



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

RESOLUCIONES DEL JURADO DE LA PUBLICIDAD

RECURSOS DE ALZADA DE LA UNIDAD DE SUPERVISIÓN DEONTOLÓGICA DE FARMAINDUSTRIA Y LABORATORIOS CINFA, S.A.

v.s.

RESOLUCIÓN SECCIÓN PRIMERA DE 16 DE MARZO DE 2005

(ASUNTO: UNIDAD DE SUPERVISIÓN DEONTOLÓGICA DE FARMAINDUSTRIA VS. LABORATORIOS CINFA, S.A. - "INCENTIVOS")

RESUMEN:

El Pleno del Jurado de Autocontrol ha resuelto sendos recursos de alzada interpuestos contra la Resolución de la Sección Primera de 16 de marzo de 2005.

La Unidad de Supervisión Deontológica de Farmaindustria (en lo sucesivo, USD) presentó Recurso de alzada por considerar insuficiente la sanción económica impuesta a Laboratorios Cinfa, S.A. (en lo sucesivo, CINFA).

Por su parte, CINFA presentó Recurso de alzada frente a la mencionada resolución, alegando que el Jurado ha estimado la denuncia interpuesta contra su compañía afirmando que no se ha acreditado, por un lado, que el controvertido descuento sea por volumen de compras, y por otro, que tal volumen de compras justifique tal descuento. Respecto a la primera de las cuestiones, CINFA entiende que si bien es cierta la no existencia de un documento que acredite tal información, esto no tiene por qué significar que no nos encontremos ante un supuesto de descuento por volumen de compras. En todo caso, la recurrente manifiesta que tal información se revela en la propia página web del GRUPO FM 40. En relación al segundo punto citado, CINFA señala que por motivos de confidencialidad no puede aportar tales datos, pero afirma que dicha entidad es uno de sus más importantes clientes, lo cual se refleja en el hecho de que durante 2004 dicho Grupo adquiriera un 38% más de productos de CINFA que la media en España del resto de clientes.

El Pleno del Jurado recuerda que una de las características específicas del régimen jurídico aplicable a la publicidad de los medicamentos consiste en la prohibición de incentivos a los profesionales implicados en el proceso de prescripción o dispensación de aquéllos. Si bien es cierto que la prohibición de ofrecer incentivos encuentra una importante excepción: los descuentos por volumen de compra o por pronto pago. Dichos descuentos por volumen de compra constituyen una excepción al principio general de prohibición de los incentivos; y, como tal excepción, deberá ser objeto de una interpretación restrictiva, siendo el anunciante quien tenga que acreditar las circunstancias concretas de carácter excepcional que, a su entender, justifican el porcentaje de descuento aplicado, en cada caso.

Sin embargo, entiende el Pleno que no se han aportado datos o pruebas que pudieran ser valoradas positivamente para considerar que los descuentos aplicados eran conformes con lo establecido en la Guía de desarrollo del Código de Farmaindustria. Por el contrario, los elementos de juicio con los que sí se ha contado a la hora de valorar la licitud de los descuentos aplicados -la citada página web-, presenta descuentos lineales y desconectados del concreto volumen de compra que, en su caso, los habría justificado.

Por todo ello, el Pleno del Jurado desestima el recurso de Alzada presentado por Cinfa y, en cuanto al Recurso de Alzada planteado por USD, el Pleno entiende que, en efecto ha habido reincidencia y en consecuencia eleva la sanción de 6.000 a 24.000 Euros.

TEXTO COMPLETO DEL RECURSO DE ALZADA:

RECURSOS DE ALZADA DE LA UNIDAD DE SUPERVISIÓN DEONTOLÓGICA DE FARMAINDUSTRIA Y LABORATORIOS CINFA, S.A.

vs.

RESOLUCIÓN SECCIÓN PRIMERA DE 16 DE MARZO DE 2005

(ASUNTO: UNIDAD DE SUPERVISIÓN DEONTOLÓGICA DE FARMAINDUSTRIA VS. LABORATORIOS CINFA, S.A. - "INCENTIVOS")

En Madrid, a 12 de mayo de 2005, reunido el Pleno del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidido por D. Carlos Fernández-Nóvoa, para el análisis de sendos recursos de alzada presentados por la Unidad de Supervisión Deontológica de Farmaindustria y por Laboratorios Cinfa, S.A. frente a la Resolución de la Sección Primera del Jurado de 16 de marzo de 2005, emite la siguiente,

RESOLUCIÓN

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

1.- El pasado día 8 de febrero de 2005, 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 el 25 de octubre de 2004 por la Unidad de Supervisión Deontológica de Farmaindustria (en lo sucesivo, USD) contra Laboratorios Cinfa, S.A. (en lo sucesivo, CINFA), contra la realización de actividades ilícitas y tras haberse intentado mediación entre las partes ante la Comisión Deontológica, sin haberse alcanzado ningún acuerdo.

2.- Se da por reproducida la descripción de la práctica de incentivos objeto de reclamación, así como los argumentos esgrimidos por ambas partes, tal y como se recogen en la Resolución de la Sección Primera del Jurado de 16 de marzo de 2005.

3.- Mediante resolución de fecha 16 de marzo de 2005, la Sección Primera del Jurado de la Publicidad acordó estimar íntegramente la reclamación interpuesta, instando al anunciante al cese de la práctica reclamada, y acordando la imposición de una sanción pecuniaria de 6.000 Euros.

4.- El pasado 8 de abril de 2005, la USD, presentó Recurso de alzada frente a la mencionada resolución de la Sección Primera. La parte recurrente sostiene que, estando conforme con los pronunciamientos 1º, 2º, 3º y 5º acordados por el Jurado en la resolución de 16 de marzo de 2005, discrepa con el punto 4º de la citada resolución por considerar insuficiente la sanción económica impuesta al denunciado. La USD alude a los criterios establecidos en el art. 18.1 del Código de Buenas Prácticas. Basándose en lo anteriormente expuesto, señala que existen motivos suficientes para calificar la infracción como grave, debiéndose imponer una sanción por un importe mayor, dentro de los límites establecidos por el Código para este tipo de infracciones.

Por todo ello, solicita al Pleno del Jurado tenga por interpuesto el presente recurso de alzada y dicte una resolución por la que ratificando los acuerdos 1º a 3º adoptados en su día, modifique el acuerdo 4º, imponiendo a CINFA una sanción económica por un importe superior.

5.- Habiéndose dado traslado del Recurso de Alzada a CINFA, ésta presentó escrito de impugnación del mismo, el día 18 de abril de 2005. En primer lugar, rebatiendo las alegaciones de USD, afirma que no se puede determinar que existe reincidencia en la infracción del Código cuando los descuentos realizados por CINFA están permitidos sobre

la base de la Guía de Desarrollo del mismo que admite los descuentos por volumen de compras.

Con respecto a la resolución del Jurado de octubre de 2002, citada por la recurrente, CINFA manifiesta que en este asunto no cabe hablar de reincidencia, ya que, en aquel momento, no existía la Guía de desarrollo del Código de Conducta, ni, por tanto, la excepción que actualmente permite los descuentos por pronto pago y volumen de compras.

Respecto a las resoluciones del Jurado en los expedientes nº 15 y 30 de 2004 derivados de las denuncias interpuestas por la USD, CINFA señala que tales asuntos son similares y que la denuncia nº 30 tuvo lugar antes de que recayera resolución en primera instancia en el expediente nº 15. Por ello, el Laboratorio no entiende que se solicite la aplicación de la circunstancia de reincidencia respecto de denuncias, por un mismo motivo, ocurridas en un plazo de tiempo breve.

6.- El pasado día 12 de abril de 2005, CINFA presentó, a su vez, Recurso de alzada frente a la mencionada resolución de la Sección Primera. CINFA interpone dicho recurso y alega que el Jurado ha estimado la denuncia interpuesta contra su compañía afirmando que no se ha acreditado, por un lado, que el controvertido descuento sea por volumen de compras, y por otro, que tal volumen de compras justifique tal descuento. Respecto a la primera de las cuestiones, CINFA entiende que si bien es cierta la inexistencia de un documento que acredite tal información, esto no tiene por qué significar que no nos encontremos ante un supuesto de descuento por volumen de compras. Además, reiterando lo señalado en el escrito de alegaciones de 5 de noviembre de 2004, la recurrente manifiesta que tal información se revela en la propia página web del GRUPO FM 40. En relación al segundo punto citado, CINFA señala que por motivos de confidencialidad no puede aportar tales datos, pero que si está autorizado para señalar que dicha entidad es uno de sus más importantes clientes, lo cual se refleja en el hecho de que durante 2004 dicho Grupo adquiriera un 38%

más de productos de CINFA que la media en España del resto de clientes.

En otro orden de cosas, contra lo dicho en el punto 6 de la resolución, la parte recurrente se reafirma en lo señalado en la alegación anterior respecto a la reseña expresa en la página web al volumen total de compras, y, además, afirma que tal descuento no se refiere al volumen de compras de un momento concreto, sino que se establece por el volumen de compras a lo largo del año anterior.

Por otro lado, CINFA discrepa de lo señalado por el Jurado en el punto 7 de la resolución recurrida. A su juicio, de conformidad con la Decisión nº 34 de Farmaindustria, entiende que el carácter habitual del descuento debe ser un elemento determinante a la hora de valorar las circunstancias de cada caso, y no al contrario, como así se pone de relieve en la resolución del Jurado.

Por último, la recurrente manifiesta que los conocimientos del Jurado se refieren a la publicidad, lo que implica que tal órgano no puede responder de manera rigurosa a las cuestiones que se plantean en esta controversia que versan sobre las prácticas comerciales del sector farmacéutico.

Por todo lo anteriormente expuesto, CINFA solicita al Pleno del Jurado que declare haber lugar a la estimación del Recurso de Alzada y que acuerde anular la resolución objeto del presente recurso y desestime la denuncia interpuesta por la USD contra CINFA.

7.- Habiéndose dado traslado del Recurso de Alzada a USD, ésta presentó escrito de impugnación del mismo, el día 20 de abril de 2005. En primer lugar, USD señala que CINFA, únicamente, se ha pronunciado respecto a los fundamentos 1º a 7º de la resolución recurrida, guardando silencio sobre el 8º que se refiere a la entrega gratuita de unidades de producto al GRUPO FM 40. Así, la USD alega que dicho silencio no hace otra cosa sino reconocer la realización de tal práctica, la cual resulta terminantemente prohibida tanto por el art. 10 del Código de

Buenas Prácticas, como por su Guía de desarrollo.

Ya, en base a los motivos expuestos de contrario, USD comparte en su integridad y hace suyos los criterios manifestados por la Sección Primera cuando dice que la parte reclamada ni ha acreditado que el descuento practicado lo haya sido en función del volumen de compras ni ha alegado ninguna circunstancia que justifique la aplicación de tal descuento. Además, USD manifiesta que la recurrente ha señalado que los descuentos en cuestión se llevaron a cabo sobre volúmenes referidos a años anteriores, práctica que no está permitida por el art. 10 del Código en cuestión.

Finalmente, dando por reproducido el contenido del recurso de alzada interpuesto el 8 de abril de 2005, USD alega que, en base al art. 18.1 del citado Código, existen motivos suficientes para calificar el incumplimiento en cuestión como una falta grave e imponer una sanción de importe superior al fijado en la resolución recurrida.

II.- FUNDAMENTOS DEONTOLÓGICOS.

1.- Tal y como se desprende de los antecedentes de hecho hasta aquí expuestos, la resolución de la Sección Primera del Jurado de 16 de marzo de 2005 ha sido objeto de dos recursos de alzada interpuestos, respectivamente, por CINFA y por USD.

2.- Entrando ya en el análisis del recurso planteado por CINFA, entiende el Pleno del Jurado conveniente comenzar recordando –como ya hiciera la resolución ahora recurrida- que una de las características específicas del régimen jurídico aplicable a la publicidad de los medicamentos consiste en la prohibición de incentivos a los profesionales implicados en el proceso de prescripción o dispensación de aquéllos. Esta prohibición se recoge, tanto en el Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio de 1994, sobre publicidad de los medicamentos de uso humano –en su artículo 17-, como en el propio Código de buenas prácticas para la promoción de los medicamentos de Farmaindustria. Según dispone el artículo 10 del Código de Farmaindustria –en términos similares a lo recogido en el Real Decreto 1416/1994-: “no

podrán otorgarse, ofrecerse o prometerse obsequios, ventajas pecuniarias o en especie a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración o al profesional administrativo para incentivar la prescripción, dispensación, suministro y administración de medicamentos, salvo que se trate de obsequios de poco valor y relacionados con la práctica de la medicina o la farmacia. Por lo tanto, es admisible la entrega de obsequios tales como utensilios de uso profesional en la práctica médica o farmacéutica o utensilios de despacho de valor insignificante”.

3.- Cabría igualmente recordar que, de conformidad con lo establecido en la Guía de desarrollo del Código de buenas prácticas para la promoción de los medicamentos de Farmaindustria, la prohibición de ofrecer incentivos encuentra una importante excepción: los descuentos por volumen de compra o por pronto pago. Según se dispone en la misma, “las bonificaciones en forma de entrega de unidades de producto gratuito y los descuentos (salvo el de pronto pago y los rappels por volumen global de compras) a distribuidores mayoristas u oficinas de farmacia, en la medida en que representan un incentivo a la dispensación de determinados medicamentos, suponen una infracción del Código”.

4.- Esta excepción, sin embargo, no reviste un carácter absoluto. Antes bien, estos descuentos (admisibles según las normas deontológicas de Farmaindustria) deben ser razonables en función de las circunstancias de cada caso. Y, en ausencia de un criterio fijo por parte de Farmaindustria en punto a los porcentajes de descuento que pueden ser considerados razonables (y, por ende, admisibles) corresponde al Jurado de Autocontrol determinar en cada caso si los descuentos practicados son lícitos. A este respecto, deberá tenerse en cuenta que la admisibilidad de los descuentos por volumen de compra constituye una excepción al principio general de prohibición de los incentivos; y, como tal excepción, deberá ser objeto de una interpretación restrictiva. También se deberá tener presente –en segundo término- que la excepción relativa a la licitud de los descuentos por volumen de compra no puede ser objeto de una aplicación

tan laxa y flexible que, en la práctica, frustrare los fines perseguidos por el legislador al establecer una prohibición general de los incentivos. Como ya recordara la Resolución ahora recurrida, los descuentos por volumen de compra pueden resultar admisibles en la medida en que, por sus características concretas, no se conviertan en la práctica en un incentivo que pueda ejercer una influencia excesiva sobre la decisión profesional de las personas implicadas en el ciclo de dispensación de los medicamentos.

5.- En definitiva dado el carácter excepcional de la regla que admite los descuentos por volúmenes de compra (en relación con la prohibición general de los incentivos) debe acreditarse ante el Jurado, en cada caso concreto, que existen circunstancias que justifican un determinado porcentaje de descuento. En lugar de fijar un porcentaje fijo admisible con carácter general (cuyo establecimiento correspondería en todo caso a Farmaindustria), el Jurado entiende que la admisibilidad del porcentaje de descuento aplicado debe examinarse caso por caso en relación con las circunstancias que lo rodeen. De forma que ha de ser el anunciante quien tenga que acreditar ante el Jurado las circunstancias concretas de carácter excepcional que, a su entender, justifican el porcentaje de descuento aplicado, en cada caso. A este respecto, el anunciante podrá invocar circunstancias tales como el volumen de compra exigido para acogerse al descuento, las escalas graduales de descuento aplicadas por el laboratorio en función de los distintos volúmenes de compra, las circunstancias excepcionales en las que se encuentra el beneficiario de los descuentos, etc. También podrá invocar, como es obvio, cualquier otra circunstancia adicional distinta de las antes mencionadas que haya sido tomada en consideración a la hora de determinar el porcentaje de descuento aplicado. Y, en todo caso, corresponderá al Jurado decidir, caso por caso, si las circunstancias invocadas y acreditadas por el laboratorio anunciante justifican el porcentaje de descuento aplicado.

6.- Sin embargo, ni en el procedimiento seguido ante la Sección Primera del Jurado, ni a través del recurso de alzada presentado por CINFA, se han

aportado datos o pruebas que pudieran ser valoradas positivamente por este Jurado para considerar que los descuentos aplicados eran conformes con lo establecido en la Guía de desarrollo del Código de Farmaindustria. La Sección Primera únicamente pudo valorar como elemento probatorio una tabla insertada en la página web de un distribuidor mayorista en la que, bajo el logotipo de CINFA, se podía leer "Tabla de bonificaciones" cuando el pedido se realiza en la modalidad "Transfer FM40", y "Tabla de condiciones en pedido directo a CINFA". En esta segunda tabla, bajo el título "Bonificación" se incluían descuentos de un 10, 20 ó 25%.

De este modo, CINFA sigue sin especificar cuál es el volumen de compra exigido para acogerse a los descuentos aplicados, tampoco aclara cuáles serían las escalas graduales de descuento aplicadas por el laboratorio en función de los distintos volúmenes de compra, ni cuáles serían las circunstancias que justificarían aquellos descuentos a favor de Grupo FM40. Circunstancias que, en el caso que nos ocupa, y dado los elevados porcentajes de descuento que se han llegado a aplicar, deberían ser absolutamente excepcionales, correspondiendo la prueba de la excepcionalidad a CINFA.

Sin embargo, los elementos de juicio con los que sí cuenta este Jurado a la hora de valorar la licitud de los descuentos aplicados - la citada página web-, en ningún momento hacen depender la aplicación de los correspondientes descuentos del volumen de compra alcanzado. Antes bien, la página web presenta descuentos lineales y desconectados del concreto volumen de compra que, en su caso, los habría justificado.

7.- En estas circunstancias, sólo cabe concluir que los descuentos objeto de análisis infringen la prohibición recogida en el art. 10 del Código de Buenas Prácticas para la promoción de los medicamentos de Farmaindustria.

8.- Tal y como se expuso al inicio de la presente resolución, frente a la resolución de la Sección Primera también ha interpuesto recurso la parte reclamante. A diferencia del recurso interpuesto por CINFA, sin embargo,

USD no combate el fondo de la resolución, sino sólo la cuantía de la sanción económica. Alega, a este respecto, que la reincidencia de CINFA en infracciones similares a las aquí examinadas justificaría la imposición de una sanción superior a la mínima prevista en el Código de buenas prácticas para la promoción de los medicamentos.

9.- Este recurso debe ser estimado. En efecto, consta en el expediente que existen ya diversas resoluciones de este Jurado en las que se declara la infracción por parte de CINFA del art. 10 del Código de Buenas Prácticas para la promoción de los medicamentos. Y no cabe olvidar que la reincidencia es una de las circunstancias que el citado Código obliga a valorar a la hora de calificar y graduar la correspondiente sanción. Por consiguiente, aun manteniendo la calificación de la infracción como leve, no procede la imposición de la sanción mínima prevista para este tipo de infracciones; antes bien, la reincidencia justifica la imposición de una sanción en su grado medio, que asciende en el caso que nos ocupa a 24.000 euros.

Frente a estas conclusiones, por lo demás, no cabe alegar –como pretende la recurrida– que las resoluciones recaídas frente a CINFA eran anteriores a la entrada en vigor de la Guía de desarrollo del Código de Farmaindustria. Como bien señala CINFA, es esta guía de desarrollo la que introduce la excepción relativa a los descuentos por volúmenes de compra. Pero esta excepción se introduce en relación con una prohibición de los descuentos y bonificaciones vigente, al menos, desde el año 1994. Al ser posteriores a esta fecha las resoluciones invocadas por la USD, debe afirmarse la existencia de reincidencia en la práctica de bonificaciones y descuentos no admisibles.

Por las razones expuestas, el Pleno del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial,

ACUERDA

1º.- Desestimar el recurso de alzada interpuesto por Laboratorios Cinfa, S.A. frente a la resolución de la Sección Primera del Jurado de 16 de marzo de 2005.

2º.- Estimar el recurso de alzada interpuesto por la Unidad de Supervisión Deontológica de Farmaindustria frente a la resolución de la Sección Primera del Jurado de 16 de marzo de 2005.

3º.- Imponer a Laboratorios Cinfa S.A., por aplicación del art. 18 del Código de Buenas Prácticas para la promoción de los medicamentos de Farmaindustria, una sanción económica de 24.000 euros.

4º.- Imponer a Laboratorios Cinfa S.A., por aplicación del art. 18.6 del Código de Buenas Prácticas para la promoción de los medicamentos de Farmaindustria, el pago íntegro de las tasas vinculadas a la tramitación de los dos recursos de alzada que han dado origen a la presente resolución, conforme a las tarifas vigentes aprobadas por los órganos directivos de Autocontrol.