

MAL DIAGNÓSTICO: LAS CONTRAINDICACIONES DE LA PROHIBICIÓN DE PUBLICIDAD DE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS

Gustavo M. Rodríguez García*

En el presente trabajo, el autor expone las razones por las que, a su criterio, las limitaciones legales a la publicidad de productos farmacéuticos, lejos de proteger a los consumidores, detraen información valiosa del mercado. Por el contrario, permitir la publicidad de productos farmacéuticos podría incentivar a que los consumidores visiten a sus médicos y alentaría a las empresas del sector a producir información importante en el deseo de asociarla a su marca. Es más, se argumenta que la prohibición explica, en alguna medida, el alto precio final de los medicamentos. En el trabajo se aboga, en suma, por la liberalización plena de la publicidad referida a medicamentos, aunque observándose el inquebrantable deber de no engañar.

La actividad publicitaria en el Perú debe observar, entre otros, el denominado principio de legalidad. En virtud de este principio, se proscribe la difusión de publicidad que no respete las reglas legales aplicables a la actividad publicitaria y, en general, que incumpla cualquier disposición sectorial que regule tal actividad en lo referido a su contenido, difusión o alcance¹. Esta disposición se aplica de manera

Revista de Economía y Derecho, vol. 9, nro. 36 (primavera de 2012). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster por la Universidad Austral de Argentina. Profesor de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de la Universidad del Pacífico.

general, por lo que, sin perjuicio de las consecuencias que podrían generarse a la luz de la regulación sectorial específica y que podrían verificarse ante la acción de la autoridad competente, se generarían también las consecuencias propias de una contravención a la Ley de Represión de la Competencia Desleal².

La Ley 29459, Ley de los Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios, establece que solo pueden ser objeto de publicidad, a través de medios al alcance del público en general, los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios que cuenten con registro sanitario y que estén autorizados para su venta sin receta médica. Por el contrario, en lo referido a productos farmacéuticos y dispositivos médicos de venta con receta médica únicamente pueden publicitarse de forma focalizada en los profesionales que prescriben o dispensen tales productos, y se permiten, por excepción, que los anuncios de introducción (siempre dirigidos a los profesionales) se puedan realizar en medios masivos. Agrega la citada ley que se encuentra proscrita la publicidad a través de envases, etiquetas, rótulos, empaques, insertos o prospectos que acompañen a los productos de venta bajo receta médica, así como está prohibida la entrega de muestras gratuitas de tales productos y, en general, cualquier actividad que incentive la venta, prescripción o dispensación de tales productos en los establecimientos farmacéuticos³.

Así, salvo el supuesto excepcional de los anuncios de introducción dirigidos exclusivamente a los profesionales correspondientes, se encuentra prohibida toda publicidad de productos farmacéuticos de venta bajo receta médica. En el caso de los productos farmacéuticos de venta sin receta médica, sin embargo, el panorama no es radicalmente distinto, ya que, si bien se admite la publicidad dirigida al público en general, se establecen una serie de requisitos que, en la práctica, hacen sumamente difícil hacer publicidad. Así, se debe anunciar el nombre del producto, la dosis, la concentración o la forma farmacéutica. El anuncio debe ser absolutamente concordante con la información del registro sanitario, observar los criterios éticos establecidos por la Autoridad Nacional de Salud (ANS), y consignar las principales advertencias y precauciones que deben observarse para el uso del producto farmacéutico. Además, no debe existir ningún elemento que se pueda entender como exageración o imprecisión respecto de las propiedades del producto o que pueda inducir a error, estimular la automedicación o fomentar el uso irresponsable.

Como se aprecia, el objetivo de la regulación sectorial es evidente: proscribir o limitar de forma sustancial la actividad publicitaria sobre productos farmacéuticos.

El afán prohibitivo o restrictivo que hemos indicado no es cuestión nueva. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), autoridad de aplicación de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, había señalado, refiriéndose a regulación anterior a la Ley 29459, que “la finalidad de la referida regulación procura evitar en lo posible los efectos dañinos que podría originar la automedicación por parte de los consumidores, e implica que si la venta del medicamento o producto farmacéutico requiere de prescripción médica, su difusión deberá estar circunscrita a medios especializados y no podría estar al alcance del público en general”⁴.

El objetivo del presente artículo es cuestionar esta visión y, por el contrario, argumentar que la prohibición y restricción, según corresponda, de publicidad de productos farmacéuticos perjudica a los pacientes y fomenta, precisamente, la automedicación por parte de los consumidores. Nuestro planteamiento es simple: se debe liberalizar la actividad publicitaria en materia de productos farmacéuticos preservándose como límite general a toda publicidad: el deber de no engañar.

1 Premisa: la publicidad es una fuente de revelación de información

La publicidad es ciertamente un mecanismo de persuasión. Sin embargo, es más que eso. Es una herramienta importante de divulgación de información. En efecto, “un consumidor puede indirectamente recibir utilidad de un bien, sin embargo, tal utilidad depende no solo de la cantidad del bien, sino también del conocimiento del consumidor sobre sus verdaderas o alegadas propiedades”⁵. El papel que juega la información en la publicidad es complejo, ya que la magnitud de la revelación de información es variable y depende en buena medida de la naturaleza del producto o servicio anunciado.

La actividad publicitaria permite a los anunciantes asociar su producto o servicio a un paquete de información que, de lo contrario, no podría generar espontáneamente beneficios para estos. Ello es así

porque la información es esencialmente un bien público. La posibilidad de hacer publicidad genera incentivos en los anunciantes para producir y revelar información, dado que esta actividad permite lograr una asociación que no se lograría en ausencia de esta posibilidad.

Si se proscribe la actividad publicitaria, se reducen los incentivos para producir información susceptible de ser publicitada, y ello afecta a los consumidores de forma directa al incrementar los costos de búsqueda de información para ellos. Resulta evidente, en ese sentido, que a los consumidores les interesa que exista publicidad. Las prohibiciones de hacer publicidad o el incremento de los costos de hacer publicidad se traducen en limitaciones a la revelación de información.

2 Aplicación: la publicidad en el campo farmacéutico

Hace ya varios años se discutió en el Indecopi un importante caso en el que se cuestionaba la supuesta exposición fugaz de las advertencias y precauciones de un producto farmacéutico de venta sin receta médica. En ambas instancias administrativas de decidió sancionar a la empresa emplazada. Sin embargo, en consonancia con la premisa desarrollada previamente, el entonces vocal Luis Diez Canseco sostuvo en un voto singular: “Considero importante precisar que las exigencias normativas de consignar necesariamente en todo tipo de anuncios publicitarios información sobre las principales advertencias y precauciones para el uso de estos bienes; además de imprecisas al no establecer parámetros adecuados, encarecen los costos de la actividad publicitaria comercial y, de manera indirecta, los costos de transacción en el mercado. Esas exigencias generan desincentivos a la actividad publicitaria, la que constituye en general un mecanismo importante de transmisión de información a los consumidores”⁶.

Como se intuye, la proscripción de la actividad publicitaria o la restricción a tal actividad pueden generar un impacto negativo en los consumidores e, irónicamente, podrían alentar a los consumidores a automedicarse, que es precisamente lo que se quería evitar (supuestamente) con la regulación vigente sobre la materia. En efecto, probablemente la existencia de publicidad sobre productos farmacéuticos permita a un conjunto de individuos tomar conciencia sobre la posibilidad de una enfermedad no diagnosticada. Así, 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.

Bradford y Kleit condujeron un estudio muy interesante relacionado con los productos Vioxx y Celebrex (el primero retirado del mercado). En el estudio de campo se determinó que la publicidad de los productos mencionados incrementó el número de pacientes que sacaron una cita con médicos. Asimismo, se determinó que el número de prescripciones del producto se incrementaba en aquellos lugares donde existía mayor publicidad, incluso, del producto competidor. En otras palabras, la publicidad cumplía un papel informativo general que, más allá de persuadir únicamente sobre los beneficios de un producto, generaba incentivos para visitar a un médico⁷.

Quizá por eso, luego de analizar algunos estudios orientados a poner de manifiesto los perjuicios derivados de la publicidad de medicamentos, Rubin afirma: “Actualmente no existe base objetiva alguna para creer que el *marketing* de medicamentos es siempre o incluso en su mayoría dañino. Desde luego, las droguerías emprenden dicha actividad con el propósito de vender drogas y hacer dinero; no proporcionan información a fin de lograr algún interés público. Pero una de las bases más importantes de una economía de mercado es el entendimiento de que las actividades emprendidas en pos de una ganancia privada suelen generar beneficios públicos. No existe evidencia de que esto no sea cierto en la industria farmacéutica y no existe razón para creer que no lo sea”⁸.

Por un lado, resulta curioso que, en un contexto en el que suelen existir muchos reclamos por el supuesto alto precio de los medicamentos, se defienda una política prohibitiva o restrictiva que tiene por uno de sus efectos principales elevar los precios. La publicidad promueve la competencia y es un mecanismo importante para transmitir al consumidor información sobre la presencia de nuevos medicamentos sustitutos de otros. Por otro lado, es paradójico que supuestamente en interés de los pacientes se proscriban o limiten actividades que tienen por efecto el empoderamiento del paciente⁹. A medida que exista más información, los pacientes pueden hacer más preguntas y pueden procesar mejor la información que los médicos revelan directamente.

Uno podría pensar que estos problemas de insuficiente información pueden ser solucionados mediante la revelación de información

general y desvinculada de los productos farmacéuticos. Según esta línea de pensamiento, podría plantearse que se revele información general sobre las enfermedades y los síntomas sin que se permita la alusión a un medicamento concreto. Así, se podrían defender mecanismos centralizados de revelación de información, por ejemplo, a través de campañas gubernamentales. No obstante, aunque estas campañas puedan ser útiles, en nada inciden en la tesis que aquí defendemos. La información en conexión con el producto correspondiente se debe admitir para generar un incentivo natural para producir información específica.

Las empresas quieren que sus marcas sean asociadas a la revelación de información percibida como valiosa por parte de los consumidores. Así, a decir de Calfee, “la publicidad directa al consumidor puede ofrecer beneficios sustanciales porque provee a las firmas de incentivos para asociar información faltante a su marca y diseminarla a fin de incrementar la demanda por ella. Los beneficios para los consumidores estarán dados parcialmente por el consumo de la marca publicitada (lo que genera un excedente del consumidor en el sentido económico) y parcialmente a través de la generación de externalidades positivas, como generar información que pueda llevar a una mejor salud sin el empleo de la marca publicitada”¹⁰.

Previamente señalábamos que era paradójico que en un mercado en el que suelen existir reclamos por el alto precio de los medicamentos se proscriba la publicidad. Antes de referirnos a esa paradoja, sin embargo, vale la pena señalar que existe una corriente de pensamiento que defiende la proscripción de la publicidad, precisamente, porque se cree que esta encarecería los precios de los productos farmacéuticos. Según esta tesis, cuando uno paga por un medicamento, pagaría por su publicidad también¹¹. El argumento no es difícil de comprender. La lógica es que las empresas trasladan el costo de la publicidad al precio de los productos que venden.

Aunque pueda parecer lógico, el argumento dista de ser concluyente. De hecho, existen buenas razones para sostener que la publicidad de productos farmacéuticos contribuye a disminuir su precio. He aquí la paradoja: los costos de desarrollo de un medicamento suelen ser elevados. Si el precio no permite a las empresas recuperar razonablemente tales costos, no existirían incentivos para que los medicamentos se produzcan en primer término. Si queremos que existan más y mejores medicamentos, debemos generar incentivos para que estos

se produzcan, y eso implica, por cierto, reconocer que los costos de innovación y desarrollo tienen que ser compensados.

En buena cuenta, el alto precio de los medicamentos refleja el alto costo de producir tales medicamentos. La publicidad permite revelar información a los consumidores que puede ser muy costosa de adquirir. Sin esa información, un potencial grupo de pacientes podría no tener la información necesaria que lo lleve a una consulta médica que, eventualmente, permita la prescripción del medicamento publicitado. En otras palabras, sin publicidad de medicamentos, su precio se debe trasladar a los consumidores, que, responsablemente o por buena fortuna, fueron a un médico que le prescribió el mismo. La ausencia de publicidad reduce el mercado potencial para el medicamento, y eso hace que el alto costo de producirlo se deba cargar a los pocos consumidores del producto. Esto explica el alto precio. Si la publicidad fomenta que más personas acudan a un médico y se prescriba más del producto, esto permitiría que el alto costo de desarrollo se distribuya en más personas, esto es, el precio final caería¹². Es más, dado que la disposición de invertir en generación de nuevos medicamentos depende del tamaño del mercado potencial para estos, la prohibición de publicidad, al reducir ese mercado, podría estar inhibiendo la generación de nuevos medicamentos que la población requiere.

Debe notarse, además, que dado que el proceso de adquisición de información sobre enfermedades y alternativas de medicación es costoso, es probable que sea la población de menos recursos la más afectada por una prohibición que, para decirlo gráficamente, “los deja a ciegas”. Se suele argüir, en respuesta al planteamiento de una liberalización de la publicidad, que esto podría fomentar la presión de los consumidores hacia los médicos, a fin de que se les prescriba el medicamento anunciado. Es más, se podría argumentar que la información revelada podría generar un desperdicio de tiempo al exigir a los médicos explicaciones sobre por qué el producto publicitado no es el adecuado para el paciente que lo busca. Pero estas críticas se desvían del punto central: un aspecto crítico, en especial en sectores económicamente deprimidos, es la falta de acceso.

Uno podría comparar un escenario ideal en el que los consumidores se informan plena y espontáneamente, asisten regularmente al médico y son tratados de forma oportuna con un esquema en el que los médicos deben afrontar la tarea de dar explicaciones adicionales a

los pacientes. Pero ese escenario ideal es un nirvana¹³. Es muy fácil comparar el paraíso con la situación que aquí planteamos a fin de descartarla. Pero la estrategia es incorrecta. La comparación adecuada debe hacerse en contraste con la situación real con prohibición y no con referencia a una situación fantasiosa. De lo contrario, por tratar de ahorrarnos algunas explicaciones, podríamos fomentar el tratamiento inoportuno o, simplemente, la ausencia de tratamiento para enfermedades potencialmente catastróficas.

En suma, creemos que los beneficios de una liberalización de la publicidad en materia de productos farmacéuticos exceden los costos que podrían surgir. Creemos, sin embargo, que toda publicidad (la publicidad de medicamentos no es la excepción) debe estar sometida al deber de no engañar. La publicidad falsa o engañosa puede generar efectos nocivos en un campo tan delicado como el de la salud. No obstante, incluso en este campo somos escépticos de que las empresas tengan incentivos para difundir publicidad engañosa.

Al respecto, debe tenerse presente que los consumidores no asumen una posición crédula frente a la publicidad. Pero, más allá de ello, lo cierto es que los anunciantes no tienen un incentivo para la revelación de información falsa o engañosa que pueda afectar el nivel de credibilidad depositado en la marca del medicamento. Sobre todo en sectores en los que la producción de información espontánea puede ser insuficiente (productos, experiencia), se necesita alentar la revelación de información y no inhibirla. Esto no quiere decir que no existirá publicidad engañosa, simplemente que es dudoso que las empresas tengan el deseo de comprometer seriamente su imagen. Cuando se presente publicidad engañosa, el sistema legal tendrá buenas razones para intervenir.

3 Conclusión

En el presente trabajo hemos argumentado que la opción adoptada en nuestro país respecto a la publicidad de medicamentos y, en especial, aquella referida a medicamentos de venta bajo receta médica es inadecuada. Por el contrario, hemos planteado que existen una serie de beneficios asociados a la revelación de información vía publicidad en materia de medicamentos que suelen ser obviados al proponer o defender una regulación como la que tenemos en el Perú.

La publicidad no es un elemento exótico que pueda hacer que el consumidor, sorprendido ante este nuevo mecanismo, adopte decisiones de consumo inadecuadas. Y es menos probable en casos en los que la prescripción de ciertos medicamentos necesita de la intervención de un médico. Ciertamente es que en nuestro país existe un problema referido a la venta libre de medicamentos bajo receta médica, pero eso de ninguna forma puede fundamentar una política que condena a los consumidores a no tener información que podría, en muchos casos, conducirlos a una consulta médica que les salvaría la vida.

Telser sostiene: “La publicidad suele ser un mecanismo de entrada y un signo de competencia. Esto coincide con la visión de que la publicidad es una importante fuente de información”¹⁵. En el caso de los medicamentos, es esa información valiosa la que podría producirse de forma insuficiente como consecuencia de una prohibición como la que tenemos en nuestro país. Nos parece que el tema se debe analizar con detenimiento y urgencia. Es probable que el mal diagnóstico de nuestros legisladores esté restando dinamismo en el mercado y, más grave aún, nos esté costando vidas humanas. Si ese es el caso, es una contraindicación difícil de aceptar.

NOTAS

- 1 Artículos 17.1 y 17.2 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal.
- 2 Similar interpretación de una disposición semejante en: José María de la Cuesta Rute, *Curso de Derecho de la Publicidad*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2002, página 133.
- 3 Artículos 39 y 40 de la Ley 29459, Ley de los Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios.
- 4 Resolución 98-2010/SC1-Indecopi del 27 de enero de 2010.
- 5 George J. Stigler y Gary S. Becker. “De Gustibus Non Est Disputandum”, en *The American Economic Review*, vol. 67, nro. 2, marzo de 1977, 84.
- 6 Voto en singular del vocal Luis Diez Canseco Núñez en la Resolución 545-2007/TDC-Indecopi.
- 7 W. David Bradford y Andrew N. Kleit, “Evaluating the Welfare Effects of Drug Advertising”, en *Regulation*, verano de 2006.
- 8 Paul H. Rubin, “An Uncertain Diagnosis”, en *Regulation*, verano de 2005.

- 9 Doug Bandow, “Demonizing Drugmakers: the Political Assault on the Pharmaceutical Industry”, en *Policy Analysis*, nro. 475, 8 de mayo de 2003.
- 10 John E. Calfee, “Public Policy Issues in Direct-to-consumer Advertising of Prescription Drugs”, en *Journal of Public Policy & Marketing*, vol. 21, nro. 2, 2002.
- 11 Arnold S. Relman y Marcia Angell, “America’s other Drug Problem: How the Drug Industry Distorts Medicine and Politics”, en *New Republic*, diciembre de 2002.
- 12 Un argumento similar en: Richard A. Epstein, *Overdose, How Excessive Government Regulation Stifles Pharmaceutical Innovation*, Yale University Press, 2006, página 146.
- 13 La falaz estrategia de contrastar supuestos reales contra supuestos utópicos suele ser denominado “Falacia del nirvana”. Este concepto fue planteado por Harold Demsetz en un *paper* publicado en 1969 en el *Journal of Law and Economics* titulado “Information and Efficiency: Another Viewpoint”.
- 14 Lester Telser, “Advertising and Competition”, en *Journal of Political Economy*, nro. 52, 1964, página 558.