

Medidas aduaneras contra el tráfico de productos de Moda y falsificados en Argentina

Horacio Félix Alais ⁽¹⁾

Resumen: La moda como expresión cultural involucra a una gran cantidad de mercaderías que circulan internacionalmente. Los diseños, formas, utilidades son el fruto de un trabajo creativo de personas, equipos interdisciplinarios, investigadores, y de empresas. El fruto obtenido en esa actividad tiene tutela en virtud del Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Los derechos intangibles son una parte integrante del valor de las mercaderías y por tal motivo tiene impacto en el Derecho Aduanero ya que integran la base de valoración a los fines de la aplicación de los tributos al comercio exterior. La tutela de respetar los derechos de autor y el uso correcto de las marcas comerciales e industriales se ha presentado como una actividad de control propia de las aduanas y en esa misión la Organización Mundial de Aduanas realizó recomendaciones para optimizar el control y de esta manera impedir el flujo de mercaderías en infracción. En la Argentina conforme a estos parámetros ha implementado un mecanismo de prohibición de circulación de mercaderías en fraude marcario o copia pirata o no autorizada.

Palabras clave: Propiedad intelectual - Mercadería - Moda - Control Aduanero - Prohibición.

[Resúmenes en inglés y portugués en las páginas 90-91]

⁽¹⁾ Abogado por la Pontificia Universidad Católica Argentina (1981), Doctor en Derecho por la Universidad Austral (2006), Magister en Derecho por la Universidad Austral (2018). Director de la Diplomatura en Derecho Aduanero de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, y profesor de Derecho Aduanero y Comercio Exterior en la Maestría en Derecho Empresario (Universidad Austral), Tributación al comercio exterior, en la Maestría en Derecho Tributario (Universidad Austral), profesor de Regímenes Especiales Aduaneros en el programa de especialización en Derecho Aduanero de la Facultad de Derecho de la UBA. Miembro de número del Instituto Argentino de Estudios Aduaneros y de la Academia Internacional de Derecho Aduanero. Socio del Estudio Alais, Torres Brizuela, Abogados. halais@alaisdepalacios.com.ar

1. Introducción

La Organización Mundial del Comercio (OMC) desde hace más de 25 años implementó un importante acuerdo tendiente a tutelar los derechos intelectuales y los intangibles que contienen las diversas mercaderías que son objeto del flujo internacional.

La globalización llevó a que la protección debiera ser universal para lo cual se encomendó a los miembros del organismo internacional que implementen sobre principios específicos de respeto integral y tutela, no discriminación con productos locales, además de contar con un mecanismo de solución de controversias.

En este marco la OMC ha señalado que las ideas y los conocimientos constituyen una parte cada vez más importante del comercio. La mayor parte del valor de los medicamentos, por citar un caso emblemático, y otros productos nuevos de alta tecnología reside en la cantidad de invención, innovación, investigación, diseño y pruebas que requieren. Las películas, las grabaciones musicales, los libros, los programas de ordenador y los servicios en línea se compran y venden por la información y la creatividad que contienen, no por los materiales de plástico, metal o papel utilizados en su elaboración. Muchos productos que solían ser objeto de comercio como productos de baja tecnología contienen actualmente una mayor proporción de invención y diseño en su valor: por ejemplo, las prendas de vestir de marca o las obtenciones vegetales.

Se puede otorgar a los creadores el derecho de impedir que otros utilicen sus invenciones, diseños o demás creaciones y de valerse de ese derecho para negociar la percepción de un pago por permitir esa utilización. Son los “derechos de propiedad intelectual”. Revisten una serie de formas: por ejemplo, los libros, las pinturas y las películas quedan protegidos por el derecho de autor; las invenciones pueden patentarse; los nombres comerciales y los logotipos de productos pueden registrarse como marcas de fábrica o de comercio; y así sucesivamente. Los gobiernos y los parlamentos han conferido a los creadores esos derechos como incentivo para generar ideas que beneficien a la sociedad en su conjunto.

El grado de protección y observancia de esos derechos variaba considerablemente en los distintos países del mundo y, a medida que la propiedad intelectual fue adquiriendo mayor importancia en el comercio, esas diferencias se convirtieron en una fuente de tensiones en las relaciones económicas internacionales. Así pues, se consideró que la manera de que hubiera más orden y previsibilidad y se pudieran resolver más sistemáticamente las diferencias era establecer nuevas normas comerciales internacionalmente convenidas en la esfera de los derechos de propiedad intelectual.

a) El Acuerdo ADPIC

La Ronda Uruguay lo consiguió. El Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) constituye un intento de reducir las diferencias en la manera de proteger esos derechos en los distintos países del mundo y de someterlos a normas internacionales comunes. En él se establecen niveles mínimos de protección que cada gobierno ha de otorgar a la propiedad intelectual de los demás miembros de la OMC.

Al hacerlo, establece un equilibrio entre los beneficios a largo plazo y los posibles costos a corto plazo resultantes para la sociedad. Los beneficios a largo plazo para la sociedad se producen cuando la protección de la propiedad intelectual fomenta la creación y la invención, especialmente cuando expira el período de protección y las creaciones e invenciones pasan a ser del dominio público. Los gobiernos están autorizados a reducir los costos a corto plazo que puedan producirse mediante diversas excepciones, por ejemplo, hacer frente a los problemas relativos a la salud pública. Y actualmente, cuando surgen diferencias comerciales con respecto a derechos de propiedad intelectual, puede recurrirse al sistema de solución de diferencias de la OMC.

En el caso que nos ocupa, la moda se presenta como un sistema que contiene usos, costumbres, diseños que aplica a accesorios, objetos, textiles, prendas diversas, calzados que se presentan a los consumidores en forma periódica, por temporadas predeterminadas y que suelen responder a un estilo, forma y uso generalmente derivados de la actividad creativa de diversas personas y que están vinculadas a múltiples marcas locales, regionales e internacionales.

No deja la moda de tener dos características notables, la primera es que resulta una actividad cultural (Marré, 2012) que evoluciona constantemente, y la otra su mutabilidad ya que el grado de obsolescencia es muy rápido atento a que las tendencias cambian año tras año, pero que en ese marco genera una actividad económica de las más importantes del mundo. La creatividad vinculada a la moda tiene un impacto económico notable y de alguna manera afecta al consumo de la población que se mueve sobre las variaciones que esta impone o mantiene. Pero atento a esa característica, el plagio, la utilización de productos sin la autorización del autor por parte de fabricantes no autorizados, lleva a que se afecten derechos de los creativos y por ende comienza a manifestarse como un negocio lucrativo a costa de otros.

En el comercio internacional esto no pasa desapercibido, como tampoco resulta indiferente al control de las aduanas atento a que la cuestión marcaría, diseño, suelen derivarse regalías, patentes, etc., que globalmente pueden incidir en la valoración de las mercaderías conforme a las reglas del Acuerdo de Valoración del GATT/OMC, y que influye en la base imponible para el cálculo de los tributos aduaneros y al comercio exterior.

En este sentido el Acuerdo ADPIC abarca el tema de las patentes, los derechos de autor, marcas de fábrica o de comercio incluidos las marcas de servicios, dibujos y modelos industriales, denominaciones geográficas y la cuestión vinculada a los circuitos integrados. El tema objeto de este trabajo se ha de centrar en aquellas mercaderías vinculadas a la moda. Pero como se advertirá es un concepto amplio y que abarca muchos aspectos, que van desde el diseño, que se puede basar en un dibujo, boceto, o concepto, que aplica a una prenda, calzado, objetos varios, accesorios de todo tipo, como así también en uso de una marca, o producto autorizado para su fabricación por un tercero por cantidades predeterminadas siguiendo un protocolo de producción y un estándar de calidad preestablecido a partir de un diseño previo, insumos de tal o cual proveedor.

Esta situación si bien no está prevista en forma específica en el Acuerdo ADPIC si se puede inferir que aplica para aquellos aspectos expresamente vinculados, como es la marca, diseño, etc. Debe recordarse que el Acuerdo busca la tutela de los derechos de los autores, creativos o generadores del intangible.

Por ello el Acuerdo establece que cuando la patente se otorgue para un procedimiento de producción, los derechos deberán hacerse extensivos al producto directamente obtenido por ese procedimiento. En determinadas condiciones, un tribunal podrá ordenar a presuntos infractores que demuestren que no han utilizado el procedimiento patentado.

En materia de marcas de fábrica o de comercio se establece en el artículo 15 es que cualquier signo o combinación de signos que sea capaz de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas debe poder registrarse como marca de fábrica o de comercio, siempre que sea perceptible visualmente. Tales signos, en particular las palabras, incluidos los nombres de persona, las letras, los números, los elementos figurativos y las combinaciones de colores, así como cualquier combinación de estos signos, deben poder registrarse como marcas de fábrica o de comercio.

Cuando los signos no sean intrínsecamente capaces de distinguir los bienes o servicios pertinentes, los países miembros podrán exigir, como condición adicional para que puedan ser objeto de registro como marcas de fábrica o de comercio, que hayan adquirido ese carácter distintivo mediante su uso. Los Miembros tienen libertad para permitir o no el registro de signos que no sean perceptibles visualmente (por ejemplo, marcas sonoras u olfativas).

Los miembros podrán supeditar al uso la posibilidad de registro. No obstante, no se permitirá que se ponga como condición para la presentación de una solicitud de registro el uso efectivo de una marca de fábrica o de comercio, y deberán haber transcurrido por lo menos tres años a contar de la fecha de presentación de la solicitud para que el no haber realizado un intento de uso sirva de base para denegar la solicitud (párrafo 3 del artículo 15). En el Acuerdo se dispone que las marcas de servicios sean protegidas de la misma manera que las marcas distintivas de productos (véanse, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 15, el párrafo 2 del artículo 16 y el párrafo 3 del artículo 62).

El titular de una marca de fábrica o de comercio registrada debe gozar del derecho exclusivo de impedir que terceros, sin su consentimiento, utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se haya registrado la marca, cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión. En el caso de que se use un signo idéntico para bienes o servicios idénticos, debe presumirse que existe probabilidad de confusión (párrafo 1 del artículo 16).

Finalmente, en materia de dibujos y diseños industriales, el párrafo 1 del artículo 25 del Acuerdo sobre los ADPIC obliga a los Miembros a prestar protección a los dibujos y modelos industriales creados independientemente que sean nuevos u originales. Los Miembros podrán establecer que los dibujos y modelos no son nuevos u originales si no difieren en medida significativa de dibujos o modelos conocidos o de combinaciones de características de dibujos o modelos conocidos. Los Miembros podrán establecer que esa protección no se extienda a los dibujos y modelos dictados esencialmente por consideraciones técnicas o funcionales.

En el párrafo 2 del artículo 25 figura una disposición especial encaminada para tener en cuenta el breve ciclo de vida y el gran número de nuevos dibujos y modelos en el sector textil: las prescripciones para conseguir la protección de esos dibujos o modelos –particularmente en lo que se refiere a costo, examen o publicación– no deben dificultar injustificablemente las posibilidades de búsqueda y obtención de esa protección. Los Miembros

tendrán libertad para cumplir esta obligación mediante la legislación sobre dibujos o modelos industriales o mediante la legislación sobre el derecho de autor.

En el párrafo 1 del artículo 26 se exige a los Miembros que otorguen al titular de un dibujo o modelo industrial protegido el derecho de impedir que terceros, sin su consentimiento, fabriquen, vendan o importen artículos que ostenten o incorporen un dibujo o modelo que sea una copia, o fundamentalmente una copia, del dibujo o modelo protegido, cuando esos actos se realicen con fines comerciales.

El párrafo 2 del artículo 26 autoriza a los Miembros a prever excepciones limitadas de la protección de los dibujos y modelos industriales, a condición de que tales excepciones no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de los dibujos y modelos industriales protegidos ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular del dibujo o modelo protegido, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros.

b) Los productos vinculados a la moda

La moda como se ha señalado es un concepto que involucra una tendencia que se plasma indefectiblemente en objetos, costumbres y también en actividades humanas conductuales. Es una clara manifestación cultural.

Si bien hay consenso que toda obra original está protegida automáticamente por derecho de autor, el Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, administrado por la OMPI, concede a los países cierta flexibilidad a la hora de determinar la manera de proteger obras de arte aplicado como la moda (Artículo 2.7). Para que una obra pueda estar protegida por derecho de autor en el Reino Unido, esta debe pertenecer a una de las 8 categorías enumeradas en el capítulo 3 de la Ley de Derecho de Autor, Dibujos y Modelos y Patentes de 1988. Como es lógico, un artículo de moda debería ser una obra artística original. Sin embargo, la jurisprudencia no se muestra favorable a esta argumentación, habida cuenta de que las prendas de vestir y otros artículos de moda no entran claramente dentro de ninguna de las subcategorías de obras artísticas enumeradas. La categoría más adecuada, la de obras de artesanía artística, exige que la obra sea, al mismo tiempo, artística y una obra de artesanía (Silverman, 2014).

El significado del adjetivo “artístico” ha sido objeto de análisis en varios procesos judiciales. Describe Iona Silverman, que, en Alemania, los Estados Unidos de América y Francia, toda obra que sea original puede protegerse por derecho de autor. En Francia, se considera que una obra es original cuando esta “lleva el sello de la personalidad del autor” y, en Alemania, el derecho de autor protege “las creaciones intelectuales personales”. Es un concepto similar al de la prueba de creación intelectual de la Directiva sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, la Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos y la Directiva relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines de la Unión Europea.

Indica que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que, para que una parte de una obra literaria (un artículo periodístico) constituya una reproducción infractora, esa parte ha de ser, en sí misma, una obra original en el sentido de ser una concepción intelectual propia de su autor.

Relata luego que, en los Estados Unidos de América, las obras originales de autor están protegidas por derecho de autor. La prueba que se aplica consiste en comprobar si contienen un mínimo de creatividad. Una de las diferencias principales en los Estados Unidos es que la Oficina de Derecho de Autor de los Estados Unidos se sirve de un sistema de registro voluntario del derecho de autor, acorde con lo dispuesto en el párrafo 2) del Artículo 5 del Convenio de Berna. El registro federal presupone la titularidad y la validez y –algo que reviste suma importancia– es necesario si se desea presentar una demanda por infracción. En la legislación de los Estados Unidos también se prevé una excepción por uso leal, de mayor alcance que las excepciones relacionadas con las prácticas comerciales leales contempladas en Europa. El uso leal es una doctrina antigua, codificada en virtud del artículo 107 de la Ley de derecho de autor de 1976. La cuestión de si el uso es leal se determina con arreglo a los hechos de cada caso; no obstante, el principio general es que el uso debe constituir una contribución a la sociedad o ser “transformador”. El sistema de los Estados Unidos permite, por tanto, proteger los artículos de moda más fácilmente que en el Reino Unido, así como su registro, lo que posibilita que los diseñadores reivindiquen públicamente sus diseños. Con todo, también permite una utilización más amplia de las obras protegidas antes de que esa utilización se considere infractora.

Recuerda que la Ley de protección del diseño innovador, más conocida como “Proyecto de ley de la moda”, se presentó en el Congreso por primera vez en 2006, pero en 2012 volvió a rechazarse su aprobación, por sexta y, probablemente, última vez, lo que significa que es improbable que en un futuro próximo haya un cambio de legislación en los Estados Unidos.

Otro autor menciona que una de las principales diferencias es que la Unión Europea se rige por derechos de dibujos y modelos comunitarios registrados y no registrados que protegen las prendas y accesorios en su conjunto. Eso simplemente no existe en los EE. UU., y es una gran ventaja que los diseñadores europeos tienen sobre los diseñadores estadounidenses (Zaracostas, 2018).

Por ello concluye que los mercados europeos de la moda son anteriores a la industria de la moda estadounidense. Esto explica por qué la legislación en materia de propiedad intelectual para la moda y los textiles existe desde hace mucho tiempo y es más extensa en Europa, lo que constituye una ventaja para los diseñadores europeos. La industria de la moda de Nueva York se inició gracias a las licencias concedidas por diseñadores parisinos para producir prendas y accesorios de bajo coste. Así es como Nueva York se convirtió realmente en el hogar de las licencias de moda. Gran parte de la diferencia entre Europa y los EE. UU. con respecto a las leyes que rigen la moda se reduce a la historia. Francia fue uno de los primeros países en producir diseños creativos originales. La protección de los dibujos y modelos ha sido una prioridad en Francia desde el siglo XV, cuando se concedió protección a la “fabricación de textiles”. Eso simplemente no era relevante en América en ese momento. La protección específica de los dibujos y modelos fue confirmada en la legislación nacional francesa por el Decreto de la Convención Nacional de 19 de julio de 1793, y perfeccionada por las leyes especiales de dibujos y modelos de 1806 y 1909, que otorgan a los diseñadores franceses niveles significativos de protección.

En este marco convencional, normativo vigente en el actual comercio exterior, debe señalarse que el objeto del tráfico internacional y del posterior control aduanero se centra

en las mercaderías, que se describen como todo objeto susceptible de ser importado o exportado, y que sean clasificables en el Sistema Armonizado de designación y codificación de mercaderías establecido por el Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercaderías (Alais, 2008).

De manera que el objeto del control aduanero va a estar siempre vinculado a la mercadería con la finalidad de asegurar el correcto pago de los tributos aduaneros y a la fiscalización del régimen de prohibiciones (Basaldua, 2015).

Muchos de los aspectos vinculados a la moda, integran el campo de la intangibilidad, que puede afectar o no el valor de la mercadería, y que es consecuencia de su perdurabilidad, obsolescencia, calidad, marca, diseño, percepción del mercado, etc.

La determinación de si tal o cual marca, o tal o cual producto, es de primera, o de segunda, es un concepto de mercado, percepción del consumidor, como consecuencia de una adecuada campaña publicitaria, confiabilidad, servicio de post venta, etc. Pero se aclara que no se pretende considerar si un producto determinado constituye una obra de arte, maestra o única en su especie ya que excede el alcance de este trabajo.

Pero esta cuestión, vinculada a la actividad aduanera comenzó a ser de interés por parte de la Organización Mundial de Aduanas (OMA) que comenzó el estudio normativo y sistematización de casos respecto de aquellas mercaderías que circulan violando derechos de marca, licencias o como copias falsificadas o no autorizadas afectando a los titulares de esos derechos intangibles¹.

Es cierto que en este campo ha tenido decidida influencia los grupos empresarios de la Unión Europea que son los titulares de las grandes marcas de productos internacionales de alto valor y de distribución y comercialización en todo el mundo

2. El tratamiento aduanero del fraude marcario en la Argentina

Tal como se ha señalado a través de las directrices del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), aprobado en la ronda Uruguay del GATT, ratificado por Argentina mediante la ley 24.425 y por la labor desplegada por las autoridades de la Organización Mundial de Aduana (OMA), mediante la Ley 25.986 en su artículo 46 se estableció la prohibición de importación o la exportación de mercaderías bajo cualquier destinación aduanera suspensiva o definitiva, cuando de la simple verificación de la misma resultare que se trate de mercaderías con marca de fábrica o de comercio falsificada o de copia pirata.

También se señaló que en los casos en que la situación contemplada en el párrafo anterior no fuere evidente el Servicio Aduanero podrá suspender el libramiento por un plazo máximo de SIETE (7) días hábiles a fin de consultar al titular del derecho y que este último tenga la oportunidad de requerir al juez competente las medidas cautelares que entienda corresponderle.

Si en el supuesto del párrafo anterior la mercadería fuere librada a plaza por ausencia del ejercicio del derecho por parte del titular, el Servicio Aduanero deberá comunicar tal circunstancia a la autoridad competente en la defensa del derecho del consumidor.

Dicha disposición fue objeto de críticas al considerarse que la prohibición de oficio que puede aplicar el funcionario aduanero va más allá de las recomendaciones del ADPIC, que solo se refería a suspensión del despacho y no a prohibiciones que en su casi totalidad dependen de contratos entre particulares, respecto de las cuales la aduana carece de competencia para juzgarlos por tratarse de una típica función judicial. Se debe advertir que la prohibición impide el retiro de la mercadería bajo garantía (Vidal Albarracín, 2007, p. 77). Vidal Albarracín (2007) pone de relieve que siguiendo la recomendación del art. 51 del ADPIC de actuar antes y no esperar a que la mercadería falsificada se distribuya y comercialice, el fraude marcario debe ser combatido creando una barrera aduanera que ejerza un control de entrada y un seguimiento posterior en plaza. Por ello considera que, con la normativa actual, la aduana más la colaboración del sector privado puede ofrecer un frente de lucha eficaz. Así, el art. 46 del Código Aduanero al considerar que la lucha contra el fraude marcario y la piratería tiene fundamento en un interés superior que no puede quedar supeditado a la eventual denuncia del titular del derecho, en aquellos casos evidentes en que la falsedad surja de la simple verificación, establece la prohibición de la importación y/o la exportación. Sino es evidente, faculta al servicio aduanero a suspender de oficio el despacho por siete días hábiles con comunicación al titular del derecho y se sigue el procedimiento que indica la norma. De concluirse que es falsificada se debe aplicar su prohibición y la circunstancia de no ser evidente es tenida en cuenta para considerarla como un mayor despliegue para burlar el control por parte del documentante.

Desde el punto de vista reglamentario la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) procedió a instrumentar los mecanismos de fiscalización del contenido previsto en el art. 46 de la Ley 25.986.

Si bien con el tiempo fueron objeto de modificaciones, en consideración a la experiencia recogida en la materia se dictó la Resolución General AFIP 4571/2019 que rige actualmente. Por esta norma se dispone que las destinaciones aduaneras que se encuentren alcanzadas por el “Sistema de Asientos de Alerta” -con excepción de las destinaciones oficializadas a favor del titular inscripto en el sistema o de quien éste último autorice-, tendrán bloqueado su trámite durante UN (1) día hábil, contado a partir del día hábil inmediato siguiente a la fecha de oficialización.

Durante el mencionado plazo, la existencia de la operación susceptible de control será comunicada al titular del derecho inscripto en el sistema y, a su requerimiento, se procederá a la verificación física de la mercadería en su presencia.

En caso de incomparecencia del interesado y vencido el plazo del bloqueo, el servicio aduanero ejecutará las medidas de control que estime corresponder.

Igualmente se establece que en caso de resultar positiva la existencia o presunción de fraude marcario se iniciarán las actuaciones legales y administrativas correspondientes de conformidad con lo establecido en el Anexo II de esta resolución.

En el Anexo I regula el Sistema de Asientos de Alerta y el procedimiento para inscribirse por parte de los interesados, Se encuentra habilitados para tal fin los titulares de marcas de fábrica o de comercio o de derechos de autor o conexos podrán inscribirse en forma voluntaria y gratuita.

Dicha inscripción tendrá un plazo de validez de DOS (2) años, prorrogable por períodos similares a solicitud del interesado.

En caso de comprobarse errores, omisiones o falsedad en la información y/o documentación aportada, se dispondrá el rechazo de la solicitud o la baja automática del registro, según el caso.

En forma previa a la inscripción los interesados podrán realizar una presentación ante el Departamento Técnica de Nomenclatura y Clasificación Arancelaria para que se determine la posición SIM de la mercadería sujeta a control, aportando la información técnica y muestras, de corresponder.

También se establece el procedimiento operativo de como hace valer el titular de los derechos marcarios ante el importador de una mercadería no autorizada.

Por su parte el Anexo II, se fijan las pautas operativas para que la Aduana ejerza su labor de contralor. A tal fin señala que cuando las áreas operativas o de control, en el marco de su actuación (procedimiento operativo en Zona Primaria o Zona de Vigilancia Especial o de control en Zona Secundaria) constataren mercadería con finalidad comercial, y que resulte que de la simple verificación se detecte mercadería con marca de fábrica o de comercio falsificada o de copias piratas, o que de la verificación no se pueda determinar fehacientemente el carácter original o falso de la marca o si se trata de copias autorizada por parte del titular del derecho.

En estos casos se deberá detener el curso de la destinación elevando lo actuado al Departamento Procedimientos Legales Aduaneros o Administrador de la Aduana competente, con la correspondiente denuncia y el presunto encuadre infraccional en los términos del Artículo 954 inciso b) de la Ley N° 22.415 y sus modificaciones. En caso de no poder determinar en forma fehaciente el fraude marcario además de ejercer las facultades previstas en el artículo 1085 del Código Aduanero, se deberá dar intervención por la vía jerárquica a la División Prohibiciones No Económicas y Fraude Marcario de la Dirección Investigaciones a fin de establecer quien resulta ser el titular del derecho, sin perjuicio de las demás acciones investigativas que se estimen procedentes. Una vez determinada la titularidad registral, se deberá citar a quien ostenta ese interés legítimo, el cual acreditará tal condición con los instrumentos pertinentes y a quien se le requerirá expedirse en relación a la mercadería en cuanto a su condición de original o falsas. Dentro del plazo establecido en el Artículo 46 de la Ley N° 25.986 y sus modificatorias –no prorrogable–, el titular del derecho y/o su apoderado deberá responder a lo requerido, cumplido ello, la División Prohibiciones No Económicas y Fraude Marcario informará al área operativa interviniente el resultado de las tareas llevadas a cabo.

3. Conclusiones

Por lo expuesto y a la luz de los Acuerdos internacionales aplicables en la materia se puede concluir:

1. Las mercaderías afectadas al tráfico internacional son objeto de control aduanero para poder determinar su correcta clasificación arancelaria y valoración, como así también el régimen de prohibiciones;

2. El interés del servicio aduanero se finca por mandato de la norma, en recaudar correctamente los tributos que se le ha confiado, como la de velar el tratamiento aduanero que les corresponde a las mercaderías, que comprende al régimen de prohibiciones;
3. Se constituye en función de control del servicio aduanero la prohibición de ingresar o egresar del territorio aduanero bajo cualquier destinación aduanera que se encuentran legisladas en el Código Aduanero, de mercaderías la prohibición de importación o la exportación de mercaderías con marca de fábrica o de comercio falsificada o de copia pirata;
4. El sistema implementado se complementa con un procedimiento consistente en un asiento de marcas y productos, que es gratuito, y que permite al servicio aduanero generar consultas cuando se presente a destinación aduanera de mercadería que tiene una tutela marcaria con el objeto de dar una oportunidad al titular de sus derechos de ejercerlos y en caso de violación impedir el ingreso o egreso de dicha mercadería;
5. Todo tipo de producto que tenga derechos de autor, regalías, marcas, diseño que le corresponda la tutela del Acuerdo ADPIC cuenta con la tutela del régimen implementado por la Argentina, y dentro de estos se encuentran los vinculados al mundo de la moda;
6. Una parte importante del tráfico de estas mercaderías se vinculan con el uso indebido de la marca comercial, en la que se está frente a una mercadería original pero no autorizada por el titular, como es el caso de los excedentes generados por el fabricante y que comercializa por fuera de lo establecido contractualmente;
7. El sistema a pesar de su simplicidad tiene dificultades no resueltas, como el caso de que no exista o se presente el titular del derecho marcario, ¿puede la Aduana presumir que se trata de mercadería falsificada, no autorizada o pirata y que cuenta con la potestad de impedir de oficio el ingreso de la mercadería?;
8. ¿El sistema permite interpretar o no, para el caso que entre las partes se llegue a un acuerdo en orden al pago de las regalías correspondientes, y presten acuerdo para su ingreso a plaza, que se ha consumado la infracción de declaración inexacta prevista en el art. 954 inc. B) del Código Aduanero?;
9. ¿Este régimen aplica también para el caso de conflictos comerciales entre representantes de distintos territorios comerciales para impedir el ingreso de mercadería al país? Estamos ante el supuesto de mercadería original comprada en el exterior a un representante oficial pero que es importado en la Argentina por un tercero afectando la exclusividad de un representante local. ¿Puede la Aduana sobre el marco estricto del art. 46 de la Ley 25.986 considerar que está prohibida?
10. Finalmente, el mayor control y eficiencia del sistema dependerá del grado de interés y colaboración que tengan los representantes de las marcas y productos que cuentan derechos de autor, marca, diseño y cualquier otro derecho intangible tutelado por la legislación nacional. Esto se logra registrándose en el sistema de alerta temprana previsto por la reglamentación;
11. Lo que no se puede permitir es que la Aduana actúe de oficio ya que en definitiva siempre se está ante conflictos legales entre particulares y muchas veces la falta de información conlleva a abusos que redundan en la detención de despachos de importación generando gastos y perjuicios a los operadores. La regla es que la tutela es para el que se afecta realmente y no puede el servicio aduanero actuar como un gendarme comercial sin que exista un afectado o perjudicado real;

12. La tendencia internacional es la de tutelar los derechos derivados del uso de una marca, diseño, y todo beneficio que el trabajo intelectual conlleve una mercadería, para lo cual los países miembros de la OMC tienen que contar con un sistema de protección adecuado y que se vincula también con los derechos del consumidor que tiene que saber que el producto que consume es original;

Notas

1. La OMA ha reunido información sobre las leyes y reglamentos adoptados por sus Miembros sobre los procedimientos en frontera aplicables a la falsificación de marcas de fábrica o de comercio y a la piratería de derechos de autor en la importación. La información reunida se ha recopilado en el Directorio de información de legislación sobre medidas en frontera relativas a la falsificación y la piratería. El objetivo principal del Directorio es informar a las administraciones de aduanas de las experiencias de otras administraciones en este campo. En este sentido, el Directorio podría servir como instrumento de referencia para las administraciones aduaneras sobre la forma de aplicar las medidas en frontera en el marco del Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). El Directorio debe elaborarse sobre la base de las conclusiones de las misiones de investigación. No se pretende determinar la mejor manera en que una administración de aduanas puede aplicar las medidas fronterizas en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, ya que existen varias opciones. Como parte de este proceso, la OMA tal vez desee tomar conocimiento de las disposiciones de la legislación y prácticas aduaneras nacionales de diversos Miembros en esta esfera. Por consiguiente, destaca que el Directorio podría servir como instrumento de referencia para la organización de actividades eficaces de fomento de la capacidad.

2. El artículo 954 del Código Aduanero establece: “El que, para cumplir cualquiera de las operaciones o destinaciones de importación o de exportación, efectuare ante el servicio aduanero una declaración que difiera con lo que resultare de la comprobación y que, en caso de pasar inadvertida, produjere o hubiere podido producir: a) un perjuicio fiscal, será sancionado con una multa de UNO (1) a CINCO (5) veces el importe de dicho perjuicio; b) una transgresión a una prohibición a la importación o a la exportación, será sancionado con una multa de UNO (1) a CINCO (5) veces el valor en aduana de la mercadería en infracción; c) el ingreso o el egreso desde o hacia el exterior de un importe pagado o por pagar distinto del que efectivamente correspondiere, será sancionado con una multa de UNO (1) a CINCO (5) veces el importe de la diferencia”. En el caso que bajo análisis si se considera que la mercadería en fraude marcario o copia pirata o no autorizada es prohibida aplica el inciso b) del artículo citado.

Referencias Bibliográficas

- Alais, H. (2008). *Los Principios del Derecho Aduanero*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Marcial Pons.
- Basaldúa, R. (2015). Los Principios Jurídicos del control aduanero modernizado en el tráfico transfronterizo contemporáneo. *Memorias de la Reunión Mundial de Derecho Aduanero. Bruselas*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis. pp. 13-22.
- Marré, S. (2012). La propiedad intelectual y el diseño de indumentaria de autor. *Cuadernos del Centro de Estudio de Diseño y Comunicación. Volumen 42*. Buenos Aires: Universidad de Palermo. pp. 43/57. Recuperado de: https://fido.palermo.edu/servicios_dyc/publicacionesdc/cuadernos/detalle_articulo.php?id_articulo=8203&id_libro=378 (entrada 13/01/2021).
- Organizacion Mundial De Aduanas. (s.f.) <http://www.wcoomd.org/fr/topics/enforcement-and-compliance/instruments-and-tools/compendiums/information-re>
- Silverman, I. (junio 2014). El derecho de autor y la moda: una perspectiva británica. *Revista OMPI*. Recuperado de: https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2014/03/article_0007.html
- Vidal Albarracín, H. (primer semestre 2007). El fraude marcario y la piratería: su enfoque desde la óptica penal aduanera. *Revista Estudios Aduaneros*, 18. Buenos Aires: Instituto Argentino de Estudios Aduaneros. p. 77.
- Zarocostas, J. (agosto 2018). Los derechos de Propiedad Intelectual y la industrial de la moda: una perspectiva estadounidense. *Revista OMPI*. Recuperado de: https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2018/04/article_0006.html

Abstract: Fashion as a cultural expression involves a great amount of goods that circulate internationally. The designs, shapes, and utilities are the result of the creative work of people, interdisciplinary teams, researchers, and companies. The fruit obtained in this activity is protected by the WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). Intangible rights are an integral part of the value of goods and therefore have an impact on Customs Law since they are the basis of valuation for the purposes of applying taxes to foreign trade. The protection of copyright and the correct use of commercial and industrial trademarks has been presented as a control activity of the customs and in that mission the World Customs Organization made recommendations to optimize the control and thus prevent the flow of infringing goods. In Argentina, according to these parameters, a mechanism has been implemented to prohibit the circulation of goods in trademark fraud or pirated or unauthorized copies.

Keywords: Intellectual Property - Merchandise - Fashion - Customs Control - Prohibition.

Resumo: A moda, como expressão cultural, envolve uma grande quantidade de bens que circulam internacionalmente. Os desenhos, formas e utilidades são o resultado do traba-

lho criativo de pessoas, equipes interdisciplinares, pesquisadores e empresas. Os frutos obtidos desta atividade são protegidos pelo Acordo da OMC sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS). Os direitos intangíveis são parte integrante do valor das mercadorias e, por esta razão, têm um impacto no Direito Aduaneiro, pois são a base da avaliação para fins de aplicação de impostos ao comércio exterior. A proteção dos direitos autorais e o uso correto das marcas comerciais e industriais foi apresentada como uma atividade de controle da alfândega e, nesta missão, a Organização Mundial das Alfândegas fez recomendações para otimizar o controle e assim evitar o fluxo de mercadorias infratoras. De acordo com estes parâmetros, a Argentina implementou um mecanismo para proibir a circulação de mercadorias em fraudes de marcas ou cópias piratas ou não autorizadas.

Palavras chave: Propriedade intelectual - Mercadoria - Moda - Controle aduaneiro - Proibição.

[Las traducciones de los abstracts fueron supervisadas por el autor de cada artículo]
