



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

RESOLUCIONES DEL JURADO DE LA PUBLICIDAD

UNIDAD DE SUPERVISIÓN DEONTOLÓGICA DE FARMAINDUSTRIA

vs.

LABORATORIOS CINFA, S.A.

(“Incentivos”)

RESUMEN:

La Sección Tercera del Jurado de la Publicidad ha resuelto la reclamación presentada por la Unidad de Supervisión Deontológico de Farmaindustria contra la práctica de incentivos, de la que es responsable la compañía Laboratorios Cinfa, S.A..

La práctica de incentivos objeto de reclamación consiste, por un lado, en la entrega de unidades gratuitas de medicamentos de prescripción por la compra de producto por parte de las oficinas de farmacia, a través de la distribuidora; y por otro lado, la aplicación de descuentos por la compra de unidades de un mismo producto.

El reclamante hace constar que informó al denunciado de las bonificaciones que la distribuidora realizaba a las oficinas de farmacia de medicamentos de prescripción propios de Laboratorios Cinfa. Según Farmaindustria, la respuesta obtenida por parte del Laboratorio fue que no podía instar a las empresas de distribución la cesación de dicha práctica, ya que, con ello, vulneraría la Ley de Defensa de la Competencia.

Así pues, la argumentación defendida por la Unidad de Supervisión Deontológica de Farmaindustria se basa en el art. 10 del Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de los Medicamentos, así como la Guía que lo desarrolla, entendiéndose que dicha entrega de bonificaciones constituye un incentivo a la dispensación de determinados medicamentos. En otro orden de cosas, alega infracción del Art.15 de aquel, por cuanto se ha constatado la falta de colaboración del Laboratorio en el respeto de los principios que integran el Código.

El Jurado basa su resolución en el art.17 del Decreto sobre Publicidad de los medicamentos de uso humano, así como, en el art.10 del Código de Farmaindustria. De tales preceptos se desprende la prohibición de incentivos a los profesionales implicados en los procesos de prescripción.

La Sección Tercera señala que tal prohibición encuentra una salvedad en los descuentos por volumen de compra o por pronto pago, aunque, entiende que, al constituir una excepción al principio general de prohibición de los incentivos, tal singularidad debe ser objeto de una interpretación estricta, atendiendo al caso concreto.

Así, en el asunto que nos ocupa, la Sección Tercera, respecto a la entrega gratuita de unidades adicionales de producto por la compra de éste, entiende que dicha práctica debe ser considerada como un descuento en especie, viéndose afectado por la prohibición general, antes aludida. A su juicio, en el supuesto en cuestión, los descuentos que implican las entregas gratuitas resultan del todo excesivos una vez atendidos su importe y el volumen de compra exigido para acceder a los mismos.

Finalmente, tras aludir a la Decisión vinculante nº 34 de 16 de mayo de 2004, en la que la Comisión Deontológica precisa que no puede fijarse un porcentaje, a partir del cual, la actividad de suministro suponga un incentivo, la Sección Tercera manifiesta que, en ausencia de una decisión por parte de Farmaindustria, el Jurado ostenta competencia para fijar un porcentaje de descuento admisible, ya que, en caso contrario, el precepto aludido no podría ser aplicado nunca.

En consecuencia, la Sección Tercera del Jurado de Autocontrol estima la infracción por la entidad reclamada del art.10 del Código de Buenas Prácticas para la Promoción de Medicamentos.

TEXTO COMPLETO DE LA RESOLUCIÓN:

UNIDAD DE SUPERVISIÓN DEONTOLÓGICA DE FARMAINDUSTRIA

vs.

LABORATORIOS CINFA, S.A.

(“Incentivos”)

En Madrid, a 15 de diciembre de 2004, reunida la Sección Tercera del Jurado de la Publicidad de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidida por D. Rafael de Mendizábal Allende, para el estudio y resolución de la reclamación presentada por la Unidad de Supervisión Deontológica de Farmaindustria frente a una oferta publicitaria de la que es responsable Laboratorios Cinfa, S.A., emite la siguiente

RESOLUCIÓN

I.- Antecedentes de hecho.

1.- Mediante escrito de 16 de noviembre de 2004, la Comisión Deontológica de Farmaindustria dio traslado a Autocontrol, de acuerdo con el Art. 4.5 del Reglamento de la Comisión Deontológica de la Industria Farmacéutica y del Convenio suscrito entre Farmaindustria y Autocontrol, de la reclamación presentada el 10 de junio de 2004 por la Unidad de Supervisión Deontológica de Farmaindustria (en lo sucesivo, FARMAINDUSTRIA), contra Laboratorios Cinfa, S.A. (en lo sucesivo, LABORATORIOS CINFA), contra la práctica de incentivos y tras haberse intentado mediación entre las partes ante la Comisión Deontológica, sin haberse alcanzado ningún acuerdo.

2.- La práctica de incentivos objeto de la presente controversia consiste, por un lado, en la entrega de unidades gratuitas de medicamentos de prescripción por la compra de producto por parte de las oficinas de farmacia, a través de la distribuidora; y por otro lado, en la aplicación de descuentos por la compra de unidades de un mismo producto.

En prueba de tal conducta la reclamante adjunta como Documento nº 1 oferta de bonificaciones de distintas distribuidoras por la compra de productos farmacéuticos y como Documento nº 2, facturas emitidas por suministro de un solo producto en las que se hace un descuento de un 20%.

3.- La reclamante hace constar, en primer lugar, que FARMAINDUSTRIA informó a los Laboratorios reclamados, a través de burofax, de las bonificaciones realizadas por la distribuidora a las oficinas de farmacia de medicamentos de prescripción propios de LABORATORIOS CINFA. En tal misiva, FARMAINDUSTRIA apercibía a los Laboratorios para que instaran a las distribuidoras de sus productos la cesación de tal actuación. En caso de no recibir contestación de LABORATORIOS CINFA en el plazo de un mes, FARMAINDUSTRIA consideraría que los laboratorios prestaban su consentimiento a la conducta de las distribuidoras.

Ante la respuesta de LABORATORIOS CINFA, en el sentido de que este Laboratorio no podía instar a las empresas de distribución la cesación en el ofrecimiento de bonificaciones a las oficinas de farmacia puesto que ello contravendría los principios básicos de la Ley de Defensa de la Competencia, FARMAINDUSTRIA alega la vulneración del Art. 10 del Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de los

Medicamentos, así como la Guía que lo desarrolla, ya que la entrega de bonificaciones (en este caso en forma de medicamentos gratuitos) constituye un incentivo a las oficinas de farmacia y por tanto contraviene el precepto alegado y por cuanto la aplicación de descuentos de un 20% en el suministro de la especialidad farmacéutica Omeoprazol CN 874305 queda excluido como supuesto de rappel por volumen de compras.

Por último, FARMAINDUSTRIA alega la infracción del Art. 15.1 del Código por cuanto, a juicio de la reclamante, se ha constatado la falta de colaboración del Laboratorio en el respeto de los principios que integran el Código, reincidiendo en su conducta y causando además un evidente perjuicio en la imagen de la industria farmacéutica en general.

Por todo lo anteriormente expuesto, la reclamante solicita al Jurado que dicte Resolución imponiendo al denunciado las sanciones que correspondan de acuerdo con lo establecido en el Art. 18 del Código Español de Buenas Prácticas.

4.- Trasladada la reclamación a LABORATORIOS CINFA, dicha entidad presentó su escrito de contestación denunciando en primer lugar la improcedencia de la reclamación de Farmaindustria que, en su escrito, señala que CINFA ha vulnerado el Código de Buenas Prácticas por aplicar descuentos directamente cuando el requerimiento exige a CINFA instar a las distribuidoras para que cesen en la aplicación de descuentos por volumen de compra.

Asimismo, afirma desconocer qué reglamentación establece el límite porcentual que permite o deniega un descuento por volumen de compras. Igualmente CINFA considera que no es necesario que el descuento se aplique teniendo en cuenta el importe de la factura en concreto; antes bien, puede corresponder a un volumen global de compras de un período anterior pero aplicado a facturas a partir de dicho periodo, y se pregunta por qué los descuentos no son considerados por Farmaindustria como incentivos a la prescripción y las bonificaciones sí.

Por otro lado, argumenta CINFA que, de la documentación aportada, se desprende que son un número elevado de laboratorios los que llevan a cabo bonificaciones en el registro de sus productos y, siendo ello así, Farmaindustria debería interponer denuncia contra todos ellos.

Finalmente, a juicio de LABORATORIOS CINFA, lo que se denuncia en el presente procedimiento no es su falta de respeto a los principios del Código, sino su falta de colaboración a ese respeto. Y en todo caso, falta de colaboración no es lo mismo que falta de respeto. Desde este punto de vista, la conducta de LABORATORIOS CINFA no sería reincidente y todas las infracciones denunciadas de contrario no serían tales.

Solicita, en consecuencia, que el asunto sea tratado en la siguiente reunión de la Comisión, con presencia de ambas partes, y la denuncia archivada de acuerdo con sus alegaciones.

5.- Tras haber sido notificados del traslado de la reclamación al Jurado de la Publicidad de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, LABORATORIOS CINFA remitió escrito de alegaciones de fecha 30 de noviembre de 2004 adjuntando además copia de toda la comunicación mantenida entre las partes a raíz de la reunión de mediación.

La alegación principal de LABORATORIOS CINFA en este nuevo escrito es que el Jurado no es competente para pronunciarse sobre el porcentaje de descuentos o bonificaciones que los laboratorios están autorizados a realizar a las distribuidoras farmacéuticas y oficinas de farmacia sobre sus productos, pese a que la intención de FARMAINDUSTRIA, como así manifestó en el acto de mediación, fuera que un tercero independiente se pronunciara al respecto (considerando asimismo que un porcentaje de descuento "lógico" estaría en torno a un 10-12%).

Por otro lado, CINFA defiende que el órgano competente para regular estas prácticas comerciales es la Comisión de FARMAINDUSTRIA, que ya se habría pronunciado de forma vinculante sobre el

asunto (Decisión Vinculante nº 34 de 16 de mayo de 2004) en el sentido de no poder fijarse un porcentaje a partir del cual la actividad de suministro pueda suponer un incentivo. Antes bien, habría que analizar cada caso en particular con sus circunstancias (criterio que también afirma compartir el laboratorio).

El resto de alegaciones reproducen aquellas ya expuestas en el escrito de contestación a la reclamación de FARMAINDUSTRIA. Así las cosas, concluye solicitando se desestime la misma.

II.- Fundamentos deontológicos.

1.- Este Jurado ya ha tenido ocasión de destacar en otras ocasiones que, en el ámbito de la publicidad de los medicamentos, se ven implicados importantes intereses, entre los que destaca el derecho a la salud. Esta circunstancia, como es bien sabido, provoca que la publicidad de los medicamentos se vea sometida a un régimen más estricto que el aplicable a la publicidad de otros productos o servicios.

2.- Precisamente, una de las características específicas del régimen jurídico aplicable a la publicidad de los medicamentos consiste en la prohibición de incentivos a los profesionales implicados en el proceso de prescripción o dispensación de aquellos. Esta prohibición se recoge con total claridad, tanto en el Decreto sobre publicidad de los medicamentos de uso humano como en el propio Código de buenas prácticas para la promoción de los medicamentos de Farmaindustria. Según el art. 17 del Decreto antes citado, en efecto, “queda prohibido otorgar, ofrecer o prometer a las personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos y en el marco de la promoción de los mismos frente a dichas personas, primas, ventajas pecuniarias o ventajas en especie, con excepción de aquellas que tengan un valor insignificante y que sean irrelevantes para la práctica de la medicina o la farmacia”. Por su parte, el art. 10 del Código de Farmaindustria -en términos similares- dispone lo siguiente: “no podrán otorgarse, ofrecerse o prometerse obsequios, ventajas pecuniarias o en especie a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de

prescripción, dispensación y administración o al profesional administrativo para incentivar la prescripción, dispensación, suministro y administración de medicamentos, salvo que se trate de obsequios de poco valor y relacionados con la práctica de la medicina o la farmacia. Por lo tanto, es admisible la entrega de obsequios tales como utensilios de uso profesional en la práctica médica o farmacéutica o utensilios de despacho de valor insignificante”.

3.- Una vez llegados a este punto, es importante destacar que la prohibición de ofrecer incentivos encuentra una importante excepción: los descuentos por volumen de compra o por pronto pago. Esta excepción se recoge en la Guía de desarrollo del Código de buenas prácticas para la promoción de los medicamentos de Farmaindustria. Según se dispone en la misma, “las bonificaciones en forma de entrega de unidades de producto gratuito y los descuentos (salvo el de pronto pago y los *rappels* por volumen global de compras) a distribuidores mayoristas u oficinas de farmacia, en la medida en que representan un incentivo a la dispensación de determinados medicamentos, suponen una infracción del Código.

4.- Por lo demás, la Comisión Deontológica de Farmaindustria, a través de su decisión vinculante número 34 de fecha 16 de mayo de 2004, ha precisado que “no puede fijarse un porcentaje a partir del cual la actividad de suministro pueda suponer un incentivo. Hay que considerar qué porcentaje de descuento es razonable dentro del tráfico mercantil habitual, analizando cada caso en particular con sus circunstancias, y se han de tener en cuenta la naturaleza y el importe global de las ventas efectuadas dentro de un período de tiempo determinado. En definitiva, el porcentaje de descuento está permitido siempre que resulte razonable, en función de las circunstancias de cada caso”.

5.- Una vez llegados a este punto, cabe concluir que existe, en el ámbito que nos ocupa, una prohibición general de la oferta de descuentos a las oficinas de farmacia. Y esta prohibición general sólo conoce una excepción, relativa a los descuentos por volúmenes de compra y por pronto pago. Esta excepción, sin embargo, no reviste un carácter

absoluto. Antes bien, estos descuentos (admisibles según las normas deontológicas de Farmaindustria) deben ser razonables en función de las circunstancias de cada caso. Y, en ausencia de un criterio fijo por parte de Farmaindustria en punto a los porcentajes de descuento que pueden ser considerados razonables (y, por ende, admisibles) corresponde a este Jurado determinar en cada caso si los descuentos practicados son lícitos. A este respecto, deberá tenerse en cuenta que la admisibilidad de los descuentos por volumen de compra constituye una excepción al principio general de prohibición de los incentivos; y, como tal excepción, deberá ser objeto de una interpretación restrictiva. También se deberá tener presente –en segundo término– que la excepción relativa a la licitud de los descuentos por volumen de compra no puede ser objeto de una aplicación tan laxa y flexible que, en la práctica, frustre los fines perseguidos por el legislador al establecer una prohibición general de los incentivos. Dicho de otro modo, los descuentos por volumen de compra pueden resultar admisibles en la medida en que, por sus características concretas, no se conviertan en la práctica en un incentivo que pueda ejercer una influencia excesiva sobre la decisión profesional de las personas implicadas en el ciclo de dispensación de los medicamentos. Y, al verificar si se cumplen estas circunstancias, deberá atenderse a todas las circunstancias que concurren en cada caso, tales como el importe del descuento, el volumen de compra exigido para acogerse al mismo, la existencia o inexistencia de escalas graduales de descuento en función de los distintos volúmenes de compra, etc.

6.- En el caso que nos ocupa, se han sometido al análisis de este Jurado varias facturas de la entidad reclamada en las que se incluye un descuento de un 20%. El análisis de estas facturas debe llevar al Jurado a concluir que el descuento indicado supone una infracción del art. 10 del Código de Farmaindustria. En primer término, porque no se ha acreditado ante este Jurado que dicho descuento obedezca al volumen de compras. Y, en segundo lugar, porque el porcentaje de descuento aplicado es ciertamente elevado. En ausencia de cualquier prueba por parte del anunciante en relación con las razones que justificarían un descuento lícito de estas

características, existe un serio riesgo de que el mismo se convierta en la práctica en un incentivo que pueda influir excesivamente en las decisiones profesionales de las personas a las que se dirige.

7.- Frente a las conclusiones hasta aquí obtenidas, por lo demás, no cabe alegar (como pretende la reclamada) que el Jurado no ostenta competencia para fijar un porcentaje de descuento admisible. Es cierto, en este sentido, que si Farmaindustria optase por el establecimiento de un porcentaje fijo de descuento, esta decisión (en caso de ser aceptada por los órganos directivos de Autocontrol por los procedimientos al efecto establecidos) tendría carácter vinculante. Pero, en ausencia de una decisión de estas características, el Jurado debe examinar caso por caso si un descuento por volumen de compras resulta razonable o, por el contrario, vulnera la prohibición de los incentivos. En caso contrario, se llegaría al poco aceptable resultado de que el art. 10 del Código de Farmaindustria (que prohíbe los incentivos) no pudiese ser aplicado nunca por este Jurado a los descuentos en tanto no se estableciese por el órgano competente un porcentaje fijo de descuento admisible. Se llegaría de esta forma a una inaplicación *de facto* de la norma recogida en el art. 10 del Código de Farmaindustria. Mas obvia decir que esta norma se encuentra en vigor y resulta perfectamente aplicable.

8.- Frente a las conclusiones alcanzadas por este Jurado, por otra parte, tampoco puede alegarse la existencia de descuentos similares o incluso superiores en el sector relevante del mercado. Como ya se ha tenido ocasión de declarar, a la hora de valorar si un descuento por volumen de compra vulnera la prohibición general relativa a la oferta de incentivos, habrá de atenderse a todas las circunstancias concurrentes en el caso (importe del descuento, volumen de compra exigido, otras circunstancias especiales que justifiquen el descuento, etc.); de donde se desprende que el carácter habitual o usual de un determinado porcentaje de descuento, aún cuando se pueda tomar en consideración, no puede constituir en modo alguno un elemento determinante de la decisión de este Jurado.

RESOLUCIONES DEL JURADO DE LA PUBLICIDAD

9.- Por lo demás, en el caso que nos ocupa, la reclamación presentada por la Unidad de Supervisión Deontológica se dirigía también frente a la práctica –desarrollada por el laboratorio reclamado– consistente en entregar gratuitamente unidades adicionales de producto por la compra de éste. Como ya ha tenido ocasión de declarar en recientes resoluciones este Jurado, este tipo de práctica debe ser considerada como un descuento en especie, viéndose afectada, por tanto, por la prohibición general establecida en el art. 10 del Código de Farmaindustria. En el caso que nos ocupa, es claro que la práctica desarrollada por el laboratorio reclamado infringe este precepto, toda vez que los descuentos que implican las entregas gratuitas (33% por la compra de dos unidades en las ofertas 2+1; 25% por la compra de tres unidades en las ofertas 3+1, etc.) resultan del todo punto excesivos una vez atendidos su importe y el volumen de compra exigido para acceder a los mismos, convirtiéndose así en un claro incentivo prohibido por el art. 10.

10.- Por las razones expuestas, procede estimar íntegramente la reclamación presentada, declarando que la práctica analizada infringe el art. 10 del Código de buenas prácticas para la promoción de los medicamentos de Farmaindustria. Asimismo, procede también instar el cese definitivo de esta práctica y, por aplicación del art. 18 del Código, imponer a la entidad reclamada una sanción económica de 6000 euros, con la advertencia expresa de que la eventual reincidencia en el futuro en prácticas similares a las aquí examinadas podría conllevar el agravamiento de la infracción y de la consiguiente sanción.

Por las razones expuestas, la Sección Tercera del Jurado de Autocontrol,

ACUERDA

1º.- Estimar íntegramente la reclamación presentada por la Unidad de Supervisión Deontológica de Farmaindustria frente a Laboratorios Cinfa, S.A.

2º.- Declarar que las prácticas objeto del presente procedimiento infringen el art. 10 del Código de buenas prácticas para la promoción de los medicamentos de Farmaindustria.

3º.- Instar a la entidad reclamada el cese definitivo de las prácticas objeto del presente procedimiento.

4º.- Imponer a la entidad reclamada, por aplicación del art. 18 del Código de buenas prácticas para la promoción de los medicamentos de Farmaindustria, una sanción de 6000 euros.