

OMPI-ASIFI/PI/PAN/05/3

ORIGINAL: Español

FECHA: 10 de marzo de 2005



ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE
LA PROPIEDAD INDUSTRIAL



ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL



MINISTERIO DE COMERCIO E
INDUSTRIAS DE PANAMÁ

OMPI/ASIFI - SEMINARIO REGIONAL SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL

organizado por
la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)
en cooperación con
la Asociación Interamericana de la Propiedad Industrial (ASIFI)
y el apoyo del
Ministerio de Comercio e Industrias de Panamá

Panamá, 16 a 18 de marzo de 2005

IMPORTACIONES PARALELAS

*Documento preparado por la Sra. Teresa Ibáñez Oroz, Jefe,
Dependencia Regional de Aduanas de Madrid, Madrid*

I. INTRODUCCIÓN

La ponencia que voy a exponer a continuación, versa sobre una cuestión de gran importancia que resulta clave en el tratamiento fiscal de las operaciones de comercio exterior que se ven afectadas por la normativa comunitaria sobre la protección de los derechos de la propiedad intelectual: el ámbito operativo y el tratamiento aduanero de las denominadas importaciones paralelas.

El enfoque de la problemática de las importaciones paralelas lo efectuaré desde una perspectiva eminentemente aduanera, comenzando con una breve exposición acerca de lo que se entiende en el marco normativo comunitario por importación y de cuales son las condiciones y los soportes documentales necesarios para realizar esta clase de operaciones. A continuación, pasaré a realizar un análisis del tratamiento que el Reglamento 1383/2003 de 22 de julio otorga a las importaciones paralelas, y, por último, examinaremos que clase de actuaciones desarrollan las autoridades aduaneras españolas en relación con esta clase de operaciones antes y después del día 1 de octubre del 2005 fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal.

La normativa básica que regula el despacho de importación y exportación la constituye el Código Aduanero Comunitario, aprobado por Reglamento (CEE) 2913/92 del Consejo de 12 de octubre de 1992 y las Disposiciones de Aplicación del Código, aprobadas por Reglamento (CEE) 2454/93 de la Comisión de 2 de julio de 1993.

Tanto el Tratado constitutivo de la Unión Europea como el propio Código Aduanero definen la importación como aquel régimen aduanero que confiere el estatuto aduanero de mercancía comunitaria a una mercancía no comunitaria implicando la aplicación de las medidas de política comercial, el cumplimiento de los demás trámites previstos para la importación y la aplicación de los derechos legalmente devengados.

El Código Aduanero en su artículo 218 establece cuales son aquellos documentos que los importadores deben presentar ante la aduana de despacho junto con la declaración de importación, formando, por tanto, parte esencial y determinante del tratamiento aduanero de la mercancía. Estos documentos son los siguientes:

- la factura comercial, que constituye la base esencial sobre la que se construye el valor en aduana de las mercancías;
- el documento denominado “declaración de valor”, documento sujeto a formato oficial y que compendia los ajustes que deben realizarse sobre el valor en aduana;
- los soportes documentales que son necesarios para la aplicación de un régimen arancelario preferencial;
- todos los demás documentos necesarios para la aplicación de las disposiciones que regulan el despacho a libre práctica de las mercancías declaradas; y por último
- las autoridades aduaneras podrán exigir la presentación de los documentos de transporte o, en su caso, los documentos correspondientes al régimen aduanero precedente.

II. LA DECLARACIÓN ADUANERA DE IMPORTACIÓN

El documento utilizado para la realización de la declaración aduanera de importación, se denomina “Documento Único Administrativo” (en adelante DUA). Dicho documento esta constituido por un conjunto de elementos de información que resultan determinantes para el adecuado despacho de las mercancías objeto de importación. A continuación, únicamente, analizaremos aquella información que resulta relevante para la realización del despacho, desde la óptica de los derechos de la propiedad intelectual:

- La casilla relativa al origen de la mercancía es determinante para la adecuada aplicación de los derechos de importación, habida cuenta que la aplicación del sistema de preferencias generalizadas gira alrededor de este sistema.
- La casilla relativa a la descripción de la mercancía, que es, quizás, la que más información nos debería suministrar a la hora de detectar posibles supuestos de importaciones paralelas.
- La casilla relativa al código de las mercancías en la cual se indica la codificación que la nomenclatura combinada da a las mercancías objeto de la clasificación. En este punto hay que resaltar que la legislación nacional que regula las instrucciones para la cumplimentación de las casillas del DUA no exige que en el apartado, en la descripción, de la mercancía se consignen con carácter obligatorio las marcas comerciales sino una descripción de la mercancía que coincida con la descripción de la citada nomenclatura. Esta descripción sirve de base para la liquidación de los aranceles y del impuesto sobre el valor añadido. A título de ejemplo se muestra la descripción que la nomenclatura combinada efectúa para la clasificación de los relojes.

9101 Relojes de pulsera, de bolsillo y relojes similares (incluidos los contadores de tiempo de los mismos tipos)

Siguiendo con el ejemplo, se muestra, a continuación, como ejemplo, una de declaración de importación de relojes presentada ante la aduana. Como se puede observar, la descripción de la mercancía no incluye la marca comercial del reloj, sino que se limita a especificar determinadas características en cuanto al tipo de mecanismos a efectos de su clasificación arancelaria y liquidación de los derechos.

33. Código Mercancía	9101110000	Cód. Adicional 1		Cód. Adicional 2	Epígrafe II.EE.	
----------------------	------------	------------------	--	------------------	-----------------	--

Descripción Mercancía: Con indicador mecánico solamente

34. País de Origen:	US Estados Unidos
---------------------	-------------------

35. Masa Bruta (Kg)	1,000	36. Preferencia	1 00 mercancías, sin Acuerdos de reducción
---------------------	-------	-----------------	--

37. Régimen Aduanero	4000 DESPACHO A CONSUMO Y LIBRE PRÁCTICA	38. Masa Neta (kg)	1,000
----------------------	--	--------------------	-------

39. Contingente	
-----------------	--

40. Documento de Cargo		Documento Precedente	
------------------------	--	----------------------	--

41. Unidades Suplementarias	1,000 UN Unidades	42. Precio del Artículo €	145,69
-----------------------------	-------------------	---------------------------	--------

44. Documentos, Certificados y Autorizaciones

380 Factura Comercial	US 22372	Expedición	15-01-2004
-----------------------	----------	------------	------------

Vista, a modo de introducción, la sistemática de las importaciones, de acuerdo con la normativa aduanera, pasó a la exposición sobre el tratamiento que las autoridades aduaneras dan a las importaciones paralelas. Para ello vamos a examinar, en primer lugar, la normativa comunitaria relativa a las competencias de las autoridades aduaneras en el control de los derechos de la propiedad intelectual, y, en particular, el tratamiento que se otorga a las importaciones paralelas.

III. MARCO NORMATIVO COMUNITARIO Y TRATAMIENTO DE LAS IMPORTACIONES PARALELAS EN LA NORMATIVA PENAL ESPAÑOLA

En España, la normativa aplicable en materia de aduanas a la propiedad intelectual es una normativa comunitaria y está constituida por el Reglamento (CE) 1383/2003, de 22 de julio, comunitario regula la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual y las medidas que deben tomarse respecto de las mercancías que vulneren estos derechos.

Este Reglamento va dirigido a las mercancías con usurpación de marca y a las mercancías piratas, así lo mantiene a lo largo de su exposición de motivos y del articulado y la referencia que se efectúa en el texto sobre las importaciones paralelas es para excluirlas de su ámbito de aplicación.

Los motivos en los que la Comisión Europea se apoya para la no inclusión de las importaciones paralelas en el ámbito de aplicación del Reglamento, los puso de manifiesto en el Libro Verde sobre la falsificación, en el sentido de que si bien los medios profesionales reclaman desde hace tiempo que se incluyan las importaciones paralelas, es decir las mercancías fabricadas con el consentimiento del titular pero importadas sin su consentimiento, la Comisión entiende que las importaciones paralelas no pueden definirse *strictu sensu* como usurpación de marca, dado que, respetando el derecho del país de exportación, las mercancías han hecho uso de un derecho de propiedad intelectual. Por otra parte, el titular de un derecho de propiedad intelectual en la Comunidad tiene la simple facultad de oponerse a su importación en la Comunidad y no la obligación. Además, en tal hipótesis, la tarea de los funcionarios de aduanas resulta extremadamente difícil, pues las mercancías son completamente idénticas a las mercancías importadas legalmente.

El Reglamento 1383/2003 en el Capítulo I relativo al Objeto y Ámbito de aplicación y en el artículo 3 apartado 1 recoge textualmente:

“El presente reglamento no se aplicara a las mercancías a las que se haya puesto una marca de fabrica o comercial con el consentimiento del titular de dicha marca, ni a las mercancías que lleven una denominación de origen protegida o una indicación geográfica protegida o que estén protegidas por una patente o por un certificado complementario de protección, por derechos de autor o derechos afines o derechos sobre el dibujo o modelo u obtención vegetal y que hayan sido fabricados con el consentimiento de este, se encuentren en una de las situaciones aduaneras previstas en el apartado 1 del artículo 1.”

Las situaciones aduaneras a que se refiere el artículo anterior son:

- la declaración para despacho a libre práctica;
- la exportación o reexportación;
- la situación de depósito temporal, inclusión en Zona Franca ó Depósito franco; y
- la inclusión de la mercancía en los regímenes de suspensión recogidos en el Código aduanero.

En cuanto al tratamiento de las importaciones paralelas por la normativa penal española, es necesario distinguir dos periodos diferentes:

- el tratamiento de las importaciones paralelas con la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; y
- el tratamiento de las importaciones paralelas con la Ley Orgánica 15 /2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal.

IV. EL TRATAMIENTO DE LAS IMPORTACIONES PARALELAS CON LA LEY ORGÁNICA 10/1995 DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

Las autoridades aduaneras en el marco del Reglamento no pueden retener mercancías que presuman puedan ser objeto de una importación paralela y además en la legislación nacional y en concreto en la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal no se recogía en los artículos dedicados a la propiedad intelectual e industrial como figura delictiva las importaciones paralelas tan solo constituía una infracción mercantil de derechos de marca.

Esto motivó que, en el ejercicio de sus competencias, las autoridades aduaneras establecieran la exigencia de que el titular del derecho confirmara por escrito que las mercancías que estuviesen retenidas en la aduana, por presunta vulneración de su derecho de propiedad intelectual, vulneraban su derecho de acuerdo con lo establecido en el Reglamento 1383/2003. De esta forma se pretende evitar que los titulares de los derechos provoquen la retención de las mercancías auténticas que fuesen comercializadas fuera de los circuitos de distribución autorizados por el titular del derecho.

Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, ha ratificado que el agotamiento internacional o mundial no existe. En esta línea se encuentran el asunto de *Sebago* contra *Ancienne Maison Dubois et Fils S.A*, el asunto C-355/96 de 16 de julio de 1998, *Silhouette International* contra *Hartlauer H.* y los asuntos acumulados C-414/99 y C-416/99 de 20 de noviembre de 2001, *Zino Davidoff*.

Del contenido de lo anterior, se desprende que los titulares de las marcas comerciales tienen derecho a impedir la importación de mercancías en la U.E, aunque dichas mercancías ya se hayan comercializado fuera de la UE con el consentimiento del titular de la marca, si bien la medida cautelar de la retención solamente puede ser adoptada en sede judicial.

Por su parte, la jurisprudencia civil española ha sido vacilante en este punto. Unas veces han venido declarando en la vía civil la ilicitud de estas prácticas (importaciones no consentidas de productos originales, desde países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo), por ser un acto de violación del derecho exclusivo (de marca) y un acto de competencia desleal, como la reciente de la AP Asturias, SEC. 6ª 26/5/03 (*Polo Rala Lauren*).

Otras veces ha considerado que no lo infringe porque consideran que no hay un precepto legal que impide aplicar el principio de agotamiento a nivel internacional, a pesar de la interpretación que ha dado el TJCE a la legislación aplicable... como la de la AP Baleares Secc. 3ª 12/5/03 (*Chivas*), pero que sin embargo prohíbe la puesta en el comercio del producto

por las manipulaciones en el etiquetado, eliminación de códigos de barras que permiten conocer la trazabilidad, por considerar que esto sí es un “motivo legítimo” que permite al titular oponerse a la comercialización (conforme al art. 36.2 LM español, incluso este motivo legítimo podría esgrimirse frente a productos de procedencia comunitaria).

V. TRATAMIENTO DE LAS IMPORTACIONES PARALELAS CON LA LEY ORGÁNICA 15/2003 DE 25 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LO 10/1995 DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

La Ley Orgánica 15/03, de 25 de noviembre, reforma determinados preceptos del Código Penal y, entre ellos, el art. 270 que tipifica los delitos contra la propiedad intelectual y el art. 274 que tipifica los delitos contra la propiedad industrial. Su entrada en vigor fue el 1 de octubre del 2003.

Los citados preceptos establecen lo siguiente:

Artículo 270

“...2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior sin la referida autorización. Igualmente incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento....”

Artículo 274

“1. Será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión y multa de 12 a 24 meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique o de cualquier otro modo utilice un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derechos de propiedad industrial se encuentre registrado. Igualmente, incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicho consentimiento, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos de dicho Estado, o con su consentimiento...”

La novedad consiste en la tipificación como delito de las llamadas importaciones paralelas, procedentes de países no pertenecientes a la Unión Europea (debemos entender Espacio Económico Europeo), y ello tanto en lo relativo a la Propiedad Intelectual como a la Industrial, asimilando el régimen de unas disciplinas que tienen clara vocación de estar legisladas de forma uniforme.

En efecto, según dispone el art. 274.1 del Código Penal "... será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses... los que importen intencionadamente estos productos (de marcas registradas en España) sin dicho consentimiento tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia", castigándose asimismo en el 274.2 a quienes comercialicen dichos "productos importados del extranjero".

Por tanto, si una persona, por ejemplo, importara de la India, artículos textiles auténticos de alguna de las marcas deportivas de renombre, que hubiesen sido adquiridas al licenciario legítimo de dichas marcas en dicho país, y las vendiera en España sin el permiso de quien tiene el derecho exclusivo de la marca dentro del territorio nacional, dicho comportamiento constituye, sin género de dudas, y porque así lo determina expresamente la ley, un delito del art. 274, a pesar de que el comprador no resulta engañado –cree que adquiere un producto original, y, efectivamente, eso es lo que adquiere (aunque haya sido fabricado en un país no perteneciente a la Unión Europea)– ni perjudicado, más bien: beneficiado, porque el producto auténtico que compra tendrá lógicamente un precio más barato que el establecido en España para esa mercancía.

Las penas, como se ve, son las mismas que para el resto de conductas y no se han modificado salvo la multa: seis meses a dos años de prisión y multa de 12 a 24 meses; además, de otras accesorias que se puedan imponer según los casos (publicación de la Sentencia, cierre de establecimientos, interdicción del ejercicio de una actividad relacionada con el delito, etc.).

Se exige el requisito de la intencionalidad, es decir el conocimiento de que la importación no está autorizada por el titular. Son delitos dolosos, como el resto de conductas punibles, no es una novedad.

En el caso de las importaciones paralelas, normalmente el importador ya sabe que él no es un distribuidor autorizado por la marca. El problema de los paralelos se plantea para las firmas que canalizan a través de la llamada distribución selectiva; no planteará, por tanto, demasiada dificultad la prueba de esa intencionalidad por vía de indicios en el marco del proceso que se siga.

Esta reforma viene a equipar las infracciones civiles a las penales en materia de marcas. Desde el punto de vista objetivo, las conductas punibles civil y penalmente son las mismas, y la diferencia está en el dolo: para que haya delito es preciso que el infractor actúe a sabiendas de la ilicitud de su conducta, en tanto que en el ámbito civil no se atiende a la intencionalidad para prohibir la conducta –a salvo de determinados supuestos de ejercicio de la acción de indemnización.

La situación que se ha generado a partir del día 1/10/04, es que aunque estas importaciones, quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento de 1383/2003, a efectos de Código Penal constituyen una figura delictiva.

Nos encontramos, por tanto, ante una situación un tanto compleja de las autoridades aduaneras ya que el Reglamento (CE) 1383/2003, del Consejo, de 22 de julio, relativo a la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de la propiedad intelectual, prevé, expresamente, que las autoridades aduaneras suspendan la concesión del despacho a libre práctica, la exportación y la reexportación de las mercancías sospechosas de ser mercancías falsificadas o piratas y de las

mercancías que vulneren determinados derechos de la propiedad intelectual o bien las retengan cuando estén incluidas en un régimen de suspensión, colocadas en una zona franca o depósito franco, en curso de reexportación con notificación, se introduzcan en el territorio aduanero o salgan del mismo, durante el tiempo necesario para poder determinar si efectivamente se trata de mercancías de alguno de esos tipos.

Se recoge, por tanto, la posibilidad de que las autoridades aduaneras puedan adoptar tales medidas, con carácter cautelar, en tanto se determina si existe o no vulneración de los derechos de la propiedad intelectual, a través del procedimiento establecido en la normativa estatal correspondiente, cuya iniciación ha de justificarse por el titular de tales derechos en el plazo establecido en el Reglamento.

Como tales medidas cautelares, la suspensión y la retención previstas en el reglamento suponen restricción de los derechos del declarante, tenedor o propietario de las mercancías, por lo que su aplicación exige una previsión legal expresa que las ampare, como ocurre en los supuestos previstos en el referido Reglamento (CE), sin que sean susceptibles de interpretación extensiva.

Pues bien, la adopción de tales medidas cautelares no sólo no se prevé, sino que se excluye expresamente, (artículo 3 del Reglamento) cuando no existe vulneración alguna de los derechos de la propiedad intelectual, pero la mercancía, sin consentimiento del interesado, se haya en alguna de las situaciones descritas en el artículo 1.1 del Reglamento (declaradas para libre práctica, exportación o reexportación, introducidas o que salen del territorio aduanero, incluidas en un régimen de suspensión o en curso de reexportación con notificación o colocadas en zona franca o depósito franco). De conformidad con ello, la adopción de las medidas de retención o suspensión, previstas en el Reglamento (CE) 1383/2003 a supuestos diferentes de los en él contemplados, como son las denominadas importaciones paralelas, carece de amparo legal.

El hecho de que el legislador español haya optado por tipificar como delitos tales conductas no habilita para aplicar al supuesto de hecho tipificado las medidas cautelares administrativas previstas en el Reglamento, pues el presupuesto de hecho que permite su adopción no es la apariencia de delito o la denuncia efectuada por el titular del derecho de propiedad intelectual, ante las autoridades aduaneras, de la posible existencia de un tipo delictivo, sino la posible vulneración de determinados derechos de la propiedad intelectual en la forma determinada en el Reglamento, lo que no se produce por el simple hecho de la tipificación como delito de las importaciones paralelas.

Así, la tipificación como delito de la conducta indicada (importaciones paralelas) permitirá la aplicación de la normativa estatal prevista al efecto, como es la posible adopción de medidas cautelares por la autoridad judicial correspondiente, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero no la adopción de las medidas cautelares administrativas establecidas en el Reglamento (CE) 1383/2003.

De conformidad con lo expuesto, la adopción de medidas cautelares sobre las mercancías, en el caso de las denominadas importaciones paralelas, no corresponde a las autoridades aduaneras, al carecer tal posibilidad de amparo legal, sino a la autoridad judicial correspondiente, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

por lo que el titular del derecho que se considere perjudicado deberá solicitar su adopción ante el órgano judicial competente, sin perjuicio de la ejecución de la medida cautelar, acordada en sede judicial, por las autoridades aduaneras, cuando así se ordene.

VI. DENUNCIA DE LA EXISTENCIA DE UN DELITO POR IMPORTACIONES PARALELAS

La regulación de la denuncia para proceder contra la vulneración de los derechos contra la propiedad intelectual se encuentra recogida en el artículo 287 del Código penal que establece:

“1. Para proceder por los delitos previstos en la sección 3.a de este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el ministerio fiscal.”

Dentro de la Sección III están incluidos los delitos relativos al mercado y contra los consumidores.

Desde el 1/10/04, no es necesaria la denuncia del titular de la marca para proceder por estos delitos, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 287 de la Ley Orgánica 15/03. Por tanto, se puede plantear una pregunta de ¿qué ocurrirá cuando se retenga una mercancía por las autoridades aduaneras en el marco del Reglamento 1383/2003 de una marca que tenga formulada la solicitud de intervención y el titular del derecho la reconoce como auténtica pero se trata de un paralelo?

Esa importación es delito a tenor de lo establecido en el Código Penal y el delito es perseguible de oficio. Esto nos plantea una segunda pregunta ¿qué deben hacer las autoridades aduaneras en estos supuestos? En estos supuestos se podría entender que dado que el titular del derecho tiene conocimiento de la comisión de un delito, es él el que debería interponer la denuncia, ya que si no la interpone él que es el titular del derecho infringido, las autoridades aduaneras pueden entender que no existe tal presunción de delito ya que el titular del derecho lesionado no ha comunicado a las autoridades judiciales la comisión de ese delito.

VII. DESTRUCCIÓN DE LAS MERCANCÍAS QUE INFRINJAN DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL

La posibilidad de permitir la destrucción de los productos en la fase de instrucción cuando pericialmente se haya determinado su falsedad viene recogida en el siguiente artículo 338 de la Ley Enjuiciamiento Criminal (en vigor desde el 27 noviembre de 2003) que establece:

“... Sin embargo, podrá decretarse la destrucción, dejando muestras suficientes, cuando resultare necesaria o conveniente por la propia naturaleza de los efectos intervenidos o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia, previa audiencia al Ministerio Fiscal y al propietario, si fuere conocido, o a la persona en cuyo poder fueron hallados los efectos cuya destrucción se pretende. Cuando se trate de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, el Juez instructor, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes, ordenará su inmediata destrucción conservando muestras suficientes de dichas sustancias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones, todo ello sin perjuicio de que, de forma motivada, el órgano judicial considere necesario la conservación de la totalidad. Lo conservado estará siempre bajo la custodia del órgano judicial competente.

En todo caso, se extenderá la oportuna diligencia y, si se hubiera acordado la destrucción, deberá quedar constancia en los autos de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de los efectos destruidos. Si no hubiese tasación anterior, también se dejará constancia de su valor cuando su fijación fuere imposible después de la destrucción.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores será también aplicable a los efectos intervenidos en relación con la comisión de delitos contra la propiedad intelectual e industrial, una vez que tales efectos hayan sido examinados pericialmente”.

El art. 17 del Reglamento CE 1383/03 prevé que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para que se destruyan las mercancías reconocidas como mercancías con usurpación de marca o pirata, sin ninguna indemnización ni gasto para el erario, para impedir que se introduzcan en el mercado comunitario.

Ese “reconocimiento” de la falsedad no tiene por qué ser una sentencia condenatoria. Antes de llegar a juicio, puede practicarse una prueba pericial durante la instrucción que determine que el producto es falso y pueda destruirse dejando muestras.

Ahora bien, la prueba pericial que permita destruir los productos entiendo ha de ser una prueba pericial hecha por un perito o tercero, no por el titular del derecho. El reconocimiento o certificación de falsedad que hace el titular no es propiamente una prueba “pericial” en el sentido procesal de la palabra, y aunque sí es suficiente para formular una denuncia, o reconocer la mercancía en la Aduana, no sería suficiente para destruir los productos si todavía no hay una sentencia.

Por tanto, la destrucción no podrá hacerse tan pronto se examinen los productos por el titular en la Aduana, sino que habrá que pedir al juez una prueba pericial y después ordenar la destrucción.

[Fin del documento]