

EN LA DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS: Santa Tecla, departamento de La Libertad, a las trece horas con cincuenta y dos minutos del dos de octubre del año dos mil veinte.

I. Por recibido memorándum referencia *No. UAIP /198-2015* de fecha quince de junio del año dos mil quince por medio del cual se remite denuncia motivada en dos hechos diferentes. Recibidas a través de la Unidad de acceso a la Información Pública de esta Dirección siendo el primero de ellos: i) “[...] *que compro un tubo de pomada DDF-3 crema en presentación de 30 gramos con registro DNMF085925082004 con un precio \$11.06 de laboratorios Ganma pero el tubo le salió a la mitad, por lo que considera que no tiene el peso o medida exacta, lo anterior ubicado en Farmacia Valué de San Jacinto Dpto. de San Salvador [...]*”

II. Anexo al memorándum precitado se adjunta copia de denuncia –segundo hecho– presentado a esta Institución el día quince de junio del dos mil quince junto por medio del cual se expone: “[...] *Por medio de la presente solicito de la manera más amable investiguen a Laboratorios COFASA, ya que están utilizando material publicitario de la expresión SIN SUEÑO, MANTEN DESPIERTO con su respectivo diseño, el cual afecta a mi Representada con el diseño que amparan las marcas Tiamina 300 Alcalmo y Super Tiamina Ancalmo, ya que puede crear confusión al consumidor o un riesgo de asociación respecto a los productos de mi representada, por utilizar Laboratorios COFASA un diseño semejante al nuestro [...]*”. Junto a la denuncia presentada se anexa: a) Publicación de solicitud de inscripción de la expresión “*Sin Sueño*” de Laboratorios COFASA; b) Copia simple del Certificado de Registro de marca “*Super Tiamina Ancalmo*” extendido por el Centro Nacional de Registros; y c) Copia simple del Certificado de Registro de marca “*Tiamina 300 Ancalmo*” extendido por el Centro Nacional de Registros.

CONSIDERANDO el contenido de las anteriores comunicaciones es importante recordar:

A. Que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece en el numeral primero de su artículo 25, que: “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar*”;

B. Que en línea con lo anterior, la salud es un concepto que ha sido determinado por la Organización Mundial de la Salud (OMS); así, en la Declaración de Principios de su Carta de Constitución, se señala que: “*La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social*”;

C. Que en nuestro ordenamiento, *la salud* es un derecho humano de índole constitucional y su aseguramiento constituye una obligación del Estado, lo cual van en correspondencia de su consideración como bien público (artículos 1, 2 y 65 de la Constitución de la República);

D. Que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia –V. gr. en la sentencia de las catorce horas quince minutos del seis de diciembre de dos mil once, en el proceso con referencia 281-2008–, ha reconocido que: *“Es claro e inobjetable que el derecho a la salud tiene la característica de ser por un lado un derecho en sí mismo y por el otro, ser condición habilitante para el ejercicio de otros derechos, en el derecho a la salud se ve claramente la interdependencia entre dichas categorías. Por ello, el derecho a la salud requiere que el Estado adopte las medidas idóneas que viabilicen el cumplimiento de su obligación [...]”*;

E. Que el artículo 69 de la Constitución de la República prescribe que el Estado proveerá los recursos necesarios e indispensables para el control permanente de la calidad de los productos químicos, farmacéuticos y veterinarios, por medio de organismos de vigilancia (el subrayado es propio);

F. Que el artículo 3 de la Ley de Medicamentos –en adelante LM– establece la creación de la Dirección Nacional de Medicamentos como una entidad autónoma, de derecho y de utilidad pública, de carácter técnico, con plena autonomía en el ejercicio de sus funciones, quien será la autoridad competente para la aplicación de la LM;

G. Que de conformidad a lo establecido en el artículo 1 de la LM, el objeto de la misma consiste en garantizar la institucionalidad que permita asegurar la accesibilidad, registro, calidad, disponibilidad, eficiencia y seguridad de los medicamentos y productos cosméticos para la población y propiciar el mejor precio para el usuario público y privado, así como su uso racional (el subrayado es propio);

H. Que el artículo 13 de la LM establece que se entenderá por publicidad de especialidades y productos farmacéuticos toda aquella que se haga por cualquier forma o medio de difusión, tales como publicidad impresa, radiodifundida, teledifundida, dibujada, pintada, proyectada o difundida por medio de internet, sistemas de audio, fijos o ambulantes así como también el reparto gratuito de muestras;

I. Que al respecto el Reglamento General de la Ley de Medicamentos –en adelante RGLM– en su artículo 3 contempla que publicidad es toda aquella parte de la política comercial de una empresa, cuya finalidad es dar a conocer una marca, producto o servicio y persuadir al posible consumidor para que consuma o haga uso de tal marca, producto o servicio, valiéndose, para dicha difusión o persuasión, de contactos no personales, a través de la compra de espacios publicitarios en los diferentes medios publicitarios;

J. Que la antedicha disposición determina que anuncio es toda forma de publicidad; y, que anunciante o publicitante es toda persona natural o jurídica que utiliza la publicidad para dar a conocer las características o beneficios de sus productos;

K. Que el precitado cuerpo normativo prescribe en su artículo 6 letra f) que es atribución de la Dirección Nacional de Medicamentos calificar y autorizar, previamente a su publicación o difusión, la propaganda de todos los productos que se han de ofrecer al público como medio de prevención y curación de las enfermedades, promoción o restablecimiento de la salud, evitando que tal propaganda implique omisión, exageración, inexactitud o que pueda inducir al consumidor a engaño, error o confusión sobre el origen del producto, los componentes o ingredientes, los beneficios o implicaciones de su caso; evitando que tal propaganda abuse de la buena fe y credibilidad de las personas;

L. Que el artículo 75 de la LM, estipula que toda persona natural o jurídica que infrinja la presente Ley será sancionada administrativamente por la Dirección, sin perjuicio de la responsabilidad penal, civil o profesional en que incurra;

III. TENIENDO PRESENTE que los hechos documentados en el expediente son insuficientes para sustentar el ejercicio de la acción administrativa sancionadora por las siguientes razones:

IV. En relación al primer motivo de denuncia consistente en la compra de un tubo de pomada DDF-3 crema en presentación de 30 gramos con número de registro sanitario F085925082004 el cual según expresa el denunciante no contenía la medida exacta del mismo, se debe considerar que si bien es cierto esta Autoridad Reguladora posee facultades de investigación de las posibles infracciones de la normativa sanitaria, los hechos objeto de denuncia o investigación deben estar mínimamente robustecidos de otro indicio capaz de amparar la proposición –hecho objeto de denuncia- fáctica realizada. En el caso en concreto el denunciante afirma la compra de una pomada DDF-3 en presentación de 30 gramos por el precio de \$11.06 pero no adjunta la factura o ticket de compra del mismo, así como tampoco ofreció dicho producto como objeto material de la infracción para que constituyera un indicio probatorio y así poder desplegar las facultades de investigaciones que posee esta Dirección con lo que se busca tener algún grado de probabilidad de la vulneración a bienes jurídicos tutelados en la LM.

Bajo este orden de ideas, el denunciante en el presente caso no se refiere al hecho que se le haya proporcionado un producto presuntamente falsificado o en malas condiciones, sino que se limita a plantear su inconformidad en relación a la cantidad de los gramos del producto lo que típicamente no vendría a constituir una infracción de la ley de medicamentos; encontrando el encuadramiento típico del presente hecho como una vulneración a sus derechos como consumidor en atención a que

el artículo 4 de la Ley de Protección al Consumidor regula los derechos básicos de los consumidores específicamente en su literal i) estableciendo lo siguiente “*Reclamar y recibir compensación en el caso que los productos o servicios sean entregados en calidad, cantidad o forma diferente de la ofrecida, pudiendo elegir cualquiera de las siguientes opciones: la reparación del bien, exigir el cumplimiento de la oferta de acuerdo a los términos originales, si esto fuere posible; a la reducción del precio, tasa o tarifa del bien o servicio; aceptar a cambio un producto o servicio diferente al ofrecido o la devolución de lo que hubiese pagado conforme a lo previsto en el Art. 34 de esta Ley*”(el subrayado es nuestro).

V. Considerando lo anterior hoy corresponde analizar el segundo motivo de denuncia, por medio del cual se solicita que se inicie una investigación en contra de Laboratorios COFASA porque estos se encontraban utilizando material publicitario de la expresión SIN SUEÑO, MANTEN DESPIERTO con su respectivo diseño lo cual según alega el denunciante podría inducir a la confusión al consumidor o un riesgo de asociación respecto a los productos de su representada por utilizar Laboratorios COFASA un diseño semejante del que es titular su representada.

Al analizar la documentación anexa a la denuncia se evidencia que la supuesta publicidad realizada por Laboratorios COFASA no se adecua a ningún concepto normativo regulado por esta Dirección ya que lo que se ha realizado por parte de este último es una publicación de un edicto emitido por el Centro Nacional de Registros, a través del cual hace del conocimiento público el trámite registral que se está llevando a cabo por los personeros de Laboratorios COFASA con la finalidad de habilitar el derecho para que todo aquel que se considere agraviado pueda ejercer sus acciones ante la autoridad competente en el presente caso se reconoce que estamos notoriamente ante un conflicto de carácter mercantil debiendo remitirnos a la normativa del Código Procesal Civil y Mercantil en adelante C.Pr.CM.- el cual dispone la competencia relativa a la naturaleza de esta clase de procesos en su artículo 30 numeral 1° se determina que es competencia de los juzgados de primera instancia conocer del proceso común en relación al artículo 240 ambas disposiciones precitadas del C.Pr.CM, regulan que “*se decidirán por los trámites del proceso común, cualquiera que sea su cuantía. Las demandas en materia de competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame [...]*”(el subrayado es nuestro).

VI. Por todo lo anterior, se concluye que los hechos denunciados no corresponden al objeto de la LM en consecuencia no se pueden tipificar los hechos denunciados en las infracciones descritas y sancionadas por la misma ley, resulta pertinente declarar improcedencia el ejercicio de la potestad

