



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES

Bogotá D.C., _____

Sentencia No. _____

Radicación: 04053843

Demandante: PROCAPS S.A. y GYNOPHARM S.A.

Demandada: FROSST LABORATORIES INC.

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo en el proceso iniciado por Procaps S.A. (en adelante: Procaps) y Gynopharm S.A. (en adelante: Gynopharm) contra Frosst Laboratories Inc. (en adelante: Frosst), para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES.

1.1. Partes:

Demandantes: Procaps es una empresa dedicada a la fabricación de productos farmacéuticos.

Gynopharm, por su parte, comercializa los productos elaborados por Procaps.

Demandada: Frosst se dedica a la importación y comercialización de productos farmacéuticos fabricados por Merck Sharp & Dohme.

1.2. Hechos de la demanda:

La parte demandante afirmó que fabrica y comercializa el medicamento NEOBON 70mg. en cápsula blanda, cuya composición química es el *Alendronato Monosódico Trihidrato*, que es parte de los reguladores cálceos óseos o bifosfonatos utilizados para tratar la osteoporosis, para lo cual cuenta con el registro sanitario conferido por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (en adelante: INVIMA), mediante Resolución No. 2002005023 del 13 de marzo de 2002.

Señaló que Frosst comercializa desde 1996 el producto FOSAMAX en tableta, elaborado por Merck Sharp & Dohme, que también es una presentación farmacéutica del *Alendronato Monosódico Trihidrato* y que, con la entrada al mercado de NEOBON, la accionada “*ha ido perdiendo una parte importante en la prescripción y venta*” de FOSAMAX.

Manifestó que estos productos se comercializan por dos canales, a saber, el privado, dirigido a mayoristas y farmacias, y el institucional, dirigido a Empresas Promotoras de Salud (EPS) y a los regímenes especiales como el de las fuerzas armadas.

Denunció que en el año 2003 -con posterioridad a la entrada al mercado de NEOBON- se publicó un estudio financiado por el laboratorio Merck Sharp & Dohme, denominado “*Perfiles de desintegración / disolución de las copias de Fosamax*”, donde se compara el tiempo de desintegración entre Fosamax y “*varias copias*” (13) disponibles en el mercado latinoamericano, entre ellas, por Colombia, el producto Neobon. Agregó que a partir de enero del 2004 la pasiva repartió entre el gremio de la medicina dicho estudio y, adicionalmente, que el día 22 de abril del mismo año citó a diferentes medios de

comunicación para una rueda de prensa en donde expuso esos resultados, al tiempo que repartió un video donde se comparaba el proceso de desintegración de Fosamax y Neobon, logrando como resultado la publicación masiva del estudio, aun cuando de conformidad con el artículo 79 del Decreto 677 de 1995 estos medicamentos solamente pueden ser promocionados mediante publicidad dirigida a médicos o en revistas de carácter científico.

Advirtió presuntas fallas metodológicas en el estudio y la existencia de apreciaciones peyorativas contra Neobon y que, con la publicaciones en prensa, esa información no solamente llegó a los médicos sino también a los pacientes. Finalmente, indicó que por solicitud de la parte demandante, la Universidad Nacional revisó el estudio en cuestión y concluyó que la mayor parte de las conclusiones dadas realmente obedecen a hipótesis que deben ser demostradas.

1.3. Pretensiones:

Las demandantes, en ejercicio de la acción declarativa y de condena, solicitaron que se declare que su contraparte incurrió en los actos descritos en los artículos 7º, 11º, 12º, 13º y 18º de la Ley 256 de 1996. Consecuencialmente, pidió que se le condenara a abstenerse de seguir realizando las conductas y a indemnizar los perjuicios ocasionados.

1.4. Admisión de la demanda y su contestación:

Mediante auto No. 13327 de 2004 se admitió la demanda contra Frosst (fls. 7 y 8, cdno. 2), quien al contestarla se opuso a la prosperidad de las pretensiones en razón a la *"inexistencia de los actos de competencia desleal señalados en la denuncia"*, toda vez que el estudio se ajustó a los requerimientos de la Farmacopea de Estados Unidos (USP) y que en el mismo no era posible referirse a Neobon como un producto genérico pues es un medicamento que no ha demostrado bioequivalencia. Finalmente, señaló que la divulgación en prensa obedece a la libertad que tienen los periodistas al momento de publicar sus artículos (fls. 9 a 62, cdno. 2).

1.5. Trámite procesal:

Mediante auto No. 3040 de 2004 se citó a las partes para la audiencia de que trata el artículo 101 del C.P.C., en la cual no se llegó a ningún acuerdo que pusiera fin al litigio. Posteriormente, con el auto No. 3700 del mismo año se decretaron las pruebas del proceso (fls. 330 a 336, cdno. 2) y, evacuada la etapa probatoria, con el auto No. 277 de 2009 se corrió traslado para alegar de conclusión, oportunidad en la que las partes reiteraron las manifestaciones presentadas en sus actos de postulación.

2. CONSIDERACIONES.

Agotadas las etapas procesales y dado que no se presentan nulidades que impidan proferir un fallo de fondo, procede el Despacho a decidir la instancia en los siguientes términos:

2.1. Ámbitos de aplicación de la Ley 256 de 1996 (arts. 2º, 3º y 4º, L. 256/96):

Los ámbitos de aplicación de la Ley de Competencia Desleal se verifican en este caso porque la difusión en medios masivos de comunicación de los resultados de un estudio

científico que, eventualmente, favorece a un producto determinado competidor -y a quien lo fabrica- sobre los demás competidores, tiene una clara finalidad concurrencial, pues es evidente que tal circunstancia resulta idónea para mantener o incrementar la participación en el mercado del fabricante del producto (objetivo). Adicionalmente, resulta palmario que las partes comercializan en el mercado farmacéutico los productos Neobon y Fosamax (subjetivo). Finalmente, las conductas alegadas tendrían efecto en Colombia (territorial).

2.2. Legitimación de las partes (arts. 21 y 22, L. 256/96):

Procaps y Gynopharm están legitimadas por activa porque la divulgación de los resultados del citado estudio constituye una conducta potencialmente perjudicial para sus intereses económicos, en tanto que dichos resultados apuntan a resaltar las ventajas de Fosamax respecto de Neobon. Por su parte, Frosst lo está para soportar la acción de la referencia, en la medida en que se demostró que divulgó el referido estudio entre la comunidad médica y gestionó su divulgación masiva a los consumidores.

2.3. Hechos probados:

Con fundamento en las pruebas decretadas, recaudadas y practicadas a lo largo de la actuación, se pueden tener por acreditadas las siguientes circunstancias fácticas relevantes para el caso:

2.3.1. Aclaraciones preliminares:

Por resultar preponderante para adoptar la decisión en el asunto, en materia de medicamentos corresponde tener claridad en cuanto a los siguientes conceptos:

- **Medicamento Innovador:** Es el producto farmacéuticamente registrado por una casa farmacéutica, reconocida internacionalmente como promotora de la investigación completa de su desarrollo desde su síntesis química hasta su utilización clínica (Definición adoptada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), según lo afirmó la Presidente Ejecutiva de la Asociación de Laboratorios Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo – AFIDRO [fls. 169 y 170, cdno. 3] y establecido en Colombia por la Guía de la Resolución No. 1400 de 2001 del entonces Ministerio de Salud [Citado por el INVIMA, fls. 171 y 172, cdno. 3]).

- **Medicamento Competidor:** Es el producto farmacéutico que contiene un principio activo que ya ha sido aceptado en las “*Normas Farmacológicas Colombianas*” y no es aquel producto con el cual se ha desarrollado la investigación completa de su desarrollo desde su síntesis química hasta su utilización clínica (Guía de la Resolución No. 1400 de 2001 del entonces Ministerio de Salud [Citado por el INVIMA, fls. 171 y 172, cdno. 3]).

- **Medicamento Genérico:** Según la OMS -definición allegada por AFIDRO (fls. 169 y 170, cdno. 3)- para que los productos farmacéuticos de fuentes múltiples que sean farmacéuticamente equivalentes se consideren intercambiables, es preciso demostrar que son equivalentes desde el punto de vista terapéutico. Se cuenta con cuatro métodos de prueba para evaluar equivalencia, entre ellos los siguientes:

- Estudios de biodisponibilidad y bioequivalencia comparativa en seres humanos.
- Estudios farmacodinámicos comparativos en seres humanos.

- Ensayos clínicos comparativos.
- Pruebas de disolución *in-vitro*.

Por su parte, el artículo 3º del Acuerdo No. 228 de 2002 del otrora Ministerio de Salud consagra que es *“aquel que utiliza la denominación común internacional para su prescripción y expendio”*.

Ahora bien, aunque técnicamente no es acertado utilizar los términos “original” y “copia”, pues no se encuentran definidos por la OMS ni por la regulación interna colombiana, lo cierto es que dichos vocablos son utilizados frecuentemente en el argot farmacéutico, sin que se les pueda atribuir un significado definitivo. Tanto es así que, además de las declaraciones recaudadas durante el proceso, donde se pudo constatar que los mismos médicos hacen uso de dichas locuciones (ver testimonios de: William José Otero Escalante, Presidente de la Asociación Colombiana de Reumatología, fls. 79 a 87, cdno. 3, Alvaro de Jesús Ruíz Morales, Profesor de Medicina de la Universidad Javeriana, fls. 192 a 200, cdno. 3, y Jorge Eliécer Fernández de Castro Dangond, Gerente de la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología, fls. 194 a 198, cdno. 9), la Academia Nacional de Medicina conceptuó sobre su significado, debiendo resaltarse que en el expediente obran dos conceptos distintos emitidos por la misma entidad, el primero de ellos anexo a la contestación de la demanda (fl. 212, cdno. 2), emitido en 2001, y el segundo (fls. 102 y 103, cdno. 3), suscrito en 2005 como consecuencia del decreto probatorio. Con fundamento en tales conceptos se puede constatar que el significado de las expresiones en cuestión es el siguiente:

- **Medicamento Original:** -definición que en el fondo no varió-

Primer concepto. *“Aquel que comercializa la misma casa farmacéutica que lo ideó o descubrió en sus laboratorios”*.

Segundo concepto. *“Aquel medicamento fruto de la investigación especial y cuyo origen tiene exactamente esa investigación”*.

- **Medicamento Copia:** -concepto que evidentemente cambió-

Primer concepto. *“No es término científico; suele usarse como parte de la promoción de medicamentos con el sentido de ‘medicamento que utiliza el mismo principio activo del medicamento original pero que no ha sido descubierto o ideado por quien lo comercializa”*.

Segundo concepto. *“Se considera al medicamento copia como una grosera imitación de cualquier medicamento, que a simple vista muestra la falta de tecnología personal de quien lo esta copiando”*.

Una vez hechas las anteriores aclaraciones, con fundamento en lo atrás expuesto y en la información suministrada por el INVIMA (fls. 171 y 172, cdno. 3), así como del conjunto de la testimonial recaudada, debe concluirse que Fosamax es el medicamento innovador y Neobon es un producto competidor.

Desintegración: Es un procedimiento mediante el cual se analiza el proceso físico por el cual un comprimido se descompone en partículas finas, sometiendo la forma farmacéutica a una inmersión dentro de un medio que se recomienda y que trata de simular un fluido

biológico. Es el paso previo que se requiere para que un medicamento se disuelva (según la Farmacopea de Estados Unidos [USP]. Citada en el artículo *“Perfiles de desintegración / disolución de las copias de Fosamax”* [fl. 105, cdno. 2], igualmente explicado por Luisa Fernanda Ponce de León, Química Farmacéutica Docente de la Universidad Nacional de Colombia [fl. 61, cdno. 3. Rta. 17], Mario Francisco Guerrero Pabón, Médico Docente de la Universidad Nacional de Colombia [fl. 70, cdno. 3. Rta. 29], Carlos Eduardo Bustamante Rojas, Médico Docente de la Universidad de la Sabana [fl. 119, cdno. 3. Rta. 17] y Álvaro de Jesús Ruíz Morales, Médico Docente de la Universidad Javeriana [fl. 194, cdno. 3. Rta. 22]).

Disolución: Es el proceso por el cual el principio activo se disuelve en el medio líquido de valoración. La disolución se vigila mediante el análisis químico y proporciona el tiempo aproximado necesario para la solubilización total del fármaco en las condiciones de análisis (véase el artículo *“Perfiles de desintegración / disolución de las copias de Fosamax”* [fl. 105, cdno. 2], igualmente explicado por Luisa Fernanda Ponce de León [fl. 61, cdno. 3. Rta. 18], Carlos Eduardo Bustamante Rojas [fl. 119, cdno. 3. Rta. 18] y Álvaro de Jesús Ruíz Morales [fl. 194, cdno. 3. Rta. 22]).

Biodisponibilidad: Es el grado de actividad o la cantidad administrada de un fármaco u otra sustancia que queda a disposición de un tejido diana. Por lo tanto, las alteraciones de la biodisponibilidad de un fármaco pueden reducir la eficacia o producir un efecto tóxico (según el artículo *“Perfiles de desintegración / disolución de las copias de Fosamax”* [fl. 108, cdno. 2]). En palabras de Carlos Eduardo Bustamante Rojas (fl. 119, cdno. 3. Rta. 20), la biodisponibilidad es una medida de la velocidad y de la cantidad que de un principio activo contenido en una forma farmacéutica pasa a la sangre. En igual sentido se pronunciaron los testigos Sergio Ragi Eis (fl. 8, cdno. 4. Rta. 50) y Miguel Ángel Murcia Rodríguez, médico jefe del Departamento de Ortopedia del Hospital Clínica San Rafael (fl. 208, cdno. 9. Rta. 11).

Eficacia y efectividad: El médico Álvaro de Jesús Ruíz Morales (fls. 192 a 200, cdno. 3. Rta. 30) explicó de manera diáfana que *“para determinar la eficacia se hacen los llamados estudios clínicos de fase I que son estudios en condiciones ideales con seres vivos. Para determinar efectividad se hacen estudios clínicos de fase II, III y IV que son estudios en condiciones reales con pacientes”*.

Decantado lo anterior, sea este el momento para dejar sentado que con tan solo el estudio de desintegración no se puede determinar, a ciencia cierta, el tiempo de disolución del fármaco y por ende el de su biodisponibilidad, menos aún la efectividad del medicamento, por tanto, cualquier pronunciamiento al respecto configura una mera hipótesis, teniendo en cuenta que para que esto se demuestre, se requiere adelantar cada una de las investigaciones atrás explicadas, afirmación esta que es plenamente conocida por los profesionales de la medicina.

Prueba de la anterior conclusión se encuentra tanto en el pronunciamiento que al respecto realizó la Universidad Nacional (fls. 56 a 58, cdno. 1), así como del conjunto de testimonios de Luisa Fernanda Ponce de León (fl. 61, cdno. 3. Rtas. 19 y 39), Carlos Eduardo Bustamante Rojas (fl. 119, cdno. 3. Rta. 19), Álvaro de Jesús Ruíz Morales (fls. 192 a 200, cdno. 3. Rta. 30), Sergio Ragi Eis (fl. 8, cdno. 4. Rtas. 41 y 48) y Solomon Epstein (fls. 235 a 272, cdno. 9. Rta. 13), como en las mismas conclusiones meramente hipotéticas del artículo, verbigracia: *“Las investigaciones anteriores sobre alendronato y otros bifosfonatos*

predicen que las diferencias de desintegración/disolución podrían reducir potencialmente la biodisponibilidad y la eficacia en relación con Fosamax. Es más, los tiempos de desintegración prolongados o breves podrían aumentar potencialmente el riesgo de esofagitis por los mecanismos descritos anteriormente” (se subraya).

Sobre la base de las anteriores aclaraciones corresponde exponer las circunstancias facticas que se encuentran acreditadas en el presente caso.

2.3.2. Procaps fabrica el medicamento Neobon en cápsula blanda, el cual es comercializado por Gynopharm, producto que está amparado por el registro sanitario conferido por el INVIMA mediante Resolución No. 2002005023 del 13 de marzo de 2002 (fl. 135, cdno. 6 y fl. 6, cdno. 8). Esta circunstancia se corroboró durante la práctica de las respectivas inspecciones judiciales realizadas en cada una de las instalaciones de las integrantes de la parte demandante (fls. 203 a 207 y 212 a 216, cdno. 3).

2.3.3. Desde 1996 Frosst importa y comercializa el producto farmacéutico denominado Fosamax en tableta, el cual es elaborado por el laboratorio Merck Sharp & Dohme. Así lo reconoció, con alcance de confesión, aquella sociedad mercantil al contestar la demanda (fl. 10, cdno. 2), igualmente, véase el empaque del producto obrante a folio 69 del cuaderno 1, donde consta tal afirmación.

2.3.4. Los productos (medicamentos) Fosamax y Neobon, cuyo principio activo es el *Alendronato Monosódico Trihidrato*, son utilizados en tratamientos para la osteoporosis. Así lo declaró, entre otros médicos, William José Otero Escalante, Presidente de la Asociación Colombiana de Reumatología (fls. 79 a 87, cdno. 3. Rta. 7).

2.3.5. El *Alendronato Monosódico Trihidrato* es un *Bifosfonato*, que hace parte del grupo de los medicamentos denominados *Antirresortivos*, cuyo uso clínico obedece a sus efectos en la disminución o retraso en la velocidad de la pérdida ósea generada, entre otras causas, por la pérdida de estrógenos producida durante la menopausia, efecto este que deviene por sus características de inhibidor de la resorción ósea. Conclusión que encuentra fundamento en los testimonios de Carlos Humberto Pérez Moreno, Jefe del Departamento de Ginecología y Obstetricia del Hospital San José, y Sergio Ragi Eis, Responsable Técnico del Centro de Diagnóstico y Pesquisa de la Osteoporosis de Espirito Santo de Brasil.

2.3.6. Para efectos de obtener mejores resultados en el tratamiento, el paciente debe tomar -con abundante agua- el *Alendronato Monosódico Trihidrato* en ayunas, en posición erguida y abstenerse de consumir alimentos o bebidas -que no sean agua- al menos durante la siguiente media hora, ya que el consumo siquiera de jugo de naranja o café reduce el porcentaje de efectividad del compuesto. Así mismo, es importante señalar que la desintegración temprana del compuesto, es decir, cuando se libera el comprimido mientras atraviesa la parte superior del tubo digestivo, causa la irritación de garganta y esofagitis, en cambio, la desintegración lenta del mismo, podría reducir potencialmente la biodisponibilidad y eficacia del tratamiento (véanse la introducción y conclusiones del artículo *Perfiles de desintegración / disolución de las copias de Fosamax*” [fls. 103 a 111, cdno. 2]).

2.3.7. En el año 2003, la revista *Current Medical Research and Opinion Vol. 19 No. 8* -de la cual no cabe duda acerca de su carácter científico-, publicó el artículo titulado “*Perfiles de*

desintegración / disolución de las copias de Fosamax” (versión original en inglés, fls. 239 a 254, cdno. 9, en español, fls. 103 a 111, cdno. 2), elaborado como resultado de un estudio de desintegración financiado por Merck Sharp & Dohme, fabricante de Fosamax. Así lo confesó la pasiva al momento de dar por cierto el hecho 13 de la demanda y, además, así lo reconoció Solomon Epstein, *MT. Sinai School of Medicine, Nueva York, Nueva York, E.U.A.*, coautor del artículo (fls. 235 a 272, cdno. 9).

Sobre la seriedad y el reconocido carácter científico de la revista indexada *Current Medical Research and Opinion*, pueden consultarse los testimonios de Carlos Eduardo Bustamante Rojas, Médico Docente de la Universidad de la Sabana (fl. 119, cdno. 3. Rtas. 12 y 13) y Álvaro de Jesús Ruíz Morales, Médico Docente de la Universidad Javeriana (fls. 192 a 200, cdno. 3. Rta. 64).

Debe indicarse, a modo de resumen, que el citado estudio consistió en comparar los tiempos de desintegración de 13 productos competidores -para utilizar el término preciso- a nivel Latinoamericano del producto Fosamax, entre los que se encontraba, por Colombia, Neobon.

Del escrito se extrae que al referirse a sus competidores, entre ellos Neobon, estos son tildados como “copias” de Fosamax -situación que se erige como uno de los pilares de la demanda y cuyo análisis será evacuado posteriormente- y, ya en relación con los resultados, se encontró que algunos de esos medicamentos competidores se desintegraron más rápido que Fosamax y otros, entre ellos Neobon, lo hicieron más lentamente, dejando en claro la necesidad de realizar los estudios correspondientes a fin de determinar su eficacia.

El estudio concluyó, para lo que al producto demandante se refiere, que en razón a que *“Los tiempos inferiores asociados a la desintegración total de los comprimidos de Neobon... y, por tanto, el retraso de la liberación del alendronato, aumentan la posibilidad de que un comprimido incompletamente desintegrado, antes de la liberación total del fármaco, entre en contacto con alimentos, moco o líquidos ingeridos posteriormente... Las velocidades de desintegración de las copias analizadas en el presente estudio difirieron sustancialmente de la del producto original Fosamax 70mg. Las investigaciones anteriores sobre alendronato y otros bifosfonatos predicen que las diferencias de desintegración/disolución podrían reducir potencialmente la biodisponibilidad y la eficacia en relación con Fosamax. Es más, los tiempos de desintegración prolongados o breves podrían aumentar potencialmente el riesgo de esofagitis por los mecanismos descritos anteriormente”*.

2.3.8. Luego de la publicación del artículo señalado anteriormente, en enero de 2004 la demandada envió al cuerpo médico un extracto de éste. Así lo confesó la pasiva al aceptar como cierto -en ese sentido- el hecho 17 de la demanda y así se desprende del contenido de la copia del documento que obra a folios 75 a 77 del cuaderno 1.

En cuanto al escrito en cuestión debe anotarse que se trata de un resumen compuesto por citas y conclusiones que coinciden con lo expuesto en el estudio *“Perfiles de desintegración / disolución de las copias de Fosamax”*, que dio origen a la publicación en la revista científica *Current Medical Research and Opinion Vol. 19 No. 8*, y que, además, se refiere al producto Neobon como una copia de Fosamax.

Al respecto, debe señalarse que como quedó demostrado a lo largo de la actuación, el término “copia” -que es impreciso-, es comunmente utilizado en el gremio de la medicina y se refiere a aquella sustancia “*que no ha demostrado bioequivalencia y biodisponibilidad*”, es decir, se refiere a un medicamento competidor (ver oficio INVIMA, fl. 172, cdno. 3). Como fundamento de la anterior conclusión se encuentran los testimonios de Alvaro de Jesús Ruíz Morales (fls. 192 a 200, cdno. 3. Rta. 43), Sergio Ragi Eis (fl. 8, cdno. 4. Rta. 55) y Jorge Eliécer Fernández de Castro Dangond (fls. 194 a 198, cdno. 9. Rta. 22), quienes, aunado a la ilustración del vocablo, a lo largo de su exposición se refirieron constantemente en términos de productos “copia” y “original”.

No obstante lo anterior, y pese al constante uso y a los diversos significados que la locución “copia” tiene en el gremio de la medicina, no puede decirse lo mismo de la impresión que esta expresión genera entre los pacientes de esta clase de medicamentos, quienes, dada la proliferación del mensaje, en la forma en que se señalará a continuación, exigieron a su médico el cambio en la formula prescrita, en este caso, Neobon.

2.3.9. El día 21 de abril de 2004 la demandante convocó a distintos medios de comunicación (Portafolio, El Tiempo, La República, Caracol, RCN, Tiempos del Mundo, Ámbito Médico, Cita con su Salud y Radio Sucesos RCN) a una rueda de prensa, en la que el Director de Investigaciones de Frosst, Ernesto Aycardi, expuso -en los mismos terminos técnicos- los resultados del referido estudio, encontrando eco en algunos de los mencionados medios, quienes procedieron a divulgar las conclusiones del artículo a modo de noticia. Al respecto, véase la declaración de Maria Clara Angarita Contreras, Directora de Comunicaciones y Asuntos Públicos de Frosst (fls. 153 a 160, cdno. 3. Rta. 5), así como los documentos que dan fe de las noticias publicadas en los diferentes medios de comunicación (fls. 186 a 233, cdno. 1 y fl. 89, cdno. 14).

Adviértase que a los asistentes les fue repartido un boletín de prensa acompañado de un video, el cual coincide con los postulados del artículo publicado en la revista *Current Medical Research and Opinion Vol. 19 No. 8*, en donde se destaca que “*Este estudio de laboratorio sobre el tiempo de desintegración genera preocupación sobre la posible eficacia y tolerabilidad de los productos de fuentes múltiples de FOSAMAX... De acuerdo con el estudio publicado por siete renombrados médicos a nivel mundial, aunque estos productos contienen alendronato en su fórmula, su uso puede tener serias implicaciones en los pacientes, tales como una eficacia reducida... si el médico receta una copia, no puede estar seguro que los pacientes reciben el tratamiento óptimo*” (fls. 92 a 94, cdno. 1).

2.3.10. Como consecuencia de la anterior difusión, pacientes en el tratamiento contra la osteoporosis de distintos médicos que declararon en el asunto y a quienes se les formulaba Neobon, exigieron el cambio del medicamento, con fundamento en la noticia.

En este sentido, debe precisarse que la expansión de las conclusiones del referido artículo, que se realizó a través de los distintos medios de comunicación, se hizo en los mismos términos científicos, pues así lo expuso Frosst en la rueda de prensa, y estaban dirigidos, sin excepción, tanto a médicos como a pacientes.

Sobre este particular, resáltese que los médicos están en la capacidad de entender el verdadero alcance y contenido de las conclusiones publicadas, es decir, tienen el conocimiento suficiente para apreciar en su justa medida el estudio y, con base en éste,

fundar su decisión profesional de abstenerse, o no, de formular para sus tratamientos productos competidores.

No sucede lo mismo cuando dicha información técnica alcanza al público en general y en especial a los pacientes que están siendo tratados a causa de la osteoporosis, pues éstos no poseen ni la información, ni el conocimiento suficiente para comprender su verdadero alcance, que es que el tiempo de desintegración eventualmente podría tener incidencia en la disolución, biodisponibilidad y posterior eficacia del producto y que, para que dicha hipótesis sea confirmada, es necesario adelantar los estudios correspondientes. Por el contrario, con la simple propagación de la noticia atribuyeron a las meras hipótesis un carácter de verídicas, al punto que, se reitera, exigieron a sus médicos el cambio de medicamento.

2.3.11. Tratándose de la publicación de los resultados del estudio en los medios masivos de comunicación, debe tenerse en cuenta que el *“free press”* es una locución que se utiliza para referirse a la práctica de una estrategia de mercadeo de productos farmacéuticos que consiste en valerse de *“las colaboraciones de artículos noticiosos hablando a favor de un producto que tiene un (sic) condición terapéutica determinada”*. Funciona de la siguiente manera: *“Si uno tiene algo que considera noticia como tal, usted lo hace a través de... ruedas de prensa... con la información que usted considera noticia”*. Se utiliza para *“enfatar aspectos positivos de interés general de un producto. Normalmente es publicidad positiva”* (testimonio rendido por Oscar Rincón Covelli, gerente general de Pharmarketing S.A., empresa dedicada a brindar consultorías para el sector farmacéutico, fls. 199 a 206, cdno. 9. Rtas. 20 a 24).

Una vez decantado lo anterior, en el *sub lite* se impone forzosamente concluir que Frosst, para divulgar ante el público en general las conclusiones extractadas del estudio *“Perfiles de desintegración / disolución de las copias de Fosamax”*, utilizó la forma publicitaria denominada *“free press”*, aspecto acreditado con la declaración de María Clara Angarita Contreras, Directora de Comunicaciones y Asuntos Públicos de Frosst -nótese el cargo que desempeñaba- (fls. 153 a 160, cdno. 3.).

Sobre el particular, no puede perderse de vista que la difusión no se limitó a exaltar las ventajas del *Alendronato Monosódico Trihidrato*, es más, tampoco se trató únicamente de honrar los beneficios de Fosamax en los tratamientos para la osteoporosis, como acontece habitualmente con esta modalidad promocional, sino que específicamente se dedicó a conjeturar que los productos competidores, en Colombia Neobon, dado el tiempo de desintegración *“exageradamente prolongado comparado con Fosamax, que es el que se conoce, lo más probable es que sea una pastilla que no tenga la misma eficacia”*, como lo manifestó el Director de Investigaciones de Frosst, Ernesto Aycardi, en la declaración que otorgó al noticiero CM& (fl. 89, cdno. 14).

Adicionalmente, téngase en cuenta que en este tipo de práctica no es común mostrar comparaciones de dos productos competidores (ver testimonio de Oscar Rincón Covelli, fls. 199 a 206, cdno. 9. Rta. 24), como tampoco lo es *“ese tipo de difusión”* (declaración de Carlos Humberto Pérez Moreno, fls. 106 a 110, cdno. 3. Rta. 28) en razón a que, en palabras de Jorge Alejandro Castillo (fls. 111 a 116, cdno. 3. Rta. 30), *“no es la conducta adecuada, tuvimos la experiencia de un estudio de terapia de reemplazo hormonal que fue difundido en una revista prestigiosa en USA y que el mensaje fue mal interpretado, lo cual nos generó problemas con los pacientes que venían tomando este tipo de medicación”*.

2.3.12. En cuanto a la diferente presentación farmacéutica de los productos Fosamax y Neobon, el primero en tableta y el segundo en cápsula, en el plenario resultó demostrado que “*ello no significa que no se puedan comparar, por ejemplo desde el punto de vista de tasas de desintegración y disolución*” (testimonio de Mario Francisco Guerrero Pabón, fl. 69, cdno. 3. Rta. 21), en razón a que comparten la misma vía de administración -oral- (declaración de Carlos Eduardo Bustamante Rojas, fl. 119, cdno. 3. Rta. 25).

2.4. Problema jurídico:

El problema jurídico se centra en determinar si la divulgación de los resultados de un estudio netamente científico empleando para ello el lenguaje técnico propio de ese tipo de publicaciones, tanto al difundirlo entre los medios especializados, como al ponerlo en conocimiento del público en general, constituye los actos de Competencia Desleal denunciados.

2.5. Análisis de la deslealtad de la conducta concurrencial ejecutada por las demandadas:

2.5.1. Consideraciones previas.

A riesgo de recabar en lo evidente, aclárese que el contenido del fallo que ahora se emite se limita a solucionar la controversia iniciada en virtud de la proliferación de las conclusiones de un estudio científico entre médicos y público no experto, determinando si con ello se incurrió en las conductas desleales consagradas en la Ley 256 de 1996. De ninguna manera pretende esta Superintendencia pronunciarse sobre la efectividad de los productos competidores respecto de los innovadores, como tampoco sobre si las pruebas y/o ensayos que deben aportar quienes desean ingresar al mercado farmacéutico resultan o no insuficientes para acreditar tal condición.

Por otra parte, dado que las circunstancias propias del caso *sub examine* ofrecen la posibilidad de analizar las conductas alegadas como desleales desde dos perspectivas, la primera, que incluye todos los actos de Frosst tendientes a dar a conocer los resultados del estudio “*Perfiles de desintegración / disolución de las copias de Fosamax*” al cuerpo médico y, la segunda, aquellos destinados a la proliferación del mensaje ante el público en general, así se evacuarán las conductas.

2.5.2. Del acto de violación de normas (art. 18º, L. 256/96).

Según la norma en cita, se considera desleal *la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva significativa adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica*. De esto se sigue que la configuración de la conducta desleal en comento reclama la concurrencia de los siguientes elementos: **(i)** la infracción de una norma diferente a las contempladas en la Ley 256 de 1996 y **(ii)** la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva significativa como consecuencia de la anotada vulneración.

(i) La infracción de una norma.

Las normas que se reputan violadas son:

DECRETO 677 DE 1995. *“Por lo (sic) cual se reglamenta parcialmente el Régimen de Registros y Licencias, el Control de Calidad, así como el Régimen de Vigilancia Sanitarias de Medicamentos, Cosméticos, Preparaciones Farmacéuticas a base de Recursos Naturales, Productos de Aseo, Higiene y Limpieza y otros productos de uso doméstico y se dictan otras disposiciones sobre la materia (...).*

ARTICULO 79. DE LA INFORMACIÓN Y PUBLICIDAD DE LOS MEDICAMENTOS. *Toda información científica, promocional o publicitaria de los medicamentos deberá ser realizada con arreglo de las condiciones del registro sanitario y las normas técnicas y legales previstas en el presente Decreto. Los titulares del registro serán responsables de cualquier transgresión en el contenido de los materiales de promoción y publicidad, y de las consecuencias que ello pueda generar en la salud individual o colectiva. Será función del Invima velar por el cumplimiento de lo aquí previsto, teniendo en cuenta la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio de Salud.*

PARAGRAFO 1o. *Los medicamentos solo podrán anunciarse o promocionarse en publicaciones de carácter científico o técnico, dirigidos al cuerpo médico y odontológico. Prohíbese la propaganda de medicamentos en la prensa, la radiodifusión, la televisión, y en general en cualquier otro medio de comunicación y promoción masiva. Esta prohibición no cobijara los medicamentos de venta libre (...)*

PARAGRAFO 4o. *Prohíbese la publicidad de medicamentos cuando:*

- a) Contraríe las normas generales aplicables en materia de educación sanitaria, nutrición o terapéutica;*
- b) Exprese verdades parciales que induzcan a engaño o error;*
- c) Impute, difame, cause perjuicios o comparación peyorativa para otras marcas, productos, servicios, empresas u organismos (...).*

El artículo 18 de la Ley de Competencia desleal no reprocha la violación de cualquier tipo de norma, sino de aquellas que tengan incidencia en el comportamiento concurrencial de los competidores y que velen por un escenario jurídico en igualdad de condiciones¹, exigencia esta que se atiende en el asunto bajo examen, en virtud de la calidad de los medicamentos en cuestión, que son, evidentemente, de aquellos que se comercializan bajo prescripción médica.

En este orden de ideas, resulta palmario que Frosst incurrió en el presente acto desleal, dado que, como se señaló en los numerales 2.3.9. a 2.3.11., utilizó la práctica denominada “free press” para hacer publicidad, en medios de comunicación masiva, del producto Fosamax, so pretexto de hacer públicos los resultados de un estudio científico que, valga decirlo, no brinda la plena seguridad de las insinuaciones realizadas, tales como: “*Las investigaciones anteriores sobre alendronato y otros bifosfonatos predicen que las diferencias de desintegración/disolución podrían reducir potencialmente la biodisponibilidad y la eficacia en relación con Fosamax. Es más, los tiempos de desintegración prolongados o breves podrían aumentar potencialmente el riesgo de esogagitis por los mecanismos descritos anteriormente*” (se subraya), o las mencionadas por Ernesto Aycardi y que se transcribieron en los numerales ya referenciados.

¹“La delimitación de la noción de <<norma reguladora de la actividad comercial>>, ha suscitado un intenso debate a la hora de determinar el tipo de normas que abarca. Si en un principio se consideró que para su calificación como tales debía analizarse la finalidad de la norma en cuestión, esto es, si la norma vulnerada perseguía la protección de la libre competencia, en la actualidad se ha optado por entender que lo relevante es el contenido de la norma infringida, esto es, que regule el comportamiento concurrencial de los competidores, lo haga o no para garantizar el buen funcionamiento del mercado, pues el legislador puede tener razones de distinta índole para limitar la libre competencia y la vulneración de tales normas reguladoras constituye un acto de competencia desleal pues afecta directamente al modo en que los operadores de ese sector regulado ejercen su actividad.” Martínez Sanz Fernando, Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal, Tecnos. 2009. Págs. 263 y 264.

Debe tenerse en cuenta que la doctrina² ha precisado que la publicidad es definida como "la comunicación impersonal, que a través de la utilización de medios de difusión pretende dar a conocer a sus destinatarios, la marca, el producto o un servicio que ofrece un anunciante, con el fin de informar acerca de su existencia, persuadir o influir en su compra, o generar su aceptación o recordación" (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 32.749 de diciembre 29 de 2004), de modo que el resultado del "free press" materializado por Frosst se constituye como publicidad de Fosamax.

Desde luego que la conclusión anterior no se desvirtúa porque Frosst hubiera afirmado que su interés, al difundir los resultados del estudio que acá interesa en medios masivos de comunicación, era simplemente académico, pues además que esa finalidad no descarta la violación normativa, lo cierto es que si ese hubiera sido el propósito de la demandada le habría bastado con difundir el estudio entre el cuerpo médico, como efectivamente lo hizo.

Ahora bien, dado que la norma transcrita permite hacer publicidad en revistas de carácter científico, así como dirigirla al cuerpo médico, la condena que ahora se materializa no puede extenderse a la conducta de Frosst en este sentido.

(ii) Ventaja Competitiva y significativa.

Dicha vulneración de las normas aludidas comportó la efectiva realización de una ventaja competitiva significativa en el mercado a favor de Fosamax, como pasa a explicarse.

La pasiva contó con la difusión en medios masivos de comunicación de las ventajas del producto Fosamax en el tratamiento de la osteoporosis, en perjuicio de Neobon, que es el producto con el cual se realizó la comparación de los tiempos de desintegración. Por tanto, el hecho de hacer público, ante personas no calificadas para comprender el verdadero alcance de las conclusiones divulgadas (num. 2.3.10.), el contenido de unas hipótesis a modo de noticia, se consagra como una ventaja respecto de sus competidores, entre ellos Neobon, a quienes por Ley les está prohibido publicitar sus medicamentos.

En igual sentido, tal conducta también resultó ser significativa, pues como ya se expuso en el numeral en cita, los pacientes de Neobon que fueron enterados gracias a los medios de comunicación, exigieron el cambio de la prescripción. Con lo cual, sin lugar a dudas, se configuró la conducta desleal, máxime si se tiene en cuenta que en virtud al "free press", Frosst logró que su mensaje llegara a los pacientes de osteoporosis -consumidores- y que éstos le atribuyeran al mensaje un carácter de certeza, aun cuando es realidad se trataba de simples hipótesis.

2.5.3. Del acto de engaño (art. 11º, L. 256/96).

Acorde con el artículo 11º de la Ley 256 de 1996, el acto desleal de engaño se configura por la ejecución de toda conducta "(...) que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos. Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o

² O'SHAUGHNESSY, John. Marketing competitivo. Un enfoque estratégico. Ediciones Díaz de Santos S.A. Madrid. 1991. Págs. 325 y ss.; PÉREZ DEL CAMPO, Enrique. La comunicación fuera de los medios. *Below the line*. Escuela Superior de Gestión Comercial y Marketing. Madrid. 2002. Pág. 60; SCHULTZ, Don y ROBINSON, William. Cómo dirigir la promoción de sus ventas. Ediciones Granica S.A. Barcelona. 1995. Pág. 17.

falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos” (se resalta).

Es pertinente precisar que, acorde con la doctrina especializada, la difusión u omisión de que se trate tiene carácter desleal si, además de ser susceptible de inducir a error a sus destinatarios, resulta relevante para la formación de la decisión de compra de los mencionados destinatarios de la información³.

Atendiendo la anterior definición legal, salta a la vista que el descrito acto desleal se configuró en este caso en la medida en que se demostró que Frosst omitió precisar, ante el público en general y en especial a los pacientes de osteoporosis, el verdadero alcance del estudio, así como la realidad de las conclusiones arrojadas y su dependencia de otros estudios necesarios.

Igualmente, la forma utilizada para difundir ante el público en general, que no a los médicos, las conclusiones de un estudio científico -con la seriedad que ello conlleva-, que corresponde tan solo a un primer análisis para poder arribar al verdadero conocimiento sobre la efectividad de un fármaco, significó que los pacientes de Neobon fueran inducidos a error respecto de la efectividad de su tratamiento, con tal relevancia que, como consecuencia, solicitaron a su tratante el cambio de la medicina (num. 2.3.10.).

Adicionalmente, téngase en cuenta que Frosst, a sabiendas de que la información dada a conocer a través de los medios de comunicación, en virtud al “free press”, estaba dirigida al público en general y en especial a los enfermos de osteoporosis, ni siquiera adoptó las medidas prudentes para entregar la información suficiente que le permitiera al destinatario comprender el alcance del estudio en cuestión, como lo sería, por ejemplo, señalar que se trataba únicamente de un estudio de desintegración y que para demostrar las hipótesis planteadas era necesario realizar los análisis de disolución y bioequivalencia. Y es que es precisamente éste el sentido del fallo, que Frosst, a pesar de publicar unos resultados veraces, omitió realizar indicaciones ciertas y relevantes que le permitirían al receptor del mensaje, ya con la información suficiente, hacer una evaluación de la situación, para así adoptar una decisión con plena conciencia y no, como lo hizo, con la errónea convicción acerca de la efectividad de Neobon.

Omisión de Frosst que, a todas luces, resultó apta para inducir a error a aquellos quienes estaban siendo tratados con Neobon y solicitaron, luego de la difusión engañosa, el cambio en el medicamento prescrito.

Resáltese que por la forma como se difundieron las conclusiones del estudio, son los médicos quienes tienen la capacidad técnica de diferenciar entre un estudio de desintegración y su verdadera implicación en la disolución, biodisponibilidad y efectividad de un fármaco y son ellos -y solo ellos- quienes, en virtud de su conocimiento especializado, están en la capacidad de escudriñar el verdadero contenido de un artículo de carácter científico, para luego determinar, con fundamento en su criterio entendido,

³ BARONA VILAR, Silvia. Competencia Desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional. Tomo I. Editorial Tirant Lo Blanch. Pág. 386.

abstenerse o no de seguir utilizando los productos competidores, en este caso Neobon. Al punto que efectivamente algunos de los médicos que declararon así lo hicieron, mientras que otros no modificaron su formulación.

Es precisamente por lo anterior, que no se puede considerar deslealtad alguna en la puesta en conocimiento de los resultados de un estudio científico a un sector especializado. Sin embargo, el hecho de que las conclusiones del estudio se propagaran y alcanzaran a personas cuyo conocimiento no resulta ser de tal experiencia científica, como es el caso de los pacientes de Neobon, quienes ciertamente no tienen la claridad y lucidez para comprender que la desintegración es tan solo un eslabón en la cadena del complejo proceso para determinar la efectividad de un medicamento, al punto que exigieron, con base en las noticias, el cambio de medicamento en el tratamiento para su patología. Tan cierto es lo que se ha mencionado, que de ello dan fe los testimonios de los galenos William José Otero Escalante (fls. 79 a 87, cdno. 3. Rta. 38), Carlos Humberto Pérez Moreno (fls. 106 a 110, cdno. 3. Rta. 19), Jorge Alejandro Castillo, médico endocrinólogo (fls. 111 a 116, cdno. 3. Rta. 16), Álvaro de Jesús Ruíz Morales (fls. 192 a 200, cdno. 3. Rta. 56), Juan José Jaller Raad, Presidente de la Asociación Colombiana de Metabolismo Óseo (fls. 189 a 192, cdno. 9. Rta. 21) y Jorge Eliécer Fernández de Castro Dangond (fls. 194 a 198, cdno. 9. Rta. 20).

Puestas de este modo las cosas, no se diga, como lo hace la pasiva en su defensa, que las publicaciones en medios masivos de comunicación obedecen al principio constitucional de la libertad de prensa, pues si bien es cierto que Frosst no tuvo incidencia directa en la redacción de las noticias arrimadas al expediente y que en las mismas se evidencia que los periodistas consultaron otras fuentes de información, entre ellas las demandantes, también lo es que, como se detalló en el numeral 2.3.11. de esta providencia, Frosst influyó con conciencia en la proliferación pública de las conclusiones en los mismos términos científicos del tan nombrado artículo, lo cual tuvo como consecuencia, se reitera, la desconfianza en los pacientes respecto de la efectividad de Neobon en el tratamiento de la osteoporosis y, por tanto, la exigencia del cambio en su prescripción médica.

Puestas de este modo las cosas, Frosst también incurrió en la conducta desleal de engaño.

2.5.4. Del acto de comparación (art. 13°, L. 256/96).

Establece la norma en mención que “(...) *se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables*” (se subraya).

En este asunto no cabe duda que existió una comparación pública entre los medicamentos Fosamax en tableta y Neobon en cápsula. Tampoco que la misma se hizo desde el momento mismo de la puesta en circulación de la revista *Current Medical Research and Opinion Vol. 19 No. 8*, así como con las acciones realizadas por Frosst referidas en los numerales 2.3.7 y 2.3.8., las cuales no pueden ser reprochadas hasta el momento en que los destinatarios eran los profesionales de la medicina, toda vez que, como se señaló en el acápite de hechos probados (num. 2.3.10), son éstos -los médicos- a quienes deben estar dirigidos este tipo de publicaciones, además, son quienes están en la capacidad de

discernir el verdadero contenido de esa clase de conclusiones comparativas de tipo científico y, por tanto, comprendían la realidad y alcance de los resultados de una prueba de desintegración y que ésta, por si misma, no ofrece la certeza respecto de la efectividad del medicamento, sino que, como lo es en realidad, resulta ser una mera suposición que debe ser demostrada con los demás análisis, a saber -en principio-: disolución y biodisponibilidad.

Situación diferente ocurre desde que se difundió el mensaje entre las personas del común pues, se reitera, éstas no tienen la capacidad para comprender el verdadero significado de los resultados de la comparación.

Ahora bien, nótese que aunque en dicha comparación no aparecen indicaciones o aseveraciones que se puedan considerar como incorrectas o falsas -de hecho, la demandante nada advirtió sobre el tiempo de desintegración de su producto- y que, pese a que la presentación farmacéutica de los productos no es igual, sí son extremos comparables (num. 2.3.12.), en la información dirigida a los pacientes de Neobon sí se omitieron aseveraciones verdaderas -de las que ya se trató en el numeral anterior-, peor aún, relevantes y necesarias para que el ciudadano interesado pudiese comprender el verdadero alcance de dicha publicación.

Motivo por el cual Frosst incurrió en el acto desleal de comparación.

2.5.5. Del acto de descrédito (art. 12º, L. 256/96).

El artículo 12 de la ley de Competencia Desleal refiere “(...) *se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes*”.

Según lo dispuesto en la norma transcrita, para que la conducta de un empresario pueda considerarse como desacreditadora de la actividad empresarial de un competidor -materializada en su producto-, es preciso que se lleven a cabo la emisión o divulgación de manifestaciones que resulten, aptas, objetivamente, para perjudicar el prestigio o buen nombre de otro agente en el mercado⁴.

A su vez, es necesario que las actuaciones de descrédito, independientemente del medio de difusión que se utilice para tal fin, sean públicas, esto es, que se dirijan a determinadas personas, se realicen en el seno de un determinado colectivo o vayan dirigidos al público en general⁵, como sucede en este caso.

En el *sub lite*, si bien se demostró que el término “copia” es comunmente utilizado por los médicos (num. 2.3.8.), no puede decirse lo mismo respecto del significado que del mismo tienen los pacientes y de la implicación que esto tiene en su decisión de compra, máxime cuando se trata de un tema que involucra la propia salud. Es así como, dada la controversia generada en medios de comunicación, iniciada por la conducta de Frosst y

⁴ Resolución 32749 de 2004. Exp. 02020504, en igual sentido Sentencias 11, 12 y 13 de 2011 Superintendencia de Industria y Comercio.

⁵ Barona Vilar Silvia. Competencia Desleal, Doctrina, Legislación y Jurisprudencia. Tomo I. Tirant lo Blanch. Pág. 438.

reprobada anteriormente, se dispersó entre la comunidad la desconfianza por los mal llamados medicamentos copia, entre ellos Neobon.

Ahora bien, ciertamente al referirse a un producto farmacéutico competidor como “copia”, esta afirmación resulta apta para desprestigiar o desacreditar las calidades y efectos del medicamento, en tanto que el mismo implica, indirectamente, un cuestionamiento a su efectividad.

En efecto, calificar de copia a un fármaco *“de alguna manera engloba un concepto peyorativo”* (testimonio de Mario Francisco Guerrero Pabón, fl. 69, cdno. 3. Rta. 23), ya que *“podría usarse como un término despectivo”* (declaración de Juan José Jaller Raad, fl. 191, cdno. 9. Rta. 22). Adicionalmente, resáltese que *“debido a la interpretación que dentro de las leyes se le da al término copia como un acto doloso y en atención a la realidad práctica de cómo se desarrolla un medicamento competidor, la OMS quiso aportar una nueva denominación para evitar este término que en cierto modo va calificando de doloso a un medicamento y en el informe 34 de la OMS se establece la denominación de ‘producto farmacéutico de fuentes múltiples’”* (ver testimonio de Luisa Fernanda Ponce de León. fl. 131, cdno. 3. Rta. 65).

Así las cosas, encuentra el Despacho que las afirmaciones difundidas por parte de Frosst a través de los medios de comunicación y que alcanzaron al público en general, tendientes a referirse a Neobon como una “copia” de Fosamax, tuvieron la virtualidad, aptitud y capacidad de desacreditar al medicamento de las demandantes, al punto, se insiste, que los mismos pacientes pidieron el cambio en la formulación.

Por las anteriores consideraciones, corresponde declarar probado que Frosst también incurrió en el acto desleal de descrédito de la Ley 256 de 1996.

2.5.6. De la prohibición general (art. 7º, L. 256/96).

La cláusula general de competencia desleal, prevista en nuestro ordenamiento, si bien tiene como función el ser un principio informador y un elemento de interpretación de todo el sistema de normas prohibitivas de la deslealtad en la competencia, es una verdadera norma a partir de la cual se derivan deberes específicos y que está destinada a abarcar conductas desleales que no puedan enmarcarse dentro de los tipos específicos contemplados en los artículos 8º a 19 de la citada Ley 256, razón por la que la evocación del artículo 7º no resulta viable en este asunto, en tanto que la conducta reprochada encuadró en los tipos atrás declarados.

2.6. Pretensión Indemnizatoria.

En relación con este punto, es relevante evocar que con la entrada en vigencia de la Ley 962 de 2005 (artículo 49), el legislador extendió la aplicación del procedimiento abreviado para los procesos jurisdiccionales de competencia desleal que se ventilen ante esta Superintendencia. Ahora bien, de conformidad con el párrafo transitorio del artículo 49, *“en los procesos por competencia desleal que conozca la Superintendencia de Industria y Comercio que se hayan iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”* (8 de julio de 2005), en caso que se solicite indemnización de perjuicios, habrá lugar a promover incidente de liquidación, una vez en firme la sentencia de este juez de primera instancia (Subraya el Despacho).

Tal situación supone que no sea esta la providencia oportuna para pronunciarse sobre los perjuicios que reclamó la actora en la demanda, pues para el cumplimiento de tal propósito es necesario que promueva el incidente respectivo, dado que es en tal escenario en donde el Despacho juzgará la pertinencia de su tasación, previa valoración de las pruebas que en concreto demuestren la causación de un daño cuantificable.

3. DECISIÓN.

En mérito de lo anterior, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas por la Ley 446 de 1998, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que Frosst Laboratories Inc. incurrió en los actos de competencia desleal de engaño, descrédito, comparación y violación de normas, contemplados en los artículos 11º, 12º, 13º y 18º de la Ley 256 de 1996, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: Con relación a la pretensión indemnizatoria, la demandante deberá estarse a lo resuelto en el numeral 2.6. de esta providencia.

CUARTO: Condenar en costas a la demandada. Tásense.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales,

ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ