

Resolución, de 15 de diciembre de 2011, de la Sección Primera del Jurado por la que se resuelve la reclamación presentada por Ipsen Pharma, S.A., contra un material del que es responsable Allergan, S.A.

La Sección ha inadmitido la reclamación.

Frente a dicha resolución Ipsen Pharma, S.A interpuso recurso de alzada que fue desestimado por el Pleno en su resolución de 19 de enero de 2012.

**Resumen de la Resolución: IPSEN PHARMA, S.A. vs. ALLERGAN, S.A. (“BOTOX®”)**

Resolución de 15 de diciembre de 2011 de la Sección Primera del Jurado por la que se inadmite la reclamación presentada por Ipsen Pharma, S.A., contra un material del que es responsable Allergan, S.A.

La reclamación se formula frente a la difusión de un material entre profesionales sanitarios con formato de ficha/formulario inserto en un bloc de notas, titulado: “Registro de Tratamiento con Toxina Botulínica” y en el que aparecen diversas representaciones de la musculatura de la pierna y del pie humanos.

El Jurado inadmite la reclamación por entender que, según las pruebas aportadas por la reclamada, han transcurrido más de doce meses desde la difusión del material objeto de la controversia, sin que por la parte reclamante se haya aportado prueba en contrario.

## **II. Recurso de alzada**

Frente a dicha resolución Ipsen Pharma, S.A interpuso recurso de alzada que fue desestimado por el Pleno en su resolución de 19 de enero de 2012.

**Texto completo de la Resolución del Pleno del Jurado:  
ASUNTO Nº: 130/R/OCTUBRE 2011  
IPSEN PHARMA, S.A. vs. ALLERGAN, S.A. (“BOTOX®”)**

En Madrid, a 19 de enero de 2012, reunido el Pleno del Jurado de la Publicidad de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidido por D. Eduardo Galán Corona, para el análisis y resolución del recurso de alzada presentado por Ipsen Pharma, S.A. contra la Resolución de la Sección Primera del Jurado de 15 de diciembre de 2011, emite la siguiente,

## **RESOLUCIÓN**



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

## I.- Antecedentes de hecho.

1.- El 15 de septiembre de 2011, Ipsen Pharma, S.A. (en lo sucesivo, "IPSEN") presentó una reclamación ante la Comisión Deontológica de la Industria Farmacéutica, contra la difusión de un material del que es responsable Allergan, S.A. (en lo sucesivo, "ALLERGAN").

2.- Se da por reproducido el elemento publicitario reclamado (en adelante, el "Material"), así como los argumentos esgrimidos por ambas partes, tal y como se recogen en la Resolución de la Sección Primera de 15 de diciembre de 2011 (en adelante, la "Resolución").

3.- Mediante la citada Resolución, la Sección Primera del Jurado de la Publicidad acordó inadmitir la reclamación presentada e imponer a IPSEN, por aplicación del artículo 21.6 del Código Español de Buenas Prácticas de Promoción de Medicamentos y de Interrelación de la Industria Farmacéutica con los Profesionales Sanitarios (en adelante, el "Código"), el pago de los gastos y las tasas devengadas ante Autocontrol por la tramitación del procedimiento.

4.- El pasado 9 de enero, IPSEN interpuso recurso de alzada contra la Resolución de la Sección Primera, de 15 de diciembre de 2011, por discrepar con el resultado de la misma. En esencia, la recurrente sostiene en su escrito, por una parte, que el Jurado no tiene competencia para inadmitir la denuncia y, por otra, que existió un error en la apreciación de la prueba.

En primer lugar, IPSEN manifiesta que, desde su punto de vista, el único órgano competente para examinar la concurrencia de los requisitos que determinan si procede admitir a trámite una concreta denuncia es la Comisión Deontológica de Farmaindustria. Y ello porque considera que si la denuncia es trasladada al Jurado, es como consecuencia de que ya ha sido admitida por la Comisión Deontológica y, por tanto, ya se ha tramitado en fase de mediación. En consecuencia, según IPSEN, el Jurado no podría decidir inadmitir una denuncia previamente admitida por la Comisión Deontológica.

La recurrente añade además que, incluso en el supuesto de que se entendiera que el Jurado puede inadmitir la denuncia, esta inadmisión no se realizó en el momento procesal oportuno. En este sentido, IPSEN alega que en todo caso la inadmisión debería haberse producido al recibir los documentos y no tras la celebración de la vista oral.

Asimismo, IPSEN defiende que la resolución resulta contradictoria en sus propios términos y niega que proceda la imposición del pago de las tasas y gastos generados por el procedimiento ante Autocontrol en la medida en que dichas tasas y gastos se devengan por la tramitación del procedimiento y, en este caso, la reclamación ha sido inadmitida y, por tanto, no tramitada.

Por otro lado, la recurrente defiende que, a su juicio, ha existido un error en la apreciación de la prueba en relación con el momento de difusión del Material. En este punto, IPSEN pone de manifiesto la dificultad que supone probar cuándo se lleva a cabo la difusión del Material. En primer lugar, porque la entrega se realiza de forma personal, y los prescriptores reciben numerosa documentación de la que no guardan referencia escrita acerca de su fecha de recepción. Y, en segundo lugar, porque los prescriptores evitan entrar en las disputas de los laboratorios, por lo que se muestran reacios a entregar a un laboratorio los materiales recibidos de otro laboratorio competidor. A pesar de ello, según IPSEN, una correcta valoración de los



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

elementos de prueba debería haber llevado a la Sección a concluir, sin lugar a dudas, que la difusión del Material había sido reciente. En particular, dichos elementos serían los siguientes: (i) en la denuncia se citan diversos hospitales concretos en los que se ha recogido el Material en las semanas anteriores al requerimiento y en las semanas posteriores a la preparación de la denuncia; (ii) ALLERGAN no indicó en su contestación al requerimiento de IPSEN que el Material no estuviera siendo distribuido y (iii) en la fecha en que la reclamada recibe la denuncia, y según su propio escrito, ALLERGAN disponía en su almacén de ejemplares del Material denunciado.

En contrapartida, según la recurrente, ALLERGAN tan sólo aportó un documento interno que no tienen ninguna fehaciencia probatoria y que, por lo demás, únicamente indica cuándo salió el Material del almacén pero no cuándo fue distribuido.

En virtud de todo lo anterior, la recurrente solicita que se estime el recurso de alzada y, en consecuencia, se acuerde admitir a trámite la reclamación anterior y se estime en su totalidad. Asimismo, de forma subsidiaria y para el supuesto de que el Jurado no estime el recurso, IPSEN solicita que no se le imponga el pago de las tasas, con revocación expresa del apartado segundo de la parte dispositiva de la Resolución.

**5.-** Trasladado el recurso de alzada a la parte reclamada, ésta presentó escrito de contestación en el que defiende la corrección de la Resolución recurrida.

En particular, respecto de la supuesta falta de competencia de este Jurado para acordar la inadmisión de la denuncia, ALLERGAN sostiene que IPSEN ha realizado una interpretación parcial, subjetiva y formalista del proceso a través del cual los Órganos de control desempeñan sus respectivos papeles para tratar de evitar el pago de las costas que le ha sido impuesto. En este sentido, ALLERGAN manifiesta que el artículo 8.2 del Reglamento de los Órganos de Control no impide que la inadmisión de la demanda pueda ser acordada por el Jurado, y que así debe entenderse también atendiendo al art. 13.2 del propio Reglamento del Jurado.

Asimismo, ALLERGAN entiende que la imposición de las costas del proceso a IPSEN resulta ineludible en virtud de lo dispuesto en el «artículo 21.6 del Reglamento de los Órganos de Control [sic]». A mayor abundamiento, aclara que en el momento en el que IPSEN solicitó a la Comisión Deontológica que se remitiese el asunto al Jurado de la Publicidad, ALLERGAN ya había alegado que la difusión del Material no se había producido en los doce meses anteriores a la presentación de la denuncia y había aportado a la reunión de conciliación los registros internos de su almacén.

Finalmente, y en relación con el supuesto error en la valoración de la prueba, ALLERGAN alega que, a pesar de que la carga de la prueba recae sobre la reclamante, ésta se ha limitado a basar su denuncia en meras especulaciones y conjeturas, mientras que ALLERGAN ha aportado copia de sus registros internos que acreditan que la última fecha de salida del Material de sus almacenes fue en mayo de 2010.

A la vista de las anteriores consideraciones, ALLERGAN solicita que se desestime íntegramente el recurso de alzada presentado por IPSEN y se acuerde la imposición de las costas incurridas a la recurrente.

## **II.- Fundamentos deontológicos.**



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

1.- Vistos los términos en los que se ha planteado el recurso de alzada que ahora nos ocupa, existen dos cuestiones fundamentales sobre las que este Pleno debe pronunciarse: por una parte, la excepción de falta de competencia del Jurado para inadmitir la denuncia y, por otra, la valoración de la prueba realizada por la Sección en relación con el momento de difusión del Material reclamado.

2.- En relación con la supuesta falta de competencia del Jurado para inadmitir la denuncia una vez que esta denuncia ha sido trasladada al Jurado por la Comisión Deontológica de Farmaindustria, este Pleno considera necesario recordar que la Comisión Deontológica de Farmaindustria y el Jurado de Autocontrol son dos órganos que cumplen funciones diferentes y separadas en el marco del procedimiento instaurado por el Código de Farmaindustria y el Reglamento de sus órganos de control.

En este sentido, este Jurado ya ha tenido ocasión de declarar en repetidas ocasiones – por todas ellas, citamos la Resolución del Pleno de 20 de diciembre de 2005 (Asunto: Italfármaco vs. Tedec-Meiji Farma, S.A. “Profer”)–, que el Código de Buenas Prácticas para la promoción de los medicamentos establece un procedimiento dividido en dos fases claramente diferenciadas: la fase de mediación previa, que se desarrolla ante la Comisión Deontológica de Farmaindustria, y la fase de resolución, que se desarrolla -en caso de no poder alcanzarse un acuerdo de mediación- ante el Jurado de Autocontrol. De suerte que, una vez que la Comisión Deontológica de Farmaindustria ha decidido el traslado del expediente al Jurado, debe entenderse que no ha sido posible un acuerdo entre las partes en la fase de mediación previa y procede la apertura de la segunda fase ante el Jurado. Por tanto, la Comisión lleva a cabo una labor de mediación entre las partes, pero en caso de que éstas no lleguen a un acuerdo, es el Jurado el que debe resolver sobre todas las cuestiones planteadas, incluida, en su caso, la no tramitación de la denuncia por incumplimiento de los requisitos precisos para ello.

Esta independencia y autonomía del Jurado conlleva que el hecho de que la Comisión Deontológica le haya dado traslado de una determinada denuncia, no puede impedir que el Jurado considere procedente inadmitir dicha denuncia de acuerdo con lo dispuesto en su propio Reglamento. Por ello, y al objeto de resolver la cuestión relativa a la competencia del Jurado para inadmitir la denuncia, será preciso recordar que la regla que obliga a no admitir a trámite una denuncia o reclamación cuando hayan transcurrido más de doce meses desde la difusión del anuncio, se recoge tanto en el Reglamento de los órganos de control, como en el propio Reglamento del Jurado.

Así, el Reglamento de los órganos de control establece en su artículo 8.2 lo siguiente:

*“No se tramitarán las denuncias que versen sobre actividades promocionales que no se hubiesen llevado a cabo en los doce meses anteriores. Tampoco se tramitarán aquellas denuncias relativas a una actividad promocional que haya sido resuelta o esté en tramitación en un proceso judicial o procedimiento administrativo”.*

Por otra parte, el artículo 13.2 del Reglamento del Jurado es claro y no deja lugar a dudas al disponer lo siguiente:



[ Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial ]

*“No se tramitarán reclamaciones sobre anuncios que no se hubieran difundido en los doce meses anteriores, salvo en los supuestos previstos en el artículo 12.3 de este Reglamento. Tampoco se tramitarán aquellas reclamaciones que el reclamado acepte, siempre que éste se comprometa por escrito a cesar de manera definitiva la difusión de la comunicación comercial cuestionada”.*

Por lo demás, parece procedente recordar también que es el propio Reglamento de los órganos de control el que establece que el Jurado es el órgano competente para el control del cumplimiento y la interpretación del Código de Farmaindustria, y que el Jurado actuará de conformidad con su propio Reglamento, dentro del cual se incluye el artículo 13.2 que acabamos de reproducir, y que obliga al Jurado a no admitir a trámite aquellas reclamaciones que versen sobre publicidad que no se haya difundido en los doce meses anteriores.

En este sentido, el artículo 5 del Reglamento de los órganos de control del Código de Farmaindustria dispone lo siguiente: “Por acuerdo de sus Órganos de Gobierno, FARMAINDUSTRIA somete, en los términos que se especifiquen mediante convenio, el control del cumplimiento y la interpretación del Código Español de Buenas Prácticas de Promoción de Medicamentos y de Interrelación de la Industria Farmacéutica con los Profesionales Sanitarios y el Código Español de Buenas Prácticas de Interrelación de la Industria Farmacéutica con las Organizaciones de Pacientes al Jurado de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, que se rige por su propio Reglamento”.

A la vista de las anteriores consideraciones, este Pleno debe concluir que la Sección Primera era competente, de conformidad con el Reglamento del Jurado, para inadmitir la denuncia de IPSEN que le fue trasladada por la Comisión Deontológica.

**3.-** De forma subsidiaria, IPSEN alega que, aún cuando se considerase que el Jurado puede inadmitir la denuncia, el momento procedimental oportuno para ello hubiera sido al recibir los documentos y no tras la vista oral.

En este punto, es preciso aclarar las particularidades que revisten dos supuestos que requieren un tratamiento diferenciado: por un lado, la inadmisión de una denuncia por motivos meramente formales o constatables de forma indubitada en el momento de su recepción y, por otro, la inadmisión de la denuncia por motivos que requieren una valoración de fondo del asunto o de la prueba.

En efecto, nada impide la inadmisión a trámite de la reclamación en el mismo momento de su presentación cuando las razones de aquella inadmisión sean puramente formales o constatables de forma indubitada. Pero existirán otras ocasiones (como por ejemplo cuando se invoque que han transcurrido más de doce meses desde la difusión de la publicidad) en las que la inadmisión requerirá una valoración del fondo del asunto o de la prueba, por lo que la inadmisión a trámite podrá declararse en la propia resolución. Defender lo contrario implicaría que la decisión de inadmisión se tuviese que adoptar, en todo caso, en el justo momento de la presentación de la reclamación. Y ello, a pesar de que, como es obvio, en ese momento se carecerá en muchas ocasiones de los elementos de juicio necesarios para decidir si concurre causa de inadmisión. Por ejemplo, por regla general, la existencia de un procedimiento administrativo o judicial, o la no difusión de la publicidad en los últimos doce meses, serán cuestiones que se pondrán de manifiesto por la parte reclamada una vez que le ha sido notificada la reclamación, lo que ya impediría que en estos casos se declarase la inadmisión en el propio



[ Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial ]

momento de la presentación de la reclamación, y obligaría a tramitar ésta y a esperar al menos al momento de la presentación del escrito de contestación y al posterior análisis de las alegaciones y pruebas presentadas para valorar si concurre o no causa de inadmisión.

Y éste es precisamente el caso concreto que nos ocupa, ya que el momento de difusión de la pieza publicitaria ha sido objeto de controversia y, por tanto, era precisa la valoración de las alegaciones de las partes –incluidas las realizadas durante la vista oral- y de la prueba aportada por la correspondiente Sección o Pleno.

No puede acogerse tampoco el planteamiento de IPSEN según el cual la inadmisión de la denuncia debía haberse acordado por la Sección con carácter previo a la celebración de la vista oral. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del Reglamento del Jurado, en caso de acordarse la celebración de la comparecencia oral de las partes, la deliberación del Jurado ha de producirse tras su celebración, y no antes:

*“El Presidente, de la Sección o del Pleno, podrá acordar, cuando lo considere oportuno para la mejor resolución de la controversia planteada, la celebración de comparecencia oral de las partes, previa a la deliberación por parte del Jurado de la Publicidad”.*

Asimismo, conviene recordar que el procedimiento ante el Jurado de la Publicidad no prevé una suerte de “audiencia previa” en la que solventar cuestiones procedimentales que pudieran obstar a la prosecución del procedimiento o fijar el objeto de la denuncia y los extremos controvertidos. Por el contrario, la vista oral tiene por finalidad la comparecencia de las partes para la mejor resolución de la controversia planteada y ello abarca tanto cuestiones de índole procedimental como aquellas relativas al fondo del asunto. De tal suerte que, en caso de que la Sección hubiese considerado acreditada la difusión del Material en los doce meses anteriores a la presentación de la reclamación, hubiera tenido que entrar a valorar el fondo del asunto. Y para ello, la Sección tendría que haber tomado en consideración no sólo los escritos y pruebas de las partes, sino también las alegaciones complementarias, aclaraciones, etc. que se realizaron durante la celebración de la vista oral.

Por otra parte, no puede alegar ahora IPSEN que la celebración de la vista oral le ha supuesto un perjuicio, cuando la no difusión del Material en los doce meses anteriores a la presentación de la reclamación era una cuestión que ya se encontraba planteada en el escrito de contestación a la denuncia por la reclamada, por lo que ya era conocido por ambas partes antes de que se diera traslado de sus escritos al Jurado de la Publicidad y antes de que se solicitara la celebración de la vista oral.

Es más, ha sido precisamente la celebración de la vista oral la que ha permitido a la recurrente alegar lo que ha entendido oportuno en relación con la inexistencia de causa de inadmisión a trámite. Es preciso recordar, en este sentido, que en el escrito de reclamación de la ahora recurrente (como es lógico), nada se decía a este respecto. Como es lógico también, es en el escrito de contestación presentado por la reclamada cuando ésta plantea la posible existencia de una causa de inadmisión a trámite de la reclamación.

Así las cosas, en caso de aplicar *ad pedem litterae* los argumentos esgrimidos por la recurrente en su escrito, el resultado sería francamente perjudicial para sus propios intereses y para el correcto ejercicio de su derecho de defensa, pues en ausencia de vista oral (o de

cualquier otro trámite procesal complementario que permitiese a las partes formular ulteriores alegaciones), la Sección debería haber resuelto sobre la existencia de causa de inadmisión a trámite sobre la base únicamente de las alegaciones realizadas por la reclamada en su escrito de contestación, y sin que dichas alegaciones hubiesen podido ser contestadas por la reclamante y ahora recurrente. Fue precisamente la celebración de vista oral la que dio a la reclamante la oportunidad de alegar cuanto estimó oportuno en relación con la inexistencia de una causa de inadmisión a trámite de la reclamación.

**4.-** Una vez resueltas las cuestiones previas sobre la competencia del Jurado para declarar la inadmisión de la denuncia, y sobre el momento procedimental oportuno para declarar dicha inadmisión, este Pleno debe entrar a analizar la valoración de la prueba llevada a cabo por la Sección.

Pues bien, tras una exhaustiva revisión tanto de las alegaciones de las partes como de las pruebas documentales aportadas, este Pleno no puede sino coincidir con la valoración de la prueba realizada por la Sección.

En efecto, este Pleno ha podido constatar que IPSEN no ha aportado prueba alguna en relación con el momento, si quiera aproximado, de la difusión del Material. Por el contrario, ALLERGAN alega que la difusión del Material tuvo lugar entre septiembre de 2009 y agosto de 2010 (lo que significa que en el momento de la presentación de la reclamación ya han transcurrido más de doce meses), y aporta como prueba una copia de la documentación interna del registro de salida del Material de sus almacenes. Con independencia del mayor o menor valor probatorio que se le pueda atribuir a un documento de parte, como ya se puso de manifiesto por la Sección, en este caso la prueba de ALLERGAN no ha sido desvirtuada de contrario por ningún documento o cualquier otro medio probatorio. De hecho, la prueba aportada por ALLERGAN es la única prueba existente en el expediente relativa a la fecha de difusión de la publicidad.

Así las cosas, este Pleno, en ausencia de cualquier prueba aportada por la recurrente que contradiga los elementos aportados por la reclamada en relación con la fecha de difusión del Material objeto del presente procedimiento, considera que la reclamación no puede ser admitida a trámite.

**5.-** Por último, este Pleno debe proceder a analizar la procedencia de la imposición de las tasas y gastos generados por la tramitación del procedimiento acordada por la Sección.

En relación con esta cuestión, es preciso tener en cuenta que -tal y como se ha puesto de manifiesto en el fundamento deontológico tercero-, salvo en aquellos casos en que la inadmisión pueda realizarse en el mismo momento de recibir la denuncia, la decisión de inadmisión a trámite exigirá una tramitación mínima de la reclamación. Ya se ha dicho que, como en el caso que nos ocupa, existirán ocasiones en las que la eventual causa de inadmisión, por regla general, será opuesta por el reclamado en su escrito de contestación, aportando las alegaciones y pruebas que entienda oportunas. De donde se desprende que, en dichas ocasiones, el escrito de reclamación deberá ser trasladado al reclamado y las alegaciones y pruebas de ambas partes deberán ser objeto de análisis y valoración para comprobar si existe o no causa de inadmisión. En dichas hipótesis, por lo tanto, la inadmisión no puede ser declarada sin una tramitación mínima, que abarque al menos hasta el momento en que dicha inadmisión a trámite pueda ser acordada por el órgano resolutor correspondiente tras haber valorado las alegaciones y pruebas de las dos



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

partes del procedimiento. De ello se desprende que no existe contradicción alguna entre la decisión de no proseguir la tramitación de la denuncia hasta obtener una resolución sobre el fondo del asunto -y en particular, sobre el carácter infractor del Material reclamado- y la decisión de imponer las tasas y gastos generados por el procedimiento. Y ello por cuanto que, hasta el momento en que se produce la decisión de no tramitar la denuncia, ha habido una tramitación mínima cuyos gastos deben ser sufragados conforme a las reglas previstas en el Reglamento del Jurado y en el Código de Farmaindustria. Por ello, el Pleno del Jurado considera oportuno mantener la imposición de las tasas y gastos generados por la tramitación del procedimiento acordada por la Sección.

Asimismo, en la medida en que la recurrente ha visto rechazadas todas sus pretensiones en esta alzada, por virtud de la norma 21.6 del Código de Farmaindustria, se le impone el pago de las tasas devengadas ante Autocontrol por la tramitación del presente recurso de alzada.

En atención a todo lo hasta aquí expuesto, el Pleno del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial,

## **ACUERDA**

**1º.-** Desestimar el recurso de alzada presentado por Ipsen Pharma, S.A. frente a la Resolución de la Sección Primera de 15 de diciembre de 2011.

**2º.-** Imponer a Ipsen Pharma, S.A., por aplicación del artículo 21.6 del Código Español de Buenas Prácticas de Promoción de Medicamentos y de Interrelación de la Industria Farmacéutica con los Profesionales Sanitarios el pago de las tasas devengadas ante Autocontrol por la tramitación del presente procedimiento, conforme a las tarifas vigentes aprobadas por los órganos directivos de Autocontrol.