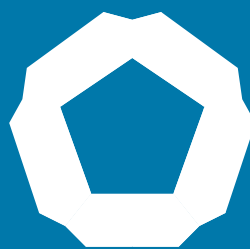


# INFORME

*Comercio ilícito  
en la Unión Europea*



Foro  
Europa  
Ciudadana



Foro  
Europa  
Ciudadana

## José Carlos Cano Montejano

### Presidente de Foro Europa Ciudadana

José Carlos Cano Montejano es profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Doctor con Mención Europea por la misma Universidad con la tesis doctoral “La Integración Europea desde el Tribunal Constitucional alemán”.

Su labor profesional ha estado centrada desde sus comienzos en cuestiones europeas y en temas comunitarios.

Ha asesorado a Administraciones Públicas, ha colaborado con despachos de abogados y ha participado en diversos programas de especialización sobre Derecho Europeo. Centra gran parte de su investigación en estudios de Derecho comparado relacionados con la implementación del Derecho Comunitario en los Estados miembros de la Unión Europea, con especial énfasis en Alemania y en el ámbito germano parlante.



## José Carlos Cano Montejano

### Presidente de Foro Europa Ciudadana

#### Estimado lector/a:

Tiene en sus manos el tercer informe elaborado por nuestro think tank **Foro Europa Ciudadana**.

Tras los dos monográficos anteriores dedicados a la transparencia y a la hiperregulación, abordamos un asunto que también está muy presente en la realidad de la Unión Europea: **el comercio ilícito**.

Europa es un mercado con más de 500 millones de personas en el que miles de productos circulan diariamente y en el que las mafias han puesto toda su atención desde hace años. Las instituciones comunitarias están dedicando importantes esfuerzos para hacer frente a este preocupante fenómeno, que tiene consecuencias muy negativas para toda la sociedad desde el punto de vista económico y social.

La pérdida de puestos de trabajo, la reducción en miles de millones de euros de recaudación para las arcas de los diferentes Estados, así como los riesgos que para los consumidores implican el consumo de productos procedentes del contrabando son motivos suficientes para que las autoridades europeas y nacionales de cada país trabajen juntos.

Por todo ello, desde **Foro Europa Ciudadana** hemos querido aproximarnos a este tema analizando la legislación existente, los datos más relevantes, así como los sectores que más padecen las consecuencias del comercio ilícito.

Confiamos en que este nuevo trabajo de nuestro think tank contribuya a nuestra misión de conocer, divulgar y proponer ideas que ayuden a mejorar el proyecto europeo.

Atentamente,

**José Carlos Cano Montejano**  
Presidente  
**Foro Europa Ciudadana**

# Índice

<b>1</b>	<b><i>Introducción</i></b> _____	p/08
<b>2</b>	<b><i>El Mercado Único Europeo</i></b> _____	p/10
<b>3</b>	<b>Estrategia Comunitaria para la protección del Mercado Interior</b>	
<b>3.1</b>	<i>El Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y el Reglamento 2988/95</i> _____	p/14
<b>3.2</b>	<i>La lucha contra el fraude: de la UCLAF a la OLAF</i> _____	p/18
<b>3.3</b>	<i>Cuestiones relativas a las investigaciones de la Comisión Europea en el ámbito del fraude</i> _____	p/22
<b>3.4</b>	<i>Reglamentos de protección de la propiedad intelectual</i> _____	p/26
<b>3.5</b>	<i>Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual</i> _____	p/34
<b>3.6</b>	<i>Programas comunitarios Aduanas 2013 y Fiscalis 2013</i> _____	p/38
<b>3.7</b>	<i>El Código Aduanero Comunitario</i> _____	p/40
<b>4</b>	<b><i>Respuesta aduanera a las últimas tendencias en falsificación y piratería</i></b> _____	p/42
<b>5</b>	<b><i>La Estrategia de Lisboa y la política fiscal y aduanera</i></b> _____	p/48
<b>6</b>	<b><i>Comercio ilícito de tabaco y estrategia de la UE para luchar contra el contrabando</i></b> _____	p/52
<b>7</b>	<b><i>Contrabando de medicamentos y productos farmacéuticos</i></b> _____	p/56
<b>8</b>	<b><i>Comercio ilícito de pieles y animales exóticos</i></b> _____	p/60

## 1. Introducción

Afrontar la cuestión del **comercio ilícito** es una tarea *per se* compleja y delicada. Como actividad ilegal en primer término debe ser considerada desde la perspectiva del **Derecho sancionador**, ya sea desde la vertiente del Derecho Penal o desde la del Derecho Administrativo con los procesos administrativos sancionadores. En ambos casos, **el reproche jurídico tendrá consecuencias** para los que hayan incurrido y cometido las conductas que sean susceptibles de ser subsumidas en los tipos correspondientes recogidos en las **Leyes penales** y en los **Reglamentos sancionadores** pertinentes.

Sin embargo, en este ámbito, como en tantos otros, el **fenómeno de la integración europea** ha supuesto un hecho novedoso y relevante: la perspectiva del Derecho interno de cada Estado es matizado, complementado y en ocasiones sublimado a través de la influencia del **Derecho Europeo**, que dota de nuevas perspectivas jurídicas a la interpretación de los **ordenamientos jurídicos nacionales**, haciéndoles permeables a la normativa comunitaria. Es en este ámbito en el que este informe pretende moverse. No se va a llevar a cabo un análisis pormenorizado de la regulación interna nacional del comercio ilícito que tiene su relevancia objetiva, sino que nos vamos a centrar en las **consecuencias que la implementación del Mercado Único Europeo** también denominado Mercado Interior va a tener sobre las actividades que vayan en contra de su logro y establecimiento efectivos.

**“Este informe ofrece una visión de conjunto sobre la normativa comunitaria que ha permitido el establecimiento del Mercado Interior”.**



El **comercio ilícito** adopta en este sentido varias caras: el contrabando, el fraude, la falsificación, la piratería, pero todas con una nota característica común, y es que **son actividades que tienen trascendencia siempre respecto de los derechos subjetivos derivados de la propiedad intelectual e industrial**, y que no son más que una manifestación de la libertad de empresa y del libre desarrollo de la personalidad, del derecho de propiedad y de la protección jurídica de la misma, como derechos fundamentales que permean, matizan y modulan toda la regulación en este ámbito, y que **deben ser suficientemente protegidos y salvaguardados**, también y en primer término a nivel comunitario. En este sentido, ya la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** recoge en su artículo 17.2 el respeto de la propiedad intelectual como uno de los derechos básicos de los ciudadanos europeos, en el marco del derecho de propiedad<sup>1</sup>.

De este modo, este informe en primer término va a ofrecer una **visión de conjunto sobre la normativa comunitaria que ha permitido el establecimiento del Mercado Interior**, y también sobre aquella que específicamente se refiere a la prevención de las actividades comerciales ilícitas y fraudulentas. En segundo término, se ofrecerá una visión del *state of the art* de la cuestión, a través de ejemplos y situaciones concretas y palpables, que iluminen al lector sobre la importancia de la cuestión que nos ocupa, refiriéndonos a **sectores que están en el punto de mira de estas actividades ilegales**. Por supuesto, tocar cada uno de los ámbitos sometidos a comercio ilícito sería una tarea que excedería en

mucho los objetivos que nos hemos planteado con este trabajo, pero podemos afirmar que los que vamos a tocar tienen suficiente relevancia y capacidad ejemplificativa para ofrecer una **correcta visión de conjunto** sobre la trascendencia del tema que aquí se trata.

Además hay que señalar que los esfuerzos de las **Instituciones europeas** en la lucha contra estas actividades ilícitas no hacen más que enmarcarse en la regulación internacional promovida desde la **Organización Mundial del Comercio**, y cuya manifestación más significativa está representada por el **Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual** relacionados con el Comercio denominado **Acuerdo sobre los ADPIC**, y que se aprobó en el marco de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay, cuya traslación al Derecho comunitario se produjo a través de la Decisión 94/800/CE<sup>2</sup>, y los diversos instrumentos y convenios internacionales vigentes: el Convenio de París para la **Protección de la Propiedad Industrial**, el Convenio de Berna para la **Protección de las Obras Literarias y Artísticas** y la Convención de Roma sobre la **Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes**, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión. En este sentido, recientemente, el Comisario Europeo de Comercio -Karel De Gucht- hacía referencia a la importancia de las **relaciones de la UE con los países en desarrollo**, dado que gran parte de los productos que se importan hacia Europa proceden de estos Estados<sup>3</sup>, y gran parte del comercio ilícito y del contrabando proviene de los mismos.

<sup>1</sup>Artículo 17.2 Derecho a la Propiedad: “Se protege la propiedad intelectual”; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) DOCE C 364/1, de 18.12.2000

<sup>2</sup>DOCE L 336, DE 23.12.1994

<sup>3</sup>Conferencia: “The EU and the Emerging Powers”, dictada ante el Parlamento Europeo, 29-30 abril 2013 en Bruselas.

## 2. El Mercado Único Europeo

El **Tratado de la Unión Europea** recoge ya el logro del Mercado Interior en el Preámbulo del mismo, equiparándolo a otros objetivos declarativos que deben enmarcar el **proceso de integración europea**. De este modo, junto con el progreso económico y social y el desarrollo sostenible, la Unión Europea se coloca ante el reto de la consecución de un **mercado único sin fronteras interiores**<sup>4</sup>.

En este sentido, y en coherencia con lo expresado en el Preámbulo, el **Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea**, dedica al Mercado Interior el Título Primero de la Tercera Parte, que a su vez se denomina **Políticas y Acciones Internas de la Unión**. Los artículos 26 y 27 del TFUE nos exponen los objetivos básicos para lograr el Mercado interior y garantizar su funcionamiento<sup>5</sup>.

“El Tratado de la Comunidad Económica Europea establecía en sus principios como primer objetivo el logro de un mercado común”.

<sup>4</sup>Preámbulo del TUE, versión consolidada, DO 83 de 30.3.2010: “Decididos a promover el progreso social y económico de los pueblos, teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible, dentro de la realización del mercado interior y del fortalecimiento de la cohesión y de la protección del medio ambiente y a desarrollar políticas que garanticen que los avances en la integración económica vayan acompañados de progresos paralelos en otros ámbitos.” § 1.

<sup>5</sup>TFUE, versión consolidada, DO de 30.3.2010:

Artículo 26: “1. La Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados.

2. El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados.

3. El Consejo, a propuesta de la Comisión, definirá las orientaciones y condiciones necesarias para asegurar un progreso equilibrado en el conjunto de los sectores considerados.

Artículo 27: “En el momento de formular sus propuestas encaminadas a la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 26, la Comisión tendrá en cuenta la importancia del esfuerzo que determinadas economías, que presenten un nivel de desarrollo diferente, tendrán que realizar para el establecimiento del mercado interior, y podrá proponer las disposiciones adecuadas. Si dichas excepciones adoptaren la forma de excepciones, deberán tener carácter temporal y perturbar lo menos posible el funcionamiento del mercado interior.

De esta manera, el **Tratado de Lisboa** no hace nada más que continuar con uno de los principios básicos que inspiró en 1957 la creación de la primitiva **Comunidad Económica Europea**<sup>6</sup>, y que se fijó -ya desde aquellos momentos incipientes- como uno de sus objetivos prioritarios la consecución del Mercado Común, el denominado en inglés **common market**, y cuya realización durante varias décadas impulsó el desarrollo de esa originaria CEE, junto con los esfuerzos de sus seis países fundadores.

Como hemos indicado, el **Tratado de la Comunidad Económica Europea** establecía en sus principios como primer objetivo el logro de un mercado común<sup>7</sup>, y su consecución se articulaba a través de determinadas acciones que la Comunidad se fijaba a partir de una serie de hitos relevantes<sup>8</sup>, que desembocarían en la creación de una **Unión Aduanera** y en el establecimiento de una **Política Comercial Común**. Esta política se convertiría en uno de los pilares de referencia sobre los que construir la integración europea primigenia, y que guiaría la acción de las **Instituciones Comunitarias** en gran parte de su actividad.

Un punto importante en este caminar hacia la creación del **Mercado Interior** fue la aprobación del **Acta Única Europea**. Este Tratado comunitario se fijaba

el objetivo de 1992 para el logro del Mercado Único Europeo, como **espacio de intercambio que superase las trabas** que estaban paralizándolo la realización del Mercado Común desde la entrada en vigor de la **Unión Aduanera en 1969**. El AUE establece en su articulado<sup>9</sup> una serie de metas que se vieron complementadas con la aprobación de las directivas del Mercado Interior que se han convertido en uno de los **elementos definitorios de la integración europea**, y del funcionamiento de ese Mercado Único Europeo, y que está estrechamente ligado con la consecución de las **cuatro libertades básicas comunitarias: la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios, la libre circulación de capitales y la libertad de circulación de personas**.

Posteriormente, el Tratado de la Unión Europea, también conocido como **Tratado de Maastricht**, mantuvo su compromiso con el Mercado Interior desde el mismo Preámbulo<sup>10</sup>, aunque este Tratado supuso un paso importante hacia adelante en la medida en que introdujo la **Unión Económica y Monetaria**, con el calendario de implantación de la moneda única, la creación del **Banco Central Europeo**, y también la ciudadanía de la Unión, como hitos relevantes que hicieron de este Tratado uno de los momentos más importantes de toda la historia reciente de la integración comunitaria.

<sup>6</sup>El Preámbulo de la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, DO C 321, DE 29.12.2006 establece que: “RECONOCIENDO que la eliminación de los obstáculos existentes exige una acción concertada para garantizar un desarrollo económico estable, un intercambio comercial equilibrado y una competencia leal, ...”, de este modo, se explicita el compromiso de la Comunidad Europea con la promoción del comercio ordenado entre los Estados miembros y la competencia leal en el mercado interior.

<sup>7</sup>Artículo 2, versión consolidada Tratado constitutivo de la Comunidad Europea:

“La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembro”.

<sup>8</sup>Artículo 3, C 321 E/44 ES Diario Oficial de la Unión Europea 29.12.2006:

“1. Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado:

a) la prohibición, entre los Estados miembros, de derechos de aduana y de restricciones cuantitativas a la entrada y salida de las mercancías, así como de cualesquiera otras medidas de efecto equivalente;

b) una política comercial común;

c) un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales;

d) medidas relativas a la entrada y circulación de personas, conforme a las disposiciones del título IV;

e) una política común en los ámbitos de la agricultura y de la pesca;

f) una política común en el ámbito de los transportes;

g) un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior;

h) la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común.”

<sup>9</sup>Artículo 2, versión consolidada Tratado constitutivo de la Comunidad Europea:

“La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembro”.

<sup>10</sup>DO C 325/5, de 24.12.2002, Preámbulo:

“ DECIDIDOS a promover el progreso social y económico de sus pueblos, teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible, dentro de la realización del mercado interior y del fortalecimiento de la cohesión y de la protección del medio ambiente, y a desarrollar políticas que garanticen que los avances en la integración económica vayan acompañados de progresos paralelos en otros ámbitos.”

Estamos llevando a cabo esta presentación de la **evolución del Mercado Interior** porque sin esta perspectiva no se puede llegar a entender de manera comprensiva la transcendencia que tiene y el respecto de los principios que rigen su funcionamiento, junto con la **eficacia de la Unión Aduanera**<sup>11</sup>, que desde el 1 de julio de 1968 distingue la integración europea de muchos otros esquemas de integración que se dan en otros continentes, pero que carecen de la fuerza, de la capacidad y firmeza que ha hecho que la Unión Europea se convierta en **referente para otros modelos de integración en el resto del mundo** -AELC, MERCOSUR, NAFTA, etc.-.

La **Unión Aduanera** se basa en la desaparición de las fronteras interiores entre los **Estados miembros de la Unión Europea** -que renuncian de este modo a su propia Política Comercial independiente, debiendo articular sus relaciones comerciales con el resto del mundo a través de Bruselas, y en concreto, de la **Comisión Europea**, que ostenta la representación de los Estados miembros para este ámbito-, y en la aplicación de unos mismos derechos aduaneros en todas las fronteras comunitarias el arancel exterior común, lo que conlleva la **desaparición de cualquier traba a la circulación de mercancías** entre los Estados miembros de la Unión Europea.

Esta pérdida de soberanía en el ámbito de la política comercial se ve compensada por la **fortaleza que la Unión Europea presenta respecto al resto del mundo** en este ámbito, ofreciendo una cara única y una única interlocución que se articula a través de

la Comisión Europea, en la medida en que participa -junto a los Estados miembros- en la negociación de las **Rondas internacionales para la liberalización del comercio mundial en la OMC**, y en los Tratados internacionales que afectan a esta cuestión.

Como hemos podido comprobar, los Tratados ofrecen suficiente base jurídica a la **Comisión Europea** y al resto de las Instituciones Europeas para **emanar una legislación coherente con el logro del Mercado Interior o Mercado Único Europeo**. Así se evita que se produzcan situaciones de desviación de tráfico comercial ilícito, y para garantizar que los ingresos fiscales derivados del correcto funcionamiento del mismo no se vean desvirtuados y disminuidos a consecuencia de **situaciones fraudulentas y relevantes penalmente** en la mayoría de los casos, aparte de suponer infracciones de carácter administrativo que también se pueden sancionar en los correspondientes **procedimientos**.

La actividad de la **Comisión Europea**, principal garante del funcionamiento del Mercado Interior, se articula desde **tres perspectivas en apariencia claramente delimitadas**, pero que en realidad tienen bastantes puntos de conexión y elementos comunes; por un lado, la Comisión Europea en la Dirección General Comercio (TRADE) vela porque la **Política Comercial Común** se implemente de la mejor manera posible, recurriendo a los **instrumentos internacionales** y a los **acuerdos bilaterales y multilaterales** que puedan mejorar



su eficacia y realización. En segundo término, la Comisión Europea actúa desde la **Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera**, que está más centrada en la correcta implementación del sistema común aduanero, su aplicación, las cuestiones derivadas de la recaudación fiscal, y todas aquellos temas relacionados con este ámbito. Por supuesto, en esta Dirección se promueven las **medidas comunitarias relativas a la protección frente al comercio ilícito**, encaminadas a atacar situaciones fraudulentas, incluido la **falsificación y el contrabando de mercancías**.

En tercer lugar, la Comisión también actúa desde la **Dirección General de Mercado Interior y Servicios**, aunque esta División está más dedicada a la implementación de la libre circulación de mercancías y la efectiva realización de la **Libre prestación de servicios**, pero tiene innegables conexiones con la prevención y la lucha contra el comercio ilícito y el contrabando, porque el Mercado Interior con un correcto funcionamiento debería estar especialmente capacitado para **evitar que se produjesen situaciones de fraude**, porque hacen inservible cualquier cautela que la normativa pueda prever para su efectivo logro y realización.

En este sentido nos parece interesante mencionar que el **presupuesto comunitario para el ejercicio 2013** se descompone en los siguientes elementos: **un 11,3 % procede del IVA recaudado** en el conjunto de la Unión Europea, y que en un porcentaje se remite a Bruselas para dotar el presupuesto de la UE. **El 14,1% del presupuesto procede de los derechos de aduana** y de los derechos especiales sobre el azúcar. **El 73,4% restante procede de un porcentaje sobre la RIB** (Renta Interior Bruta) de los Estados miembros, que en concreto supone **el 0,73 % del PIB** de cada uno de estos países, que deben hacer transferencia al presupuesto comunitario de ese porcentaje. Este último elemento no depende de la gestión comunitaria, ya que se recauda directamente por los Estados miembros a través de sus **sistemas impositivos internos**. Sin embargo, los derechos de aduana sí se gestionan a través de la entrada de productos y bienes en las fronteras comunitarias, y esa gestión aduanera no supone más que la **realización descentralizada de una Política comunitaria**, que ha sido atribuida por los Tratados a las Instituciones Europeas, y en concreto, a la **Comisión Europea**.

De esta manera, de los 150.900 millones de Euros que constituyen el presupuesto comunitario para el ejercicio 2013, **21.276 millones provienen de los ingresos aduaneros**. Se puede comprobar con bastante facilidad a la luz de estos datos, que

la primera interesada en evitar el fraude derivado de situaciones ilícitas es la propia **Comisión Europea**, que vería reducidos sus ingresos por conceptos que dependen de la correcta ejecución e implementación del **Mercado Interior y de la Unión Aduanera**. Además el correcto funcionamiento de este esquema no sólo se basa en la actuación de la Comisión Europea, sino en la **cooperación y colaboración con las autoridades aduaneras de los Estados miembros**, no en vano el Reglamento 450/2008, que establece el Código Aduanero Comunitario, declara que:

*“La realización del mercado interior, la reducción de los obstáculos al comercio y a la inversión internacionales y la necesidad cada vez mayor de garantizar la seguridad y protección de las fronteras exteriores de la Comunidad son factores, todos ellos, que han transformado el papel de las autoridades aduaneras, otorgándoles un protagonismo dentro de la cadena de suministros y, merced al seguimiento y gestión del comercio internacional que realizan, haciendo de ellas un importante catalizador de la competitividad de los países y de las empresas”<sup>12</sup>.*

**“La pérdida de soberanía en el ámbito de la política comercial se ve compensada por la fortaleza que la Unión Europea presenta respecto al resto del mundo”.**

<sup>11</sup>[http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/40customs/customs\\_general\\_info/about/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/taxation_customs/40customs/customs_general_info/about/index_es.htm)

<sup>12</sup>Considerando (6), Reglamento 480/2008

### 3. Estrategia comunitaria para la protección del Mercado Interior

#### 3.1. El Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y el Reglamento 2988/95

En julio de 1995 el Consejo aprobó un Acto en el que se establecía un **Convenio para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas**<sup>13</sup>. La base jurídica que se alegaba era el artículo K.3 del TUE<sup>14</sup>.

En este Convenio, los Estados firmantes -en aquel momento todavía doce miembros componían la Unión Europea- declararon que la lucha contra el fraude que afecte a los **intereses financieros de la Unión Europea** debe regularse desde el ámbito de la cooperación entre Estados, conforme a lo establecido en el propio **Tratado de Maastricht**.

El Convenio comienza constatando el hecho de que **el fraude trasciende casi siempre a un único Estado miembro**, al cometerse por bandas y organizaciones criminales organizadas<sup>15</sup>, de manera que si se quiere combatir de forma contundente este tipo de actuaciones **es necesaria una acción conjunta**, que se fundamente en una definición común de las conductas perseguibles<sup>16</sup>. De esta manera, este primer instrumento se basaba en la **homogeneización de criterios en los Estados miembros**, respecto a qué tipo de conductas hay que considerar fraudulentas, cuáles deben ser las sanciones desde unos parámetros de reglas **de minimis**, y las consecuencias respecto a la persecución y a la extradición, **la responsabilidad penal de las personas jurídicas** y la cooperación interestatal, que es el plano en el que se mantiene la cuestión en la medida en que un **Acto del Consejo** no está dentro de las disposiciones jurídicas que deben englobarse dentro del **Derecho Europeo** propiamente dicho.

El Convenio matiza entre **dos posibles líneas de fraude**, una atinente a los gastos, y la otra a los ingresos; en ambos casos la consecuencia es la **comisión de una acción ilícita**, que debe ser sometida a reproche penal y/o administrativo<sup>17</sup>. Sin embargo, pocos meses después, en diciembre de 1995, el Consejo aprobó una disposición, el Reglamento 2988/95<sup>18</sup>, que **supuso el primer hito remarcable**, al recurrirse por primera vez en este ámbito a una **norma de Derecho Comunitario de primer rango**, y que tuvo una incidencia directa sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, sin que se requiera por su parte de ningún **acto de transposición** o adaptación al Derecho interno.

En consonancia con el Convenio citado con anterioridad, este Reglamento comienza alegando como base jurídica el **art. 235 del TCE**. Hay que recordar que esta base sólo puede alegarse

en aquellos supuestos en los que -sin aparecer explícitamente en los Tratados la competencia a favor de la Comisión Europea-, sin embargo, **el logro de los objetivos** recogidos en los mismos quedaría privado de sentido si no pudiese actuarse en un sector determinado con **una acción comunitaria concreta y efectiva**.

**“En este Convenio, los Estados firmantes declararon que la lucha contra el fraude debe regularse desde el ámbito de la cooperación entre Estados”.**

<sup>13</sup>Acto del Consejo de 26 de julio de 1995, DOCE C 316/48, de 27.11.95.

<sup>14</sup>Artículo K.3 Tratado de Maastricht (TUE)

“1. En los ámbitos a que se refiere el artículo K.1, los Estados miembros se informarán y consultarán mutuamente en el seno del Consejo, con objeto de coordinar su acción. A tal fin establecerán una colaboración entre los servicios competentes de sus respectivas administraciones.

2. El Consejo podrá,

- a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión en las materias contempladas en los puntos 1 a 6 del artículo K.1;

- a iniciativa de cualquier Estado miembro en las materias contempladas en los puntos 7 a 9 del artículo K.1;

a) adoptar posiciones comunes y fomentar, en la forma y según los procedimientos oportunos, toda forma de cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión;

b) adoptar acciones comunes, en la medida en que los objetivos de la Unión puedan alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común que por la acción aislada de los Estados miembros en razón de las dimensiones o de los efectos de la acción de que se trate: el Consejo podrá decidir que las medidas de aplicación de una acción común sean aprobadas por mayoría cualificada;

c) sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 220 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, celebrar convenios recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales.

Salvo disposiciones en contrario establecidas en estos convenios, las posibles medidas de aplicación de los mismos se aprobarán en el seno del Consejo por mayoría de dos tercios de las Altas Partes contratantes.

Tales convenios podrán disponer que el Tribunal de Justicia será competente para interpretar las disposiciones de los mismos y dictar sentencia en los litigios relativos a su aplicación, de conformidad con las modalidades que puedan haber establecido.”

<sup>15</sup>“Observando que el fraude que afecta a los ingresos y a los gastos comunitarios no se limita en muchos casos a un solo país, y es cometido a menudo por organizaciones criminales organizadas.”

<sup>16</sup>“Convencidas de que la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas exige el enjuiciamiento penal de todo comportamiento fraudulento que perjudique dichos intereses y se adopte, a tal efecto, una definición común.”

<sup>17</sup>Artículo 1 Disposiciones Generales

1. A efectos del presente Convenio será constitutivo de fraude que afecta a los intereses financieros de las Comunidades Europeas:

a) En materia de gastos, cualquier acción u omisión intencionada relativa:

a) a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la percepción o la retención indebida de fondos procedentes del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta;

el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto;

al desvío de esos fondos con otros fines distintos de aquellos para los que fueron concedidos en un principio;

b) En materia de ingresos, cualquier acción u omisión intencionada relativa:

a) a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la disminución legal del Presupuesto General de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta;

el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto;

al desvío de un derecho obtenido legalmente, que tenga el mismo efecto.”

<sup>18</sup>Reglamento n° 2988/95, de 18 de diciembre de 1995, DOCE L 312/1, de 23.12.95.





Es muy interesante observar los considerandos de la norma, porque reflejan bien **el espíritu y la motivación de la misma**. Se afirma **el principio de cooperación con los Estados miembros**<sup>19</sup>, así como la conveniencia de establecer un marco jurídico común que sirva de parámetro para todas las políticas comunitarias<sup>20</sup>, partiendo del principio de que ya existe un precedente en la **Política Agrícola Común** para que la Comisión pudiese imponer sanciones sobre particulares y agentes económicos<sup>21</sup>, pero afirmando simultáneamente que los Estados miembros son los únicos competentes para determinar las **sanciones penales concretas** que esas situaciones fraudulentas debiesen merecer<sup>22</sup>. Además, el Reglamento preveía el respeto del principio **non bis in idem**, en la medida en que declaraba la necesidad de evitar que **una misma conducta ilícita** recibiese dos condenas pecuniarias derivadas de la **sanción nacional y la comunitaria**<sup>23</sup>.

El **artículo 1 del Reglamento** definía qué debía considerarse irregularidad respecto del **Derecho Comunitario** en lo relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas<sup>24</sup>, simplificando el concepto de infracción respecto de la compleja definición que ofrecía el Convenio. Este Reglamento también introdujo un concepto interesante, en la medida en que recogió el **principio de irretroactividad penal** para las sanciones comunitarias<sup>25</sup>.

Es importante recalcar que este Reglamento supone **uno de los ejemplos más interesantes que se pueden encontrar en Derecho Comunitario** respecto a la interacción del mismo con los Derechos

nacionales: en primer lugar, se trata de una cuestión que no está comunitarizada explícitamente, ya que el **Derecho Penal** continúa siendo privativo de los Estados miembros, y sólo de manera extraordinaria la jurisdicción comunitaria puede entrar a regular sobre este ámbito, y siempre sólo **de manera periférica y tangencial**.

En segundo lugar, la regulación que se recoge debe ser plenamente respetuosa con la que esté vigente en los Estados miembros. Un ejemplo lo encontramos en el **artículo 3 del Reglamento**, que se refiere a la prescripción de las investigaciones llevadas a cabo por la Comisión en el ámbito del fraude, declarándose expresamente que las causas de interrupción y de suspensión de la prescripción deben regirse por el **ordenamiento nacional del Estado miembro**<sup>26</sup>, pero el plazo lo fija el Reglamento: cuatro años para la prescripción de diligencias, tres años para la ejecución de la resolución recaída. Es decir, **las causas de prescripción son nacionales, el plazo comunitario**. El artículo 6 recoge la **interacción**

**entre ambos planos de manera muy concreta**, al establecer que las multas administrativas derivadas de procedimientos sancionadores podrán suspenderse cuando se haya incoado un **procedimiento penal por el mismo hecho**, se entiende ante la autoridad judicial de un Estado miembro<sup>27</sup>.

El **Reglamento 2988/95** concluía con un Título dedicado a los controles, que deberían realizarse por los Estados miembros de acuerdo a las **disposiciones legales, reglamentarias y administrativas vigentes en sus ordenamientos jurídicos**, y que se deberían llevar a cabo para comprobar la veracidad de las operaciones en que se pudiesen poner en compromiso los intereses financieros comunitarios<sup>28</sup>. Sin perjuicio de estos controles, también la **Comisión Europea** podía realizar controles y verificaciones en la medida en que lo estimase conveniente, siempre que informase con anterioridad al Estado miembro correspondiente, para que se pudiese solicitar su colaboración.



<sup>19</sup>“Considerando que el presupuesto general de las Comunidades Europeas, financiado por medio de los recursos propios, es ejecutado por la Comisión, dentro del límite de los créditos consignados y de conformidad con los principios de una buena gestión financiera; que, para realizar esta tarea, la Comisión coopera estrechamente con los Estados miembros;”.

<sup>20</sup>“Considerando que la eficacia de la lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de las Comunidades exige el establecimiento de un marco jurídico común a todos los ámbitos cubiertos por políticas comunitarias”.

<sup>21</sup>“Considerando que el Derecho comunitario establece sanciones administrativas comunitarias en el marco de la política agrícola común; que tales sanciones deberán establecerse asimismo en otros ámbitos;”.

<sup>22</sup>“Considerando que las medidas y sanciones comunitarias adoptadas para la realización de los objetivos de la política agrícola común son parte integrante de los regímenes de ayudas; que tienen una finalidad propia que deja a las autoridades competentes de los Estados miembros la total apreciación del comportamiento de los agentes económicos de que se trate desde el punto de vista del derecho penal; que debe asegurarse de su eficacia mediante el efecto inmediato de la norma comunitaria y por la plena aplicación del conjunto de medidas comunitarias cuando la adopción de las correspondientes medidas cautelares no haya permitido alcanzar este objetivo;”.

<sup>23</sup>“Considerando que en virtud del deber general de equidad y del principio de proporcionalidad, así como del principio ne bis in idem, conviene prever, dentro del respeto del acervo comunitario y de las disposiciones previstas por las normativas comunitarias específicas existentes en el momento de la entrada en vigor del presente Reglamento, disposiciones adecuadas que eviten la acumulación de sanciones pecuniarias comunitarias y de sanciones penales nacionales impuestas a una misma persona por un mismo hecho;”.

<sup>24</sup>Artículo 1.2 “Constituirá irregularidad toda infracción de una disposición del Derecho comunitario correspondiente a una acción u omisión de un agente económico que tenga o tendría por efecto perjudicar al presupuesto general de las Comunidades o a los presupuestos administrados por estas, bien sea mediante la disminución o la supresión de ingresos procedentes de recursos propios percibidos directamente por cuenta de las Comunidades, bien mediante un gasto indebido.”

<sup>25</sup>Artículo 2.2.: “No se podrá pronunciar sanción administrativa alguna que no esté contemplada en un acto comunitario anterior a la irregularidad. En caso de modificación posterior de las disposiciones sobre las sanciones administrativas contenidas en una normativa comunitaria, se aplicarán con carácter retroactivo las disposiciones menos severas.”

<sup>26</sup>Artículo 3.2: “El plazo de ejecución de la resolución que fije la sanción administrativa será de tres años. Este plazo empezará a contar a partir del día en que la resolución sea definitiva. Los casos de interrupción y de suspensión se regirán por las disposiciones pertinentes del Derecho nacional.”

<sup>27</sup>Art. 6.1: “Sin perjuicio de las medidas y de las sanciones administrativas comunitarias adoptadas sobre la base de los reglamentos sectoriales existentes en el momento de la entrada en vigor del presente Reglamento, la imposición de sanciones pecuniarias, como las multas administrativas, podrá suspenderse por decisión de la autoridad competente si se hubiera iniciado un procedimiento penal contra la persona de que se trate en relación con los mismos hechos. La suspensión del procedimiento administrativo suspenderá el plazo de prescripción previsto en el artículo 3.”

<sup>28</sup>Artículo 8.1: “De conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la regularidad y la veracidad de las operaciones en las que se comprometan los intereses financieros de las Comunidades.”

### 3. Estrategia comunitaria para la protección del Mercado Interior

#### 3.2. La lucha contra el fraude: de la UCLAF a la OLAF

En primer lugar, vamos a referirnos a la base jurídica que ha permitido a la **Comisión Europea** crear una oficina, y posteriormente una agencia independiente, que pudiese llevar a cabo de manera solvente e independiente **investigaciones en el ámbito del fraude, del contrabando, la falsificación y el comercio ilícito.**

La base normativa directa para la actuación de la Comisión Europea la encontramos en los propios Tratados. En concreto, **el artículo 280 del TCE<sup>29</sup>** supone la **base jurídica para la lucha contra el fraude;** este artículo fue sustituido en el TFUE -Tratado de Lisboa vigente-, por el artículo 325 que mantiene una redacción prácticamente idéntica al original. El primer hito fue la creación de la **UCLAF** -acrónimo de la denominada en francés **Unité de Lutte Anti-Fraude**- que se crea en 1988, y que quedaba integrada en la **Secretaría General de la Comisión Europea.** Esta Oficina de la Comisión fue progresivamente dotada con más poderes para la persecución del fraude, de conformidad con las recomendaciones emanadas desde el **Parlamento Europeo.** En 1995 se produjo un hito importante, ya que se permitió que la **UCLAF** empezase a llevar a cabo **investigaciones motu proprio,** es decir, por su

“En 1995 se produjo un hito importante, ya que se permitió que la UCLAF empezase a llevar a cabo investigaciones por su propia iniciativa”.

<sup>29</sup>Artículo 280 TCE:

“1. La Comunidad y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros.

2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros.

3. Sin perjuicio de otras disposiciones del presente Tratado, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude. A tal fin, organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes.

4. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros. Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia.

5. La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, presentará anualmente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre las medidas adoptadas para la aplicación del presente artículo.”



propia iniciativa, con independencia de la fuente de la que hubiese podido provenir la denuncia, queja o reclamación. Al mismo tiempo, a partir de esa fecha, **se obligó a todos los Departamentos, Agencias y Direcciones de la Comisión Europea a que colaborasen en todo aquello que les solicitase la UCLAF,** ante cualquier sospecha de fraude que se produjese.

En 1999 se produce la creación de la **OLAF, la European Anti-Fraud Office** -en castellano, la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude-, que sustituye a la UCLAF, y que asume la mayoría de sus competencias, completándolas y aumentándolas<sup>30</sup>. La **Exposición de motivos de esta Decisión** es muy esclarecedora respecto a los objetivos que se planteaban en el momento de su creación<sup>31</sup>, en concreto el **Exponendo Segundo** hace referencia a que las funciones de investigación deben estar **amparadas por un marco normativo** que permita

su realización con la cobertura jurídica pertinente y suficiente, pero manteniendo **el equilibrio, el reparto y la asignación de funciones entre el nivel nacional y el comunitario.** También se hace referencia a un elemento importante que nos parece necesario reseñar: el **Exponendo Sexto** indica que las actividades de la **OLAF** se refieren a la investigación de situaciones y actuaciones que eventualmente pueden desembocar en la incoación de **expedientes sancionadores administrativos o en investigaciones penales,** con las consecuencias personales y patrimoniales que pueden conllevar en ambos casos.

La **OLAF** necesita de un **marco jurídico normativo suficiente y sólido** que permita que las investigaciones puedan llevarse a cabo por la Oficina sin que se pueda objetar sobre su competencia o capacidad, algo que eventualmente podría truncar o dejar sin efecto los resultados de las mismas.

<sup>30</sup>Decisión de la Comisión de 28 de abril de 1999, DO L 136/20, de 31.5.1999.

<sup>31</sup>Preámbulo Decisión creación OLAF:

“(1)Whereas the institutions and the Member States attach great importance to the protection of the Communities’ financial interests and to the fight against fraud and any other illegal activities to the detriment of the Communities’ financial interests; whereas the importance of action to that end is confirmed by Article 209a of the EC Treaty, Article 78i of the ECSC Treaty, Article 183a of the Euratom Treaty as well as by Article 280 of the EC Treaty as formulated by the Treaty of Amsterdam;

(2) Whereas all available means need to be deployed to fully attain this objective, notably in terms of investigation functions devolved to the Community level, while the current allocation and balance of responsibilities as between the national and Community levels should be maintained;

(3) Whereas the task of carrying out administrative investigations for the purpose of protecting the financial interests of the Communities has until now been conferred on the Task Force for Coordination of Fraud Prevention, which succeeded the Unit for the Coordination of Fraud Prevention (UCLAF);

(4) Whereas the need to increase the effectiveness of the fight against fraud and other illegal activities detrimental to the financial interests of the Communities requires the establishment of a European Anti-fraud Office (OLAF), hereinafter referred to as ‘the Office’ which must exercise its investigation powers in full independence;

(5) Whereas the independence of the Director of the Office and the role of the Surveillance Committee arising from this Decision, and from the EC and Euratom Regulations concerning the investigations conducted by the Office, seek to guarantee the Office’s proper conduct of investigations without interfering with its other tasks, such as those which are the prerogative of the Commission, in particular in matters of legislation;

(6) Whereas the responsibility of the Office should involve, over and above the protection of financial interests, all the activities linked with the protection of Community interests from irregular acts likely to lead to administrative or penal proceedings;

(7) Whereas the definition of the functions of the Office should include the tasks carried out up to now by the Task Force for Coordination of Fraud Prevention, in particular those tasks concerning the preparation of legislative and regulatory provisions in the areas of activity of this Office, including instruments which fall under Title VI of the Treaty on European Union”.

Las investigaciones de **OLAF** se dirigen a **combatir el fraude y la corrupción**, así como cualquier actividad que pueda ser **contraria a los intereses financieros de la Unión Europea**. Al mismo tiempo, la OLAF también está encargada de velar por el buen funcionamiento interno de las Instituciones Europeas, y en concreto, **deberá investigar todos aquellos incumplimientos** por parte de funcionarios, agentes o contratados por las **Instituciones Europeas** que puedan suponer una infracción que implique un fraude con la correspondiente relevancia económica, con independencia de que pudiese conllevar la incoación de acciones penales o disciplinarias de forma paralela<sup>32</sup>. En este sentido, **el artículo 2.6** establece que la OLAF podrá establecer **contactos directos con las autoridades judiciales** y policiales pertinentes durante sus investigaciones.

Es evidente que una de las cualidades y prerrogativas básicas y fundamentales de un órgano de estas características debe basarse en la **independencia**, y ésta sólo puede salvaguardarse si se declara y explicita expresamente en el acto constitutivo. En este sentido, es importante señalar que el **artículo 3** ampara el **principio de independencia de la OLAF**, tanto de la Comisión Europea, como de cualquier órgano o autoridad nacional o de cualquier otro cariz o naturaleza<sup>33</sup>. También se dota a la OLAF de un **Comité de Vigilancia** -Surveillance Committee- encargado de vigilar el correcto funcionamiento de la agencia y de sus funciones investigadoras. Este Comité debe estar nombrado por el **legislativo comunitario**, se plantea la cuestión de si la Decisión de creación de la OLAF se refiere únicamente al **Parlamento Europeo** para el nombramiento de este Comité de Vigilancia, o también al Consejo como órgano colegislativo.

Respecto al **Director de la OLAF**, cabe preguntarse quién ostenta la responsabilidad última respecto de su nombramiento: pero todo apunta a que es la propia **Comisión Europea** quien le nombra, después de consultar y proponer al **Parlamento Europeo** y al Consejo una lista de candidatos al puesto, que deben haber obtenido el visto bueno del **Comité de Vigilancia**. Parece que este trámite de consulta

ostenta gran relevancia, aunque la nominación es competencia exclusiva de la Comisión. Todo esto hace percibir **la trascendencia del cariz de las investigaciones que debe llevar a cabo esta agencia**, y la importancia de la persona que ostente la dirección de la misma<sup>34</sup>. La **OLAF** es uno de los mejores ejemplos que nos encontramos en **Derecho Europeo** de Agencia descentralizada, con un **grado máximo de independencia** y con unas potestades y competencias de investigación sin parangón quizá en el resto de la panoplia de agencias y organismos comunitarios.

**“Las investigaciones de OLAF se dirigen a combatir el fraude y la corrupción, así como cualquier actividad contraria a los intereses financieros de la Unión Europea”.**

<sup>32</sup>Artículo 2:

“The Office shall be responsible for carrying out internal administrative investigations intended:

(a) to combat fraud, corruption and any other illegal activity adversely affecting the Community’s financial interests, (b) to investigate serious facts linked to the performance of professional activities which may constitute a breach of obligations by officials and servants of the Communities likely to lead to disciplinary and, in appropriate cases, criminal proceedings or an analogous breach of obligations by Members of the institutions and bodies, heads of the bodies or members of staff of the institutions and bodies not subject to the Staff Regulations of Officials of the European Communities and the Conditions of Employment of Other Servants of the Communities.”

<sup>33</sup>Article 3

**Independence of the investigative function**

“The Office shall exercise the powers of investigation referred to in Article 2(1) in complete independence. In exercising these powers, the Director of the Office shall neither seek nor take instructions from the Commission, any government or any other institution or body.”

<sup>34</sup>La persona que ostenta el cargo actualmente es el magistrado italiano Giovanni Kessler, fiscal en la carrera judicial en Italia, y Alto Comisionado de Italia para la lucha contra el contrabando y la piratería, de 2006 a 2008; con anterioridad, del 2001 al 2006 había sido Diputado en el Parlamento italiano. El resto de su equipo no pone a disposición del público su CV en la página principal de la OLAF.

Hay que indicar que **en 1994**, la Comisión dictó una Decisión<sup>35</sup> dirigida a la creación de un **Comité consultivo para la coordinación de la lucha contra el fraude**, en la que comenzó enumerado las razones para su establecimiento. Nos parece interesante resaltar algunas de ellas porque nos ilustran respecto de las **posteriores líneas de actuación** que se han seguido en este ámbito: la Comisión comienza afirmando que la **buena gestión de las finanzas comunitarias exige una lucha eficaz contra el fraude**, que va en contra del presupuesto comunitario. La responsabilidad en primer término para aplicar medidas concretas en la lucha contra el fraude recae en los **Estados miembros**, siendo necesaria una estrecha cooperación entre la Comisión y los mismos. De este modo queda enunciado un principio que es plenamente congruente con el **principio de subsidiariedad**, y que proclama que aquello que pueda llevarse a cabo mejor a nivel nacional no debe ser realizado a nivel comunitario<sup>36</sup>. También se recoge en los considerandos de la Decisión la intención de



que el Comité consultivo sea **de carácter horizontal y transversal**, es decir, no sustitutivo de los ya existentes que tienen **carácter sectorial y específico**.

La **Comisión Europea** se dotaba a través de este instrumento de un órgano de referencia ante el que elevar y presentar **consultas relativas a cualquier cuestión relacionada con la prevención y represión del fraude**, y de las irregularidades derivadas del mal funcionamiento del **Mercado Interior**. El Comité está formado por representantes nombrados por los Estados miembros, dos por cada uno de ellos, y la presidencia corresponde al **representante de la Comisión**, así como su secretaria técnica. Es interesante mencionar que se prevé la posibilidad de que se pueda **invitar a expertos externos** para que presenten informes sobre temas específicos<sup>37</sup>. El comité puede estar vinculado por una obligación de secreto y confidencialidad en la medida en que la Comisión se lo requiera, y en su funcionamiento se excluye cualquier sistema de votación.

<sup>35</sup>Decisión de 23 de febrero de 1994, DOCE L 61/27 de 4.3.94.

<sup>36</sup>El Tratado de la Unión Europea explicita el principio de subsidiariedad en el artículo 5.3:

“En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.

Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo.

El Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad regula en detalle cómo debe articularse su ejercicio. En concreto el artículo 5 del mismo declara:

“Los proyectos de actos legislativos se motivarán en relación con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Todo proyecto de acto legislativo debería incluir una ficha con pormenores que permitan evaluar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Esta ficha debería incluir elementos que permitan evaluar el impacto financiero y, cuando se trate de una directiva, sus efectos en la normativa que han de desarrollar los Estados miembros, incluida, cuando proceda la legislación regional. Las razones que justifiquen la conclusión de que un objetivo de la Unión puede alcanzarse mejor en el plano de ésta se sustentarán en indicadores cualitativos y, cuando sea posible, cuantitativos. Los proyectos de actos legislativos tendrán debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Unión, los Gobiernos nacionales, las autoridades regionales o locales, los agentes económicos o los ciudadanos sea lo más reducida posible y proporcional al objetivo que se desea alcanzar.”

<sup>37</sup>Artículo 4.2: “El presidente podrá invitar a participar en los trabajos en calidad de experto, a cualquier persona que tenga una competencia específica sobre un tema que figure en el orden del día. Los expertos únicamente participarán en las deliberaciones respecto de la cuestión que motive su presencia.”

### 3. Estrategia comunitaria para la protección del Mercado Interior

#### 3.3. Cuestiones relativas a las investigaciones de la Comisión Europea en el ámbito del fraude

Después de haber introducido a la agencia comunitaria que propiamente está encargada de la lucha contra el fraude -la **OLAF**-, nos parece que es el momento oportuno para **retomar la actividad de la Comisión Europea contra el fraude, el contrabando y el comercio ilícito**. Como hemos expuesto al tratar del Convenio y del Reglamento relativos a la protección de los intereses financieros de las -todavía en aquel momento- Comunidades Europeas, las cuestiones jurídicas subyacentes a la interacción entre los Derechos nacionales de los **Estados miembros** y las disposiciones comunitarias en este ámbito son muy relevantes, porque articulan una situación que no es sencilla de solventar, en la medida en que hace referencia a la **atribución de competencias**, a su eventual solapamiento y al principio de la primacía y del efecto directo del **Derecho Comunitario**.

Prueba de esta situación es que **entre 1996 y 1998** se promulgan **tres Reglamentos comunitarios** dedicados a precisar el ámbito de actuación de la Comisión y de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude en el supuesto de controles, verificaciones e investigaciones llevados a cabo por las mismas en la **lucha contra el fraude** y demás situaciones ilícitas.

El **Reglamento 2185/96** es el primero de la serie, y se refiere a estos controles y verificaciones realizadas in situ por la Comisión para **proteger los intereses financieros de las Comunidades Europeas**<sup>38</sup>; esta norma comunitaria se promulga con anterioridad al establecimiento de la **OLAF**, pero ya existiendo la **UCLAF**, y parte de la premisa -coherente con el principio de subsidiariedad- conforme a la cual la actuación de la Comisión sólo debe suscitarse en aquellos supuestos en los cuales fuese necesaria para la protección de sus intereses financieros, porque fuese más coherente llevar a cabo una **acción a nivel comunitario** que únicamente a nivel nacional, y esto debido a la trascendencia de la acción ilícita<sup>39</sup>.

Los Considerandos (8), (9) y (10) del Reglamento se refieren al **principio de proporcionalidad**, al de cooperación y al de respeto de los **intereses relativos a la seguridad** del Estado afectado.

El artículo 4 concreta el **principio de cooperación**<sup>40</sup> al exigir que la Comisión informe a las autoridades nacionales sobre el motivo, objeto y finalidad de la investigación. Pero -en nuestra opinión- el más importante es el **Considerando (12)** ya que introduce el baremo de los **derechos fundamentales de las personas afectadas**<sup>41</sup>: este elemento ya se había sobrevolado por el Reglamento 2988/95, en la medida en que intentaba conciliar el nivel comunitario y el nivel nacional en el supuesto de **investigaciones relativas a supuestos fraudes** al presupuesto comunitario.

Los derechos fundamentales son el **baremo y el parámetro** que determina la barrera que no puede ser sobrepasada por los **poderes públicos** en el ejercicio de sus funciones. La **Comisión Europea** es la Institución comunitaria que más puede incidir sobre los **derechos fundamentales de la ciudadanía** europea, en la medida en que tiene unas potestades y unas capacidades de actuación y de poder afectar a los mismos, que obligan a que ésta sea una cuestión muy relevante y de observancia obligada.

<sup>38</sup>Reglamento 2185/96 del Consejo, de 11 de noviembre de 1996, DOCE L 292/2, de 15.11.96.

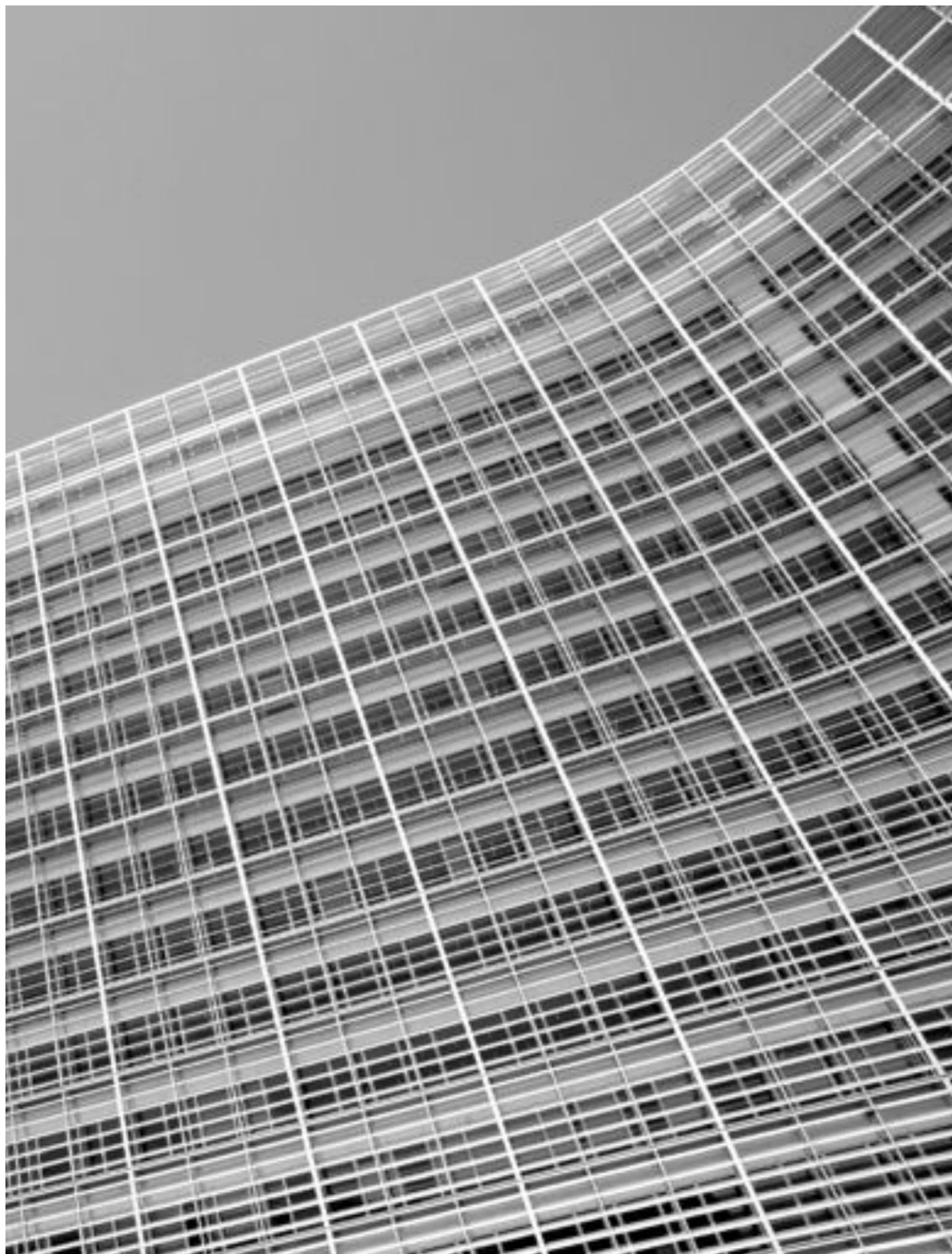
<sup>39</sup>“(7) Considerando que la aplicación de las disposiciones del presente Reglamento está supeditada a la determinación de los objetivos que justifiquen su aplicación, en particular cuando, debido a la magnitud del fraude que no se limita a un solo país a menudo es cometido por bandas organizadas, o cuando debido al carácter específico de la situación en un Estado miembro y habida cuenta de la gravedad del daño causado a los intereses financieros de las Comunidades o a la credibilidad de la Unión, dichos objetivos no puedan ser realizados plenamente por los Estados miembros actuando individualmente y por tanto se ejecuten mejor a escala comunitaria.”

<sup>40</sup>Art. 4: “Los controles y verificaciones in situ serán preparados y dirigidos por la Comisión en estrecha colaboración con las autoridades competentes del Estado miembro afectado, a las que se informará del motivo, objeto y de la finalidad de dichos controles y verificaciones con tiempo suficiente de manera que puedan aportar la ayuda necesaria. A este fin los agentes del Estado miembro afectado podrán participar en los controles y verificaciones in situ.”

<sup>41</sup>“(12) Considerando que dichos controles y verificaciones in situ se efectúan dentro del respeto de los derechos fundamentales de las personas afectadas, así como de las normas relativas al secreto profesional y a la protección de los datos personales; que, en ese sentido, es importante que la Comisión vele por que sus inspectores respeten las disposiciones comunitarias y nacionales relativas a la protección de los datos personales, en particular las consignadas en la Directiva 96/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos”.

“Los derechos fundamentales son el baremo que determina la barrera que no puede ser sobrepasada por los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones”.





De aquí que cuando el **Reglamento en el Considerando (14)** establece los requisitos para que una investigación dirigida por la Comisión pueda ser aceptada como elemento probatorio ante una jurisdicción nacional<sup>42</sup>, esto repercute inmediatamente sobre el **nivel de observancia** respecto de los derechos fundamentales que debe respetar la **Comisión** para que sus informes sean admisibles.

En nuestra opinión, después de la atenta lectura de este Reglamento -dirigido exclusivamente a la Comisión Europea y a sus agentes- quedaría por explicar en qué circunstancias y situaciones las **investigaciones in situ** deberían llevarse a cabo mejor por la **Comisión Europea** que por los agentes aduaneros, fiscales o policiales del Estado o Estados miembros donde se hubiese producido la **conducta ilícita**.

Es relevante este punto en la medida en que legitimaría la actuación de la Comisión frente al Estado miembro, y no sólo **frente al particular sujeto de la investigación**. Y no es baladí esta cuestión en la medida en que la mera referencia a la trascendencia comunitaria del hecho delictivo no es admisible, ya que hoy en día prácticamente **cualquier acto ilícito fiscal puede tener trascendencia comunitaria**, debido a que un porcentaje de cualquier IVA europeo se remite a Bruselas para dotar el **presupuesto comunitario**.

El **Acuerdo interinstitucional de mayo de 1999** ya hacía referencia a las investigaciones internas realizadas por la OLAF<sup>43</sup>, y se centraba en las actividades fraudulentas imputables a funcionarios y agentes comunitarios en el desempeño de sus funciones, **extendiendo su ámbito más allá de la mera protección de los intereses financieros**, y refiriéndose a la protección de intereses comunitarios frente a **comportamientos irregulares** que puedan dar lugar a diligencias administrativas o penales. En las mismas fechas se publicó el **Reglamento 1073/1999**<sup>44</sup>, que regulaba este mismo tipo de investigaciones, y reflejaba de una manera **normativa vinculante** las disposiciones del **Acuerdo interinstitucional**.

**“Quedaría por explicar en qué situaciones las investigaciones deberían llevarse a cabo mejor por la Comisión Europea que por los agentes aduaneros, fiscales o policiales”.**

<sup>42</sup>“(14) Considerando que los inspectores de la Comisión deberán tener acceso a toda la información sobre las operaciones de que se trate, en las mismas condiciones que los inspectores nacionales, deberán elaborarse teniendo en cuenta las exigencias de procedimiento que prevea la legislación del Estado miembro de que se trate; que deben constituir elementos de prueba admisibles en los procedimientos administrativos y judiciales del Estado miembro donde resulte necesario su uso y tener un valor idéntico a los informes elaborados por los inspectores nacionales.”

<sup>43</sup>Acuerdo Interinstitucional del Parlamento Europeo, Consejo y Comisión de 25 de mayo de 1999, DOCE L 136/15, de 31.5.1999.

<sup>44</sup>Reglamento nº 1073/1999, de 25 de mayo de 1999, DOCE L 136/1, de 31.5.1999.

### 3. Estrategia comunitaria para la protección del Mercado Interior

#### 3.4. Reglamentos de protección de la propiedad intelectual

La **Unión Europea** comenzó la lucha contra las mercancías con usurpación de marca y las mercancías piratas ya en el año 1986, fecha en la que se promulgó el **Reglamento 3842/86**<sup>45</sup>. Comenzaba este Reglamento con la definición de qué debía considerarse en lenguaje comunitario “**mercancías con usurpación de marca**”<sup>46</sup>.

La consecuencia para estos productos, en primer lugar, sería la **prohibición a despacho en libre práctica**, es decir, prohibir que se pudiesen vender en el mercado europeo, en el que -de otro modo- gozarían de plena libertad de tránsito conforme a la **libre circulación de mercancías**, una vez satisfechos los correspondientes trámites aduaneros y pagados los pertinentes aranceles aplicables. Este Reglamento recogía un elemento importante en la medida en que dejaba en manos de las autoridades nacionales competentes la determinación de si la mercancía había que considerarla ilícita y producida **en detrimento de derechos de marca protegidos**.

El Reglamento, por otra parte, excluía de su ámbito de aplicación, aquellos productos que pudiesen entrar en **territorio comunitario** a través del equipaje de ciudadanos comunitarios que incluyesen este tipo de productos, y esto debido a la **poca relevancia económica para el Mercado Interior** de este tipo de conductas.

También recogía este Reglamento la posibilidad de que el **titular de una marca protegida** pudiese reclamar a las autoridades competentes nacionales -a través de la presentación de toda aquella documentación probatoria de que pudiese disponer-, que denegasen el despacho a libre práctica de productos o mercancías cuando le constase que **iban en contra de sus derechos legítimos protegidos**, previa justificación de la titularidad sobre los mismos. Se recogía la posibilidad de que el solicitante tuviese que aportar una **garantía económica** para el caso de que las mercancías presuntamente ilícitas resultasen ser perfectamente admisibles y aceptables para su despacho a libre práctica. También se podía requerir al solicitante de la paralización que **garantizase los gastos de conservación y mantenimiento** de las mercancías cuyo despacho hubiese sido denegado por la interposición del requerimiento.

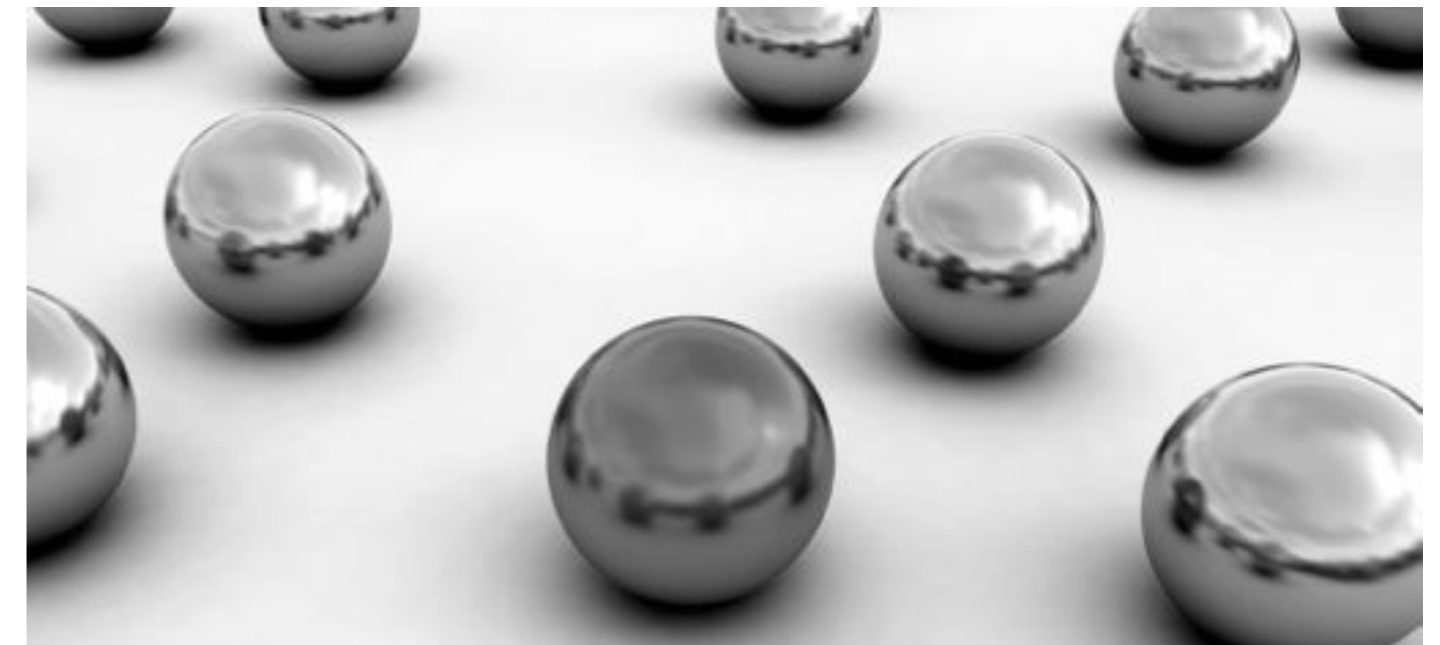
Para evitar que el importador pudiese eventualmente disfrutar de algún **beneficio económico respecto de la operación suspendida**, establecía el Reglamento que los productos con usurpación de marca debían ser **destruidos o retirados del tráfico comercial**. En general, se remitía al **Derecho nacional** del país en que estuviese sita la aduana afectada para regular el procedimiento que tuviese que seguirse para la determinación de si los productos cuyo levante

hubiese sido prohibido vulneraban efectivamente los **derechos del titular de la marca**.

El **Reglamento 3295/94** derogó el que acabamos de comentar, de manera que viene a sustituirlo y a completarlo<sup>47</sup>. Este Reglamento introduce los conceptos de **exportación y reexportación** desde territorio comunitario de productos que lesionen derechos de marca protegidos, de manera que amplía el ámbito de actuación respecto del de 1986, que **se restringía a los productos importados**. También hace referencia a los acuerdos internacionales asumidos por la **Unión Europea** en el marco del **GATT**, relativos a la protección de los derechos de titulares de marca a nivel internacional, que podrían verse lesionados por productos exportados o reexportados desde el territorio comunitario.

Este Reglamento también incluyó la **suspensión del levantamiento** cuando se tuviesen dudas razonables de su originalidad, y aunque se produjese a consecuencia de **meros controles rutinarios** sin necesidad de que se hubiese presentado una solicitud de intervención por el titular de la marca. El artículo 1.a) aumentó la definición de **mercancías con usurpación de marca**<sup>48</sup>, ampliándola a los embalajes en los que consten signos de marca, o cuando aparezcan en folletos, logotipos, etiquetas, autoadhesivos, etc.

“La Unión Europea comenzó la lucha contra las mercancías con usurpación de marca y las mercancías piratas en el año 1986”.



<sup>47</sup> Reglamento n° 3295/94, de 22 de diciembre de 1994, DOCE L 341/8, de 30.12.94.

<sup>48</sup> Artículo 1 a): “las mercancías, incluidas su embalaje, en las que figure sin autorización una marca de fábrica o de comercio idéntica válidamente registrada para los mismos tipos de mercancías, o que no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales de dicha marca de fábrica o de comercio o que, en consecuencia, lesione los derechos del titular de la marca de que se trate de acuerdo a la legislación comunitaria o del Estado miembro en el que se presente la solicitud de intervención de las autoridades aduaneras; todo signo de marca (logotipo, etiqueta, autoadhesivo, folleto, manual de empleo, documento de garantía), incluso presentado por separado, que se encuentre en la misma situación que las mercancías contempladas en el primer guión, los embalajes en los que figuren marcas de las mercancías con usurpación de marca, presentados solos y que se encuentren en la misma situación que las mercancías contempladas en el primer guión.”

<sup>45</sup> Reglamento n° 3842/86 del Consejo, DOCE L 357/1, de 18.12.86.

<sup>46</sup> Artículo 1.2: “Mercancías con usurpación de marca: toda mercancía en la que figure indebidamente una marca de fábrica o de comercio idéntica a una marca válidamente registrada para tales mercancías en o para el Estado miembro en el cual se declaren las mercancías para el despacho a libre práctica o que no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales y que, en consecuencia, lesione los derechos del titular de la marca en cuestión con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro.”

También recogía el Reglamento la definición de **mercancías piratas**<sup>49</sup>, y la de titular del derecho<sup>50</sup>, respecto al cual **el elemento determinante es el consentimiento en la fabricación**, no en la importación, es decir, si el titular del derecho permitió la fabricación no estaría legitimado para **oponerse a la importación**, exportación o reexportación, y esto aunque no constase su consentimiento respecto de los mismos.

El **artículo 4** también recogía un supuesto novedoso respecto al anterior Reglamento, al afirmar que cuando la autoridad aduanera -en el marco de un control- descubriese **mercancías con usurpación de marca**, debería comunicárselo al titular legítimo para que en el plazo de tres días laborables pudiese oponerse a su levantamiento para puesta en libre práctica, siempre que pudiese ser **identificable y localizable** el titular del derecho usurpado.

Asimismo recogía el Reglamento la posibilidad de que cuando unas **mercancías de contrabando**, a pesar de que se hubiese presentado una **solicitud formal de no despacho a libre tránsito**, y sin embargo hubiesen sido objeto de levantamiento porque hubiesen sido conseguidos eludir la acción de las autoridades aduaneras, se otorgaba al titular perjudicado la posibilidad de **exigir daños y perjuicios ante las autoridades aduaneras** nacionales pertinentes ante la omisión de actuar contra el ilícito.

El Reglamento que ha estado vigente hasta fecha muy reciente, y que **ha desplegado su eficacia en relación con la intervención de las autoridades aduaneras** en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual, ha sido el **1383/2003**<sup>51</sup>, que derogó a su vez el Reglamento de 1994<sup>52</sup>.

**La base de intervención ha seguido siendo la misma:**

*“(5) La intervención de las autoridades aduaneras debe consistir en suspender 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 propiedad intelectual, o en retener estas mercancías cuando estén incluidas en un régimen de suspensión, colocadas en una zona franca o un 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 se trata efectivamente de alguno de esos tipos.”*

Este Reglamento mantuvo el criterio **del principio de la autonomía del Derecho interno nacional aplicable para la determinación de si se ha producido efectivamente la transgresión de un derecho de propiedad intelectual**<sup>53</sup>.

**Hay que resaltar que el concepto de mercancías falsificadas quedaba todavía más delimitado que en el anterior Reglamento:**

*i) “Las mercancías, incluido su acondicionamiento, en las que figure sin autorización una marca de fábrica o comercial idéntica a la marca de fábrica o comercial registrada de forma válida para los mismos tipos de mercancías o que no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales de esta marca de fábrica o comercial y que por tanto vulnere los derechos del titular de la marca tal como se contempla en el Reglamento (CE) n° 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, o según la legislación del Estado miembro donde se presente la solicitud de intervención de las autoridades aduaneras”.*

El matiz respecto de la regulación anterior se encuentra en la **referencia al Reglamento que regula la marca comunitaria**, y que no estaba en vigor todavía cuando los anteriores Reglamentos fueron dictados.

El signo de marca, los embalajes y las mercancías piratas mantuvieron la misma definición que en el **Reglamento 3295/94**, aunque se extendió el concepto de mercancías falsificadas a:

**c) “Las mercancías que en el Estado miembro donde se presente la solicitud de intervención de las autoridades aduaneras vulneren:**

**i. Una patente conforme a la legislación de ese Estado miembro,**

**ii. Un certificado complementario de protección, del**

*tipo previsto en el Reglamento (CEE) n° 1768/92 del Consejo o en el Reglamento (CE) n° 1610/96 del Parlamento Europeo y del Consejo,*

**iii. Un título nacional de protección de variedades vegetales según la legislación de este Estado miembro o de carácter comunitario tal como se contempla en el Reglamento (CE) n° 2100/94 del Consejo,**

**iv. Las denominaciones de origen, o las indicaciones geográficas según la legislación de este Estado miembro o las previstas en los Reglamentos (CEE) n° 2081/92 y (CE) n° 1493/1999 del Consejo,**

**v. Las denominaciones geográficas previstas en el Reglamento (CEE) n° 1576/89 del Consejo.”**



<sup>49</sup>Artículo 1. b): “Mercancías piratas: las mercancías que sean, o incluyan copias producidas sin el consentimiento del titular del derecho de autor o de los derechos afines, o de un titular de un derecho relativo a un dibujo o modelo registrado o no conforme al Derecho nacional, o de una persona debidamente autorizada por el titular en el país de producción, en el caso de que la realización de estas copias lesione dicho derecho, con arreglo a la legislación comunitaria o a la del Estado miembro de importación en el que se presente la solicitud de intervención de las autoridades aduaneras;”.

<sup>50</sup>Artículo 1. c): “El titular de una marca de fábrica o de comercio contemplada en la letra a) o de uno de los derechos a que se refiere la letra b), así como cualquier otra persona autorizada a utilizar dicha marca o dichos derechos, o su representante;”.

<sup>51</sup>Reglamento n° 1383/2003, de 22 de junio de 2003, DOUE L 196/7, de 2.8.2003.

<sup>52</sup>Considerando (1): “Con el fin de mejorar el funcionamiento del sistema relativo a la entrada en la Comunidad, exportación y reexportación de la Comunidad de mercancías que vulneran determinados derechos de propiedad intelectual, creado por el Reglamento (CE) n° 3295/94 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, por el que se establecen medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspensión de las mercancías con usurpación de marca y las mercancías piratas, conviene sacar conclusiones de la experiencia adquirida en su aplicación. En aras de la claridad, conviene derogar y sustituir el Reglamento (CE) n° 3295/94.”

<sup>53</sup> (8) “En el procedimiento para determinar si ha habido violación de un derecho de propiedad intelectual de acuerdo con las disposiciones jurídicas nacionales se aplicarán los criterios que se utilizan para determinar si mercancías producidas en el Estado miembro correspondiente violan los derechos de propiedad intelectual. Las disposiciones de los Estados miembros sobre la competencia de las instancias y los procedimientos judiciales no se verán afectadas por el presente Reglamento.” conclusiones de la experiencia adquirida en su aplicación. En aras de la claridad, conviene derogar y sustituir el Reglamento (CE) n° 3295/94.”

<sup>53</sup> (8) “En el procedimiento para determinar si ha habido violación de un derecho de propiedad intelectual de acuerdo con las disposiciones jurídicas nacionales se aplicarán los criterios que se utilizan para determinar si mercancías producidas en el Estado miembro correspondiente violan los derechos de propiedad intelectual. Las disposiciones de los Estados miembros sobre la competencia de las instancias y los procedimientos judiciales no se verán afectadas por el presente Reglamento.”

Al mismo tiempo, este Reglamento mantuvo la definición de **titular de marca de fábrica o comercial**, y el de representante o persona autorizada, pero se matizó la cuestión del consentimiento, en la medida en que **se hizo extensivo a nuevas categorías de productos**, más amplio que el concepto anterior<sup>54</sup>.

También se podía encontrar en el **artículo 5.4** una novedad respecto de la regulación anterior, en la medida en que el solicitante de la intervención aduanera también podía solicitar la **intervención de otras autoridades aduaneras de otros Estados miembros**, de manera simultánea<sup>55</sup>.

En este sentido, la **solicitud de intervención se ajustó a un modelo normalizado**, y para permitir que las autoridades aduaneras pudiesen reconocer más fácilmente las mercancías correspondientes, éstas podían contener la descripción técnica, precisa y detallada de las mercancías, así como los **datos precisos sobre el tipo de fraude** de que se tratase, siempre que el titular del derecho fuese capaz de tener conocimiento del mismo, además se podía indicar una persona de contacto para que se pudiese facilitar el seguimiento de las investigaciones<sup>56</sup>.

Se fijó también un **plazo máximo de un año** para que la intervención aduanera se produjese desde la presentación de la solicitud. Asimismo se establecía un plazo de diez días a contar desde la **suspensión de la concesión del levante o la retención**, durante el cual el titular del derecho de propiedad intelectual podía presentar la demanda para que se sustanciase la cuestión sobre el fondo relativa a sus derechos legítimos. Si por la circunstancia que fuese el titular legítimo decidiese no presentarla se podía **decretar el despacho a libre práctica** y el cese de la suspensión de levante respecto de los productos afectados.

Es interesante recordar que la **destrucción de la mercancía corría por cuenta del solicitante de la intervención**, previa toma de muestras por parte de las autoridades aduanera, para que pudiesen ser utilizadas como **elementos de prueba** en los correspondientes procedimientos judiciales que pudiesen sustanciarse en el **Estado miembro** pertinente. Este plazo se reducía a tres días para el caso de productos y mercancías perecederas.

El **artículo 16** establecía que cuando se hubiese constatado que una mercancía vulneraba un **derecho de propiedad intelectual**, ésta no podría introducirse en el territorio de la Comunidad, y tampoco podría despacharse a libre práctica, **ni siquiera podría salir del territorio aduanero de la Comunidad**, ni exportarse, reexportarse o colocarse bajo un régimen de suspensión, o depositarse en una zona franca o un depósito franco.

En junio de 2013 se ha publicado el **Reglamento 608/2013**<sup>57</sup>, que ha entrado en vigor en fechas muy cercanas, y que se va a convertir en la norma de referencia en relación con la **protección de los derechos de propiedad intelectual a nivel europeo**, marcando las pautas para las autoridades aduaneras para salvaguardar estos derechos.

Este Reglamento deroga explícitamente el Reglamento 1383/2003, -que ha sido la norma de referencia junto con la Directiva que lo desarrollaba, aunque esta mantiene su vigencia-. Ya en septiembre de 2008, el Consejo había solicitado en una Resolución relativa a un plan europeo global en la **lucha contra la falsificación y la piratería**, la revisión del Reglamento 1383/2003, porque se había constatado que la evolución del fraude en este ámbito necesitaba que el marco jurídico se reforzase para otorgar una **tutela de los derechos de propiedad intelectual más consistente** y más acorde con las nuevas técnicas de comercio ilícito.



### En este sentido, el Reglamento afirma:

*“(...) La vigilancia del respeto de los derechos de propiedad intelectual en frontera, siempre que las mercancías estén, o debieran estar, bajo vigilancia aduanera o control aduanero, es una forma rápida y eficaz de brindar protección jurídica al titular de esos derechos, así como a los usuarios y grupos de productores. En el supuesto de que las autoridades aduaneras suspendan el levante de las mercancías o las retengan en la frontera solo se requiere un procedimiento, mientras que para las mercancías detectadas en el mercado, que ya se han desagregado y suministrado a los minoristas, es preciso iniciar varios procedimientos para obtener el mismo nivel de protección. Resulta oportuno establecer una excepción en relación con las mercancías despachadas a libre práctica con arreglo al régimen de destino especial, ya que estas se mantienen bajo vigilancia aduanera pese a haberse despachado a libre práctica”<sup>58</sup>.*

El **nuevo Reglamento** aumenta el ámbito de intervención aduanera para **otorgar protección a ciertos tipos de vulneraciones que no quedaban amparados bajo la regulación anterior**: ahora se deben incluir también *los nombres comerciales en la medida en que se hallen protegidos en calidad de derechos exclusivos de propiedad intelectual en virtud de la normativa nacional, las topografías de los productos semiconductores, los modelos de utilidad y los dispositivos concebidos, producidos o adaptados principalmente para permitir o facilitar la elusión de medidas tecnológicas.*

En este sentido, el **artículo 2** recoge un exhaustivo elenco de definiciones que se estructura alrededor de 21 epígrafes, y que van desde la definición de **derechos de propiedad intelectual**, a lo que debe considerarse como **marca**, indicación geográfica, **mercancía falsificada** o **mercancía pirata**<sup>59</sup>, pasando por la definición de solicitud, solicitante, declarante, destrucción, etc. Es muy de agradecer este esfuerzo que lleva a cabo la norma respecto a la **fijación terminológica y conceptual**, porque otorga seguridad jurídica, y también acota y delimita con certeza qué debe ser considerado como tal en cada momento.

<sup>54</sup>Artículo 3.1 “El presente Reglamento no se aplicará a las mercancías a las que se haya puesto una marca de fábrica 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 fabricadas con el consentimiento del titular del derecho, pero que, sin el consentimiento de éste, se encuentren en una de las situaciones contempladas en el apartado 1 del artículo 1.”

<sup>55</sup>Artículo 5.4: “Cuando el solicitante sea titular de un derecho de una marca comunitaria, o de un derecho sobre un dibujo o modelo comunitario, de una obtención vegetal comunitaria, de una protección comunitaria de una denominación de origen o de indicaciones o denominaciones geográficas, esta solicitud, además de la intervención de las autoridades aduaneras del Estado miembro donde se presente, podrá también intentar obtener la intervención de las aduanas de otro y otros Estados miembros.”

<sup>56</sup>Si los conoce, es positivo que el solicitante de la intervención indique algunos de los siguientes datos recogidos en el artículo 5.5: “a) el valor neto de impuestos de la mercancía original en el mercado legal del Estado donde se ha presentado la solicitud de intervención; b) el lugar en el que se encuentran las mercancías o el lugar de destino previsto; c) la identificación del envío o de los bultos; d) la fecha de llegada o salida prevista de las mercancías; e) el medio de transporte utilizado; f) la identidad del importador, del exportador o del tenedor de las mercancías; g) los países de producción y las rutas de transporte utilizadas; h) la diferenciación técnica entre los productos auténticos y los sospechosos.”

<sup>57</sup>Reglamento n° 608/2013, de 12 de junio de 2013, relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1383/2003 del Consejo; DOUE L 181/15, de 29.6.2013.

<sup>58</sup>Considerando (4).

<sup>59</sup>Artículo 2 Definiciones:

“5) mercancías falsificadas:

a) Las mercancías objeto de un acto que vulnere una marca en el Estado miembro donde se encuentren las mercancías y que lleven sin autorización un signo idéntico a una marca válidamente registrada para mercancías del mismo tipo o que no pueda distinguirse de ella en sus aspectos esenciales;

b) Las mercancías objeto de un acto que vulnere una indicación geográfica en el Estado miembro donde se encuentren y que lleven una denominación o término protegido en relación con esa indicación geográfica, o sean descritas por él;

c) Cualquier envase, etiqueta, adhesivo, prospecto, instrucciones de uso, documento de garantía u otro elemento similar, incluso presentados por separado, objeto de un acto que vulnere una marca o una indicación geográfica y que vulnere una marca o una indicación geográfica y que lleven un signo, nombre o término idéntico a una marca o indicación geográfica válidamente registrada o que no pueda distinguirse de ella en sus aspectos esenciales, que puedan ser utilizados para mercancías del mismo tipo para el que se haya registrado dicha marca o indicación geográfica

6) mercancías piratas: las mercancías objeto de un acto que vulnere un derecho de autor u otro derecho afín, o un diseño industrial en el Estado miembro en el que se encuentren las mercancías y que sean o contengan copias realizadas sin la autorización del titular del derecho de autor o derecho afín o del diseño industrial, o de una persona autorizada por ese titular en el país de producción.”



No se puede obviar el hecho de que el Reglamento es netamente procedimental, y entra a regular en detalle los **requisitos de la intervención aduanera**, de la solicitud de la misma, los plazos para presentarla y el **tratamiento de las mercancías en las diferentes fases del procedimiento**, desde la suspensión del levante a su destrucción. Por esta razón, regula con precisión cuestiones como la legitimación activa para solicitar la intervención, manteniendo la que se establecía en la anterior regulación, aunque distingue entre **dos tipos de solicitudes de intervención: la solicitud nacional y la solicitud de la Unión**. Estas últimas podrán presentarse únicamente respecto a derechos de propiedad intelectual basados en la normativa de la Unión que produzcan efectos transversales para todo su territorio<sup>60</sup>.

Este Reglamento explícitamente excluye de su ámbito de aplicación **el comercio paralelo ilícito y la sobreproducción no autorizada**<sup>61</sup>. Por otra parte, el Reglamento mantiene la legitimación activa para actuar en este ámbito de los organismos, entidades, asociaciones y grupos de productores que puedan iniciar a título propio procedimientos en relación con una **posible vulneración de algún derecho de propiedad intelectual**.

Es interesante resaltar el compromiso que recoge el Reglamento respecto de las obligaciones que ha asumido la Unión Europea en el marco de la **Organización Mundial del Comercio**, y en concreto a través de la **Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública**, y en referencia con los medicamentos que estén en tránsito a través del territorio comunitario pero que fuesen susceptibles de ser desviados hacia el mercado de la Unión. Esta posibilidad no debe afectar a los **compromisos internacionales de la Unión** y tampoco a su política de cooperación al desarrollo.

El **Reglamento 1383/2003** autorizaba a los Estados miembros a proceder a la **destrucción de determinadas mercancías** sin la obligación de que se iniciase procedimiento alguno dirigido a determinar si se habían vulnerado derechos de propiedad intelectual. Este Reglamento recoge la conveniencia de mantener este procedimiento dado los buenos resultados que se han derivado del mismo, siempre que el titular o declarante **consienta la destrucción de las mercancías**.

El **Capítulo III del Reglamento** se refiere a los elementos procedimentales de la intervención de las autoridades aduaneras, **regulando en detalle la suspensión del levante y la retención de las mercancías sospechosas de vulnerar los derechos de propiedad intelectual**, la inspección y la toma de muestras de las mismas, la comunicación de información y de datos entre las autoridades aduaneras, la destrucción de mercancías y el procedimiento aplicable para proceder a la misma, así como a su tratamiento antes de que ésta se produzca.



<sup>60</sup>Artículo 4 Derechos de propiedad intelectual cubiertos por solicitudes de la Unión.

<sup>61</sup>“Las vulneraciones de derechos resultantes del denominado comercio paralelo ilícito y de las sobreproducciones no autorizadas por los titulares de derechos de propiedad intelectual están excluidas del ámbito del Reglamento nº 1383/2003. El motivo de esta exclusión es que las mercancías objeto de comercio paralelo ilícito, es decir, las que han sido fabricadas con el consentimiento del titular del derecho per comercializadas por primera vez en el Espacio Económico Europeo sin su consentimiento, y la sobreproducción no autorizada, esto es, las mercancías que han sido fabricadas por una persona debidamente autorizada por el titular del derecho para fabricar una cierta cantidad de mercancías que superen las cantidades acordadas entre dicha persona y el titular del derecho, se fabrican como mercancías auténticas, y por consiguiente no se considera oportuno que las autoridades aduaneras concentren sus esfuerzos en estos viene.” Considerando (6).

**Es importante recalcar que la labor de la Comisión Europea en este ámbito se reduce a la de coordinación y supervisión, y a la creación de una base de datos relativa a las solicitudes de intervención<sup>62</sup>, en este sentido:**

“7. La Comisión establecerá y mantendrá mecanismos e instrumentos adecuados de carácter técnico y organizativo para garantizar el funcionamiento fiable y seguro de la base de datos central. Las autoridades aduaneras de cada Estado miembro establecerán y mantendrán mecanismos e instrumentos adecuados de carácter técnico y organizativo para garantizar la confidencialidad y la seguridad del tratamiento de datos en lo que respecta a las operaciones de tratamiento realizadas por sus autoridades aduaneras y en referencia a los terminales de la base de datos central situados en el territorio de dicho Estado miembro.”

Por último señalar que la Comisión en el desempeño de las tareas que le atribuye el Reglamento estará asistida por el **Comité del Código Aduanero**, establecido ya en el Reglamento 2913/92.

**“Este Reglamento excluye de su ámbito de aplicación el comercio paralelo ilícito y la sobreproducción no autorizada”.**

<sup>62</sup>Artículo 31 Intercambio de datos entre los Estados miembros y la Comisión sobre decisiones relativas a solicitudes y a retenciones de mercancías:

“3. La transmisión de la información mencionada en los apartados 1 y 2 del presente artículo y todos los intercambios de datos entre autoridades aduaneras de los Estados miembros sobre decisiones relativas a solicitudes a que se refiere el artículo 14 se efectuarán mediante una base de datos central de la Comisión. La información y los datos se almacenarán en dicha base de datos.

(...) 6. Las autoridades introducirán en la base de datos central la información referente a las solicitudes presentadas al departamento de aduanas competente. Las autoridades aduaneras que hayan introducido la información en la base de datos central modificarán, completarán, rectificarán o suprimirán tal información cuando sea necesario. Cada autoridad aduanera que haya introducido información en la base de datos central será responsable de la precisión, la suficiencia y la pertinencia de dicha información.”

comercializadas por primera vez en el Espacio Económico Europeo sin su consentimiento, y la sobreproducción no autorizada, esto es, las mercancías que han sido fabricadas por una persona debidamente autorizada por el titular del derecho para fabricar una cierta cantidad de mercancías que superen las cantidades acordadas entre dicha persona y el titular del derecho, se fabrican como mercancías auténticas, y por consiguiente no se considera oportuno que las autoridades aduaneras concentren sus esfuerzos en estos viene.” Considerando (6).

### 3. Estrategia comunitaria para la protección del Mercado Interior

#### 3.5. Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual

El **Reglamento 1383/2003** se vio completado y desarrollado en el plano de su ejecución y de detalle a través de la **Directiva 2004/48/CE**, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual<sup>63</sup>.

Aunque el Reglamento como hemos visto ha quedado explícitamente derogado, la Directiva mantiene su vigencia y, dado el **nivel de regulación que recoge**, debe ser objeto de comentario detallado, a la espera de que sea sustituida.

#### Comienza la Directiva declarando que:

*“La protección de la propiedad intelectual debe permitir que el inventor o creador obtenga un beneficio legítimo de su invención o creación. Debe permitir asimismo la difusión más amplia posible de las obras, ideas y los conocimientos nuevos. Al mismo tiempo, no debe ser un obstáculo para la libertad de expresión, para la libre circulación de la información, ni para la protección de los datos personales, inclusive en internet”*<sup>64</sup>.

“La Directiva constata que existen graves diferencias en lo que respecta a los medios de protección de los derechos de propiedad intelectual”.

<sup>63</sup>Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, DOUE L 157/45, de 30.4.2004.

<sup>64</sup>Considerando (29), Directiva 2004/48/CE.

La Directiva constata, a través de las consultas realizadas por la Comisión, que existen graves diferencias y disparidades en lo que respecta a los **medios de tutela y protección de los derechos de propiedad intelectual**, variando considerablemente de un Estado a otro la forma de aplicar las **medidas provisionales y cautelares** utilizadas para proteger las pruebas, y también en el **cálculo de daños y perjuicios**, o en las formas de aplicar y hacer cumplir los mandamientos judiciales, llegándose a la situación de que en algunos Estados miembros no existía un procedimiento para la retirada a expensas del infractor de las **mercancías litigiosas** que ya hubiesen accedido al mercado.

Esas **discrepancias regulatorias** no hacen más que debilitar el derecho sustantivo de propiedad intelectual, provocando una **fragmentación del mercado interior** en este ámbito tan relevante.

Esta importante Directiva comienza **asimilando a efectos regulatorios los derechos de propiedad intelectual con los de propiedad industrial**, respecto a los procedimientos, medidas y recursos que los garanticen<sup>65</sup>.

Parte la Directiva, conforme a su **finalidad armonizadora**, indicando a los Estados miembros la necesidad de que **establezcan medidas, procedimientos y recursos justos y equitativos -no inútilmente gravosos o complejos, ni que comporten plazos injustificados o retrasos excesivos e innecesarios-** adecuados para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual<sup>66</sup>.

Es interesante comprobar como el **artículo 4** aumenta la **legitimación activa** para personarse y solicitar la intervención dirigida a la **protección de estos derechos**<sup>67</sup>.



<sup>65</sup> Artículo 1 Objeto: “La presente Directiva se refiere a las medidas, procedimientos y recursos necesarios para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual. A los fines de la presente Directiva, el término “derechos de propiedad intelectual” incluirá los derechos de propiedad industrial.”

<sup>66</sup> Artículo 3 Obligación general.

<sup>67</sup> Artículo 4: “Personas legitimadas para solicitar la aplicación de medidas, procedimientos y recursos  
1. Los Estados miembros reconocerán legitimidad para solicitar la aplicación de medidas procedimientos y recursos mencionados en el presente capítulo a:  
a) Los titulares de propiedad intelectual con arreglo a lo dispuesto en la legislación aplicable;  
b) Todas las demás personas autorizadas a utilizar estos derechos, en particular los licenciatarios, en la medida en que lo permita la legislación aplicable y con arreglo a lo dispuesto en ella;  
c) Los organismos de gestión de derechos colectivos de propiedad intelectual a los que se haya reconocido regularmente el derecho de representar a los titulares de derechos de propiedad intelectual, en la medida en que lo permita la legislación aplicable y con arreglo a lo dispuesto en ella;  
d) Los organismos profesionales de defensa a los que se haya reconocido regularmente el derecho de representar a los titulares de derechos de propiedad intelectual, en la medida en que lo permita la legislación aplicable y con arreglo a lo dispuesto en ella.”

Al mismo tiempo, se fija claramente la presunción de **quién debe considerarse autor a efectos de la titularidad sobre los derechos**, y respecto al haz de competencias que se derivan de los mismos: “*para que el autor de una obra literaria o artística, mientras no se pruebe lo contrario, pueda considerarse como tal y tener por lo tanto derecho a incoar procedimientos de infracción, será suficiente que su nombre figure en la obra de la forma habitual*”<sup>68</sup>.

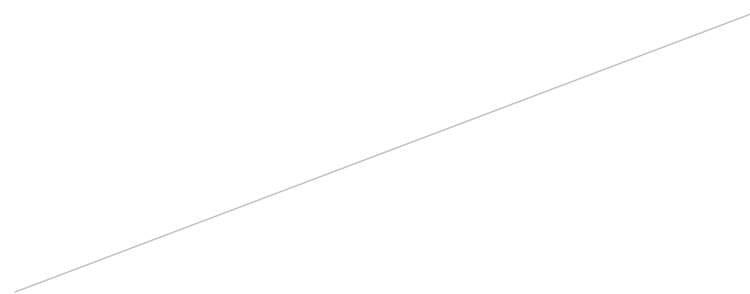
La **Sección 2** de la Directiva hace referencia a la cuestión determinante de la prueba y a las **medidas de protección** sobre los elementos probatorios.

En este sentido, hay que resaltar que se recoge la posibilidad de que el juez que instruya el procedimiento pueda ordenar a la parte infractora que entregue las pruebas que estén en su poder y bajo su control<sup>69</sup>, además se podrán ordenar por la **autoridad judicial** todas aquellas **medidas cautelares y provisionales** tendentes que salvaguarden la obtención de elementos probatorios<sup>70</sup>, incluso sin que haya que dar audiencia a la parte supuestamente infractora.

Hace énfasis la Directiva en las medidas provisionales y cautelares, porque en estos procedimientos pueden tener una transcendencia vital a efectos de **lograr que el objetivo final sea salvaguardado**<sup>71</sup>, es decir, la **efectiva protección del derecho de propiedad intelectual** a través de la prohibición del levante o puesta en libre tránsito de mercancías de contrabando y falsificadas.

Prevé la directiva que dentro de las medidas coercitivas que pueden proceder cuando se haya constatado la **ilicitud de la actividad**, se contemple la retirada de los circuitos comerciales, su apartamiento definitivo de los mismos y eventualmente su destrucción<sup>72</sup>, y **todas correrán por cuenta del infractor**.

**“Las medidas provisionales pueden tener una transcendencia vital a efectos de lograr que el objetivo final sea salvaguardado”.**



<sup>68</sup>Artículo 5 **Presunción de derecho de autor**.

<sup>69</sup>Artículo 6 **Pruebas**: “1. Los Estados miembros garantizarán que, a petición de la parte que haya presentado pruebas razonablemente disponibles y suficientes para respaldar sus alegaciones y haya especificado, al fundamentar tales alegaciones, qué otras pruebas se encuentran bajo control de la parte contraria, las autoridades judiciales competentes puedan ordenar que la parte contraria entregue dichas pruebas, sin perjuicio de que se garantice la protección de los datos confidenciales. A efectos del presente apartado, los Estados miembros podrán disponer que las autoridades judiciales competentes consideren que una muestra razonable de un número considerable de ejemplares de una obra o cualquier otro objeto protegido constituye una prueba razonable.”

<sup>70</sup>Artículo 7 **Medidas de protección de pruebas**: “1. Los Estados miembros garantizarán que, antes incluso de iniciarse un procedimiento sobre el fondo, las autoridades judiciales competentes puedan, a instancia de una de las partes que haya presentado pruebas razonablemente disponibles para respaldar sus alegaciones de que su derecho de propiedad intelectual ha sido o va a ser infringido, dictar medidas provisionales rápidas y eficaces para proteger pruebas pertinentes con respecto a la supuesta infracción, sin perjuicio de que se garantice la protección de toda información confidencial. Dichas medidas podrán incluir la descripción detallada, con o sin toma de muestras, o la incautación efectiva de las mercancías litigiosas y, en los casos en que proceda, de los materiales e instrumentos utilizados en la producción o la distribución de dichas mercancías y de los documentos relacionados con las mismas. Estas medidas se tomarán, en caso de ser necesario sin que sea oída la otra parte, en particular cuando sea probable que el retraso vaya a ocasionar daños irreparables al titular del derecho o cuando exista un riesgo demostrable de que se destruyan pruebas.”

<sup>71</sup>Artículo 9 **Medidas provisionales y cautelares**: “1. Los Estados miembros garantizarán que, a petición del solicitante, las autoridades judiciales puedan:

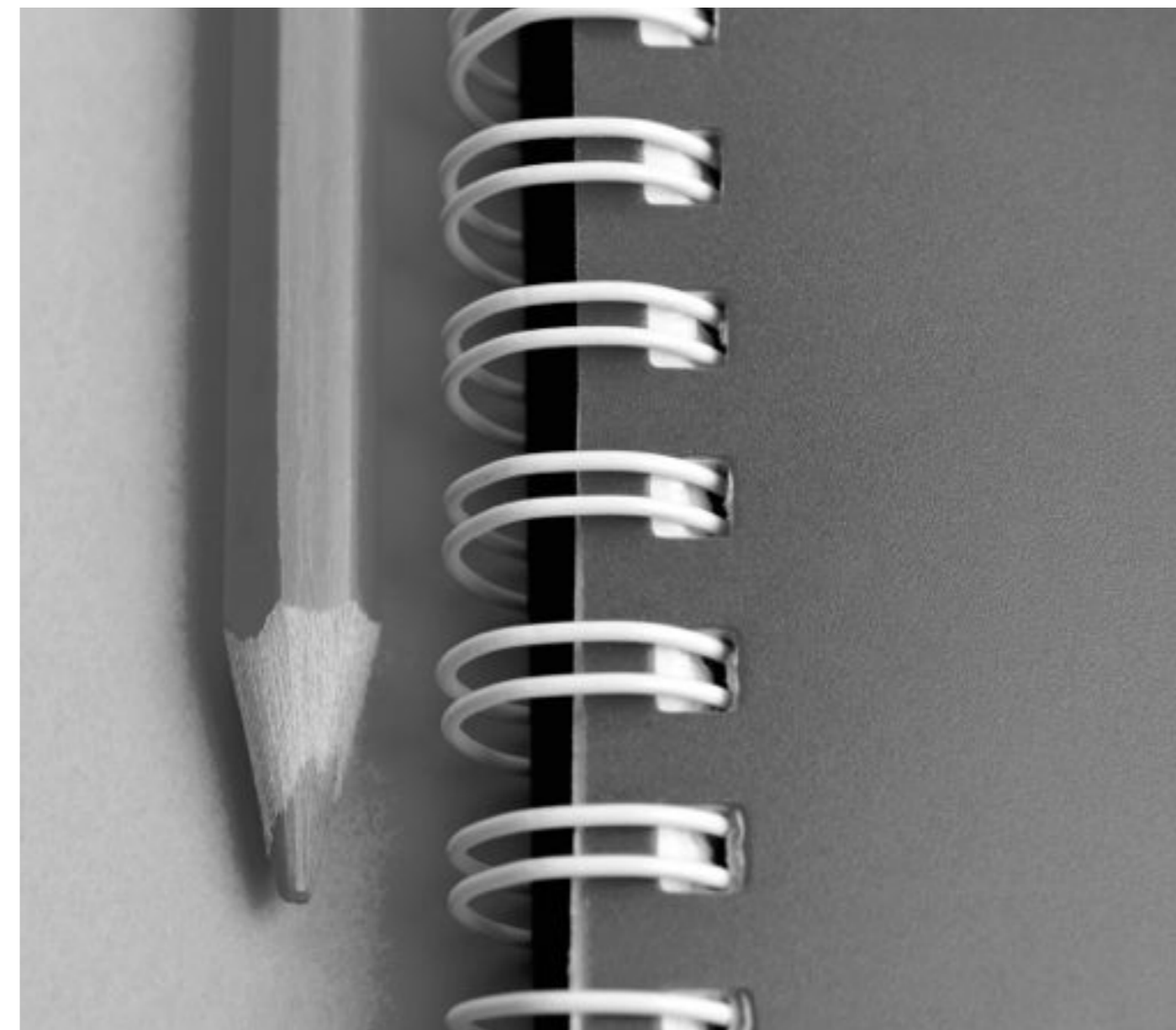
a) dictar contra el presunto infractor un mandamiento judicial destinado a prevenir cualquier infracción inminente de un derecho de propiedad intelectual, a prohibir, con carácter provisional y, cuando proceda, si así lo dispone el Derecho nacional, bajo pago de multa coercitiva, la continuación de las infracciones alegadas de ese derecho, o a supeditar tal continuación a la presentación de garantías destinadas a asegurar la indemnización del titular; también podrá dictarse un mandamiento judicial, en las mismas condiciones, contra el intermediario cuyos servicios sean utilizados por un tercero para infringir un derecho de propiedad intelectual; los mandamientos judiciales contra intermediarios cuyos servicios sean utilizados por un tercer o para infringir un derecho de autor o un derecho afín se contemplan en la Directiva 2001/29/CE.

b) Ordenar la incautación o la entrega de mercancías sospechosas de infringir un derecho de propiedad intelectual para impedir su introducción o circulación en los circuitos comerciales.”

<sup>72</sup>Artículo 10 **Medidas correctivas** (Sección 5 **Medidas derivadas de una decisión sobre el fondo**).

***Es interesante también señalar como el Capítulo IV se dedica en parte a impulsar los Códigos de conducta elaborados por las asociaciones y organizaciones empresariales y profesionales, que puedan contribuir a mejorar el respeto de los derechos de propiedad intelectual***<sup>73</sup>.

Esto está en coherencia con las líneas de trabajo de la Comisión que hacen referencia a la autorregulación como alternativa plausible a la más incisiva regulación directa a través de instrumentos jurídicos comunitarios, que suelen ser más gravosos de aplicar, y que implican elevados costes administrativos y también para las empresas que tienen que adaptarse para su cumplimiento (v. Informe *Hiperregulación en la UE*, Foro Europa Ciudadana)<sup>74</sup>.



<sup>73</sup>Artículo 17 **Códigos de conducta**: “Los Estados miembros fomentarán:

a) La elaboración por las asociaciones u organizaciones empresariales o profesionales de códigos de conducta a nivel comunitario destinados a contribuir al respeto de los derechos de propiedad intelectual, principalmente preconizando la utilización en los discos ópticos de un código que permita identificar el origen de su fabricación;

b) La transmisión a la Comisión de los proyectos de códigos de conducta a nivel nacional o comunitario y de las posibles evaluaciones relativas a la aplicación de dichos códigos de conducta.”

<sup>74</sup>[http://www.europaciudadana.org/smartregulation/downloads/FEC\\_Informe\\_Hiperregulacion.pdf](http://www.europaciudadana.org/smartregulation/downloads/FEC_Informe_Hiperregulacion.pdf)

### 3. Estrategia comunitaria para la protección del Mercado Interior

#### 3.6. Programas Comunitarios Aduanas 2013 y Fiscalis 2013

En abril del 2005 la **Comisión Europea** publicó una Comunicación<sup>75</sup> en la cual lanzaba dos Programas Comunitarios estrechamente relacionados con la salvaguarda del **Mercado Interior Europeo**.

Este documento comienza afirmando la importancia del **logro efectivo** y la correcta implementación del Mercado Interior: desde su implantación en 1993, con la **desaparición de los controles aduaneros fronterizos entre los Estados miembros** se duplicó el comercio intracomunitario, alcanzando un valor de 1.500.000 de millones de Euros en 2004.

Este Mercado transparente en el interior, y protegido frente al exterior a través del **Arancel Exterior Común y de la Unión Aduanera**, junto con la Política Comercial Común, necesita de una coordinación entre el **ámbito aduanero y el fiscal**, porque ambos van muy de la mano.

“Este Mercado transparente en el interior y protegido frente al exterior necesita de una coordinación entre el ámbito aduanero y el fiscal”.

Esta Comunicación preveía un **espacio temporal que iba del ejercicio 2007 a diciembre del 2013** -por lo tanto, todavía vigente-, y sustituía al anterior programa Aduanas 2007, y cuya actuación medular se basó en el impulso del intercambio electrónico de información a través de la **red CCN/CSI**, que se utiliza tanto por las autoridades aduaneras como fiscales de los Estados miembros, y que se financia a través de ambos programas.

Ya en el ámbito aduanero, el **New Computerised Transit System (NCTS)** asegura la transmisión de la declaración de tránsito aduanero, de manera previa o simultánea al transporte efectivo de los productos, de manera que **se asegura un mejor control aduanero** reduciendo los costes de operación (en 2004 se registraron en el sistema 5,5 millones de transacciones comerciales internacionales).



**Recoge esta Comunicación también los retos a los que se enfrentaba la Unión Europea en relación con la política aduanera:**

- Es esencial proceder a la correcta implementación de una legislación aduanera común para la UE, para evitar que se produzcan distorsiones en el mercado<sup>76</sup>.
- El espacio aduanero común tiene una relevancia única en lo relativo al desafío de garantizar la seguridad en la cadena de abastecimiento.
- Un control eficaz sólo puede lograrse a través de una gestión común del riesgo.
- Para evitar que se produzcan serias distorsiones del tráfico comercial comunitario, y de seguridad, se necesitan esfuerzos continuados que aseguren que los controles se están llevando a cabo correctamente en todos los puntos de entrada al territorio aduanero comunitario.
- La lucha contra la piratería y la falsificación son elementos básicos en este ámbito, debiendo elevarse los indicadores de riesgo.
- Es necesario proceder a una simplificación de la legislación aduanera y a su modernización, para poder hacer frente a todos estos desafíos<sup>77</sup>.

<sup>76</sup>“Common implementation of Community customs law is essential in order to avoid distortions of the market. In terms of the globalisation of trade, customs activities must be consistent with the aim of ensuring that the European Union remains competitive. Customs must therefore ensure the smooth flow of trade whilst applying the necessary checks for risks that external trade might present to security, health, safety and the economic interests of the Union.” COM(2005) 111 final, p. 6.

<sup>77</sup>“In order to follow these priority issues, and recognizing the trend towards e-government, it is necessary to modernize customs legislation and to radically simplify it. Legislation alone will not be sufficient and there is the pressing need to develop new integrated systems or reshape existing ones. The programme will be the only way to make the electronic customs initiative fully operational. From an IT point of view, it will allow the transmission of customs declarations between customs offices in different Member States, together with the possibility of the interchange of information with existing databases. This will not only improve the risk management of imported and exported goods, but also customs clearance where the customs office of entry or exit is in a Member State other than that of the customs office of import or export.” COM (2005) final, p. 7.

<sup>75</sup>COM(2005) 111 final, Bruselas 6.4.2005, Community Programmes Customs 2013 and Fiscalis 2013

### 3. Estrategia comunitaria para la protección del Mercado Interior

#### 3.7. El Código Aduanero Comunitario

El **Código Aduanero Comunitario** se aprobó por primera vez en octubre de 1992, con el Reglamento 2913/92, que se basó en la **integración de los regímenes aduaneros** que habían estado siendo aplicados separadamente por los Estados miembros desde los años ochenta.

Ese Reglamento desde que fue adoptado fue modificado en numerosas ocasiones, para poder dar respuesta a necesidades concretas como la **protección de la buena fe** o las **cuestiones relacionadas con la seguridad**.

El nuevo Código Aduanero Comunitario busca dar respuesta a los cambios que se han producido en los últimos años, en primer lugar con la **ampliación de la Unión Europea a 27 Estados miembros** -en el momento de la promulgación del Reglamento, hoy 28 con la adhesión de Croacia-, y la entrada en vigor del **Protocolo de Enmienda del Convenio Internacional para la simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros** -denominado Convenio de Kioto revisado-.

“El nuevo Código Aduanero Comunitario busca dar respuesta a los cambios que se han producido en los últimos años”.

La Unión se adhirió a este instrumento a través de la **Decisión 2003/231/CE**. De este modo, el Reglamento 450/2008<sup>78</sup> se ha convertido en la norma de referencia en lo que respecta a la **aplicación del Código Aduanero Comunitario** para todo el territorio de la Unión Europea y para todas las autoridades aduaneras de los Estados miembros.

Reconoce el **Reglamento que la Unión Europea** se basa en una unión aduanera, que parte del concepto de **Mercado Interior**, y la misión de las autoridades aduaneras está muy en consonancia con la salvaguarda y logro efectivo de que ambos desplieguen sus máximos efectos, y con las mayores garantías<sup>79</sup>.

**Ya desde su Exposición de Motivos, el Reglamento recoge su compromiso con la lucha en contra del comercio ilícito:**

“La facilitación del comercio legítimo y la lucha contra el fraude exigen adoptar unos regímenes aduaneros y unos procedimientos simples, rápidos y uniformes. Por tanto, de conformidad con la Comunicación de la Comisión titulada **“Un entorno sin papel para el comercio y las aduanas”**, es oportuno simplificar la legislación aduanera para posibilitar el uso de las tecnologías e instrumentos modernos y para impulsar con más fuerza la aplicación uniforme de esa legislación y modernizar los enfoques aplicables al control aduanero, contribuyendo así a sentar las bases de unos procedimientos de despacho sencillos y eficaces.<sup>80</sup>”



<sup>78</sup>Reglamento nº 450/2008, de 23 de abril de 2008; DOUE L 145/1 de 4.6.2008.

<sup>79</sup> Artículo 2 Misión de las autoridades aduaneras: “Las autoridades aduaneras serán responsables de supervisar el comercio internacional de la Comunidad, debiendo contribuir a un comercio justo y abierto, a la aplicación de los aspectos externos del mercado interior y a la ejecución de la política comercial común y de las restantes políticas comunes relacionadas con el comercio, así como a la seguridad global de la cadena de suministros. Las autoridades aduaneras adoptarán medidas destinadas, en particular, a:

- a) Proteger los intereses financieros de la Comunidad y de sus Estados miembros;
- b) Proteger a la Comunidad del comercio desleal e ilegal, apoyando al mismo tiempo las actividades comerciales legítimas;
- c) Garantizar la seguridad y protección de la Comunidad y de sus residentes y la protección del medio ambiente, actuando, cuando proceda, en estrecha cooperación con otras autoridades;
- d) Mantener un equilibrio adecuado entre los controles aduaneros y la facilitación del comercio legítimo.”

<sup>80</sup>Considerando (5).

## 4. Respuesta aduanera a las últimas tendencias en falsificación y piratería

En octubre de 2005 la **Comisión Europea** publicó una Comunicación<sup>81</sup> dirigida al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, en el cual se abordaba la cuestión de la necesidad de ofrecer en el territorio comunitario una respuesta aduanera adecuada a las **tendencias novedosas relacionadas con la falsificación y la piratería**.

En este informe se recogen algunos datos que no se pueden dejar de mencionar en el presente trabajo, dada su relevancia y trascendencia: **entre el año 1998 y el 2004, se produjo un aumento en las incautaciones en la UE del 1.000%**, afectando a más de 100 millones de artículos al año, siendo su valor estimado entre los 1.000 y los 2.000 millones de Euros anuales. A esto hay que añadir que, en la medida en que la mayoría de esos productos se venden en el mercado negro, **el impacto sobre los ingresos fiscales es muy relevante**.

Hace veinte años, siete de cada diez empresas afectadas por la falsificación pertenecían al sector de los artículos de lujo, la tendencia actual ya no hace referencia sólo a este sector: en el año 2004, se incautaron en las fronteras comunitarias **más de 4,4 millones de falsificaciones de productos alimenticios y de bebidas alcohólicas** -con un aumento del 196% respecto al año 2003-, y el total de falsificaciones de productos de lujo sólo supuso un 2% del total incautado.

En el año 2003, en el **Foro Económico de Davos** reunido en Suiza, se hizo un llamamiento para llevar a cabo un *“esfuerzo masivo a escala mundial para combatir la falsificación, cuyo valor se cifra actualmente en más de 450.000 millones de dólares anuales”*.

Según estudios de la **OCDE**, ya en 1998 se calculaba que las falsificaciones significaban **entre un 5% y un 7% del comercio mundial**, y no parece que se pueda considerar un dato que haya ido en disminución, más bien al contrario.

El 5 de agosto de 2013, la Comisión Europea ha publicado un Informe<sup>82</sup> titulado **Report on EU Customs Enforcement of Intellectual Property Rights: Results at the EU Border**, en el cual se constata con toda claridad que el contrabando y el comercio ilícito en la UE han aumentado durante estos diez años transcurridos desde esa Comunicación.

En el **año 2012** se incautaron en las fronteras comunitarias **40 millones de productos falsificados**, de los cuales 30 % eran cigarrillos, el 11% material de embalaje, ropa el 8%, juguetes el 4% y perfumes y cosméticos el 3%. El pico de productos incautados se produjo el año 2008 con **178,9 millones**, y todavía en 2011 fueron 114,7 millones de artículos. España es el cuarto país europeo por productos incautados, por detrás del Reino Unido, de Malta y de Italia, aunque en operaciones nos superan Alemania, Malta e Irlanda y el Reino Unido. De cualquier forma, **el número de productos incautados ha disminuido entre el 2011 y el 2012 en un 43%**, y el número de intervenciones en un 12% -de 5.675 a 5.021-.

En este sentido, el número total de **intervenciones aduaneras** en el conjunto de la UE fue en 2012 de **90.473** -inferior a las realizadas en el 2011, que fueron 91.245, aunque la progresión es muy alta si se comprueba que en el año 2002 todavía sólo se produjeron **7.553 intervenciones**-; el valor de lo incautado fue de 991 millones de Euros<sup>83</sup>. Entre los países de procedencia de las falsificaciones, **China sigue manteniendo el primer lugar** con un 64,5%, Emiratos Árabes Unidos un 8,3%, Hong Kong el 7,79 %, Bulgaria 5,7%, Turquía 2,6%, Grecia 2,08%, Moldavia el 1,68%, el resto de países sumaban el 7,00%. Si se analizan estos datos, hay que resaltar que **Hong Kong pertenece a China por soberanía**, de manera que habría que sumar el porcentaje de este país en el porcentaje de ese territorio; y también indicar que **Grecia y Bulgaria forman parte de la UE**, de manera que un porcentaje de los productos ilegales provienen de la misma **Unión Europea**. Pero los cambios percibidos en las **tendencias en**

**“En el año 2004, se incautaron en las fronteras comunitarias más de 4,4 millones de falsificaciones de productos alimenticios y de bebidas alcohólicas”.**

<sup>81</sup>COM(2005) 479 final, Bruselas, 11.10.2005.

<sup>82</sup>[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-761\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-761_en.htm?locale=en)

<sup>83</sup>[http://economia.elpais.com/economia/2013/08/05/agencias/1375702963\\_379487.html](http://economia.elpais.com/economia/2013/08/05/agencias/1375702963_379487.html)



el comercio ilícito y en la falsificación no son sólo cuantitativos. Los cambios en estas tendencias son eminentemente cualitativos ya que gran parte de las falsificaciones recientes se refieren a **mercancías que pueden afectar a la salud y a la seguridad**; los productos de uso doméstico constituyen la mayoría de las incautaciones, cuando anteriormente eran las falsificaciones de productos de lujo.

También se ha notado un **aumento en la piratería** de productos muy sofisticados de **alta tecnología**, y la nota común a todos ellos es que la producción se lleva a cabo a **escala industrial**, siendo que en ocasiones la alta calidad de la falsificación hace a menudo imposible la identificación del producto falso, a no ser que el perito cuente con la experiencia técnica adecuada.

Como ejemplos de productos insólitos respecto a los que se han incautado falsificaciones hay que enumerar **agua mineral, mermeladas, teléfonos móviles, café, manzanas, cremas faciales, flores, repuestos de coches, detergentes, productos farmacéuticos, maquinillas de afeitarse, cremas dentales, cepillos de dientes**, por citar algunos de los que nos han resultado más llamativos. Indicar que algunos productos falsificados cuentan con sus propias técnicas de seguridad, como hologramas de los que carecen hasta los originales.

También nos encontramos **falsificaciones en productos de relevancia social, como son pasaportes, tarjetas de identidad, certificados de matrimonio, títulos universitarios y de postgrado, permisos de conducir**, que sirven en gran parte para el fomento de la inmigración clandestina y que pueden atentar contra la **seguridad y el orden público**.

Una técnica cada vez más en auge representa el **trasbordo**, conforme a la cual los falsificadores alteran la **ruta de transporte habitual de las mercancías** para ocultar su origen, por ejemplo, hacer llegar productos originarios de China a través de contenedores remitidos desde Estados Unidos o Japón, considerados tradicionalmente como de riesgo bajo o mínimo. En este sentido, las **ventas a través de internet** constituyen un problema creciente, ya en el año 2004, **más del 30% de las incautaciones postales efectuadas** en aduana procedían de compras llevadas a cabo a través de internet.

Siempre hay que preguntarse por **el porqué del aumento de la falsificación, de la piratería y, por ende, del comercio ilícito**: la respuesta es muy sencilla: la explosión falsificadora se basa en los **altos beneficios que reporta frente a unos riesgos que son comparativamente bajos**, y, por lo tanto, asumibles en primera instancia. **Se calcula que un falsificador que consiga**

**introducir diez contenedores de cigarrillos falsos en el territorio comunitario ya rentabiliza la inversión en que haya incurrido para su producción y transporte.**

En este sentido hay que indicar que las bandas de crimen organizado se han introducido en este sector de actividad, porque les sirve para introducir otras mercancías de comercio ilícito, como estupefacientes. La crisis con el consiguiente **aumento e incremento de la presión fiscal y recaudatoria** empeora la situación, porque el consumidor puede verse más atraído por productos que eviten el marco impositivo, y que le resultan más asequibles.

**“La explosión falsificadora se basa en los altos beneficios que reporta frente a unos riesgos que son comparativamente bajos”.**

**Se puede afirmar, conforme a lo que se recoge en la Comunicación de la Comisión, que la salud y la seguridad de los ciudadanos de la UE, sus puestos de trabajo, la competitividad de la Comunidad, el comercio y la inversión en el sector de la investigación y la innovación están cada vez más amenazados por la producción industrial de falsificaciones.**

La **pérdida de ingresos fiscales** constituye también un factor relevante a la hora de entender mejor la **trascendencia de la piratería**: el Reino Unido ha estimado que las pérdidas anuales sólo en IVA por las falsificaciones pudieron alcanzar en el año 2004 **2.500 millones de Euros**.

En España, y sólo en relación con el **tabaco**, en un escenario optimista, se calcula que las pérdidas fiscales sólo en relación con este sector pueden representar alrededor de **469 millones de Euros**: 26 millones por imposición directa, indirecta y cotizaciones sociales, 350 por Impuesto Especial

sobre Tabaco y 93 millones por IVA -un escenario pesimista calcularía la pérdida en alrededor de **1.631 millones** de recaudación fiscal total<sup>84</sup>.

Hay que recordar, en este sentido, que **las aduanas son responsables del 70% de las incautaciones de productos falsificados** en el mundo entero, además constituyen la única instancia ejecutoria que tiene el cometido y la misión específica de luchar contra la piratería, conforme al Acuerdo sobre derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (**Acuerdo ADPIC**), de la Organización Mundial del Comercio.



<sup>84</sup>Informe AFI de mayo de 2013: “Impacto Económico en España de la propuesta de Directiva Europea sobre productos del Tabaco”, sinopsis para Mesa del Tabaco.

**Pero el problema subyacente es más importante y es el que hay que atacar de fondo: se debe ir al origen de la cuestión, impidiendo la producción de falsificaciones, su distribución y su venta final. La Comunicación de la Comisión se centra en un plan de acción que se basaría en tres pilares:**

### 1. Aumento de la protección a escala comunitaria

En la medida en que es necesario reforzar la protección contra productos que puedan suponer una **amenaza para la salud y la seguridad de los consumidores de la UE**, es necesario mejorar la legislación aduanera para que se adapte a las necesidades sentidas por los operadores económicos afectados por el comercio ilícito, la piratería y las falsificaciones.

En este sentido, las empresas han expresado su interés en que los Estados miembros dispongan de **procedimientos de destrucción simplificados**. Por otro lado, también han enfatizado en que hay que poner un **mayor esfuerzo en las falsificaciones que se introducen en territorio comunitario en pequeñas cantidades**, por consumidores en concepto de uso personal.

La Comisión propone la creación de una **task force de expertos de aduanas** de los Estados miembros, para mejorar los controles sobre la piratería y las falsificaciones<sup>85</sup>.

También se propone que se lleven a cabo **controles operativos conjuntos**, seminarios con los servicios de aduanas en los que participen los sectores empresariales afectados. **La utilización de laboratorios de aduanas** para poder determinar el grado de peligrosidad de los productos incautados también sería un elemento positivo. Por último, se promueve el intercambio de información entre las autoridades aduaneras a través del **Sistema de Información aduanera**.

### 2. Mejorar la cooperación entre los servicios de aduanas y el sector empresarial

No se puede olvidar en ningún momento que las aduanas no pueden incautar productos falsificados

sin que medie una solicitud del titular del derecho de propiedad industrial afectado.

Esta cooperación, sin la cual, la acción aduanera carecería de sentido, ha provocado que empresas como **Mercedes, LVMH, Panasonic, Gillette, Nike, Lacoste o BIC**, hayan elaborado guías prácticas para que las aduanas puedan discernir en primera instancia sobre la identidad y autenticidad de los productos que sean sospechosos. Pero el problema verdadero reside en las **PYMES**, a las que les resulta más complejo **solicitar la intervención aduanera** ante un tráfico ilícito que las perjudique.

En este sentido, sería interesante contar con la colaboración cada vez más activa con las empresas de transporte, las compañías aéreas, marítimas, de Courier o correo exprés, para que puedan **colaborar más activamente en la detección temprana del contrabando y la falsificación**.

### 3. Refuerzo en la cooperación internacional

Es indudable que -como afirma la Comisión en su Comunicación- uno de los medios más efectivos para detener los productos antes de que abandonen el país de producción, sería **introducir los controles de importación y de trasbordo de forma generalizada**.

En este sentido, la firma de **acuerdos internacionales de cooperación aduanera** es el paso correcto en esta línea, como demuestra el aumento de las incautaciones de China a partir de la firma en el año 2005 del acuerdo de cooperación con aquel país, de este modo sería muy conveniente reforzar el **artículo 51 del Acuerdo sobre los ADIP<sup>86</sup>**. También sería interesante fomentar la cooperación entre la Organización Mundial de Aduanas (**OMA**), **la Europol y la INTERPOL**.



Tipo de producto	Nº de casos registrados	%	Nº de artículos incautados (en millones)	%	Comparación 2003-2004 del número de artículos
Productos alimenticios, bebidas alcohólicas y no alcohólicas	52	0,5	4,5	4	+196%
Perfumes y cosméticos	214	1	1	1	-22%
Ropa y accesorios	13.958	62	8	8	+102%
a) ropa de deporte	3.906	17	1	1	+140%
b) otra (confección, etc.)	4.704	21	2	2	+26%
c) accesorios (bolsos, gafas de sol, etc.)	5.348	24	5	5	+146%
Equipos eléctricos	848	4	4	4	+712%
Equipos Informáticos (ordenadores, pantallas, etc.)	125	1	1	1	+900%
CD (audio, juegos, programas software, DVD, etc.)	2.781	12,5	18	18	-57%
Relojes y joyas	2.230	10	0,5	1	-20%
Juguetes y juegos	516	2	18	17	+46%
Otros productos	1.347	6	10	6	+58%
Cigarrillos	313	1	38	40	+14%
<b>TOTAL UE</b>	<b>22.384</b>	<b>100</b>	<b>103 millones</b>	<b>100</b>	<b>+12%</b>

Aunque ya hemos comentado datos más recientes, en la **Comunicación de la Comisión** se citaron datos muy interesantes referidos al origen de los artículos incautados por países: en el año 2003, **el 60% de las incautaciones procedían de China**, el 6% de Hong Kong, de Malasia el 3%, de Taiwan el 3%, de Benin el 2%, de la UAE el 2%, 11% de países no comunicados, y el 14% de varios países.

Sin embargo, por el número de casos y de intervenciones, **Tailandia era el país de origen que provocó la mayor parte de las actuaciones con un porcentaje del 28%**, seguido de China con el 18%, Hong Kong con el 6,5%, Turquía con el 6%, Malasia con el 5%, Pakistán el 3%, EE.UU. 3% y un 31% de diversos países, con un porcentaje particularizado muy pequeño.

<sup>85</sup>La task Force estaría compuesta por especialistas aduaneros en la lucha contra las falsificaciones procedentes de los Estados miembros que trabajarían con otros expertos de los Estados miembros en tareas de seguimiento de la situación y para ofrecer asistencia a corto plazo mediante la puesta en común de información y experiencia.

<sup>86</sup>El artículo 51 sobre los ADPIC prevé: "Suspensión del despacho de aduanas por las autoridades aduaneras". Los miembros, de conformidad con las disposiciones que siguen adoptarán procedimientos para que el titular de un derecho, que tenga motivos válidos para sospechar que se prepara la importación de mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas o mercancías pirata que lesionan el derecho de autor, pueda presentar a las autoridades competentes, administrativas o judiciales, una demanda por escrito con objeto de que las autoridades de aduanas suspendan el despacho de esas mercancías para libre circulación. Los Miembros podrán autorizar para que se haga dicha demanda también respecto de mercancías que supongan otras infracciones de los derechos de propiedad intelectual, siempre que se cumplan las prescripciones de la presente sección. Los Miembros podrán establecer también procedimientos análogos para que las autoridades de aduanas suspendan el despacho de esas mercancías destinadas a la exportación desde su territorio.



## 5. La Estrategia de Lisboa y la política fiscal y aduanera: la Aduana 2013

En septiembre del 2005 la Comisión publicó una Comunicación, denominada **Contribución de las políticas fiscal y aduanera a la estrategia de Lisboa**<sup>87</sup>, en la cual retomaba las propuestas emanadas en Lisboa, y en las que se declaraba que esta estrategia proponía “*hacer de Europa un lugar más atractivo para invertir y trabajar, promover el conocimiento y la innovación, y desarrollar políticas que permitan a la empresa europea crear más y mejores puestos de trabajo*”.

En este sentido, la Comunicación enfatizaba el **papel decisivo que las políticas fiscal y aduanera** tienen en el logro de estos objetivos<sup>88</sup>, en concreto, respecto a esta última, la Comisión reconocía el importante papel que desempeña en el **desarrollo del comercio**, promoviendo la simplificación aduanera, la racionalización de los procesos y procedimientos aduaneros y la **creación de un sistema aduanero electrónico, coherente e interoperable**, que permita a los operadores ahorrar tiempo y dinero en sus transacciones con las aduanas.

“**Son necesarias medidas eficaces de protección de los derechos de propiedad intelectual para incentivar las inversiones en investigación y desarrollo**”.

Todo esto debe enmarcarse en el objetivo último de **ampliar y profundizar el mercado interior**. Recoge la Comunicación algunos datos interesantes según los cuales, para la Cámara de Comercio Internacional en 1997, y para la OCDE en 1998, **las falsificaciones representaban entre el 5% y el 7% del comercio mundial** ya en esos años, y se calculaba que la piratería y el comercio ilícito era responsable de la **pérdida de 200.000 puestos de trabajo sólo en Europa**. Desde entonces esta situación sólo se ha incrementado exponencialmente.

En este sentido, hay que recordar como pone de manifiesto la Comunicación que **son necesarias medidas eficaces de protección de los derechos de propiedad intelectual** para incentivar las inversiones en investigación y desarrollo, y garantizar la igualdad de condiciones competitivas dentro y fuera de la **Unión Europea**. Además el único nivel apropiado para llevar esto a cabo es el comunitario, dado que la Política Aduanera y la Política Comercial de los Estados miembros está **transferida a las Instituciones Europeas**.

Por eso “*en el actual contexto comercial internacional, la existencia de formalidades simples, previsibles y con una buena relación coste-eficacia, para el transporte transfronterizo de mercancías, es un elemento indispensable para estimular el crecimiento económico a través de la participación nacional o regional en el comercio internacional. Además, las autoridades aduaneras están en una posición privilegiada para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales, sanitarias y técnicas de las importaciones, y aplicar eficazmente las medidas de política comercial*”<sup>89</sup>.

En congruencia con lo expuesto hasta el momento, en mayo del 2007 se publicó una **Decisión del**

**Parlamento Europeo y del Consejo**, por el que se estableció un programa de acción para la aduana comunitaria, que se vino en denominar **Aduana 2013**<sup>90</sup>.

En esta Decisión se planteaba un **programa plurianual de seis años de duración** comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2013, que correría paralelo al marco financiero aprobado por el **Acuerdo interinstitucional de mayo de 2006**<sup>91</sup>. Se resalta en esta decisión como se debe conceder prioridad a la **mejora de las inspecciones y a la lucha contra el fraude**<sup>92</sup>.

El programa se basa en los siguientes puntos y actividades: **mejora de los sistemas de comunicación y de intercambio de información, análisis comparativos, promoción de seminarios y talleres**, de grupos de proyecto y grupos directores; las visitas de trabajo, actividades de formación y en la articulación de acciones de seguimiento.

Al mismo tiempo, la participación en el programa quedaba abierta no sólo para los Estados miembros de la Unión Europea, sino también a los países candidatos en los que se aplicase una estrategia de adhesión, y también a los que fuesen candidatos potenciales. Los países socios en la política europea de vecindad también podían formar parte del programa.

El programa se articula alrededor del **logro de cinco objetivos generales**<sup>93</sup> y de unos objetivos específicos más concretos, potenciando el papel del **Grupo de Política Aduanera**, que queda formado por la Comisión y los jefes de las administraciones aduaneras de los Estados miembros o sus representantes.

<sup>87</sup>COM(2005) 532 final.

<sup>88</sup>Pueden contribuir a incrementar la eficacia de nuestras economías, en particular a través de la utilización eficiente de los recursos naturales y la competitividad de nuestras empresas; pueden también favorecer una mayor competitividad de los mercados, estimular el comercio y promover el conocimiento y la innovación.” Pág. 3.

<sup>89</sup>Pueden contribuir a incrementar la eficacia de nuestras economías, en particular a través de la utilización eficiente de los recursos naturales y la competitividad de nuestras empresas; pueden también favorecer una mayor competitividad de los mercados, estimular el comercio y promover el conocimiento y la innovación.” Pág. 3.

<sup>90</sup>Decisión n° 624/2007/CE, de 23 de mayo de 2007; DOUE L 154/25, de 14.6.2007.

<sup>91</sup>DO C 139 de 14.6.2006, pág. 1.

<sup>92</sup>Considerando (3): “Es necesario que las acciones en materia aduanera concedan prioridad a mejorar las inspecciones y la lucha contra el fraude, a minimizar los costes de cumplimiento de la legislación aduanera soportados por los operadores económicos, a garantizar una gestión eficaz de la inspección de las mercancías en las fronteras exteriores y a proteger a los ciudadanos de la Unión en lo que respecta a la seguridad de la cadena internacional de suministros. Por ello, la Comunidad debe estar en condiciones de apoyar, en el marco de sus competencias, la acción de las administraciones aduaneras de los Estados miembros y debe aprovecharse plenamente cualquier posibilidad de cooperación administrativa y asistencia administrativa mutua contemplada en la normativa comunitaria.”

<sup>93</sup>Artículo 4 Objetivos Generales: “1. El Programa se elaborará de modo que se cumplan los siguientes objetivos generales:

a) Garantizar que las actividades aduaneras satisfacen las necesidades del mercado interior, incluida la seguridad de la cadena de suministros y la facilitación de los intercambios, así como el apoyo a la estrategia a favor del crecimiento y el empleo;  
b) Lograr que las administraciones aduaneras de los Estados miembros interactúen y desempeñen sus funciones con tanta eficacia como si fueran una única administración, garantizando que haya inspecciones con un nivel de resultados equivalente en todo el territorio aduanero de la Comunidad y el apoyo de la actividad empresarial legítima;  
c) Ofrecer la protección necesaria de los intereses financieros de la Comunidad;  
d) Aumentar la protección y la seguridad;  
e) Preparar para la adhesión a los países mencionados en el artículo 3, apartado 2, a través, entre otros medios, de la puesta en común de experiencia y conocimientos con las administraciones aduaneras de dichos países”.

Entre los objetivos específicos nos interesa resaltar el que propone “reducir las cargas administrativas y los costes vinculados al cumplimiento de la legislación soportados por los operadores económicos, mediante el aumento de la normalización y la simplificación de los sistemas e inspecciones aduaneros, y mantener una cooperación abierta y transparente con los actores comerciales”<sup>94</sup>; y resaltamos este objetivo porque nos parece que es congruente con la estrategia comunitaria planteada desde la **Smart Regulation** -o normativa inteligente-<sup>95</sup>, y que propugna que todas las acciones y políticas comunitarias vayan precedidas de una **evaluación de impacto y ponderación de costes** para que sean lo menos gravosas posible para las empresas que se vean obligadas a su implementación. Otro objetivo interesante que se pone la Comisión es **contribuir al desarrollo de administraciones aduaneras de elevada calidad en terceros países**.

Respecto a los **sistemas de comunicación** y de intercambio de comunicación, se fija el objetivo de que sean operativos y que estén dotados de la mayor eficacia e intercambiabilidad<sup>96</sup>.

También hay que destacar como se pone un énfasis importante en las **acciones de seguimiento del programa**, implicando tanto a las autoridades aduaneras de los **Estados miembros**, como a los funcionarios de la **Comisión de la Dirección General de Aduanas**<sup>97</sup>.

En septiembre de 2008 se publicó una Resolución del Consejo, que promovía un **plan europeo global de lucha contra la falsificación y la piratería**<sup>98</sup>, en la cual se recogen datos muy relevantes, en concreto, se cita el **Informe de la OCDE** del año 2005 sobre las repercusiones económicas de la falsificación y la piratería y sus efectos sobre el comercio internacional de bienes falsificados o pirateados, evaluándose en aproximadamente **200.000 millones de dólares, para el ejercicio 2005**, y tomando en cuenta sólo las incautaciones efectuadas en los países miembros de la OCDE. Si se toma en consideración que sólo un porcentaje relativamente pequeño de las falsificaciones sigue siendo intervenido, el cálculo sobre el valor económico de los bienes falsificados podría aumentar el dato en varios cientos de miles de millones de dólares.

También destaca la Decisión *la necesidad de que se movilicen todos los interesados para reforzar la eficacia del conjunto de los instrumentos de propiedad intelectual y de lucha contra la falsificación y la piratería en el mercado interior y a nivel internacional, recordando que estas actuaciones se enmarcan en el cumplimiento de los derechos fundamentales y de los principios generales del Derecho comunitario, tales como la protección de los datos personales y la protección del derecho de propiedad*<sup>99</sup>.

Este último inciso tiene más relevancia de la que puede inferirse de su rápida lectura: recordar la trascendencia que para la salvaguarda de los **derechos fundamentales** tiene la protección frente a la falsificación y la piratería es muy relevante, ya que **el comercio ilícito con productos falsificados incide sobre el núcleo duro de la libertad de empresa**, del libre desarrollo de la personalidad, de la protección de la propiedad y de los **derechos de propiedad intelectual e industrial** que le son anejos. De este modo, no se puede reducir a un plano meramente económico, sino que la trascendencia de la cuestión también hay que situarla jurídicamente en el nivel apropiado, que -al mismo tiempo- sirve para comprender la trascendencia de la cuestión respecto de los **ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros**.

También se incide en la importancia en que se produzca un **cambio de percepción y de mentalidad en el gran público** respecto de las consecuencias de la falsificación y de la piratería para el **tejido económico empresarial de la Unión Europea**<sup>100</sup>, para el empleo y para la I+D+i.

En este sentido, el Consejo solicita a la Comisión que cree un **Observatorio Europeo para la Falsificación y la Piratería**, que permita -basándose en los datos que puedan aportarse por el sector tanto público como privado- determinar la magnitud y los términos del problema; también le pide que difunda por internet información sobre el fenómeno de la falsificación y la piratería, algo que se enmarcaría dentro de las **acciones de sensibilización y de comunicación dirigidas a los consumidores** y, especialmente, a la juventud, permitiéndoles comprender y valorar *los peligros de la falsificación*<sup>101</sup>.

<sup>99</sup>Número 13, Resolución (2008/C 253/01).

<sup>100</sup>14. “las acciones complementarias de las normas legislativas, destinadas a contribuir a un cambio de la percepción del público del fenómeno de la falsificación y de la piratería, a que se progrese en el conocimiento preciso de este fenómeno, a que mejore la cooperación entre el conjunto de las partes implicadas en los Estados miembros, a que se establezca una red eficaz de cooperación administrativa entre los Estados miembros, que permitirá que se lleven a cabo actuaciones de envergadura europea, a que se promuevan acuerdos de asociación entre los sectores público y privado y la celebración de acuerdos entre profesionales a nivel europea para reducir la piratería y la venta de bienes falsificados en internet”.

<sup>101</sup>También solicita tanto a los Estados miembros como a la Comisión que: “presenten un plan aduanero de lucha contra la falsificación para los años 2009 a 2012 que favorezca el intercambio de información mediante una plena utilización de los sistemas electrónicos, el desarrollo de la cooperación entre las autoridades interesadas, en particular en la frontera y especialmente con las autoridades aduaneras así como con los titulares de derechos; realicen un inventario de la legislación aplicable en materia aduanera y que evalúen las mejoras que hay que introducir en el marco jurídico con el fin de luchar mejor contra las falsificaciones peligrosas para los consumidores y de permitir que se tome conciencia de este fenómeno.” y privado y la celebración de acuerdos entre profesionales a nivel europea para reducir la piratería y la venta de bienes falsificados en internet”.



<sup>94</sup>Decisión n° 624/2007/CE, pág. L 154/27.

<sup>95</sup><http://www.europaciudadana.org/smartregulation/>

<sup>96</sup>Artículo 7 Sistemas de comunicación e intercambio de información: “2. Los sistemas de comunicación e intercambio de información serán los siguientes:

a) La red común de comunicaciones/interfaz común de sistemas (CCN/CSI);

b) El sistema de tránsito informatizado (NCTS);

c) Los sistemas arancelarios, en particular, el sistema de difusión de datos (DDS), la nomenclatura combinada (NC), el sistema de información sobre el arancel integrado de la Comunidad (TARIC), el sistema europeo de información arancelaria vinculante (EBTI), el sistema de gestión de los contingentes arancelarios y de vigilancia (TQS), el sistema de información de las suspensiones (Suspensions), el sistema de gestión de sellos (SMS), el sistema de información para los regímenes aduaneros (ISPP), el inventario aduanero europeo de sustancias químicas (ECICS) y el sistema de exportadores registrados (REX)”.

<sup>97</sup>Artículo 13 Acciones de Seguimiento: “2. Este seguimiento será ejercido por equipos mixtos formados por funcionarios de la Comisión. Basándose en criterios temáticos o regionales, estos equipos visitarán distintos puntos del territorio aduanero de la Comunidad, donde las administraciones aduaneras desempeñen sus funciones. Analizarán las prácticas aduaneras en los distintos países, determinarán todas las dificultades en la aplicación de la normativa y, si procede, formularán recomendaciones para adaptar las normas comunitarias y los métodos de trabajo con el fin de aumentar la eficacia de las actividades aduaneras en su conjunto. Los informes de los equipos se presentarán a los Estados miembros y a la Comisión.”

<sup>98</sup>Resolución (2008/C 253/01), DOUE C 253/1, de 4.10.2008.

“En septiembre de 2008 se publicó una Resolución del Consejo que promovía un plan europeo global de lucha contra la falsificación y la piratería”.

## 6. Comercio ilícito de tabaco y estrategia de la UE para luchar contra el contrabando

En junio de 2013 la Comisión Europea ha publicado una Comunicación titulada *“Estrategia general de la UE para intensificar la lucha contra el contrabando de cigarrillos y otras formas de tráfico ilícito de productos del tabaco”*<sup>102</sup>.

Este documento comienza ofreciendo un dato relevante: según la **Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)**, el comercio ilícito de cigarrillo provoca unas **pérdidas anuales de 10.000 millones de Euros para el presupuesto comunitario** y para el de los Estados miembros, pérdidas derivadas de la disminución de ingresos por los **impuestos especiales** que se aplican sobre este producto, y también por el IVA que se deja de recaudar.

**“Según la OLAF, el comercio ilícito de cigarrillo provoca unas pérdidas anuales de 10.000 millones de Euros”.**

*Es interesante constatar que la Comisión no se centra únicamente en el problema fiscal recaudatorio subyacente al comercio ilícito del tabaco sino que entiende que:*

*“el comercio ilícito de productos del tabaco no sólo plantea una cuestión económica, pues además de los daños importantes en detrimento de los ingresos nacionales y de la UE, impulsa la economía sumergida. De hecho, son casi exclusivamente grupos delictivos organizados los que realizan operaciones transfronterizas. (...) En su mayor parte, los productos ilícitos del tabaco no son producidos de acuerdo con los requisitos de la legislación de la UE aplicables.”*

Hay que recordar que entre julio del 2004 y septiembre del 2010, la Comisión Europea ha llegado a **Acuerdos de colaboración jurídicamente vinculantes con cuatro de los principales productores de cigarrillos**<sup>103</sup>.

Además el problema del comercio ilícito es de alcance mundial, por ello en noviembre de 2012, las 176 partes contratantes del **Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT) de la Organización Mundial de la Salud**, adoptaron un Protocolo al mismo Convenio que está destinado exclusivamente a la cuestión del **contrabando de tabaco**.

**Se pueden identificar varios fenómenos relacionados con el comercio ilícito de productos del tabaco:**

- El contrabando internacional de productos del tabaco (marcas principales y otras marcas).
- Contrabando internacional de cigarrillos falsificados.
- Producción ilegal y distribución dentro de la UE (sin pagar derechos de aduana, IVA e impuestos especiales).

**En concreto, el contrabando internacional puede adoptar diversas formas:**

- Declaraciones falsas o incorrectas.
- Ocultación de mercancías dentro de cargas o vehículos legítimos o haciéndolas transportar por pasajeros.
- Cruce ilegal de fronteras, evitando controles por parte de las autoridades aduaneras.

**La magnitud del problema no es fácil de baremar:** un informe realizado por **KPMG** en 2012, denominado **Proyecto Star**<sup>104</sup>, calculó el **consumo ilícito en un 8,4% en 2007**, el 8,6% en 2008, el 8,9% en 2009, el 9,9% en 2010, el 10,4% en 2011 y el 11,1% en 2012. El **Informe AFI de mayo de 2013** recoge como en España la caída en las ventas legales ha supuesto **desde el 2007 un 29,4 % del total**, y del 40% en el caso del segmento de cigarrillos.

El mismo informe recoge que **el comercio ilícito se ha más que triplicado**, pasando de representar un **2,2% del mercado al 7,5 en 2012**, dependiendo de las regiones, porque en Andalucía y Extremadura el porcentaje puede ser muy superior.



<sup>103</sup>Imperial Tobacco Limited (septiembre de 2010), British American Tobacco (julio 2010), Japan Tobacco International (diciembre 2007) y Philip Morris International (julio 2004).

<sup>104</sup>Informe KPMG Star Project 2012, encargado por Philip Morris International S.A.: [http://www.pmi.com/eng/media\\_center/media\\_kit/Documents/Projetct\\_Star\\_2012\\_Final\\_Report.pdf](http://www.pmi.com/eng/media_center/media_kit/Documents/Projetct_Star_2012_Final_Report.pdf)

<sup>102</sup>COM(2013) 324 final, de 6.6.2013

El **incremento del comercio ilícito** además se puede ver favorecido en el caso de este sector por la **propia regulación comunitaria**, y en particular por las medidas que se recogen en la propuesta de Directiva<sup>105</sup> que quiere someter este sector a **restricciones importantes**, a través de disposiciones que implican: **(i) mayor facilidad para la falsificación** en la medida en que se limitan los elementos que dificultan la misma, como es el diseño sofisticado de paquetes; **(ii) incremento del atractivo del tabaco ilegal** que seguirá ofreciendo los formatos y sabores característicos de cada marca, y que se prohíben en la propuesta de Directiva para productos del tabaco; **(iii) aumento del comercio ilícito**, ya que al no tener que someterse a la presión fiscal e impositiva de los productos legales, incurrirá en una ventaja competitiva<sup>106</sup>.

En este sentido hay que recordar que los **principales países de procedencia de productos del tabaco de contrabando** son, por orden de importancia: **China**<sup>107</sup>, **los Emiratos Árabes Unidos (EAU)**, **Vietnam**, **Malasia**, **Rusia**, **Singapur**, **Bielorrusia** y **Ucrania**.

Por otra parte, si nos preguntamos **el porqué del comercio ilícito**, hay que hacer referencia obligada a que los productos del tabaco están muy gravados en toda la UE: **los derechos de importación varían entre el 40% y el 58%** dependiendo del producto (sin olvidar que a los productos del tabaco se les aplica un total aproximado **de 200 derechos preferenciales y no preferenciales** distintos de acuerdo al Arancel Aduanero Común).

Se calcula que la incidencia fiscal -incluyendo el IVA- se sitúa entre el 70,12% y el 88,97% -en el Reino Unido- del precio de venta al por menor.

Además las **diferencias entre las distintas jurisdicciones fiscales dentro de la UE son muy importantes**: en el caso de los impuestos especiales sobre los cigarrillos, la diferencia entre el Estado miembro que menos grava y el que más lo hace asciende a 206,41 Euros por 1.000 cigarrillos, es decir **más de 4 Euros por cajetilla de 20 cigarrillos**, lo que provoca e incentiva el comercio y la distribución ilícita entre los distintos Estados miembros de la UE. Otro ejemplo, el precio de una cajetilla en los países de la frontera oriental de la UE puede llegar a ser de **ocho veces inferior** -Ucrania, Bielorrusia-.



De este modo, focalizar la **lucha contra el comercio ilícito** en este ámbito sólo en el aspecto aduanero -la gestión común del riesgo, el intercambio de información entre las autoridades aduaneras, la mejora de las técnicas de control- no puede ser la única solución: hace falta que se plantee una estrategia que implique **la revisión del estatus impositivo de los productos derivados del tabaco**, y la permeabilidad de la Unión Europea a los tráficos derivados de terceros países, así como el control sobre la producción ilegal en la propia Comunidad -están proliferando fábricas ilegales de cigarrillos ya dentro del territorio aduanero comunitario-.

En este sentido, la Comisión acertadamente indica en la Comunicación que estamos comentando, como **no sólo se deben reducir los incentivos a los contrabandistas, sino también a los consumidores**.

Haciendo referencia a **campañas de concienciación para la ciudadanía** en las que ésta pueda tomar constancia de los **riesgos derivados para la salud, para el empleo comunitario**, así como de los

derivados de la **pérdida de ingresos fiscales e impositivos** que conlleva el contrabando para los presupuestos de sus Estados respectivos.

Con independencia de que estas cuestiones referentes al **comercio ilícito** pueden suscitar situaciones fronterizas entre Estados miembros, que no tienen nada de baladí, y que -en ocasiones- hacen aflorar a la superficie cuestiones subyacentes que quizá no tienen nada que ver con el funcionamiento del **Mercado Interior**, pero que sí expresan sentimientos encontrados sobre asuntos más de fondo: en concreto, un ejemplo reciente lo podemos encontrar en los **controles fronterizos** establecidos por el Gobierno español respecto de la frontera con Gibraltar, y su supuesta permeabilidad para el tráfico ilícito de mercancías de contrabando, y más en concreto, el relacionado con el tabaco.

Además, en este caso concreto, la detección del contrabando<sup>108</sup> puede provocar la instauración de **novedosas medidas aduaneras**, como automóviles con escáner<sup>109</sup>, como se ha propuesto recientemente por la **Unión de Asociaciones de Estanqueros de España**.

**“El incremento del comercio ilícito se puede ver favorecido en el caso de este sector por la propia regulación comunitaria”.**

<sup>105</sup>COM (2012) 788 final.

<sup>106</sup>Fuente: Informe AFI mayo 2013.

<sup>107</sup>En China los puertos más relevantes respecto de los tráficos ilícitos de tabaco son: Shekou, Xiamen, Guang, Zho, Huang Pou, Ningbo y Yantian.

<sup>108</sup><http://vozpopuli.com/actualidad/29760-los-guardias-civiles-de-la-verja-mantendran-los-controles-ferreos-en-gibraltar-los-proximos-dias>

<sup>109</sup><http://www.elconfidencialdigital.com/vivir/085167/el-gobierno-prepara-contrapartidas-para-los-vendedores-de-tabaco-tras-la-subida-de-impuestos-instalara-un-coche-con-escaner-en-la-verja-de-gibraltar-para-evitar-el-contrabando>.

## 7. Contrabando de medicamentos y productos farmacéuticos

Hay que comenzar indicando que la **falsificación y el contrabando de productos farmacéuticos y medicamentos** se está convirtiendo en un negocio muy lucrativo, que incluso puede superar al del tráfico de estupefacientes. En este caso, el **comercio ilícito** no sólo supone un ataque contra los **derechos de propiedad intelectual** del titular de la marca correspondiente, sino que puede provocar un **gravísimo riesgo para la salud pública**. Según el Laboratorio Central de Análisis de Falsificación francés, que ha rastreado y analizado el origen de muchas falsificaciones en este ámbito, **las redes delictivas proceden fundamentalmente de China y de la India**, que pueden acaparar entre ambas hasta el 64% de los medicamentos de contrabando.

Hay que establecer qué hay que entender por medicamento falsificado, y la definición más aceptada la ofrece el **Grupo de Trabajo Internacional contra la Falsificación de Medicamentos -IMPACT-<sup>110</sup>**, según la cual nos encontramos ante un medicamento falsificado cuando *“se da una representación falsa, y de forma fraudulenta y deliberada, de su identidad (incluyendo declaraciones engañosas con respecto al nombre, la composición, la dosis farmacéutica u otros elementos) y/o procedencia (incluyendo declaraciones engañosas respecto al fabricante, el país de fabricación, el país de origen, el titular de la licencia de comercialización o las vías de distribución).”*

**“En este caso, el comercio ilícito no sólo supone un ataque contra los derechos de propiedad intelectual, sino que puede provocar un gravísimo riesgo para la salud pública”.**

**Entre las falsificaciones más frecuentes que se producen en relación con estos productos hay que citar:**

- La ausencia total del principio activo expresado en el envase, que constituye la falsificación más frecuente.
- La dosificación incorrecta del principio activo, que conlleva un fracaso terapéutico y la pérdida de control de la enfermedad.
- La sustitución del principio activo por otro distinto, algo que puede provocar efectos inesperados e impredecibles.
- Presencia de impurezas o sustancias tóxicas en el fármaco.
- Inclusión de embalaje o documentación falsa, lo que constituye una práctica muy habitual.

La **Organización Mundial de la Salud (OMS)** ha cuantificado que el 7-10% de los medicamentos que se comercializan en el mundo son falsificaciones. También esta misma organización estimó el **comercio ilícito mundial de medicamentos para el 2010 en 70.000 millones de Euros**.

El **auge de las ventas de los mismos por internet** ha contribuido al incremento exponencial de la venta al por menor de estos productos falsificados.

El problema radica en que, en ocasiones, no se trata sólo de productos falsificados, sin que también las **redes de narcotraficantes de medicamentos** -si se nos permite utilizar esta expresión- se dedican a **desviar de su ruta cargamentos completos de medicamentos legales**, que no llegan a su destino porque **se reconducen a países terceros** en donde se venden a precios muy superiores al que hubiesen sido vendidos en primer término.

**Entre el año 2008 y 2009, el mercado negro y clandestino, así como el desvío ilegal de medicamentos creció en un 30%**. Además la

sanción penal por este tipo de actividad es, en ocasiones, muy favorable para el delincuente: por ejemplo, **en Francia el tráfico de drogas se pena con 25 años de prisión, pero el de medicamentos sólo llega hasta los cinco años<sup>111</sup>**.

En este sentido, hay que señalar que la problemática que conlleva los **medicamentos falsificados** también proviene de la falta de controles en los países en vías de desarrollo. Cita el Informe **Medicamentos e Internet<sup>112</sup>**, como en España, *la cadena tradicional de distribución de medicamentos garantiza la calidad e identidad de los medicamentos que se dispensan en las oficinas de farmacia. Sin embargo, la compra de medicamentos por Internet está introduciendo con más o menos éxito copias falsificadas de medicamentos en nuestras fronteras.*

Hay que señalar que **más del 50% de las adquisiciones de medicamentos falsificados en la UE se realizan a través de internet**. Los países de origen son **China e India**, en primer lugar, seguidos por Perú, Brasil, Estados Unidos, Inglaterra, Alemania, Japón, Paraguay y Colombia.



<sup>111</sup>Fuente: Punto Farmacológico nº 62 “Medicamentos e Internet”, Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos.

<sup>112</sup>Nota 109.

<sup>110</sup>International Medical Products Anti-Counterfeiting Taskforce (IMPACT).

**Respecto a los daños que provoca la falsificación de medicamentos, podemos citar los siguientes:**

- **Daños que afectan a la salud de la propia persona que los toma**, ya que supone un grave riesgo para la persona que los recibe (en 2001 se calcula que 191.000 personas murieron sólo en China por la ingesta de medicamentos falsificados).
- **Daños que afectan a la salud pública**, con la aparición de cepas virales resistentes a los antibióticos.
- **Daños que afectan al sistema sanitario de salud pública**: el coste incide no sólo sobre el descenso en las ventas y consiguientes

beneficios de las empresas farmacéuticas, sino también en los costes derivados para el sistema público de salud, provocados por hospitalizaciones, tratamientos y fallecimientos a consecuencia del consumo de estos medicamentos.

- **Daños sobre la empresa titular de la marca y de los derechos de propiedad industrial**, que también se derivan del deterioro de la imagen de la empresa y de la reputación de la marca del medicamento.
- **Daños sobre la confianza del paciente.**

El marco comunitario legislativo de referencia lo constituye dos Directivas, una de 2001 y otra de 2011. La primera es la **Directiva 2001/83**, por la que se establece un **código comunitario sobre medicamentos para uso humano**<sup>113</sup>, esta norma recoge como toda regulación en materia de producción, distribución o utilización de medicamentos debe tener como objetivo esencial la **salvaguardia de la salud pública**.

También establecía que *“procede controlar el conjunto de la cadena de distribución de medicamentos (...), de forma que quede garantizado que los medicamentos se conservan, transportan y manipulan en condiciones adecuadas. Las disposiciones que conviene adoptar con este objetivo facilitarán considerablemente la retirada del mercado de productos defectuosos y permitirán luchar más eficazmente contra las imitaciones fraudulentas”*<sup>114</sup>.

Esta era la **única mención al contrabando** en la norma en cuestión. Habrá que esperar a la **Directiva 2011/62**, que modificó la anteriormente citada<sup>115</sup>, y que ya en su título indica que establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, en lo relativo a la **prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal**.

Esta Directiva declara que *“la falsificación de medicamentos es un problema mundial que requiere una coordinación y una cooperación internacionales eficaces y reforzadas, a fin de garantizar una mayor eficacia de las estrategias de lucha contra la falsificación, especialmente por lo que respecta a la venta de esos medicamentos por internet. A tal fin, la Comisión y los Estados miembros deben cooperar estrechamente y apoyar la labor que se está desarrollando en este sentido en foros internacionales como el Consejo de Europa, Europol y las Naciones Unidas. Además, la Comisión, en estrecha colaboración con los Estados miembros debe cooperar con las autoridades competentes de terceros países para luchar eficazmente contra el comercio de medicamentos falsificados a escala mundial”*<sup>116</sup>.

En España, la **norma de referencia** que transpone las Directivas europeas es la **Ley 10/2013, de 24 de julio**<sup>117</sup>, y que ha modificado la Ley 29/2006. Esta Ley recoge el esfuerzo de la **Unión Europea** para dificultar que los medicamentos con prescripción médica puedan **ser adquiridos por internet**, y en la lucha por la prevención de entrada en los canales de suministro de medicamentos falsificados.

<sup>113</sup>Directiva 2001/83/CE, de 6 de noviembre de 2001; DOCE L 311, de 28.11.2001.

<sup>114</sup>Considerando (35).

<sup>115</sup>Directiva 2011/62/CE, de 8 de junio de 2011, DOUE L 174, de 1.7.2011.

<sup>116</sup>Considerando (28).

<sup>117</sup>BOE N° 177, de 25 de julio 2013.



## 8. Comercio ilícito de pieles y de animales exóticos

“El comercio ilícito de pieles y animales tiene como consecuencia directa que 700 especies de animales y flora se encuentren en vías de extinción”.

La **Unión Europea** es un actor internacional de primera magnitud en la lucha contra el contrabando y el comercio ilícito de estos productos -si acaso este término es aceptable para denominar a animales y especies florales vivas-, y es parte de la **Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)**<sup>118</sup>, que regularmente celebra Conferencias internacionales en las que se revisa el contenido, los objetivos y la evolución del Tratado internacional en cuestión.

El **comercio ilícito de pieles y animales** tiene como consecuencia directa que **700 especies de animales y flora se encuentren en vías de extinción**, calculándose que los beneficios que genera esta actividad ilícita a nivel mundial ronda los **12.000 millones de Euros**.

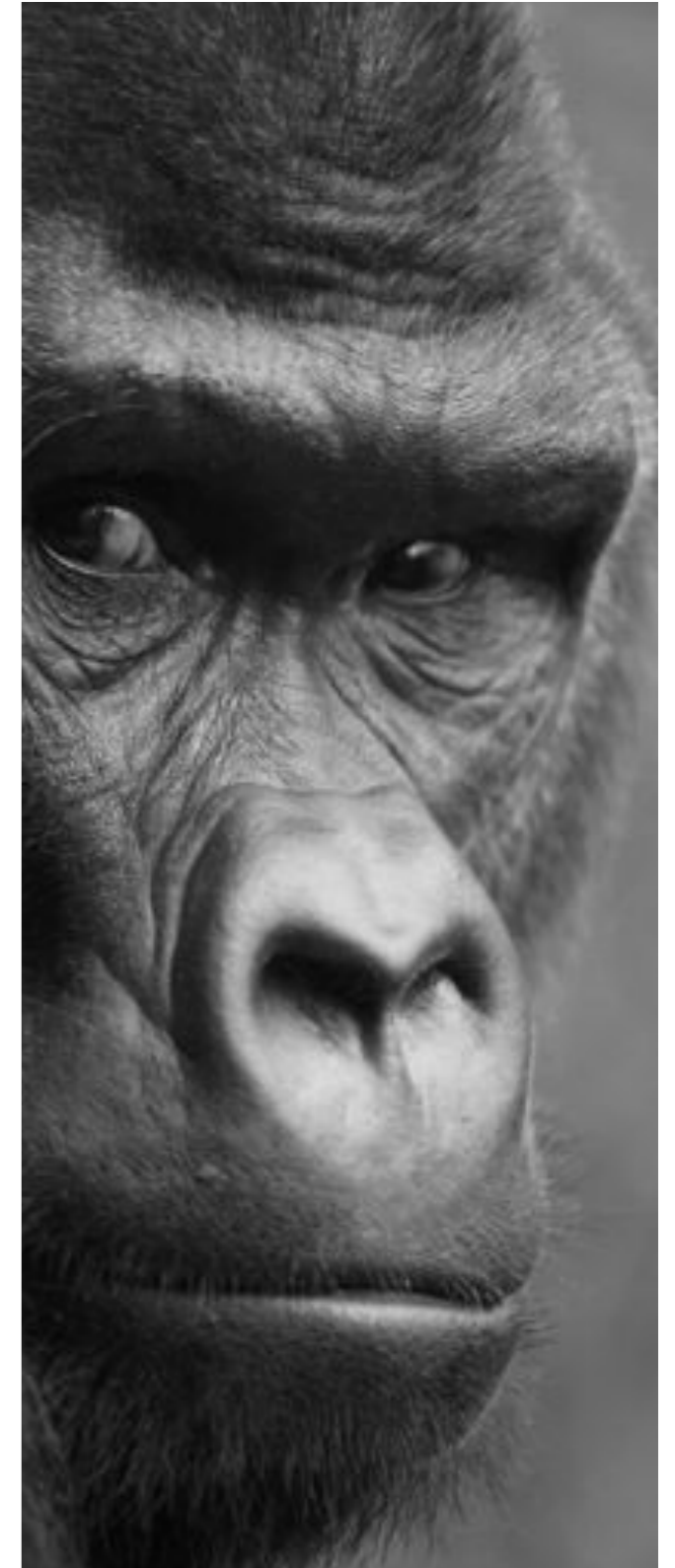
Cincuenta mil primates, 140.000 colmillos de marfil, 350 millones de peces tropicales y 4 millones de cactus son vendidos ilegalmente en un solo año, siendo cifras que emanan del **Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF)**. También es importante reseñar que se calcula que alrededor de **un 30% del comercio ilegal con estas especies y pieles pasa por España**<sup>119</sup>.

La UE es el primer importador mundial de pieles de reptil, al comprar casi 4 millones de pieles; también es el segundo gran importador de primates, después de Estados Unidos, con 46.000 ejemplares; es el primer importador mundial de loros, cacatúas y similares, contabilizando **casi 1 millón de ejemplares (el 39% del comercio mundial)**, y el primer importador de boas y pitones vivas, el segundo de felinos vivos y el primer importador y exportador de plantas.

**Argentina, Indonesia, Tanzania y Uruguay** figuran como los países de donde proceden la mayor parte de los pistaciformes (loros, guacamayos, cacatúas). Estados Unidos importa 300.000 loros al año con destino a las tiendas de animales de compañía. También este país junto con Japón, España y Francia forman el grupo de importadores de pieles de reptil provenientes de Indonesia y Argentina.

El marco normativo para la Unión Europea está determinado por el **Reglamento 865/2006**<sup>120</sup>, que desarrolla el inicial Reglamento 338/97. Esta disposición regula al detalle **los permisos de importación, los permisos de exportación**, los certificados de reexportación, los certificados de propiedad privada y las solicitudes correspondientes.

Entra en un nivel de detalle máximo, al regular hasta el color de los formularios de solicitud de los distintos permisos y certificados. No podemos dejar de señalar este punto porque nos parece que -una vez más- las **Instituciones Europeas** ignoran los objetivos básicos y primordiales establecidos en los principios de la **Smart Regulation**, para entrar en un nivel de minuciosidad y detalle que excede del objetivo legítimo y aceptable de la **protección de las especies animales y florales en el territorio de la UE**.



<sup>118</sup>Firmado en Washington D.C. por 80 países en junio de 1973, y entró en vigor en 1975.

<sup>119</sup><http://revista.consumer.es/web/es/20010201/medioambiente/>

<sup>120</sup>Reglamento 865/2006 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) 338/97 del Consejo relativo a la protección de especies de fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio; DOUE L/166 de 19.6.2006.

Según la  
Organización  
Mundial de la Salud  
(OMS)

entre el **7%** y el **10%**



de los **medicamentos**  
*que se comercializan  
en el mundo son*  
**falsificaciones**



El **30%**  
de los productos  
falsificados e incautados  
en las aduanas europeas

durante  
**2012**  
eran cigarrillos



+ del  
**50%**  
de las adquisiciones  
de medicamentos  
falsificados **en la UE**  
se realizan a través de  
**Internet**





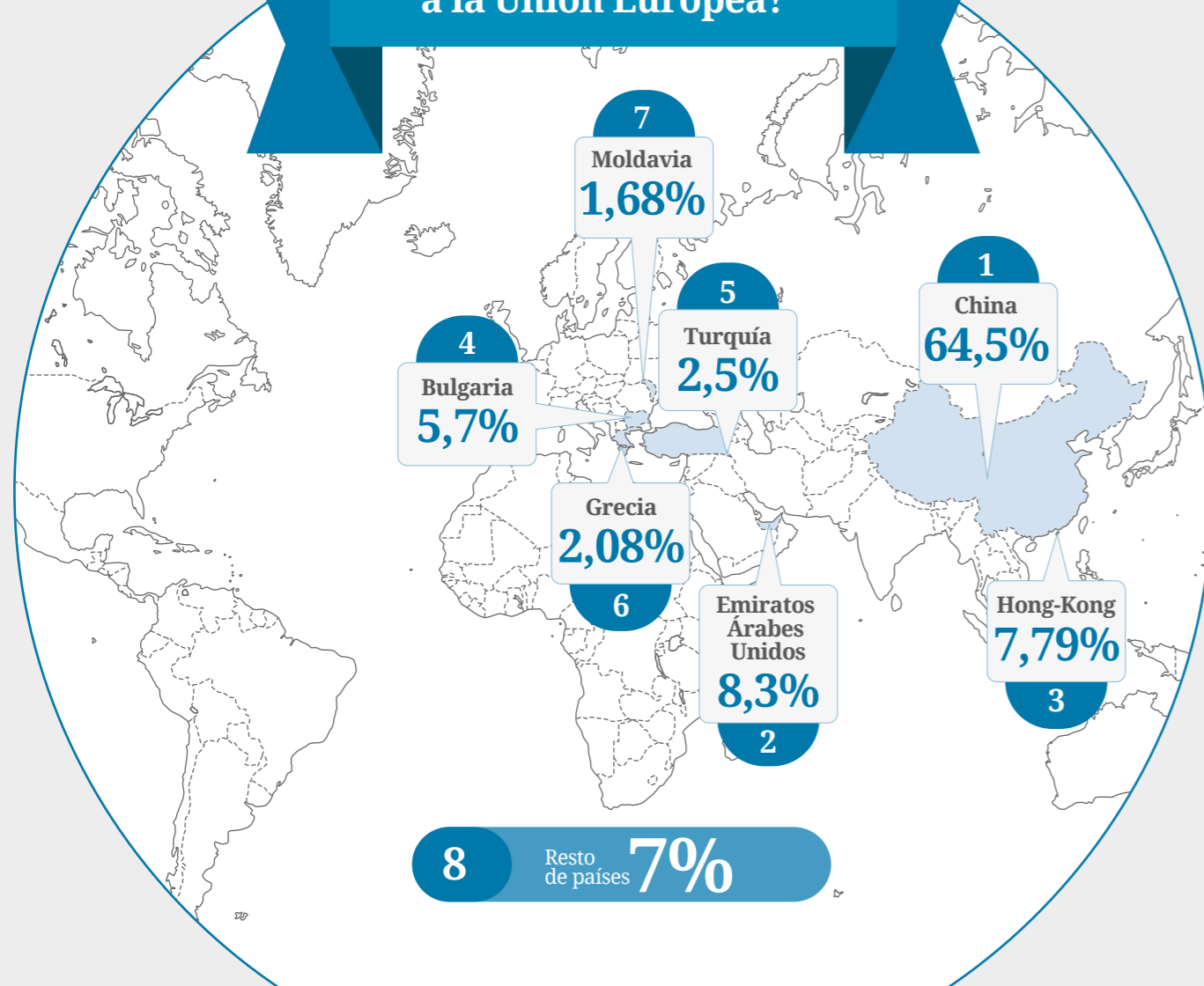
**700**  
especies de animales y flora

están en **vía de extinción** como consecuencia directa del **comercio ilícito** de pieles y animales.

Productos insólitos falsificados e incautados en la **Unión Europea**

-  Agua mineral 
-  Café 
-  Manzanas 
-  Cremas faciales 
-  Flores 
-  Repuestos de coches 
-  Detergentes 
-  Productos farmacéuticos 
-  Maquinillas de afeitarse 

¿De dónde proceden las falsificaciones que llegan a la Unión Europea?



De los **150.900 millones de euros** que constituyen el presupuesto de la **Unión Europea** en el ejercicio **2013**

**21.276**

proceden de ingresos aduaneros

En **2011**

las autoridades  
de las

*aduanas  
europeas*

abrieron  
**91.254**  
*CASOS*

**+15%**  
*que en 2010*

**+100%**  
*que en la  
década pasada*

reteniendo

**115**

millones

de artículos que violaban  
el derecho de propiedad  
intelectual o eran  
sospechosos de hacerlo

*El valor en el  
mercado legal  
de estos productos  
ascendía a*

**1,2**  
millones  
de euros



& en el **12,5%**

de los casos

*se abrió una  
causa judicial*

*El  
número  
de productos  
falsos*

**denominados  
de uso diario**  
*con un potencial peligro  
para los consumidores*

(juguetes, aparatos electrónicos,  
comida, medicinas, etc.)

*pasó del*  
**14,5%**  
*en 2010*



*al*  
**28,6%**  
*en 2011*

debido especialmente al incremento  
de los medicamentos falsificados

El **92,06%**

de los productos incautados

**llegaron**

a la **UE** a través de **tráfico comercial**

Sólo un **7,94%**

lo hicieron por

**tráfico de pasajeros**

*Las vías de llegada fueron*

(porcentaje del número de casos total)

62,91%

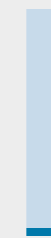
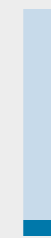
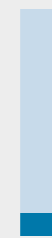
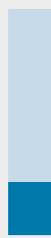
21,46%

6,72%

4,92%

3,80%

0,16%



Correo postal

Aire

Correo Express

Carretera

Mar

Tren



1. Alemania

32.600.000 artículos  
(32.593.339)

2. Italia

29.900.000 artículos  
(29.908.415)

3. Grecia

9.660.000 artículos  
(9.665.763)

4. España

5.490.000 artículos  
(5.490.037)

5. Países Bajos

5.086.000 artículos  
(5.086.932)



Foro  
Europa  
Ciudadana



Foro Europa Ciudadana

[www.europaciudadana.org](http://www.europaciudadana.org)

(+34) 91 432 15 24

Velázquez, 27 - 1º Ext. Izda  
28001 Madrid - España