
¿Cómo publicitar la salud?

Juan García Montúfar

Socio del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados¹

I. ¿Por qué hay Publicidad?

El mercado supone el intercambio de bienes y servicios, esto es un intercambio de la titularidad de bienes o servicios que son de interés para unos u otros agentes. En la antigüedad la economía se centraba en el trueque, el intercambio de bienes por otros bienes o por servicios.

Sin embargo, en un momento determinado se vio la necesidad de estandarizar la unidad de medida para el intercambio y surgieron así bienes que eran de valor para todos los agentes y por ello podían usarse como medida estándar para el intercambio. Ese es el caso de la sal entre los antiguos pueblos indígenas colombianos, que la utilizaban como unidad para sus intercambios comerciales de bienes en presencia del cacique.

Posteriormente se dio la inclusión de la moneda como forma de estandarizar el intercambio, lo cual como es evidente perdura hasta nuestros días.

Por consiguiente, estamos ante una sociedad que intercambia bienes y servicios por dinero.

Cabe entonces preguntarse cómo los agentes fomentan el intercambio y en consecuencia obtienen el dinero o los bienes y servicios que necesitan.

Los agentes que ofrecen en el mercado bienes o servicios (proveedores) están interesados en que los otros agentes (consumidores) los adquieran.

A fin de asegurarse la adquisición de bienes y servicios los proveedores recurren a un mecanismo, la publicidad.

Carlos Nava Condarco, en su artículo «Estrategia y publicidad – El Mercado vs. La Mente de los Consumidores», define la publicidad como «...un Recurso Estratégico de importancia ...», esto es una

estrategia que adopta el proveedor para conseguir colocar sus bienes o servicios.

Por su parte, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI, en sus lineamientos aprobados por Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI ha definido la publicidad como «... una forma de comunicación pública que busca fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o servicios, captando o desviando las preferencias de los consumidores».

Como vemos, en esencia el tema se reduce a comunicación.

En efecto, estamos en un mercado con diferentes bienes que se ofrecen a los consumidores como suficientes para satisfacer sus necesidades. Ante esta competencia el proveedor debe persuadir al consumidor que adquiera su bien en lugar del bien de su competidor, para lo cual comunica a los consumidores las virtudes de su producto y en algunos casos los defectos del producto de su competencia.

Por consiguiente, si se quiere vender un bien, éste se tiene que dar a conocer, pues de otra forma los consumidores no se enterarán de su existencia, no lo adquirirán y el proveedor no obtendrá el dinero que se intercambia por dicho bien.

Como solía recordar un brillante abogado de nuestro medio ¿por qué todos se enteran cuando la gallina ha puesto un huevo y no cuando lo ha puesto la pata? La respuesta es sencilla, porque la gallina cacarea cuando los pone.

De la misma forma los proveedores buscan hacer conocido sus productos por todos los medios que la técnica y los medios de comunicación ponen a su disposición, esto es prensa escrita, televisión, radio, entrega de volantes, organización de eventos, entre otros.

¹ Profesor de Técnicas de Negociación en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Arbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima. Fue Gerente Legal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).



Algunos estudiosos de la gerencia como Alberto Nuñez Mendoza en su artículo «¿Por qué razón los clientes me deben comprar a mí?», indica que «... el cliente, de manera natural, prefiere adquirir sus productos con alguien que realmente conozca sus necesidades y sepa cómo cubrirlos». Esto es si quiero que mi publicidad sea efectiva debo conocer a mi consumidor.

Este hecho lleva a los encargados de marketing de las empresas a diseñar campañas publicitarias, es decir a utilizar diversos medios para presentar su producto y convencer a los consumidores que éste cubre plenamente sus necesidades.

II. ¿Hay Límites para hacer Publicidad de Productos?

La situación de los proveedores pareciera ideal, si tienen un producto sólo deben identificar las necesidades de los consumidores y luego los bombardeo con las bondades del producto para que lo adquieran.

Sin embargo, esa posición sólo ve una cara de la moneda. Desde el punto de vista del consumidor éste no tiene porqué tener necesariamente toda la información adecuada sobre el producto que se ofrece, de manera que para tomar una decisión adecuada lo correcto es que la publicidad cumpla también con un rol informativo, eliminando la posibilidad de desinformar al consumidor sólo por el hecho de querer vender un producto.

En otras palabras, es correcto persuadir a un consumidor que adquiera un producto, pero para ello debe actuarse de manera correcta y leal, es decir enviar el mensaje publicitario sin exagerar las bondades del producto, dando a conocer cualquier efecto nocivo y cuidando de no denigrar al producto de la competencia.

Por ello se han dictado normas² que buscan regular la publicidad comercial de bienes y servicios, precisando los lineamientos básicos que todo mensaje debe contener (respecto al principio de veracidad, no denigración, etc.), así como lineamientos específicos para anuncios dirigidos a menores y aquéllos que publicitan cigarrillos.

En esa medida, si bien existe una norma que regula de manera general la publicidad de productos, en ella se reconoce que existen situaciones particulares que ameritan una regulación propia o especial, ya sea por la naturaleza de los consumidores o la particularidad del producto.

La existencia de una situación especial es precisamente la que motiva el hecho que se dicten normas también especiales con respecto a la publicidad de medicamentos.

III. Limitaciones a la Publicidad de Productos Farmacéuticos

Como mencionamos existen normas especiales que regulan la publicidad de medicamentos, dado que se trata de productos con características particulares.

El cumplimiento de estas normas especiales se encuentra específicamente recogido como obligación de los proveedores en el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 691, conforme al cual los anuncios deben respetar la Constitución y las leyes.

La Comisión de Represión de la Competencia Desleal ha indicado en sus lineamientos que el tema de publicidad de medicamentos y recursos terapéuticos naturales es de suma importancia dado que «...una publicidad irregular e irresponsable de estos productos puede ocasionar riesgo o daño a la salud de los consumidores».

En efecto, si yo compro un televisor que deja de funcionar en la mitad del partido de la selección peruana de fútbol lo peor que puede suceder es que recuerde con cariño a los ancestros del proveedor, pero no por ello mi salud se verá afectada.

Por el contrario, si se publicita un medicamento sin indicar las contraindicaciones correspondientes el consumidor puede ingerirlo y con ello poner en serio riesgo su salud y su vida.

Este hecho ha determinado que la Ley General de Salud, Ley 26842, incluya disposiciones específicas sobre la publicidad de medicamentos.

Para este efecto la Ley General de Salud establece dos regímenes, uno para la publicidad de productos de venta bajo receta médica y otro para la publicidad de aquellos productos que pueden ser materia de venta sin ese requisito.

En el caso de productos que pueden ser materia de venta sin receta médica, la Ley General de Salud dispone en su artículo 69° que éstos pueden ser objeto de publicidad a través de medios que se encuentren al alcance del público en general, siempre que cuenten con Registro Sanitario en el Perú.

2 En el Perú se trata del Decreto Legislativo 691. Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

Por lo tanto, en este caso estamos ante un supuesto de productos que pueden ser materia de publicidad como cualquier otro producto, esto por medios que van dirigidos directamente al consumidor, en la medida que éste puede adquirir libremente el producto, como lo haría con una golosina, productos de belleza o bebidas.

Sin embargo, el hecho que el producto pueda ser materia de publicidad directamente al consumidor no significa que esté exento de cumplir con ciertos requisitos legales.

En efecto, acertadamente la Ley General de Salud establece en el mismo artículo 69° que la publicidad de productos de venta sin receta médica debe cumplir con lo dispuesto en las normas generales sobre publicidad en defensa del consumidor y en particular no debe contener exageraciones sobre las propiedades del producto que puedan inducir a error al consumidor.

Si bien esta última indicación resulta redundante con lo establecido en las propias normas de publicidad, busca remarcar el hecho que la publicidad no debe exceder ciertos límites, fundamentalmente no debe engañar al consumidor.

Muy diferente es el caso de los productos de venta bajo receta médica.

En efecto, el artículo 71° de la Ley General de Salud establece que la publicidad de los medicamentos autorizados para venta bajo receta médica, sólo podrá dirigirse a los profesionales que los prescriben y dispensan, salvo que, conforme al artículo 69° de la misma Ley, se cuente con la autorización de la Autoridad de Salud para realizar la publicidad a través de medios que se encuentren al alcance del público en general.

Aquí la situación varía radicalmente. Un producto de venta bajo receta médica es uno que requiere del conocimiento de un profesional de salud, que luego de diagnosticar la dolencia del paciente procede a recetar un medicamento en particular.

El uso errado de un producto de venta bajo receta médica puede tener gravísimas consecuencias en la salud de un paciente, por lo que se ha buscado prevenir la automedicación, esto es los casos en que

una persona considera sobre la base de su propia experiencia cuál es el producto que le conviene administrarse.

La experiencia no reemplaza al conocimiento científico, en particular al conocimiento de los casos en que el uso de una medicina en particular puede tener efectos secundarios o que resulte contraindicado con otros productos que pueda estar recibiendo el consumidor. Por ello, la publicidad se restringe únicamente a los profesionales de la salud, quienes tienen un mayor conocimiento de los productos y las consecuencias de su administración en la salud de los pacientes.

En este punto pareciera que existe consenso, las personas no deberían automedicarse por los diversos riesgos que ello implica.

***“Por ello, la
publicidad se
restringe únicamente
a los profesionales de
la salud, quienes
tienen un mayor
conocimiento de los
productos y las
consecuencias de su
administración (...)”***

Empero, alguien podría preguntarse ¿cuál es la relación entre la automedicación y la publicidad?

Esta pregunta se sustenta en una duda razonable, si los productos sólo se venden bajo receta médica las farmacias y centros de salud no las dispensarán sin no se cuenta con receta. En consecuencia, aun en el caso que se publicitara el producto el consumidor no podría automedicarse, ya que existe una limitación para ello y la autoridad se encargaría de velar porque la misma se cumpla.

¿Funcionan las cosas así en nuestro país? Lamentablemente no.

La presunción del legislador ha sido que nadie respeta la obligación de dispensar los productos sólo con receta. Por consiguiente, si los productos de venta bajo receta médica se publicitan por medios que estén al alcance del público en general se fomentaría que los consumidores adquieran el producto y lo usen, con el riesgo que ello implica.

Nótese lo curioso del supuesto que sirve de base a la expedición de la norma. Como no hay capacidad de verificar que los productos de venta bajo receta médica sólo se dispensen si se cuenta con dicha receta, se opta por lo más fácil, prohibir la publicidad.

Consideramos que en este punto hay todavía necesidad de reflexionar sobre algunos temas.



¿Debemos asumir la automedicación como un hecho? ¿Debemos asumir que no es posible verificar que se cumpla con obligaciones legales básicas?

Pareciera que estamos acostumbrados a aceptar que la informalidad es la norma y sobre esa base legislamos. Debíamos tomar el tiempo de cambiar las cosas y pensar en apuntalar las instituciones y exigir el cumplimiento de las obligaciones, antes que dar por sentado su incumplimiento.

Sin embargo, las cosas son como son, de manera que no puede hacerse publicidad de productos de venta bajo receta médica.

Pues bien, ¿qué es publicidad de productos de venta bajo receta médica?

Esta es una interrogante que fue respondida por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal en los lineamientos que aprobó.

De acuerdo con dichos lineamientos la publicidad comercial tiene dos funciones muy claras:

- (i) Función informativa: consistente en dar a conocer al público la existencia y las características del bien o servicio anunciado.
- (ii) Función persuasiva: cuya finalidad es presentar los beneficios que ofrece el bien o servicio, a fin de convencer al consumidor del hecho que satisface sus necesidades y, por tanto, debería ser elegido entre los demás que se ofrecen en el mercado.

Sobre esa base en los lineamientos se ha precisado que una forma de comunicación constituye publicidad comercial cuando concurren dos requisitos:

- (i) Es una comunicación pública, dirigida a un público de potenciales consumidores; y,
- (ii) Tiene como propósito o por efecto fomentar en el destinatario del mensaje el consumo de los bienes o la contratación de los servicios anunciados.

Por lo tanto, si un proveedor difunde públicamente un mensaje que busque fomentar la adquisición de productos de venta bajo receta médica a los consumidores, dicho mensaje constituye publicidad y por tanto viola la Ley General de Salud y el principio de legalidad contenido en las normas generales.

A continuación vamos a analizar algunos casos que han sido ya analizados por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal y considerados como publicidad:

- (i) El uso de medios al alcance del público en general, como diarios, revistas, radio o televisión constituye una clara infracción a la norma y por tanto se considera ilegal.

Esta limitación incluye la entrega de folletos u otro material impreso directamente a los consumidores, pues precisamente aquello que la norma busca evitar de venta bajo receta médica.

- (ii) La entrega de material publicitario en puntos de venta (farmacias), tales como volantes, trípticos o parantes que se entreguen para ser distribuidos a los consumidores o exhibidos en áreas de atención al público se consideran como publicidad.

En este caso se considera que si bien el material se entrega a la farmacia está a disposición del público en general, lo que supone que resulte en una violación a la Ley General de Salud.

Aquí se incluye la entrega de material promocional como envases o bolsas que se entrega al consumidor con la compra, pues de todas formas lo expone a un material promocional del producto.

- (iii) Para aquellos casos en que se ha incluido la referencia a un página web en el mensaje, tanto la Sala de Defensa de la Competencia como la Comisión de Represión de la Competencia Desleal han determinado en reiterados pronunciamientos que las páginas web, al contener información de libre acceso al alcance del público en general, son medios masivos de comunicación, que se incorporan al material distribuido por el hecho de estar mencionadas en el mismo y por ello están sujetas a los alcances de las normas sobre publicidad.

En consecuencia, si un material incluye la referencia a una página web, dicha página se considerará incorporada al mensaje.

Por lo tanto, si en un material se cita una página web que contiene mensajes destinados a promover la adquisición de productos de venta bajo receta médica, el material se considerará ilegal, aun cuando el propio material no contenga referencia alguna al producto, pues por el solo hecho de citar la página ésta se incorpora al material para efectos del análisis de legalidad.

Por consiguiente, sólo se permite la entrega de material promocional o la difusión de mensajes que tengan por objeto fomentar la adquisición del producto a los profesionales de la salud.

El hecho de pretender distribuir material promocional a los consumidores directamente (entrega de folletos o publicación de avisos) o indirectamente (mediante entrega de envases o elementos en puntos de venta) ha sido considerada por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal como ilegal y por tanto materia de sanción.

Muy por el contrario, todo aquel material que se entrega a los profesionales de la salud directamente está permitido y en esa medida la promoción de los medicamentos se da a ese nivel y no directamente al consumidor.

En efecto, la estrategia de los laboratorios ante la limitación de la ley es promocionar sus productos a los profesionales de la salud, de modo que los tomen en consideración al momento de recetar a sus pacientes.

IV. Conclusiones

La publicidad de productos es una necesidad en la economía de mercado.

Los proveedores tienen que utilizar una herramienta que les permita dar a conocer su producto y para ello hacen uso de diversos mecanismos en función del consumidor al cual va dirigido el mensaje.

Sin embargo, este esfuerzo del proveedor está sujeto a ciertos límites a efectos de asegurar que el

consumidor cuente con información adecuada al momento de adoptar su decisión de consumo, lo que da lugar a la expedición de normas de publicidad.

En el caso particular de los medicamentos e incluso recursos terapéuticos naturales, la condición particular de los mismos determina que estén sujetos a una legislación especial. Efectivamente, la naturaleza de ciertos bienes o servicios o incluso la naturaleza de ciertos consumidores ha dado lugar a una legislación especial que se complementa con la norma general.

La Ley General de Salud, norma especial en materia de medicamentos, distingue entre los productos de venta bajo receta médica y los demás productos.

Particularmente, la publicidad de productos de venta bajo receta médica está limitada a los profesionales de la salud para evitar con ello la automedicación. No compartimos esta visión, pues lo que debería atacarse es la automedicación, el hecho que puedan dispensarse productos sin receta, no el hecho que se realice publicidad del producto.

En efecto, si sólo se pudiese adquirir un producto si se contase con receta médica, la publicidad cumpliría con su función informativa, pero la limitación legal determinaría que no pueda adquirirse el producto directamente, sino que deba consultarse previamente con el médico, quien definiría cuál es el medicamento más adecuado.

Nuestro sistema parte de la premisa que debemos regular y establecer límites adicionales basados en el hecho que las normas precedentes no se cumplen. Ello carece de sentido, debemos centrarnos en cumplir las normas, no en aceptar pasivamente que se incumplan y por ello regular en exceso 