

MEDIDAS EN FRONTERA

FABIO NEL PONCE LÓPEZ

I. CONTROL EN ADUANAS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Hasta hace algún tiempo, el tema de propiedad intelectual era considerado por la Aduana desde el punto de vista meramente fiscalista, es decir por el aspecto tributario; pues el precio que el importador debe pagar por razón de cánones o derechos de licencia al titular del Derecho de Propiedad Intelectual, se suma entre otros conceptos al precio de la mercancía, para establecer el *valor en aduana de la mercancía*, esto es: la cuantía total sobre la cual se calculan los tributos. Hoy la Aduana ha debido asumir otra actitud frente a las mercancías protegidas por el Derecho Autoral o la Propiedad Industrial: la de control.

De hecho, el nuevo entorno económico conllevó para la Aduana la necesidad de asumir nuevos compromisos con el país y la comunidad internacional, ya en la lucha contra el crimen organizado, como el lavado de activos; ya en la protección de la salud humana, animal y vegetal, a través de los controles sanitarios sobre los alimentos que vienen del exterior; en la protección del patrimonio cultural; en la protección de las especies en vía de extinción; en fin. Y ahora en la protección a la Propiedad Intelectual.

El acuerdo de la OMC sobre la propiedad intelectual, conocido como ADPIC (Acuerdo Sobre Los Aspectos de Los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con El Comercio) obliga a todos los países miembros a adoptar mecanismos jurídicos de naturaleza civil, penal, administrativa y aduanera. Se dirá que, en teoría de Derecho Público, lo aduanero hace parte de la órbita administrativa; sin embargo, ADPIC ha querido, además del establecimiento de procedimientos administrativos, un especial mecanismo jurídico para brindar protección a la Propiedad Intelectual en las operaciones de comercio internacional.

Colombia los cumple y aunque la Aduana viene ejerciendo especiales controles sobre mercancías piratas o con marca falsa, hace falta expedir el reglamento que desarrolle dicho Acuerdo y establezca la forma de proteger la propiedad intelectual en las operaciones de comercio internacional, para cerrar de esa manera el círculo de protección a esta clase de derechos. En este punto no sobra recordar que, en el contexto del Acuerdo de la OMC, el concepto de propiedad intelectual es amplio; él abarca las dos grandes clases de derechos: (1) los de Autor y los Derechos Conexos; y, (2) la

Propiedad Industrial. Nosotros debemos agregar una tercera clase: los Derechos de Obtentor, que resulta de la especial regulación hecha por la Comunidad Andina sobre este aspecto.

II. ALCANCE DE ADPIC

ADPIC le dedica al tema de aduanas los artículos 51 y siguientes; allí prevé la *suspensión de una operación de importación*, de oficio o a petición de parte, como una medida cautelar mientras la autoridad competente resuelve si las mercancías afectas a tal operación son piratas u ostentan marca falsa. Esta previsión es bien importante porque nos da claridad sobre el alcance que tiene el Acuerdo, primero, sobre las operaciones aduaneras y, segundo, sobre la clase de derechos que se busca proteger. Veamos más en detalle este punto:

A. ALCANCE RESPECTO DE LAS OPERACIONES DE COMERCIO EXTERIOR

Las operaciones aduaneras básicamente son tres: la importación la exportación y el tránsito aduanero. Pues bien: el Acuerdo obliga a adoptar las medidas en frontera sólo en relación con la importación.

La protección de la P.I. en aduanas está en cabeza del país importador; no obstante, es discrecional hacer extensivas sus medidas a la exportación. En el marco de la Comunidad Andina, la Decisión 351 tiene similar disposición respecto de los bienes piratas; en cambio la Decisión 486 va más allá de ADPIC, pues establece la Suspensión de la Operación Aduanera, tanto en la importación como en la exportación.

No vemos necesario adoptar tal medida (suspensión de la operación) en el tránsito aduanero, porque este régimen es temporal, no entraña disposición de la mercancía, y generalmente termina en una importación o en una exportación, regímenes a los que en el fondo les sirve.

B. ALCANCE RESPECTO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Las medidas de observancia en frontera, como las llama ADPIC, están limitadas únicamente al control de las mercancías que ostenten marca falsa y a las piratas; lo cual significa que los demás derechos que integran la Propiedad Intelectual afectos a una importación, recibirán protección ya dentro del país, una vez concluya el proceso de nacionalización, con las medidas civiles, penales o administrativas de otro orden. No obstante, y al igual que en el caso anterior, los países están en libertad de extender la protección en aduanas a otra clase de Derechos, como a las indicaciones geográficas, modelos industriales y esquemas de trazado, entre otros.

Como conclusión en este punto del alcance de ADPIC, pienso que mientras se califican las Aduanas, tanto en su estructura administrativa como en la capacitación de sus funcionarios, es razonable que se hubiese limitado la órbita de control en las operaciones de comercio internacional.

III. NATURALEZA JURIDICA DEL CONCEPTO “SUSPENSIÓN DE LA OPERACIÓN ADUANERA”

Otro de los aspectos que debe establecerse claramente es la naturaleza jurídica de la

suspensión de la operación aduanera, para definir si es una medida cautelar o una medida de fondo. Si lo primero estamos en presencia de una categoría procesal, precautelativa, que garantiza la permanencia de las mercancías para el momento de ejecutar la decisión que finalmente se adopte. Si lo segundo, es una medida sustantiva porque define la situación de los bienes.

Todo indica que debe entenderse como una medida cautelar. Cuando ADPIC prevé la intervención de la “autoridad competente” para definir la controversia surgida con ocasión de una importación o exportación de mercancías protegidas por la Propiedad Intelectual, se está refiriendo a la entidad que por especialización de funciones dentro del estado es la facultada para resolverla. Y debe ser así por obvias razones. La función de la Aduana es presidir las operaciones de comercio internacional, lo que conlleva la aplicación de una por cierto abundante normatividad nacional e internacional y ejecución de variados controles. A otras instituciones les compete entrar a resolver los también complejos problemas derivados del Derecho Autoral, la Propiedad Industrial y el Derecho de Obtentor. Pero esto no significa que la autoridad aduanera deba limitarse siempre a la aplicación precautelativa de la suspensión de la operación aduanera; habrá casos en los que por la evidente infracción, por piratería o falsedad marcaria, sea la misma Aduana quien resuelva el fondo del asunto, impida la importación o exportación de los bienes y defina la suerte de los mismos, ya sea ordenando su destrucción o puesta a disposición de Justicia Penal, según sea el caso.

La Decisión 486, en su artículo 246, concibe de manera expresa la suspensión

de la operación aduanera como una medida cautelar. Esta claridad conceptual es importante para efectos de definir las competencias frente a los conflictos que se susciten en una operación de comercio internacional.

IV. EXPERIENCIA INTERNACIONAL

La experiencia en este campo no es mayor, pues hasta no hace mucho algunos países empezaron a adoptar medidas de esta naturaleza. Y no parece existir uniformidad de criterios sobre la manera de aplicar el Acuerdo de la OMC al que tantas veces me he referido, circunstancia que se deriva de la libertad de los países miembros de adoptar “el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos” (art. 1º num. 1) Veamos algunos casos:

– *Perú* (D.L. 822/96) faculta a su Oficina de Derechos de Autor para adoptar medidas cautelares tendientes a impedir la entrada a los circuitos comerciales de mercancías importadas “al menos inmediatamente después del despacho de aduanas”.

– *México*. Autoriza a la aduana para retener mercancías extranjeras objeto de una “Resolución de suspensión de libre circulación emitida por autoridad administrativa o judicial competente en materia de propiedad intelectual”. Luego de retenidas, las mercancías quedan a disposición de dicha autoridad.

– *La Unión Europea*. Aquí la misma aduana suspende la operación de importación o exportación, de oficio o en virtud de petición del titular del derecho de Propiedad Intelectual. Los derechos protegidos son por falsedad de marca y piratería. La medida de suspensión se mantiene durante el término de 10 días, dentro de los cuales el interesado deberá acudir ante la autoridad competente, para que resuelva el fondo del asunto, so pena de autorizarse el levante de las mercancías. En la Unión Europea se descartó la intervención de las autoridades judiciales, por considerar que el trámite ante ellas es muy lento; por lo que el conocimiento de estas controversias se surten ante autoridades administrativas.

– *Venezuela*. La aduana, a solicitud del órgano competente en materia de Propiedad Intelectual, impide el desaduanamiento de bienes que violen tales derechos.

V. EL PROCEDIMIENTO

El procedimiento que sugiere ADPIC es claro: el titular del derecho debe presentar una *demanda* ante las autoridades competentes, para impedir la realización de la operación aduanera porque versa sobre mercancías piratas o que ostentan marca falsa y, precautelativamente, se ordene a la Aduana suspenderla. El término demanda, en el Acuerdo, no necesariamente está referido al ejercicio de una acción judicial. Ella puede ser administrativa, como ocurriría en Colombia. Como requisitos especiales de la demanda

se indican la necesidad de describir suficientemente las mercancías y anexar las pruebas que se pretendan hacer valer. Tanto el peticionario como el usuario aduanero tienen el derecho de *inspección* sobre las mercancías.

La autoridad que conoce de la demanda puede ordenar la constitución de una *garantía*, para asegurar al usuario aduanero la eventual indemnización de perjuicios a los que una acción temeraria lo podría abocar.

Si la autoridad competente no resuelve el fondo de la controversia, ni ordena alguna medida cautelar, dentro del plazo de *diez días*, prorrogables por un término igual, puede autorizarse continuar con el trámite de la importación, si por otra parte se cumplen los requisitos propios de ella. En este evento habrá lugar a otorgar una garantía por parte del importador, para indemnizar por su parte los eventuales perjuicios que con la operación de comercio exterior se cause al titular del Derecho de Propiedad Intelectual.

ADPIC excluye de este procedimiento a las *importaciones insignificantes*; esto es: “las pequeñas cantidades de mercancías que no tengan carácter comercial y formen parte del equipaje personal de los viajeros o se envíen en pequeñas partidas.

Debe entenderse que “las medidas en frontera” como las llama ADPIC, deben satisfacer los *criterios generales* que el Acuerdo traza en su artículo 41, esto es, tales medidas deben ser eficaces; lo suficientemente disuasivas; que eviten la creación de obstáculos contra el comercio legítimo y se observe el debido proceso.

Como conclusión sobre la manera como debe funcionar la suspensión de la operación aduanera, consideramos:

Primero, se trata, como ya decíamos, de una medida provisional, mientras se define si hay o no violación a la Propiedad Intelectual;

Segundo, la puede adoptar la Aduana o las otras autoridades competentes; y,

Tercero, en la importación se debe cumplir en el momento del levante, esto es, en la última etapa del proceso de nacionalización, cuando el importador se apresta a retirar la mercancía del depósito. En la exportación se debe cumplir en el momento del embarque.

No podría concluir este documento sin precisar que en colombiana existe observancia de los Derecho de Propiedad Intelectual, pues valiéndose de las normas relacionadas con la penalización de la

piratería y la falsedad en las marcas, la DIAN está impidiendo la nacionalización de mercancías que adolezcan de dichos vicios. En virtud de la Instrucción Administrativa 022 de diciembre 22/98, emanada de la Dirección de Aduanas, se ordenó a todas las Administraciones del país poner a disposición de la Fiscalía tales mercancías.

Ahora, el compromiso de todos los países miembros de la OMC es avanzar en la aplicación práctica de ADPIC, como una manera efectiva de proteger la inventiva; favorecer la competencia leal; impedir el fraude no sólo al titular de los Derechos de Propiedad Intelectual sino también del fisco, máxime cuando estamos en los tiempos en que esos derechos son los que generan la mayor riqueza.

