

RESOLUCIONES DEL JURADO DE LA PUBLICIDAD

BAYVIT, S.A., LBOS. GÉMINIS, S.A., LBOS. NORMON, S.A., MABO FARMA, S. A., LBOS. ALTER, S.A., RATIOPHARM ESPAÑA, S.A., INDUSTRIAL FCA. CANTABRIA, S.A., MERCK GENÉRICOS, S.L. Y BEXAL FARMACÉUTICA, S.A. vs.

CINFA, S.A.

(“Incentivos”)

En Madrid, a 23 de octubre de 2002, reunida la Sección Primera del Jurado de la Publicidad, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidida por D. Rafael Jiménez de Parga, para el análisis y resolución de la reclamación presentada por Bayvit, S.A., Laboratorios Géminis, S.A., Laboratorios Normon, S.A., Mabo Farma, S.A., Laboratorios Alter, S.A., Ratiopharm España, S.A., Merck Genéricos S.L., Industrial Farmacéutica Cantabria, S.A. y Bexal Farmacéutica, S.A. contra Laboratorios Cinfa, S.A. por la práctica de Incentivos, emite la siguiente,

RESOLUCIÓN

1.- Antecedentes de hecho.

1.- Mediante escrito de 30 de septiembre de 2002, 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 por Bayvit, S.A., Laboratorios Géminis, S.A., Laboratorios Normon, S.A., Mabo Farma, S.A., Laboratorios Alter S.A., Ratiopharm España, S.A., Industrial Farmacéutica Cantabria, S.A., Merck Genéricos, S.L., y Bexal Farmacéutica S.A.

contra Cinfa, S.A., tras haberse intentado mediación entre las partes ante la Comisión Deontológica sin haberse alcanzado ningún acuerdo.

2.- El pasado 10 de septiembre de 2002, Bayvit, S.A., Laboratorios Géminis, S.A., Laboratorios Normon, S.A., Mabo Farma, S.A., Laboratorios Alter, S.A., Ratiopharm España, S.A., Industrial Farmacéutica Cantabria S.A., Merck Genéricos S.L. y Bexal Farmacéutica, S.A. (en lo sucesivo, los LABORATORIOS) presentaron reclamación contra la práctica de incentivos, de la que es responsable Laboratorios Cinfa, S.A. (en lo sucesivo, CINFA).

3.- La práctica de incentivos objeto de la presente controversia consiste en la entrega de unidades gratuitas de producto por la compra de producto por parte de las oficinas de farmacia, a través de los mayoristas farmacéuticos y directamente desde el laboratorio. Concretamente se entregan una unidad de productos de CINFA por cada compra de 3, 4 ó 5 unidades de producto.

4.- Según los reclamantes, dicha práctica de incentivos infringe, en primer lugar, lo dispuesto en la Disposición nº 10 (“Incentivos”), artículo 10.1, del Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de los Medicamentos. En segundo

lugar, consideran aplicable el escrito de la Dirección General de Farmacia del Ministerio de Sanidad y Consumo de fecha de 5 de Junio de 2002, en relación con las bonificaciones por laboratorios a las oficinas de farmacia mediante la entrega de unidades gratuitas de producto. Dicho escrito, en su segundo manifiesto, afirma que las eventuales bonificaciones no estarán incluidas en la posibilidad contemplada con carácter excepcional por el artículo 16 del Real Decreto 1416/1994. Por otra parte, los LABORATORIOS consideran también aplicable el manifiesto tercero del mismo escrito, en el que se indica que la entrega de unidades gratuitas de producto por cada compra que efectúa la oficina de farmacia no estaría amparada por la excepción contemplada en el artículo 17 del mismo Real Decreto, por no ser, a juicio de la Dirección General ni de valor insignificante ni profesionalmente relevante. Los LABORATORIOS alegan que la entidad reclamada continúa entregando, después de la entrada en vigor del citado Código el pasado julio de 2002, unidades gratuitas de producto por la compra de productos en las oficinas de farmacia, a través de los mayoristas farmacéuticos y directamente desde el laboratorio. En su reclamación, los LABORATORIOS adjuntan pruebas que demuestran la entrega gratuita de productos por parte de CINFA a través de mayoristas y directamente a la oficina de farmacia.

Como consecuencia de lo expuesto, los LABORATORIOS solicitan que se tramite dicha reclamación con el objetivo de que CINFA cumpla las condiciones establecidas para la promoción de los medicamentos en nuestro país.

5.- Trasladada la reclamación a la entidad reclamada, ésta presentó escrito de contestación con fecha de 24 de septiembre de 2002. En su escrito, CINFA alega los cambios sufridos en el sector, que han provocado una *“auténtica guerra comercial entre los laboratorios”*, con el fin de situar en su contexto una práctica que según su opinión se ha generalizado. Dicha práctica consiste en extender a las farmacias las tradicionales bonificaciones a los hospitales. Alega en su defensa la existencia de normas que posibilitan dichas prácticas, tales como, el art.

100.1 de la Ley de Medicamentos y los art. 1 y 2 del Real Decreto-Ley 5/2000, de medidas urgentes de contención del gasto farmacéutico público de racionalización del uso de los medicamentos, de los que la reclamada interpreta, a sensu contrario, que no impiden la introducción de competencia entre fabricantes y entre dispensadores. En orden a lo anterior, considera aplicable el art. 5 de la Ley de Medicamentos. En segundo lugar, CINFA alega la conformidad de su conducta, por una parte, con la legislación fiscal. Concretamente, con el apartado 2º del art. 78.3 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido. Por otra parte, afirma la conformidad con el Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de Medicamentos. En este último supuesto, CINFA argumenta que las *“ventajas pecuniarias o en especie”* prohibidas por el art. 10.1 del Código no incluyen las prácticas de incentivos llevadas a cabo por su laboratorio, porque el hecho de que el farmacéutico haya obtenido un descuento no influirá en la decisión del cliente final. A continuación, la reclamada alega que cualquier sanción que pretendiera imponerse carecería de toda base en el art. 10.1 de Código, y que sería ilícita por reducir la libertad de empresa más allá de los límites constitucionales y legales, sobre todo los derivados de la Ley de Defensa de la Competencia. Puesto que, a su entender, lo que se pretende es la eliminación de un competidor del mercado.

6.- La reclamada presentó ante el Jurado de la Publicidad escrito con fecha de 7 de octubre de 2002, en el que reafirma su escrito de contestación presentando ante la Comisión Deontológica de Farmaindustria. Ahora bien, inicia su escrito de alegaciones denunciando la existencia de un escrito de los reclamantes, de 26 de septiembre de 2002, que consistía en una ampliación de la reclamación y en una réplica a las alegaciones de CINFA y del que no se le había dado traslado. En consecuencia, solicita que se le dé conocimiento de dicho texto, para proceder oportunamente. Ampliando su argumentación, CINFA aporta una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 30 de septiembre de 1998. Así mismo, solicita al Jurado que se celebre vista oral. Posteriormente, CINFA presentó, dentro de plazo, escrito de alegaciones complementario,

de fecha 9 de octubre de 2002, aportando, en primer lugar, documentos que prueban la incoherencia del comportamiento de los reclamantes, debido a que ellos mismos también llevan a cabo la práctica de bonificaciones, y en segundo lugar, informa de la negativa del Ministerio de Sanidad y Consumo de calificar las bonificaciones como infracción grave, hecho que confirmaría la licitud de las mismas.

7.- Los reclamantes presentaron ante el Jurado escrito de alegaciones con fecha de 9 de octubre de 2002, mediante el que los LABORATORIOS aportan el escrito de 26 de septiembre de 2002, solicitado por CINFA. En éste, los reclamantes alegan la infracción de la normativa administrativa. En primer lugar, según los LABORATORIOS, la práctica de incentivos infringe el art. 7.2 de la Ley del Medicamento, que prohíbe las ventas con regalo, diferenciándolas de las ventas conjuntas. Por otra parte, alega que también infringe la Ley 25/1990 del Medicamento, modificada por la Ley 66/1997 de Medidas Administrativas y de Orden Social, que prohíbe que se baje el precio industrial del producto (por la bonificación), sin que se notifique al Ministerio de Sanidad y Consumo y se especifique en el precio de venta al público. Del mismo modo, señalan que, por imperativo del RD. 271/1990, sobre intervención de precios de las especialidades farmacéuticas de uso humano, la reducción de los precios industriales máximos debe reflejarse en una baja correlativa del precio de venta al público, beneficiando al consumidor.

8.- Mediante carta de 17 de octubre de 2002, la reclamada presentó escrito de contestación a la ampliación de la reclamación. En primer lugar, CINFA especifica que a pesar de la aplicabilidad del Código de Farmaindustria al asunto que nos ocupa, los reclamantes no han hecho mención de éste en su escrito, por lo que CINFA interpreta que dicho Código no apoya sus pretensiones. A continuación alega que el escrito de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios de 5 de junio de 2002, al no estar publicado, no forma parte del ordenamiento jurídico. CINFA señala que los beneficiarios de la conducta prohibida son “los profesionales sanitarios”. Ahora bien, debe diferenciarse cualitativamente entre médicos y

farmacéuticos, para lo que se vale de un trabajo del Doctor D. Enrique Granda. En segundo lugar, afirma que la diferenciación entre “ventas con regalo” y “ventas conjuntas” es artificiosa, irrelevante e insuficiente, porque las bonificaciones de los laboratorios a las farmacias constituyen una práctica de naturaleza diferente y lícita. A continuación, señala que el art. 2.1 del Real Decreto 271/1990 proclama que “los precios autorizados tendrán la consideración de máximos”, pero que es posible la comercialización a un precio inferior. La reclamada alega que la obligación de trasladar al usuario el beneficio de la reducción del precio, carece de fundamento jurídico alguno. CINFA finaliza sus alegaciones afirmando que las bonificaciones no tienen ninguna posibilidad de promocionar el consumo, solamente consiguen abaratar el coste de adquisición de las farmacias.

9.- A solicitud de la entidad reclamada, y con carácter previo a las deliberaciones de este Jurado, se celebró una comparencia oral en la que las partes aclararon y completaron sus respectivas alegaciones.

II.- Fundamentos Deontológicos.

1.- Según se establece en el artículo 10 del Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de los Medicamentos (voluntariamente aceptado por todas las partes de este procedimiento), “no podrán otorgarse, ofrecerse o prometerse obsequios, ventajas pecuniarias o en especie a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración o al personal administrativo para incentivar la prescripción, dispensación, suministro y administración de medicamentos, salvo que se trate de obsequios de poco valor y relacionados con la práctica de la medicina o la farmacia. Por lo tanto, es admisible la entrega de obsequios tales como utensilios de uso profesional en la práctica médica o farmacéutica o utensilios de despacho de valor insignificante”.

2.- Con este precepto, por lo demás, el Código Español de Buenas Prácticas para la promoción de los medicamentos recoge, en buena medida, las disposiciones legales relativas a la entrega de incentivos o ventajas

como medio de promoción de la prescripción, dispensación o venta de medicamentos. Así, cabe recordar el tenor literal del artículo 17 del Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano. Según se dispone en este precepto, “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 aquéllas que tengan un valor insignificante y que sean irrelevantes para la práctica de la medicina o de la farmacia”.

3.- En el presente procedimiento, ha quedado acreditado –y no ha sido objeto de discusión por las partes– que la parte reclamada entrega a las oficinas de farmacia ciertas unidades gratuitas de producto en función del volumen de compra efectuado por la oficina de farmacia. Las partes, sin embargo, discrepan en punto a la calificación que ha de recibir la entrega de estas unidades gratuitas. Así, mientras la parte reclamante sostiene que se trata de un incentivo prohibido por los preceptos antes transcritos, la parte reclamada entiende que se trata de un descuento lícito.

4.- La doctrina que se ha aproximado al estudio de las bonificaciones realizadas en función del volumen de compra coincide en subrayar que éstas deben ser calificadas como descuentos. Basta comprobar, a este respecto, las palabras del Prof. PALAU RAMÍREZ. En su obra *Descuentos promocionales*, al enfrentarse al concepto jurídico de descuento, este autor afirma que “según el objeto del descuento, puede distinguirse entre descuentos en sentido estricto, descuentos en especie y descuentos financieros. En los primeros, la ventaja consistente en una reducción de precios se hace efectiva mediante la entrega de una mercancía a un precio inferior. En cambio, *existirá un descuento en especie cuando la reducción de precios se materialice en la entrega gratuita de una cantidad o de una o varias unidades adicionales el mismo producto*. Por último, los descuentos financieros consisten en la práctica de condiciones de pago que comportan unos

gastos financieros que no se trasladan o no se trasladan enteramente al consumidor”.

5.- De acuerdo con estas orientaciones doctrinales, las más modernas propuestas normativas en materia de promociones de ventas califican como descuento en especie la entrega de unidades gratuitas del mismo producto en función del volumen de compra. Para comprobarlo, basta acudir al artículo 2 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las promociones de ventas en el mercado interior, de 4 de octubre de 2001. En ella se acoge el siguiente concepto de descuento: “la oferta temporal de una reducción de precio, *una cantidad adicional del mismo bien o servicio comprado que se ofrece sin coste adicional para el comprador*, o un cupón o vale que otorga al comprador de un bien o servicio el derecho a una reducción en el precio de un bien o servicio idéntico en una compra posterior”

6.- La entrega de unidades gratuitas del mismo producto, así pues, debe ser considerada un descuento en especie. Pero esta calificación, como es evidente, no impide que aquella práctica encaje en la prohibición que recogen, tanto el artículo 10 del Código de Buenas Prácticas para la Promoción de los Medicamentos, como el artículo 17 del Real Decreto 1416/1994. Ambos preceptos prohíben la oferta de ventajas “pecuniarias o en especie” como medio para la promoción de la prescripción, dispensación o venta de medicamentos. Y, en ausencia de criterios interpretativos o pronunciamientos administrativos o jurisprudenciales que excluyan supuestos como el que nos ocupa, es inevitable encajar en aquel concepto de ventaja los descuentos en especie consistentes en la entrega de unidades gratuitas de producto en función del volumen de compra.

7.- Por lo demás, no parece que las conclusiones hasta aquí alcanzadas puedan verse alteradas por las normas que regulan el sistema de fijación de precios en la venta de medicamentos, y su incidencia en el ámbito de los descuentos promocionales. Aún cuando estas normas conforman un panorama confuso, lo cierto es que se muestran muy restrictivas en relación con la venta a las

oficinas de farmacia de especialidades farmacéuticas por un precio inferior al precio máximo de laboratorio fijado por el Ministerio de Sanidad. De suerte que la venta de medicamentos a las oficinas de farmacia por un precio máximo inferior al señalado como máximo al Ministerio de Sanidad exige el cumplimiento de unos requisitos que, en apariencia, no se cumplen en el presente caso. Así, los artículos 1 y 2 del Real Decreto 271/90 establecen lo siguiente: “El precio de venta de laboratorio o precio industrial de las especialidades farmacéuticas estará sometido a intervención y será fijado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, de acuerdo con lo que establezca la comisión delegada del Gobierno para asuntos económicos. (...). Los precios autorizados tendrán la consideración de máximos. En el caso de efectuarse la comercialización de una especialidad a un precio menor del autorizado, la empresa deberá notificarlo al Ministerio de Sanidad y Consumo, especificando el nuevo precio de salida de laboratorio y el de venta al público que le corresponda”.

8.- Existe, así pues, una infracción del artículo 10 del Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de los Medicamentos. En la medida en que no existen especiales circunstancias agravantes, procede considerar que estamos en presencia de una infracción leve. Procede también la imposición de la sanción mínima prevista en el Código para este tipo de faltas.

Por las razones hasta aquí expuestas, la Sección Primera del Jurado de Autocontrol

ACUERDA

1º.- Estimar la reclamación presentada por varios laboratorios farmacéuticos contra la entidad CINFA, S.A.

2º.- Declarar que el sistema de entrega de unidades de producto gratuitas en función del volumen de compra a las oficinas de farmacia infringe el artículo 10 del Código de Español de Buenas Prácticas para la promoción de los medicamentos.

3º.- Instar al anunciante el cese de la práctica promocional objeto de reclamación.

4º.- Imponer al anunciante por aplicación del artículo 17 del Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de los Medicamentos de Farmaindustria, una sanción pecuniaria de 6.000 €.