



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

Resolución de 8 de mayo de 2014 de la Sección Sexta del Jurado por la que se estima parcialmente la reclamación presentada por Merck Sharp & Dohme España, S.A contra una publicidad de la que es responsable la mercantil Sandoz Farmacéutica, S.A. La Sección estimó parcialmente la reclamación, declarando que la actividad promocional reclamada infringe los artículos 3.7 y 3.8 del Código Español de Buenas Prácticas de la Industria Farmacéutica, y la norma 20 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL.

Frente a dicha resolución, Sandoz Farmacéutica, S.A. interpuso recurso de alzada que fue estimado parcialmente por el Pleno mediante su Resolución de 25 de junio de 2014.

**Resumen de la Resolución: Merck Sharp & Dohme España, S.A vs.
Sandoz Farmacéutica, S.A.
“CD-PS 01/14 Actividad Promocional Montelukast Sandoz EFG”**

Resolución de 8 de mayo de 2014 de la Sección Sexta del Jurado por la que se estima parcialmente la reclamación presentada por Merck Sharp & Dohme España, S.A contra una publicidad de la que es responsable la mercantil Sandoz Farmacéutica, S.A.

La publicidad reclamada objeto de este procedimiento fue difundida en diferentes inserciones publicitarias realizadas en varias ediciones del periódico Correo Farmacéutico. En dichas inserciones se incluyen, entre otras, las siguientes alegaciones: “Genérico de Singulair®*”, “Mismas indicaciones que el original”, “Bioaparente al fármaco original” y “Genéricos con la calidad del original”. Asimismo también aparece un blíster en el que junto a unas pastillas del producto Singulair® aparecen otras del medicamento Montelukast Sandoz® EFG que, según la reclamante, presentan colores y formas idénticos al medicamento comercializado por Merck Sharp & Dohme España, S.A (en adelante “MSD”).

En primer lugar, la Sección entiende que las referencias al laboratorio titular de Singulair® incluidas al final de la ficha técnica que aparecía en la publicidad del medicamento Montelukast Sandoz® EFG son claras y visibles en el sentido exigido por el artículo 3.7 del Código Español de Buenas Prácticas de la Industria Farmacéutica (en adelante, “Código de Farmaindustria”), declarando la infracción del mismo. En segundo lugar, el Jurado aclara que, en el ámbito de publicidad de medicamentos genéricos, el análisis de la existencia de un supuesto de publicidad adhesiva no admite pronunciamientos de carácter general y que el análisis de la corrección de la publicidad debe realizarse caso por caso, tras un examen detallado de la concreta pieza publicitaria y de las circunstancias de difusión de la misma. Así las cosas, entre las circunstancias que el Jurado considera relevantes en el caso analizado, se encuentran las siguientes: la relevancia del uso de la marca ajena en relación con el resto de menciones o alegaciones contenidas en la publicidad y, más en particular, si las referencias al producto competidor son referencias neutras o si nos encontramos ante una publicidad en la que se da preponderancia a estas referencias hasta el punto de focalizar el mensaje publicitario en gran medida en las mismas; en qué medida las referencias a la marca ajena contribuyen a la correcta identificación por parte del destinatario de la publicidad –en el caso analizado, los profesionales sanitarios- del



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

medicamento promocionado; si las referencias a la marca ajena se incluyen a título informativo o, por el contrario, si la publicidad se centra y focaliza en una equiparación del medicamento promocionado con el de referencia; los medios empleados por el anunciante para identificar el laboratorio titular del medicamento innovador; la presencia de otros elementos en la publicidad que, más allá de la referencia a la marca ajena, puedan ser reveladores de un indebido aprovechamiento de la reputación de un competidor, etc.

Tras el análisis de las citadas circunstancias, el Jurado entiende que: las referencias a la marca ajena no contribuyen a la correcta identificación por parte de los profesionales sanitarios del medicamento promocionado; las referencias a la marca ajena en la publicidad reclamada excedían de lo que era una mera referencia neutra a una marca ajena como medio de identificación de un medicamento genérico; la publicidad reclamada se centra y focaliza toda ella en un mensaje de cuasi identidad y absoluta equiparación entre el medicamento genérico y Singulair®, etc. Por dichas razones, el Jurado concluyó que la publicidad reclamada infringe la norma 3.8 del Código de Farmaindustria y la norma 20 del Código de Conducta Publicitaria. Por último, dada la pluralidad de infracciones estimada y la intencionalidad del anunciante, la Sección acordó la imposición de una sanción de setenta mil euros (70.000€) por aplicación del artículo 22.1 del Código de Farmaindustria.

II. Recurso de Alzada

Frente a dicha resolución Sandoz Farmacéutica, S.A interpuso recurso de alzada que fue estimado parcialmente por el Pleno en su Resolución de 25 de junio de 2014, confirmando todos los extremos de la Resolución de instancia salvo la fijación de la cuantía de la sanción, que fue minorada fijándose en treinta mil euros (30.000€).



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

**Texto completo de la Resolución del Pleno: Sandoz Farmacéutica, S.A. vs. Resolución Sección Sexta del Jurado de Autocontrol de 25 de junio de 2014
“CD-PS 01/14 Actividad Promocional Montelukast Sandoz EFG”**

En Madrid, a 25 de junio de 2014, reunido el Pleno del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidido por D. Eugenio Gay Montalvo, para el análisis del recurso de alzada presentado por Sandoz Farmacéutica, S.A. contra la Resolución de la Sección Sexta del Jurado de 8 de mayo de 2014, emite la siguiente

RESOLUCIÓN

I.- Antecedentes de hecho.

1.- El 3 de marzo de 2014 la compañía Merck Sharp & Dohme España, S.A (en lo sucesivo, “**MSD**”) presentó una reclamación ante la Comisión Deontológica de FARMAINDUSTRIA contra un material promocional del producto genérico Montelukast Sandoz del que es responsable la compañía Sandoz Farmacéutica, S.A (en lo sucesivo, “**Sandoz**”).

2.- Se dan por reproducidos los elementos publicitarios reclamados, así como los argumentos esgrimidos por ambas partes, tal y como se recogen en la Resolución de la Sección Sexta de 8 de mayo de 2014 (en adelante, la “**Resolución**”).

3.- Mediante la citada Resolución, la Sección Sexta del Jurado de la Publicidad acordó estimar parcialmente la reclamación presentada, declarando que la publicidad objeto del procedimiento infringe los artículos 3.7 y 3.8 del Código Español de Buenas Prácticas de la Industria Farmacéutica (en adelante, el “**Código de Farmaindustria**”) y la norma 20 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol (en adelante, el “**Código de Conducta Publicitaria**”); instando al anunciante al cese de la publicidad e imponiendo a Sandoz, por aplicación del artículo 22 del Código de Farmaindustria, una sanción económica de setenta mil (70.000) euros. Asimismo, impuso a ambas partes, por aplicación del artículo 22.6 del Código de Farmaindustria, el pago por mitad de las tasas devengadas por la tramitación del procedimiento.

4.- El pasado 9 de junio de 2014, Sandoz interpuso recurso de alzada contra la mencionada Resolución al discrepar con el resultado de la misma. En esencia, Sandoz considera que: (i) su publicidad no infringe la norma 3.7 del Código de Farmaindustria por haber citado de forma clara, inequívoca y visible el laboratorio responsable de la comercialización de Singulair®; (ii) la Sección valoró erróneamente las infracciones de la norma 3.8 del Código de Farmaindustria y la norma 20 del Código de Conducta Publicitaria, haciendo una interpretación de las mismas contraria a la normativa vigente e incongruente con la aplicación de la norma 3.7 del Código de Farmaindustria; y (iii) la sanción impuesta es excesiva.

5.- En relación con el primero de los motivos de recurso expuestos, Sandoz sostiene que el artículo 3.7 del Código de Farmaindustria no exige la inmediatez o referencia directa al titular de la autorización de comercialización del medicamento citado en su publicidad que parece exigir la Sección Sexta del Jurado, sino sólo que se cumplan ciertas condiciones de visibilidad, claridad



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

y que no se dé lugar a equívocos. Por tanto, a su juicio, la referencia a “MSD” contenida en la ficha técnica del medicamento -que forma parte del material publicitario- y en el mismo tamaño que el resto de las menciones de la misma, sería acorde con el artículo 3.7 del Código de Farmaindustria. Y ello a pesar de que dicha referencia no se contenga en la primera página, en la que se cita la marca Singulair®, si bien reconoce que suele ser práctica habitual incluirlo en la primera página. Además, Sandoz alega que el hecho de que la referencia se encuentre al pie de la ficha técnica, separada del cuerpo, la hace más visible y clara.

6.- En relación con el segundo de los motivos de recurso, Sandoz alega que su publicidad no infringe las normas 3.8 y 20 del Código de Farmaindustria sobre la base de los argumentos que se resumen a continuación.

En primer lugar, la recurrente expone que el artículo 3.7 del Código de Farmaindustria consagra *a priori* la posibilidad de utilizar marcas de terceros en la publicidad de un medicamento. A este respecto, Sandoz pone de manifiesto que dicho artículo es acorde con la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (en adelante, “**Ley de Marcas**”) y que, si bien el Jurado no puede pronunciarse sobre las consecuencias en el ámbito del Derecho de Marcas de la referencia a una marca ajena en publicidad, el mismo debe interpretar la normativa deontológica de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Marcas y en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (“**Ley de Competencia Desleal**”).

En apoyo de su argumentación, la recurrente aporta un Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, de 7 de mayo de 2014, mediante el que se desestimó una solicitud de medidas cautelares en un supuesto, según Sandoz, igual al presente caso. A juicio de la recurrente, el citado Auto confirma la posibilidad de utilizar marcas de terceros en la publicidad de un medicamento genérico y, más en particular, habría concluido que resulta plenamente justificado – tanto desde la perspectiva del Derecho de Marcas, como desde la competencia desleal- que el fabricante de un medicamento genérico informe en su publicidad sobre la bioequivalencia de éste con el fármaco de referencia, toda vez que dicha mención es una información relevante a efectos del deber de sustitución del farmacéutico. Asimismo, siempre a juicio de Sandoz, el Auto descarta que este tipo de publicidad que menciona la marca del medicamento de referencia sea constitutivo *per se* de un ilícito concurrencial.

En segundo lugar, la recurrente sostiene que la Resolución hace depender la calificación de una publicidad como adhesiva del criterio o requisito de “necesidad”, entendiéndose que si la mención de la marca resulta necesaria para la identificación del producto promocionado, no habrá publicidad adhesiva; pero que si no es necesaria *stricto sensu*, entonces sí que la habrá. Para Sandoz este criterio interpretativo no se encuentra fundamentado en ninguna de las normas deontológicas ni legales invocadas que resultan de aplicación al caso.

Al respecto, Sandoz argumenta que las conclusiones de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de febrero de 2006 en el asunto Idaptan que aplicó el criterio de necesidad y citada por la Resolución, no son extrapolables al presente caso toda vez que la misma (i) resolvió por infracción de la marca Idaptan y no por competencia desleal, al entender que el uso de la marca del producto de referencia en la publicidad del genérico constituía una infracción de marca no amparada por la excepción del artículo 37.b) de la Ley de Marcas debido a que no resultaba necesario para indicar las características del producto; y (ii) fue dictada en febrero de 2006 bajo la aplicación de la antigua Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, que establecía un régimen de sustitución excepcional para los medicamentos



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

genéricos -en contraposición con el sistema actual de “sustitución automática”-, en el que solamente se preveía la sustitución en caso de no disponer el farmacéutico del medicamento prescrito, pero no de forma obligatoria por cuestiones de precio, como lo hace la actual redacción del artículo 86.5 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (en adelante, “**Ley 29/2006**”).

A mayor abundamiento la recurrente sostiene que puede convenir en que la mención de la marca Singulair® en la publicidad no resulta ineludible en el sentido de que un porcentaje de profesionales sanitarios farmacéuticos pueden saber que Montelukast Sandoz es un genérico si conocen el medicamento de referencia y éste es único, pero al mismo tiempo no se puede excluir la posibilidad de que el profesional farmacéutico al que va dirigida la publicidad desconozca el medicamento de referencia o que haya más de un innovador con el mismo principio activo. Así pues, Sandoz defiende que el conocimiento de cuál es el medicamento de referencia en muchos casos no es seguro para el conjunto de los profesionales sanitarios, por tanto la referencia a la marca del innovador puede ser necesaria (y como mínimo conveniente), aunque los destinatarios de la publicidad sean profesionales. Añade la recurrente que el mensaje que la publicidad reclamada pretende transmitir a los profesionales sanitarios no es que su producto Montelukast Sandoz es un genérico, sino que es un genérico de Singulair®, con el que se ha demostrado su bioequivalencia (que se realiza no respecto del principio activo, sino respecto del medicamento de referencia identificado con la marca).

De este modo, para Sandoz resultaría incompleto, además de un absurdo legal, informar sobre la bioequivalencia haciendo referencia solamente al principio activo como, a su juicio, pretende la Sección Sexta. Y ello debido a que, sin mencionar la marca Singulair® en el anuncio, Sandoz no podría informar de forma objetiva, veraz y pertinente sobre la bioequivalencia de su producto. Asimismo, añade que el ser genérico de un medicamento de referencia condiciona completamente la sustitución y dispensación del medicamento por el farmacéutico, por lo que esta información es extremadamente relevante.

Por otra parte, Sandoz destaca que el Jurado apoya la decisión de la Resolución en otra Sentencia recaída en el caso Prozac (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de octubre de 2005, confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2010), sin que a su juicio dicha Sentencia sea tampoco aplicable al presente supuesto. En efecto, según Sandoz, la diferencia fundamental con el presente caso estriba en que las demandadas hicieron uso de la denominación Prozac para indicar en su publicidad la bioequivalencia entre su medicamento genérico y el innovador Prozac, pero dicha bioequivalencia en ningún caso se había demostrado con respecto a Prozac, sino con respecto a Fluctin. Por ello, la indicación de bioequivalencia realizada en el anuncio era falsa, y además el medicamento se atribuía méritos que no le correspondían. Sin embargo, en ningún caso dicha Sentencia llegó a la conclusión, a juicio de Sandoz, de que el uso de la marca del innovador en la publicidad del medicamento genérico implicase *per se* un supuesto de publicidad adhesiva.

A continuación, Sandoz pone de manifiesto que la Resolución es incongruente al sostener la aplicación al caso del artículo 3.7 del Código de Farnindustria (que autoriza el uso de la marca ajena) para luego declarar que la publicidad infringe el artículo 3.8 de dicho Código debido a que no se considera necesario en el presente caso el uso de la marca ajena para la adecuada identificación del medicamento promocionado. En este sentido, la recurrente trae a colación algunas Resoluciones previas del Jurado que pondrían a su juicio de manifiesto la incongruencia igualmente de la Resolución recurrida con la doctrina previa del Jurado.



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

Asimismo, Sandoz alega que, contrariamente a lo que establece la Resolución, el uso que realiza de la marca Singulair® y del resto de menciones contenidas en la publicidad reclamada es totalmente neutro, informativo y no pretende aprovecharse de la reputación del medicamento de referencia. En particular, Sandoz niega que las referencias a la marca ajena se hagan en un lugar destacado. En este sentido, defiende que si bien es cierto que la referencia a Singulair® se hace en la parte superior de la publicidad, ello no implica directa ni necesariamente que se le esté dando a la marca ajena una importancia mayor que al resto de elementos del anuncio. Manifiesta la recurrente que al contemplar el anuncio lo primero que se observa es la mención a Montelukast Sandoz EFG en grandes letras y de color azul oscuro sobre blanco, mientras que la mención a Singulair® es discreta, se realiza en letras más pequeñas y no se encuentra en un lugar central ni cerca del nombre del producto genérico. Por otro lado, la frase “Genérico de Singulair®” tiene carácter informativo y está escrita en blanco como otros elementos del anuncio, sin que la palabra Singulair® esté resaltada.

Asimismo, Sandoz señala que las alegaciones “*Mismas indicaciones del original*”, “*Bioaparente al fármaco original*” y “*Genéricos con la calidad del original*” que se realizan en la publicidad en ningún momento pretenden una equiparación o cuasi identidad con el medicamento innovador -como sostiene la Resolución recurrida-, sino que simplemente informan de las características de Montelukast Sandoz de manera objetiva y útil para los profesionales a la hora de dispensar dicho medicamento genérico. En definitiva, Sandoz sostiene que todos los mensajes que aparecen en su publicidad y han sido cuestionados, se encuentran justificados habida cuenta de la propia naturaleza del medicamento genérico y del actual sistema de prescripción, dispensación y sustitución de los fármacos.

A la vista de las anteriores consideraciones, la recurrente considera que su publicidad no supone una infracción de las normas 3.8 del Código de Farmaindustria y 20 del Código de Conducta Publicitaria.

7.- Finalmente, en relación con el tercer motivo de recurso, Sandoz defiende que la cuantía de la sanción de 70.000 euros impuesta por la Sección resulta excesiva por los siguientes motivos: (i) existencia de diferentes Resoluciones en las que las sanciones impuestas por el Jurado fueron inferiores e (ii) inexistencia de ninguno de los dos elementos agravantes considerados por la Sección –es decir, concurrencia de varias infracciones e intencionalidad-.

8.- Por las razones expuestas, Sandoz solicita al Pleno del Jurado la revocación de la Resolución, declarando la inexistencia de cualquier violación de la normativa deontológica. Subsidiariamente, para el caso de que se entienda que la publicidad objeto de reclamación infringe el artículo 3.7 del Código de Farmaindustria, la recurrente solicita que la sanción impuesta se reduzca al mínimo de la escala prevista para las infracciones leves.

9.- Trasladado el recurso de alzada a MSD, esta compañía ha presentado escrito por el que impugna el recurso de alzada interpuesto de adverso.

Tras diversas alegaciones preliminares en las que MSD manifiesta su conformidad con la Resolución e interpreta lo que a su juicio ha sido el pronunciamiento de la Sección en la misma, MSD alega que Sandoz tergiversa a su antojo el Derecho farmacéutico administrativo para confundir al Pleno. Por una parte, MSD describe el procedimiento abreviado de autorización de los medicamentos genéricos para poner de manifiesto que, si bien en el mismo es necesario



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

demostrar la bioequivalencia –y por tanto compararse– con el medicamento original, dicha referencia al medicamento innovador es totalmente improcedente en el ámbito publicitario. Por otro lado, MSD señala que el artículo 86.5 de la Ley 29/2006 sólo prevé la sustitución por parte del farmacéutico cuando el concreto medicamento prescrito por el médico esté por encima del precio menor en las “agrupaciones homogéneas” establecidas por el Ministerio de Sanidad. Al respecto, precisa que todos los medicamentos de las diferentes agrupaciones homogéneas de Montelukast -incluido Singulair® así como todos los genéricos- en sus distintas dosis y formas están alineados al precio menor establecido por el Ministerio. Ello determinaría, a juicio de MSD, que la argumentación de Sandoz pretenda una sustitución *contra legem*, ya que Singulair® desde el inicio estaba dentro del precio menor y no se cumple el criterio de sustitución.

Por otro lado, argumenta MSD que es impensable que si un farmacéutico decide cambiar la receta del médico relativa a un medicamento de prescripción médica obligatoria, acuda a la publicidad de un periódico y no a la fuente original actualizada (web del Ministerio de agrupaciones homogéneas), que además es accesible a través de otros portales habituales que dichos profesionales manejan. En cualquier caso, añade que es incierto e inexacto afirmar que la circunstancia de que Montelukast Sandoz es genérico de Singulair® sea necesaria a efectos de informar sobre la obligación de sustitución toda vez que la regla de sustitución no es específica del medicamento original de referencia, sino de cualquier medicamento de la agrupación homogénea que se prescriba por denominación comercial.

En tercer lugar, MSD hace hincapié en que Sandoz trata de confundir al Pleno sobre el sentido de la Resolución de la Sección Sexta al sostener que la misma ampara en todo caso el uso de la marca ajena siempre que, con arreglo al artículo 3.7 del Código de Farmaindustria, se indique de forma clara y visible el nombre del titular de dicha marca ajena. Así, MSD precisa que en la Resolución recurrida se señala que (i) el uso de la marca ajena en la publicidad debe analizarse caso por caso a fin de determinar si la utilización de esta marca ajena era efectivamente necesaria e ineludible para la identificación del medicamento genérico; (ii) no es necesario informar a los médicos y farmacéuticos españoles de la marca del medicamento de referencia, sino que es suficiente con la referencia al principio activo y a la expresión “EFG”; e (iii) incluso en el caso en que fuera necesaria la referencia a la marca ajena para identificar al medicamento genérico, la publicidad objeto de la reclamación no se ha limitado a realizar tal uso neutro e informativo, sino que resulta tendente a aprovecharse de la reputación de Singulair®, incluyendo la indicación del titular del mismo de modo poco visible.

En cuarto lugar, argumenta MSD que Sandoz combate la decisión de la Sección Sexta tomando como base el Auto de fecha 7 de mayo de 2014 que la mercantil recurrente califica de “jurisprudencia”, cuando lo cierto es que el mismo (i) se ha producido en el seno de unas medidas cautelares caracterizadas por un examen muy somero e interino de la cuestión debatida, (ii) no es firme y (iii) es contrario a precedentes judiciales de mayor relevancia (como lo son las Sentencias recaídas en los casos Prozac e Idaptán). En esta línea, MSD sostiene que el anuncio examinado en el citado Auto y la publicidad ahora recurrida son distintos toda vez que en la publicidad reclamada el uso de la marca ajena y la comparación con el medicamento original son más intensos que en la publicidad objeto del Auto. Por último, MSD cita algunas Sentencias recaídas en casos de publicidad de “perfumes de equivalencia”, señalando que sus conclusiones son extrapolables a la publicidad de medicamentos genéricos.

En quinto lugar, esgrime MSD que el artículo 37.b) de la Ley de Marcas sí que contempla el requisito de la necesidad al sentar los límites al derecho de marca. Argumenta MSD que los



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

profesionales sanitarios españoles están suficientemente preparados y no necesitan que les aclaren que Montelukast es un principio activo, lo que determinaría que Sandoz no tenga obligación ni necesidad de utilizar la marca Singulair® para publicitar su genérico. Así, la utilización de la marca ajena en su publicidad supone a su juicio un aprovechamiento del esfuerzo económico de MSD como laboratorio innovador, como lo demuestra el hecho de los buenos resultados comerciales obtenidos por Montelukast Sandoz. Al respecto, sostiene MSD la plena aplicabilidad de las Sentencias de los casos Prozac e Idaptan al presente, sin que el hecho de que la última de ellas fuera dictada bajo la vigencia de la antigua Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento pueda desvirtuar la doctrina sentada en la misma en lo que se refiere a la aplicación de la Ley de Marcas y de la Ley de Competencia Desleal. Por último, subraya que el criterio de necesidad tampoco sería aplicable en nuestro caso si tenemos en cuenta el argumento de Sandoz sobre la posibilidad de que exista más de un fármaco innovador con un mismo principio activo, toda vez que hasta la fecha el principio activo Montelukast no es utilizado para ningún otro medicamento original distinto de Singulair®.

En sexto lugar, MSD defiende que incluso asumiendo que cabe usar marcas de competidores en la publicidad de medicamentos genéricos –lo que a su juicio se niega en la Resolución-, la presencia destacada de la marca Singulair® y las constantes referencias a la misma en la publicidad reclamada no se encuentran justificadas de modo alguno, no son necesarias y no pueden ampararse en el límite informativo del artículo 37 de la Ley de Marcas. Asimismo considera que la mención que se hace en las fichas técnicas a MSD no es lo suficientemente visible ni clara. Por las razones anteriores, MSD razona que no nos encontramos ante un caso de publicidad comparativa lícita tendente a demostrar las ventajas propias del medicamento del anunciante, sino ante un caso de publicidad adhesiva o parasitaria ilícita tendente al aprovechamiento del prestigio y reputación de Singulair®. En apoyo de su argumentación, la recurrida cita varias Sentencias y Resoluciones del Jurado de Autocontrol que versaban sobre las diferencias entre ambas modalidades publicitarias.

En séptimo lugar, MSD considera que no existe incongruencia entre la Resolución recurrida y las Resoluciones anteriores del Jurado citadas en el recurso de alzada, puesto que las mismas se limitaron a examinar si el uso de la marca ajena en las publicidades controvertidas cumplía los requisitos del artículo 3.7 del Código de Farmaindustria, pero en ningún caso se valoró la cuestión del uso legítimo o ilegítimo de una marca ajena en atención al criterio de necesidad.

10.- En octavo lugar, sostiene la mercantil MSD que no procede ninguna disminución de la sanción pecuniaria impuesta a Sandoz debido a que concurren varias infracciones en un mismo material publicitario (artículos 3.7 y 3.8 del Código de Farmaindustria y artículo 20 del Código de Conducta Publicitaria) además de existir un grado importante de intencionalidad.

11.- A la vista de las anteriores consideraciones, MSD solicita del Pleno del Jurado la íntegra desestimación del Recurso de Alzada y la confirmación de la Resolución de la Sección Sexta del Jurado. Por otro lado solicita también que se imponga a Sandoz el pago de la totalidad de las tasas y costes administrativos ocasionados en el presente procedimiento.



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

II.- Fundamentos deontológicos.

1.- A la vista de los antecedentes expuestos, y con carácter previo al análisis del fondo del asunto planteado, este Jurado considera oportuno aclarar y matizar algunas afirmaciones que realizan las partes en sus respectivos escritos.

En primer lugar, MSD sostiene en su escrito de contestación al recurso que la Resolución se pronunció sobre la existencia de los actos de infracción marcaría y de competencia desleal invocados en su escrito de reclamación. Sin embargo, tras un análisis exhaustivo de la Resolución, este Pleno considera que se puede concluir, sin ningún género de dudas, que la Sección omitió realizar cualquier pronunciamiento en estos ámbitos y se pronunció exclusivamente sobre la potencial infracción de las normas deontológicas invocadas por la reclamada, ciñéndose por tanto al ámbito de aplicación del Código de Farmaindustria y de las competencias de este Jurado. Así lo pone de manifiesto de manera expresa la propia Sección en su Fundamento Deontológico Primero, que por su claridad reproducimos a continuación: *“Así las cosas, resulta evidente que excede el ámbito de aplicación del Código de Farmaindustria y las competencias de este Jurado cualquier análisis y pronunciamiento sobre las consecuencias en el ámbito del Derecho de Marcas de las referencias a una marca ajena en la publicidad, y, en particular, cualquier pronunciamiento sobre una eventual infracción del derecho de exclusiva sobre la marca. También escapa del ámbito de aplicación del Código y de las competencias de este Jurado cualquier pronunciamiento sobre la posible o eventual existencia de una imitación desleal de la forma de un producto. En consecuencia, el Jurado se abstendrá de cualquier pronunciamiento sobre los extremos mencionados”*.

Asimismo, ambas partes parecen extraer conclusiones y criterios absolutos y generales de la Resolución, tales como: la ilicitud del uso de la marca del medicamento de referencia en el ámbito de la publicidad de medicamentos genéricos; la innecesaridad en todo caso de la referencia a la marca ajena en el ámbito de la publicidad de medicamentos genéricos dirigida a profesionales sanitarios; la aplicabilidad del “criterio de necesidad” como único elemento de juicio para determinar cuándo nos encontramos ante un supuesto de publicidad adhesiva, etc.

Sin embargo, este Pleno, lejos de extraer cualquiera de las citadas conclusiones, entiende que la Sección se limitó a analizar la corrección de una concreta publicidad en atención a las específicas circunstancias del caso examinado. Y por tanto, sin que de la misma puedan extraerse conclusiones o criterios absolutos, únicos o generales que puedan aplicarse o extrapolarse de forma automática a cualquier otra publicidad de medicamentos genéricos y sin realizar un análisis de las concretas circunstancias que concurren en cada caso.

Dicho con otras palabras, en el presente procedimiento, la Sección de instancia (al igual que ahora el Pleno) se limita a examinar si un concreto mensaje publicitario supone un aprovechamiento indebido de la reputación ajena y por lo tanto vulnera el Código de Farmaindustria. Obviamente, al acometer este análisis, se ha tomado en consideración el hecho de que en la publicidad se haga referencia a una marca ajena. Pero se han tomado también en consideración todos los restantes factores concurrentes, como las características de dicha referencia, el resultado potencialmente obtenido con la misma, la existencia adicional de mensajes tendentes a destacar la equivalencia de calidad entre el producto promocionado y el competidor, la focalización de gran parte de la publicidad en estos mensajes, etc. Han sido todos estos factores, valorados en su conjunto, los que han llevado a la Sección a alcanzar las



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

conclusiones que se reflejan en la Resolución de instancia. Ésta, por lo tanto, se ciñe al análisis de un anuncio concreto a la luz de las circunstancias que en él concurren, y por lo tanto, ninguno de sus pronunciamientos (como tampoco ninguno de los pronunciamientos de la presente Resolución) pueden ser interpretados como pronunciamientos de alcance general sobre cuestiones tales como la admisibilidad de la referencia a marcas ajenas en la publicidad de medicamentos genéricos, o la supuesta exigencia de un criterio de necesidad con carácter general para admitir dichas referencias.

2.- Una vez aclarado lo anterior, corresponde a este Pleno acometer el examen del motivo de recurso referido al primer pronunciamiento de la Resolución y, por tanto, a la declarada infracción del artículo 3.7 del Código de Farmaindustria, que dispone lo siguiente: *“Sólo pueden citarse las marcas o nombres comerciales de medicamentos de otras compañías indicando inequívocamente y de forma clara y visible que son propiedad del comercializador de aquéllas”*.

Este precepto tiene por finalidad establecer un requisito que ha de cumplirse en todo caso en la publicidad de medicamentos sometida al Código de Farmaindustria cuando se citen, de conformidad con la normativa deontológica y legislación vigente, marcas o nombres comerciales de otras compañías. En particular se establece la necesidad de que en la propia publicidad se indique que los medicamentos a los que aluden las marcas o nombres comerciales de terceros son propiedad del comercializador de los mismos. Al mismo tiempo, esta indicación relativa al comercializador de los medicamentos ha de reunir una serie de características determinadas. Por una parte, ha de ser “inequívoca” y, por otra, debe realizarse de forma “clara y visible”. La primera de estas características exige que la indicación o advertencia se realice de tal forma que el público destinatario de la publicidad identifique al comercializador de los medicamentos sin que exista margen de duda o error al respecto. Asimismo, el requisito de que la indicación se haga de forma “clara y visible”, no puede interpretarse en el sentido de que basta meramente con que la indicación sea “legible”. En efecto, dicho requisito exige a juicio de este Pleno un grado de perceptibilidad por parte del destinatario de la publicidad que va más allá de la mera legibilidad de la indicación. Por lo demás, esta interpretación es acorde con la propia definición que la Real Academia Española proporciona del adjetivo “clara”: “Que se distingue bien”.

A este respecto, la Sección declaró que la inclusión de la referencia “MSD” en el material reclamado, no cumplía con los requisitos de “claridad” y “visibilidad” que impone el artículo 3.7 del Código de Farmaindustria, toda vez que la referencia “MSD” se incluye en la última página del mismo, en caracteres muy pequeños, al final de la ficha técnica y de modo difícilmente perceptible entre el resto de especificaciones. Sin embargo, Sandoz disiente con dicho pronunciamiento de la Sección al considerar, por una parte, que la Sección no niega que la mención MSD sea inequívoca y, por otra, que la Resolución exige unos requisitos de “inmediatez” o “referencia directa” al titular de medicamento citado en la publicidad que exceden de la “claridad” y “visibilidad” exigidas por el artículo 3.7 del Código de Farmaindustria.

Pues bien, a la vista de las alegaciones de Sandoz, el Pleno considera oportuno aclarar que la Sección en ningún momento se pronunció sobre si la inclusión en la publicidad del acrónimo “MSD” -para referirse a Merck Sharp & Dohme España, S.A- era una indicación inequívoca en el sentido exigido por el artículo 3.7 del Código de Farmaindustria. Y ello debido a que dicha cuestión no había sido objeto de reclamación.

Por otra parte, este Pleno no puede compartir el argumento de Sandoz relativo a la “claridad” y “visibilidad” de la referencia a MSD en el material al que hace referencia la



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

reclamación. Por el contrario, este Pleno coincide con la Sección en que la referencia a MSD al final de la información correspondiente a la ficha técnica no cumple con los presupuestos de “claridad” y “visibilidad” impuestos por dicho precepto. Como ya hemos dicho, no puede confundirse la mera legibilidad con el requisito de que la información se proporcione de forma “clara y visible”. Asimismo, dado que la “claridad y visibilidad” no son cualidades objetivas y absolutas, han de ser valoradas caso por caso y poniéndolas en perspectiva con el resto de elementos que conforman la concreta publicidad. En el caso que nos ocupa la referencia a la marca Singulair® se contiene en un lugar destacado del material, cual es la primera página, en su parte superior, y con un gran contraste. En contraposición, la referencia “MSD” se incluye en la última página del material, en caracteres muy pequeños, al final de la ficha técnica y de modo no fácilmente diferenciable entre el resto de especificaciones.

Por otra parte, la propia recurrente reconoce que la práctica habitual en el sector es incluir la referencia al comercializador del medicamento en la misma página en la que se cita la marca del mismo y no justo a continuación de la información relativa a la ficha técnica del medicamento. En consecuencia, un profesional sanitario habituado a este tipo de publicidad no esperará encontrar la indicación al comercializador del medicamento de referencia justo a continuación de toda la información relativa a la ficha técnica.

A la vista de las anteriores consideraciones, este Pleno comparte la conclusión alcanzada por la Sección de que la referencia al laboratorio comercializador del medicamento Singulair® no cumple con las condiciones exigidas por el artículo 3.7 del Código de Farmaindustria y confirma la Resolución en este punto.

3.- Al hilo del motivo de recurso que acabamos de analizar, Sandoz realiza una interpretación del citado art. 3.7 del Código de Farmaindustria con la que este Pleno disiente y que consideramos oportuno analizar previamente habida cuenta de las implicaciones que puede tener a la hora de analizar el siguiente motivo de recurso.

En efecto, Sandoz alega que el art. 3.7 del Código de Farmaindustria conlleva que la utilización de la marca de otra compañía no resultará contraria a la normativa deontológica, siempre que la referencia al laboratorio sea clara, inequívoca y visible. Y en consecuencia, que la conclusión por parte de la Sección de que el art. 3.7 del Código de Farmaindustria resulta aplicable al material objeto de la reclamación implica que se está aceptando *a priori* que Sandoz puede hacer uso de la marca Singulair de MSD en su publicidad.

Pues bien, como queda expuesto, ni la Resolución de la Sección ni la presente Resolución del Pleno realizan ningún pronunciamiento de alcance general sobre la licitud o corrección de las referencias a marcas ajenas en la publicidad de medicamentos genéricos. Antes bien, se limitan a determinar si un concreto mensaje publicitario, en atención a las circunstancias que concurren en el mismo, incurre en un aprovechamiento indebido de la reputación ajena e infringe por ende el Código de Farmaindustria. Al acometer este análisis, obviamente, una de las circunstancias que se toma en consideración es la referencia a la marca ajena en la publicidad. Pero junto a ella se valoran otras muchas circunstancias, ya enumeradas en anteriores fundamentos deontológicos, y que son las que, en su conjunto, llevan a la Sección (y ahora al Pleno) a las conclusiones que se reflejan en la Resolución. Estas conclusiones, en fin, se ciñen a la corrección de la concreta publicidad objeto de la reclamación a la luz del Código de Farmaindustria, sin que en ningún caso reflejen pronunciamientos de alcance general sobre la admisibilidad de la referencia a una marca ajena en la publicidad.



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

En consecuencia, frente a las conclusiones alcanzadas por la Sección, difícilmente puede objetarse que el artículo 3.7 del Código de Farmaindustria admite la referencia a una marca ajena en la publicidad, pues no es esta referencia –como hecho aislado- la que ha sido objeto de análisis en la Resolución.

A mayor abundamiento, y a efectos puramente dialécticos, debe destacarse que, contrariamente a lo alegado por Sandoz, este Pleno considera que no cabe concluir que el art. 3.7 del Código de Farmaindustria reconozca un derecho ilimitado de uso de la marca ajena, de tal forma que cualquier utilización de una marca ajena resulte admisible siempre que se cumplan los requisitos del citado precepto. Por el contrario, una recta interpretación del mismo debe conducirnos a declarar que la finalidad del artículo 3.7 del Código de Farmaindustria es regular ciertos requisitos específicos del uso de la marca ajena en la publicidad de medicamentos, pero tan sólo en aquellos supuestos en que dicho uso sea aceptable en atención a las circunstancias del caso y a las normas que resulten de aplicación, tanto deontológicas como legales. En consecuencia, la corrección del uso de la marca ajena en la publicidad debe determinarse caso por caso, tal y como hizo la Sección en la Resolución de instancia y de forma independiente al análisis del cumplimiento del artículo 3.7 del Código de Farmaindustria.

4.- Llegados a este punto, el Pleno debe pronunciarse sobre si la publicidad objeto del presente procedimiento es contraria a la norma 3.8 del Código de Farmaindustria y a la norma 20 del Código de Conducta Publicitaria.

Conviene recordar que dichos preceptos establecen, respectivamente, que “3.8 la publicidad comparativa deberá respetar en todo caso las normas de una competencia leal” (precepto que, como señaló la Resolución, debe ponerse en relación con los artículos 10 y 12 de la Ley de Competencia Desleal, que regulan la publicidad comparativa ilícita y los actos de aprovechamiento indebido de la reputación ajena); y que “20.1 La publicidad no deberá contener ni explícita ni implícitamente referencias a los signos distintivos de otro anunciante, fuera de los casos legal o convencionalmente admitidos o de publicidad comparativa aceptable. 20.2 Los anuncios tampoco deberán imitar el esquema general, texto, eslogan, signos distintivos, presentación visual, música, ni los efectos sonoros de otros anuncios, nacionales o extranjeros, aunque sean de campañas ya concluidas, de tal manera que induzcan a confusión a los destinatarios o signifiquen aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno. En la publicidad debe eludirse todo riesgo de confusión”.

Pues bien, a la vista de los preceptos transcritos, este Pleno coincide plenamente con la Resolución de instancia en que, en el ámbito de publicidad de medicamentos genéricos en el que nos encontramos, el análisis de la existencia de un supuesto de publicidad adhesiva no admite pronunciamientos de carácter general. Por el contrario, la determinación de si la publicidad es conforme con las prácticas comerciales leales debe realizarse caso por caso, tras un examen detallado de la concreta pieza publicitaria y de las circunstancias de difusión de la misma.

Por lo demás, este criterio es acorde con los precedentes jurisprudenciales citados en la Resolución de instancia que coinciden en la necesidad de acudir al caso concreto para determinar la existencia de un supuesto de publicidad adhesiva. Conclusiones que no se ven en absoluto desvirtuadas por el hecho de presentar los casos allí enjuiciados ciertas diferencias con el caso que ahora nos ocupa y de haberse dictado –en el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de febrero de 2006 recaída en el asunto Idaptan- al amparo de la



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

antigua Ley del Medicamento de 1990. Asimismo, y contrariamente a lo expuesto por la recurrente, este criterio es igualmente acorde con el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Madrid, de 7 de mayo de 2014, aportado por Sandoz junto a su recurso, que como veremos más adelante denegó la adopción de las medidas cautelares interesadas atendiendo a las circunstancias concretas del caso –por ejemplo, la falta de preponderancia en las referencias a la marca del tercero-.

5.- Así las cosas, el Pleno coincide igualmente con la Sección en que algunos de los factores que pueden ser relevantes a la hora de determinar si existe un supuesto de publicidad adhesiva contraria a las normas deontológicas en el caso que nos ocupa son los siguientes: (i) en qué medida la referencia a la marca ajena contribuye a la correcta identificación por parte del profesional sanitario del medicamento genérico; (ii) en qué medida las referencias al producto competidor son referencias neutras o, por el contrario, nos encontramos ante una publicidad en la que se da preponderancia a estas referencias hasta el punto de focalizar el mensaje publicitario en gran medida en las mismas; (iii) si las referencias a la marca ajena se incluyen a título informativo o, por el contrario, si la publicidad se centra y focaliza en una equiparación del medicamento promocionado con el de referencia, etc.

Por lo demás, todas estas circunstancias han de ser valoradas en su conjunto, sin que una sola de ellas sea *per se* determinante a la hora de concluir si la publicidad analizada es o no compatible con el Código de Farmaindustria. Esta valoración de conjunto de todas las circunstancias descritas, por lo demás, desvirtúa el argumento alegado de Sandoz según el cual la Resolución de instancia hace depender la calificación de una publicidad como adhesiva del criterio de necesidad de la referencia a la marca ajena. Obviamente, a la hora de analizar la compatibilidad de un mensaje publicitario con el Código de Farmaindustria, debe analizarse – como queda expuesto- en qué medida la referencia a una marca ajena contribuye o no a la identificación del medicamento entre el público destinatario de la publicidad. Debe analizarse, en otras palabras, si la referencia a la marca ajena aporta algo o no aporta nada a la correcta identificación del medicamento entre el público destinatario de la publicidad. Pero, como también se ha dicho, no es éste el único criterio al que debe atenderse. Es sólo una de las varias circunstancias que han de ser atendidas y que, valoradas en su conjunto, serán las que permitan obtener una conclusión en punto a la compatibilidad del mensaje publicitario con el Código de Farmaindustria.

6.- En relación con el primero de los citados criterios, este Pleno considera que, tal y como apreció la Sección, en el caso que nos ocupa la referencia a la marca ajena no contribuye ni aporta nada de cara a la correcta identificación del medicamento promocionado por parte del profesional sanitario al que se dirige la publicidad. En efecto, según determinó el perito independiente que compareció en la vista oral ante la Sección, tanto el principio activo montelukast como el medicamento de referencia “Singular®” –que según consta en el Centro de Información online de Medicamentos de la AEMPS (CIMA) obtuvo la primera autorización de comercialización en 1998- son sobradamente conocidos en España entre los profesionales sanitarios. En consecuencia, el perito (en conclusiones que este Jurado asume) dijo que, para los profesionales sanitarios a los que se dirige la publicidad, la referencia al principio activo Montelukast, al laboratorio Sandoz y a las siglas “EFG”, son por si mismas suficientes para la correcta identificación del medicamento promocionado, sin que la referencia a la marca del medicamento de referencia (Singular) añada nada de cara a esta correcta identificación.



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

Frente a estas conclusiones no cabe alegar de contrario, como pretende la recurrente, que la referencia a la marca del medicamento de referencia (Singulair) en la publicidad objeto del procedimiento es necesaria a efectos de que el farmacéutico pueda dar debido cumplimiento al régimen de dispensación y sustitución previsto en la Ley 29/2006. Y ello por cuanto que la aplicación de los supuestos de dispensación y sustitución por parte del farmacéutico depende del denominado “sistema de agrupaciones homogéneas” de medicamentos y no, como parece defender Sandoz, únicamente del hecho de que un medicamento concreto sea genérico de otro. Así lo establece el art. 7.2 del Real Decreto 177/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de precios de referencia y de agrupaciones homogéneas de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, y determinados sistemas de información en materia de financiación y precios de los medicamentos y productos sanitarios: *“El sistema de agrupaciones homogéneas de medicamentos permite la aplicación de los supuestos de dispensación y sustitución previstos en los artículos 85 y 86 de la Ley 29/2006, de 26 de julio”*.

7.- Por otra parte, este Pleno también coincide con la Sección en que las referencias al producto competidor no son neutras. Por el contrario, tienen un carácter marcadamente preponderante en la publicidad. En efecto, habida cuenta de las repetidas referencias al producto competidor (tanto a su marca como a su imagen) en la publicidad de Montelukast Sandoz y de la relevancia y contraste con que las mismas aparecen en relación con el resto de alegaciones del material (en letras destacadas en la primera página del material, en negrita, etc.), debe descartarse que la publicidad que nos ocupa se refiera al producto competidor de forma neutra y como simple medio para facilitar la identificación del producto promocionado. Antes al contrario, las referencias al producto competidor tienen un carácter preponderante. Esta circunstancia, unida al hecho de que aquellas referencias –como hemos dicho- nada añaden de cara a la identificación del producto promocionado, refuerzan la conclusión obtenida por la Sección según la cual la publicidad en cierta medida pretende apoyarse en la reputación del producto competidor para facilitar la penetración en el mercado del producto promocionado.

8.- Por último, también debe valorarse que la publicidad que nos ocupa, lejos de realizar una referencia puntual a un producto competidor con el fin –eventual- de facilitar la identificación del producto promocionado, se focaliza y centra en gran medida en destacar la equivalencia y equiparación entre ambos productos. Así, la publicidad no se limita a indicar que el medicamento promocionado es un genérico de Singulair. También pretende trazar una equiparación absoluta con este medicamento a través de alegaciones como “Mismas indicaciones que el original”, “Genéricos con la calidad del original” etc. En este mensaje inciden también aquellas imágenes del producto promocionado y del medicamento de referencia a través de las cuales se pretende destacar la equivalencia entre las formas de presentación de ambos medicamentos.

Como puede verse, nos encontramos ante un mensaje publicitario que se focaliza en destacar la equivalencia y equiparación entre el medicamento promocionado y el medicamento de referencia, hasta el punto de que las alegaciones y mensajes que inciden en esta equiparación son la práctica totalidad de los recogidos en la publicidad.

9.- Todas las circunstancias anteriores, valoradas en su conjunto, son las que llevan a este Pleno a compartir la conclusión alcanzada por la Sección de que la publicidad analizada incurre en un indebido aprovechamiento de la reputación ajena, con la consiguiente infracción de las normas 3.8 del Código de Farmaindustria y 20 del Código de Autocontrol. En consecuencia, procede confirmar la Resolución recurrida en este punto.



[Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial]

10.- Frente a las conclusiones hasta aquí obtenidas no puede oponerse el contenido del Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Madrid, de 7 de mayo de 2014 aportado por la recurrente.

Prescindiendo ya del hecho de que nos encontremos ante un Auto sobre medidas cautelares (que por lo tanto se pronuncia sólo de manera indiciaria sobre los hechos objeto de demanda), y que dicho Auto no es firme, lo cierto es que su contenido, en vez de oponerse a las conclusiones obtenidas por este Pleno, las refuerza.

En efecto, el citado Auto precisamente desestimó las medidas cautelares interesadas, entre otros motivos, en atención a que la inclusión de la marca del medicamento de referencia en la publicidad debatida no era un elemento “preponderante” de la misma, como se desprende del Fundamento de Derecho 5º, que reproducimos a continuación:

“En el presente caso, la demandada no utiliza la marca EXELON de forma preponderante en los envases de los parches de RIVASTIGMINA que comercializa, y únicamente ha aludido de manera puntual a la biocompatibilidad con dicho medicamento en una publicación de carácter especializado, que precisamente se orienta a complementar los sistemas de información para apoyo a la prescripción en un modo lícito y acomodado a las prácticas leales en materia industrial o comercial”.

Por lo tanto, a la vista del tenor literal del Auto, es claro que sus conclusiones se circunscriben al anuncio de Rivastigmina Teva y no son trasladables a supuestos como el que nos ocupa, en los que la referencia al producto competidor no es una referencia puntual, sino que se revela como un elemento central y destacado de la publicidad.

11.- Por otra parte, Sandoz también alega la incongruencia de la Resolución con pronunciamientos previos del Jurado. Incongruencia que este Pleno debe descartar toda vez que en ninguno de los casos mencionados por Sandoz se entraba en la controversia que ahora nos ocupa.

En efecto, la Resolución de 8 de marzo de 2012 (caso Grünenthal Pharma, S.A. vs. Gebro Pharma, S.A. “CD-PS 02/12 Actividad promocional Feliben®”) únicamente versó sobre la alegada infracción del artículo 3.7 del Código de Farmaindustria derivada de que el material reclamado citaba la marca del medicamento Transtec® sin indicar de forma clara y visible que la misma era propiedad de Grünenthal. Sin embargo, la infracción del artículo 3.8 del Código de Farmaindustria no había sido alegada por las partes.

Algo parecido ocurrió en el segundo caso citado por Sandoz –Resolución de 12 de mayo de 2011, caso Astrazenca Farmacéutica Spain, S.A. vs. Sandoz Farmacéutica, S.A. “CD-PS 16/10 Actividad Promocional Esomeprazol Sandoz Efg”) – en el que la controversia versó acerca de la compatibilidad del material promocional denunciado con la información contenida en la ficha técnica vigente del medicamento Esomeprazol Sandoz EFG y sobre si la presentación de tal medicamento como “alternativa” del medicamento Nexium® Mups era correcta a la vista de las indicaciones terapéuticas autorizadas para uno y otro medicamento.



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

12.- A continuación, y habiendo confirmado la Resolución en los extremos expuestos, este Pleno debe determinar si, en línea con lo alegado por la recurrente, procede la reducción de la cuantía de la sanción de 70.000 euros impuesta a Sandoz.

Al respecto, debe recordarse que la sanción impuesta derivó de la calificación de la infracción como leve, de conformidad con el apartado 1 del artículo 22 del Código de Farmaindustria. A su vez, dentro de esta escala, la Sección estimó que no cabía imponer una sanción mínima toda vez que concurrían varias infracciones en un mismo material y existía intencionalidad en la infracción. Por tanto, el Jurado consideró oportuno fijar la sanción por encima del umbral medio de las sanciones previstas para las infracciones leves e imponer 70.000€ de sanción.

Pues bien, confirmadas las infracciones de los artículos 3.7 y 3.8 del Código de Farmaindustria y del artículo 20 del Código de Conducta Publicitaria en la publicidad reclamada, este Pleno debe confirmar la aplicabilidad del criterio de pluralidad de infracciones a la hora de valorar la cuantía de la sanción. Sin embargo, una vez analizados los distintos escritos de las partes y los documentos aportados, este Pleno alberga dudas de que la comisión de las citadas infracciones se realizara con un grado tal de intencionalidad por parte de Sandoz como para constituir un agravante de la sanción.

Así las cosas, procede acoger el motivo del recurso en este punto y reducir la cuantía de la sanción impuesta a 30.000 euros.

13.- El anterior fundamento implica una estimación parcial de las pretensiones de la recurrente, por lo que, de conformidad con la norma 22.6 del Código de Farmaindustria, el Pleno del Jurado debe imponer el pago de los gastos administrativos que dimanen de la tramitación del presente recurso de alzada a ambas partes por mitad, de acuerdo con las tarifas vigentes aprobadas por los órganos directivos de Autocontrol.

En lo que concierne a los gastos administrativos dimanantes de la tramitación del procedimiento en primera instancia, estos deben quedar necesariamente distribuidos tal y como estableció la Sección Sexta del Jurado, pues la revisión de la sanción económica que ha realizado este Pleno no altera en lo sustancial el contenido de la Resolución de instancia, en el sentido de estimar parcialmente la reclamación presentada. Y puesto que la reclamación presentada (tanto en la instancia como ahora en el Pleno) sólo ha sido objeto de estimación parcial, los gastos administrativos de tramitación de la instancia deben ser también asumidos por ambas partes.

En atención a todo lo hasta aquí expuesto, el Pleno del Jurado de Autocontrol

ACUERDA

1º.- Estimar parcialmente el recurso de alzada interpuesto por Sandoz Farmaceútica, S.A. frente a la Resolución de la Sección Sexta del Jurado de 8 de mayo de 2014 en relación con la fijación de la cuantía de la sanción.



[Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial]

2º.- Reducir la sanción impuesta a Sandoz Farmacéutica, S.A. en la Resolución recurrida, de forma que esta sanción queda fijada, por aplicación del artículo 22.2 del Código Español de Buenas Prácticas de la Industria Farmacéutica, en treinta mil euros (30.000€), manteniéndose en sus propios términos los restantes pronunciamientos de la Resolución recurrida.

3º.- Imponer a Sandoz Farmacéutica, S.A. y a Merck Sharp & Dohme España, S.A, por aplicación del artículo 22.6 del Código Español de Buenas Prácticas de la Industria Farmacéutica, el pago por mitad de los gastos devengados ante Autocontrol por la tramitación del presente recurso de alzada, conforme a las tarifas vigentes aprobadas por los órganos directivos de Autocontrol.