



Roj: **STSJ NA 410/2017 - ECLI: ES:TSJNA:2017:410**

Id Cendoj: **31201330012017100190**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **14/03/2017**

Nº de Recurso: **42/2017**

Nº de Resolución: **132/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA DE LAS MERCEDES MARTIN OLIVERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ NA 410/2017,**
ATS 7725/2018

SENTENCIA DE APELACIÓN Nº 000132/2017

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE,

D. ANTONIO RUBIO PÉREZ

MAGISTRADOS,

Dª Mª JESÚS AZCONA LABIANO

Dª Mª DE LAS MERCEDES MARTÍN OLIVERA

En Pamplona/Iruña, a catorce de marzo de dos mil diecisiete.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia de Navarra, constituida por los Señores Magistrados expresados, en grado de apelación, el presente **rollo nº 42/2017**, promovido contra la sentencia nº 242/2016, de fecha 16 de noviembre de 2016, recaída en los autos procedentes del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Pamplona, correspondientes al recurso contencioso-administrativo procedimiento ordinario nº 30/2016; siendo partes, como **apelante la COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA**, representada y asistida por el Sr. Letrado de los Servicios Jurídicos; y como **apelada la entidad "DENTOESTETIC, CENTRO DE SALUD Y ESTÉTICA DENTAL"**, representada por la Procuradora Dña. Ana Gurbindo Gortari y asistida por el Letrado D. Adrián Dupuy López.

Viene a resolver en base a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La Sentencia nº 242/2016, de fecha 16 de noviembre de 2016, recaída en los autos procedentes del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Pamplona, correspondientes al recurso contencioso-administrativo procedimiento ordinario nº 30/2016, acuerda estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad "Dentoesthetic, Centro de Salud y Estética Dental" contra el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 14 de octubre de 2015, que desestimó el recurso de alzada formulado contra la resolución 236/2015, de 9 de junio, del Presidente del Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Navarra, por el cual se denegaba la autorización previa solicitada por la citada entidad para difusión de publicidad sanitaria.

SEGUNDO .-Por la parte demandada se ejercitó recurso de apelación al que se dio el trámite legalmente establecido en el que solicitaba su estimación con revocación de la sentencia apelada.



La parte apelada-demandante se opone a la pretensión anterior solicitando la confirmación de la sentencia de instancia.

TERCERO .-Elevadas las actuaciones a la Sala y formado el correspondiente rollo, tras las actuaciones legalmente prevenidas, se señaló para votación y fallo el día 14 de marzo de 2017; siendo ponente la lltma. Sra. Magistrada Dña. M^a DE LAS MERCEDES MARTÍN OLIVERA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los Fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada.

PRIMERO .- La sentencia objeto de apelación acuerda estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por "Dentoesthetic, Centro de Salud y Estética Dental" contra la resolución que le deniega la autorización previa solicitada al Colegio de Odontólogos y Estomatólogos para la difusión de publicidad sanitaria.

La Juez a quo, después de exponer los respectivos motivos de impugnación y oposición articulados por las partes, así como el contenido de los artículos 1 y 6 del Real Decreto 1907/1996 , y artículos 1 y 3 del Decreto Foral 203/1997 , y tras calificar los implantes dentales como producto sanitario (a la luz de la definición que contiene el artículo 3 del citado Decreto Foral), declara que en el presente caso no existe recomendación de dicho producto sanitario, no incurriéndose en la prohibición establecida en dicho texto legal al considerar que los personajes famosos cuya imagen aparece en el folleto no hacen recomendación alguna, limitándose a posar sonrientes. Y que el contenido de la publicidad se limita a describir el "*método dentix*". *En definitiva, declara que "la publicidad firmada por Dentix incide en factores empresariales pero no sanitarios y por tanto, no incurre en recomendación prohibida alguna".*

La Comunidad Foral de Navarra invoca como motivos de apelación, en primer lugar, el error en la valoración de la prueba realizada por la Juez de instancia, y en segundo lugar, infracción del ordenamiento jurídico en relación al artículo 38.8 del R.D. 1591/2009 , sin que sea de aplicación la STSJ del País Vasco de 10 de junio de 2016 , invocada por la recurrente en su demanda, la cual se refiere a la veracidad de una publicidad y sobre la publicidad falsa o engañosa.

La entidad apelada se opone y solicita la confirmación de la sentencia de instancia.

SEGUNDO .- Sobre la valoración de la prueba realizada por el Juez de instancia y aplicación de la normativa que rige la publicidad normativa.

Como tiene declarada la jurisprudencia fijada por el Tribunal Supremo, por ejemplo en Sentencia de 11 de abril de 2006 , la fijación de los hechos constituye competencia exclusiva del Tribunal de instancia, lo que obliga a atenerse a la apreciación de la prueba hecha por éste, salvo que se alegue el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba, la incongruencia o falta de motivación de la sentencia; se invoque oportunamente como infringida una norma que deba ser observada en la valoración de la prueba, ya se trate de las normas que afectan a la eficacia de un concreto medio probatorio, o de las reglas que disciplinan la carga de la prueba o la formulación de presunciones; o, finalmente, se alegue que el resultado de ésta es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad, pues en este caso debería estimarse infringido el principio del ordenamiento que obliga al juzgador a apreciar la prueba sujetándose a las reglas de la sana crítica (v. gr., sentencia de 21 de diciembre de 1999).

En el presente caso los apelantes consideran que la sentencia incurre en dicho defecto cuando declara que en el presente caso no existe recomendación del producto sanitario por las personas famosas que aparecen en la imagen; y ello porque el folleto impreso por el que se realiza la publicidad hace alusión a implantes, utilizándose a personas que debido a su notoriedad recomiendan la utilización del producto sanitario y del método Dentix. Es decir, consideran que sí se publicita directamente un producto sanitario, pues el mero hecho de que personajes famosos aparezcan en actitud sonriente junto al anagrama de la clínica es ya suficiente para entender que se recomienda el establecimiento sanitario, describiendo además los productos que se ofrecen en dicha clínica y los servicios que se ofertan.

Asiste la razón a los apelantes, apreciando esta Sala error en la valoración que de la prueba se contiene en la sentencia dictada en primera instancia.

Y es que no solo la publicidad de productos sanitarios, sino también la publicidad de las técnicas o procedimientos médicos o quirúrgicos ligados a la utilización de productos sanitarios específicos debe respetar los criterios contemplados en la publicidad de productos sanitarios. Materia ésta que se rige tanto por la normativa estatal básica como la normativa foral de desarrollo.



La Ley 29/2006, de 26 de julio, reguladora de las garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, declara en su artículo 78, apartado 7, que la publicidad de las técnicas o procedimientos médicos o quirúrgicos ligados a la utilización de productos sanitarios específicos respetará los criterios contemplados en la publicidad de productos sanitarios.

A nivel reglamentario, el artículo 1 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, establece que las Autoridades sanitarias y demás órganos competentes en cada caso, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley General de Sanidad, las disposiciones especiales aplicables en cada caso y lo establecido en este Real Decreto, controlarán la publicidad y promoción comercial de los productos, materiales, sustancias, energías o métodos que se anuncian o presentan como útiles para el diagnóstico, prevención o tratamiento de enfermedades o desarrollos fisiológicos, adelgazamiento, modificación del estado físico o psicológico, restauración, corrección o modificación de funciones orgánicas u otras pretendidas finalidades sanitarias, para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud y para limitar todo aquello que pueda constituir un perjuicio para la misma. Los Colegios Profesionales, en el ámbito de sus competencias, podrán participar y colaborar en el cumplimiento de lo establecido en este Real Decreto.

Y sin perjuicio de la normativa especial sobre la publicidad de medicamentos y productos sanitarios (artículo 3), el artículo 4, apartado 7º declara expresamente, que queda prohibida cualquier clase de publicidad o promoción directa o indirecta, masiva o individualizada, de productos, materiales, sustancias, energías o métodos con pretendida finalidad sanitaria "Que pretendan aportar testimonios de profesionales sanitarios, de personas famosas o conocidas por el público o de pacientes reales o supuestos, como medio de inducción al consumo".

Preceptos éstos que la Disposición Adicional Tercera declara que tienen la consideración de normativa básica sanitaria, conforme a lo señalado en el artículo 149.1.16ª CE.

Por su parte, el R.D. 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, trata en el artículo 38 la publicidad y promoción de los mismos. En el apartado 6 se recoge la autorización previa para los mensajes publicitarios que se inserten en cualquiera de los medios generales de comunicación, incluido internet, así como cualquier otro material promocional dirigido al público. Y el apartado 8 prohíbe la inclusión de recomendaciones formuladas por personas que puedan, por su notoriedad, incitar a la utilización de los productos sanitarios publicitados.

En el ámbito de la Comunidad Foral, esta materia se regula en la Ley Foral 10/1990, desarrollada por el Decreto Foral 213/1993, de 5 de julio, cuyo artículo 3.1 exige la autorización administrativa previa; mientras que el Decreto Foral 203/1997, regula el procedimiento para la obtención de la autorización previa administrativa; y entre las prohibiciones recogidas en el artículo 3 del D.F. 203/1997, se encuentra la inclusión de recomendaciones formuladas por personas que puedan, debido a su notoriedad, incitar a la utilización del producto.

Pues bien, en el presente caso, la autorización solicitada por la entidad "Dentoestetic, Centro de Salud y Estética Dental, S.L." lo fue para la difusión de publicidad sanitaria consistente en sendos folletos en los que aparecen personas famosas sobre cuyas imágenes recoge el siguiente texto: " *La nueva forma de hacer Odontología DENTIX. Podría contártelo un caballero medieval o Eduardo Noriega. Da igual quien te lo cuente, el Método Dentix convence por sí mismo. Implantología Dental desde 222 euros* ". O " *La nueva forma de hacer Odontología DENTIX. Podría contártelo un buzo o Cristina Pedroche. Da igual quien te lo cuente, el Método Dentix convence por sí mismo. Implantología Dental desde 222 euros* ".

Y en el reverso se hace referencia al Método Dentix (Clínica propias no franquiciadas, equipo 360º: equipo integral que ofrece todos los servicios necesarios, más implantes menor precio, y tecnología vanguardista. También se hace referencia al precio de Ortodoncia y la Implantología dental (aclarando qué son los implantes).

Es claro y evidente que se está utilizando la imagen de dos personas famosas para publicitar, no sólo el método empleado por dicha empresa, sino también un producto sanitario; imagen que por sí sola ya constituye publicidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto Foral 203/1997 ("a los efectos de la presente disposición se entiende por publicidad directa al público de productos sanitarios, toda forma de comunicación gráfica, sonora o audiovisual, efectuada en cualquier soporte, realizada por personas físicas o jurídicas dirigida a promover, directa o indirectamente, la venta o el uso de productos sanitarios").

Por todo ello procede estimar el recurso de apelación, revocando la sentencia dictada en primera instancia, así como el pronunciamiento que contiene sobre la condena en costas a la demandada.

TERCERO . - En cuanto a las costas de esta apelación, y por aplicación del artículo 139.2 de la LJCA, no se realiza pronunciamiento al haber sido estimado íntegramente el recurso de apelación.



En atención a los Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho expuestos, en nombre de Su Majestad El Rey, y en el ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del Pueblo Español nos confiere la Constitución, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha adoptado el siguiente

FALLO

Esta Sala acuerda estimar el presente recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA contra la Sentencia nº 242/2016, de fecha 16 de noviembre de 2016 ; y en consecuencia, se revoca dicha resolución judicial, por ser ajustado a Derecho el acto impugnado, con revocación igualmente de la condena en costas a la demandada. Todo ello sin realizar pronunciamiento en materia de costas procesales en esta instancia.

Notifíquese esta Resolución Judicial conforme dispone el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , expresando que contra la misma solo cabe interponer recurso de casación ante la Sala correspondiente, *única y exclusivamente*, , en el caso de que concurra algún supuesto de interés casacional objetivo y con los requisitos legales establecidos, todo ello de conformidad con los artículos 86 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en redacción dada por Ley Orgánica 7/2015 de 21 de Julio.

Dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el plazo de treinta días siguientes a la notificación de esta Sentencia

Se informa a las partes que en cualquier supuesto, y en todos los recursos de casación que se presenten, todos los escritos relativos al correspondiente recurso de casación se deberán ajustar inexcusablemente a las condiciones y requisitos extrínsecos que han sido aprobados por Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo y de este Tribunal Superior de Justicia de Navarra en fechas 21-4-2016 y 27-6-2016 respectivamente.

Estos Acuerdos obran expuestos en el tablón de anuncios de este Tribunal Superior de Justicia así como publicados en la página web del Consejo General del Poder Judicial (www.poderjudicial.es) para su público y general conocimiento.

Con testimonio de esta Resolución, y una vez firme, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia para su conocimiento debiendo el Juzgado hacer saber a las partes la resolución del recurso de apelación y llevando a cabo su puntual ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.