



Roj: **ATS 7725/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:7725A**

Id Cendoj: **28079130012018201295**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/07/2018**

Nº de Recurso: **67/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Auto**

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

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Fecha del auto: 09/07/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 67/2018

Materia: ADMINISTRACION CORPORATIVA

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Secretaría de Sala Destino: 004

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 67/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente



D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frias Ponce

D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jose Maria del Riego Valledor

D^a. Ines Huerta Garicano

En Madrid, a 9 de julio de 2018.

HECHOS

PRIMERO . El Gobierno de Navarra adoptó el 14 de octubre de 2015 acuerdo por el que desestima el recurso de alzada interpuesto por D. Nicolas , en nombre y representación de la entidad mercantil Dentoesthetic Centro de Salud y Estética Dental, S.L. (Dentix) contra la resolución nº 236/2015, de 9 de junio, del Presidente del Colegio Oficial de Dentistas de Navarra, por el que se deniega la autorización administrativa previa para la difusión de publicidad sanitaria del establecimiento aludido.

La resolución considera vulnerado el artículo 4 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto , sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, y el artículo 3 del Decreto Foral 203/1997 , por el que se regula el procedimiento para la autorización administrativa previa de la publicidad de productos sanitarios. En particular, el artículo 4 del Real Decreto 1907/1996 regula las prohibiciones y limitaciones de la publicidad con pretendida finalidad sanitaria y dispone que <<[s]alvo lo establecido en el artículo 3.1 de este Real Decreto , 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 en los siguientes casos: (...) 7. 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>>.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la anterior resolución por la representación de la entidad mercantil Dentoesthetic Centro de Salud y Estética Dental, S.L., el mismo fue estimado por la sentencia núm. 242/2016, de 16 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Pamplona , dictada en el procedimiento ordinario nº 30/2016.

Señala dicha sentencia que los implantes dentales << pueden considerarse producto sanitario a la luz de la definición expuesta y ello con independencia de que precisen procedimiento médico para su colocación porque lo pretendido es el resultado final, es decir, la colocación del implante y no el servicio o tratamiento médico para su implantación>>. E indica a continuación que <<[l]a publicidad firmada por Dentix incide en factores empresariales y económicos pero no sanitarios y por tanto no incurre en recomendación prohibida alguna>>.

SEGUNDO . Por sentencia núm. 132/2017, de 14 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, se estimó el recurso de apelación nº 42/2017 interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra contra la referida sentencia del Juzgado.

En síntesis, se sostiene que se ha producido un error en la valoración de la prueba, pero a continuación expresa la Sala de Pamplona una interpretación de los preceptos concernidos: <<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>>.

Alcanza la conclusión de que <<se está utilizando la imagen de dos personas famosas para publicitar, no solo 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 >>.

TERCERO . La entidad Dentoesthetic Centro de Salud y Estética Dental, S.L. (Dentix) ha preparado recurso de casación en el que, después de cumplir en debida forma las exigencias que impone el artículo 89.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [LJCA], afirma que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, invocando a tal fin lo siguiente.

En primer lugar, aduce la vulneración de los artículos 2 y 38.8 del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre , por el que se regulan los productos sanitarios. Y ello por cuanto considera que los servicios de odontología no han de incluirse en el catálogo de prohibiciones que afectan a los productos sanitarios conforme a la norma indicada. Así, afirma que <<[c]omo norma prohibitiva de derechos, es de interpretación estricta. Si las



prohibiciones van referidas a la publicidad de productos sanitarios, no se debe ampliar la prohibición a la publicidad de servicios dentales de implantología, ortodoncia, etc., por lo que DENTIX sí podría llevar a cabo dicha publicidad>>.

Por otra parte, entiende infringido el artículo 4.7 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, considerando que no resulta de aplicación, <<pues el ámbito objetivo de dicha norma se ciñe a los productos "con pretendida finalidad sanitaria", es decir, cuya finalidad sanitaria no está acreditada. Cuando el Real Decreto hace referencia a esta "pretendida finalidad sanitaria", está delimitando el ámbito de aplicación de la norma a supuestos de productos cuya finalidad sanitaria resulta dudosa y discutible, y que pueden inducir al error a los consumidores y suponer un fraude, refiriéndose a lo que la doctrina denomina "productos milagrosos" o "productos frontera">>.

En segundo lugar, sostiene que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia sobre la base de los artículos 88.2.a), 88.2.c) y 88.3.e) LJCA.

Para ello, y en relación con el artículo 88.2.a) LJCA, invoca sentencias que, según expone, se suscitan ante cuestiones de hecho semejantes y alcanzan sin embargo consecuencias jurídicas diferentes, sobre la base de una distinta interpretación de los preceptos afectados.

Además, sostiene que concurre el supuesto previsto en el artículo 88.2.c) LJCA, debido a la proliferación de clínicas dentales, que se verían necesitadas de un criterio jurídico uniforme sobre las cuestiones concernidas.

En fin, y respecto del artículo 88.3.e) LJCA, por cuanto el recurso inicialmente fue interpuesto contra un acuerdo del Consejo de Gobierno de Navarra.

CUARTO. Por auto de 28 de noviembre de 2017 el órgano jurisdiccional de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante esta Sala del Tribunal Supremo, así como la remisión a la misma de los autos originales y del expediente administrativo.

Se ha personado la representación procesal de Dentix, en calidad de recurrente, así como la Asesora Jurídica-Letrada de la Comunidad Foral, en la representación que legalmente ostenta, en calidad de recurrida, formulando detallada y extensa oposición a la admisión del recurso de casación.

Es Magistrado Ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo, Magistrada de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Las cuestiones que el presente recurso plantea son sustancialmente idénticas a las que abordamos en el auto dictado en el recurso de casación tramitado con el número 86/2018.

Desde un punto de vista formal, debe señalarse que el escrito de preparación cumple con las exigencias del artículo 89.2 LJCA, por lo que nada puede oponerse a la admisibilidad del recurso desde el punto de vista de las letras a) y b) del artículo 90.4 LJCA.

Así, el escrito se ha estructurado en apartados separados, encabezados con un epígrafe expresivo de su respectivo contenido, y se ha razonado tanto la recurribilidad de la resolución de instancia por este cauce extraordinario como la observancia de los requisitos de legitimación y plazo.

De otro lado, se han identificado debidamente las normas y/o jurisprudencia cuya infracción se imputa a la sentencia de instancia, cumpliéndose con la carga procesal de justificar, primero, su incardinación en el Derecho estatal; segundo, su debida observancia en el proceso de instancia; y tercero, su relevancia en el sentido del fallo.

Respecto de la concurrencia en el caso de interés casacional, la Sección de Admisión considera que la parte recurrente ha realizado el imprescindible esfuerzo argumental, con singular referencia al caso, en relación a la concurrencia del interés casacional objetivo en función de alguno de los supuestos enunciados en los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA.

Cumplidas, en definitiva, las exigencias que impone el artículo 89.2 de la LJCA, la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, coincidiendo en ello con la parte recurrente, entiende que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la siguiente cuestión: (i) si el artículo 4 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, artículo referido a las prohibiciones y limitaciones de la publicidad con pretendida finalidad sanitaria de productos, materiales, sustancias, energías o métodos con pretendida finalidad sanitaria, resulta extensible a los servicios de odontología; (ii) si resulta relevante, a los efectos de ofrecer una respuesta



a dicha cuestión, el hecho de que la publicidad concreta relativa a los servicios de odontología incluya también la publicidad de productos sanitarios, y si resulta irrelevante que dichos productos requieran de asistencia especializada para su implantación.

La admisión tiene lugar sobre la base del artículo 88.3.e) LJCA , es decir, por tratarse de una sentencia que resuelve un recurso contra un acto de un Consejo de Gobierno autonómico.

Y no concurre la excepción prevista en el artículo 88.3 in fine LJCA , es decir, el asunto no carece manifiestamente de interés, toda vez que, en efecto, se aprecia un margen de interpretación relevante en la normativa concernida, en un sector de singular relevancia pública que requiere del máximo celo en la aplicación del Derecho, cual es el sanitario.

SEGUNDO . Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA , procede admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de Dentix contra la sentencia núm. 132/2017, de 14 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, dictada en el recurso de apelación núm. 42/2017 .

Debemos precisar, al igual que hicimos en relación con el recurso de casación núm. 86/2018, que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: (i) si el artículo 4 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto , artículo referido a las prohibiciones y limitaciones de la publicidad con pretendida finalidad sanitaria de productos, materiales, sustancias, energías o métodos con pretendida finalidad sanitaria, resulta extensible a los servicios de odontología; (ii) si resulta relevante, a los efectos de ofrecer una respuesta a dicha cuestión, el hecho de que la publicidad concreta relativa a los servicios de odontología incluya también la publicidad de productos sanitarios, y si resulta irrelevante que dichos productos requieran de asistencia especializada para su implantación.

E identificamos como norma jurídica que, en principio, ha de ser objeto de interpretación, la contenida en el artículo 4 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto , sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, así como cualesquiera otras concordantes que resulten de aplicación.

TERCERO . Conforme a lo dispuesto en el artículo 90.7 de la LJCA , este auto se publicará en la página web del Tribunal Supremo.

Por lo expuesto, en el recurso de casación registrado en la Sala Tercera del Tribunal Supremo con el núm. 67/2018, la Sección de Admisión de dicha Sala.

La Sección de Admisión acuerda:

Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de Dentix contra la sentencia núm. 132/2017, de 14 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, dictada en el recurso de apelación núm. 42/2017 .

Segundo. Precisar, al igual que hicimos en relación con el recurso de casación núm. 86/2018, que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: (i) si el artículo 4 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto , artículo referido a las prohibiciones y limitaciones de la publicidad con pretendida finalidad sanitaria de productos, materiales, sustancias, energías o métodos con pretendida finalidad sanitaria, resulta extensible a los servicios de odontología; (ii) si resulta relevante, a los efectos de ofrecer una respuesta a dicha cuestión, el hecho de que la publicidad concreta relativa a los servicios de odontología incluya también la publicidad de productos sanitarios, y si resulta irrelevante que dichos productos requieran de asistencia especializada para su implantación.

Tercero. Identificar como norma jurídica que, en principio, ha de ser objeto de interpretación, la contenida en el artículo 4 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto , sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, así como cualesquiera otras concordantes que resulten de aplicación.

Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto. Comunicar inmediatamente al órgano jurisdiccional de instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme

Así lo acuerdan y firman.



D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D^a Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frias Ponce D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jose Maria del Riego Valledor D^a Ines Huerta Garicano

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ