001 el letrado que ejerce en este procedimiento la acusación particular, D. Luis Javier Fernando Palacios, en nombre y representación de la compañía Osborne y Cía S.A formuló denuncia en la Comandancia de la Guardia Civil de Sevilla manifestando que el signo gráfico consistente en la silueta del toro constituye marca registrada que le pertenece para distinguir sus productos y servicios, denunciando a los dueños de los establecimientos de regalos de esta ciudad que se dirán que no atendieron al requerimiento efectuado por dicha representación para que cesaran en su actividad de venta con carácter previo.

El objeto social de la entidad Osborne y Compañía según consta al folio 531 de las actuaciones lo constituye:

A) *la plantación, cultivo y explotación de viñedos y de toda clase de actividades inmobiliarias, de explotación, comercialización e industrialización relacionadas con la agricultura, la producción, crianza, elaboración, compraventa, distribución, importación y exportación de brandy, vinos, aguardientes, compuestos de licores y de todo tipo de bebidas espirituosas, pudiendo establecer y desarrollar cuantas industrias sean complementarias o accesorias de las actividades relacionadas.*

B) *a producción, adquisición, transformación, comercialización, almacenamiento, conservación importación, exportación, tratamiento y compraventa, por cuenta propia o ajena, de toda clase de productos pertenecientes al sector alimenticio, de comer o beber.*

C) *La promoción, adquisición, enajenación y arrendamiento de fincas urbanas, la construcción, venta y explotación de edificaciones de viviendas, pisos, locales comerciales de todo tipo de inmuebles y de toda clase de actividades de inmobiliaria.*

D) *La adquisición, tenencia, disfrute, administración y enajenación de valores mobiliarios y*

E) El desarrollo y explotación de sistemas de mercados electrónicos a través de la red Internet, así como la prestación de todo tipo de servicios a la comunidad virtual que se genere mediante conexión a los mencionados mercados.

Segundo.-El día 9 de octubre de 2001 agentes adscritos a la Policía Judicial de la Guardia Civil se personaron en el establecimiento denominado "Perfumes Españoles Sur-Regalos de esta capital sita en la calle García de Vinuesa cuyos propietario son los acusados, Casimiro e Constanza, interviniendo varias prendas como gorros, camisetas, llaveros, postales, ceniceros azulejos, cerámica, posavasos, todos ellos con la figura o silueta del toro, reproducción de la existente en las vallas de las carreteras .

Tercero.-Ese mismo día la fuerza actuante se personó en el establecimiento denominado "Gordola" y "Ataraza" sitios en la calle Hernando Colón números 11 y 4 propiedad de la acusada, Guadalupe, interviniendo de dicho establecimiento reproducciones de varios tamaños a escala de la valla situada en las carreteras con la misma silueta del toro.

Cuarto.-También la fuerza actuante realizó un registro del local denominado " Sol de Sevilla" propiedad del acusado, Jaime, interviniendo en dicho registro ceniceros, postales, llaveros, tazas, y demás efectos reflejados en el acta de inspección con la misma imagen del toro (folio 140).

Quinto.-Seguidamente en el establecimiento denominado First-Center (folio 142) sito en la Avenida de la Constitución número 34 de esta capital al frente de la cual se encontraba el empleado, David, sobrino del acusado, Rogelio, apoderado de la entidad propietaria, Bandivisas S.A, procedieron a la intervención de efectos similares como postales, pegatinas, posavasos, llaveros etc, con la misma imagen del toro.

Los productos que los comerciantes ofrecían en venta fueron fabricados por la entidad Misjak S,L de Barcelona y adquiridos a través de la empresa Abernues y todos ellos

aportaron la factura correspondiente por la adquisición de dichos productos.

La acusada, María Virtudes, y el acusado, Jaime, recibieron un burofax remitido por Osborne y Cía S.A por medio del cual le conminan a abandonar la comercialización de todos los productos que contengan la silueta del toro y tras consultar con la empresa fabricante de dichos productos recibieron la comunicación obrante a los folios 364 y 366 (tomo II) en virtud de la cual dicha entidad informó a la acusada del carácter de imagen adscrita al Catálogo de Patrimonio Nacional en exposición permanente en espacio público, bien común de interés general cuya defensa y conservación la constitución encomienda a la legislación de desarrollo.

La entidad Osborne también remitió el mismo burofax a los acusados Casimiro e Constanza pero fue recibido por una empleada del establecimiento, Carmela, la cual causó baja al día siguiente y no entregó el mismo a los dueños del local.

El quinto acusado, Rogelio, no es propietario del establecimiento First -Center tan solo es apoderado de la entidad mercantil Bandivisas S.A encargada de su explotación, según la escritura otorgada a su favor en Madrid por el representante de dicha entidad el 29 de noviembre de 1994 (folios 440 y siguientes del tomo II de las actuaciones) con facultades para administrar y entre ellas adquirir mercancías pero no consta que el acusado hubiese adoptado la decisión de comercializar con estos productos que reproducen la imagen del toro.

La entidad mercantil Osborne y Cía S.A solicitó en el Registro de la Propiedad Intelectual la inscripción de los derechos de explotación sobre la obra que en dicha solicitud figura con el Título Toro de Osborne consistente en un dibujo de la silueta de un toro realizado por Mariano."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpusieron en tiempo y forma recursos de apelación, por las representaciones de GRUPO OSBORNE, S. L. y el MINISTERIO FISCAL, y admitidos los recursos y conferidos los

preceptivos traslados, se elevaron los autos a esta Audiencia. Formado el rollo, se señaló el día 12 de enero de 2006 para a vista de la presente apelación, quedando visto para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las formalidades legales.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. PEDRO IZQUIERDO MARTÍN, quien expresa el parecer del Tribunal.

HECHOS PROBADOS

No se aceptan los de la resolución impugnada que se sustituyen por los que a continuación se exponen:

El día 8 de octubre de 2.001 compareció en la Comandancia de la Guardia Civil el representante de la entidad OSBORNE Y CIA S.A. denunciando que en determinados establecimientos de esta Ciudad había detectado la comercialización sin autorización de artículos de regalo que tenían el signo gráfico consistente en la silueta del denominado Toro de Osborne, que constituye una marca registrada que le pertenece, y que no obstante los requerimientos efectuados no habían cesado en su actividad.

El día 9 de octubre de 2.001 Funcionarios de la Guardia Civil se personaron en los establecimientos comerciales denominados "GARGOLA" y "ATARAZANA", situados en la calle Hernando Colón números 11 y 4, explotados por la entidad mercantil Rosa María Vergara Ojeda S.L., y que es propiedad de Guadalupe, mayor de edad, sin antecedentes penales, que también la administra, interviniendo 359 objetos en el primero de los establecimientos y 80 en el segundo con la silueta del denominado Toro de Osborne.

Guadalupe había sido previamente requerida en diversas ocasiones para que no comercializara productos con el signo distintivo antes mencionado, y advertida de las posibles consecuencias de su conducta al no contar con autorización para efectuarla.

Ese mismo día también se procedió a intervenir en el establecimiento "SOL SEVILLA", situado en la calle García de Vinuesa número 18, regentado por su propietario Jaime, mayor de edad, sin antecedentes penales, 704 objetos con la silueta del denominado Toro de Osborne.

Jaime también había sido previamente requerido para que no comercializara productos con el signo distintivo antes mencionado, y advertido de las posibles consecuencias de su conducta al no contar tampoco con autorización para efectuarla.

De la misma manera se procedieron a intervenir productos con las mismas características en los establecimientos "FIST CENTER", situado en la Avda. de la Constitución número 34, regentado por la entidad mercantil Bandivisas S.A., de la que es apoderado David, concretamente 840 artículos de diversa clase y naturaleza, y en el establecimiento "PERFUMES ESPAÑOLES", situado en la calle García Vinuesa números 15 y 17, explotada por la entidad con la misma denominación, de la que son propietarios Casimiro e Constanza, concretamente 106 artículos.

No ha resultado acreditado que los anteriormente mencionados hubieran recibido un requerimiento previo por parte de la entidad GRUPO OSBORNE S.L. para que cesara la comercialización de productos con el signo antes mencionado.

La entidad GRUPO OSBORNE S.L. es la titular de los derechos de explotación de la obra conocida como Toro de Osborne consistente en la silueta de un toro efectuada por Mariano, así como las relativas a la explotación exclusiva de la marca inscrita a su nombre y referida a la silueta del toro antes mencionada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- Se alza la entidad recurrente GRUPO OSBORNE S.L. contra el pronunciamiento de absolución dictado en la instancia, solicitando la condena de los acusados por un delito contra la propiedad intelectual y otro contra la propiedad industrial.

La Juez a quo efectúa una exposición sobre el devenir histórico de la marca registrada conocida como TORO DE OSBORNE, que además de constituir el signo gráfico distintivo de la actividad empresarial del Grupo de Empresas Osborne tiene en la actualidad una dimensión cultural de especial relieve, sobre todo después de superar el envite legal que, al amparo de lo establecido en la Ley 25/1.988, de 29 de julio de Carreteras, preconizó su eliminación de su emplazamiento más característico como valla publicitaria en las carreteras. Después de analizar los requisitos de los tipos penales imputados, desechando la punición conjunta de las dos conductas imputadas que limita a la infracción más grave, llega a la conclusión que no ha resultado acreditado que los acusados actuaran de forma maliciosa por el simple hecho de no atender, respecto a los que consta que se les hizo, el requerimiento efectuado por la entidad recurrente, teniendo en cuenta fundamentalmente la dimensión cultural del símbolo, y que los artículos intervenidos, diferentes a los comercializados por el Grupo Osborne, habían sido adquiridos legítimamente.

SEGUNDO- *Resulta innegable que como se refiere en la STS de 30 de diciembre de 1.997, "... la silueta del toro ha superado su inicial sentido publicitario y se ha integrado en el paisaje, como un elemento de ambientación ajeno al mensaje propagandístico de una marca...", entrando la imagen, como también se reconoce en la referida resolución, "... en el concepto europeo de publicidad encubierta o subliminal, entendida como exhibición verbal o visual de la marca de un productor de mercancías o de un prestador de servicios con propósito publicitario. Si así no fuera no se explicarían los gastos de mantenimiento de la valla que se costean por la entidad recurrente...", lo que determina la concurrencia de dos intereses, el propio de marca comercial y el estético o cultural que trasciende a esta realidad, que en la específica cuestión litigiosa que se sometió a debate, la imposición de una sanción por el mantenimiento de una valla con la efigie del Toro contraviniendo la normativa vigente en materia de publicidad en los espacios visibles desde las carreteras, se resolvió a favor de este último al establecerse*

que "... en la pugna de dos intereses en juego debe prevalecer como causa que justifica su conservación, el interés estético o cultural..."

La cuestión a dilucidar es si el reconocimiento como símbolo de interés cultural, que no discute, sino que también ha contribuido en su promoción, la entidad recurrente, tiene la virtualidad de anular también su primigenia función marcaría, cuando el ámbito de comparación de los intereses en pugna puede entenderse limitado a lo estrictamente comercial sin ninguna consideración adicional.

TERCERO- *Cuestionada la legitimación del GRUPO OSBORNE para promover la defensa de los derechos intelectuales del autor de la obra Mariano, que no se aborda en la resolución impugnada al considerar de aplicación la tesis del concurso aparente de leyes que determinaría el que los hechos denunciados tan sólo podrían ser constitutivos de la infracción más grave, el delito contra la propiedad industrial con exclusión del posible delito contra la propiedad intelectual, debemos pronunciarnos con carácter previo respecto a la legitimación discutida, y tesis asumida.*

La legitimación de la entidad GRUPO OSBORNE para promover la defensa de los derechos intelectuales del autor de la obra Mariano, viene determinada por la amplia cesión que de sus derechos efectuó este último en el documento privado de 11 de enero de 1.979 al renunciar, "...expresa y formalmente a cualquier reclamación, acción o pretensión que contra OSBORNE Y CIA S.A., le pueda corresponder, reconociendo la plena y más completa propiedad a favor de dicha Sociedad sobre el expresado dibujo figura o signo, a que este documento se refiere, y en definitiva, cediendo a OSBORNE Y CIA S.A., cualquier posible derecho o facultad- a cambio de la cantidad recibida en los términos de este documento- que tenga o pueda tener el Sr. Mariano, en la modalidad que sea (propiedad, uso, disfrute, difusión, etc) sobre el tan repetido signo publicitario, consistente en la silueta TORO, con que OSBORNE Y CIA S.A., identifica sus productos. En consecuencia D. Mariano no podrá hacer uso del expresado signo para ningún fin, al reconocer la propiedad de OSBORNE Y CIA S.A. sobre el mismo..."

(Folio 811), y lo referido en la escritura pública de reconocimiento de propiedad y renuncia otorgada el día 9 de febrero de 1.979 en la que "... el otorgante reconoce la plena y más completa propiedad y disposición a favor de "OSBORNE Y COMPAÑÍA, SOCIEDAD ANONIMA" sobre el expresado signo publicitario consistente en el dibujo, silueta o figura "TORO" con que "OSBORNE y CIA S.A.", como se ha dicho, distingue sus productos..... el otorgante expresa su voluntad de renuncia a cualquier posible derecho o facultad que le pueda corresponder en la actualidad o más adelante, y en cualquier ámbito o circunstancia, sobre la referida, silueta, dibujo o signo..." (Folio 803).

En atención a lo expuesto deben entenderse cedidos los derechos de explotación patrimonial de la obra, y no sólo los relacionados con fines publicitarios, no siendo de aplicación lo previsto en el vigente artículo 43 2. del RD 1/96, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en el sentido de que "... si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquello que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo...", en cuanto lo acordado no contraviene lo dispuesto en la Disposición Transitoria 3ª de esta misma disposición, "... los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la Ley de 10 de enero de 1.879 sobre Propiedad Intelectual surtirán todos sus efectos de conformidad con la misma, pero serán nulas las cláusulas de aquéllos por las que se acuerde la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que el autor pudiere crear en el futuro, así como por las que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro..."

Lo anteriormente expuesto no resulta desvirtuado por el Certificado emitido por el Registrador General de la Propiedad Intelectual, de fecha 15 de febrero de 2.002, haciéndose referencia en la documental incorporada a una posterior resolución de 2 de marzo de 2.004 por la que se acuerda la inscripción (Documento 13 pagina 15), en cuanto aquel se limitaba a poner de manifiesto

que la solicitud deducida "... está pendiente de calificación..." y que "... a la vista de las diligencias previas comunicadas, le surgen dudas acerca de si puede o no efectuar la inscripción..." por lo que se solicitaba "... de ese Juzgado si cree conveniente la suspensión provisional..." (Folio 467).

Por lo que se refiere al problema concursal derivado de la posible doble tipificación de los hechos imputados, como almacenamiento de objetos relacionados con la obra artística (artículo 270 del Código Penal), y como posesión para su comercialización de objetos con un signo distintivo que supone la infracción de los derechos exclusivos del titular del mismo (artículo 274.2º del mismo texto legal), son varias las soluciones que se ofrecen: a) la punición por separado de ambas conductas, como concurso real de delitos, lo que supondría la duplicidad de la sanción; b) la consideración como un solo hecho constitutivo de dos infracciones penales, concurso ideal de delitos, que agravaría también la pena y; c) la aplicación de las normas del concurso de leyes, con aplicación de algunas de las reglas del artículo 8 del Código Penal, y con la imposición de la pena correspondiente a una sola de las infracciones.

Pues bien, teniendo en cuenta que un solo hecho, la posesión para la comercialización, puede integrar la acción típica de ambos delitos si el autor tiene conocimiento tanto de la reproducción de la obra artística sin autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual, como de la imitación de la marca también sin consentimiento del titular de los derechos de propiedad industrial, y por tanto implicar la lesión de dos bienes jurídicos diversos, las facultades patrimoniales del titular del derecho de propiedad intelectual sobre la reproducción de la obra artística y el derecho de explotación exclusiva de la marca del titular del derecho de propiedad industrial, podemos concluir que nos encontramos ante un concurso ideal de delitos, donde una acción constituye dos infracciones penales que deben sancionarse de conformidad a lo establecido en el artículo 77 del Código Penal, siempre que efectivamente concurren todos los requisitos de ambas conductas delictivas.

CUARTO- En cuanto a los requisitos del delito contra la propiedad industrial se cuestiona su existencia reclamándose la aplicación del "principio de tipicidad", y ello por considerar que los acusados vendían productos legítimamente adquiridos, diferentes a los comercializados por el GRUPO OSBORNE, en los que el Toro no es sino un adorno, nunca un signo que indique origen o procedencia del producto.

De conformidad a lo establecido en el artículo 4 de la Ley de Marcas 17/2.001, de 7 de diciembre se entiende por marca todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras, esto es, para indicar el origen empresarial de los productos y servicios.

Como se refiere en la Sta. AP Barcelona Sección 6ª 411/2.005, de 26 de abril, esta definición ofrece un concepto de marca restringido a aquéllos signos que resulten idóneos para discriminar en el mercado unos productos de otros. Pero también debe repararse en que sin duda el concepto legal se destina a concretar los signos susceptibles de constituirse en marca. Dicho de otro modo, la definición que se estudia tiene como finalidad discriminar los signos que son susceptibles de acceder al concepto mismo de marca. Una vez que el signo se constituye en marca, de acuerdo con el proceso previsto en la citada ley, al signo ya se le tiene como capaz de distinguir productos en el mercado.

Con el acceso de la marca al registro, se confiere al titular el monopolio de su explotación en el tráfico económico. Monopolio que le permite impedir que terceros sin su consentimiento utilicen en el tráfico económico:

"a) Cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquéllos para los que la marca esté registrada.

b) Cualquier signo que por ser idéntico o semejante a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios implique un riesgo de confusión del público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca.

c) Cualquier signo idéntico o semejante para productos o servicios que no sean similares a aquéllos para los que esté registrada la marca, cuando ésta sea notoria o renombrada en España y con la utilización del signo realizada sin justa causa se pueda indicar una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca o, en general, cuando ese uso pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dicha marca registrada." (art. 34.2 Ley de Marcas).

En la resolución antes mencionada se hacía también constar que "... la doctrina mercantil considera que la marca ha superado su exclusiva función tradicional indicadora del origen empresarial del producto o servicio - que permite discriminar unos productos de otros -, cumpliendo también una función publicitaria y comunicadora de la reputación o imagen de la que gozan los productos en el mercado. En definitiva, todas ellas podrían englobarse en la función informativa que la marca desempeña como signo distintivo. Por ello, materialmente existirá lesión del bien jurídico protegido cuando se utilice un signo distintivo, idéntico o semejante, pero en todo caso capaz de desinformar al consumidor sobre el producto que se le ofrece. O, dicho de otro modo, susceptible de producirle error respecto del origen empresarial del producto o servicio, su calidad o imagen...", circunstancia esta última que debe ponerse en relación con la amplia protección otorgada a las denominadas marcas notorias o renombradas, que sin duda tiene la registrada a favor de la entidad recurrente.

Por ello, sin perjuicio de la consideración más o menos amplia que pueda sostenerse respecto al objeto social de la entidad recurrente, teniendo en cuenta que según la certificación del Registro Mercantil como tal se contemplan, entre otras, la posibilidad de "...establecer y desarrollar cuantas industrias sean complementarias o accesorias de las actividades relacionadas..." (Folio 531), lo cierto es que el carácter de marca renombrada determina que el ámbito de protección también se haga extensivo, como antes hemos mencionado, aunque el signo marcario se vincule a productos o servicios que no sean similares a aquellos para los que esté

registrada la marca, siempre que con su utilización se pueda indicar una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca o, en general, cuando ese uso pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dicha marca registrada.

Debe tenerse en cuenta que en los delitos contra la propiedad industrial, además de los derechos de los consumidores, lo que se protege es el esfuerzo creador de modelos o marcas patentables, así como el rendimiento económico asociado al mismo y la inversión realizada, de suerte que esa capacidad creadora se incentive y no se malogre por el aprovechamiento de terceros que, sin esfuerzo ni riesgo, se valen del prestigio ajeno en beneficio propio, limitando el beneficio ajeno, e incluso pudiendo llegar a perjudicar al mismo prestigio de que se sirven.

Dado que la utilización en los productos intervenidos del signo marcario conocido como el Toro de Osborne tiene como finalidad el aprovechamiento del prestigio inherente al mismo, fruto de su excepcional fuerza creativa y también de la continuada y onerosa labor de promoción efectuada por la titular de la marca, y que en el artículo 274 del Código Penal se sanciona a quien reproduzca, imite, modifique o de cualquier otro modo utilice un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, para distinguir los mismos o similares productos o actividades, podemos llegar a la conclusión, al tratarse de una marca renombrada y por el especial ámbito de protección concedido a la misma en los términos antes mencionados, que las conductas imputadas son susceptibles de integrar el requisito del tipo descrito en el mismo, siendo en este sentido muy significativa la prueba pericial practicada ratificando los informes incorporados a las actuaciones, "... todas las siluetas de los toros que presentan los objetos remitidos para estudio, son copia exacta del toro de la casa "Osborne..." (Folio 783).

QUINTO- Admitida la legitimación de la entidad recurrente para promover la defensa de los derechos patrimoniales sobre la reproducción de la obra artística, y los derivados de la explotación exclusiva de la marca, se plantea

ahora la cuestión principal de la incidencia que respecto al ejercicio de los mismos puede tener la que podemos denominar "culturización" del signo marcario conocido como Toro de Osborne.

La denominada "vulgarización" de la marca supone que un signo o denominación se convierta en la denominación o designación usual de una categoría o género de productos lo que implica que ya no pueda cumplir con una de las funciones más importantes de la marca, como es la indicar el origen empresarial de un denominado producto o servicio, circunstancia que no ha concurrido respecto al signo marcario conocido como Toro de Osborne.

La que ahora denominamos "culturización" del signo marcario conocido como Toro de Osborne implica que, sin dejar perder su función característica de exhibición "... visual de la marca de un productor de mercancías o un prestador de servicios con propósito publicitario...", que la STS de 30 de diciembre de 1.997 asocia al concepto de publicidad encubierta o subliminal, y prueba de su persistencia es que "... si así no fuera, no se explicarían los gastos de mantenimiento de la valla que se costean por la entidad recurrente...", por razones de índole social y político, que se plasmaron en iniciativas ciudadanas y de la Administración, ha adquirido una transcendencia cultural, "...interés estético o cultural...", que justifica su conservación.

Pues bien, sin perjuicio de que, como admite la entidad recurrente, no puede considerarse a la misma ajena a este proceso de transformación del signo marcario, que en definitiva ha supuesto una mayor promoción y proyección a nuevos mercados de su actividad empresarial, lo que no resulta asumible es que esta circunstancia implique un genérico desapoderamiento de todos los derechos que tiene como titular del derecho de explotación exclusiva de la marca registrada. La pugna de intereses en juego, insistimos que para resolver la específica cuestión litigiosa sometida a debate concretada en la imposición de una sanción por el mantenimiento de una valla con la efigie del Toro de Osborne contraviniendo la normativa vigente en materia de publicidad, fue

resuelta en la sentencia antes citada en el sentido que "... debe prevalecer, como causa que justifica su conservación, el interés estético o cultural...", y sin perjuicio que esta decisión nos pueda servir de referencia para la resolución de la cuestión ahora planteada, de la misma no puede desde luego deducirse la pérdida de todos los derechos que respecto a este signo marcario tiene la recurrente.

Partiendo de esta premisa puede servirnos de punto de partida la metodología seguida en la referida sentencia, estableciendo categorías de comparación, que fundamentalmente no tienen porqué diferir de las seguidas en la misma, salvo que deberá adicionarse ahora a una de las dos contrapuestas, interés patrimonial y cultural, el patrimonial derivado de la actividad comercial imputada a los acusados.

En esta pugna de intereses tampoco nos ofrece duda el que debería prevalecer, frente a los intereses patrimoniales el interés cultural, y ello es así si además tenemos en cuenta la implicación de la entidad recurrente en el reconocimiento como símbolo cultural de su signo marcario, por lo que no sería admisible una actuación contraria a sus propios actos. Quiere esto decir que cuando la efigie del Toro sea utilizada como una dimensión estrictamente cultural, o predomine en su utilización esta finalidad, es más que cuestionable que algo pudiera objetar.

Ahora bien, la conclusión es distinta cuando las categorías en conflicto se limitan a aspectos puramente patrimoniales, los de la entidad recurrente frente a los de los acusados, con importantes márgenes comerciales que varían según se refiere en las actuaciones desde el 100% (Folio 155) al 30% (Folio 149), y sin que sea admisible que respecto a su lucrativa actividad comercial pueda asociarse una difusa promoción cultural de lo español en cuanto es aquella, la actividad lucrativa, la razón principal de la comercialización de los productos intervenidos, al no apreciarse ninguna razón para limitar los legítimos derechos del titular de la marca. Entenderlo de otro modo implicaría de hecho aceptar un desapoderamiento respecto al que, a diferencia de lo anteriormente expuesto, no se puede imputar a la entidad recurrente ninguna conducta

permisiva o aquiescente, constando por el contrario el oneroso sostenimiento, desde luego interesado, de las vallas con propósito publicitario, si bien subliminal o encubierto, lo que implica su vinculación patrimonial, si bien limitada su facultad de disposición, con la vallas de la efigie del Toro, y sobre todo la continuada utilización del Toro de Osborne como símbolo gráfico distintivo de la actividad empresarial del Grupo de Empresas.

Piénsese que respecto a la que hemos denominado "culturización" del signo marcario conocido como Toro de Osborne, la entidad recurrente se ha visto envuelta en una dinámica que de alguna manera puede entenderse que ha devenido imparable para la misma, pues si bien inicialmente fue provocada, al recurrir la sanción administrativa impuesta por no haber retirado la valla publicitaria con la efigie del Toro, ha sido fundamentalmente la presión mediática, social y política, unido al valor incuestionable de la propia marca, la que ha contribuido al reconocimiento de la dimensión cultural del signo marcario. Pero si bien esta circunstancia ha sido consentida por la entidad recurrente, asumiendo las correlativas obligaciones impuestas por la Administración derivadas de este reconocimiento, no puede este implicar, como hemos expuesto, un desapoderamiento de sus derechos como titular de la marca fuera del ámbito relacionado con actividades estricta o predominantemente culturales, pues en ningún momento se ha producido una actuación de la Administración en ese sentido, siendo significativo que siga aquella haciéndose cargo, porque le interesa comercialmente, de los elevados costes de mantenimiento. Si la entidad recurrente se negara a seguir costeando el mantenimiento de las vallas, la actuación de la Administración para garantizar su conservación tendría que exceder del mero reconocimiento de su dimensión cultural.

SEXTO- *La referencia a lo dispuesto en el artículo 2 del RDL 1/1996, de 12 de abril de la Ley de Propiedad Intelectual respecto a las limitaciones del ejercicio de los derechos que la misma reconoce, con expresa mención al apartado 2 del artículo 35 del mismo texto legal, que establece que las obras situadas*

permanentemente en las vías públicas pueden ser reproducidas y distribuidas libremente, debe complementarse con lo también dispuesto en el artículo 40 bis en el que se acuerda que "... los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran...".

Pues bien, en atención a lo anteriormente expuesto, dadas las peculiaridades que caracterizan a la que hemos denominado "culturización" del signo marcario conocido por el Toro de Osborne, en cuanto puede entenderse que por parte de la entidad recurrente tan sólo se ha consentido la explotación el mismo con una dimensión estricta o predominantemente cultural, habrá también que entender como no autorizada toda utilización del mismo sin su aquiescencia siempre que exceda de la finalidad antes mencionada.

SÉPTIMO- *Concurriendo los requisitos objetivos de las dos conductas imputadas, contra la propiedad intelectual e industrial, debemos pronunciarnos sobre la valoración de la Juez de Instancia en virtud de la cual dicta un pronunciamiento de absolución por considerar que no ha resultado acreditado que los acusados actuaran de forma maliciosa por el simple hecho de no atender, respecto a los que consta que se les hizo, el requerimiento efectuado por la entidad recurrente, teniendo en cuenta fundamentalmente la dimensión cultural del símbolo, y que los artículos intervenidos, diferentes a los comercializados por el Grupo Osborne, habían sido adquiridos legítimamente.*

Es cierto que cuando se trata de la valoración de las pruebas personales resulta esencial la intermediación, de modo que el Juez que preside el juicio y ve y escucha directamente a las partes y a los testigos, que declaran ante él respondiendo a preguntas contradictorias de las partes, es quien esta en mejores condiciones para valorar su credibilidad y para obtener de ella su convicción sobre lo sucedido.

Sin embargo, al ser el recurso de apelación un recurso ordinario, en el que cabe la revisión de todos los aspectos del proceso seguido, tanto fácticos como jurídicos, si del nuevo examen del conjunto de la prueba practicada, no sólo prueba personal, el Tribunal de apelación alcanza la convicción de que ha existido un error en la valoración, nada le impide llegar a una conclusión distinta.

Como se refiere en la STS 1.131/2.003 de diez de septiembre ", también debe el Tribunal verificar que la valoración realizada no se aparta de las reglas de la lógica y no es, por lo tanto, irracional o arbitraria. Ello no implica una autorización para invadir el campo de la valoración de la prueba, extremo que corresponde al Tribunal de instancia, ante el cual se practica, y que puede por ello realizar un análisis conjunto y completo de toda la practicada. Cuando se trata de prueba testifical, su valoración depende en gran medida de la percepción directa, de forma que la determinación de la credibilidad que merece cada testigo corresponde al Tribunal de instancia, en virtud de la intermediación, sin que su criterio pueda ser sustituido en casación, salvo los casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta por aquél Tribunal que puedan poner de relieve una valoración arbitraria.."

Resulta significativa la reciente STC 383/2005, de 20 de diciembre al establecer que "...no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darle tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso

deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la intermediación ..."

Dos son los grupos en los que podemos dividir la conducta imputada a los acusados, aquella respecto a los que no se discute que recibieron el requerimiento efectuado por la entidad recurrente para que cesaran en la que está consideraba ilícita actividad comercial, como Jaime y María Virtudes, y la de los que han negado haber recibido el requerimiento, como Constanza, Casimiro y Rogelio.

Debe recordarse que la incoación de estas diligencias vino precedida de una actividad de la entidad recurrente encaminada a que cesará en algunos comercios de esta Ciudad lo que por la misma se consideraba una actividad ilícita consistente en la comercialización de productos con su signo marcario.

A tal efecto, y por lo que se refiere a la acusada María Virtudes, propietaria y Administradora de los establecimientos "Atarazana y Gárgola", consta que ya en la IV Feria Mundial del Toro, celebrada en el Palacio de Congresos y Exposiciones de esta Ciudad en febrero de 2.001, fue advertida de la ilicitud de su conducta, "... en la Feria del Toro un muchacho con mochila le dice que él representaba a un bufete y se quería llevar los productos...". Consta asimismo que le fue remitido un burofax el día 1 de marzo de 2.002 y que recibió un escrito en el que se le informaba de forma extensa sobre la pretensión de la entidad recurrente, habiendo también recibido visitas del representante legal de esta última en el mismo sentido, "... f 37 y 38 recibió ese escrito, y tras el consultó... el letrado estuvo en la tienda en dos ocasiones...", persistiendo no obstante en la venta de los productos, "... ella siguió vendiendo porque no estaba acreditado que no pudiera vender, compró al fabricante y pagó, tiene facturas...sabía que en diciembre en Sevilla Mágica a la propietaria se le encauso, por comentarios...".

En cuanto al acusado Jaime, propietario del establecimiento "Sol Sevilla", consta asimismo que se le remitió un burofax y un escrito en los mismos términos, "...recibió un requerimiento... no creyó necesario consultarlo con nadie, pues

el fabricante se hacía cargo de las responsabilidades...", siendo además consciente de la transcendencia de la utilización de un signo marcario sin autorización, "... sabe lo que es una marca porque él ha registrado alguna...".

Pues bien, admitida la concurrencia de los requisitos objetivos de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial imputados, no puede compartirse el razonamiento de la Juez de Instancia en cuanto los acusados antes mencionados estaban en condiciones, por la detallada información que les fue facilitada, de aperebirse con una mínima diligencia de la ilicitud de la comercialización de productos con el signo marcario de la entidad recurrente, por otro lado significativamente garantizada por uno de sus proveedores, tal como consta en la carta remitida que ambos reconocen haber recibido, "... asumimos por medio de la presente el riesgo económico que para ustedes pudiera representar la pérdida o retención del género por nosotros entregado por causa de litigio judicial..." (Folio 366), y sin que pueda erigirse en causa de exculpación el hecho que hubieran adquirido legítimamente los productos de otro comerciante, respecto al que también se les había advertido de la posible ilicitud de su conducta con relación a la elaboración y distribución de los productos, "... lo anterior es con independencia de las actuaciones judiciales, de carácter criminal, que se siguen contra

D. Rubén por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Rubí (Barcelona)...". .

No obstante lo expuesto, la adquisición legítima de los productos de otro comerciante establecido, así como la información recibida de este último, en la que si bien se admitía que "... aun siendo la figura del toro indiscutiblemente una marca propiedad de Osborne y Cía S.A., debidamente protegida por los numerosos registros de la propiedad industrial para diferentes clases de productos que impiden a terceros, sin su consentimiento, su uso como marca para introducir en el mercado similares productos a los comercializados por dicha empresa...", también se refería que "... las reproducciones que realizamos de la popular figura, siempre exentas de cualquier utilización marcaría, pues

no son sello o marca que pongamos a producto alguno para introducirlos en el mercado al socaire del prestigio conseguido por la empresa Osborne y Cía S.A., sino que son productos en sí mismos, copias de un Monumento Nacional...", (Folio 366), circunstancia esta que hay que relacionar con la complejidad de la cuestión debatida, si deben tenerse en cuenta para apreciar con relación a las conductas imputadas la figura del error vencible de prohibición prevista en el artículo 14 3º del Código Penal.

Como se refiere en la STS 721/2.005, de 19 de mayo, la clásica distinción entre error de hecho y de derecho, y más actualmente de tipo y de prohibición, aunque no aparecen recogidas con esta denominación en el artículo 14 del Código Penal, se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad. El error de prohibición consiste en la creencia del agente de obrar lícitamente, bien porque yerra sobre la prohibición contenida en la norma, error de prohibición directo, bien porque su error recae sobre los presupuestos de una causa de justificación, como la creencia errónea sobre la existencia de una agresión ilegítima, error de prohibición indirecto. En ambos supuestos, directo o indirecto, la norma penal del artículo 14.3 del Código prevé la misma solución, la exclusión de la responsabilidad penal, si el error es invencible, o la disminución de la consecuencia penal en uno o dos grados, si el error es vencible.

La jurisprudencia ha destacado la necesidad de la acreditación del error y también que ha de atenderse para su valoración a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, esto es a las circunstancias culturales, psicológicas, etc, de quien pretenda alegar el error. En cuanto a la valoración de la evitabilidad o inevitabilidad del error de prohibición, cuando se plantea en relación a errores directos sobre la norma, los criterios a tener en cuenta se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho.. En términos generales, puede señalarse que un criterio racional y seguro en la delimitación de la vencibilidad es el de la existencia de un comportamiento alternativo, de manera que habrá de indagarse si el sujeto activo pudo actuar de modo alternativo a la

situación de hecho sobre la que actúa, para lo que será, también, determinante comprobar las circunstancias concurrentes, como la específica preparación y profesionalidad del sujeto y lo que le es exigible en el marco de su actuación.

Pues bien, teniendo en cuenta lo expuesto puede concluirse que ambos acusados con una mínima diligencia, "... el Sr. Rubén le dijo que vendía el producto conforme al art cual, y ella tiene facturas...", "... no creyó necesario consultarlo con nadie, pues el fabricante se hacía cargo de las responsabilidades...", podrían haber tenido pleno conocimiento de la ilicitud de su conducta, y haber cesado, como hicieron otros comerciantes, en la distribución fraudulenta de los productos que le fueron intervenidos.

OCTAVO- *Mayores dificultades plantea la revisión de la valoración de las conductas imputadas a los acusados que no reconocen haber recibido el requerimiento, una vez admitida esta circunstancia por la Juez de Instancia.*

A esta conclusión ha llegado valorando básicamente prueba personal, manifestaciones de los acusados y testifical, directamente apreciada por la Juez ante quien se celebró el juicio. Pues bien, al tratarse de prueba de este género, es forzoso recordar la limitación jurídica con que se encuentra este órgano de apelación para revisar la valoración de la prueba, derivada de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en una serie de sentencias que arranca de la núm. 167/2002, de 18 de septiembre sobre las limitaciones con que se encuentra el órgano de apelación a la hora de revisar la valoración de la prueba personal llevada a cabo por el Juez que la percibió directamente.

Esta Sala, Sentencia 110/2.005, de 2 de marzo, ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en el sentido que "... como la doctrina es sobradamente conocida, nos basta con recordar la S.ª del TC 68/2003, de 9 de abril, que insiste en que el órgano de apelación no puede tener en cuenta para fundamentar una eventual condena una prueba no producida ante él con respecto a los principios de

inmediación y contradicción. En el mismo sentido se han pronunciado luego multitud de sentencias que reafirman que cuando determinadas pruebas personales no se estimaron suficientes en primera instancia para la condena, resulta necesario para rectificar que en la segunda instancia se proceda con inmediación; las últimas de ellas, las SS.^a 96/2004, 95/2004 y 94/2004, las tres de 24 de mayo, la S.^a núm. 128/2004, de 19 de julio, 192/2004, de 2 de noviembre, y 200/2004, de 15 de noviembre. En todas ellas, con cita de todas las anteriores, (SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4; 198/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 200/2002, de 28 de octubre, FJ 6; 212/2002, de 11 de noviembre, FJ 3; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 8; 41/2003, de 27 de febrero, FJ 5; 68/2003, de 9 de abril, FJ 3; 118/2003, de 16 de junio, FJ 4; 189/2003, de 27 de octubre, FJ; 209/2003, de 1 de diciembre, FJ 3; 4/2004, de 16 de enero, FJ 5; 10/2004, de 9 de febrero, FJ 7; 12/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 28/2004, de 4 de marzo, FJ 6; 40/2004, de 22 de marzo, FJ 5; y 50/2004, de 30 de marzo, FJ 2) se concluye que "la revocación en segunda instancia de una sentencia penal absolutoria y su sustitución por otra condenatoria, tras realizar una nueva valoración y ponderación de los testimonios de acusados y testigos en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la condena, requiere que esa nueva valoración de estos medios de prueba se efectúe con un examen directo y personal de los acusados y testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción". En definitiva, y en aplicación estricta de esta doctrina, vulneraríamos el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías en el caso en que, sin practicar prueba personal alguna, intentáramos corregir la valoración que de ella ha llevado a cabo la Juez de lo penal y llegar a una conclusión distinta a la obtenida por ella. Sólo podríamos hacerlo si tal corrección fuera posible con una apreciación exclusiva de pruebas cuya valoración, dada su naturaleza, no precisa de inmediación (STC 198/2002, de 28 de octubre, FJ 5; ATC 220/1999, de 20 de septiembre; asimismo, STEDH de 29 de noviembre de 1991 -caso Jan-Ake Anderson contra Suecia-). Y resaltamos el adjetivo "exclusiva", por respeto a lo resuelto por el propio Tribunal Constitucional en sentencias

como la 198/2002, 200/2002 y la 230/2002 que estamos citando, en las que el órgano de apelación había fundado básicamente su convicción en pruebas documentales, pero en todas las cuales también tenía incidencia para complementar tal convicción el resultado de las declaraciones de los acusados y testimonios prestados en el juicio, lo que determinó en los tres casos que se otorgara el amparo por vulneración del derecho fundamental invocado..."

En atención a lo expuesto, y sin perjuicio de que pudiéramos considerar cuestionables los argumentos ofrecidos en su descargo por los acusados Casimiro e Constanza, en el sentido que la receptora del requerimiento fue una empleada que casualmente causó baja al día siguiente dejando aquel en la única mesa escritorio del establecimiento sin dar cuenta del mismo, o por el acusado Rogelio, que no obstante ser apoderado de la entidad con facultad para "... comprar y vender mercaderías..." (Folio 442 vuelta) niega toda vinculación con la comercialización de los productos, sin haberse practicado prueba en esta alzada difícilmente podemos asumir en perjuicio de todos ellos una valoración distinta que la aceptada por la Juez de Instancia, al constituir en el caso ahora enjuiciados el previo requerimiento, por todas las circunstancias antes mencionadas, un elemento muy significativo para la acreditación del animo defraudatorio.

NOVENO- Son pues autores penalmente responsables de un delito contra la propiedad intelectual y otro contra la propiedad industrial, tipificados en los artículos 270 y 274 2º del Código Penal, los acusados Jaime y María Virtudes, con aplicación del artículo 77 y 14 3º del mismo texto legal.

En la determinación de las penas deberá tenerse en cuenta que resulta más favorable la sanción por separado de cada de una de las conductas imputadas, debiendo imponerse, también respecto de ambas, la inferior en un grado en atención al grado de error sufrido dada la menor dificultad de poder haber sido conocida la ilicitud de su comportamiento.

No concurriendo en ambos circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal procede imponer a cada uno de ellos las penas, por el delito contra la propiedad intelectual la de 3 meses de multa con una cuota diaria de 10 euros, que se estima adecuada dada su condición de propietarios del establecimiento que regentan, y por el delito contra la propiedad industrial la de 3 meses de prisión, que de conformidad a lo establecido en el artículo 71 2º del Código Penal se sustituye por la de 180 días multa con una cuota diaria de 10 euros, y la de 3 meses de multa con una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria, por lo que se refiere a las penas de multa, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

DÉCIMO- De conformidad con lo establecido en los artículos 116 y 123 del Código Penal, todo responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, debiendo de ser condenados cada uno de ellos al pago de 2/10 partes de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular, y a que indemnicen a la entidad GRUPO OSBORNE S.L. en las cantidades que se acrediten en ejecución de sentencia una vez se ratifique por perito judicial designado al efecto la valoración de los perjuicios presentada por aquella teniendo en cuenta la relación de los productos efectuada en las correspondientes actas de inspección e intervención (Folios 139 y 141, y 140), si bien respecto a María Virtudes no podrá exceder de la cantidad reclamada de 2.862,82 euros, y respecto a Jaime de 1.483,70 euros.

UNDÉCIMO- Declaramos de oficio las costas e esta alzada.

Vistos los preceptos citados y los de aplicación general, especialmente lo dispuesto en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS

Estimamos parcialmente los recursos interpuestos por el MINISTERIO FISCAL y la entidad GRUPO OSBORNE S.L. contra la sentencia dictada el día 19 de julio de 2.005 por el Juzgado de lo Penal número 10 de esta Ciudad en el sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento de absolución dictado contra los acusados Jaime y María Virtudes.

Condenamos a Jaime y María Virtudes como autores penalmente responsables de un delito contra la propiedad intelectual y otro contra la propiedad industrial ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas a cada uno de ellos:

Por el delito contra la propiedad intelectual a la pena de TRES MESES MULTA con una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación libertad por cada dos cuotas impagadas.

Por el delito contra la propiedad industrial a la pena de TRES MESES DE PRISIÓN, que se sustituye por la de 180 días multa con una cuota diaria de 10 euros, y TRES MESES MULTA con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación libertad por cada dos cuotas impagadas.

Cada uno de ellos deberá abonar 2/10 partes de las costas procesales causadas, incluidas en la misma proporción las de la acusación particular, declarándose de oficio las restantes y las de esta alzada, y a que indemnicen a la entidad GRUPO OSBORNE S.L. en las cantidades que se acrediten en ejecución de sentencia una vez se ratifique por perito judicial designado al efecto la valoración de los perjuicios presentada por aquella teniendo en cuenta la relación de los productos efectuada en las correspondientes actas de inspección e intervención, si bien respecto a María Virtudes no podrá exceder de la cantidad reclamada de 2.862,82 euros, y respecto a Jaime de 1.483,70 euros.

Procede la destrucción de los efectos intervenidos en los establecimientos de los anteriormente mencionados, y respecto a los demás deberá devolverse a los acusados absueltos sin perjuicio de las medidas que en la jurisdicción competente pueda instar respecto a los mismos la entidad recurrente.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella no cabe otro recurso que el de revisión, cuando proceda, y devuélvase los autos al Juzgado con testimonio de ella para su ejecución. Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.