

ASUNTO Nº: 177/R/OCTUBRE 2017
Recurso de alzada Bayer Hispania, S.L. Vs.
Resolución de la Sección Primera de 8 de noviembre de 2017
(Asunto: “CD PS 7/17 Actividad Promocional Xarelto”)

En Madrid a 5 de diciembre de 2017, reunido el Pleno del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidido por José Antonio Gómez Segade, para el estudio y resolución del recurso de alzada presentado por Bayer Hispania, S.L. contra la resolución de la Sección Primera de 8 de noviembre de 2017, emite la siguiente,

RESOLUCIÓN

I.- Antecedentes de hecho.

1.- El pasado día 8 de septiembre la Unidad de Supervisión Deontológica de Farmaindustria (en adelante, “**USD**”) presentó una reclamación ante la Comisión Deontológica de Farmaindustria contra una actividad de la que es responsable la compañía Bayer Hispania, S.L. (en adelante, “**Bayer**”).

2.- Se da por reproducida la actividad reclamada así como los argumentos esgrimidos por las partes, tal y como se recogen en la resolución de la Sección Primera del Jurado de 8 de noviembre de 2017 (en adelante, la “**Resolución**”).

3.- Mediante la citada Resolución, la Sección Primera del Jurado de la Publicidad acordó estimar parcialmente la reclamación presentada declarando que la actividad reclamada infringía los artículos 1.2 y 5.1 del Código de Buenas Prácticas de la Industria Farmacéutica (en lo sucesivo “**Código de Farmaindustria**”).

4.- El 20 de noviembre de 2017 Bayer interpuso recurso de alzada frente a la Resolución, al no encontrarse conforme con su contenido. Sus argumentos pueden resumirse de la forma que se describe a continuación.

Partiendo de la base de que el Código de Farmaindustria no impide la instalación de un stand en el marco de un Congreso científico para informar sobre los estudios e investigaciones de un laboratorio, Bayer aduce que la envergadura de las cautelas exigidas en la Resolución a fin de evitar la vinculación entre el medicamento Xarelto y el estudio Compass va más allá de lo que la normativa deontológica aplicable prevé, al exigir una suerte de obrar positivo a los laboratorios a efectos de vedar toda posible conexión directa o indirecta entre un medicamento promocionado y una información científica relevante, lo cual llevaría, desde un punto de vista práctico, al desarrollo de normas reglamentarias relativas a la distancia obligatoria entre stands promocionales e informativos, reglas cromáticas sobre denominaciones comerciales de medicamento y estudios o reglas de tamaños de cartelería.



A juicio de Bayer, éste no es el sentido y alcance la normativa vigente, sino que la misma pivota sobre la forma y el fondo de los mensajes y contenidos difundidos, de modo que lo que determina la naturaleza informativa de un stand es la forma y el fondo en los materiales e informaciones que allí se ofrecen, lo que se traduce en una exquisitez en cuando al contenido de los materiales e informaciones divulgados en el stand y en no incluir en estos materiales o soportes mensajes o elementos que lleven a creer a los profesionales sanitarios que se está promocionando el medicamento para indicaciones no autorizadas.

La recurrente señala que la Resolución omite realizar este análisis de fondo y se centra en aspectos meramente tangenciales y circunstanciales al concluir que la actividad realizada en el stand Compass supone una publicidad del medicamento Xarelto fuera de ficha por considerar insuficientes las cautelas tomadas por Bayer, destacando: (i) una asociación cromática entre el nombre del estudio y el nombre del medicamento, (ii) una insuficiente distancia de separación entre el stand informativo de Compass y el stand de Xarelto y (iii) un escaso tamaño de los soportes que permiten la identificación del carácter informativo del stand Compass. La concurrencia de dichos elementos es negada por Bayer alegando que (i) la utilización de una gama de color rosa similar en una ínfima parte del logo de Xarelto y en una letra del nombre Compass no tiene virtualidad alguna para generar una conexión entre ambas palabras e incidir en la conducta de realización de publicidad de indicaciones fuera de ficha; (ii) es práctica habitual en el sector que dentro del stand promocional del medicamento, de forma separada e identificada como información médica, se ofrezca información relativa a avances científicos, de manera que no tiene sentido que sea reprochable hacerlo en un stand completamente separado del stand comercial del medicamento; y (iii) Bayer incluyó la mención “Medical Information” perfectamente legible y visualizable por los médicos nada más acceder al stand Compass, de modo que la naturaleza del mismo ya quedaba señalada.

En lo que respecta a la insuficiencia probatoria de Bayer sobre las actividades desarrolladas en el stand Compass y la información allí entregada señalada en la Resolución, la recurrente alega que, en lo que respecta al estudio Compass, el mismo no fue difundido en el stand por una imposibilidad fáctica en la medida en que fue publicado oficialmente el mismo día que empezó el Congreso. No obstante, los resultados del mismo estaban disponibles en la presentación realizada por el Dr. John Eikelboom en una ponencia realizada en el marco del programa oficial del Congreso. Respecto al resto de materiales, señala que no fueron aportados en el escrito de oposición a la denuncia porque se trataba de materiales inocuos, relativos todos ellos a patología.

Por último, Bayer aporta resolución administrativa dictada por la Sección de Vigilancia y Publicidad de los Medicamentos adscrita a la Dirección General de Ordenación y Calidad Farmacéuticas del Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya, emitida el 3 de noviembre de 2017, en la que se confirma la adecuación y corrección de los materiales y mensajes relativos a los stands de Bayer en el Congreso y se afirma dicha información es de interés científico para los profesionales asistentes. Bayer señala que la misma debe admitirse de conformidad con el artículo 20.4 del Reglamento del Jurado, en la medida en que no pudo practicarse ante la Sección por razones temporales.

5.-Trasladado el recurso de alzada a la USD, esta compañía ha presentado escrito de impugnación en plazo en el que rechaza íntegramente las alegaciones manifestadas por Bayer en el recurso de alzada.

En primer lugar, ratifica los argumentos esgrimidos en el escrito de Reclamación, y, acatando la Resolución en lo que atañe a la actividad del Fotomatón situado en el stand de Xarelto, pregunta al Pleno sobre su parecer sobre esta actividad a través de la formulación de tres preguntas.

En segundo lugar, respecto a la actividad realizada en la “Medical área” del stand Compass, a nivel formal, destaca que la intencionalidad de Bayer de promocionar indicaciones no autorizadas en la ficha técnica del medicamento Xarelto se manifiesta en: (i) la velada e intencionada ocultación de que se trataba de un espacio contratado por Bayer; (ii) la promoción, sin limitarse a la mera información, del estudio Compass; y (iii) la promoción indirecta y encubierta del medicamento toda vez que la mera referencia al estudio Compass constituye una referencia directa a rivaroxaban (Xarelto) y, en consecuencia, a indicaciones pendientes de autorización. Dicha actividad, añade, es manifiestamente incongruente y contradictoria con la llevada a cabo en la “Medical Area” del stand Xarelto donde prevalecían los elementos corporativos, las referencias al laboratorio eran claras y estaba claramente diferenciada de la zona promocional del stand.

En lo referente al fondo y contenido de los mensajes difundidos en el stand Compass, la USD señala que no puede pronunciarse respecto al carácter puramente informativo de los materiales y mensajes proporcionados en la medida en que Bayer no ha aportado evidencias suficientes que acrediten que los materiales y mensajes aportados fueron reproducidos de manera literal, exacta, completa, objetiva, honesta, etc. a como los mismos fueron publicados en las fuentes científicas de reconocido prestigio. No obstante, para determinar el carácter informativo o promocional de una determinada actividad, es necesario e imprescindible valorar en su conjunto todos y cada uno de los elementos de dicha actividad, tanto formales como de fondo.

Por otro lado, la USD señala que de la consulta nº 8 del Anexo III del Código de Farmaindustria cabe extraer que para que una actividad se considere información, debe realizarse en la parte oficial del congreso bajo la supervisión de la sociedad científica de prestigio organizadora y los datos han de difundirse de forma íntegra, sin modificaciones ni añadidos. Dicha consulta habla expresamente de los “simposios satélites o presentaciones contratadas por los laboratorios” como actividades sometidas a la supervisión y control previo por parte de las sociedades científicas organizadoras, calificándolas como actividades promocionales salvo que se demuestre que los mensajes y contenidos difundidos son puramente informativos tanto en su forma como en el fondo, sin ningún sesgo o modificación. Concluye la USD que si dichos requisitos son exigibles a una actividad para la que existe un control previo por parte de la sociedad científica organizadora del congreso, qué menos cabría exigir para la actividad objeto del presente recurso en la que hay un stand que, aparte de ser intrínsecamente promocional, no hay control o supervisión previa. Afirma que los requisitos y medidas a cumplir son conocidos por Bayer toda vez que cumplió con ellos en la denominada “Medical Area” situada en el stand Xarelto.

Finalmente, respecto al documento de la Generalitat aportado por Bayer, sostiene que dicho documento no otorga mérito alguno ya que, de acuerdo con la Guía para la Publicidad de Medicamentos de Uso Humano, es obligación del laboratorio comunicar el patrocinio de una reunión antes de su inicio. Asimismo, dicha actividad igualmente habría vulnerado la Guía en la medida en que no se advirtió ni previó de manera continua, perdurable y legible que en el stand se proporcionaba información sobre indicaciones que carecen de la preceptiva autorización de comercialización. A ello se le suma el hecho de que Bayer no ha aportado los materiales remitidos a las autoridades sanitarias para su revisión. Por todo ello, y por la extemporaneidad de la

aportación al presente procedimiento de dicha documentación, solicita al Pleno que inadmita como medio de prueba el citado documento.

Por último, la USD también solicita una revisión de la calificación de la infracción y de la graduación de la sanción impuestas a Bayer en la resolución de instancia.

II.- Fundamentos deontológicos.

1.- Con carácter previo a cualquier análisis sobre el fondo de las distintas cuestiones planteadas, este Pleno debe delimitar con la mayor precisión posible el objeto de la presente resolución de alzada. A estos efectos, procede comenzar recordando que fueron dos los extremos objeto de la reclamación inicial: en primer lugar, la actividad consistente en la instalación de un fotomatón en el stand de Xarelto, el cual permitía a los asistentes al Congreso realizarse determinadas fotografías; y, en segundo lugar, la instalación de un stand destinado a difundir el estudio Compass y sus resultados. La reclamación así presentada por la USD fue objeto de estimación parcial, de forma que se estimó la reclamación frente a la instalación del stand destinado a difundir el estudio Compass y sus resultados, y se desestimó en lo relativo a la instalación de un fotomatón en el stand de Xarelto.

La resolución de instancia, por lo demás, sólo ha sido objeto de recurso por parte de Bayer, que impugna –lógicamente- aquellos extremos de la resolución que estimaron la reclamación en relación con la instalación de un stand destinado a difundir el estudio Compass y sus resultados. En cambio, la USD no ha presentado recurso de alzada, ni frente a aquella parte de la resolución que desestima su reclamación en relación con la instalación de un fotomatón, ni en relación con el criterio seguido por la Sección en relación con la calificación de la infracción y la graduación de la correspondiente sanción.

Por consiguiente, dichos pronunciamientos han adquirido firmeza. En consecuencia, no forman parte del objeto de la presente resolución, ni debe el Pleno realizar consideración alguna en relación con los mismos. Así pues, procede rechazar las peticiones de la USD por las que solicita al Pleno que refleje su opinión sobre el fotomatón y revise también la calificación de la infracción y la graduación de la sanción. Como hemos dicho, en la medida en que estos pronunciamientos no han sido objeto de recurso, no pueden ni deben formar parte del objeto de la presente resolución.

2.- Así delimitado el objeto de la presente resolución, desea el Pleno comenzarla mostrando su total adhesión al pronunciamiento de la Sección sobre el necesario equilibrio que debe mantenerse entre el derecho de los laboratorios a difundir información científica (incluso a través de la instalación de stands en congresos) y la prohibición de realizar publicidad de medicamentos fuera de las indicaciones que aquellos tienen autorizadas en su ficha técnica. Por consiguiente, el Pleno del Jurado suscribe y se adhiere a la resolución de instancia cuando en ella se afirma que, de las distintas normas deontológicas aplicables “pueden extraerse las siguientes conclusiones: a) El Código de Farmaindustria reconoce expresamente la posibilidad de intercambiar información médica y científica; b) En casos como el que nos ocupa, este reconocimiento –tal y como se aclara explícitamente en la consulta número 8 del anexo III del Código- implica la posibilidad de que los laboratorios informen de modo equilibrado sobre sus líneas de investigación con ocasión de un

congreso científico; c) Ahora bien, esta posibilidad –la de informar de modo equilibrado sobre sus líneas de investigación con ocasión de un congreso científico- no ha de ser utilizada de forma que conduzca a una promoción directa o indirecta de un medicamento para indicaciones que no se encuentran reconocidas en su ficha técnica. Las conclusiones anteriores, por lo demás, nos permiten afirmar que, en principio, el Código de Farmaindustria y sus anexos (en particular la consulta número 8 del Anexo III) no impiden en su redacción actual que un laboratorio instale un stand en el marco de un congreso científico con el fin de, en dicho stand, informar sobre sus investigaciones y estudios. Ahora bien, esta posibilidad debe ser utilizada con ciertas cautelas. Así, con el fin de evitar que el stand pueda ser percibido como promoción (directa o indirecta) de un medicamento para indicaciones no reconocidas en su ficha técnica, han de adoptarse todas las medidas necesarias para que el carácter meramente informativo y no publicitario del stand sea patente e inequívoco para los asistentes del congreso. Asimismo, deben adoptarse también las cautelas necesarias para evitar que los asistentes al congreso puedan trazar una conexión directa o indirecta entre el stand destinado a la difusión de información científica y aquellos otros stands o localizaciones del congreso destinados a la promoción de sus medicamentos. Por último, corresponderá al laboratorio –de conformidad con lo previsto en la consulta número 8 del anexo III del Código de Farmaindustria- la aportación de prueba suficiente tendente a acreditar que en las actividades que se han desarrollado en el stand ha predominado en todo momento un carácter eminentemente informativo y científico”.

3.- Una vez llegados a este punto, debemos recordar que, para la Sección, las cautelas a las que se acaba de hacer referencia no fueron debidamente respetadas en el caso que nos ocupa, por lo que la instalación de un stand sobre el estudio Compass y sus resultados devino en un supuesto de publicidad de un medicamento para indicaciones que no tiene reconocidas en su ficha técnica. En particular, fueron cuatro las circunstancias que llevaron a la Sección a alcanzar esta conclusión. Así, entendió la Sección: a) Que el carácter informativo del stand no se revelaba de manera suficiente; b) Que, al ubicar el stand de Compass en la misma zona donde se ubica el stand dedicado a la promoción de Xarelto, y separarlos únicamente por un pasillo y una denominada área médica, se puede fácilmente generar la impresión de que todo ello (stand del medicamento, stand de compass y área médica) forman una unidad vinculada a un único laboratorio, vinculándose así el stand dedicado a difundir información científica sobre el estudio Compass con el stand dedicado a la promoción de Xarelto; c) Que entre el stand de Xarelto y el stand dedicado al estudio Compass se producían ciertas coincidencias cromáticas; d) Que el laboratorio reclamado (a quien incumbe la carga de la prueba) no ha aportado prueba suficiente sobre el tipo de actividades que se desarrollaban en el stand de Compass ni sobre el tipo de información que allí se proporcionaba.

Pues bien, en su recurso de alzada Bayer formula objeciones frente a estas cuatro valoraciones. A continuación, y en aras de una mayor claridad, analizaremos por separado las distintas objeciones formuladas por la recurrente.

4.- Como avanzábamos, la primera circunstancia a la que atendió la Sección para alcanzar sus conclusiones fue la insuficiencia con la que se revelaba el carácter informativo del stand. Sostuvo a este respecto la Sección que “las fotografías aportadas por la parte reclamada permiten apreciar que el carácter informativo del stand sólo se revelaba –de forma absolutamente insuficiente- a través de una leyenda (Medical Information) de escaso tamaño y relevancia ubicada en un mostrador a la entrada del stand”.

El Pleno suscribe íntegramente esta apreciación, y entiende que ninguna de las objeciones que formula Bayer frente a la misma en su escrito de recurso deben prosperar.

En efecto, afirma Bayer –en primer lugar- que el hecho de que la leyenda “medical information” fuese pequeña no es relevante, pues lo relevante es el tipo de información que se proporcionaba en el stand, y ésta revelaba que era claramente informativo. El Pleno no puede suscribir esta apreciación. Bajo nuestro punto de vista, las cautelas que debe adoptar el anunciante para evitar que aquellos stands que se difundan con el fin de difundir información científica puedan ser percibidos como actividades publicitarias para la promoción de un medicamento no se cubren de manera suficiente cuando, para apreciar el carácter meramente científico e informativo del stand, los asistentes al congreso deben acceder al mismo y verificar el tipo de información que en el mismo se proporciona. Antes bien, el carácter informativo y científico del stand debe ser evidente *ab initio* para los asistentes al congreso.

Frente a las apreciaciones de la Sección tampoco cabe argumentar –como pretende la recurrente- que la relevancia dada en el marco del Congreso al estudio Compass contribuía a percibir el carácter informativo y científico de un stand precisamente destinado a difundir los resultados del citado estudio. Bajo nuestro punto de vista, el hecho de que un estudio sea objeto de tratamiento en un determinado congreso no impide que los asistentes al mismo perciban que un stand instalado en el mismo congreso por un laboratorio para difundir el citado estudio, por las circunstancias que en él concurren, persigue promocionar un medicamento del laboratorio para nuevas indicaciones terapéuticas reflejadas en el citado estudio. Dicho con otros términos, el tratamiento del estudio en las sesiones científicas de un congreso no es incompatible con el hecho de que un stand instalado por un laboratorio en el mismo congreso para difundir los resultados del estudio, por las circunstancias que lo rodean y lo caracterizan, sea percibido por los asistentes al congreso como un stand promocional encaminado a promocionar un determinado medicamento afectado por aquel estudio.

Una última objeción planteada por Bayer –en relación con la apreciación de la Sección sobre la insuficiencia con la que se revelaba el carácter informativo de la Sección- alude a la proximidad del stand de Compass con la denominada Área Médica. Según Bayer, al estar el área médica dedicada a proporcionar información sobre enfermedades cardiovasculares, el stand sería percibido como continuación de ésta.

Sin embargo, siguiendo el mismo criterio, dado que el área médica era continuación del stand promocional, todo podría ser percibido como una única zona, que es precisamente lo que dice la resolución.

En efecto, este Pleno no niega que el stand de Compass y la denominada Área Médica pudiesen ser percibidas como una única zona. Pero, siendo esto así, también formaría parte de esa zona el stand promocional de Xarelto. No hay que olvidar que, según las pruebas que han sido aportadas, el Área Médica se ubicaba entre el stand de Xarelto y el stand dedicado a difundir el estudio Compass. Por consiguiente, si para los asistentes al Congreso el Área Médica y el stand de Compass formaban una única zona, de dicha zona también formaría parte el stand dedicado a la promoción de Xarelto. De esta forma, y como apreció la Sección en la resolución recurrida, la disposición de la denominada “Medical Area” y de los stands podía “fácilmente generar la impresión de que todo ello (stand del medicamento, stand de compass y área médica) forman una unidad

vinculada a un único laboratorio, vinculándose así el stand dedicado a difundir información científica sobre el estudio Compass con el stand dedicado a la promoción de Xarelto”.

5.- Precisamente, la ubicación y disposición de los stands fue la segunda circunstancia a la que atendió la Sección para alcanzar sus conclusiones. Los razonamientos de la Sección a este respecto fueron los siguientes: “en el congreso donde se instaló el stand destinado a difundir el estudio Compass también se incluyó un stand promocional del medicamento Xarelto, del que es responsable la reclamada. Sin embargo, no se adoptaron cautelas suficientes que garantizaran una clara, nítida e inequívoca separación entre ambos, de modo que en ningún caso pudiesen ser asociados o vinculados. En este sentido, es cierto que entre el stand de Xarelto y el stand de Compass –tal y como ha acreditado la parte reclamada- mediaba una denominada área médica y un pasillo. Mas no es menos cierto que dichos elementos por si solos son claramente insuficientes para impedir generar la impresión de que ambos stands se ubican en una misma área sin solución de continuidad. Dicho con otras palabras, al ubicar el stand de Compass en la misma zona donde se ubica el stand dedicado a la promoción de Xarelto, y separarlos únicamente por un pasillo y una denominada área médica, se puede fácilmente generar la impresión de que todo ello (stand del medicamento, stand de compass y área médica) forman una unidad vinculada a un único laboratorio, vinculándose así el stand dedicado a difundir información científica sobre el estudio Compass con el stand dedicado a la promoción de Xarelto”.

Frente a este razonamiento se alza Bayer alegando, en primer término, que a la hora de valorar el carácter informativo o publicitario del stand de Compass, lo realmente relevante es la forma y el fondo de los materiales que allí se difundían, y no su ubicación. El Pleno rechaza esta apreciación. Comparte con Bayer que la forma del mensaje es un elemento determinante –junto a su contenido- a la hora de valorar su carácter informativo o publicitario. Pero entiende que las características del soporte donde se difunden los mensajes (entre otras, su ubicación) son también parte determinante de su forma, de suerte que la ubicación del soporte donde se difunde un determinado mensaje puede influir de forma decisiva a la hora de que aquel sea percibido por el público destinatario como un mensaje de naturaleza científica o promocional. Como es evidente, cuando se difunden los datos de un estudio, la percepción que puede tener el público destinatario es bien distinta si dichos resultados son difundidos por un científico en el marco de una ponencia, si son difundidos en un stand claramente independiente, o si son difundidos en un stand que, por su ubicación, circunstancias y características, puede ser percibido como vinculado a la promoción de un medicamento. Mientras en los dos primeros casos el público probablemente percibirá la difusión de los resultados del estudio como un acto de divulgación científica, en el último lo percibirá como un acto vinculado a la promoción de un medicamento afectado por los resultados del estudio.

En el caso que nos ocupa, como bien apreció la Sección con razonamientos que este Pleno comparte, la ubicación del stand de Compass era apta para trasladar al público destinatario del congreso la percepción de que se trataba de un stand vinculado a la promoción de Xarelto. En efecto, el stand de Compass, conforme ha quedado acreditado, se ubicaba en la misma zona que el stand de Xarelto, simplemente separados ambos por un pasillo y un por una “Medical Area” del propio laboratorio responsable del medicamento Xarelto. Con esta ubicación, fácilmente podía percibirse que los tres elementos (los dos stands y el área médica) formaban una zona única dividida en tres partes y vinculada a la promoción de Xarelto.

6.- En su resolución, la Sección también aludió a ciertas coincidencias cromáticas entre el stand de Xarelto y el stand de Compass. Bayer, por su parte, destaca que la coincidencia era

mínima, y rechaza que pueda ser tomada en consideración a la hora de afirmar la naturaleza promocional o informativa del stand de Compass. Frente a esta alegación, simplemente debe destacarse que en la resolución de instancia la mencionada coincidencia cromática no constituye un elemento determinante del juicio de la Sección. Antes bien, la Sección alude a dicha coincidencia cromática como elemento que refuerza las conclusiones que previamente se habían obtenido una vez valoradas las circunstancias relativas a la ubicación del stand y a la forma –insuficiente- en que se revelaba su carácter informativo. Así se desprende, con total claridad, del párrafo de la resolución de instancia que reproducimos a continuación: “Esta impresión, por otra parte, se refuerza si se tiene en cuenta que los colores utilizados para los términos Xarelto y Compass en los citados stands, si bien no son completamente coincidentes, sí lo son de forma parcial, pues en ambos casos se usa parcialmente el color rosa como elemento de conexión”.

Este Pleno, por su parte, coincide con Bayer en que, al no ser la coincidencia cromática plena o de gran calado, no constituye un elemento determinante que por sí solo permita atribuir al stand de Compass naturaleza promocional. Pero coincide también con la Sección al subrayar que aquella coincidencia cromática, si bien no determina per se la naturaleza promocional del stand, sí la refuerza cuando aquella naturaleza promocional –como es el caso- ya ha sido afirmada en base a otras circunstancias como la ubicación del stand o la forma –insuficiente- en que se revelaba su naturaleza informativa.

7.- En la resolución de instancia, la Sección también aludió a una ulterior circunstancia a la hora de valorar la naturaleza promocional del stand de Compass; a saber, la insuficiencia de la prueba aportada por Bayer para acreditar el tipo de actividades que se desarrollaban en el stand. Los razonamientos de la Sección a este respecto fueron los siguientes: “el laboratorio reclamado (a quien conforme a lo expuesto incumbe la carga de la prueba) no ha aportado prueba suficiente sobre el tipo de actividades que se desarrollaban en el stand de Compass ni sobre el tipo de información que allí se proporcionaba. Es cierto, en este sentido, que en su escrito de contestación a la reclamación, el laboratorio reclamado aporta dos documentos que se entregaban en el stand: un artículo científico publicado en el Canadian Journal of Cardiology en el que se exponen el diseño y los principales objetivos del estudio Compass; y una presentación realizada por el Dr. John Eikelboom en la que se presenta el estudio Compass. Sin embargo, el propio laboratorio reclamado afirma en su escrito que estos dos documentos se aportan “a efectos ilustrativos”. Por consiguiente, no hay prueba completa de los distintos materiales que han sido objeto de difusión en el citado stand. Y, por citar sólo un ejemplo, no se ha aportado elemento probatorio alguno que acredite si en dicho stand se entregaba el estudio completo Compass a quien lo solicitase, o si, al margen del artículo y la presentación antes citados, se entregaban también extractos del mismo, otros materiales vinculados al estudio, etc”.

En su escrito de recurso, Bayer afirma que los dos materiales citados por la Sección fueron los únicos que se entregaron en el stand. Alega también que el estudio completo fue publicado el mismo día del Congreso, por lo que no podía ser entregado.

Pues bien, las alegaciones de Bayer en este punto, más que contradecir las conclusiones alcanzadas por la Sección, las refuerzan notablemente. En efecto, podemos considerar definitivamente acreditado que en un stand instalado para difundir el estudio Compass, en ningún momento se entregaba el estudio completo. Antes bien, se entregaban un artículo sobre el diseño y los objetivos del estudio y una presentación en power point que ya era conocida por los asistentes al Congreso, pues –como ha reconocido la propia recurrente en su comparecencia oral ante este

Pleno- la ponencia que reflejaba había sido impartida en el mismo y la presentación era accesible a cualquiera asistente a través de la web del propio Congreso y sin necesidad de recurrir al stand de Compass.

Frente a estas conclusiones, por lo demás, no cabe oponer –como pretende la recurrente- la imposibilidad de aportar el estudio completo porque su publicación se produjo el mismo día del Congreso. En efecto, la recurrente se limita a invocar esta circunstancia, pero ni alega ni acredita razón alguna por la que no hubiera podido entregarse el estudio en prensa pendiente de publicación, o por la que –una vez publicado- no pudo ser entregada una copia de la publicación (o al menos, algún material que hiciese referencia a su localización para su consulta por los asistentes) los restantes días del Congreso.

8.- En definitiva, ninguna de las alegaciones que realiza la recurrente en relación con las distintas circunstancias que fueron objeto de valoración por la Sección a la hora de apreciar la naturaleza promocional del stand de Compass permiten alterar las conclusiones obtenidas en la instancia. Y, por esta razón, el Pleno, al igual que la Sección, ha de concluir que Bayer incurrió en este punto en una infracción del artículo 1.2 del Código de Farmaindustria, puesto que la naturaleza promocional del stand Compass supuso la promoción de un medicamento (Xarelto) para indicaciones que aún no tiene autorizadas.

9.- Una vez constatada la naturaleza promocional del stand de Compass, debe afirmarse también una infracción del artículo 5.1 del Código de Farmaindustria, que bajo el rótulo “Transparencia en la promoción de los medicamentos”, establece lo siguiente: *“Ninguna actividad o material de promoción debe encubrir su objetivo o naturaleza real”*. En efecto, aun cuando, valorando todas las circunstancias concurrentes y enunciadas tanto en la resolución de instancia como en la presente resolución cabe apreciar una finalidad promocional en el stand de Compass, lo cierto es que dicha naturaleza promocional no se revelaba de manera suficiente.

Frente a esta conclusión, por otra parte, no cabe alegar –como hace Bayer en su recurso- que los dos pronunciamientos anteriores que se recogen en la resolución de instancia (y por extensión en la presente resolución del Pleno) son contradictorios entre sí, al afirmar al mismo tiempo que el stand de Compass tenía naturaleza promocional y que encubría la naturaleza promocional. En esta línea de razonamiento, Bayer llega a afirmar que o bien el stand era promocional o bien informativo, y que “no cabe término medio”.

El Pleno no comparte estas apreciaciones. Bajo nuestro punto de vista, ninguna contradicción existe cuando se afirma que un mensaje –atendidas sus circunstancias- tiene naturaleza promocional y, sin embargo, la encubre y no la revela de forma suficiente. En efecto, un mensaje, en función de las circunstancias que en él concurren, puede tener naturaleza promocional o publicitaria y, sin embargo, encubrir dicha naturaleza bajo la apariencia de un mensaje informativo. De hecho, es ésta la esencia de la figura comúnmente conocida como publicidad encubierta. Bajo este término se engloban todos aquellos mensajes publicitarios que encubren su naturaleza promocional bajo la apariencia de un mensaje informativo. De suerte que, cuando se afirma la existencia de un supuesto de publicidad encubierta, son dos las tareas que se deben desarrollar: en primer término hay que indagar en torno a la verdadera naturaleza del mensaje, y en segundo lugar debe determinarse si esa naturaleza se encubre u oculta. Por consiguiente, siempre que se afirma la existencia de un supuesto de publicidad encubierta, se afirma simultáneamente –como se hace en la resolución recurrida- que el mensaje posee



naturaleza promocional y, sin embargo, ésta no se revela o identifica adecuadamente. De hecho, la tesis de la recurrente según la cual “no cabe término medio”, llevada a su extremo, obligaría a concluir que nunca puede existir un supuesto de publicidad encubierta, pues una vez afirmada la naturaleza promocional de un mensaje, según la recurrente, no cabría afirmar que aquella naturaleza se presenta encubierta bajo la apariencia de un mensaje informativo o de otra índole.

10.- Por último, frente a las conclusiones obtenidas por este Pleno tampoco cabe oponer el correo electrónico de la Generalitat de Cataluña que aporta en esta alzada la recurrente, toda vez que se trata de un correo electrónico remitido con posterioridad a la celebración del Congreso (e incluso con posterioridad a la notificación de la reclamación que ha dado origen al presente procedimiento). De hecho, en el propio campo dedicado al “asunto” del correo electrónico se hace constar que dicho asunto es “Autocontrol”, lo que pone de manifiesto que no se trata de un documento generado con carácter previo al Congreso, sino de un documento generado específicamente con posterioridad al inicio de presente procedimiento y para su utilización en el marco del mismo. Además, y en todo caso, no constan ni se deducen del citado escrito o del resto de documentación aportada por Bayer las concretas imágenes y mensajes que han sido proporcionadas a la Generalitat para su valoración y que por consiguiente han sido tomadas en consideración por aquélla a la hora de emitir el correo electrónico que aporta Bayer al procedimiento.

11.- Por lo demás, en la medida en que todos los motivos de recurso han sido desestimados, no procede tampoco ninguna revisión de la calificación de la infracción y de la graduación de la sanción impuesta por la Sección en la resolución recurrida.

Por las razones expuestas, el Pleno del Jurado de Autocontrol

ACUERDA

Desestimar el Recurso de Alzada presentado por la empresa Bayer Hispania, S.L., contra la Resolución de la Sección Primera de 8 de noviembre de 2017.
