

¿Publicidad de medicamentos o publicidad de una farmacia?

Se examina la interpretación del concepto de publicidad de medicamentos realizada por el Abogado General en el asunto C-517/23, *Apothekerkammer Nordrhein contra DocMorris NV*.

ÁNGEL GARCÍA VIDAL

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Antecedentes

Es muy frecuente en la práctica que la publicidad realizada por farmacias genere controversias desde el punto de vista de la aplicación de la publicidad de medicamentos. En este sentido, la primera cuestión que debe analizarse ante una determinada campaña de una farmacia es establecer si se trata de una publicidad de la farmacia como tal o si estamos ante una publicidad

de uno o varios de los medicamentos que se comercializan en dicha farmacia.

Tal determinación es imprescindible, toda vez que la publicidad de los medicamentos está sujeta a una serie de disposiciones regulatorias (contenidas fundamentalmente, como es sabido, en la Directiva 2000/83/CE por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano y las legislaciones nacionales que la

transponen), disposiciones que no resultan de aplicación si el objeto de la promoción no son los medicamentos, sino los servicios de la farmacia. Así lo ha sentado el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 15 de julio de 2021, *DocMorris*, C-190/20 (EU:C:2021:609), en la que el Tribunal entiende que no encaja en el concepto de publicidad de medicamentos una campaña promocional que tiene por objeto los servicios de venta por correspondencia de medicamentos en general, porque con dicha campaña no se pretende influir en la elección por el cliente de un producto determinado, sino en la de la farmacia en la que dicho cliente compra ese medicamento, que es posterior a la elección del fármaco. Ese caso se refería a la acción publicitaria llevada a cabo por una farmacia en forma de juego promocional que permitía a los participantes obtener premios distintos de los medicamentos, debiendo enviar una orden de pedido de un medicamento sujeto a receta para poder participar en el juego.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia también ha realizado una interpretación amplia del concepto de publicidad recogido en el artículo 86.1 de la Directiva 2001/83/CE y referido a «toda forma de oferta informativa, de prospección o de incitación destinada a promover la prescripción, la dispensación, la venta o el consumo de medicamentos». A juicio del tribunal —expresado en su Sentencia de 22 de diciembre del 2022 (C-530/20, *Euroapteika*, ECLI:EU:C:2022:1014)— este concepto «subsume toda forma de oferta informativa, de prospección o de incitación que esté destinada a promover la prescripción, la dispensación, la venta o el consumo de un medicamento determinado o de medicamentos indeterminados». Por lo tanto, cuando una farmacia promociona toda

la gama de productos que en ella se venden, también puede haber publicidad de medicamentos, toda vez que, como queda dicho, el Tribunal de Justicia concluye categóricamente que «el ámbito de aplicación de lo dispuesto en la Directiva 2001/83 en materia de publicidad de medicamentos no se limita a la publicidad de un medicamento determinado». Es lo que sucedía en el caso concreto, donde una farmacia ofrecía un descuento del 15 % en el precio de compra de cualquier medicamento si se adquirían, como mínimo, tres productos, lo que llevó a considerar que la farmacia persuadía al cliente de forma directa e inequívoca de comprar más medicamentos no especificados.

2. Las conclusiones del Abogado General en el asunto C-517/23, *Apothekerkammer Nordrhein contra DocMorris NV*

2.1. Pues bien, pese a estos precedentes jurisprudenciales, periódicamente siguen surgiendo dudas sobre la correcta delimitación de si una publicidad promociona medicamentos o una farmacia. Así ha sucedido en el litigio que ha dado lugar al planteamiento de una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia en el asunto C-517/23, *Apothekerkammer Nordrhein contra DocMorris NV*.

Se juzga en este caso una serie de campañas de descuento realizadas por una farmacia (*DocMorris*) que presta servicios en línea de carácter transfronterizo. En una de las campañas, al cliente que compra medicamentos sujetos a receta médica se le ofrece un descuento inmediato en efectivo, y en las otras campañas se le ofrece un bono por una

determinada cantidad de dinero o un tanto por ciento de descuento que podrá gastar ulteriormente en la farmacia cuando compre otros productos (medicamentos no sujetos a receta médica o productos de cuidado personal o de belleza no medicinales). Y lo que un tribunal alemán pregunta al Tribunal de Justicia es si resulta o no de aplicación al Directiva 2001/83/CE.

Pendiente de que se pronuncie el tribunal, ya lo ha hecho el Abogado General Sr. Maciej Szpunar (el mismo que elaboró las conclusiones en el citado caso *Euroapteka*), que ha publicado sus conclusiones, de fecha 24 de octubre de 2024 (ECLI:EU:C:2024:925).

- 2.2. La opinión del Abogado General es que en todas las campañas publicitarias analizadas en este asunto no estaríamos ante publicidad de medicamentos, ni tan siquiera de medicamentos indeterminados. En su opinión, si se aplica la jurisprudencia ya existente del Tribunal de Justicia (y que él mismo ha contribuido a crear con sus conclusiones del precedente caso *Euroapteka*), «parece que la finalidad del mensaje transmitido por las prácticas comerciales utilizadas por DocMorris es incitar al paciente a acudir a la farmacia *DocMorris*, específicamente. A través del mensaje “visítenos”, en lugar de “compre estos medicamentos (específicos o no)”, *DocMorris* se centra en la venta al paciente, más que en la venta de un medicamento, ya sean este específico o no».

En relación con el ofrecimiento de descuentos inmediatos por la compra de

medicamentos con receta, el Abogado General considera que no se está promocionando la adquisición de dichos medicamentos, sino la farmacia que los vende. Y ello porque «el paciente ya sabe, fundamentalmente, qué producto va a comprar», medicamento que, además, se lo ha recetado un profesional facultado para hacerlo, de modo que, «una vez que el paciente ha recibido la receta, el único elemento que le queda por elegir es la farmacia en la que adquirir el producto. Todo lo demás ya ha sido decidido por un médico: si le receta o no un medicamento, la cantidad prescrita, así como la dosificación y la periodicidad con las que el paciente debe tomar los medicamentos».

A su vez, a propósito de los descuentos que se ofrecen por la compra de medicamentos con receta, consistentes en la entrega de un bono para posteriores compras o en la aplicación de un descuento porcentual en dichas compras futuras, se insiste en que estos descuentos se aplican a toda la gama de productos médicos no sujetos a receta médica, así como a productos de salud y belleza no medicinales de la farmacia, de forma que los medicamentos tan solo constituyen una parte de esa gama de productos. En consecuencia, habría promoción de la farmacia que comercializa todos esos productos.

Añade asimismo el Abogado General que las prácticas comerciales analizadas no son susceptibles de generar un abuso en el consumo de medicamentos porque los descuentos se ofrecen al comprar medicamentos con receta, y esa prescripción «ya contribuye a ga-

rantizar que el medicamento se utilice de conformidad con su finalidad prevista». Niega al respecto el Abogado General que los pacientes, a la vista de la promoción, puedan presionar al facultativo para que le prescriba un determinado fármaco o una mayor cantidad de un medicamento, pues «un médico prescriptor está obligado desde el punto de vista deontológico a abstenerse de prescribir un medicamento determinado si este no es apropiado para el tratamiento terapéutico de su paciente».

Finalmente, en sus conclusiones el Abogado General también trae a colación la libertad de empresa reconocida en el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Es indudable que dicha libertad ampara la posibilidad de que una farmacia promocióne su actividad. Y, por ello, una interpretación excesivamente amplia de lo que supone promoción de medicamentos podría ir en detrimento de dicha libertad.

- 2.3. Alcanzada la conclusión de que las campañas promocionales analizadas no entran en el concepto legal de publicidad de medicamentos, según la Directiva 2001/83/CE, la prohibición de dichas campañas por una legislación de un Estado miembro constituiría una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa en el sentido del artículo 34 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; medi-

da que, en principio, carece de justificación.

- 2.4. Pese a todo lo anterior, y para el caso de que el Tribunal de Justicia, en contra de las conclusiones del Abogado General, llegase a considerar que las campañas examinadas constituyen promoción de medicamentos, el Abogado General propone al tribunal que declare que es aplicable la prohibición de publicidad de medicamentos sujetos a receta médica establecida en el artículo 88, apartado 1, letra a), de la Directiva 2001/83/CE.

3. Conclusión

La posición del Abogado General Sr. Maciej Szpunar es coherente con la que ya manifestó en las conclusiones del caso *Euroapteika*, y puede verse como un desarrollo de estas. No obstante, habrá que esperar a comprobar si el Tribunal de Justicia asume los mismos planteamientos o si, por el contrario, y exacerbando el principio de prohibición del uso irracional de los fármacos, realiza una interpretación más amplia del concepto de publicidad de medicamentos, de forma que se entiendan englobadas las campañas promocionales (aplicables cuando se compran medicamentos sujetos a receta), consistentes en la realización de un descuento directo por la compra de dichos medicamentos sujetos a receta, o en la entrega de un bono o la realización de un descuento promocional por compras futuras de otros medicamentos o demás productos de la farmacia sin receta.