Costumbre a certificar:

- **En los establecimientos de comercio farmacéuticos de la jurisdicción de la cámara de comercio de Valledupar, es costumbre percatar a los clientes sobre el símbolo ® o la sigla "Reg." junto al nombre de un producto, o en su etiqueta, empaque, envase o envoltura teniendo en cuenta las consecuencias que trae el no tener registro marcario.**

PRESENTADO POR:
HERRERA JHON LARRYE

PRESENTADO A: MIEMBROS JUNTA DIRECTIVA.

SEPTIEMBRE DE 2018

VALLEDUPAR-COLOMBIA

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	*3*
GÉNESIS DE LA COSTUMBRE	*4*
LA COSTUMBRE ES FUENTE DE DERECHO	*6*
COSTUMBRE MERCANTIL DENTRO DE LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA	*7*
FUENTES	*10*
1.1 principales	
1.2 auxiliares	
REQUISITOS DE LA COSTUMBRE MERCANTIL	*11*
1.1 Uniformidad	
1.2 publicidad	
1.3 reiteración	
1.4 no contrariedad a la ley	
LA COSTUMBRE DESDE EL PUNTO DE VISTA TERRITORIAL	*11*
1.1 locales	
1.2 generales	
DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL PAÍS EN QUE SE PRACTIQUE	*12*
1.1 nacionales	
1.2 internacionales	
1.3 extranjeras	
LA COSTUMBRE EN RELACIÓN CON LA LEY	*12*
FUNCIONES DE LA COSTUMBRE MERCANTIL	*13*
FASES DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN, RECOPILACIÓN Y CERTIFICACIÓN DE LAS COSTUMBRES MERCANTILES	*14*
ACTO ESCOGIDO PARA SER COSTUMBRE COMERCIAL	*15*
ESTUDIO JURIDICO DE LOS ACTOS A CERTIFICAR COMO COSTUMBRES COMERCIALES	*16*
ANALISIS DE RESULTADOS DE LA INVESTIGACION	*30*
CONCLUSION	*37*

Introducción

Los trabajos de investigación de las costumbres mercantiles realizados anualmente por la cámara de comercio de Valledupar, es una verdadera ejecución de su función como ente legislador del derecho comercial; debiendo así, actuar con transparencia y rectitud en el cumplimiento de cada fase del proceso de investigación, para que el resultado sea lo más efectivo posible. Estos trabajos que deben ser valorados por la junta directiva del mismo ente cameral, órgano competente de emitir el veredicto de certificación y que así se logre el objetivó esperado, es una clara manifestación del numeral 5 del art. 86 del código de comercio.

El resultado esperado que será dado a través de una resolución-acto administrativo, surte un efecto jurídico dentro del campo del derecho mercantil, sirviendo de prueba en el cumplir de la función de subsunción dentro de la normatividad comercial.

Las investigaciones de las costumbres mercantiles, son parte de un proceso recopilatorio y de certificación, que no requieren de tecnicismo ni ritualidad ante la legislación actual, pero que la cámara de comercio de Valledupar lo entabla en una formalidad especial, con los requisitos que reza la norma comercial; que son: uniformidad, reiteración, publicidad y no contrariedad de la misma ley.

LA COSTUMBRE EN SU GENESIS

El surgimiento del Derecho Comercial como disciplina autónoma, se presenta en Europa en la edad media; sin embargo, era un derecho poco efectivo en su operar para esa época, pues su regulación flexible, no era abarcable en todos los territorios de la soberanía de un estado que necesitaba mayor envergadura y fortalecimiento en su operación; generando arbitrio por parte de una clase denominada feudal, que se valía para imponer ciertos condicionamientos de acuerdo a las costumbres de la época, es decir, la costumbre del feudo significaba lo que las leyes aprobadas por el gobierno de un país o una ciudad en esos tiempos, La costumbre en el periodo feudal tenía la fuerza que tienen las leyes en el siglo XX, y Toda la organización se basaba en un sistema de obligaciones mutuas y de servicios, desde lo más alto a los más bajo. En el caso de la posesión de la tierra, eje central de las costumbres, no tenía las implicaciones de posesión de esta era, había ciertos parámetros que debían ser cumplidos, so pena de despojo de la tierra por parte del señor feudal; siendo esta, una de tantas medidas que significaba hegemonía y que era costumbre generadora de obligaciones.

Siendo estos, los actos relevantes en la época del feudalismo y que se catalogaban como costumbres:

- *Lo sucedido en los casos de urgencia, como los que acontecían en la época de la cosecha, el campesino tenía que trabajar primero la heredad del señor, estando privado para elegir cual era la tierra más importante, es decir la del señor tenía que ser arada primero, sembrada primero cosechada primero; las situaciones de urgencia se sumaban al servicio normal de trabajo ¿una tormenta amenazaba arruinar las siembras? Pues el grano del señor el que tenía que ser salvado primero. Llegaba el momento de la cosecha y esta tenía que ser reunida rápidamente? Pues el campesino debía dejar su propio campo para acudir al del señor.*

- *Hubo disposiciones de que los siervos o sus hijos no podían casarse fuera de la heredad, excepto con permiso especial. Cuando un siervo moría, su heredero directo podía heredar la tierra pagando un impuesto al señor.*

- *Los arrendatarios no podían disponer de la tierra exactamente cuándo quisiesen, pues habían de tener el consentimiento de su señor y pagar ciertos derechos, si la transferían a alguien.*

La costumbre mercantil como piedra angular del derecho comercial, ha desempeñado un papel fundamental en su desarrollo, haciendo de ella un área del derecho integra en su regulación, pero no hay que dejar pasar que para la época feudal, fue una norma imperativa que se aplicaba de forma directa a pesar de no estar expresa, y que posteriormente quedo relegada por la norma del mismo derecho mercantil consolidado.

Ahora bien, las personas han de ejecutar prácticas repetitivas en su vida diaria, no es más que el significado de la interrelación que se lleva a cabo dentro de la sociedad, llevando a cabo la unificación de su comportar y a la vez haciendo relevantes esos actos que llegan a tener efectos positivos o negativos, y que llegan a repercutir en el funcionar de una población determinada, causando una armonía o tergiversación.

Lo anteriormente expuesto, lo enfocamos dentro del sector comercial de esta época, donde las personas intercambian bienes y servicios de libre circulación, con destino a transformarlos, venderlos o usarlos, haciendo de esos actos una regulación imperativa de derecho, que pueden incidir en la normatividad jurídica. Dentro de este movimiento comercial, ha de existir una parte activa, que adquirirá la calidad de comerciante formalizado, si se acoge a los requisitos de la norma comercial vigente para considerarse como tal dentro del derecho mercantil, siendo esas personas que profesionalmente ejecutan actos comerciales, entes sujetos a las investigaciones realizadas anualmente por las cámaras de comercio.

La investigación realizada por los entes camerales, teniendo en cuenta la práctica identificada sea de oficio o a petición de parte, donde se han de enfocar en un grupo determinado de comerciantes de un gremio que ejecutan actividades mercantiles similares, con adecuación a los requisitos de uniformidad, reiteración, publicidad, vigencia y no contraria a la ley, la hemos de exponer en este estudio compilatorio que vendrá a continuación, dando muestra detallada de los ejecutores, y de las practicas que se investigan y certifican como costumbre mercantil - fuente de derecho.

LA COSTUMBRE ES FUENTE DE DERECHO

Forma de crear normas jurídicas en todos los tiempos, modelo que surgió por efecto del comportamiento repetitivo de un grupo de gentes de un territorio determinado y que ha sido tomado por los estados, para la inclusión de normas imperativas; haciendo de las costumbres, verdaderas fuentes creadoras de derecho. Estas si son verdaderas manifestaciones del ordenamiento jurídico, que hacen de las situaciones de hecho enmarcadas en la legislación vigente, una luz de obligatoriedad por las normas escritas. Siendo situaciones de hecho que se exteriorizan, por el surgir de una diversidad de factores que conllevan a las personas a su ejecución, ya sea por razones económicas, políticas, sociales etc. Habiendo en un estado dirigente, la facultad de investigar y analizar por sus medios, las acciones u omisiones, que sean favorables o perjudiciales para la sociedad, en defensa de los derechos de todos los gobernados.

Las costumbres actuales deben ser para el beneficio de la organización del pueblo, haciendo de ellas una fuente primaria del derecho, que ejecutada por esas personas integrantes de la organización, deben ser acogidas con prioridad a otras fuentes del derecho, pues bien es cierto, que el pueblo es el eje central de creación de un ordenamiento jurídico anclado en sus rasgos comunes de tipo histórico, lingüístico, cultural, así como raciales, organizativos, etc. Aunque estos rasgos poseen un importante significado respecto al surgimiento de los Estados concretos, todos ellos poseen un valor relativo y, en último término, el fundamento esencial de ese Estado, que ha de venir constituido por la voluntad libre de las personas singulares y concretas.

Hay que dejar claro, que los modelos de organización foráneos, no deberían ser acogidos al interior de una nación determinada, pues no están adecuados a los rasgos comunes y ante las situaciones de modo, tiempo y lugar que se presentan; siendo recomendable el acercamiento directo con cada conglomerado social, para la extracción de los factores que se acogerán a la fuente del derecho, que pueden llegar a ser costumbre y a la vez ley.

COSTUMBRE MERCANTIL DENTRO DE LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Ahora trataremos la costumbre mercantil como fuente formal y el acogimiento que hace nuestro ordenamiento jurídico colombiano, pero antes de eso, iniciaremos haciendo un breve bosquejo sobre todas las fuentes formales que compone nuestro sistema jurídico, y lo establecido para regular las relaciones jurídicas con fuerza obligatoria en su aplicación, tanto para las autoridades como para los particulares.

Desde la constitución política de 1991, se abordó el tema de las fuentes del derecho: "*los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, son criterios auxiliares de la actividad judicial"* de la lectura de la anterior cita, se infiere que el constituyente determino como fuente formal principal del derecho a la ley y posiciono la equidad, jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, como criterios o fuentes auxiliares del derecho. Pareciera ser que la costumbre no fue considerada por el constituyente como fuente formal, por no haber sido mencionada en la actual constitución.

Sin embargo, la doctrina expresa que "*el hecho de no haber contemplado en la norma constitucional de 1991 a la costumbre como una fuente de derecho, no implica que esta haya dejado de serlo, en tanto que la misma continuara siendo fuente formal del derecho en la medida en que la ley no disponga lo contrario".* Considerando también que la costumbre como una fuente de naturaleza supletoria del derecho, a la cual puede acudir el juez investido de poder para administrar justicia, según la ley 153 de 1887, establece como marco regulatorio para aplicar la analogía que: "*cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicaran las leyes que regulen casos o materias semejantes y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho*". Es por esta razón que un juez que se niega a pronunciarse sobre un determinado caso, alegando oscuridad o insuficiencia en la ley, podría incurrir en una eventual responsabilidad por denegación de justicia al no acudir a la costumbre como fuente auxiliar del derecho para fundamentar su fallo.

Si bien en la constitución de 1991 no se consideró la importancia de la costumbre mercantil como fuente de derecho, en la práctica ha sido un tema ampliamente debatido por los estudiosos del derecho, quienes se han encargado de rescatarla y posicionarla como una legítima y confiable fuente de derecho.

De igual manera, la costumbre mercantil como herramienta de apoyo supletorio de la ley, ha sido reconocida por la misma **ley 153 de 1887** en su **artículo: 13**, que reza así: "*La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva*" siendo esta una forma de avalar la costumbre dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la misma ley le brinda un acogimiento para que le coadyuve en su regir, pues bien es cierto que es una de las principales fuentes generadoras de obligaciones.

La costumbre deberá tener un grado alto de vigencia para que sea legítima, y no es otra cosa la tendencia a la permanencia en el tiempo, demostrando que se trata de una verdadera costumbre y no de una conducta ocasional utilizada como una solución transitoria.

Particularmente, en el derecho comercial, el legislador consagro un sistema de fuentes del derecho que, aunque está plenamente ajustado a las disposiciones constitucionales sobre el tema, plantea la integración de un diverso número de fuentes inusuales en otros ámbitos del derecho, donde la costumbre adquiere una trascendental importancia, al atribuírsele la misma autoridad de la de la ley comercial. Así lo planteo la sala de casación civil de la corte suprema de justicia, mediante sentencia 27 de marzo de 1998, exp. 4798 magistrado ponente: José Fernando Ramírez Gómez:

"Los artículos 1 al 9 del código de comercio consagran las fuentes formales del derecho mercantil colombiano, estableciendo una jerarquía en el orden de aplicación. Conforme a lo prevenido en tales disposiciones, las situaciones o relaciones jurídicas de este linaje se rigen prioritariamente por la ley mercantil. Si ella no regula la situación que se suscita, debe recurrirse a la soluciones que la ley haya dado a una situación semejante, es decir, a la analogía interna, mediante el cual se colman las lagunas de la ley, que dado su carácter general y abstracto no puede prever todas las situaciones que pueden surgir en la práctica (art.1 c.co). si 8 con tal procedimiento tampoco se encuentra la solución, debe acudirse a la costumbre, que de reunir las condiciones señaladas por el artículo 3, tiene la misma fuerza normativa de la ley mercantil y por ende resulta de aplicación preferente a las normas del derecho civil, a las cuales el articulo 2 permite acudir para llenar las deficiencias del derecho mercantil positivo o consuetudinario, pero por virtud de aplicación subsidiaria, sin embargo, cuando es la misma ley mercantil la que de manera expresa invoca la regulación de la ley civil, la aplicación de esta no es subsidiaria, sino principal y directa, por lo que pudiera

dominarse mercantilización de la norma civil, ya que de una integración o reenvió material de normas"

También, la corte constitucional lo ha profesado, mediante sent. C- 486 del 28 de octubre de 1993, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz).

"La ley es una de las principales normas que pertenecen al ordenamiento y la constitución la reconoce como fuente valida de derecho. La ley a su turno admite y autoriza a la costumbre jurídica (ley 153 de 1887 art.13, articulo 3 del código de comercio; CGP artículo. 179), con las limitaciones que ella establece, como fuente de derecho. La invocación que la ley hace de la costumbre reafirma su pertenencia al sistema jurídico y su naturaleza normativa (…).

El primado de la ley escrita – mejor sería hablar de derecho legislado"- en nuestro sistema, es innegable y se manifiesta como factor que controla los ámbitos donde permite, prohíbe, reduce o extiende el terreno de la costumbre. Respecto de la ley, pues, la costumbre es una fuente subordinada y subsidiaria. No obstante el predominio incontrastable de la ley, la costumbre de mantiene como fuente de derecho y aporta al sistema flexibilidad y efectividad. Entre la ley y la costumbre justamente se ha observado la existencia de una relación dialéctica que es indisociable del fenómeno jurídico. La costumbre prepara y abona materia sobre la que luego actúa el legislador dotando de estabilidad, certeza y mayor generalidad los dictados primarios de la praxis social. A su vez la obra legislativa aspira a convertirse en comportamiento repetido y uniforme. Con pocas palabras, costumbre y ley son dos formas de ser de derecho. La exclusión de la costumbre de ser ello posible, equivaldría a la deformación y empobrecimiento de la experiencia jurídica o a la supresión de una característica esencial de su dinámica".

Es cierto que la costumbre mercantil no puede contrariar la ley, uno de los requisitos exigibles por el artículo 3 del código de comercio, y quizás el más importante, pues bien es cierto que para operar dentro del ordenamiento jurídico comercial, deberá estar avalado por la misma norma, acomodándose a los lineamientos que la misma plantea, ahora bien, la subordinación de la costumbre a la ley es completa o total, toda vez, como se prevé en el artículo 1 del mismo código, la ley mercantil opera directamente y por analogía, así es como en los casos expresamente regulados por la ley es esta la que se aplica, sin la posibilidad de que ninguna costumbre pueda menoscabar su fuerza normativa, puesto que en el derecho escrito vigente no es dable esa posibilidad de que las costumbres deroguen

las reglas de la ley escrita; y así es también en los casos no regulados expresamente, pero semejantes a los que sí lo han sido, se aplica también en forma tácita y se excluye la costumbre, que no puede contrariar la ley escrita, ni siquiera por oposición indirecta a aquellas normas que tácitamente o por extensión analógica rigen para los casos tácitos o no expresos.

Clasificación de las fuentes del derecho y su jerarquía, según la doctora **Marcela Castro de Cifuentes:**

Fuentes principales.

- Ley mercantil imperativa **(C. de Co. Art. 1).**
- Ley mercantil dispositiva por vía principal **(C. de Co. Art. 1).**
- Estipulaciones de los contratos válidamente celebrados **(C. de Co. Art. 4).**
- Normas comerciales supletoria **(C. de Co. Art. 4).**
- Costumbres comerciales **(Arts.3, 5 Y 6 C. de Co).**
- Ley civil **(Art. 2 C. de Co).**

Fuentes auxiliares:

- Los tratados internacionales de comercio no ratificados por Colombia.
- Las costumbres internacionales.
- Las costumbres extranjeras.
- Los principios generales del derecho comercial.

Requisitos de la costumbre mercantil. Como lo señala el artículo **3 del código de comercio**, para que una práctica pueda ser considerada como costumbre mercantil, debe cumplir los siguientes:

- **Uniformidad.** Se refiere a la forma como se realiza la costumbre, es decir, esta debe ser igual para la generalidad o grupo de personas que la efectúan.

- **La publicidad**. Que exige que las prácticas sean conocidas por el conglomerado social o por el grupo en el cual se realizan, dado que si esta práctica va a constituirse como una costumbre y va a ser impuesta a los sujetos de derechos y obligaciones, este hecho debe ser público y no clandestino.

- **La reiteración:** entendida como la puesta en práctica de determinado hecho por un periodo y que con el tiempo se llega a consolidar como una tradición; es decir, que la práctica no debe ser transitoria u ocasional.

- **Que no sea contraria a la ley:** sin lugar a dudas, este es un requisito legal que se encuentra expresamente señalado en el **artículo 3 del citado código**, que señala que: *"la costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente (…)".*

La costumbre desde el punto de vista territorial

- **Costumbres locales:** son aquellas que se fundan en una práctica social observada en una determinada plaza comercial del país. A ellas se refiere la primera parte del **artículo 3 del código de comercio.**
- **Costumbres generales:** son las que se fundan en una práctica social observada en una forma pública, uniforme y reiterada en todo en todo el territorio nacional. A ellas se refiere la parte final del **artículo 3 del código de comercio.**

Desde el punto de vista del país en que se practique

- **Costumbres nacionales:** reciben este calificativo genérico, tanto las costumbre locales como las generales, para distinguirlas de las que se fundan en prácticas observadas fuera del país.

- **Costumbres internacionales:** son mencionadas por primera vez en el código de comercio y, como su nombre lo indica, tienen como fundamento las conductas cumplidas por comerciantes de diversos países en los negocios que celebren entre sí.

- **Costumbre extranjeras:** son las que tienen carácter local o general en los países distintos a Colombia. Están fundadas en la actividad mercantil de cada país.

La costumbre en relación con la ley

Esta es una clasificación generalmente aceptada, que tiene su origen en el antiguo derecho romano y se basa en la conformidad u oposición entre la ley y la costumbre:

- **Secundum legem:** es la norma que adquiere carácter legal y, por consiguiente, su fuerza obligatoria, por la expresa referencia que a ella le hace la ley.

- **Praeter legem:** es la relativa a un asunto no contemplado por la ley, dictada por el legislador.

- **Contra legem:** es aquella contraria a la ley creada por el estado, bien sea que se limite a la inobservancia de la misma o establezca una solución diferente a la contenida en ella.

En nuestro ordenamiento jurídico, por mandato expreso del código civil, no se acepta la costumbre **contra legem**. Dicho ordenamiento en el **artículo 8,** determina: "*la costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni practica alguna, por inveterada y general que sea.*

Funciones de la costumbre

Los tratadistas señalan tres funciones o clases de aplicación de la costumbre mercantil:

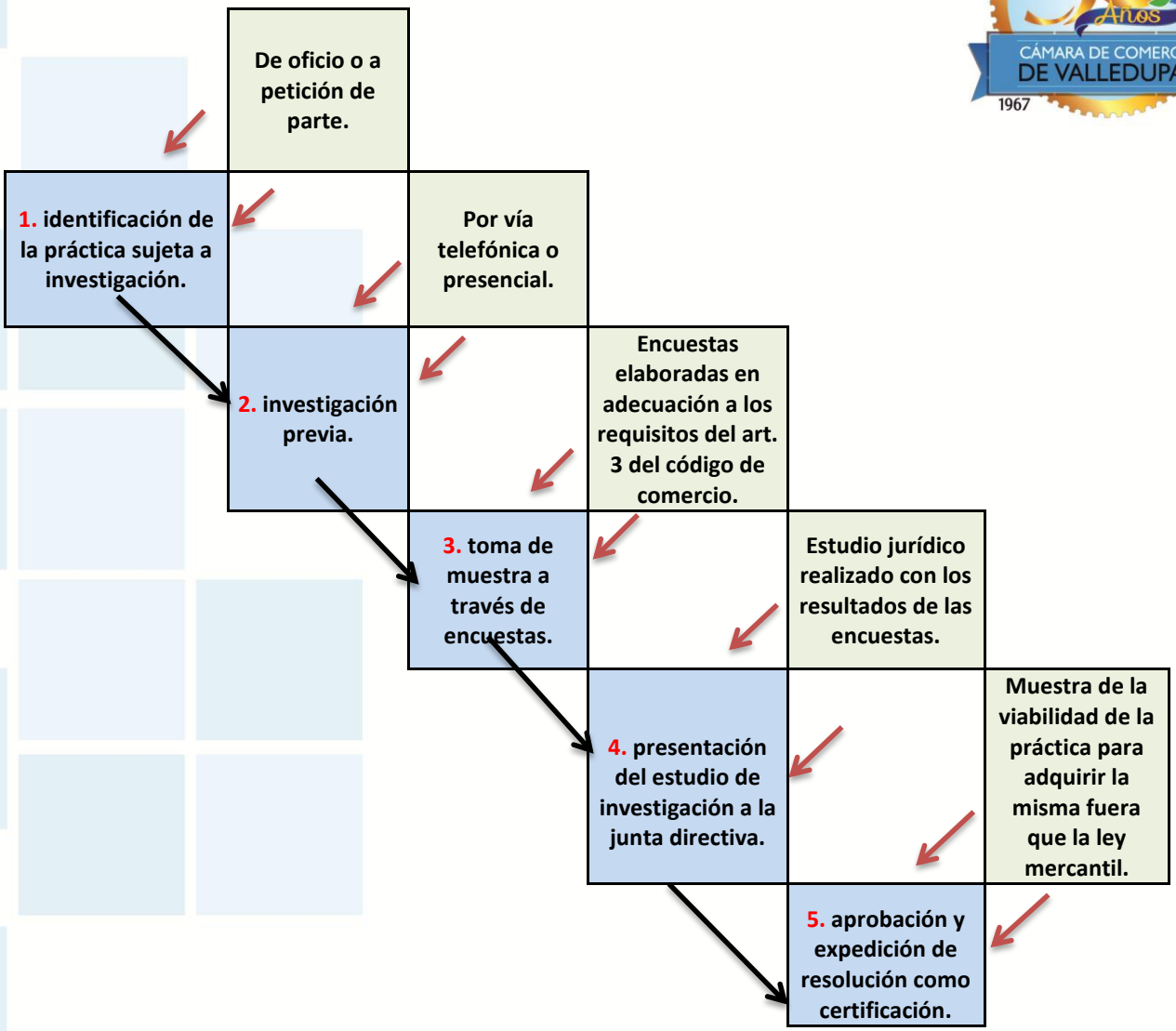
- **Función interpretativa:** es la señalada por al **artículo 5 del código de comercio,** según el cual las costumbres sirven para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles.

- **Función integradora:** cuando una norma mercantil remite expresamente a la costumbre, de manera que esta viene a completar la norma, convirtiéndose en parte integrante de ella, por ejemplo: en **los artículos: 827, 909, 912, 933, 935, 1050, 1170, 1217, 1297 inc. 2 y el 1661 del código de comercio.**

- **Función normativa:** cuando la costumbre que reúne los requisitos del **artículo 3 del código de comercio** se aplica como regla de derecho a falta de norma mercantil expresa o aplicable por analogía por analogía.

FASES DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN, RECOPILACIÓN Y CERTIFICACIÓN DE LAS COSTUMBRES MERCANTILES EN LA CÁMARA DE COMERCIO DE VALLEDUPAR

La cámara de comercio de Valledupar, ha adoptado un solo procedimiento para la investigación, recopilación y certificación de todas las costumbres mercantiles en los distintos sectores; con unas fases que se aplican en común sin excepción alguna. Haciendo de este proceso, un acercamiento real y efectivo a esos comerciantes y/o empresarios ejecutores de la práctica.



ACTO ESCOGIDO PARA SER COSTUMBRE MERCANTIL

Teniendo en cuenta las investigaciones efectuadas a todos los gremios del comercio matriculados en la Cámara de comercio de Valledupar en lo que va corrido de este año, hemos de cumplir con la función legisladora cameral, efectuando indagación en los elementos que componen la información que nos sirve como síntesis para la certificación de las costumbres mercantiles del año 2018 en un acto que presumiblemente tendrá la calidad de tal, y que ejecuta un sector muy particular

representados en esos comerciantes de productos farmacéuticos, medicinales, botánicos, homeopáticos, ortopédicos, ortésicos y protésicos.

Acto que se encaja en los requisitos de uniformidad, reiteración, publicidad y no contrariedad de la ley según el código de comercio Art.3, para que adquiera la calidad de costumbre mercantil certificada por la cámara de comercio de Valledupar, y que se conceptúa así:

- **En el sector farmacéutico es costumbre percatar al cliente sobre el sentido del símbolo ® o la sigla "Reg.", junto al nombre de un producto, o en su etiqueta, empaque, envase o envoltura, buscando enterar al público que la marca de dicho producto se encuentra registrada y las consecuencias de no tenerla.**

ESTUDIO JURIDICO DE LOS ACTOS A CERTIFICAR COMO COSTUMBRES COMERCIALES.

"La salud sería el mantenimiento del equilibrio de los diversos componentes del cuerpo, y la enfermedad, su alteración debido a acciones internas y externas"

El sector farmacéutico no debe evadir su responsabilidad social y legal en ninguna de sus operaciones con sus clientes, teniendo presente siempre que los individuos de la especie humana que requieren del servicio óptimo en la distribución, preparación, dispensación, control y utilización adecuada de los medicamentos y otros productos sanitarios, necesitan un producto integro en todos los factores; es por ello que como operadores de

productos farmacéuticos deben estar altamente capacitados con estudio técnicos y tecnológicos sobre la materia, para que certeramente haya conciencia de la protección a la vida, salud e integridad física de los seres humanos que necesitan de un producto austero en condiciones de salubridad y seguridad, viabilizando su circulación en el mercando y buscando buena calidad en los medicamentos a través de estos establecimientos públicos, que a pesar de ser solo distribuidores y comercializadores deben tener un grado óptimo de conocimiento sobre el tema farmacológico, pues bien es cierto que la vida, salud e integridad física está pendiendo de ellos.

Los productos farmacológicos puestos en las farmacias requieren de unas calidades especiales previas, cumpliendo con unas exigencias legales para la obtención dentro de sus procesos controlados tanto de distribución y comercialización; siendo estas unas exigencias de calidad y garantía a los pacientes que se someten a un tratamiento farmacológico, ante los especialistas de las salud y que posteriormente deben acudir a estos entes garantizados en sus servicios de distribución comercialización y consumo, pues bien es cierto que tanto el profesional de la medicina como el farmaceuta o regente deben tener conexidad en su actuar eficiente, pues si uno de ellos falla, el resultado será despavorido, generando un riesgo en la salud. Las tareas de estos agentes intervinientes de la medicina tenderá a una consejería, orientación y educación en materia del uso racional de sus medicamentos, es por ello que en la investigación de las costumbres comerciales del año 2018 nos enfocamos en este gremio que debe ser visionario de excelencia como parte fundamental y como complemento de la parte clínica, manteniendo el uso racional de los medicamentos, con educación al paciente de la manera correcta.

El tema que nos ocupa presentar dentro de esta investigación, y que tiene que ver con las marcas en los productos farmacéuticos comercializados por las farmacias de la ciudad de Valledupar, es parte de las diversas responsabilidades que tienen con sus clientes, deben tener siempre presente que sus productos cumplan con ese derrotero de calidad, es por ello que buscamos con el trabajo de campo en cada establecimiento, esta información que resulta costumbre mercantil por reunir los requisitos del artículo 3 del código de comercio (uniformidad, reiteración, publicidad y no contrariedad de la ley).

los medicamentos de farmacia son adquiridos por el cliente a través de un contrato de compraventa u otorgamiento entre el agente del establecimiento y su cliente ya sea de génesis clínica o no, estableciendo unas condiciones de forma verbal dentro del mismo, que en cuanto a calidad y seguridad del producto pueden ser evadidos por el cliente que posee un grado de confianza en el ofrecimiento del mismo, debido al desconocimiento de su procedencia o a su proceso de producción, es por ello que hemos escogido un factor

de esta actuación comercial, que relaciona al registro marcario en los productos médicos que se ponen a la venta y que pueden o no tener registro de su marca, habiendo con esto un riesgo en la salud, vida e integridad; es por ello que estamos dispuestos a regularla por reunir los requisitos para ser costumbre comercial y la no existencia de control ni regulación por la normatividad vigente.

Hay que tener en cuenta que el objetivo del registro de las marcas (como registro constitutivo al fin) ha sido siempre la adquisición y reconocimiento al titular de la marca de un cúmulo de derechos que le van a permitir no solo la utilización exclusiva del signo, sino también la posibilidad de defender estos derechos frente a terceros. En consecuencia, el registro de una marca debe impedir que otro signo similar o idéntico acceda a esta misma protección, lo cual no solo obedece al respeto de los derechos exclusivos del titular previo, sino a la salvaguarda de los consumidores en el mercado, para que estos no incurran en un riesgo de confusión/asociación. Es evidente entonces que cada registro de marcas crea un micro-monopolio sobre el signo en cuestión, motivo por el cual se ha de ser muy cuidadoso con respecto a qué signos acceden o no al registro, y este es precisamente uno de los roles de las oficinas de propiedad industrial en cada ordenamiento jurídico.

Para su acceso al registro, el signo debe contar con una serie de requisitos que son relativamente comunes en todas las legislaciones, y además debe estar exento de incurrir en otras tantas prohibiciones de carácter absoluto o relativo. Dentro de estas prohibiciones existe una muy particular, que en la Decisión CAN 486/2000 aparece tratada en el artículo 135 f) que hace referencia a la negativa de acceso al registro a aquellos signos que «consistan exclusivamente en un signo o indicación que sea el nombre genérico o técnico del producto o servicio de que se trate

El fundamento de esta prohibición es bastante simple: el signo genérico, como explica el propio artículo en cita, designa al producto o servicio que pretende proteger, y en consecuencia el signoperse responde a la pregunta: ¿qué es? De este modo, la denominación "bicicleta" será genérica para bicicletas, "gafa" para gafas, y así sucesivamente; de manera que sería absolutamente incomprensible que se le otorgara a un determinado sujeto el monopolio sobre una denominación que debería ser de libre disposición.

El criterio determinante para asignar a un signo el carácter de genérico es el significado que el mismo posea para los productores y consumidores según el lenguaje común y las costumbres constantes del comercio. Es importante señalar que dentro de las denominaciones genéricas se incluyen aquellas que con una grafía especial son el equivalente gráfico o fonético de una denominación genérica; y de igual forma se aprecia en el caso de los signos figurativos.

MARCAS FARMACÉUTICAS

En este orden, resulta que las sustancias farmacéuticas pueden ser identificadas de tres maneras: con el nombre químico, el nombre genérico y la marca. Los nombres genéricos viabilizan su uso ya que las hacen más fáciles de recordar y de manipular a nivel de lenguaje por parte de un público que en su mayoría no tiene por qué dominar la terminología química o farmacéutica. La marca, como sabemos, es aquel signo (o la combinación de estos) destinado a distinguir productos y servicios de sus similares en el mercado. A resultas de que un mismo producto pueda ser llamado de tantas maneras, no son pocos los casos en los que un nombre y otro coinciden, específicamente la marca y la denominación genérica del medicamento. Ello ocurre porque los productores prefieren usar nombres o partes de estos que cuentan con una aceptación por parte del público al que va dirigido el producto. Cuando esto ocurre se desencadenan una serie de problemas que van desde la interrupción de toda una dinámica de nombramiento de productos farmacéuticos (que explicaremos más adelante) hasta una confusión en los consumidores que entraña un riesgo bastante alto.

Por lo general, cuando una marca es idéntica a la denominación genérica del producto que está cubriendo (incluidos los farmacéuticos) es rechazada en el registro sobre la base de la prohibición absoluta antes mencionada. No obstante, pudiera darse el caso de que la marca no fuera el nombre genérico de la sustancia, y estuviera exenta de esta prohibición, pero en cambio contuviera elementos en su composición que la hicieran similar a alguna de estas denominaciones genéricas, incurriendo en alguna prohibición relativa. Entonces, además del correspondiente análisis de fondo, el examinador deberá ser muy cuidadoso al evaluar la incursión del signo en alguna prohibición relativa, puesto que la coincidencia entre dos marcas farmacéuticas similares o idénticas, o entre una marca y una denominación común internacional (DCI), generaría sin duda un riesgo de con-fusión/asociación en el consumidor.

Este riesgo se encuentra matizado por la naturaleza de los productos que dicha marca pretende proteger y por los daños que una confusión respecto de los mismos pudiera ocasionar. Por ejemplo, de acuerdo a la Food and Drug Admi-nistration (FDA) de Estados Unidos, la confusión entre marcas de medicamentos constituyó la causa de casi el 10% de todos los errores médicos reportados en el año *2005*, y perjudica a aproximadamente 1.3 millones de personas cada año solo en Estados Unidos, donde se ha evidenciado que la confusión de drogas como FLOMAX® y VOLMAX® o de metilfenidato con metadona ha provocado la hospitalización e incluso la muerte de los pacientes.

Entonces, ¿para qué asignar una marca a productos farmacéuticos si ya existen nombres genéricos? ¿Responde esto a un simple fin comercial o lucrativo por parte de las compañías farmacéuticas? Indudablemente los productores de medicamentos tienen el

lucro como propósito principal, y de hecho una primera aproximación pudiera llevarnos a pensar que impidiendo el uso de marcas para medicamentos quedaría erradicado el problema. Pero la verdad es que el propósito oneroso por el que se marcan los medicamentos no va en detrimento de los fines y funciones de las marcas reconocidos en la doctrina y que aplican también para las marcas farmacéuticas; de hecho, el consumidor es más propenso a consumir medicamentos marcados, y una vez que encuentra una marca de medicina que llena sus expectativas, se muestra renuente a cambiarse a otra, y menos aún a versiones genéricas de la misma, ya sea por una reacción a diferentes ingredientes inactivos o a un estado de comodidad mental; no es menos cierto que dicho grado de comodidad se perdería si los medicamentos solo pudieran identificarse por su nombre genérico.

Además, con la inclusión de la publicidad Direct-to-Consumer *(DTc)* en muchos países, los consumidores aprenden mucho más rápido acerca de la disponibilidad y los efectos de las nuevas drogas del mercado; dicho aprendizaje sería mucho menos efectivo si tales consumidores tuvieran que manejar nombres genéricos cada vez más complejos, e incluso similares, si pertenecieran a la misma familia farmacológica, en lugar de marcas "pegadizas" y fácilmente recordables.

Por otra parte, ser capaz de reconocer el medicamento en caso de una reacción adversa es mucho más fácil si el mismo está identificado con una marca; al contrario, sería extremadamente difícil saber qué droga produce efectos adversos si todas se identifican con el mismo nombre (genérico). Tengamos en cuenta que las marcas son reparadoras de responsabilidad, puesto que permiten rastrear productos defectuosos o de baja calidad hasta su origen, lo cual genera un cuidado extra en los productores, cuidado que no existiría si se pudieran camuflar bajo el nombre genérico del medicamento.

En el ámbito de la registrabilidad, las marcas farmacéuticas pueden incurrir en dos tipos de confundibilidad. La primera ocurre entre dos marcas similares o idénticas; la segunda, entre una marca y una *DCI;* aclarando que en estas últimas la confundibilidad solo puede ser denominativa, pues aunque el riesgo de confusión de manera general puede configurarse en marcas de todo tipo (siempre que concurran los requisitos necesarios), en este caso concreto la representación gráfica de las moléculas que equivalen al principio activo del medicamento sería extremadamente compleja y por lo tanto carente de distintividad. De esta forma, el riesgo de confusión o cualquier otro supuesto analizado a lo largo de este trabajo será relativo a las marcas denominativas, a menos que expresamente se aclare lo contrario.

En relación con esto, existe en el derecho marcario otra figura que coadyuva a mantener al margen del uso aquellas marcas que en principio no son genéricas pero que, pasado un tiempo de su uso en el comercio, se vuelven genéricas: se trata de la vulgarización. Y es que si la marca es aprehendida en exceso por los consumidores y en consecuencia

50 Años
CÁMARA DE COMERCIO
DE VALLEDUPAR
1967 2017

pierde su distintividad, se convierte en el nombre genérico del producto; así, marcas de medicamentos como la "aspirina", la "morfina" y la ccheroina lo han caducado a nivel territorial o global por convertirse en el nombre común con el que se designa el producto. Siendo importante apuntar que en muchos casos (como los mencionados) estas denominaciones genéricas no son DCI por haberse convertido en tales antes de que se implementara ese sistema por la OMS, lo cual no significa que en caso de vulgarización dicha identificación no pueda ser aceptada como DCI. Lo cierto es que la vulgarización, como figura del derecho de marcas, constituye un óbice independiente y autónomo que garantiza "per se" que cualquier marca que se haya vulgarizado deje de serlo, incluidas aquellas que identifican medicamentos.

Una vez establecida la problemática que surge del hecho de que coincidan tanto las marcas farmacéuticas entre sí como con las DCI, procedemos a hacer un análisis del tratamiento que esta figura ha recibido en el seno de la OMS y la OMPI a fin de acercarnos a la regulación institucional de esta situación, la cual muestra una tendencia a incrementarse si no se toman las medidas adecuadas.

TRATAMIENTO BRINDADO POR LA OMS

A partir de una resolución de la Asamblea Mundial de la Salud sobre las Denominaciones Comunes Internacionales para Substancias Farmacéuticas (adoptada en mayo de 1950 por la Tercera Asamblea Mundial de la Salud), la OMS se encarga de reunirse con los comités de nomenclatura nacionales para determinar una única denominación común que sea aceptada mundialmente, basada en la sustancia activa de cada preparación farmacéutica. Ello teniendo en cuenta que aun el nombre genérico del medicamento puede variar considerablemente de un país a otro. Estas denominaciones son declaradas como "comunes" por la OMS y por lo tanto pasan al dominio público.

Las denominaciones comunes se utilizan en las farmacopeas, las etiquetas, la información sobre productos, la publicidad y otras formas de promoción, la reglamentación farmacéutica y la documentación científica, y como base para determinar nombres de productos, por ejemplo los nombres de medicamentos genéricos (de fuentes múltiples). La utilización de esas denominaciones es normalmente una obligación de la legislación nacional o, en el caso de la Unión Europea, la legislación comunitaria. Gracias a los actuales mecanismos de colaboración, las denominaciones de los sistemas British Approved Names (BAN), Dénominations communes françaises (DcF), Japanese Adopted Names (JAN), United States Adopted Names (usAN) y otras denominaciones nacionales son, salvo raras excepciones, idénticas a las DCI.

Existen determinadas normas procedimentales para la determinación de cada una de estas denominaciones. A grandes rasgos el proceso transita por la presentación de las propuestas de las denominaciones a la OMS, las cuales son examinadas por un cuadro especial de expertos (el Cuadro Especial de Expertos de la OMS en Farmacopea Internacional y Preparaciones Farmacéuticas) del que forman parte las secretarías o representantes de los principales comités de nomenclatura nacionales, que deben estar plenamente de acuerdo respecto a la denominación propuesta para que esta sea publicada en tal calidad en la Crónica de la *OMS*, además de que las listas actualizadas con las *DCI* son enviadas a los Estados miembros de la OVIS y a las comisiones de farmacopea nacionales o a otros órganos determinados por los Estados miembros. Posteriormente se abre un periodo de cuatro meses en el que cualquier persona interesada puede presentar oposición, ante lo cual la *OMS* puede revisar nuevamente la propuesta o lograr que se retire la oposición, siendo válido aclarar que las propuestas no podrán ser confirmadas en tanto existan oposiciones vigentes, todo lo cual evidencia que la OMS respeta íntegramente los derechos adquiridos por los propietarios de marcas. Para el caso de que no se presentara oposición, o se retirara luego de ser presentada, el Director General de la *OMS* anunciará la selección de la denominación en calidad de denominación común internacional recomendada. "Al remitir las denominaciones comunes internacionales recomendadas a los Estados miembros de la OMS, el Director General de la OMS solicita que se reconozcan esas denominaciones en calidad de denominación común para la substancia y que los Estados miembros tomen las medidas necesarias para impedir la adquisición de los derechos de propiedad correspondientes a la denominación, incluida la prohibición de utilizar la denominación como marca o nombre comercial.

En un informe presentado al Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas (SCT) por la OMS, denominado "Programa de denominaciones comunes internacionales (DCI)", se explica que generalmente una DCI contiene una parte común o raíz (llamada también partícula) que alude a la familia farmacológica o química a la que pertenece: por ejemplo, la terminación o sufijo "micina" hace referencia a un tipo de antibióticos, luego las DCI se valen de expresiones adicionales para diferenciar a una DCI de las demás de su familia, como en el caso de

"kanarnicina" o "eritrornicina". La partícula es generalmente un sufijo, pero también puede ser un prefijo o una combinación de un infijo y un sufijo. Las partículas adoptadas se indican en una publicación *oficial de la* OMS *(The use ofstems in the selection ofInternational Nonproprietary Narnes (INN)forpharrnaceuticalsubstances)* cada dos años, y regularmente se publican apéndices, después de cada consulta de DCI. La utilización de partículas comunes permite a los médicos, los farmacéuticos, los científicos y cualquiera que trate con productos farmacéuticos, reconocer las sustancias que pertenecen a un grupo con una actividad farmacológica similar. Para poder indicar que una DCI está emparentada con otras sustancias que tienen una acción farmacológica similar se crearon partículas comunes. Actualmente, se utiliza un gran número de esas partículas comunes, y cuando es necesario se crean otras nuevas.

Para la determinación del uso de las partículas existentes o la creación de una nueva se realizan consultas a grupos de expertos externos, puesto que depende de cada caso en concreto aplicar la misma raíz o no, dado que la misma puede tener funciones distintas pero basadas en la misma acción y que esta sea descubierta con posterioridad a la creación de la partícula.

Estas denominaciones deben ser de fácil uso en las diferentes culturas e idiomas, puesto que la OMS alienta su uso en todas las etiquetas junto con el nombre comercial del medicamento. Desde que se aprobó el programa de las DCI a mediados del siglo pasado, se han asignado más de 8.500 nombres y se utilizan actualmente más de 4.000 en todo el mundo[7].

Para la creación de las mismas, la OMS se rige por una serie de principios que se consideran fundamentales y regulan todo el protocolo de creación de las DCI.

Es decir, estas DCI constituyen (una vez que son aprobadas) el nombre genérico de las preparaciones farmacéuticas que denominan, lo cual evidencia entonces el problema de pretender registrarlas como marcas, o como parte de una marca. La prohibición absoluta antes mencionada, común a casi todas las legislaciones de propiedad industrial, impide el acceso al registro de aquellos signos que son la denominación común internacional del producto farmacéutico, y ello por tres razones básicas:

1. La importancia elemental de que las DCI estén disponibles gratuitamente ante todo para su uso en el etiquetado de productos farmacéuticos.

2. La creación de las DCI se basa en la utilización de partículas comunes que luego forman familias de nombres según la variación del resto de la composición del producto. La utilización de una de estas partículas como marca interrumpiría dicha secuencia y en consecuencia limitaría la creación de nuevas DCI con base en la partícula utilizada.

3. El uso de estas denominaciones o parte de las mismas como marcas comerciales puede conllevar una confusión entre los profesionales de la medicina o los consumidores.

El asunto es que este riesgo de confusión resulta no tener las mismas incidencias que en otros casos más regulares, pues tratándose de medicamentos, una confusión al respecto pone en riesgo la salud del consumidor. Dado que incluso aquellos fármacos con el mismo principio activo varían en el resto de su composición y tienen para determinados sujetos ciertos efectos secundarios que para otros no se producen, este es uno de los motivos por los que la oferta de productos farmacéuticos en el mercado es tan amplia: porque aun cumpliendo la misma función, están destinados a sujetos con distinto perfil. La primera medida destinada a evitar la utilización de marcas coincidentes con DCI o sus partículas fue la emisión de una resolución de la OMS solicitando a sus Estados miembros la elaboración de directrices políticas sobre el uso y protección de las DCI, así como la represión de la utilización de nombres comerciales derivados de las DCI.

En este sentido la práctica indica que la OMS promueve el uso de las denominaciones genéricas en detrimento de las marcas comerciales para los productos farmacéuticos, lo cual obviamente constituiría un perjuicio para los productores; y aunque algunos países en el orden interno regulan cuestiones como el tamaño de la DCI en el etiquetado llegando a ser incluso más llamativo que la marca en sí, lo cierto es que el desuso de la marca farmacéutica en aras del nombre genérico traería consecuencias no poco graves para ese sector y el comercio en general dado el volumen masivo de signos que se utilizan en ese ámbito, lo cual hace poco probable por no decir imposible que tal práctica promovida por la OMS llegue a feliz realización.

La protección pretendida por la OMS no se limita al uso de las DCI y sus partículas, dicha organización propone además evitar la utilización de elementos de la nomenclatura bioquímica (como -ferona en interferona, o -leuquina en inter-leuquina) en las marcas con base en un posible uso futuro de las mismas como partículas de las *DCI*, siendo "posible" el término clave. En efecto, tales elementos pudieran ser usados como partículas en un futuro, pero también pudieran no serlo, por lo que el veto de uso de los mismos sobre la base de un uso simplemente potencial pudiera ser visto no solo como una aplicación *in extrernis* de la política de protección pretendida por la OMS, sino como una manifestación en contra de los principios registrales que rigen las prácticas de la Propiedad Industrial, e incluso las dinámicas de protección de las DCI establecidas entre la OMS y la OMPI. La implementación de estas políticas de registro entre ambas instituciones depende de una fluidez que solo se evidencia si ambas actúan en el mismo sentido, de manera de prohibir y permitir lo mismo. Es por ello que la OMS busca que el tratamiento dado a las marcas por las oficinas nacionales sea el mismo que reciben las denominaciones comunes en el seno de la OMS, porque si alguna de ellas permitiera un registro que otrora fuera denegado por la otra, automáticamente se estaría interrumpiendo el flujo que debe existir entre ambos extremos. Como se representa a continuación.

La dificultad radica en que la OMS, como rector global de la admisión de las DCI, funciona como un filtro centralizado con poder de decisión respecto a cuáles DCI se

admiten y cuáles no, pero la OMPI tiene su influencia limitada sobre las Oficinas nacionales de marcas y no puede definir los mecanismos de trabajo, sino sentar bases para ello, por lo que el poder regulatorio de ambas organizaciones no es el mismo. Podemos concluir que la OMS es reacia al uso de las DCI o de la raíz farmacológica que las conforma en las marcas, o de cualquier otro signo distintivo en tanto pretende que la utilización de los nombres genéricos de los medicamentos se masifique.

REGULACIÓN INCREMENTADA DE MARCAS FARMACÉUTICAS

Al margen de la búsqueda de colaboración entre las distintas instituciones encargadas de regular este tema, existe una tendencia general a incrementar la regulación de la Propiedad Intelectual en materia de marcas farmacéuticas a fin de evitar la confusión entre estas y el nombre genérico del medicamento. Esta nueva tendencia está encabezada fundamentalmente por las administraciones reguladoras de medicamentos en cada país.

Países como Australia, Reino Unido y la Comunidad Europea, Estados Unidos, China y Canadá'[9] se encuentran entre los más destacados de cuantos adoptan esta nueva política.

La mayoría de las propuestas giran en torno al etiquetado y empaquetado del producto. Australia, por ejemplo, propone que los ingredientes activos del medicamento aparezcan por lo menos en 3 caras del paquete con igual tamaño y posición a la marca, y estando las primeras letras de ambas alineadas. Además plantea prohibir las marcas sombrilla, afectando entonces aquellas amparadas bajo una de estas que se vean/suenen parecido por ser de una misma familia: por ejemplo, DOLEX forte, DOLEX gripa y DOLEX niño.

Por su parte, la Unión Europea y Reino Unido siguen una política similar a la de Australia, y aunque no es tan directa como allí respecto de las marcas sombrilla, sí establece que los nombres de productos que comparten la misma sustancia activa no pueden acceder al registro. En estos países, dada la posibilidad de un registro centralizado, la EMA (European Medicines Agency) es especialmente cuidadosa con los nombres escogidos, toda vez que van a ser válidos en varios países simultáneamente. Así mismo proponen nuevas exigencias respecto del empaquetado, sobre todo respecto de la tipografía y su espaciado, los contrastes de colores para asegurar mejor legibilidad, y el posicionamiento de la marca respecto del nombre genérico, que deben estar emparejados.

La regulación en China es bastante particular, y aunque no se asume la misma filosofía de adquisición de derechos exclusivos que en Estados Unidos, comprende el Shang Ping Ming o nombre de propietario, que es el equivalente a una marca sin registrar. No obstante, si bien todos sus medicamentos deben llevar el nombre genérico, solo pueden portar nombres de propietario aquellos con nuevas estructuras químicas o nuevos ingredientes activos que aún se encuentren protegidos; o bien, compuestos medicamentosos patentados. Estos nombres deben consistir exclusivamente en caracteres

chinos, y dado que solo pueden ser usados una vez por un propietario, funcionan de manera similar a las marcas, indicando el origen empresarial.

Canadá posee regulaciones (Food and Drugs Regulations) que se encargan tanto de la aprobación como del uso posterior de las marcas de productos farmacéuticos, y para ello utiliza un estricto procedimiento que comprende una guía para marcas que suenan o se ven iguales/parecidas y una revisión inicial de marcas. La guía para marcas que suenan o se ven iguales/parecidas se sustenta en tres pilares, los cuales establecen que las marcas no pueden:

1. Tener la misma o similar marca que otro producto, particularmente si dicho producto contiene diferentes ingredientes medicinales, o contiene sufijos, calificación o abreviaturas;

2. Ser similar al nombre genérico de un producto que contiene diferentes ingredientes medicinales, o

3. Nombrarlo usando una extensión de línea (según se explicó arriba con la marca sombrilla).

La revisión inicial de marcas consiste en establecer un criterio a partir de la respuesta a dos bancos de preguntas: las primeras ocho están destinadas a identificar situaciones potenciales de confusión, y una respuesta positiva a cualquiera de ellas da al traste con el registro; las preguntas siguientes se dirigen a advertir si el nombre es confuso en sí mismo, incluye abreviaturas o identifica, por ejemplo, un producto que ya no se distribuye en el país; en estos casos la solicitud de registro no se rechaza, en su lugar se le remite al solicitante para que la rectifique.

De manera general, lo explicado en este inciso ofrece una panorámica del tratamiento de este tipo de signos en algunos países con sistemas de Propiedad Intelectual muy desarrollados, y arroja dos conclusiones primarias:

1. El tratamiento de estas marcas tiende a volverse más estricto por parte de aquellas entidades encargadas de la regulación de medicamentos.

2. No existe una complementación adecuada entre las administraciones mencionadas y las oficinas de marcas, lo que genera situaciones irregulares en la protección de estos signos y de los consumidores en el mercado.

TRATAMIENTO EN COLOMBIA

Dado que no existen unas directrices que armonicen el examen de marcas comparadas con DCI a nivel global, cada oficina es libre de determinar si la comparación y el correspondiente rechazo será solo para las marcas que sean idénticas a las denominaciones comunes internacionales, o también para aquellas que sean similares y

que igualmente pueden suscitar un riesgo de confusión. En Colombia el registro de una marca se rechaza

> ***Sólo si el signo cuyo registro se solicita es idéntico a una DCI. Por el contrario, el registro no se rechaza cuando el signo es semejante a una Dci; por ejemplo, cuando comienza o termina por una parte de una Dci o evoca una DCI, en la medida en que el signo no sea similar a una marca anterior hasta el punto de inducir a confusión E...] [A]unque hay un riesgo mayor de que las marcas que son similares a una Dci den lugar a confusión con otras marcas, la Oficina de Colombia admite su registro.***

Aun cuando la OMS es clara respecto a que para evitar confusiones y los consiguientes riesgos para la seguridad de los pacientes, las marcas no podrán formarse a partir de las DCI y, en particular, no podrán incluir la partícula común de estas denominaciones, puesto que la utilización de una partícula común en una marca limita en gran medida la selección de otras denominaciones en una serie.

El procedimiento actual establece que una DCI no se acepta si es similar o idéntica a una marca registrada o en trámite de registro; en cambio, en el sentido opuesto, las marcas solo se deniegan cuando son idénticas a la DCI existente, lo que genera un desequilibrio en el procedimiento, pese a que este debiera ser exactamente igual en ambos planos si de verdad se pretende crear un blindaje en esta categoría de marcas.

Un tema que genera preocupación es que la aprobación de las marcas farmacéuticas se realiza bajo la autoridad exclusiva de la Superintendencia, lo cual sería muy acertado tratándose de marcas cualesquiera; pero al ser marcas médicas su aprobación debería pasar por más de un filtro, al menos el de la SIC y el de la entidad encargada de regular la circulación de productos farmacéuticos en el país, o sea el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), cuya misión es proteger y promover la salud de la población, mediante la gestión del riesgo asociada al consumo y uso de alimentos, medicamentos, dispositivos médicos y otros productos objeto de vigilancia sanitaria. De esta forma se sobreentiende la necesidad de colaboración entre ambas entidades de manera excepcional para la aprobación de este tipo de signos y, más allá, la creación de protocolos de trabajo que den como resultado marcas farmacéuticas más seguras. No obstante y dada la imposibilidad de que dicha asociación entre ambas instituciones ocurra al menos de manera expedita, podrían tomarse otras medidas siguiendo el ejemplo de otros ordenamientos jurídicos que intentan darle solución a este problema. Un remedio útil sería la aplicación de un análisis reforzado por parte de la Superintendencia cuando se trate de estos productos de la clase *05;* algo muy similar al "principio de precaución mayor" aplicado por la PTO para el análisis de las marcas farmacéuticas debido al elevado riesgo para la salud derivado de los errores de medicación suscitados por la confusión en las marcas, lo que obliga al solicitante a

cumplir con estándares más elevados que demuestren que su marca no es propensa a provocar riesgo de confusión en los consumidores; si bien el nivel de dichos estándares no está especificado, toda vez que el principio en mención no está establecido por ley. Ahora bien, teniendo en cuenta que en Estados Unidos la adquisición de los derechos exclusivos de marcas se logra con el simple uso de la marca en el comercio, y por lo tanto el registro de la misma es meramente declarativo (al contrario que en Colombia), le corresponde al solicitante probar que su marca no incurrirá en riesgo de confusión; esta situación no es aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, pero se podría adaptar si se aplicara el "principio de precaución mayor", de oficio, por la Oficina al momento del análisis de la marca, observando de manera más estricta los parámetros de evaluación del riesgo de confusión; de esta manera se podrá argumentar que por su naturaleza los signos que distinguen determinados productos de la clase 05 de Niza se someten a un análisis reforzado por parte de la Oficina, y en consecuencia su uso en el comercio es mucho más seguro.

ACERCA DEL "PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN MAYOR"

Este principio consiste en la aplicación por las Cortes y en su caso las Oficinas de marcas, de criterios más estrictos para la determinación del riesgo de confusión, cuando dicha confusión pudiera conllevar serias consecuencias. Estas consecuencias deben consistir en un daño físico o psicológico, ya que por su naturaleza, dicha doctrina no debe ser aplicada ante el solo perjuicio económico. El daño debe ser apreciado a partir de la no recepción del producto buscado, aun cuando el uso del producto confundido no resulte dañino en sí mismo; de tal manera que si el cliente está buscando el medicamento x y por confusión consume el producto nutricional *Y*, el daño será apreciado de igual forma, porque no ha consumido el producto que originalmente necesita, incluso si el producto nutricional le resultare beneficioso.

Para la aplicación de esta doctrina por lo general se consideran dos factores:

1. **El grado de daño, visto según se explicó *supra*.**
2. **El tipo de producto involucrado (por lo general, medicamentos con prescripción).**

Puesto que el nivel de daño apreciable es difícil de definir, cabe apuntar que el examinador debería aplicar esta doctrina a productos farmacéuticos

indiscriminadamente, dado que no siendo experto en esta materia no está en condiciones de determinar de manera conclusiva si cada marca de medicamento que se pone bajo su observación tendrá efectos adversos en caso de ser confundida con otra. De esta forma, protege al consumidor de manera preventiva.

La aplicación de esta doctrina no significa que las marcas para productos farmacéuticos similares a marcas previas sean denegadas de plano, solamente que estarán sometidas a un examen de confundibilidad más riguroso.

En este orden de cosas surge un problema, y es que la oficina de marcas de la SIC no tiene autoridad para impedir el uso en el comercio de una marca que no ha sido admitida en el registro, de manera que el riesgo para los consumidores persiste aunque la marca esté desterrada del registro. Lo anterior es un motivo de peso para instar a la colaboración armónica del INVIMA y la SIC en este procedimiento, tal y como se explicó *supra*.

Respecto del riesgo de confusión ya mencionado, la jurisprudencia europea propone que el mismo no se configura de igual manera que en otros casos puesto que el acceso al producto es más restringido (haciendo alusión a los medicamentos recetados), por lo que las posibilidades de que el consumidor se confunda estarían disminuidas. Planteamiento con el que estamos de acuerdo solo en parte. Tengamos en cuenta que no todos los medicamentos se obtienen por prescripción, muchos son de venta libre, y en estos casos el consumidor los adquiere de manera directa. Por otra parte, en aquellos medicamentos prescritos, el consumidor está a ciegas en la mayoría de los casos debido a su desconocimiento; entonces puede ser que la confusión no nazca en el consumidor, pero arribe a él de forma transitiva, si se tiene en cuenta que antes de llegar a sus manos ha pasado por toda una cadena de personas, en cualquiera de las cuales puede haberse suscitado dicho riesgo, siendo perfectamente loable que dicho riesgo se transmita de un sujeto a otro, afectando al usuario final.

Otro punto en el tratamiento de las DCI que no ha sido pautado es el de cómo proceder con aquellas que han sido propuestas pero no recomendadas por la OMS, ya que algunos países del sistema anglosajón se basan en la determinación de si la marca es débil o no, para luego establecer si es esta o la DCI la que se pondera en el registro. Lógicamente estas diferencias de procedimiento solo deben ocurrir entre países con el mismo sistema de derecho. Colombia, al basarse en el principio de registro, técnicamente no admite el uso de doctrina de la marca débil en este sentido, ya que una vez que se accede al registro, el signo queda protegido, sea "débil" o no. Así las cosas, la DCI propuesta que colisione con un signo solicitado o registrado, deberán ser desestimadas por la OMS.

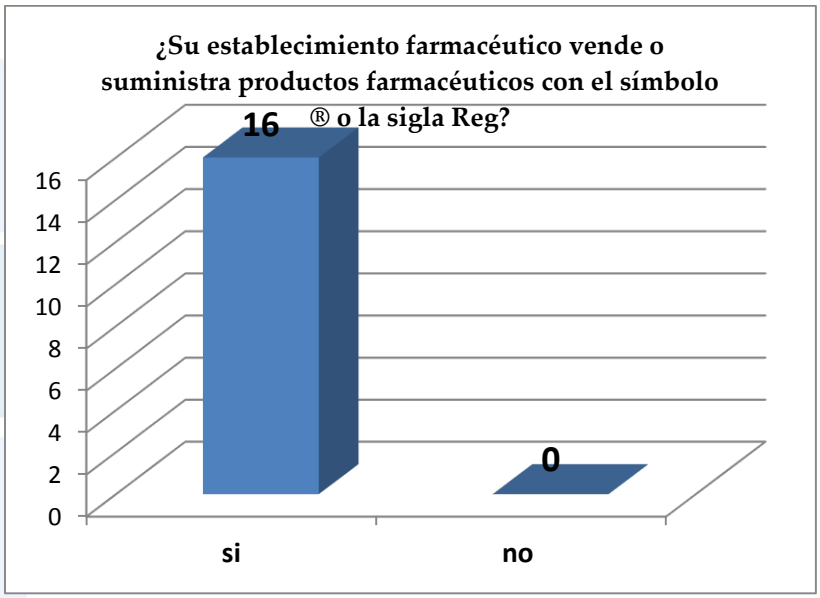
La práctica de la División de Signos Distintivos de la SIC demuestra que partículas como "astina" han sido usadas en numerosas marcas para registros solicitados bajo la nueva legislación andina; otras marcas, como RELAZEPAM, caen en el mismo ejemplo; pero los ejemplos más impactantes los constituyen marcas como NIDAZOL y SARTAN,

que se componen exclusivamente de la partícula que determina la familia farmacológica de la DCI. Todas estas marcas registradas en la clase *05* del Clasificador de Niza son evidencia de que la política de registro de la *SIC* transita por no valorar la utilización de las partículas de las denominaciones protegidas por la *OMS* como causal de denegación de una solicitud de registro de marca. Lo cierto es que, más allá de las libertades de procedimiento que al respecto existen, no cabe duda de que el uso de marcas similares o idénticas a las DCI genera confusión en el consumidor, y que este riesgo es mayor dada la naturaleza de estos productos, por lo que no es idóneo el proceder de la SIC en este sentido.

ANALISIS DE RESULTADOS DE LA INVESTIGACION

A continuación presento los resultados de las encuestas realizadas a un grupo de farmacias tomadas como muestra, extraídas del sistema registral que lleva esta cámara de comercio, buscando en ellas que el acto adecuado a los requisitos del art. 3 del código de comercio (uniformidad, reiteración, publicidad y no contrariedad de la ley) sea costumbre mercantil, arrojando lo siguiente:

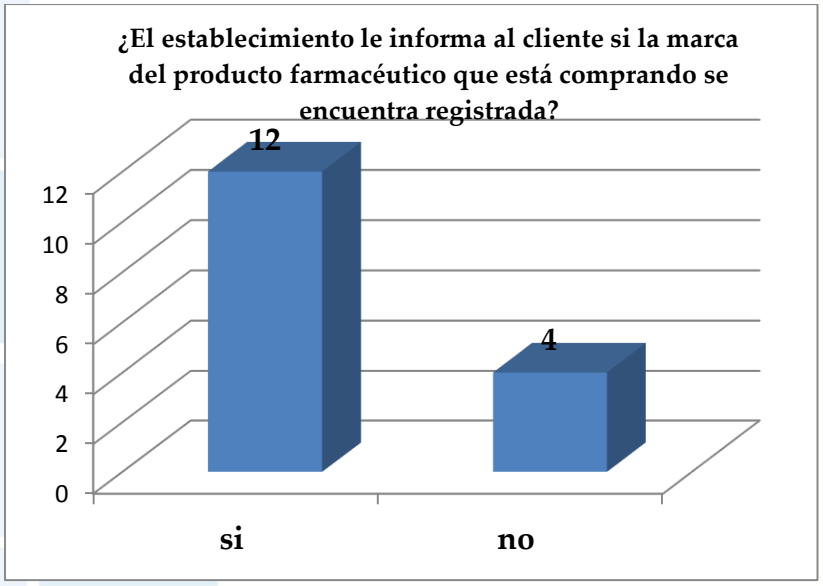
Introducción:

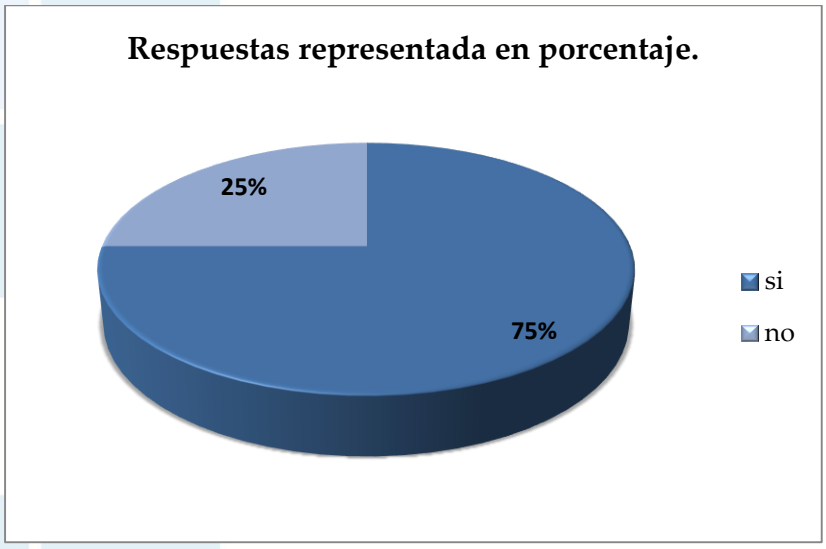


Análisis: en esta pregunta nos responden los encuestados de forma afirmativa, obteniendo un resultado eficaz en cuanto al objetivo que se quiere, comprobando que venden o suministran medicamentos con registro marcario, siendo un resultado satisfactorio para el inicio de la investigación.

De acuerdo a las afirmaciones del 100% en las respuestas a la pregunta anterior, se dio el siguiente resultado de unas preguntas estructuradas acorde al requisito de la uniformidad:

Uniformidad:



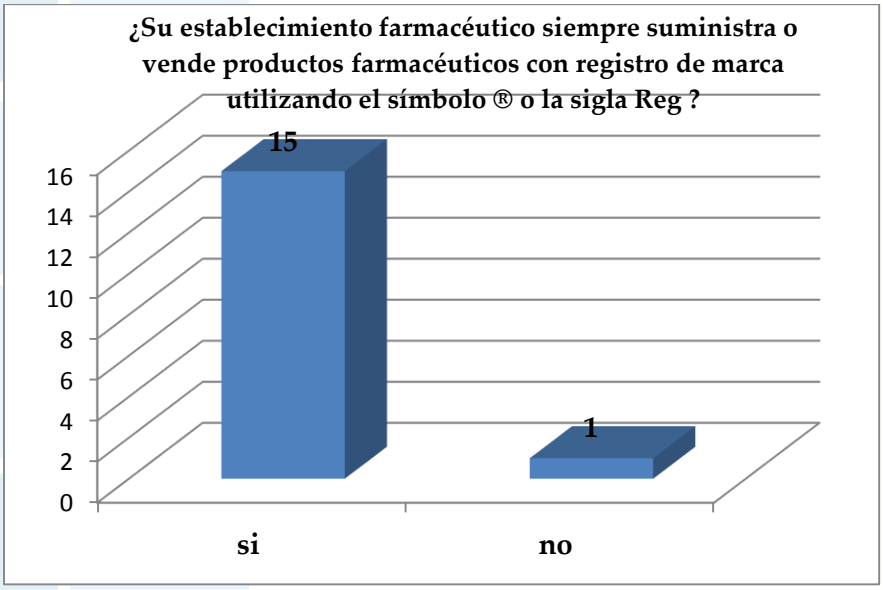


Análisis: Del 100% de los establecimientos encuestados, un 75% muestran en sus respuestas, que le brindan información al cliente sobre el registro de la marca del producto farmacéutico, habiendo transparencia y a la vez percatándole a esas personas sobre la seguridad que tiene un producto identificado con marca, dándole importancia a la marca del producto que adquiere responsabilidad e individualidad en un eventual perjuicio ocasionado, permitiendo el rastreo del mismo ante un defecto presentado. Generando un cuidado a los productores, cuidado que no existiría si se pudieran camuflar bajo el nombre genérico del medicamento.

Por otro lado, el 25% del 100% de los encuestados manifiestan que no transmiten la información de marca del producto con sus garantías, incurriendo con esto en una

irresponsabilidad al no percatar al cliente como también la falta de orientación sobre la seguridad para su salud de un producto con marca.

Reiteración:

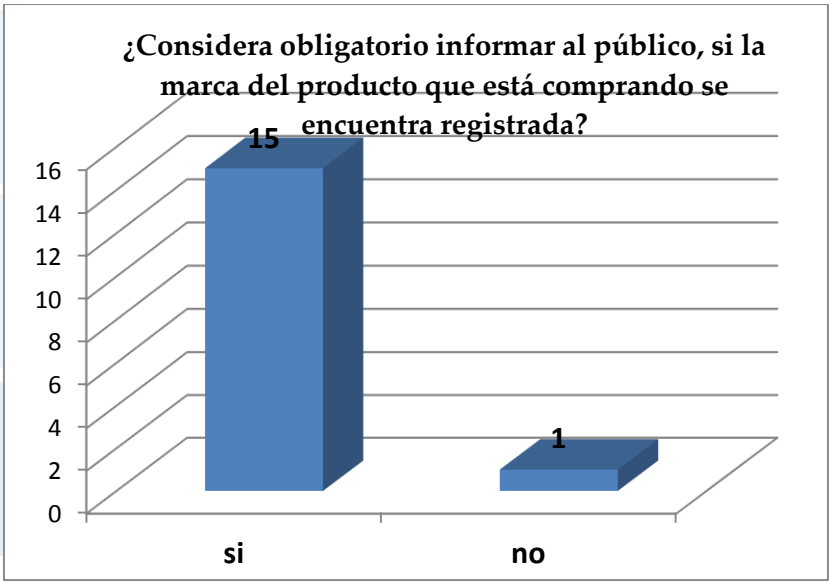


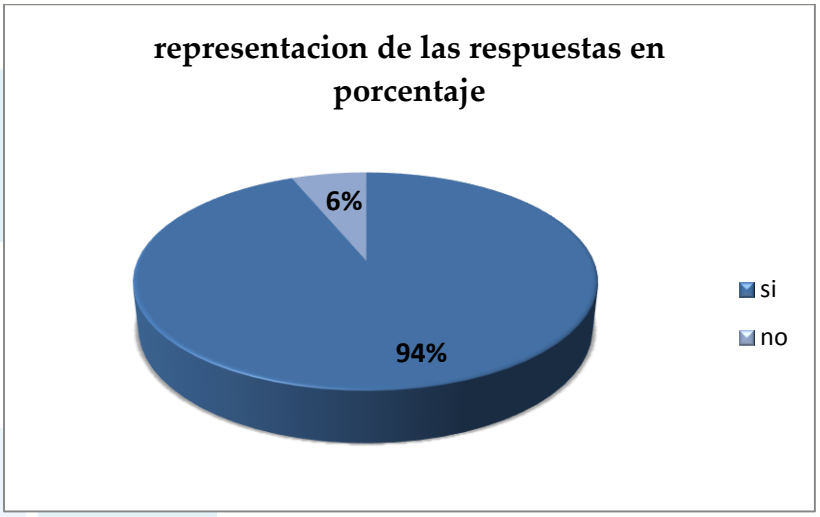
Análisis: en esta pregunta el 94% del 100% de los establecimientos farmacéuticos encuestados, muestran reiteración en sus labores comerciales de comercialización y

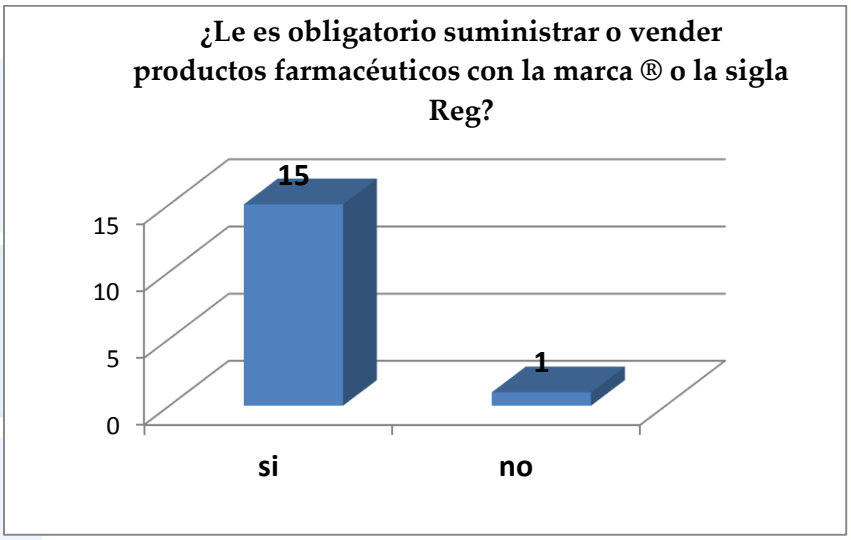
distribución de productos médicos con marca, arrojando un resultado considerable en cuanto al requisito de reiteración, y a la vez cumpliendo para ser costumbre mercantil.

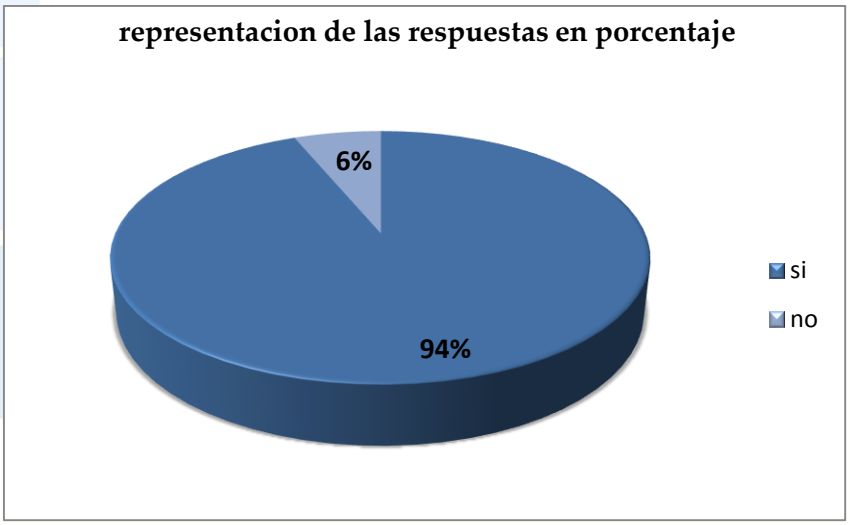
En virtud de lo anterior, se puede afirmar que la mayoría de las farmacias tienen una conciencia de protección a la salud de los clientes en caso de un perjuicio, generados con productos no individualizados.

Obligatoriedad:



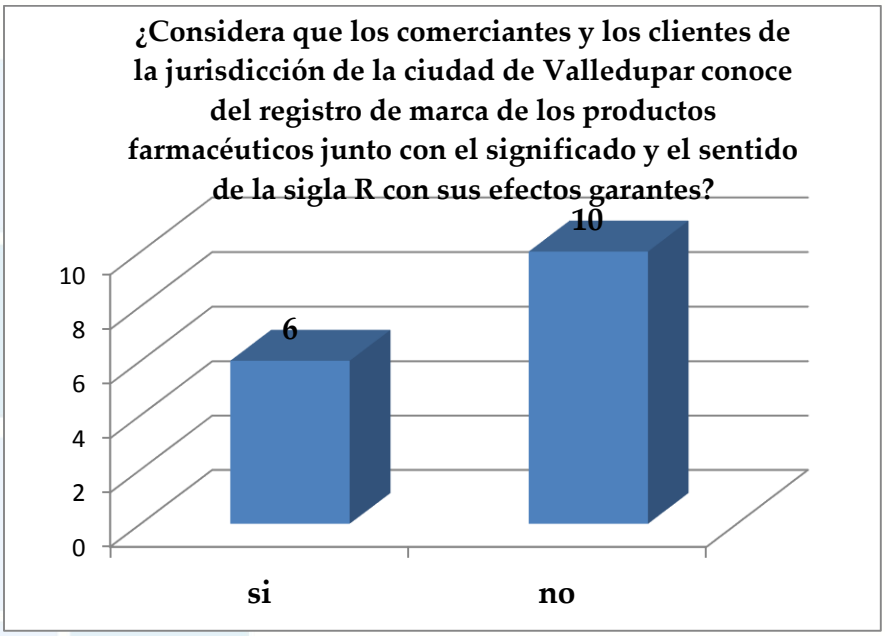


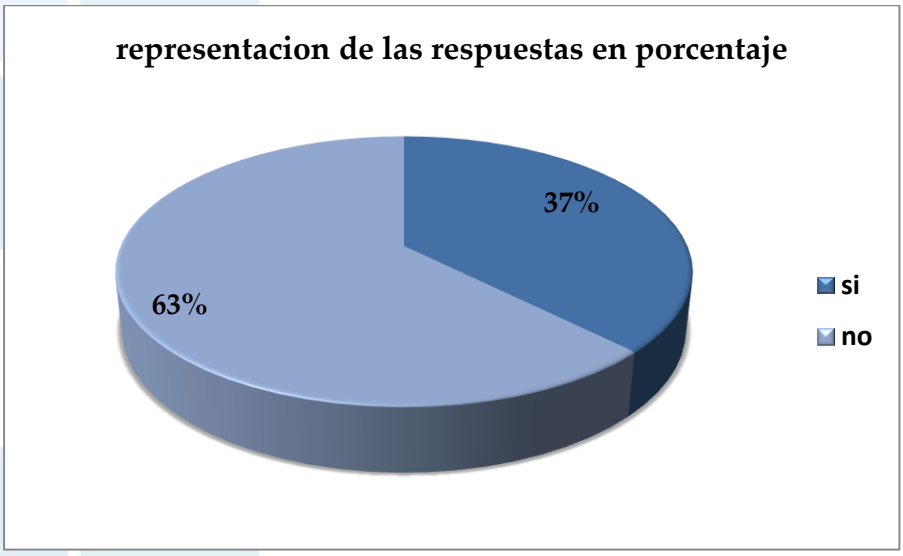




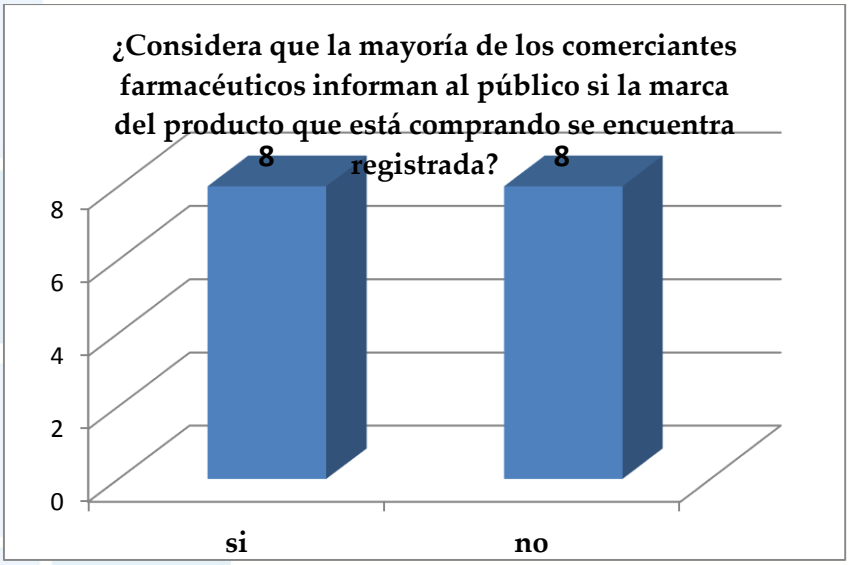
Análisis: En la formulación de esta pregunta logramos evaluar la obligatoriedad de esta práctica mercantil, arrojando un resultado eficaz, siendo el 94% del 100% de las farmacias encuestadas que consideran obligatorio vender productos con marca registrada, y a la vez el 4 % que manifiesta lo contrario adquiere conciencia y a la vez conocimiento sobre las consecuencias de la materia.

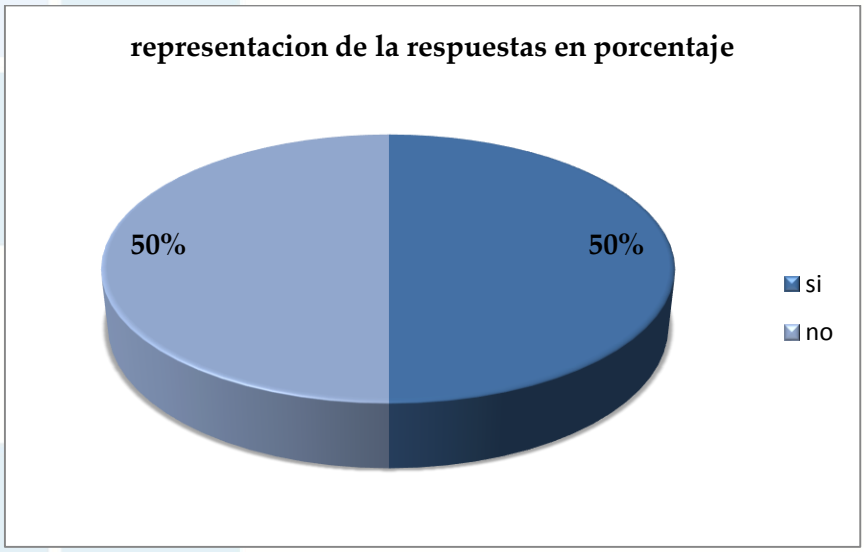
Publicidad:





Análisis: En estas pregunta buscamos saber si el conocimiento del tema marcario en los productos medicinales y las consecuencias del no registro es de amplio saber en el público en general, siendo un 63% del 100% de los encuestados que dieron una respuesta negativa por la falta conocimiento y a la vez las consecuencias del no tener un producto medicinal con registro marcario, siendo un resultado preocupante para esta investigación, es por ello que este año escogimos este acto que propulsa la labor social de proteger la vida, salud de las personas.





Análisis: esta pregunta la formulamos para incentivar al farmaceuta sobre la información de las consecuencias legales de el no tener registro marcario un producto y con ser de esto acceda a percatar al cliente sobre el perjuicio que ocasiona un producto medicinal genérico.

CONCLUSIONES

De manera general podemos concluir que las marcas farmacéuticas presentan un tratamiento cuando menos irregular a nivel mundial, y no es distinto a nivel nacional. La **OMPI (organización mundial de la propiedad intelectual**) no ha establecido directrices

claras o impulsado la firma de Convenios o Tratados vinculantes en este sentido que sirvan para armonizar el trato que se les da a estos signos y su acceso al registro de marcas.

La manifestación de figuras como el riesgo de confusión, que para otros tipos de productos es relativamente inofensiva (por solo generar un perjuicio económico), en el caso de las marcas farmacéuticas está permeado por los riesgos potenciales para la salud de los consumidores, por lo que urge minimizar las posibilidades de que tales riesgos se configuren.

La **OMS (organización mundial para la salud)** manifiesta una posición bastante explícita respecto a impedir que de cualquier manera signos de este tipo sean confundidos con las **DCI** (**Denominación Común Internacional**), pero a veces sobrepasa límites que afectarían gravemente el comercio y la industria, proponiendo abiertamente el mero uso de nombres genéricos para productos de esta naturaleza.

Por todo ello se impone la necesidad de que el registro de estos signos transite por un doble filtro donde cada entidad **(INVIMA instituto de vigilancia de medicamentos y alimentos y la SIC superintendencia de industria y comercio)** pueda hacer pleno uso de su experticia y facultades y dar lugar a un registro más adecuado, preventivo y saludable de estas marcas.

Colombia debe asumir una posición firme respecto de los procedimientos para dicho registro, por ello nos permitimos hacer y presentar este breve trabajo a fin de sensibilizar a la academia, las administraciones y el público en general respecto de este tema de acuciante importancia.

Termino manifestando que el acto de publicidad e información del registro de marca dado por las farmacias es un hecho material, que reúne los requisitos del art. 3 del código de comercio para ser costumbre mercantil, solicitando a la junta directiva de la cámara de comercio de Valledupar que certifique dicho acto como costumbre mercantil y se le de publicidad.