

RESOLUCIONES DEL JURADO DE LA PUBLICIDAD

Recurso de alzada de CINFA, S.A. vs. Resolución Sección Primera de 23 de octubre de 2002.

[Asunto 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 26 de noviembre de 2002, reunido el Pleno del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidido por D. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, por incompatibilidad de D. Carlos Fernández Nóvoa y de D. Enrique Sánchez de León Pérez para el presente asunto, para el estudio y resolución del recurso de alzada presentado por laboratorios CINFA, S.A., frente a la resolución de la Sección Primera del Jurado de fecha de 23 de octubre de 2002, emite la siguiente

RESOLUCIÓN

I.- 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., Industrial Farmacéutica Cantabria, S.A., Merck Genéricos S.L., y Bexal Farmacéutica S.A., contra Laboratorios Cinfa, S.A., tras haberse intentado mediación entre las partes, ante la Comisión Deontológica, sin haberse alcanzado

ningún acuerdo. El pasado 10 de septiembre de 2002, Bayvit, S.A., Laboratorios Géminis, S.A., Laboratorios Normon, S.A., Mabo Farma, S.A., Industrial Farmacéutica Cantabria, S.A., Merck Genéricos S.L., y Bexal Farmacéutica S.A., (en lo sucesivo, LABORATORIOS) presentaron reclamación contra la práctica de incentivos de la que es responsable Laboratorios Cinfa, S.A., (en adelante, CINFA). La práctica de incentivos, cuyo examen constituye el objeto de la presente resolución, consiste en la entrega de unidades gratuitas de producto con la compra del mismo por parte de las oficinas de farmacia, a través de los mayoristas farmacéuticos y directamente desde el laboratorio. Concretamente, se entrega una unidad de producto CINFA por la compra de 3, 4 o 5 unidades del mismo.

2.- Se dan por reproducidos los argumentos esgrimidos por ambas partes, tal como se recogen en la Resolución de la Sección Primera, del pasado día 23 de octubre de 2002.

3.- Mediante resolución de 23 de octubre de 2002, la Sección Primera del Jurado acordó estimar la reclamación presentada por LABORATORIOS contra CINFA, declarando que la práctica de los incentivos infringe el artículo 10 del Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de los Medicamentos, instando al

anunciante al cese de la práctica promocional objeto de reclamación e imponiéndole, en aplicación del artículo 17 del Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de los Medicamentos, una sanción pecuniaria de 6.000 Euros.

4.- El pasado día 4 de noviembre de 2002, CINFA presentó recurso de Alzada frente a la mencionada resolución de la Sección Primera. Con su escrito, la recurrente reafirma su convicción de que las prácticas efectuadas resultan conformes a derecho. Se basa, sumariamente, en los siguientes argumentos: En primer lugar, afirma la recurrente que, dando una lectura teleológica al artículo 10 del Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de los Medicamentos, ha de concluirse que no resulta aplicable al caso que nos ocupa, dado que para que el supuesto de hecho presente tenga acogida en el texto de la norma resulta preciso que el comportamiento de aquél que ofrece o promete obsequios, ventajas pecuniarias o en especie a los profesionales sanitarios, sea susceptible de incentivar la prescripción, dispensación, suministro y administración de los medicamentos, cosa que no es posible en el caso de los farmacéuticos (al contrario que en el de los médicos) por la razón de que éstos no pueden incrementar el número de prescripciones realizadas por el médico ni su valor. Continúa señalando la recurrente, ahondando en esta línea, que la normativa fiscal en general y la Ley del IVA en particular, distinguen claramente, por un lado descuentos o bonificaciones, y por otro incentivos y obsequios. Y que pese a que la noción de *ventajas* pudiera tener un amplitud mayor, conforme al espíritu de la norma ha de entenderse referida únicamente a los regalos (que no han de hacerse a quienes tienen en su mano el poder de elevar el gasto farmacéutico y por ende el consumo y la producción de medicamentos: los médicos). Y más allá, aún cuando se pudiesen incluir dentro del concepto de *ventajas* los descuentos o bonificaciones destinados a los farmacéuticos, la prohibición establecida en el precepto únicamente sería operativa en caso de que la práctica cuestionada tuviera como fin, o como consecuencia, “incentivar la prescripción, dispensación, suministro y administración de medicamentos”. Tal cosa no ha sido demostrada por la parte recurrida, a

decir de la recurrente. Continúa CINFA manifestando que estas prácticas, en las relaciones entre los laboratorios y los farmacéuticos, son una manifestación natural y propia de la libre competencia (bien jurídico de primer orden y que encontramos implícito en el artículo 38 de la Constitución y proclamado abiertamente en el 3 del Tratado de la Unión Europea).

Solicita finalmente CINFA la celebración de una vista oral y manifiesta sus pretensiones: sea dictada una resolución que anule la anterior y con la que se declare la plena conformidad con el artículo 10 del Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de los Medicamentos de la práctica consistente en la entrega de unidades de producto gratuitas a las oficinas de farmacia en función de su volumen de compra.

5.- Trasladado el recurso de alzada a LABORATORIOS, éstos presentaron escrito de impugnación el pasado día 7 de noviembre de 2002, en el que se exponen las contraalegaciones que, en lo sustancial, se detallan a continuación. Manifiestan en primer lugar los LABORATORIOS, su pleno desacuerdo con la interpretación que del artículo 10 del Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de los Medicamentos hace la parte recurrente, puesto que entienden que con la misma se está definiendo otra conducta: el delito de cohecho (a cuya proscripción no puede estar orientado el Código). Continúan los LABORATORIOS indicando que pudiendo los farmacéuticos concretar la prescripción DOE (art. 89 de la Ley del Medicamento), sustituir en otros los medicamentos objeto de prescripción (art. 90 de la misma Ley), debiendo en otros sustituirlos (art. 94 de la Ley) y pudiendo dispensar libremente los medicamentos publicitarios, *no resulta ético* (sic) que la promoción de los medicamentos dirigida a los farmacéuticos se efectúe por medio de otorgamiento de ventajas en especie, como lo son las entregas de medicamentos sin precio para propiciar la venta de los mismos por el lucro que ello les reporta, y no de otros cuyos laboratorios no dan tales bonificaciones, lucro que pueden obtener los farmacéuticos por la facultad de concreción, sustitución o dispensación libre de medicamentos que en determinados casos les

atribuye la ley. Para ratificar lo dicho, la recurrida trae a colación algunas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Continúan los LABORATORIOS manifestando que el artículo 10 del Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de los Medicamentos, en aras de preservar la buena fe promocional, prohíbe de forma expresa tanto las ventajas como los obsequios, sean ofrecidas unas u otros a médicos o a farmacéuticos.

En cuanto a la pretensión de la parte recurrente de excluir de la aplicación del Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de los Medicamentos del presente caso, la recurrida manifiesta su desacuerdo al entender que CINFA se ha comprometido voluntariamente a respetar en sus actividades promocionales los principios que el Código recoge, siendo exclusivamente labor del Pleno, por otra parte, la de enjuiciar si la conducta denunciada integra el supuesto de hecho de la norma prohibitiva del Código Deontológico, alegada como infringida, a los efectos de declarar la comisión de la infracción e imposición de la sanción que corresponda. Lo anterior no obsta para que LABORATORIOS manifieste su convicción de que la conducta objeto de denuncia constituye, además de una infracción deontológica, una infracción legal y un acto injusto (administrativamente y desde el punto de vista de la libre Competencia y de la Competencia desleal).

En cuanto a los ilícitos administrativos se invocan por la reclamante, entre otras, las siguientes disposiciones: el artículo 7.2 de la Ley del Medicamento (relativo al ofrecimiento de incentivos, primas u obsequios), el 30 del Real Decreto 414/1996, de 1 de marzo, de regulación de productos sanitarios (atinente también al ofrecimiento de primas, ventajas pecuniarias o ventajas en especie a determinados profesionales), el artículo 17 del Real Decreto 1416/1994 de 25 de junio, regulador de la publicidad de los medicamentos de uso humano (en la misma línea que los anteriores).

Continúan los LABORATORIOS alegando la infracción de la normativa relativa a los precios industriales y de venta al público de los medicamentos, al comercializarse estos últimos a un precio inferior sin que sea trasladada la rebaja al consumidor. En el marco de la libre competencia manifiesta la recurrida que CINFA practica una conducta prohibida en el apartado d) del artículo 11 de la Ley de Defensa de la Competencia al colocar a sus competidores en una situación de desventaja mediante la aplicación a sus relaciones comerciales con los farmacéuticos de unas condiciones ilegales; y finalmente, en el ámbito de las Competencia desleal, manifiesta LABORATORIOS que el recurrente infringe con su conducta el artículo 15.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, y recuerda que el Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de los Medicamentos recoge expresamente el criterio de la competencia desleal en la Disposición 17.1 f).

Solicita LABORATORIOS, en consecuencia con todo lo expuesto, sea confirmada la Resolución de instancia y sean impuestos los gastos a la recurrente.

6.- Tal y como se ha apuntado, CINFA solicitó en su recurso de alzada la celebración de una nueva vista oral. Por su parte, los LABORATORIOS han solicitado en su escrito de impugnación la no celebración de dicha vista. A la vista de las peticiones contradictorias de ambas partes, el Presidente del Pleno decidió la no celebración de dicha vista, habida cuenta del hecho de que ya se había celebrado una vista oral ante la Sección y de que se estimó que el Pleno contaba con los elementos de hecho suficientes para adoptar una resolución.

II.- Fundamentos deontológicos.

1.- El Pleno del Jurado quisiera comenzar esta resolución confirmando la acertada calificación jurídica que la Sección ha realizado de las bonificaciones objeto de examen. Aún cuando la parte recurrente niega, no la calificación, sino la oportunidad de ésta, lo cierto es que gran parte de los escritos presentados por las partes en la instancia se destinaban a debatir en torno a la calificación jurídica de las bonificaciones practicadas por

la parte reclamada. Y, en estas circunstancias, sólo cabe confirmar la oportunidad y acierto de la Sección cuando afirma que aquellas bonificaciones constituyen descuentos en especie, calificación ésta que merece el descuento cuando la reducción de precios se materialice en la entrega gratuita de una cantidad o de una o varias unidades adicionales del mismo producto.

2.- Así las cosas, es obvio que la práctica de descuentos en especie (a través de la entrega gratuita de unidades adicionales del producto adquirido) constituye una ventaja pecuniaria que infringe la prohibición que recoge el artículo 10 del Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de los Medicamentos. Bajo el rótulo “Incentivos”, este precepto establece 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 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”.

3.- Frente a esta conclusión, la parte recurrente alega que los descuentos en especie practicados, aún cuando constituyesen una ventaja pecuniaria, no infringirían el transcrito artículo 10, pues no se dirigirían a “incentivar la prescripción, dispensación, suministro y administración de medicamentos”, pues el farmacéutico no puede alterar la prescripción ordenada por el médico ni influir, por ende, en la decisión de compra del consumidor. Este argumento, sin embargo, no puede ser aceptado. Por un lado, porque ha quedado acreditado que el ordenamiento vigente reconoce a los farmacéuticos ciertas posibilidades de sustitución del fármaco prescrito por el médico, y ciertas facultades de elección en la dispensación de especialidades farmacéuticas publicitarias. Y por otro lado, porque la aceptación de los argumentos de la reclamante conduciría a una conclusión

contraria al contenido del propio artículo 10. Llevados a su extremo, en efecto, los argumentos de la reclamante llevarían a concluir que los obsequios y ventajas entregadas a los farmacéuticos nunca infringirían el artículo 10, pues nunca tendrían por objeto incentivar la dispensación de medicamentos. Conclusión ésta que contradice el propio tenor literal del artículo 10, que menciona en varias ocasiones a los farmacéuticos y a las oficinas de farmacia como posibles receptoras de los incentivos que aquella norma pretende prohibir.

4.- En fin, aún cuando quisiéramos conceder alguna relevancia al argumento esgrimido por la recurrente, lo cierto es que éste sólo sería válido en la aplicación del artículo 10 del Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de los Medicamentos. Aquel argumento, sin embargo, resultaría irrelevante para la aplicación del artículo 17 del Real Decreto 1416/1994, por el que se regula la publicidad de medicamentos de uso humano, y por ende para la aplicación también del principio de legalidad que consagra el artículo 2 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol. Aquel precepto, en efecto, prohíbe el ofrecimiento de ventajas pecuniarias a las personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos, con independencia de cuál sea la finalidad de la oferta. Según el artículo 17 “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 la farmacia”.

5.- Por otro lado, la parte recurrente también alega la incompatibilidad de las conclusiones alcanzadas por este Jurado con el principio de libre competencia. Mas lo cierto es que las conclusiones que en su día alcanzó la Sección (y que hoy ratifica este Jurado) son sólo la consecuencia de una lectura directa y literal del artículo 10 del Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de los Medicamentos, precepto que alude expresamente a las ventajas pecuniarias. Y, como es evidente, no puede este Jurado

dudar de la compatibilidad con el principio de libre competencia de un precepto ético que se limita a reproducir una norma legal. No olvidemos, en efecto, 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 el cual “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 la farmacia”. En todo caso, este Jurado no puede dejar de mostrar su sorpresa por las alegaciones de la recurrente en punto a la compatibilidad del Código con el principio de libre competencia; si la prohibición recogida en el artículo 10 constituyese una práctica concertada (circunstancia ésta de la que cabe dudar, por las razones ya expuestas), la entidad recurrente sería una de las empresas afectadas por el acuerdo restrictivo, al formar parte de la asociación que ha aprobado el Código y que ha encomendado su aplicación a este Jurado.

Por las razones expuestas, el Pleno del Jurado de Autocontrol de la Publicidad,

ACUERDA

Desestimar el recurso de alzada interpuesto por CINFA, S.A. frente a la resolución de la Sección Primera del Jurado de 23 de octubre de 2002.