



Regulación de publicidad de productos farmacéuticos en Perú

Regulation on Advertising of Pharmaceuticals in Peru

<https://doi.org/10.29019/tsafiqui.v12i16.873>

  Alex Ever Sosa Huapaya

RESUMEN

El presente ensayo tiene como objetivo conocer la manera como y a qué nivel impactan las restricciones que recaen sobre la difusión de la publicidad de productos farmacéuticos de venta con prescripción médica en el Perú en el costo y mejora de calidad de estos. Para ello, el autor evalúa, en primer lugar y desde una visión crítica, los objetivos que justifican la referida regulación; en segundo lugar, desarrolla la naturaleza del principio de legalidad de la norma de competencia desleal peruana y cómo esta sirve de herramienta para la fiscalización de la publicidad de productos farmacéuticos que cuenten con restricción de venta con receta médica; en tercer lugar, confronta la regulación peruana con la europea y norteamericana, y plantea los retos a los que se van a enfrentar los gobiernos con las nuevas modalidades publicitarias online. El resultado de estos análisis permite concluir que la regulación actual peruana sobre la publicidad de productos farmacéuticos de venta con receta médica, por una parte, aumenta y en consecuencia dificulta el acceso de los consumidores a información sobre estos productos, especialmente, respecto de los de marca genérica que al tener un menor costo, representarían un beneficio de ahorro grande para la población de estratos socioeconómicos bajos). Y, por otra parte, frena la competencia entre las empresas farmacéuticas, por tanto, el interés por mejorar los precios y calidad de dichos productos.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to know how and at what level the restrictions that fall on the advertising dissemination of prescription drugs in Peru impact the cost and the improvement of the quality of these products. This led the author to evaluate, in the first place and from a critical point of view, the objectives that validate the aforementioned regulations. In second place, to explain the nature of the principle of legality of the Peruvian regulation of unfair competition and how it is used as a tool to control the advertising of pharmaceutical products that have the prescription as a sale restriction. And in third place, to also face the Peruvian regulation against the European and American and to propose the challenges that governments face with the new methods of online advertising. All these points allowed the author to come to the conclusion that the current Peruvian regulation on the advertising of prescription drugs for sale in Peru, on the one hand, increases and therefore makes it difficult for consumers to access information about these products, especially those that are generic and low cost; whose purchase would help lower socioeconomic customers benefit from cost savings. And, on the other hand, it holds back competition between pharmaceutical companies and, consequently, their interests in improving prices and quality of these products.

PALABRAS CLAVE | KEYWORDS

Publicidad, competencia desleal, productos farmacéuticos, regulación, principio de legalidad, productos farmacéuticos de venta con receta médica.

Advertising, unfair competition, pharmaceuticals, regulation, legality principle, prescription drugs.

INTRODUCCIÓN

Si bien la publicidad es una herramienta utilizada por la competencia por todo operador económico que concurre en el mercado (posiblemente la más importante), a la vez, constituye un canal de información para los consumidores que les permite tomar mejores decisiones de consumo. En un mercado dinámico y competitivo, la constante difusión de publicidad comercial va a generar como efecto que los consumidores cuenten con mayor información de las diversas ofertas que tienen a su disposición; así como las características, ventajas y desventajas de cada una de ellas y por qué no, el acceso a promociones, descuentos y a la mejor calidad en los productos. Todo ello, en virtud del interés particular de cada agente económico de lograr la mayor implantación en el mercado y derrotar a sus competidores llevándose buena parte de la demanda del producto hacia su oferta. Y es que, como señala Lema (2007), la publicidad juega un papel fundamental en un sistema de economía de mercado, toda vez que a través de esta se dan a conocer los productos que se ofertan lo que fomenta su venta y consumo, con lo cual no se debería tener duda acerca de la doble función de la publicidad, ya que el aspecto informativo y persuasivo siempre van de la mano (p. 265).

No obstante, la publicidad comercial no siempre genera beneficios en los consumidores y eficiencia en el mercado. En algunos casos podrá generar como efecto la distorsión del correcto funcionamiento del mercado y la inducción a error a los consumidores, lo cual dependerá, por lo general, del incentivo con el que se desenvuelvan en el mercado algunos operadores económicos.

Se estará frente a este mal uso de la publicidad comercial cuando la empresa no tenga intención alguna de permanecer o posicionarse en el mercado y solo busque vender un producto para luego desaparecer, con lo cual sus incentivos para engañar van a ser altos (lo que va a depender de la capacidad de fiscalización y riesgo de detección por parte de la autoridad) o, como sucede muchas veces, serán los errores en la comunicación del mensaje publicitario (dentro del objetivo de vender su producto), los que podrán generar como efecto una inducción a error que puede terminar afectando a consumidores y a sus competidores.

Por lo señalado anteriormente, no son pocos los gobiernos que buscan regular o prohibir la publicidad, calificándola incorrectamente de inmoral y en otras veces asociándola al consumo, supuestamente, indebido de algunos productos. Al respecto, no se debe perder la perspectiva que la publicidad es solo una herramienta, y como tal, no es moral ni inmoral, pues solo las personas son morales o inmorales, por lo que la exigencia de buenas prácticas siempre debe dirigirse a las empresas y no a buscar censurar la publicidad (Scopesi, 2007). Desde un enfoque económico, son más los efectos positivos que negativos los que genera la existencia de la publicidad en la sociedad, como bien lo explica Posner (2007) al desarrollar cuáles son los incentivos correctos de un operador económico que desea permanecer y posicionarse en el mercado:

La inversión que un productor hace en su marca comercial es como un rehén: aumenta el costo, para el productor, de reducir subrepticamente la calidad del producto o tratar de engañar de otro modo a los consumidores, porque cuando se descubre el engaño, el productor podría perder toda su inversión. (Eso puede ocurrir aunque no se descubra el engaño, porque el hecho de no mantener el control de calidad es un obstáculo legal para hacer que un competidor infractor respete la marca comercial). Esto no ocurriría si el productor pudiese salirse del mercado sin costo alguno (p. 594).

Como se comentó en párrafos anteriores, no son pocos los casos en los que se busca regular y prohibir la publicidad de determinados productos con el objetivo de reducir o eliminar el costo social que podría generar el consumo del producto perseguido. Ese es el caso de la publicidad de productos farmacéuticos, la cual se encuentra sujeta a importantes restricciones para la difusión de su publicidad y a una prohibición expresa de difusión publicitaria a los productos que estén sujetos a venta con receta médica.

La fiscalización de la publicidad comercial en el Perú recae en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), autoridad que se encarga de sancionar toda conducta contraria al principio de competencia por eficiencia (concurrir sobre la base de sus propios méritos o esfuerzos) (Emparanza, 2000), aplicando la Ley de Represión de la Competencia Desleal - Decreto Legislativo n.º 1044 (en adelante, LRCD) y dispositivos normativos conexos que le van a permitir lograr tal finalidad.

De este modo, en el presente artículo se analizará cuál es la regulación aplicable a la publicidad de productos farmacéuticos sujetos a prescripción médica y cuál es el objetivo que persigue. Para tales efectos, se desarrollará el

principio de legalidad contenido en el artículo 17 de la LRCD y cómo lo ha venido aplicando la autoridad frente a la publicidad de productos objeto de la presente investigación.

Sobre la base de lo anterior, se pretende desarrollar un análisis crítico de dicha regulación, considerando los efectos positivos y negativos que puede venir generando su aplicación. Asimismo, un objetivo secundario es plantear las nuevas formas publicitarias en las que se podrían promocionar este tipo de medicamentos y los retos que ello implicará para las autoridades fiscalizadoras del mercado.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante precisar que la investigación se ha concentrado en la regulación que recae sobre la publicidad de productos farmacéuticos que cuentan con la restricción de venta con receta médica, toda vez que se tratan de restricciones más severas que las que se aplican a la publicidad de productos farmacéuticos que no están sujetas a tal condición (venta con prescripción). En ese sentido, el presente ensayo se desarrolla sobre la base del principio de legalidad, en la medida que es la disposición normativa que permite la aplicación de las prohibiciones específicas a la publicidad de productos farmacéuticos de venta con receta médica.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PUBLICIDAD DE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS

En la LRCD no existe una disposición específica que restrinja expresamente la publicidad de productos farmacéuticos de venta con receta médica, sin embargo, cada vez que no se cumple con dicha restricción, los operadores económicos son sancionados por infracción al referido principio. Y es que de acuerdo con lo establecido por el INDECOPI (2020) sobre el principio de legalidad, se sanciona todo acto que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico aplicables a la actividad publicitaria; es decir, aquellos mediante los cuales se incumple cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance (p. 36). En el caso de los productos farmacéuticos, las normas que establecen restricciones y prohibiciones específicas a su difusión publicitaria son las siguientes, las cuales se aplican, a través del principio de legalidad contenido en el artículo 17 de la LRCD:

- Ley n.º 26842, Ley General de Salud (en adelante, la LGS).
- Ley n.º 29459, Ley de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios (en adelante, la LPF).
- Decreto Supremo n.º 016-2011-SA, Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios (en adelante, el Reglamento).
- NTS 162-MINSA/2020/DIGEMID, Norma Técnica de Salud que establece los criterios éticos para la promoción y publicidad de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios, aprobada por Resolución Ministerial n.º 474-2020-MINSA (en adelante, la Norma Técnica).

El principio de legalidad de la norma de competencia desleal peruana tiene una gran influencia de la Ley 34/1988-Ley General de la Publicidad española (en adelante, LGP), cuerpo normativo en el que se establece que la publicidad es ilícita, entre otros supuestos, cuando “(... infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios” (LGP, 1988, art. 3), con lo cual, de forma idéntica al principio de legalidad peruano, su norma de publicidad tiene conexión con regulación específica independiente que se puede aplicar a determinados tipos de ofertas, pues, como bien señala Patiño (2007), “el principio de legalidad impone el respeto a la legislación vigente en el momento de realizar la publicidad” (p. 238).

Así, en la regulación española de la publicidad —como también sucede en la peruana— se puede distinguir un régimen general, contenido en la LGP, y una serie de regulaciones especiales en relación con la publicidad de determinados productos. Cabe precisar que dicha normativa especial “puede referirse en principio a cualquier aspecto de la comunicación publicitaria, pero la situación más frecuente será la regulación referida a la forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios” (Santaella, 2003, p. 163). La LGP, que hasta el día de hoy es aplicable, no obstante las reformas realizadas a la Ley de Competencia Desleal española, se aplica directamente a la publicidad de productos farmacéuticos en conexión con su artículo 8, donde se establece su régimen especial (De la Cuesta, 2002).

De este modo, la norma española de publicidad permite, a través de su artículo 3, antes mencionado, que se aplique la normativa publicitaria de carácter especial en función al producto, lo cual ha merecido críticas de parte

de la doctrina española por la ‘hiperinflación’ legislativa o ‘sobredosis’ legislativa en materia publicitaria, donde el legislador español tiende a ser bastante intenso (Tato et al., 2010). En esa misma línea, autores como De la Cuesta (2002) se han referido al exceso de regulación sobre la publicidad de productos específicos señalando que “las injustificadas prohibiciones y restricciones a la publicidad no constituyen regulación, sino puras manifestaciones de voluntarismo propias del ejercicio de un poder —no siempre estatal— igualmente injustificado” (p. 139).

La norma de publicidad española inspiró la inclusión de este principio en la norma peruana (ya derogada) contenida en el Decreto Legislativo n.º 691 (1991), en el que se establecía simplemente que “los anuncios deben respetar la Constitución y las leyes” (artículo 3). De este modo, a inicios de los años noventa en el Perú, una de las normas de represión de la competencia desleal (a través de la publicidad) ‘abría la puerta’ para sancionar cualquier anuncio que sea contraria a la Constitución y las leyes. Luego de la derogación de la referida norma en el año 2008 por la entrada en vigor de la LRCD, el referido principio de legalidad se mantuvo en la normativa con algunas mejoras técnicas. Así, para cierto sector de la doctrina nacional peruana, el principio de legalidad de la LRCD presenta una mejora relevante frente a la tipificación del referido principio en el derogado Decreto, la cual generaba el riesgo de entenderse —a través de una interpretación literal de la norma— como una disposición que no se aplicarían a normas de inferior rango a una Ley, tales como reglamentos que puedan impactar en la difusión de la publicidad (Aramayo et al., 2013, p. 173).

Luego de más de 10 años de aplicación de la LRCD, en el Perú no queda duda que el principio de legalidad se aplica a los casos de infracción de normas de rango legal y cualquier disposición sectorial, siempre que se encuentren referidas a la actividad publicitaria (Rodríguez y Sosa, 2014, p.113). En ese sentido, Stucchi (2007) indicó que:

En resumen, el anunciante, la agencia de publicidad y sus asesores jurídicos, dependiendo del sector económico al que pertenece el bien o servicio anunciado, deben mantenerse al tanto de que, además de lo que establece la norma de competencia desleal, existen normas que establecen exigencias adicionales para difundir publicidad sobre bienes o servicios de determinado sector.

Generalmente, los sectores en los que se establecen exigencias publicitarias específicas adicionales serán aquellos en los que la importancia del consumo de los productos o servicios sea significativa por sus posibles efectos en la salud o por sus posibles efectos en las expectativas financieras del consumidor (p. 195).

En este contexto, la regulación que recae sobre la publicidad de productos farmacéuticos de venta bajo receta médica son las siguientes.

En primer lugar, según la LPE, en su artículo 39, establece que la promoción y la publicidad de productos farmacéuticos y dispositivos médicos autorizados para venta bajo receta médica debe ser dirigida exclusivamente a los profesionales que los prescriben y dispensan; por excepción, los anuncios de introducción dirigidos a dichos profesionales se pueden realizar en medios de comunicación masiva. Lo anterior, se complementa con lo establecido en el artículo 40, que establece prohibiciones específicas a la publicidad que se realice a través de los siguientes medios:

1. La publicidad en envases, etiquetas, rótulos, empaques, insertos o prospectos que acompañen a los productos farmacéuticos de venta bajo receta médica.
2. La entrega directa de muestras gratuitas de productos farmacéuticos de venta bajo receta médica, con fines de persuasión a los pacientes y público en general por parte de las empresas farmacéuticas, visitantes médicos o promotores.
3. Cualquier actividad que incentive la venta, prescripción o dispensación de productos farmacéuticos en los establecimientos farmacéuticos de dispensación (...) (Ley de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios, 2009, artículo 40).

Asimismo, el Reglamento establece a través de tres normas lo siguiente:

Artículo 191

La promoción y publicidad de productos farmacéuticos o dispositivos médicos de venta con receta médica, debe contener la información de la ficha técnica en el caso de productos farmacéuticos y, en el caso

de dispositivos médicos, informe técnico del mismo. Dicha información debe darse de manera legible, visible, veraz, exacta, completa y actualizada.

La publicidad de los productos farmacéuticos o dispositivos médicos de venta con receta médica, que difundan información científica, clínica o farmacológica debe estar sustentada y actualizada en su registro sanitario.(...)

Artículo 195

Queda prohibida en los establecimientos de salud, la entrega directa a los pacientes y público en general, de muestras médicas o muestras gratuitas de productos farmacéuticos autorizados para venta con y sin receta médica, así como cualquier otra actividad de persuasión a los pacientes, por parte de los visitantes médicos u otros agentes de las empresas farmacéuticas.

En los establecimientos de salud, no se autorizará a las empresas farmacéuticas, la instalación de módulos o ambientes para realizar actividades de promoción y publicidad o entrega de medicamento u otros productos farmacéuticos.

(...)

Artículo 196

Las muestras de productos farmacéuticos autorizados para venta con receta médica, sólo pueden ser entregadas a los profesionales que prescriben. (Decreto Supremo n.º 016-2011-SA, 2011, artículos 191, 195-196).

Por su parte, la Norma Técnica establece criterios éticos específicos para la difusión de la publicidad de productos farmacéuticos bajo venta con receta médica como, por ejemplo, establece que en la publicidad dirigida exclusivamente a los profesionales que los prescriben y dispensan, independientemente de la plataforma usada tal como un lapicero, taco o bolsa, solo pueden incluir el nombre del producto autorizado en el registro sanitario (NTS 162-MINSA/2020/DIGEMID, 2020, numeral 5.2.2 de la disposición específica 5.2). Luego, posiblemente la restricción más importante es que prohíbe la publicidad de estos productos a través del Internet (NTS 162-MINSA/2020/DIGEMID, 2020, numeral 5.2.4 de la disposición específica 5.2)

Todas estas restricciones y prohibiciones tienen por objeto general evitar la automedicación por parte de los consumidores, la cual se podría ver incentivada por la publicidad. El Indecopi, a través de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la CCD) y su Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, la SDC) son los competentes para sancionar todo anuncio publicitario que infrinja las disposiciones señaladas en apartados anteriores. Así, como ejemplo de la actividad de la autoridad en los últimos años se podría mencionar la Resolución n.º 0141-2019/SDC-INDECOPI, a través de la cual se sancionó a una empresa farmacéutica por infringir el principio de legalidad al incumplir lo dispuesto en el artículo 39 de la LPF, toda vez que no cumplió con acreditar el haber publicitado el producto farmacéutico de venta con receta médica denominado “Fisioplus Forte 2 % Gel”, a través de un medio publicitario dirigido exclusivamente a los profesionales de la salud que prescriben y dispensan tales productos. En esa misma línea de infracción al principio de legalidad, se tiene la Resolución n.º 0074-2018/SDC-INDECOPI, a través del cual se sancionó a una empresa farmacéutica por haber difundido un anuncio publicitario al alcance del público general del producto denominado “IBU-LADY 400 mg tabletas recubiertas”, pese a que se trata de un producto de venta bajo receta médica.

CUESTIONAMIENTOS A LA PROHIBICIÓN PUBLICITARIA DE MEDICAMENTOS Y SUS RETOS FRENTE A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

A nivel europeo, la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de las Comunidades Europeas de 6 de noviembre de 2001 modificada por Directiva 2002/98/CE por la que se establece un código co-

munitario sobre medicamentos para uso humano, establece, entre otras restricciones, que los Estados miembros prohibirán la publicidad destinada al público de los medicamentos que solo pueden dispensarse por prescripción facultativa (artículo 87). La misma prohibición, ya se había establecido para los Estados miembros a través de la Directiva 92/28/CEE del entonces denominado “Consejo de las Comunidades Europeas”, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano, la que se establecía con arreglo a la Directiva 92/26/CEE (Echazarreta y Vinyals, 2012). Esta restricción, es aplicable a los países miembros de la Unión Europea, que, como se ha podido ver en el apartado anterior con la legislación española de publicidad, se prohíbe la difusión de publicidad de productos farmacéuticos bajo venta con receta médica.

Por su parte, en Estados Unidos, la regulación de la publicidad de los productos farmacéuticos depende de la característica del producto. Si este se encuentra sujeto a prescripción, el etiquetado y la publicidad del producto, por lo general, serán regulados por la “Food and Drug Administration” (en adelante, la FDA) y la promoción y venta de los referidos productos también pueden estar sujetos a leyes estatales. Respecto de la información que debe contener el etiquetado del producto, este es aprobado por la FDA con el producto y se suele exigir información bastante detallada respecto de la prescripción (Jordan, 2014).

En el caso de la publicidad comercial de los productos farmacéuticos con prescripción, la FDA no exige incluir en la publicidad información detallada como en el caso del etiquetado, sin embargo, los anunciantes deben incluir en la publicidad (i) un breve resumen respecto de los efectos secundarios, advertencias, precauciones y contraindicaciones del producto en un lenguaje que pueda ser entendido con facilidad por los consumidores; (ii) el nombre genérico del producto en las mismas proporciones de tamaño de la marca que identifica el producto farmacéutico; y, (iii) la fórmula del producto (para fármacos con un único ingrediente activo, deben incluir el nombre genérico y la cantidad del ingrediente) (Tushnet y Goldman, 2014). Como se aprecia, no existe una prohibición de difusión publicitaria de productos farmacéuticos con prescripción. Esta se puede difundir bajo la fiscalización de la FDA, en las que las restricciones se concentrarán en sancionar las alegaciones engañosas que se puedan utilizar en la publicidad de los productos. Cabe precisar que la Federal Trade Commission (en adelante, la FTC) es la responsable por la publicidad de productos farmacéuticos que no cuentan con algún tipo de restricción de venta bajo receta médica (Fueroghne, 2007)

Por lo general, existe un intenso debate en la doctrina acerca de si la publicidad comercial de productos farmacéuticos genera efectos positivos o negativos en los consumidores. El sector que está en contra de que se permita la difusión de publicidad sobre estos productos argumenta que tratar a los productos farmacéuticos como si fueran helados para hacer publicidad comercial, inevitablemente generará como consecuencia la creación o el sobrediagnóstico de diversas supuestas enfermedades o molestias, ‘patologizando’ la vida cotidiana de las personas, generando con ello que los consumidores gasten su dinero en medicamentos que pueden tener efectos secundarios y generar riesgos importantes en su salud (Tushnet y Goldman, 2014). Por su parte, el catedrático español Lema (2007), sostiene que el propósito de la regulación de la publicidad de productos farmacéuticos es lograr que la publicidad de dichos productos sea una ‘publicidad informativa’ (como si no siempre tuviese un efecto informativo), es decir, lo que pretende la regulación es desterrar el efecto sugestivo o persuasivo de la publicidad de productos farmacéuticos (p. 168). De este modo, el mismo Lema (2007), justificando la regulación que recae sobre este tipo de productos, señala que:

el estudio de la normativa aplicable a la publicidad farmacéutica revela que la misma tiene unos contornos o características bastante diferentes al régimen jurídico de la publicidad en general o de otros productos concretos. Este régimen jurídico especial está plenamente justificado porque en la publicidad de medicamentos está en juego la salud de las personas a las que la publicidad se dirige. Por eso, suscribimos la existencia de unas normas publicitarias más especiales y rigurosas que en otros sectores, justificando que en este tipo de publicidad haya un marcado carácter informativo (p. 275).

De otro lado, los defensores de la libre difusión de la publicidad de estos productos argumentan que los consumidores que identifican problemas que pueden tratarse están en mejor situación que un consumidor que no tiene acceso a la información que le puede brindar la publicidad, de encontrarse prohibida (Tushnet y Goldman, 2014).

En el Perú, autores como Avellaneda y Súmar (2010, pp.101-105) recomiendan la desregulación de la publicidad de medicamentos con restricción de venta con receta médica, toda vez que los efectos de su prohibición generan perjuicios a los consumidores. Así, sostienen que la prohibición a la publicidad de productos farmacéu-

ticos con receta médica genera desinformación en los consumidores quienes tienen menores posibilidades de conocer qué productos genéricos podrían adquirir en el mercado, como alternativa a los productos de marca. De su investigación se desprende que esta prohibición podría ser una de las explicaciones de la diferencia de precios entre los productos de marca y genéricos en el Perú, el cual puede llegar hasta 215 %. Asimismo, a decir de dichos autores, este efecto negativo se explica por el incremento de costos de búsqueda de información que genera la prohibición de publicidad, lo cual también explica el grado de concentración que existe en estos mercados en beneficio de las marcas mejor posicionadas a las que favorece la prohibición publicitaria al prácticamente perpetuar el derecho de exclusividad después de cumplido el plazo de protección otorgado por el Derecho de Patentes. Así, señalan que:

Así, tenemos que la prohibición de publicidad de los medicamentos de venta con receta médica, lejos de proteger a los consumidores, los perjudica al privarlos de la posibilidad de acceder a medicamentos de más bajo precio y la misma calidad, lo que aparece como desproporcionado, más aún en un país pobre como el Perú. Por lo demás, la prohibición, más que cualquier otro caso probablemente, no hace más que beneficiar a las propias empresas farmacéuticas, pues les permite alargar la vida de sus monopolios (p. 108).

En esa misma línea, Rodríguez (2012) sostiene que la referida prohibición puede generar un impacto negativo en los consumidores e, irónicamente, podría alentar a los consumidores a automedicarse, no obstante ser lo que justamente pretende evitar la norma peruana. En esa línea, el hecho de que se permita la publicidad sobre productos farmacéuticos podría generar como efecto que los consumidores tomen conciencia sobre la posibilidad de una enfermedad no diagnosticada y se vean incentivados a visitar a un médico (p. 78). De esta forma, postula que “la publicidad no solamente debe implicar por la revelación de información sobre tratamientos novedosos o drogas nuevas, sino, incluso, debe llamar la atención del consumidor sobre la posible vinculación entre ciertos síntomas y el padecimiento de algunas enfermedades» (pp. 78-79). En esa línea, también señala que “la ausencia de publicidad de medicamentos sujetos a prescripción médica reduce el mercado potencial para el medicamento y eso hace que el alto costo de producirlo deba ser cargado a los pocos consumidores del producto. Esto explica el alto precio” (pp. 80-81).

Como se puede apreciar, la discusión sobre la prohibición de la publicidad de productos farmacéuticos es una de las más intensas y vigentes. Independientemente de la posición que justifica su prohibición, lo cierto es que, con la evolución de la publicidad comercial, que en estos días se ha trasladado prácticamente en su totalidad al Internet, hace mucho más costoso el control de la publicidad por parte de las autoridades. No es novedad que la efectividad de la publicidad comercial se ha visto incrementada gracias al uso de los datos que se comparten con las diversas plataformas digitales que se usan y las que se generan en el usual comportamiento en la Web, lo cual ha permitido a las empresas utilizar las plataformas digitales para acercarse más a la publicidad comercial a los usuarios. Y es que, no cabe duda de que un anuncio es mucho más efectivo si va dirigido a particulares intereses (Garrido et al., 2018). En este contexto, plataformas como Google y Facebook cuentan con una gran cantidad de datos de cada uno de sus usuarios y puede segmentar los perfiles según los gustos, intereses, edad, zonas geográficas y comportamiento de cada persona en sus respectivas plataformas para poder diseñar espacios publicitarios dirigidos, lo cual permite a los anunciantes enviar publicidad de acuerdo con los intereses y comportamiento *online* (Picker, 2009). Las principales herramientas publicitarias que vienen usando las empresas son la publicidad programática y publicidad de *influencers*, las cuales llegan a las personas a través de los dispositivos con los que las personas se conectan las 24 horas del día al Internet (*Tablets* y *smartphones*, por dar algunos ejemplos).

La *publicidad* programática tiene dos formas de realizar publicidad dirigida: por contexto y por comportamiento. Sin embargo, al final del día estas estrategias buscan lo mismo: segmentar grupos de perfiles para el envío de publicidad. Lo único que los diferencia es la forma cómo va a realizar tal segmentación, toda vez que ni siquiera son estrategias excluyentes. Muchos anunciantes utilizan ambas para llegar a potenciales consumidores potencialmente interesados en sus ofertas (Tushnet y Goldman, 2014).

Un buen ejemplo de publicidad programática por contexto es la realizada a través de motores de búsqueda, la cual a través del uso de algoritmos va a permitir que se incluyan en los resultados de las búsquedas opciones publicitarias que van de acuerdo con las palabras que se hayan utilizado para realizar una búsqueda anteriormente (Sosa, 2020). Por su parte, se estará al frente de la publicidad programática comportamental o conductual cuando llegue publicidad en la plataforma digital que se esté usando producto de un comportamiento *online*, la

cual se obtuvo mediante la instalación de *tracking cookies* al visitar una página web (Perez, 2012). Estas estrategias son usualmente utilizadas por las empresas, las cuales combinan con publicidad *online* a través de *influencers*, que de acuerdo con lo expresado por Sosa (2019, p. 8) son líderes de opinión en redes sociales, puesto que generan y tienen un gran poder de persuasión en determinado grupo de seguidores, los cuales usualmente son usados por las empresas para hacer publicidad testimonial desde sus cuentas de diversas redes sociales.

Estas nuevas modalidades publicitarias, si bien puede ser mecanismos de información más beneficiosos para los consumidores al reducir los costos y mejorar el alcance de la publicidad (lo cual genera mayor competencia en los mercados y más información sobre las ofertas disponibles a los consumidores), lo cierto también es que reduce el riesgo de detección de infracciones que se puedan realizar a través de la publicidad, toda vez que con estas modalidades la publicidad es más dinámica y llegará de acuerdo con los intereses particulares y búsquedas *online* de cada usuario, lo cual dificulta la capacidad de la autoridad para poder fiscalizar cuándo se difunde publicidad ilícita. En efecto, si se ha realizado búsquedas sobre determinados medicamentos en la Web o si se hace una búsqueda concreta de un medicamento en Google, es bastante probable que nos llegue publicidad acerca de este tipo de productos a través de enlaces patrocinados. A sabiendas de ello, la FDA, en los últimos años, ha publicado diversos lineamientos a fin de dar pautas a las empresas farmacéuticas para la difusión de su publicidad por Internet (Tushnet y Goldman, 2014).

Y es que, como bien señala (Gibson, 2014) la falta de capacidad y recursos de las autoridades a nivel mundial para poder perseguir la publicidad *online* a través de sus diversas estrategias ha generado como efecto que más operadores económicos jueguen ‘al límite’ o que algunos vean más conveniente “pedir perdón que pedir permiso”; también hay que reconocer que con el Internet los usuarios tienen más recursos para poder acceder a la información que estén buscando sobre los beneficios o perjuicios que pueda generar determinado medicamento. En ese sentido, mal harían los gobiernos al censurar información valiosa, en su lugar, podrían apoyarse en los privados que, a través de sus sistemas de autorregulación o sistemas de buenas prácticas de las plataformas digitales, colaboren con la fiscalización de que la información que se difunda a través de la publicidad no genere efectos negativos en la sociedad.

En el caso peruano, es hace poco que el Indecopi está enfrentando este tipo de casos y, poco a poco, va reconociendo la dificultad a la que se va a enfrentar cuando trate de fiscalizar anuncios que utilicen tecnologías más avanzadas de difusión publicitaria en Internet. Mediante Resolución n.º 0024-2020/SDC-INDECOPI, la SDC se pronunció sobre una supuesta infracción al principio de legalidad por la difusión de publicidad de un producto farmacéutico a través de la página web de una reconocida farmacia. En dicho pronunciamiento, en los considerandos 39 y 40, la SDC señaló que luego de analizar la información contenida en la página web se apreciaba la figura del empaque del producto, información sobre el *stock* disponible, descripción del producto, ingrediente activo, forma de administración, precauciones y contraindicaciones y no una promoción, descuento o información destacada, por lo que se trataría de una comunicación informativa y no de publicidad comercial.

Se discrepa sobre las conclusiones de la autoridad, pues para que una comunicación sea publicidad comercial debería bastar con que sea susceptible de incentivar la realización de una transacción comercial en su receptor, efecto que se presentaba en la página web analizada, toda vez que existía información suficiente para persuadir a cualquier usuario que presente las molestias que se describían en la utilidad del producto. Y lo que es peor, la SDC pierde de vista que con dicho pronunciamiento lo que puede generar como efecto es que el resto de las empresas que comercializan productos con restricción de venta bajo receta médica, utilicen la misma configuración de la publicación Web analizada para promocionar sus productos, con lo cual se observa que la propia autoridad va en contra del objetivo de las diversas normas que regulan la publicidad de productos farmacéuticos: evitar la automedicación.

A pesar de estar en contra del sentido de la resolución comentada, cabe señalar que, desde un punto de vista positivo, se puede demostrar los beneficios que se generan al contar con más información gracias al Internet, pues dicha página web como cualquier anuncio *online* a la cual el consumidor va a tener acceso (pues por más que exista prohibición expresa no existe forma que el Estado peruano pueda ejercer control sobre el Internet) va a permitir que el consumidor valide la información con la que cuenta sobre un determinado producto farmacéutico a través de diversas fuentes de información y que ello le permita tener una mejor y menos costosa decisión (pues va a poder acceder a información sobre el genérico del producto que esté buscando). Finalmente, si se quiere evitar la automedicación, ello se logra a través de la fiscalización de los puntos de venta (farmacias), controlando

que se exija la prescripción médica antes de vender un producto farmacéutico de venta bajo receta médica. La publicidad comercial solo es un vehículo de información que no se debería satanizar ni prohibir, ya que es como dispararse a los pies. No se debe olvidar que mientras más informada se encuentre una persona, tomará mejores decisiones en el mercado (Fletcher, 2010).

DISCUSIÓN

En el presente ensayo se demuestra la actual división en la doctrina y legislación acerca de la necesidad de prohibir la publicidad de productos farmacéuticos con prescripción médica. Los fundamentos de ambas posiciones se concentran en el entendimiento de la naturaleza de la publicidad comercial. Para un sector la publicidad comercial podría incentivar la automedicación, como para el sector enfrentado la publicidad comercial genera información para tomar una decisión más adecuada de consumo. De este modo, uno de los hallazgos del presente ensayo es el enfrentamiento de posturas de la Unión Europea con la norteamericana. Mientras los primeros proscriben la difusión de publicidad comercial de estos productos, el sistema norteamericano permite la difusión publicitaria de productos farmacéuticos con prescripción médica con algunas exigencias en la forma de dirigir la información. La regulación europea y, sobre todo, la española, es la que ha inspirado la regulación de la publicidad de productos farmacéuticos en el Perú, en la que se ha podido apreciar la postura crítica de autores como Avellaneda, Súmar y Rodríguez, quienes en sus respectivas investigaciones han mostrado evidencia de los efectos perjudiciales que podría generar la referida prohibición en los intereses y salud de los consumidores. Por el contrario, la postura de autores como Lema y Patiño se inclina más a resaltar la supuesta influencia de la publicidad en el consumo de productos que puedan ser dañinos para su salud, lo cual respaldaría su posición acerca de la prohibición de la publicidad comercial de productos farmacéuticos de venta con receta médica.

Sobre este particular, la posición del autor se inclina a resaltar dos de las cualidades más importantes de la publicidad comercial, como es la capacidad que tiene para trasladar información a los receptores y el poder que tiene como herramienta de competencia. De este modo, cualquier prohibición que se realice a la publicidad comercial, siempre va a tener como efecto la reducción de información para los consumidores y, a la vez, un premio para los agentes que cuenten con sus marcas ya posicionadas en el mercado, pues al prohibirse la publicidad, no existe forma que nuevos actores en el mercado puedan difundir publicidad para informar acerca de la existencia de sus ofertas. De este modo, si bien debería ser un objetivo del Estado evitar la automedicación, este se podría lograr de forma más eficiente si en lugar de prohibir la publicidad, se fiscaliza los puntos de venta de productos, castigando a los que no cumplan con requerir a los consumidores la receta médica antes de venderle el producto.

CONCLUSIONES

En el Perú la publicidad comercial de productos farmacéuticos se encuentra prohibida (con algunas excepciones) siguiendo el modelo de regulación europeo que tiene como uno de sus objetivos evitar la automedicación. La fiscalización y represión de este tipo de publicidad recae en el Indecopi que, a través del principio de legalidad publicitaria contenida en la LRCD sanciona la publicidad de este tipo de productos.

Los cuestionamientos que se han realizado a este tipo de prohibición son relevantes para explicar por qué es muy costoso para los consumidores peruanos (sobre todo, para los de menos recursos económicos) acceder a información que les podría permitir identificar enfermedades y comprar productos farmacéuticos a mejores precios. No solo la publicidad les permitiría ampliar sus conocimientos sobre estos productos, en particular, los genéricos, sino que, además, generaría mayor competencia entre las empresas farmacéuticas, lo cual se podría reflejar en mejores precios y calidad en los medicamentos. Asimismo, se llega a la conclusión de que la publicidad comercial es un vehículo de información que no obliga a consumir un determinado producto y que, de ninguna manera podría convertirse en el motivo directo de la automedicación; de hecho, ello podría evitarse con una correcta fiscalización de los puntos de venta, máxime, si este mecanismo de control es menos costoso y más eficaz en comparación a la censura de toda publicidad comercial sobre estos productos. Lo último debe revisarse tam-

bién considerando que, en la actualidad, a través de las modalidades programáticas *online* de la publicidad, estas son cada vez más complicadas de perseguir y fiscalizar, pues la difusión masiva ahora se enfoca en los particulares intereses y búsquedas de los consumidores. De este modo se presenta la relevancia de este ensayo, el cual busca poner en la palestra el cuestionarnos si los objetivos perseguidos con la prohibición realmente estarán evitando la automedicación en los consumidores o por el contrario, están reforzando la posición en el mercado de las marcas farmacéuticas ya establecidas en perjuicio del derecho a la información de los consumidores.

REFERENCIAS

- Aramayo, A., Gagliuffi, I., Rodas, C., Stucchi, P., Maguiña, R. & Sosa, A. (2013). *Competencia Desleal*. INDECOPI. <https://bit.ly/39kb6dB>
- Avellaneda, J., y Sumar, Ó. (2010). *Paradojas en la Regulación de la Publicidad en el Perú*. Universidad del Pacífico. <https://bit.ly/3dePDE2>
- Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2020, 22 de diciembre). *Resolución n.° 001-2020-LIN-CCD/INDECOPI (Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial)*. INDECOPI. <https://bit.ly/3d6k3Zc>
- De la Cuesta Rute, J. M. (2002). *Curso de Derecho de la Publicidad*. EUNSA.
- Decreto Legislativo n.° 691. Por medio del cual se dicta las normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor de 1991. 06 de noviembre de 1991. Diario Oficial *El Peruano* <https://bit.ly/3rwWL3Q>
- Decreto Legislativo n.° 1044. Por medio del cual se aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal de 2008. 26 de junio de 2008. Diario Oficial *El Peruano* <https://bit.ly/2O15GwQ>
- Decreto Supremo n.° 016-2011-SA de 2011. Por el medio del cual se aprueba Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios. 31 de enero de 2011. Diario Oficial *El Peruano*. <https://bit.ly/2PwT0Oz>
- Directiva 92/26/CEE de 1992. Por la cual se trata la clasificación para su dispensación de los medicamentos de uso humano. 31 de marzo de 1992. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. <https://bit.ly/2NYqGnZ>
- Directiva 92/28/CEE de 1992. Por la cual se trata la publicidad de los medicamentos para uso humano. 31 de marzo de 1992. Diario oficial de las Comunidades Europeas. <https://bit.ly/3croKxH>
- Directiva 2002/98/CE de 2003. Por medio de la cual se establecen normas de calidad y de seguridad para la extracción, verificación, tratamiento, almacenamiento y distribución de sangre humana y sus componentes y por la que se modifica la Directiva 2001/83/CE. 27 de enero de 2003. Diario Oficial de la Unión Europea. <https://bit.ly/3fw2Viz>
- Directiva 2001/83/CE de 2011. Por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano. 6 de noviembre de 2001. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. <https://bit.ly/2QxRTP5>
- Echazarreta, C., y Vinyals, M. (2012). Evolución de la regulación jurídica de la publicidad sobre medicamentos en España (2001-2011). *Communication Papers*, 1(01), 29-38. https://doi.org/10.33115/udg_bib/cp.v1i01.22135
- Empanaza, A. (2000). *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*. Civitas Ediciones S. L.
- Fletcher, W. (2010). *Advertising. A very short introduction*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/actrade/9780199568925.001.0001>
- Fueroghne, D. (2007). *Law & Advertising- Current Legal Issues for Agencies, Advertisers and Attorneys*. Pasadena, CA: Yellow Cat Press.
- Garrido Pintado, P., Caerols Mateo, R., y García Huertas, J. G. (2018). Estudio Delphi sobre la evolución y perspectivas de la compra programática de publicidad en España. *Doxa Comunicación: revista interdisciplinar de estudios de comunicación y ciencias sociales* X(27), 253-271. <https://bit.ly/3suC4Xz>
- Gibson, S. (2014). *Regulating Direct-to-Consumer Advertising of Prescription Drugs in the Digital Age*. Faculty of Law- University of Toronto. <https://doi.org/10.3390/laws3030410>
- Jordan, P. (2014). *International Advertising Law. A practical Global Guide*. Globe Business Publishing Ltd.
- Lema Devesa, C. (2007). *Problemas Jurídicos de la Publicidad*. Marcial Pons.
- Ley 34/1988- Ley General de la Publicidad Española de 1988. 15 de noviembre de 1988. Boletín Oficial del Estado. <https://bit.ly/3lXyYZz>
- Ley n.° 26842- Ley General de Salud de 1997. 20 de julio de 1997. Diario oficial *El Peruano*. <https://bit.ly/3w2PWKX>
- Ley n.° 29459- Ley de los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios de 2009. 26 de noviembre de 2009. Diario Oficial *El Peruano*. <https://bit.ly/3coGlGu>

- NTS n.º 162-MINSA-2020-DIGEMID- Norma Técnica de Salud de 2020 (Ministerio de Salud del Perú). Por el cual se establecen los criterios éticos para la promoción y publicidad de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios. 8 de julio de 2020. Plataforma Digital Única del Estado Peruano. <https://bit.ly/3ruBVC6>
- Patiño Alvea, B. (2007). *La autorregulación publicitaria*. Editorial Bosh S. A.
- Perez Bes, F. (2012). *La publicidad comportamental online*. Editorial Universitat Oberta de Catalunya.
- Picker, R. (2009). *Online Advertising, Identity and Privacy (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n° 475)*. Chicago Unbound- University of Chicago Law School. <https://bit.ly/3u33QuP>
- Posner, A. (2007). *El Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- Rodríguez, G. (2012). Mal diagnóstico: las contraindicaciones de la prohibición de publicidad de productos farmacéuticos. *Revista de Economía y Derecho*, 9(36). <https://bit.ly/3lXokly>
- Rodríguez, G., y Sosa, A. (2014). *Con Licencia para anunciar*. Themis.
- Santaella López, M. (2003). *Derecho de la Publicidad*. Civitas Edicional S.L.
- Scopesi, A. (2007). *Publicidad. Ámala o déjala*. Ediciones Macchi.
- Sosa, A. (2019). *Cómo ser community manager y/o influencer y no ser sancionado en el intento*. Lima: INDECOPI. <https://bit.ly/3suDnFX>
- Sosa, A. (2020). Uso de marcas de terceros competidores en Google ads sin autorización en el Perú ¿infracción marcaría o acto de competencia desleal? *Derecho & Sociedad* 2(54), 151- 166. <https://bit.ly/2PvSz7k>
- Stucchi Lopez Raygada, P. (2007). Aplicación de los principios de licitud sobre los diferentes tipos de publicidad comercial: introducción sobre la regulación de la publicidad directa, indirecta, simple, alusiva, adhesiva, comparativa, encubierta y subliminal. *IUS ET VERITAS* 17(34), 179-200. <https://bit.ly/3rsQZQE>
- Tato Plaza, A. Fernández Carballo-Calero & P. Herrera Petrus, C. (2010). *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*. La Ley.
- Tribunal del INDECOPI. Sala Especializada en Defensa de la Competencia. *Resolución n.º 0074-2018/SDC-INDECOPI (Procedimiento iniciado de oficio contra OTIFARMA S.A.C y QUALIPHARM S.R.L. bajo el Expediente 16-2017/CCD)*. 5 de abril de 2018.
- Tribunal del INDECOPI. Sala Especializada en Defensa de la Competencia. *Resolución n.º 0141-2019/SDC-INDECOPI (Procedimiento iniciado de oficio contra LABORATORIOS FARMASUR S.A.C bajo el Expediente 0051-2018/CCD)*. 5 de agosto de 2019
- Tribunal del INDECOPI. Sala Especializada en Defensa de la Competencia. *Resolución n.º 0024-2020/SDC-INDECOPI (Procedimiento iniciado de oficio contra INRETAIL PHARMA S.A. bajo el expediente n.º 0248-2018/CCD)*. 6 de febrero de 2020.
- Tushnet, R., y Goldman, E. (2014). *Advertising & Marketing Law: Cases and Materials*. Lexington: KY.

 **TSAFIQUI**
REVISTA CIENTÍFICA EN
CIENCIAS SOCIALES