INTERVENCIÓN POLICIAL CON EL "TOP MANTA"

Oficial Policía Municipal de Madrid Jose Manuel SIERRA MANZANARES

Cómo citar:
SIERRA MANZANARES, Jose M., "Intervención policial con el 'Top Manta'"
Publicado en la web jurídica policial http://www.ijespol.es/.

El indicativo Oscar-6 de la Policía Local de Leganés, compuesto por los agentes "Numancia" y "Brother in law (BIL)", realizan servicio de Seguridad Ciudadana en la Av/ Rey Juan Carlos I. A lo lejos, uno de ellos observa como a la altura de la estación de metro del "Carrascal", hay un individuo que podría estar ejerciendo venta ambulante. Se aproximan sigilosamente. La persona tiene extendida una manta, exponiendo para su venta alrededor de 30 bolsos que presumiblemente son imitaciones de marcas registradas muy conocidas y caras. Ambos policías comienzan un pequeño y entretenido debate "pre-intervención", en el cual sale a relucir el abogado/fiscal/juez que todo policía lleva en su interior. Uno de ellos, el agente "BIL", comienza a plantearle preguntas al otro componente del binomio:

1. *¿Cómo sabemos que estos hechos son delito y no una venta ambulante ilegal en vía administrativa?*
2. *Si los bolsos finalmente imitan marcas registradas, ¿Seguro que sería un delito? El comprador puede intuir que ese bolso que va a comprar no es genuino, no hay engaño.*
3. *Necesitamos denuncia de la marca, ¿no?*
4. *El valor de los bolsos es menor o igual a 400€, no hacemos nada, ¿no?*
5. *El Top Manta es un delito leve, ¿no?*
6. *En un curso me dijeron que "por el principio de mínima intervención" debemos acudir a otra ley de otra jurisdicción que castigue la venta ilegal. El derecho penal debe ser usado cómo última respuesta, ¿no?*
7. *¿Cómo debemos intervenir?*

En el artículo de hoy vamos a dar respuesta a estas y otras cuestiones.

DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

Cualquier policía con un mínimo de experiencia calificaría los hechos propuestos como un delito contra la propiedad industrial del artículo 274 CP[1]. El Código Penal tipifica la conducta consistente en "la venta ambulante u ocasional de los productos" que incorporen sin consentimiento del titular, un signo distintivo de idénticos o confundibles con aquél, cuando se trate de los mismos o similares productos, para los que el derecho

[1] Lo que digamos a continuación es válido para los delitos contra la propiedad intelectual de los artículos 270 y ss. del CP.

de propiedad industrial se encuentra registrado. En nuestro ejemplo, los bolsos se están vendiendo sin consentimiento. Ninguna empresa prestigiosa autorizaría la venta de sus productos en el suelo, sobre una manta, a la entrada del metro. Si los bolsos poseen signos confundibles con los que poseen los genuinos, y estos últimos están registrados, se colmaría el tipo penal.

Podemos llegar a pensar que los símbolos imitados necesariamente deben ser idénticos a los originales, sin embargo, la SAP de Madrid, 344/2020, de 29 de junio, dice *"Los peritos Policías municipales NUM003 y NUM004 ratificaron el informe obrante a los folios 82 y siguientes y reconocieron la falsedad de las zapatillas examinadas, afirmando que tenían diferencias con el original, pero que eran sustancialmente confundibles, utilizando los signos distintivos de las marcas […]"*. Como vemos, la Audiencia para condenar no exigió que el distintivo falsificado fuese completamente idéntico, bastó con ser confundible.

La marca imitada debe poseer un derecho de propiedad industrial, registrado conforme a la legislación de marcas[2], y el vendedor ambulante debe tener conocimiento de la inscripción. Las empresas registran sus distintivos para impedir que sean usados por otras. Desean diferenciarse del resto de sus competidores. Los beneficios del negocio se incrementan con la creación de necesidades en los consumidores. Tratan de atraer compradores hacía sus productos. A su vez, los vendedores ambulantes, eligen vender esos productos porque el consumidor conoce los distintivos. Venden imitaciones de marcas acreditadas, siendo conocedores de su registro y de la ilegalidad de sus actos (no cabe el error de tipo del artículo 14 CP).

Aquí comienzan las primeras dudas de nuestro agente "BIL". Este policía se plantea si el hecho es o no delictivo. Tiene la falsa creencia de que debe existir engaño en el consumidor para colmar el tipo penal. Obviamente, ningún consumidor en su sano juicio piensa que puede comprar un bolso *Louis Vuitton* en una manta, a la entrada de una estación de metro. La SAP de Albacete, 278/2017, de 21 junio, menciona que *"**la confusión entre la prenda falsificada y la original no tiene por qué producirse en el adquirente**. De hecho, resulta harto difícil imaginar que quien compra una prenda de este tipo en un mercadillo o puesto ambulante, pueda creer que está adquiriendo, a un precio notablemente inferior al conocido de mercado, una prenda auténtica. **No se trata con este tipo de proteger del engaño al consumidor final, sino de salvaguardar la propiedad industrial del titular de los derechos registrados, la imagen y el prestigio de la marca**"*.

La SAP de Madrid, 344/2020, de 29 de junio, bajo mi criterio, muy acertadamente, defiende que: *"Normalmente, quien puede económicamente y está dispuesto a adquirir un producto auténtico de calidad en un establecimiento de calidad y a su elevado precio comercial, no dejará de hacerlo para comprar una simple imitación en un mercadillo o sobre una manta en la acera. Pero se encontrará por la calle con mucha gente que lo haya adquirido en estas últimas condiciones y contribuya (por la perfección de la*

[2] Ley 17/2001, de 7 de diciembre, *de Marcas*.

© Oficial Policía Municipal de Madrid. José Manuel SIERRA MANZANARES. Todos los derechos reservados.

imitación) a reducir (incluso a eliminar) el toque de exclusividad que -legítimamente- otorga la propiedad de un producto original. Si la conclusión a la que llega el consumidor pudiente es que ya no merece tanto la pena invertir en lo auténtico, dejará de comprar este producto, se conforme o no con adquirir la imitación, que probablemente será de una calidad más que aceptable para el destino del objeto. Curiosamente, a lo que hemos llegado es a lo que podemos denominar 'el desengaño' del consumidor como elemento determinante en la mecánica de este delito".

Lo penalmente relevante, es el ataque a la exclusividad de la que goza el titular o cesionario de los derechos, aunque ello sin duda, fortalecerá las normas de libre competencia e incrementará la defensa de los intereses específicos de consumidores y usuarios.

Abundando más, la SAP de Las Palmas, 94/2016, de 9 marzo, indica que: *"el bien jurídico protegido es el derecho objetivo del titular de la marca a su comercialización, distribución y venta, considerando cometido el delito cuando se introducen en los canales de comercialización objetos, productos o servicios con la marca del titular industrial falsificada y ello independientemente del origen del producto o servicio atendidas sus particulares características y canales de comercialización, su precio, su calidad o la posibilidad de generar o no confusión en el consumidor"*. El juicio de confusión debe tomar como referencia únicamente los elementos relacionados con la identidad o semejanza de los signos distintivos, no el lugar, ni el precio, ni el contexto, ni los conocimientos del comprador, etcétera.

A pesar de todo lo expuesto, nuestro agente "BIL" sigue pensando que esos bolsos pudieran ser originales (con la idea de finalizar la intervención y seguir con sus labores). Pues bien, si realmente fueran genuinos, quizás cabría plantearse cambiar a otro delito: la receptación[3]. Se me antoja casi imposible la autorización de *Gucci, Michael Kors, Loewe*, etcétera para vender sus productos en el suelo, sobre una manta y a bajo precio. Podríamos plantearle la cuestión a "BIL" de que si esos productos provinieran de un ilícito contra el patrimonio, en el que no haya participado el vendedor, y este posee ánimo de lucro, entonces tendría la posibilidad de proceder a la detención por receptación.

Vamos ahora a comentar la errónea creencia del requisito de previa denuncia para su perseguibilidad. Los delitos contra la propiedad industrial (y contra la propiedad intelectual) son delitos perseguibles de oficio. Conforme a la LECrim[4]: *"La Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación"*. Existe el deber de los policías, dentro de sus funciones genéricas de policía judicial, de investigar estos delitos. De **TODAS** las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (no únicamente de la Policía

[3] Artículo 298 CP.
[4] Artículo 282 LECrim.

© Oficial Policía Municipal de Madrid. José Manuel SIERRA MANZANARES. Todos los derechos reservados.

Municipal, como se viene observando en las grandes urbes). Debemos tener en cuenta el delito de la omisión del deber de perseguir delitos[5], del que no vamos a hablar.

Una vez que la Policía ha iniciado su atestado, se le harán los ofrecimientos de acciones[6] a las empresas perjudicadas. Estas, más tarde, **podrán** personarse como parte en el procedimiento. **La personación como parte, nada tiene que ver con el requisito de perseguibilidad**. Son conceptos muy distintos. **El delito se persigue de oficio, no existe el requisito de denuncia previa, para que la Policía comience su investigación y realice las primeras diligencias.**

Otra falsa creencia es la relacionada con el valor de los productos imitados. El Código Penal no exige un valor específico del artículo, ni una cuantificación de la pérdida de la empresa, para calificar el delito como un delito contra la propiedad industrial (o intelectual). Será el juzgador (y no la policía) el que pueda reducir la pena[7] *"atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 276*[8]*[…]"*

¿DELITO LEVE O MENOS GRAVE?

Es un delito menos grave conforme al artículo 13 y 33 CP. Siempre. El delito de Top Manta está tipificado en el artículo 274.3 CP:

> *"**La venta ambulante u ocasional de los productos a que se refieren los apartados anteriores** será castigada con la pena de prisión de seis meses a dos años.*
>
> *No obstante, **atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener**, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 276, **el Juez podrá** imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días".*

El tipo básico del *Top Manta* tiene un castigo nada despreciable. Establece una pena de prisión de seis a dos años. El legislador sorprendentemente ha querido que sea más grave que un hurto básico[9], una riña tumultuaria[10] o incluso un maltrato de obra en el ámbito de la violencia de género[11] o doméstica[12].

---

[5] Artículo 408 CP.

[6] Artículo 109 y 110 LECrim.

[7] Párrafo segundo del artículo 274.3 CP.

[8] Posea especial transcendencia económica, hechos que revistan especial gravedad, pertenencia a organización o asociación o utilización de menores para la comisión del delito.

[9] Artículo 234 CP, pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excediese de 400 euros.

[10] Artículo 154 CP, pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.

[11] Artículo 153.1 CP, pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.

[12] Artículo 153.2 CP, pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.

© Oficial Policía Municipal de Madrid. José Manuel SIERRA MANZANARES. Todos los derechos reservados.

Atendiendo a las características del autor, al beneficio obtenido y bajo una serie de circunstancias el juez podrá atenuar la pena acorde al segundo párrafo del artículo 274.3 CP. Por ejemplo, en la SAP de Madrid, 344/2020, de 29 de junio, el juez reduce la pena a su autor porque *"no se viene dedicando a este tipo de actividades de venta ambulante trabajando esporádicamente en la construcción", "siendo la primera vez que tiene problemas penales", "así como también la cuantía del beneficio económico que se pudiera haber obtenido con los efectos que portaba […] resulta aplicable la atenuación prevista en el art. 274.3, párrafo segundo […]".*

Incluso la pena atenuada que puede establecer el juez en el segundo párrafo es una pena menos grave. Podemos leer que ***"el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días"***. La pena de multa de uno a seis meses entraría dentro de las penas leves (artículo 33.4.g CP). Si seguimos leyendo, los trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días, corresponden a una pena menos grave (artículo 33.3.I CP). El legislador ofreció la posibilidad al juzgador de elegir entre una u otra (entre una pena leve y una menos grave). ¿Qué sucede entonces? Conforme a la Circular 1/2015 de la FGE[13], y, por ejemplo, la SAP de Islas Baleares, 169/2016, de 14 noviembre, ***"sólo podrá considerarse leve un delito cuando todas las penas que tenga asignadas incluyan o estén íntegramente comprendidas en los tramos leves definidos en el art. 33.4 CP ; por el contrario, si alguna o algunas de ellas tienen prevista una extensión comprendida íntegramente en los tramos menos graves del art. 33.3 CP , prevalecerá el art. 13.2 CP y el delito habrá de ser considerado menos grave"***. Por tal motivo, como ya indicaba más arriba, siempre va a ser un delito menos grave. A nivel judicial, este matiz es importante a efectos de prescripción del delito y de la pena14.

¿PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA?

El agente "BIL" hizo una vez un curso de formación policial en el que escuchó algo acerca del "principio de intervención mínima". Él piensa que, conforme a este principio, si existe una ley administrativa que regula y sanciona comportamientos englobados dentro de la ley penal, debe ser aplicada con preferencia, puesto que el Código Penal siempre impone penas más graves y lesivas. Este mismo argumento es esgrimido por multitud de abogados en sede judicial para tratar de conseguir la absolución de su cliente. Ellos exponen que los hechos deben quedar extramuros de la jurisdicción penal dada la poca entidad de los mismos y el nulo perjuicio causado a las titulares de las marcas, en virtud del principio de intervención mínima del Derecho Penal. Sin embargo, a pesar del buen intento de "BIL" y de los letrados, la STS 585/2017, de 20 de julio, establece que ***"el principio de intervención mínima, o de ultima ratio, va dirigido al legislador y no al aplicador de la norma, quien sólo cuando los términos del legislador no fueron claros, asume el principio como criterio de evaluación***

[13] Circular 1/2015, de 19 de junio, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la Ley Orgánica 1/2015.

[14] Artículo 131.2 CP.

© Oficial Policía Municipal de Madrid. José Manuel SIERRA MANZANARES. Todos los derechos reservados.

interpretativa, sabiendo el juez que la opción normativa del legislador hubo de ser la de menor expansividad de la norma penal". Una vez que el legislador ha incluido en la norma penal unos hechos punibles, ha realizado la valoración de su gravedad y ha considerado que tienen la entidad suficiente. Entonces, la vía penal tiene prioridad ante el resto[15]. Así lo indica la STS 405/2019, de 17 de septiembre, ***"En todo caso es indiscutible la prioridad de la decisión del orden jurisdiccional penal[16]"***. En la SAP de Valencia, 658/2019, de 16 de diciembre, juzgándose un delito contra la propiedad industrial muy parecido a nuestro caso, en el que el letrado de la defensa plantea este argumento para conseguir la absolución de su defendido, el tribunal indicó: ***"En suma, el legislador ha tipificado la conducta de autos como delito y a ello hay que estar".***

INTERVENCIÓN POLICIAL

El legislador tuvo la oportunidad en 2015 de modificar las penas asociadas al *Top Manta*. No lo hizo. La pena que establece el tipo penal es menos grave. De seis meses a dos años de prisión. Es muy parecida a la tenencia ilícita de armas cortas de fuego[17] y supera la pena establecida para las armas largas[18]. Mayor pena que la desobediencia grave y resistencia del artículo 556 CP. Infinitamente mayor que la pena establecida para el delito de robo y hurto de uso de vehículo[19] (seguro que en este delito ninguno dudaría en proceder a la detención del delincuente).

Conforme al tipo de pena y de delito, y si lo relacionamos con el artículo 492 LECrim, no hace falta explicar cual sería la forma de proceder: Detención. Es cierto, que en más del 90% de las sentencias examinadas, los juzgadores acaban atenuando la pena, conforme al párrafo segundo del artículo 274.3 CP, *"atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener […]"*. Por ejemplo, en la SAP de Madrid, 344/2020, de 29 de junio, se acaba condenando a un vendedor ambulante al que se le intervinieron 38 pares de zapatillas NIKE y 19 de ADIDAS, a 31 días de trabajo en beneficio de la comunidad (en está pena ya se incluye la reducción que hizo el tribunal por dilaciones indebidas). A pesar de esta atenuación (la cual realiza el juez y no la policía), el delito, a tenor de lo arriba explicado, seguiría siendo menos grave. A nivel individual, podremos estar más o menos conforme con la pena que establece el delito, nos gustará más o menos, pero es lo que el legislador ha deseado.

En las intervenciones policiales relacionadas con estos hechos delictivos va a existir por lo general presión social. Los vendedores ambulantes sitúan su "manta" en lugares

---

[15] Artículo 10.2, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*: "*No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca".*

[16] Salvo en la jurisdicción social, artículo 86.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social*. STS 405/2019, de 17 de septiembre, *"no cabe duda de que el legislador ha querido que los procesos laborales y los penales discurran con independencia".*

[17] Artículo 564.1.1º CP. Pena de prisión de uno a dos años.

[18] Artículo 564.1.2º CP. Pena de prisión de seis meses a un año.

[19] Artículo 244 CP. TBC de 31 a 90 días o multa de 2 a 12 meses.

© Oficial Policía Municipal de Madrid. José Manuel SIERRA MANZANARES. Todos los derechos reservados.

concurridos, zonas céntricas, muy turísticas. Intervendrán pocos indicativos en relación con los que se harían falta. Se debe extremar la seguridad. Realizarla en el menor tiempo posible. Si se procede a la detención, introducir rápido al detenido en el vehículo, y los efectos al maletero (soy consciente de lo fácil que es decirlo y lo complicado de estas intervenciones). Es recomendable realizar acta detallando lo incautado. Enumerar todos los artículos intervenidos y sus características (se puede realizar el acta cuando exista seguridad suficiente). El acta, junto con los artículos intervenidos, y el dinero que poseía el vendedor en el momento de los hechos, se entregarán en la comparecencia. El artículo 127 CP establece el decomiso tanto de las ganancias, como de los bienes y efectos.

Con toda probabilidad, el Juez de Instrucción solicitará un informe pericial de una serie de muestras de lo intervenido (realizado por la Policía, o por las propias marcas). El informe ratificará los indicios de falsedad que los agentes intervinientes tenían. Aunque la LECrim. para el enjuiciamiento de este tipo de delitos permite el procedimiento de juicio rápido (artículos 795 y ss.), probablemente las diligencias urgentes se transformen en diligencias previas, al tenerse que realizar informe pericial.

RESPONSABILIDAD CIVIL

Este apartado apenas tiene interés policial. Comentaré la responsabilidad civil de la que debe responder el vendedor ambulante, o bien en la jurisdicción penal (en ese mismo procedimiento), o en el orden civil (los perjudicados pueden acudir a él y renunciar a solicitarla en el proceso penal). No debemos confundirla, en caso de existir, con la pena de multa. Conforme al artículo 109 CP, *"La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados"*. Esta responsabilidad civil comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización por perjuicios materiales y morales. Seguramente, en casos de delitos contra la propiedad industrial, las compañías solicitarán daños y perjuicios. Estos comprenderán[20] no sólo las pérdidas sufridas, sino también las ganancias dejadas de obtener por el titular del registro de la marca causada por la violación de su derecho. El titular del registro podrá exigir la indemnización del perjuicio causado al prestigio de la marca por el infractor, especialmente por una presentación inadecuada de aquélla en el mercado. Asimismo, la cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial. Serán los jueces y tribunales, los que establecerán razonadamente en sus resoluciones, las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones. Para que nos hagamos una idea, en la sentencia comentada de las zapatillas, el tribunal estableció una indemnización de 50 € por cada par de zapatillas ADIDAS (influye la notoriedad, renombre y prestigio de la marca, entre otras). Un total de 950 €.

"PATRULLAR AL AZAR PRODUCE RESULTADOS AL AZAR"

By Louis Anemone. Ex jefe de la Policía Metropolitana de New York

[20] Artículo 43, Ley 17/2001, de 7 de diciembre, *de Marcas.*

© Oficial Policía Municipal de Madrid. José Manuel SIERRA MANZANARES. Todos los derechos reservados.

BIBLIOGRAFÍA

Molina Febrero, G., & Mozas Pillado, J. (2020). Actuaciones operativas en materia de seguridad ciudadana. Volumen II. León: Ijespol.

Molina Febrero, G., & Mozas Pillado, J. (2020). Actuaciones operativas en materia de seguridad ciudadana. Volumen I. León: Ijespol.

Olmedo Cardenete, M., & Tárrago Ruiz, A. (2016). Casos prácticos de Derecho Penal Económico. Madrid: Dykinson.

LEGISLACIÓN

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal.*

Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil.*

Ley 17/2001, de 7 de diciembre, *de Marcas.*

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial.*

Real Decreto de 24 de julio de 1889, *texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último.*

Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social.*

Circular 1/2015, de 19 de junio, *sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la Ley Orgánica 1/2015.*

SENTENCIAS CONSULTADAS

STS 585/2017, de 20 de julio.

STS 405/2019, de 17 de septiembre.

SAP de Madrid, 344/2020, de 29 de junio.

SAP de Las Palmas, 94/2016, de 9 marzo.

SAP de Valencia, de 658/2019, de 16 de diciembre.

SAP de Albacete, de 278/2017, de 21 junio.

SAP de Palma de Mallorca, 107/2020, de 30 de noviembre.

SAP de Logroño, 39/2019, de 14 de marzo.

SAP de Pamplona 38/2020, de 2 de marzo.

SAP de Segovia, 208/2019, de 4 de noviembre.

SAP de Islas Baleares, 169/2016, de 14 de noviembre.

© Oficial Policía Municipal de Madrid. José Manuel SIERRA MANZANARES. Todos los derechos reservados.