RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS DE ADUANAS EN EL ADPIC Y EN LA LEY DE PROCEDIMIENTOS DE OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

*Lic. Carlos Cartín
Lic. Juan Diego Elizondo*
Lic. Juan Pablo Morales*

Responsabilidad de los funcionarios de Aduanas

El presente artículo consistirá en hacer un análisis acerca de las normas vigentes en Costa Rica que rigen la responsabilidad de los funcionarios aduaneros al momento de ordenar una suspensión de despacho de mercadería, cuando estos se encuentren ante situaciones de posible violación a derechos de propiedad intelectual.

El objetivo de este estudio consiste en esclarecer si existe alguna concordancia entre la responsabilidad genérica que poseen los servidores públicos por disposición de la LGAP, la existente en el ADPIC y en la Ley de Observancia para los funcionarios aduaneros.

Para esto tomaremos en cuenta 3 cuerpos normativos: El Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (en adelante ADPIC), la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual (en adelante Ley de Observancia),

y la Ley General de la Administración Pública (en adelante LGAP).

Ahora bien, como primer punto, es importante tener en cuenta lo plasmado en la LGAP en cuanto a la responsabilidad genérica de los servidores públicos. A partir del artículo 199 se regula el tema de la responsabilidad del servidor público ante terceros. Citamos textualmente:

Artículo 199.-

- 1. Será responsable personalmente ante terceros el servidor público que haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo, aunque sólo haya utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo.*
- 2. Estará comprendido en tales casos el funcionario que emitiera actos manifiestamente ilegales, y el que los obedeciere de conformidad con esta ley.*
- 3. Habrá ilegalidad manifiesta, entre otros casos, cuando la Administración se aparte de dictámenes u opiniones consultivos que pongan en evidencia la ilegalidad, si posteriormente se*

---

*especialista en derecho comercial, UCR

llegare a declarar la invalidez del acto por las razones invocadas por el dictamen.

4. La calificación de la conducta del servidor para los efectos de este artículo se hará sin perjuicio de la solidaridad de responsabilidades con la Administración frente al ofendido.

Se puede observar, para lo que nos interesa, que, de manera genérica, un servidor público llega a ser responsable si actúa con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes. Esto es esencial para lo que más adelante se estudiará.

Como segundo punto, el ADPIC, en su artículo 58, hace referencia a la actuación de oficio de los funcionarios de aduanas. Específicamente, el ADPIC menciona 3 incisos dentro de los cuales las autoridades aduaneras pueden actuar. El inciso a) se refiere a la facultad de las autoridades competentes de solicitar al titular de un derecho, cualquier información que puede ser útil para suspender el despacho de mercancías. Por otra parte, el inciso b) se refiere a que, dicha suspensión de mercadería debe de notificarse al importador y al titular del derecho. Por último, el inciso c) expresa que los Miembros del ADPIC eximirán a las autoridades competentes y a los funcionarios públicos de las responsabilidades que darían lugar a medidas correctoras, únicamente en los casos llevados a cabo o proyectados de buena fe.

Citamos textualmente el inciso c) de dicho numeral:

*Artículo 58: Actuación de oficio.-
Cuando los Miembros pidan a las autoridades competentes que actúen por propia iniciativa y suspendan el*

despacho de aquellas mercancías respecto de las cuales tengan la presunción de que infringen un derecho de propiedad intelectual:

a) ...,

b) ...,

c) los Miembros eximirán tanto a las autoridades como a los funcionarios públicos de las responsabilidades que darían lugar a medidas correctoras adecuadas sólo en el caso de actuaciones llevadas a cabo o proyectadas de buena fe.

Se ve aquí como el ADPIC plasma como requisito de las actuaciones de los funcionarios públicos que éstas hayan sido llevadas a cabo o proyectadas de "buena fe". Este aspecto sería, por decirlo así, el eximente de responsabilidad de los funcionarios de aduanas al momento de suspender el despacho de las mercancías dudosas. Claramente, el concepto de "buena fe" presenta un alto nivel de indeterminación y en la práctica las conductas catalogadas como tales son de difícil, sino de imposible comprobación. Creemos que esto es una deficiencia de este numeral 58 del ADPIC.

También se ha discutido si la incertidumbre de este artículo se origina de la traducción del inglés al español de este artículo. En este sentido la redacción en inglés del artículo 58 se lee de la siguiente forma:

58:

Ex Officio Action

Where Members require competent authorities to act upon their own initiative and to suspend the release of goods in respect of which they have acquired prima facie evidence that an intellectual property right is being infringed:

- (a) ...;
 (b) ...;
 (c) *Members shall only exempt both public authorities and officials from liability to appropriate remedial measures where actions are taken or intended in good faith.*

De lo que se citó en inglés y lo que fue traducido, se puede establecer que no existe diferencia sustancial entre una versión y la otra, por lo que puede concluirse en este sentido que la traducción no es la que origina el problema, sino que deviene de una técnica de redacción no muy acertada y poco precisa.

Por otro lado, tenemos el artículo 16 de la Ley de Observancia, el cual se refiere a la actuación de oficio de los funcionarios aduaneros para poder retener y no despachar mercancías importadas, exportadas o en tránsito, donde existan sospechas de violación a derechos de propiedad intelectual.

Dice textualmente el artículo:

Artículo 16.- Actuación de oficio.-

Cuando las autoridades aduaneras tengan suficientes motivos para considerar que se vulnera un derecho de propiedad intelectual, deberán actuar de oficio y retener el despacho de las mercancías importadas, exportadas o en tránsito, que se sospeche que infringen un derecho de propiedad intelectual, sin requerir solicitud formal por parte de un privado o del titular del derecho. Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la retención de las mercancías, las autoridades de aduana deberán denunciar, ante el Ministerio Público,

la comisión de alguno de los delitos contemplados en la presente Ley. De lo contrario, la mercancía deberá ser devuelta y la autoridad aduanera será responsable por los daños y perjuicios ocasionados, de conformidad con las normas de la Ley general de la Administración Pública. En la medida de lo posible, las autoridades de aduanas informarán al titular sobre los derechos que puedan estar infringiéndose.

(Así reformado por el artículo 1° aparte c) de la Ley 8656 de 18 de julio de 2008.)

Derivado del artículo anterior se genera una duda acerca de que el funcionario deberá retener aquella mercadería que sospeche que infringe un derecho de propiedad, lo que resulta muy difícil de comprobar, y podría originarle al funcionario responsabilidad de pagar los daños y perjuicios por retener esa mercadería. Es decir, si suponemos que el funcionario retuvo una mercadería porque sospechaba que podía infringir un derecho de propiedad, pero luego se determina que no infringía nada, quedaría el funcionario respondiendo por los daños y perjuicios que hubiera podido ocasionar. La sospecha resulta ser muy indeterminada y difícil de precisar en el aspecto práctico, ya que como podría establecerse que el funcionario podía tener una presunción de que se infringía el derecho de propiedad intelectual. Inclusive existen casos que se ubican en una zona gris, donde el producto está muy bien logrado y no es posible determinar su verdadero precio en el mercado, lo que deja al Agente en indefensión. Lo que nos lleva a pensar que sería mejor para el funcionario no retener nada, y si luego se le quiere responsabilizar por no retener la mercadería,

podría indicar que él no tenía la capacidad de sospechar que dicha mercadería podía estar infringiendo un derecho de propiedad intelectual.

Vemos en dicho numeral la existencia de un deber de los funcionarios para actuar de oficio, no una potestad, para proceder a retener el despacho de las mercancías que puedan infringir un derecho de propiedad intelectual. Este es un punto clave a tener en cuenta. Asimismo, este artículo de la Ley de Observancia exige también, que se proceda dentro de los siguientes diez días hábiles, denunciar ante el Ministerio Público la comisión del delito. Si esto no se llega a realizar, la autoridad aduanera llegará a ser responsable de los daños y perjuicios ocasionados.

Ahora bien, luego de haber analizado brevemente los 3 artículos precedentes, es lógico que lleguen a presentarse dudas, o bien, contradicciones entre dichas normas. Veamos los 3 puntos esenciales:

- 1- Por un lado, la LGAP, de manera general, le achaca responsabilidad a un servidor público cuando haya **actuado con dolo o culpa grave** en el desempeño de sus deberes,
- 2- El ADPIC le achaca responsabilidad a un funcionario cuando, al momento de suspender despacho de mercaderías, sus actuaciones **no sean llevadas a cabo o proyectadas de buena fe**,
- 3- La Ley de Observancia no les achaca responsabilidad a las autoridades aduaneras cuando retienen el despacho de mercaderías sospechosas de infringir derechos de propiedad intelectual,

siempre que tengan suficientes motivos para considerar que se vulnera un derecho de propiedad intelectual. Pero bien podría suceder que el importador de la mercadería lograra demostrar que no se infringían derecho de propiedad intelectual, lo que igualmente le originaría responsabilidad al funcionario.

La siguiente pregunta es de suma importancia: ¿Cuál norma se debe de seguir y aplicársele al funcionario de aduanas? Aunque la LGAP estipula de manera general, que es responsable el servidor que actúa con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes, pareciera que, mediante el ADPIC y la Ley de Observancia, se le quiso dotar de ciertas facultades al funcionario aduanero al momento de verse envuelto en el ámbito específico de propiedad intelectual. La LGAP es una normativa general, estipulando regulaciones amplias, que bien pueden dejarse de lado por ley especial. Es a partir de aquí, que el tema se vuelve algo confuso por lo que se dirá.

Siguiendo esta tesis, encontramos por consiguiente el ADPIC y la Ley de Observancia. El ADPIC se basa únicamente en la existencia de "*buena fe*" para que los funcionarios de aduanas puedan actuar de oficio, y sin conllevar consigo responsabilidad en sus actuaciones. No se estipula algo más como requisito. Hasta aquí tenemos que únicamente un concepto amplio e indeterminado, difícil de probar, como la "*buena fe*" se convierte en el único requisito para que los funcionarios puedan retener el despacho de mercadería.

Es así como posteriormente, llega la Ley de Observancia con su artículo 16, especificando que las autoridades aduaneras no tendrán

responsabilidad en la retención del despacho de mercadería cuando tengan “*suficientes motivos*” para considerar que se vulneran derechos de propiedad intelectual.

Con este artículo 16 de la Ley de Observancia, se crea confusión. El ADPIC especifica que basta la “*buena fe*” para hacer dicha retención, y la Ley de Observancia llega a estipular que se tienen que tener “*suficientes motivos*” para hacerlo. A nuestro gusto, ninguna de las dos normativas son claras en sus requisitos. Es más, podríamos atrevernos a decir que ambas normas chocan y no llegan a una misma idea. Esto en la práctica sin duda alguna genera confusión sobre cual norma aplicar, por lo que los funcionarios aduaneros no llegan a tener claro el panorama al momento de retener el despacho de mercadería en temas de propiedad intelectual.

El ADPIC no hace un detalle de lo que puede significar algo tan indeterminado como la “*buena fe*”. Asimismo, la Ley de Observancia en ningún momento aclara qué se entiende por “*suficientes motivos*”.

A nuestro juicio, existe incertidumbre en ambas. Es decir, no bastaría la “*buena fe*” del funcionario, sino que, es necesario también, que existan “*suficientes motivos*” por parte del funcionario aduanero, para poder hacer la retención de mercadería, de lo contrario, le será achacada responsabilidad. Estos “*suficientes motivos*” para considerar que se vulneran derechos de propiedad intelectual, no se especificaron en la Ley de Observancia, y es un tema que permite la discrecionalidad, lo que puede dar lugar a confusión e interpretación. Para empeorar las cosas, no existen en el país votos o resoluciones reiteradas, ni siquiera aisladas,

sobre el tema aquí desarrollado, que pueda aclararnos el panorama.

Conclusiones y Recomendaciones

En síntesis, la problemática planteada hasta el momento presenta dos aspectos básicos. Como primer aspecto podemos señalar una aparente falta de concordancia y claridad presente en las normas que rigen la responsabilidad de los funcionarios aduaneros ante posibles infracciones de derechos de propiedad intelectual que son conocidas en el ejercicio de sus funciones, lo que dificulta su aplicación y acatamiento en la práctica. Como segundo aspecto, resalta que legislador nacional genera un aparente énfasis (*focus*) entre la norma de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual que regula responsabilidad del funcionario de aduanas (artículo 16) creando una diferencia de criterios que pueden dar surgimiento a dicha responsabilidad con respecto a lo planteado en el artículo 199 de la Ley General de la Administración Pública.

En cuanto al primer aspecto señalado cabe preguntarse ¿Existe un verdadero choque de normas entre el artículo 16 de la LPOPI y el artículo 58 inciso c) del ADPIC? Si bien es cierto no puede afirmarse categóricamente que la actuación conforme a una norma infringe lo dispuesto en la otra, puesto que la existencia de “*suficientes motivos*” no excluye una actuación de “*buena fe*” o, a la inversa, el actuar con ésta última no podría excluir la posibilidad de que deban existir motivos suficientes. Más bien, pareciera que, en el amplio margen de posibilidades que términos indeterminados como éstos

proveen, ambas conductas podrían exigirse si se hiciese un ejercicio de integración.

El principal problema radica en que hay una norma que incentiva la actuación de oficio (artículo 16 LPOPI) bajo un criterio (existencia de motivos suficientes de sospecha) que crea responsabilidad por la omisión de actuar en un plazo determinado (10 días) y, por otro lado, existe una norma que exige la exención de responsabilidad en los casos en que existe una actuación de buena fe. Ambos artículos parecen pretender incentivar la actuación del funcionario mediante dos métodos opuestos, a saber: la atribución de responsabilidad por una acción omisiva cuando existe una condición (motivos suficientes) y, por otro lado la exención de responsabilidad cuando existe una condición (buena fe) no excluyente con respecto a la de la otra norma. La primera pretende incentivar la actuación de oficio so pena de responsabilidad y la segunda pretende incentivar la misma al conceder un eximente que permita actuar sin temor de ser responsabilizado por sus actos, siempre que éstos se lleven a cabo de buena fe.

Entonces, al momento de aplicación surgen cuestionamientos cruzados sobre el decir de cada norma, *i.e.*: ¿El actuar con motivos suficientes puede considerarse como una actuación de buena fe? ¿Es necesaria la existencia de motivos suficientes y de la actuación de buena fe para estar exento de toda responsabilidad?, ¿Quedo exento de responsabilidad si actúo de oficio y de buena fe al detener un embarque de mercadería pero no hago la denuncia correspondiente en el plazo establecido por la norma?, ¿Existe la posibilidad de actuar con motivos suficientes sin actuar de buena fe?

La duplicidad de criterios y medios para el tratamiento de un mismo supuesto fáctico presentado por dos normas distintas, termina por dificultar y desincentivar el acatamiento de la norma ante la falta de claridad en cuanto a la conducta que se espera ante un determinado supuesto.

A todo lo anterior, se suma la existencia de una norma previa que establece una responsabilidad genérica para el funcionario público en sus actuaciones (artículo 199 de la LGAP), y sobre la cuál una de las normas específicas hace mención y énfasis (artículo 16 de la LPOPI).

Tomando en cuenta todo lo anterior, resulta pertinente que se planté una reforma al texto del artículo 16 de la LPOPI que señale claramente los supuestos que generarían responsabilidad por parte del funcionario y aquellos que le eximirían. Una posibilidad es que tanto la existencia de motivos suficientes como la actuación de buena fe sean tenidas como condiciones eximentes de responsabilidad, siendo que deban darse ambas simultáneamente (con las dificultades probatorias que eso implica). Otra posibilidad es que la actuación de buena fe sea tenida como condición única para eximir de responsabilidad al funcionario. Otra posibilidad es que se tipifiquen de forma más específica las conductas que pueden generar responsabilidad, *i.e.*:

“Recaerá responsabilidad al funcionario de aduanas cuando éste, conociendo sobre del trasiego de mercaderías que infrinjan de forma evidente derechos de propiedad intelectual, omita confiscar o llevar a cabo las acciones necesarias

para evitar que dichas mercaderías ingresen y se comercialicen en el territorio costarricense. Queda exento el funcionario de toda responsabilidad cuando actuando diligentemente y de buena fe, no pudiere detectar tales infracciones en virtud de la calidad

de las reproducciones ilegítimas o de cualquier otro subterfugio haga imperceptibles las infracciones a los derechos de propiedad intelectual, o cuando el ingreso de estas mercancías fuere autorizado por el titular del derecho”.