

RESOLUCIONES DEL JURADO DE LA PUBLICIDAD

RECURSOS DE ALZADA KERN PHARMA, S.L Y ABBOTT LABORATORIES, S.A. VS. RESOLUCIÓN SECCIÓN 1ª DE 23 DE DICIEMBRE DE 2002

[Asunto: ABBOTT LABORATORIES, S.A. vs. KERN PHARMA, S.L. (“CLARITROMICINA KERN EFG y OMEPRAZOL KERN EFG”)]

En Madrid, a 28 de enero de 2003, reunido el Pleno del Jurado de la Publicidad de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidido por D. Carlos Fernández-Nóvoa, para el análisis y resolución de sendos recursos de alzada presentados por KERN PHARMA, S.L y ABBOTT LABORATORIES, S.A. frente a la resolución de la Sección Primera del Jurado de 23 de diciembre de 2002, emite la siguiente

RESOLUCIÓN

I.- Antecedentes de hecho.

1.- Mediante escrito de 21 de noviembre de 2002, la Comisión Deontológica de Farmaindustria dio traslado a Autocontrol, de acuerdo con el art. 4.5 del Reglamento de la Comisión Deontológica de la Industria Farmacéutica y del Convenio suscrito entre Farmaindustria y Autocontrol, de la reclamación presentada por Abbott Laboratories, S.A. (en lo sucesivo, ABBOTT), contra Kern Pharma, S.L. (en lo sucesivo, KERN), tras haberse intentado mediación entre las partes ante la Comisión Deontológica sin haberse alcanzado ningún acuerdo.

2.- Se dan por reproducidos los argumentos esgrimidos por ambas partes, tal y como se recogen en la Resolución de la Sección Primera, del pasado día 23 de diciembre de 2002.

3.- Mediante Resolución de 23 de diciembre de 2002, la Sección Primera del Jurado acordó estimar parcialmente la reclamación interpuesta por ABBOTT frente a la campaña publicitaria de la que es responsable KERN, declarando que la campaña publicitaria infringía varios preceptos del Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de los Medicamentos, instando al anunciante a la rectificación de la publicidad denunciada e imponiéndole, en aplicación del artículo 17 del Código de Español de Buenas Prácticas para la Promoción de Medicamentos, una sanción de 6.000 euros.

4.- El pasado día 7 de enero de 2003, KERN presentó Recurso de Alzada frente a la mencionada resolución de la Sección Primera. En su escrito, la recurrente alega que el diseño compuesto por un gráfico alusivo a un personaje de fantasía junto a las denominaciones “Kerny” y “Superclary”, que se incluye en el etiquetado del detergente obsequiado, constituye el logotipo de la especialidad farmacéutica, por cumplir con la normativa aplicable a la publicidad de recuerdo. Argumenta que dicha combinación gráfico-denominativa cumple las funciones de asociación del logotipo con la concreta especialidad farmacéutica “Claritromicina Kern EFG”, puesto que, en primer lugar, la denominación “Kerny” alude a la empresa KERN, y en segundo lugar, la denominación “Superclari” alude al principio activo de dicha especialidad farmacéutica genérica. Concluye la recurrente que el diseño objeto de

controversia cumple con la normativa aplicable a todo signo distintivo (art. 4.1 de la Ley 17/2001 de Marcas) y, en particular con el art. 11 del Real Decreto 1416/1994, por el que se regula la publicidad de los medicamentos, y su homónimo art. 2.3 del Código de Farmaindustria. En definitiva, entiende esta parte que el controvertido diseño gráfico-denominativo persigue la finalidad de ser reconocido e identificado en el mercado.

Por todo lo anteriormente expuesto, la recurrente solicita al Pleno del Jurado tenga por reproducidas en su integridad sus pretensiones iniciales, y en particular lo relativo a la utilización como logotipo de la combinación gráfica-denominativa compuesta por un diseño de un personaje acompañado de las leyendas “kerny” y “Superclari”.

5.- Habiéndose dado traslado del Recurso de Alzada a ABBOTT, ésta presentó escrito de contestación al mismo de fecha de 14 de enero de 2003. Sostiene, en primer lugar, que los logotipos que integran el etiquetado de los medicamentos de uso humano están sujetos a una preceptiva autorización sanitaria, según establece el Real Decreto 2236/93. Añade la recurrida que no puede ser considerado como logotipo del producto debido a que no es utilizado en el etiquetado propio de la especialidad, sino únicamente como elemento publicitario del obsequio promocional del mismo. En segundo lugar, entiende ABBOTT que la mención “Kerny” en ningún momento podría considerarse logotipo del laboratorio, porque el logotipo utilizado por esta compañía es la letra K inserta en un círculo. En consecuencia, la recurrida señala que en la publicidad de recuerdo, según establece el art. 2.3 del Código de Farmaindustria, no se permite incluirse ningún tipo de elemento meramente propagandístico. Por último, en relación a la expresión “Superclari”, entiende ABBOTT que constituye una denominación engañosa, puesto que podría inducir al destinatario de la publicidad a entender que esta especialidad goza de propiedades, beneficios o ventajas superiores a las de otras especialidades, infringiéndose así los art. 3.1 y 3.5 del Código de Farmaindustria. Por todo lo anteriormente expuesto, solicita al Jurado que se desestime el Recurso de alzada interpuesto por KERN.

6.- Con fecha 7 de enero de 2003, ABBOTT presentó a su vez Recurso de Alzada contra la mencionada Resolución de la Sección Primera, ante la estimación parcial de su pretensión. En primer lugar, y en cuanto a la entrega de un bote de detergente lavavajillas como obsequio promocional, entiende la recurrente que dicho obsequio no guarda relación con el ejercicio de la medicina. Argumenta que el uso de un lavavajillas común no reúne los requisitos sanitarios exigibles para el lavado de instrumental médico. Aporta, en apoyo a sus pretensiones, artículos científicos que prueban que el obsequio no es idóneo para ello. Alega que si el lavavajillas distribuido fuera útil para los fines de lavado de instrumental médico, debería constar expresamente en el etiquetado del producto y que, por otra parte, genera una grave y peligrosa confusión entre el detergente y el medicamento. En segundo lugar, alega ABBOTT que el material publicitario insertado en la revista “Siete Días Médicos” es engañoso por entender que determinadas afirmaciones, tales como “todopoderoso, inimitable, genérico”, atribuyen a la especialidad farmacéutica promocionada determinadas propiedades superiores a las de otras especialidades. Entiende ABBOTT que dichas afirmaciones no son ni objetivas ni honestas, pudiendo inducir a error a sus destinatarios, infringiéndose los art. 3.1 y 3.5 del Código de Farmaindustria. La recurrente afirma que la publicación de historietas atenta contra el nivel profesional de los destinatarios del mensaje.

Por todo lo anteriormente expuesto, solicita al Pleno del Jurado que estime íntegramente la reclamación presentada por ABBOTT, revocando los puntos 1 y 3 de la resolución recurrida, que califique los hechos como infracción muy grave, imponiendo la correspondiente sanción y que proceda a denunciar al laboratorio infractor ante las autoridades sanitarias competentes.

7.- Trasladado el Recurso de Alzada a KERN, ésta presentó escrito de impugnación al mismo de fecha de 15 de enero de 2003. En él se alega, en primer lugar, que un regalo de recuerdo consistente en un envase de detergente es apto para la limpieza de material médico, debido a las propiedades bactericidas que posee para la limpieza previa a la

desinfección del material reutilizable. Añade que es una práctica notoriamente conocida en el sector, aportando argumentos científicos que lo corroboran. En segundo lugar, afirma que no existe confusión posible entre la especialidad farmacéutica que se recuerda y el detergente contenido en el envase. Argumenta que para que se diera tal confusión deberían existir analogías entre la presentación de la especialidad farmacéutica (en este caso, comprimidos y sobres) y el detergente, y que el receptor tomara el detergente como el medicamento, lo que a su parecer no es probable. En tercer lugar, en cuanto al mensaje publicado en la revista “Siete Días Médicos”, afirma que el nivel profesional de los destinatarios no impide la utilización del lenguaje humorístico y que, por otra parte, las expresiones “inimitable” y “todopoderoso” no pretenden atribuir propiedades superiores a sus productos, sino simplemente que la especialidad farmacéutica a la que se refieren es la primera claritromicina genérica y la más económica.

Por todo ello, solicita al Pleno del Jurado que dicte una nueva Resolución por la que se declare la plena licitud de la publicidad enjuiciada.

II.- Fundamentos deontológicos.

1.- El Recurso de Alzada planteado por KERN se centra en los pronunciamientos del Jurado en punto a la incorrección de los gráficos que se incluían en la publicidad de recuerdo. Establece el artículo 2.3 del Código de Farmaindustria, en este sentido, que “conforme a la legislación nacional, la publicidad puede comprender sólo la denominación del medicamento, siempre que tenga por objeto exclusivo recordar dicha publicidad y que el medicamento lleve autorizado al menos dos años. En este caso, deberá incluirse la denominación de la especialidad farmacéutica y, en caso de que sea una marca comercial o un nombre de fantasía y sólo contenga una sustancia medicinal, deberá ir acompañada de la denominación oficial española o, en su defecto, de la denominación común internacional. También podrá incluirse el logotipo del producto y el nombre y logotipo del laboratorio, pero ninguna otra información”. En este sentido, la Sección de instancia

concluyó que la publicidad de recuerdo objeto de análisis infringía el precepto transcrito, al incluir gráficos que no podían ser considerados el logotipo del medicamento promocionado. Reacciona ahora la parte recurrente considerando que aquellos gráficos sí constituyen el logotipo del medicamento, como lo acredita la estrecha semejanza entre las denominaciones que acompañan a los gráficos y el nombre del medicamento. Pero, más allá de esta indudable semejanza, es claro que no se pueden aceptar que aquellos gráficos constituyan el logotipo del producto cuando no se ha acreditado ante este Jurado ni su registro como marcas, ni su previa utilización en la publicidad del medicamento ahora promocionado, ni su inclusión en la presentación comercial del producto promocionado, etc. Bajo estas premisas, y de conformidad con los datos con los que cuenta este Jurado, parece que estamos ante la primera utilización de aquellos gráficos. Por consiguiente, no cabe aceptar que los gráficos constituyan el logotipo del producto, cuando éste ha venido distribuyéndose sin que aquellos fuesen utilizados ni en la comercialización ni en su publicidad.

2.- Entrando ya en el análisis del recurso de alzada interpuesto por ABBOTT, éste se dirige, en primer término, frente a los pronunciamientos del Jurado en relación con la corrección de la entrega de un bote de lavavajillas antibacterias como obsequio en el marco de la promoción de un medicamento. Concluyó la Sección de instancia que este obsequio respetaba el artículo 10.1 del Código de Farmaindustria, toda vez que el obsequio entregado, “si bien no guarda una relación directa con el ejercicio de la medicina, sí que aparece unido a éste por una evidente relación de accesoriedad”. Frente a este pronunciamiento se alza ahora ABBOTT, aportando documentación que demuestra la existencia de otras alternativas más recomendables para la limpieza del material quirúrgico. Este Jurado, obviamente, se ve obligado a valorar en su conjunto toda la documentación aportada a este procedimiento. Y, a la luz de la misma, cabe concluir que se recomienda un proceso de limpieza previo a la desinfección del material quirúrgico. Y si bien existen otras alternativas que algunos estudios presentan más recomendables y eficaces, también puede concluirse que un lavavajillas

antibacterias como el objeto del obsequio podría ser utilizado en el proceso de limpieza de material quirúrgico. Por esta razón, y pese a los virulentas alegaciones presentadas por ABBOTT en un tono que este Jurado considera completamente improcedente en el marco de un procedimiento deontológico como el que nos ocupa, sólo cabe reafirmar la opinión de la Sección de instancia en el sentido de que el obsequio, si bien no está directamente relacionado con el ejercicio de la medicina, sí guarda una cierta relación indirecta con el mismo, por lo que no cabe apreciar una infracción de la norma 10 del Código de Farmaindustria. Tampoco cabe concluir, por otra parte, que aquel obsequio suponga una afrenta al nivel profesional de los usuarios.

3.- También hay que confirmar los pronunciamientos de la Sección de instancia en relación con las afirmaciones recogidas en la publicidad incluida en el diario “Siete días médicos”, por las que se califica al producto promocionado como “el todopoderoso, el inimitable, el genérico y el económico Kerny superclari”. Insiste la parte recurrente en las alegaciones que ya había realizado en la instancia, en el sentido de que aquellas alegaciones infringen el principio de veracidad al atribuir al medicamento promocionado determinados beneficios por el hecho de ser genérico. Mas lo cierto es que esta interpretación del mensaje publicitario parece alejada de la que realizaría un destinatario medio de la publicidad objeto de análisis, sobre todo cuando ésta se dirige a un público especializado y con un alto nivel de formación como es el integrado por los profesionales de la medicina. Parece poco probable, en este sentido, que un destinatario medio dentro de este público de profesionales pueda concluir –merced a la lectura de aquellas alegaciones– que el producto promocionado presenta determinadas ventajas y una superior eficacia por el simple hecho de ser un medicamento genérico. Y, en estas circunstancias, no cabe apreciar la infracción del principio de veracidad pretendida por la recurrente.

4.- Finalmente, también se deben rechazar las alegaciones de la ABBOTT en relación con las historietas que se recogen en la publicidad objeto del presente procedimiento. Sostiene la recurrente que estas historietas atentan contra el nivel

profesional de los destinatarios, con infracción del artículo 4.1 del Código de Farmaindustria, según el cual “cualquier actividad o material promocional debe respetar la especial naturaleza del medicamento y el nivel profesional de los destinatarios, sin que sea susceptible de causar ninguna ofensa”. Tiene razón la sección de instancia cuando afirma que las historietas empleadas en la publicidad objeto de análisis se alejan de lo que es el lenguaje común en la publicidad de los medicamentos, sobre todo cuando ésta se dirige a los profesionales de la medicina. Y tiene razón también cuando subraya que el empleo de un lenguaje como aquel, probablemente, no se corresponde con el nivel de formación del público al que se dirige. Sin embargo, el artículo 4.1 no sanciona la utilización de un lenguaje inapropiado o alejado de los cánones al uso en la publicidad de los medicamentos. Por el contrario, tan sólo sanciona la difusión de mensajes publicitarios que puedan ser considerados ofensivos para el nivel profesional de los usuarios, circunstancia ésta que no parece concurrir por el simple hecho de utilizar elementos propios de una historieta en la publicidad de un medicamento.

Por las razones expuestas, el Pleno del Jurado de Autocontrol

ACUERDA

1º.- Desestimar el Recurso de alzada interpuesto por Kern Pharma, S.L. frente a la resolución de la Sección Primera de 23 de diciembre de 2002.

2º.- Desestimar el Recurso de alzada interpuesto por Abbott Laboratories, S.A. frente a la resolución de la Sección Primera de 23 de diciembre de 2002.