

RESOLUCIONES DEL JURADO DE LA PUBLICIDAD

**RECURSO DE ALZADA DE
LABORATORIOS ALTER, S.A.
VS.**

RESOLUCIÓN SECCIÓN TERCERA DE 15 DE DICIEMBRE DE 2004

**(ASUNTO: UNIDAD DE SUPERVISIÓN DEONTOLÓGICA DE FARMAINDUSTRIA VS.
LABORATORIOS ALTER, S.A. - "INCENTIVOS")**

RESUMEN:

El Pleno del Jurado de Autocontrol ha resuelto la reclamación presentada el pasado día 30 de diciembre de 2004 por Laboratorios Alter contra la resolución de la Sección Tercera del Jurado de 15 de diciembre de 2004.

El recurrente entiende que dicha Sección actúa como un árbitro de derecho, por lo que su pronunciamiento debe atender, únicamente, al Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de Medicamentos y a la interpretación de los mismos por los Tribunales. En base a esto, Alter alega no haber encontrado ningún argumento que tenga contenido jurídico que respalde dicho pronunciamiento. A su juicio, resulta inaceptable que la resolución en cuestión, únicamente, se sostenga en base en la opinión subjetiva del Jurado. Por consiguiente, los Laboratorios considera que la resolución emitida por la Sección Tercera adolece del vicio de falta de motivación, indispensable al tratar de arbitraje de derecho.

En su resolución, el Pleno señala, en primer lugar, que el Jurado de Autocontrol no actúa como árbitro, excepto en aquellos supuestos en que las partes así lo acuerden, como se desprende del art.33 del Reglamento del Jurado. Por consiguiente, el Pleno entiende que el Jurado, únicamente, debe adaptar su actuación a su propio Reglamento y aplicar, exclusivamente, las normas éticas o deontológicas recogidas en los correspondientes Códigos de Conducta Publicitaria.

En cuanto al fondo del asunto, 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.

El Pleno, tal y como constató la Sección Tercera, señala que dicha 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, debido al carácter excepcional de la regla que admite los descuentos, el Pleno manifiesta que, en estos supuestos, se debe acreditar ante el Jurado que existen circunstancias que justifican un determinado porcentaje de descuento.

Por consiguiente, trasladando estas consideraciones al caso concreto, el Pleno señala que, habiéndose practicado un descuento del 25% por un volumen de compra que asciende a 600 euros, Alter no ha acreditado ninguna circunstancia excepcional que justifique la aplicación de tan elevado porcentaje en proporción al volumen de compras exigido.

En consecuencia, el Pleno del Jurado de Autocontrol desestima el recurso de alzada interpuesto por Laboratorios Alter, S.A. rente a la resolución de la Sección Tercera del Jurado de 15 de diciembre de 2004.

TEXTO COMPLETO DEL RECURSO DE ALZADA:

Recurso de alzada de LABORATORIOS ALTER, S.A.

vs.

Resolución Sección Tercera de 15 de diciembre de 2004

**(Asunto: Unidad de Supervisión
Deontológica de Farmaindustria vs.
Laboratorios Alter, S.A. - "Incentivos")**

En Madrid, a 26 de enero de 2005, reunido el Pleno del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidido por D. Carlos Fernández-Nóvoa, para el análisis del recurso de alzada presentado por Laboratorios Alter, S.A. frente a la Resolución de la Sección Tercera del Jurado de 15 de diciembre de 2004, emite la siguiente

RESOLUCIÓN

I.- Antecedentes de hecho.

1.- El pasado día 30 de diciembre 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 23 de junio de 2004 por la Unidad de Supervisión Deontológica de Farmaindustria contra LABORATORIOS ALTER, S.A. (en lo sucesivo, ALTER) contra la práctica de incentivos y tras haberse intentado mediación entre las partes ante la Comisión Deontológica, sin haberse alcanzado ningún acuerdo.

2.- Se da por reproducida la explicación referente a la práctica de incentivos objeto de reclamación, así como los argumentos esgrimidos por ambas partes, tal y como se recogen en la Resolución de la Sección Tercera del Jurado de 15 de diciembre de 2004.

3.- Mediante resolución de fecha 15 de diciembre de 2004, la Sección Tercera del Jurado de la Publicidad acordó estimar la reclamación interpuesta, instando al anunciante al cese de la práctica reclamada, y acordando la imposición de una sanción pecuniaria de 6.000 Euros.

4.- El pasado día 30 de diciembre de 2004, ALTER presentó Recurso de Alzada contra la mencionada resolución. En su escrito ALTER hace una detallada explicación de cuáles son los motivos por los que interpone recurso de alzada. En primer lugar, entiende que en base al Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de los medicamentos, su Guía de desarrollo así como a la propia normativa que regula el funcionamiento de Autocontrol, el Jurado actúa como un arbitro de derecho y no de equidad. Entiende que de la normativa mencionada se desprende que el arbitraje de equidad es un régimen subsidiario sometido a consentimiento expreso. Por lo tanto, al actuar el Jurado como un arbitro de derecho, la resolución únicamente podría basarse en normas legales o acordadas por ambas partes y en las interpretaciones dadas a las mismas por los Tribunales de Justicia. Por lo tanto, tal pronunciamiento debería atender, exclusivamente, al Código Español de Buenas Prácticas para la promoción de los medicamentos y a la interpretación de los mismos por los Tribunales. Así pues, siguiendo este razonamiento, ALTER, alega no haber encontrado ningún argumento que tenga contenido jurídico que respalde dicha resolución. Entiende que esta no puede sostenerse, únicamente, en base a la opinión subjetiva del Jurado, el cual, sin baremo alguno, ni estudios de mercado que lo avalen, resuelve diciendo que, desde su punto de vista, el descuento aplicado es excesivo. En este sentido, la parte recurrente reitera que las únicas normas aplicables a este expediente son el CEBP y su Guía de Desarrollo, en las que el supuesto de descuentos por volumen de compras está permitido, no fijándose, en ninguna parte, que límite es el habitual o autorizado. Por consiguiente, ALTER recurre la resolución emitida por la Sección Tercera al considerar que esta adolece del vicio de falta de motivación, indispensable al tratarse de un arbitraje de derecho.

En otro orden de cosas, ALTER señala que el Jurado de Autocontrol no tiene conocimientos técnicos específicos para saber si un descuento es excesivo o habitual. En este sentido, la parte recurrente alega que la propia Comisión Deontológica dictó una Decisión vinculante que establecía que no se podía fijar un porcentaje para determinar si un descuento era o no incentivo, siendo necesario analizar cada caso en particular con sus circunstancias. A juicio de ALTER, es inaceptable que la Sección Tercera del Jurado haya calificado un porcentaje como elevado cuando ni siquiera la Comisión Deontológica pudo aclarar este extremo tras la consulta planteada.

Finalmente, la parte recurrente lanza al aire la siguiente cuestión. En el caso de que, tras el recurso de alzada, el Jurado continuase estimando que un 25% es excesivo, ¿qué porcentaje debería aplicar a partir de ahora para no vulnerar el art. 10 del CEBP?. Entiende que de no facilitarse unos baremos a las empresas del sector farmacéutico, no sería raro que la recurrente volviera a aplicar estos descuentos y, por ende, infringiendo dicho artículo.

5.- Por su parte, la Unidad de Supervisión Deontológica de Farmaindustria con fecha 12 de enero de 2005, presentó escrito de contestación al recurso de alzada planteado de contrario. Tras ratificarse en lo manifestado en su escrito de fecha 23 de junio de 2004, alega que, a su juicio, la acción promocional llevada a cabo por ALTER representa un claro incentivo a la dispensación de sus medicamentos, y no un contrato de descuento comercial por venta, como la parte recurrente quiere hacer creer. En este sentido, señala que la práctica de estas acciones no solo vulnera los preceptos del Código y de su Guía de desarrollo, sino que además suponen un acto de competencia desleal, ya que con ello se persigue incentivar ilícitamente la dispensación de determinados medicamentos en detrimento de aquellos titularidad de otros laboratorios. Respecto a los argumentos esgrimidos por el denunciado, la Unidad de Supervisión Deontológica señala que la resolución se encuentra debidamente fundamentada y motivada. Por consiguiente, entiende que al no haber aportado el denunciado argumentos ni elementos

probatorios adicionales, el Pleno del Jurado no debe pronunciarse sobre el fondo de manera diferente.

Así pues, concluye la Unidad de Supervisión Deontológica de Farmaindustria su escrito solicitando se desestime el Recurso de Alzada presentado por ALTER.

II.- Fundamentos deontológicos.

1.- La parte recurrente inicia su recurso de alzada invocando la infracción de diversos preceptos de la Ley de Arbitraje. A este respecto, debe subrayarse que el Jurado de Autocontrol no actúa como árbitro, excepto en aquellas hipótesis en que las partes así lo acuerden expresamente, formalizando al efecto el oportuno convenio arbitral. Así se desprende de lo dispuesto en el art. 33 del Reglamento del Jurado, conforme al cual, “el Jurado podrá actuar como árbitro institucional, si las partes contendientes convienen en ello”.

Así las cosas, fuera de aquellas hipótesis en las que las partes designen expresamente al Jurado como árbitro, formalizando al efecto el necesario convenio arbitral, el Jurado no actúa como árbitro, sino como órgano independiente de control deontológico designado por la industria publicitaria para velar por el cumplimiento de los códigos de conducta que ésta misma adopta. Por consiguiente, el Jurado no adapta su actuación a la Ley de Arbitraje, sino a su propio Reglamento. Y, en sus resoluciones, el Jurado no aplica normas legales, sino sólo las normas éticas o deontológicas recogidas en los correspondientes Códigos de Conducta Publicitaria (generales o sectoriales) cuya aplicación se le haya encomendado.

En estas circunstancias, deben ser rechazadas las alegaciones de la parte recurrente en punto a un eventual incumplimiento de la Ley de Arbitraje o en relación con la ausencia de motivación jurídica en la resolución impugnada. Reiteramos una vez más que la primera no es aplicable en casos como el que nos ocupa, en los que –en ausencia de una designación expresa como árbitro– el Jurado actúa como órgano de control deontológico. Y, por su parte, la resolución recurrida se encuentra perfectamente motivada, al apoyar su decisión

en las normas y preceptos del Código de buenas prácticas para la promoción de los medicamentos que resultaban aplicables.

2.- En relación con el fondo del asunto, debe recordarse una vez más que en materia de publicidad de los medicamentos rige una clara prohibición de la oferta de incentivos a los profesionales implicados en el proceso de dispensación o prescripción de aquéllos. Así se desprende, tanto del Decreto sobre publicidad de los medicamentos de uso humano, como del 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 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 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”.

3.- Tal y como constató la Sección en la resolución recurrida, la prohibición hasta aquí reseñada (plenamente aplicable a los descuentos) conoce 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, el Pleno comparte en su integridad y hace suyos los criterios interpretativos que, en relación con la excepción antes trascrita, establece la Sección en la resolución recurrida. Así las cosas, debe tenerse presente que en ausencia de un criterio fijo por parte de Farmaindustria en punto a los porcentajes de descuento que pueden resultar admisibles, corresponde al Jurado determinar en cada caso si los descuentos aplicados 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 que, como tal excepción, deberá ser objeto de una interpretación restrictiva. Como con acierto subraya la Sección, la excepción relativa a los descuentos por volumen de compra no puede ser objeto de una interpretación flexible que, en la práctica, vacíe de contenido la prohibición general de los incentivos. De suerte que los descuentos por volumen de compra sólo resultarán 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.

5.- En definitiva dado el carácter excepcional de la regla que admite los descuentos por volúmenes de compra (en relación con la prohibición general de los incentivos) debe acreditarse ante el Jurado, en cada caso concreto, que existen circunstancias que justifican un determinado porcentaje de descuento. En lugar de fijar un porcentaje fijo admisible con carácter general (cuyo establecimiento correspondería en todo caso a Farmaindustria), el Jurado entiende que la admisibilidad del porcentaje de descuento aplicado debe examinarse caso por caso en relación con las circunstancias que lo rodeen. De forma que ha de ser el anunciante quien, en cada caso, acredite ante el Jurado las circunstancias concretas de carácter excepcional que, a su entender, justifican el porcentaje de descuento aplicado. A este respecto, el anunciante podrá invocar factores tales como el volumen de compra exigido para acogerse al descuento, las escalas graduales de descuento aplicadas por el laboratorio en

función de los distintos volúmenes de compra, las circunstancias excepcionales en las que se encuentra el beneficiario de los descuentos, etc. También podrá invocar, como es obvio, cualquier otra circunstancia adicional distinta de las antes mencionadas que haya sido tomada en consideración a la hora de decidir el porcentaje de descuento aplicado. Y, en todo caso, corresponderá al Jurado decidir, caso por caso, si las circunstancias invocadas y acreditadas por el laboratorio anunciante justifican el porcentaje de descuento aplicado.

6.- Si trasladamos estas consideraciones al caso que nos ocupa, sólo cabe reafirmar las conclusiones a las que ha llegado la Sección en la resolución recurrida. En este caso, en efecto, se ha practicado un descuento del 25% por un volumen de compra que asciende a 600 euros, sin que el laboratorio haya alegado ni acreditado ninguna otra circunstancia excepcional que justificase la aplicación de un porcentaje tan elevado en proporción al volumen de compra exigido.

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

ACUERDA

Desestimar el recurso de alzada interpuesto por Laboratorios Alter, S.A. frente a la resolución de la Sección Tercera del Jurado de 15 de diciembre de 2004.