



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

RESOLUCIONES DEL JURADO DE LA PUBLICIDAD

RECURSO DE ALZADA DE LABORATORIOS FRANCISCO DURBÁN, S.A.

vs.

RESOLUCIÓN SECCIÓN PRIMERA DE 16 DE MARZO DE 2005

(ASUNTO: UNIDAD DE SUPERVISIÓN DEONTOLÓGICA DE FARMAINDUSTRIA vs. LABORATORIOS FRANCISCO DURBÁN, S.A. - "INCENTIVOS")

RESUMEN:

El Pleno del Jurado de la Publicidad ha resuelto en fecha 12 de Mayo de 2005, el Recurso de Alzada presentado por Laboratorios Francisco Durbán, S.A. contra la Resolución de la Sección Primera del Jurado de 16 de Marzo de 2005.

En concreto, el objeto de debate es la resolución de la Sección Primera del Jurado de 16 de Marzo de 2005, en la cual, el Jurado estimó la reclamación presentada por Unidad de Supervisión Deontológica de Farmaindustria por entender que la práctica de incentivos reclamada infringe el artículo 10 del Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de Medicamentos (en lo sucesivo el Código de Buenas Prácticas).

Con fecha 7 de Abril de 2005, Laboratorios Francisco Durbán, S.A. (en lo sucesivo Laboratorios Durbán) presentó recurso de alzada contra la citada resolución. Según afirmó la recurrente, el objeto de la denuncia constituye una práctica comercial habitual en el sector desde mucho antes de la entrada en vigor de la disposición supuestamente infringida. Asimismo, rechazó que le pudiese ser de aplicación lo dispuesto en el Código de Buenas Prácticas por cuanto se ha dado de baja de la Organización Farmaindustria. También indicó que en uso de las facultades que le confieren los principios rectores que regulan la libertad de mercado y empresa, realiza descuentos comerciales o rappels, respecto de los productos que fabrica, con el ánimo de incentivar su adquisición por parte de los almacenistas a los que se le facilitan, sin que ello suponga un incentivo para que sean recetados o dispensados por los profesionales de la medicina.

Por último, la recurrente no aceptó la legitimidad de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, ya que según afirmó, no existe obligación legal y/o convencional de someterse a su criterio, ni ha sido en modo alguno, aceptada por Laboratorios Durbán como posible órgano de arbitraje.

La recurrente solicitó la admisión a trámite del recurso de alzada, y, en su virtud se desestime íntegramente la resolución adoptada por la Sección Primera del Jurado.

El Jurado, en su resolución, consideró que la baja de Laboratorios Durbán no era obstáculo para entrar a dirimir en el asunto planteado toda vez que las prácticas tuvieron lugar con anterioridad a aquella baja. Asimismo, consideró que la entrega a las oficinas de farmacias de ciertas unidades gratuitas de producto en función del volumen de compra constituye una ventaja o incentivo que infringe la prohibición que recoge el Art.- 10 del mismo Código.

Por último, con respecto a la alegación del recurrente referente a que las bonificaciones practicadas resultarían permitidas por el Código de Buenas Prácticas y su Guía de Desarrollo, el Pleno consideró que no tenía necesidad de pronunciarse expresamente sobre el ámbito de aplicación de aquella excepción ya que esta excepción debe ser

objeto de una interpretación restrictiva y, ha de ser la empresa reclamada la que alegue y pruebe las razones que justifican la aplicación de los descuentos. Pues bien, según el Pleno, la entidad reclamada no ha probado las circunstancias que justificarían la aplicación de estos incentivos ni ha ofrecido razón alguna que permita explicar la aplicación de descuentos tan elevados que en ocasiones llegan al 50%.

En consecuencia, el Pleno del Jurado de Autocontrol desestimó el recurso de alzada interpuesto por Laboratorios Francisco Durbán, S.A. frente a la resolución de la Sección Primera del Jurado de 16 de Marzo de 2005.

TEXTO COMPLETO DEL RECURSO DE ALZADA:

**LABORATORIOS FRANCISCO DURBÁN,
S.A.
vs.
RESOLUCIÓN SECCIÓN PRIMERA DE 16
DE MARZO DE 2005**

**(Asunto: Unidad de Supervisión
Deontológica de Farmaindustria vs.
Laboratorios Francisco Durbán, S.A. -
“Incentivos”)**

En Madrid, a 12 de Mayo de 2005, reunido el Pleno del Jurado de la Publicidad de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol), presidido D. Carlos Fernández-Nóvoa, para el análisis y resolución del recurso de alzada presentado por Laboratorios Francisco Durbán, S.A. contra la Resolución de la Sección Primera del Jurado, 16 de marzo de 2005, emite la siguiente

RESOLUCIÓN

I.- Antecedentes de hecho.

1.- Mediante escrito de 8 de febrero de 2005, la Comisión Deontológica de Farmaindustria dio traslado a Autocontrol, de la reclamación presentada por la Unidad de Supervisión Deontológica de aquella entidad (USD) contra Laboratorios Durbán, S.A. (en lo sucesivo, LABORATORIOS DURBAN), por la práctica de incentivos.

2.- Se da por reproducida la descripción de la práctica de incentivos así como las alegaciones de las partes tales como están recogidas en la Resolución de la Sección Primera del Jurado, del pasado 16 de marzo de 2005.

3.- La Sección Primera del Jurado, estimó la reclamación presentada por la USD contra la práctica de incentivos de la que es responsable LABORATORIOS DURBAN, por entender que se infringe el artículo 10 del Código Español de Buenas Prácticas para la promoción de los medicamentos.

4.- Con fecha 7 de abril de 2005, LABORATORIOS DURBAN presentó recurso de alzada contra la citada resolución rechazando que se esté conculcando el precepto deontológico aludido ya que el objeto de la denuncia constituye una práctica comercial habitual en el sector desde mucho antes de la entrada en vigor de la disposición supuestamente infringida. Tampoco acepta que le pueda ser de aplicación lo dispuesto en el Código de Buenas Prácticas por cuanto se ha dado de baja de la Organización Farmaindustria. LABORATORIOS DURBAN niega haber efectuado publicidad de sus productos tal y como aparece en la fotocopia del catálogo aceptada como prueba. Por ello, alega la recurrente, es imposible pretender que se sancione una actitud que nunca se ha producido.

El recurrente indica que, en uso de las facultades que le confieren los principios rectores que regulan la libertad de mercado y empresa, realiza descuentos comerciales o rappels, como la propia Guía de Desarrollo autoriza, respecto de los productos que fabrica, con el ánimo de incentivar su adquisición por parte de los almacenistas a los que se le facilitan, sin que ello suponga un incentivo para que sean recetados o dispensados por los profesionales de la medicina a los que corresponde tal función.

Por último, la recurrente no acepta la legitimidad de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, ya que afirma que no existe obligación legal y/o convencional de

someterse a su criterio, ni ha sido en modo alguno, aceptada por LABORATORIOS DURBAN como posible órgano de arbitraje.

En virtud de todo lo anterior, la recurrente solicita se admita a trámite el recurso de alzada y, en su virtud se desestime íntegramente la resolución adoptada por la Sección Primera del Jurado.

5.- Trasladado el recurso de alzada a la parte reclamante, ésta presentó escrito de impugnación del Recurso de Alzada. En dicho escrito la USD afirma que los principios de libertad de empresa y de mercado, no pueden analizarse separadamente del principio de libre competencia que garantiza la competencia en condiciones de igualdad, además de aportar la protección necesaria a los consumidores y usuarios. La USD afirma que la libertad de empresa no es un valor absoluto, ya que ello equivaldría a permitir a los empresarios, en ejercicio de dicha libertad, u otorgarles legitimidad para realizar cualquier tipo de conducta para el buen fin de su negocio.

La USD indica que es cierto que la Guía de Desarrollo permite los descuentos comerciales sobre compras; pero, no es el caso de LABORATORIOS DURBAN, ya que su conducta ha sido la de conceder bonificaciones en forma de entrega de unidades de producto gratuito (bajo las modalidades 1+1, 2+1, 3+1 y otras) siendo que, en el caso concreto la Guía, prohíbe las bonificaciones a distribuidores mayoristas u oficinas de farmacia, y no sólo a los profesionales médicos.

Con respecto a las pretendidas afirmaciones sobre la supuesta vulneración por parte de la USD del derecho a la libre empresa, ésta última alega que en ningún momento han pretendido vulnerar dicho derecho y niegan tajantemente esa afirmación indicando que sus actuaciones, en defensa de las disposiciones del Código, se hallan fundamentadas en el Art. 7.4 del título segundo del Reglamento de los Órganos de Control del Código de Buenas Prácticas.

Por otra parte, la USD considera que el efecto vinculante de las normas del Código, hace que los miembros de FARMAINDUSTRIA deban responder ante el Jurado de Autocontrol por aquellas conductas contrarias a dicho Código que hubieran llevado a cabo en su condición de miembros de la asociación. Asimismo, la referencia para determinar la posible responsabilidad de LABORATORIOS DURBAN debe localizarse en el momento en que se realizaron las prácticas denunciadas.

Al parecer de la reclamante, LABORATORIOS DURBAN ha procedido con mala fe e intencionalidad, ya que ha actuado en contra de las disposiciones del Código de manera premeditada creyendo que una vez producida la denuncia, podría quedar exento de responsabilidad mediante la tramitación de su baja de la asociación.

La USD continúa alegando que el Jurado al referirse a la publicidad reclamada, habla de la actividad promocional ilícita realizada por LABORATORIOS DURBAN consistente en la entrega gratuita de unidades de producto; y recuerda al recurrente que se ha suscrito un acuerdo entre Autocontrol y Farmaindustria por el cual, el Jurado de Autocontrol se convierte en el órgano de resolución de controversias, y por tanto, sus miembros quedan vinculados.

En virtud de lo anterior, la USD solicita que sea admitido el escrito de impugnación y que se dicte resolución por la que se desestime en su integridad el Recurso de Alzada presentado por LABORATORIOS DURBAN contra la resolución de la Sección Primera del Jurado de la Publicidad manteniendo la totalidad de sus pronunciamientos.

II.- FUNDAMENTOS DEONTOLÓGICOS.

1.- Con carácter previo a la resolución del recurso planteado, el Pleno comparte en su integridad y hace suyos los criterios manifestados por la Sección Primera en relación a la baja de los Laboratorios reclamados en Farmaindustria. Así entendemos que dicha baja no es obstáculo para que este Jurado entre a dirimir en el asunto planteado, toda vez que tanto las prácticas promocionales denunciadas como la

propia reclamación que ha dado origen al presente procedimiento han tenido lugar con anterioridad a aquella baja y, por lo tanto, cuando la recurrente se encontraba todavía vinculada por el Código de buenas prácticas para la promoción de los medicamentos y por el mecanismo de resolución extrajudicial de controversias que en aquél se recoge.

2.- Por otra parte, este Pleno, se reitera en las aseveraciones de la Sección Primera, considerando que queda acreditado por el simple examen de la promoción cuestionada, que la parte reclamada entrega a las oficinas de farmacia ciertas unidades gratuitas de producto en función del volumen de compra efectuado por la oficina de farmacia. Es más, los llamados “Catálogos de Bonificaciones”, tal y como se describen en los antecedentes del presente procedimiento, avalan las interpretaciones de la Sección, en su momento, y de este Pleno, ahora.

3.- Así las cosas, es obvio que la práctica de descuentos en especie (a través de la entrega gratuita de unidades adicionales del producto adquirido) constituye una ventaja o incentivo que infringe la prohibición que recoge el artículo 10 del Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de los Medicamentos. Bajo el rótulo “Incentivos”, este precepto establece lo siguiente: “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 personal 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”.

4.- Frente a esta conclusión, la parte recurrente alega que los descuentos en especie practicados, aún cuando constituyesen un incentivo o ventaja en el sentido del art. 10, no infringirían este precepto, pues se dirigían exclusivamente a almacenes mayoristas, y no directamente a las oficinas de farmacia. Este argumento, sin

embargo, debe ser desestimado, toda vez que entra en clara contradicción con el propio tenor literal del Código de Buenas Prácticas para la promoción de los medicamentos y de su Guía de desarrollo, que prohíben expresamente la práctica de bonificaciones o incentivos, no sólo cuando ésta se dirige a médicos o farmacéuticos, sino también cuando se dirige a los almacenes mayoristas.

5.- Alega también la parte recurrente que las bonificaciones practicadas (en forma de unidades de entrega gratuita de producto) resultarían permitidas por el Código de Buenas Prácticas para la promoción de los medicamentos y por su Guía de desarrollo, toda vez que ambos documentos admiten los descuentos por volúmenes de compra. Alega la parte recurrida, en cambio, que la excepción relativa a los descuentos por volúmenes de compra resultaría sólo aplicable a los descuentos, y no a una práctica como la denunciada, consistente en la entrega de unidades gratuitas de producto. Sin embargo, el Pleno no tiene en este momento necesidad de pronunciarse expresamente sobre el ámbito de aplicación de aquella excepción. Como ya se ha expuesto en otras ocasiones, la excepción relativa a los descuentos por volúmenes de compra, dado su carácter excepcional respecto de la prohibición general de los incentivos y bonificaciones, debe ser objeto de una interpretación restrictiva. De suerte que ha de ser la empresa reclamada la que, en cada caso, alegue y pruebe las razones que justifican la aplicación de los descuentos. Y caso por caso también, y atendiendo a las circunstancias que lo rodean, el Jurado ha de decidir si las causas alegadas justifican el importe de descuento practicado. Pues bien, en el caso que nos ocupa, la entidad reclamada se ha limitado a alegar que los incentivos practicados obedecerían al volumen de compra, pero ni ha probado las circunstancias que justificarían la aplicación de estos incentivos (volumen de compra exigido, escalas graduales aplicables, etc.) ni ha ofrecido razón alguna que permita explicar la aplicación de descuentos tan elevados que en ocasiones llegan al 50% (caso de la entrega de una unidad gratuita de producto por la compra de otra, 1+1). Es más, la alegación de la recurrente choca con el propio análisis de la publicidad enjuiciada, en la que no se exige ningún volumen de compra para acogerse a

RESOLUCIONES DEL JURADO DE LA PUBLICIDAD

los incentivos que se difunden, que, bien miradas las cosas, se ofrecen con carácter general.

Por las razones antes expuestas, el Pleno del Jurado de Autocontrol de la Publicidad,

ACUERDA

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

2º.- Imponer a Laboratorios Francisco Durbán, S.A., por aplicación del art. 18.6 del Código de Buenas Prácticas para la promoción de los medicamentos, el pago íntegro de las tasas devengadas por la tramitación del recurso de alzada interpuesto por aquella entidad frente a la resolución de 16 de marzo de 2005, conforme a las tarifas vigentes aprobadas por los órganos directivos de Autocontrol.