

SENTENCIA del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pola de Lena (Asturias) que estima demanda del Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Asturias y declara que el anuncio por un protésico dental la “venta de prótesis al público (con prescripción facultativa)” constituye publicidad ilícita, por no estar el demandado habilitado para la venta de dicho producto al público, y le condena a cesar y rectificar dicha publicidad exponiendo en los anuncios la mención “entrega directa de todo tipo de prótesis solamente al dentista prescriptor”.

Un protésico muy significado en la defensa del denturismo ha publicado reiteradamente un anuncio en un periódico en el que ofrecía venta directa de prótesis al público. Aunque añadía el requisito de prescripción facultativa (que en sus manifestaciones y declaraciones en los medios de prensa, comunicados a colegas, etc., identificaba erróneamente con receta escrita, cual si no considerara a las impresiones, modelos, planchas-base, registros intermaxilares, etc., como parte de la prescripción, que es un concepto más amplio), el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Asturias formuló, previo requerimiento notarial infructuoso, demanda ante los tribunales de justicia por publicidad engañosa, y solicitó rectificación de dicha publicidad en la que se dejara constancia de que la prótesis sólo sería entregada al dentista prescriptor.

La estima íntegramente la demanda, condena al demandado a rectificar su publicidad en los términos solicitados por el Colegio, y argumenta en sus fundamentos de derecho que:

- a) el demandado (es decir, el protésico) no está habilitado para la venta al público, y
- b) la prótesis dental es un producto sanitario que debe ser adaptado a la boca del paciente por un facultativo, al ser susceptible de suponer peligro para la salud.

Aunque la sentencia ha sido recurrida y, por consiguiente, todavía no es firme, representa el primer pronunciamiento judicial, según nuestros datos, en esta cuestión publicitaria, además de resaltar una vez más (como ya hizo anteriormente -y se publicó en el BOCGOE- el Ministerio de Sanidad, el Servicio de Defensa de la Competencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia, la Audiencia Provincial de Córdoba, etc.), que las prótesis no pueden ser entregadas por el protésico al paciente. Por este motivo se transcribe literalmente en el Anexo.

Madrid, a 10 de octubre de 2001.

El Presidente: *Manuel Alfonso Villa Vigil.*

A N E X O

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2
LENA
PLAZA ALFONSO X EL SABIO Nº 5
TELÉFONO: 549.03.59

N.I.G.: 33033 1 0201144 /2000 Procedimiento: MENOR
CUANTIA 212 /2000

S E N T E N C I A Nº 88

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª. LUISA MARIA QUINTELA BAIZAN

Lugar: LENA

Fecha: tres de Septiembre de dos mil uno

PARTE DEMANDANTE: ILUSTRE COL. OF. ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE LA XII REGIÓN (ASTURIAS)

Abogado: ANA ALVAREZ SANCHEZ DE MOVELLAN

Procurador: ALEJANDRINA MARTINEZ FERNANDEZ

PARTE DEMANDA: JLMC

Abogado: SABINO ALVAREZ MENENDEZ

Procurador: NICANOR ALVAREZ GARCÍA

OBJETO DEL JUICIO: ACCION DE CESACION _____

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Dª. ALEJANDRINA MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación del ILUSTRE COLEGIO OFICIAL DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE LA XII REGIÓN (ASTURIAS), presentó escrito interponiendo demanda de Juicio Declarativo de Menor Cuantía ejercitando las acciones de cesación y de rectificación de publicidad ilícita, contra D. JLMC, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y termina suplicando que, previos los trámites legales oportunos, se dicte sentencia en la que:

- Declare que el demandado al publicar en el periódico “La Voz de Lena” el anuncio a que se ha hecho referencia en el hecho segundo, ha realizado publicidad ilícita, infringiendo lo dispuesto en la Ley General de Publicidad, obligando al denunciado a estar y pasar por dicha declaración.
- Condene al demandado a cesar en dicha publicidad.
- Condene al demandado a rectificar dicha publicidad en los términos contenidos en los requerimientos que se acompañan como documentos nº 2 y 4, esto es, exponiendo en sus anuncios la siguiente mención: “entrega de todo tipo de prótesis dentales solamente al dentista prescriptor”.
- Ordene la publicación de la sentencia a costa del demandado, y
- Condene al demandado al pago de las costas del presente procedimiento.

SEGUNDO: Por resolución de fecha 5 de Diciembre de 2.000, se admitió a trámite la demanda, acordando emplazar al demandado para que en el término de VEINTE DÍAS se persone en autos y conteste a la demanda.

D. NICANOR ÁLVAREZ GARCÍA, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D. JLMC, en tiempo y forma presenta escrito contestando a la demanda, oponiéndose a la misma en base a los hechos y fundamentos que estimó oportunos y que este lugar se dan por reproducidos, y termina suplicando que en su día se dicte sentencia por lo que, apreciando la excepción alegada, o, en su caso, por el fondo del asunto, se absuelva a mi representado de las pretensiones contenidas en la demanda promovida por el ILUSTRE COLEGIO OFICIAL DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE LA XII REGIÓN (ASTURIAS), todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

TERCERO: En la comparecencia, la parte actora contesta por medio de escrito a la excepción planteada de contrario, las partes manifiestan que se encuentran conformes en cuenta al tipo de procedimiento elegido, su cuantía, así como que no existe ningún defecto procesal que pueda ser subsanado en dicho acto y solicitan el recibimiento del juicio a prueba. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las pruebas propuesta y declaradas pertinentes, con el resultado que obra en autos.

CUARTO: En la sustanciación del presente procedimiento se han observado los requisitos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: D^a. ALEJANDRINA MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación del ILUSTRE COLEGIO OFICIAL DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE LA XII REGIÓN (ASTURIAS), promueve demanda de Juicio de Menor Cuantía frente a D. JLMC, ejercitando acciones de cesación y rectificación de publicidad ilícita por los anuncios publicitarios publicados en los números 138, 140 y 141 de “La Voz de Lena”, que contenían publicidad del Laboratorio de prótesis del demandado, ofreciendo los servicios de dicho Laboratorio, recogiendo expresamente la venta directa al público de las prótesis dentales, acciones ejercitadas previo requerimiento notarial de cesación y rectificación de la publicidad emitida.

La parte demandada contesta a la demanda oponiéndose a la misma, alegando la excepción de falta de legitimación activa de la actora, al no tener ningún derecho subjetivo o interés legítimo, conforme a lo previsto en el artículo 25 de la Ley General de Publicidad, en relación con el artículo 4.1 y concordantes de la Ley del Medicamento y artículo 3H) y concordantes del Decreto 414/96 de 1 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios, e interesando se dicte sentencia por la que, apreciando la excepción alegada, o, en su caso, por el fondo del asunto, se desestime íntegramente la demanda.

SEGUNDO: En primer término, es necesario resolver la excepción de falta de legitimación activa alegada por la parte demandada.

Al respecto, es preciso señalar que el artículo 25.1 de la Ley General de Publicidad, atribuye legitimación activa, en lo que aquí interesa, a las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo...

Se trata de una legitimación activa “ad causam” (la legitimación “ad procesum” no es otra cosa que la capacidad procesal) como la cualidad de un sujeto consistente en hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de una pretensión que ejercita.

En el caso de autos, es procedente desestimar la excepción alegada, habida cuenta que la parte actora representa los intereses profesionales de los colegiados, que quedarían englobados dentro del ámbito funcional de su profesión, siendo lógicamente competente el Colegio para la defensa de sus competencias en el ámbito de salud dental.

Igualmente es procedente desestimar la excepción de falta de personalidad del Procurador por insuficiencia o ilegalidad del poder, alegada por la parte demandada en su escrito de alcance e importancia de la prueba practicada por mejor proveer, habida cuenta que, por un lado, de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras la sentencia de 6.11.1995 que establece que los defectos de representación técnica permiten la subsanación, habiendo declarado el Tribunal Constitucional en la sentencia 25.02.1997 que el derecho de acceso a la jurisdicción exige que el Tribunal resuelva en el fondo la controversia de derechos e intereses legítimos planteados, salvo que se lo impida una razón fundada en un precepto expreso de una ley que

a su vez sea respetuosa con el contenido esencial de tal derecho, insistiendo, las sentencias del Tribunal Constitucional 126/84 y 164/86, en el principio pro actione, cuya finalidad no es otra que no impedir la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimientos no razonables de las normas procesales, y añadiendo la sentencia del Tribunal Constitucional 174/88 que, tanto la presencia del Procurador como la firma de Letrado son requisitos de cumplimiento subsanable y sólo cuando no hayan sido subsanados tras habersele dado a la parte la oportunidad para ello, podrán servir como motivos de inadmisibilidad sin lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Pero además, en el caso de autos es de aplicación la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en resoluciones como las de 20.09.1985 y 3.07.1988, que establecen la validez del poder determinado por la fecha de su otorgamiento a nombre de la correspondiente entidad jurídica, sin que sea obstáculo alguno para su mantenimiento el que la persona física que lo concedió en representación de aquélla haya cesado más tarde en el cargo. Esta circunstancia no altera la suficiente personalidad del Procurador que actúa con poder no revocado y sin la concurrencia de alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 1.732 del Código Civil.

TERCERO: el objeto del presente procedimiento se centra en determinar si los anuncios publicados por el demandado D. JLMC en “La Voz de Lena” ofertando la venta directa al público de todo tipo de prótesis dentales (con prescripción facultativa) y reparaciones en el día, son constitutivas de un acto de publicidad ilícita por engañosa.

El artículo 3 de la Ley General de Publicidad 34/88 de 11 de Noviembre, califica de publicidad ilícita, entre otros supuestos, la publicidad engañosa (apartado b), definiendo la misma en su artículo 4 como la que induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar en su comportamiento económico... o la que silencia datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error en los destinatarios.

Por su parte, el artículo 5 de la citada Ley establece que para poder determinar si una publicidad es engañosa, se tendrán en cuenta todos sus elementos, y principalmente sus indicaciones concernientes a: 1) las características de los bienes, actividades o servicios tales como: apartado f), la nocividad o la peligrosidad.

Las actividades profesionales de los odontólogos y protésicos se encuentran reguladas por la Ley 10/86 de 17 de Marzo, sobre odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental y el Real Decreto 1594/94, de 15 de Julio, regulador de la profesión de odontólogo y los de otros profesionales relacionados con dicha salud.

El artículo 1.3 de la citada Ley 10/86 señala que “los odontólogos podrán prescribir medicamentos, prótesis y productos sanitarios correspondientes al ámbito de su ejercicio profesional”, y el artículo 2.1 establece que “se reconoce la profesión de protésico dental con el correspondiente título de Formación Profesional de Segundo Grado, cuyo ámbito de actuación se extiende al diseño, preparación, elaboración, fabricación y reparación de prótesis dentales mediante la utilización de los productos, materiales, técnicas y procedimientos, conforme a las indicaciones y prescripciones de médicos estomatólogos y odontólogos”.

El artículo 5 del Real Decreto 1594/94 establece que “el protésico dental es el titulado de Formación Profesional de grado superior que diseña, prepara, elabora, fabrica y repara las prótesis dentales mediante la utilización de los productos, materiales, técnicas y procedimientos, conforme a las indicaciones y prescripciones de los médicos Estomatólogos y Odontólogos”.

El artículo 7 del citado Decreto establece que “los protésicos dentales tienen plena capacidad y responsabilidad ante el profesional que lo prescribió, respecto a las prótesis y aparatos que elaboran en el servicio de su actividad profesional, no así en cuanto suponga derivaciones achacables a las impresiones y registros buco-dentales o ulterior colocación de las prótesis en el paciente efectuadas por los facultativos”.

Por otro lado, el Real Decreto 414/96 de 1 de Marzo, de acuerdo con lo previsto en la Directiva del Consejo 93/92 de la C.E.E., de 14 de Junio, relativa a productos sanitarios a media, como son las prótesis dentales, los define como “aquellos productos sanitarios fabricados específicamente según prescripción escrita de un facultativo especialista, en la que se haga constar las características específicas de diseño y que se destine únicamente a un paciente determinado”.

La normativa anterior permite afirmar tal como lo hace el Ministerio de Sanidad y Consumo en su nota informativa sobre la actividad de protésicos dentales y odontólogos en relación con la legislación de productos sanitarios de 28 de Diciembre de 1999 que “los odontólogos son los usuarios de las prótesis dentales, pues son ellos quienes en la práctica diaria adquieren la prótesis previo su estudio y encargo al profesional protésico para luego implantarlo en la boca de sus pacientes”, y ello sin perjuicio de que el odontólogo deba repercutir al paciente exclusivamente el precio de la prótesis según factura del protésico, pues el artículo 4.1 de la Ley 25/90 del Medicamento le veta la posibilidad de la existencia de **intereses económicos directos** derivados de la comercialización de las prótesis.

En consecuencia, con las conclusiones señaladas, el artículo 31 del Decreto Autonómico 12/98 de 5 de Marzo, por el que se regula las consultas dentales y laboratorios de prótesis dentales, establece que los laboratorios del prótesis dentales realizarán única y exclusivamente los trabajos indicados y prescritos por el odontólogo o médico estomatólogo, a quien le serán entregados.

Teniendo presente lo señalado, acreditado que el demandado publicó en la página 15 del ejemplar nº 139 del periódico “La Voz de Lena” un anuncio en el que oferta la venta directa al público de todo tipo de prótesis

dentales, que la parte actora le requirió de cesación y rectificación de dicha publicidad, que en el ejemplar 140 de “La Voz de Lena”, publicó nuevamente dicho anuncio, lo que llevó a nuevo requerimiento de cesación y rectificación por parte del actor, y que el demandado publicó en el ejemplar 141 del citado periódico otro anuncio con idéntico contenido, así como que dicha publicidad induce o puede inducir a error en sus destinatarios, al afectar la venta de un producto al público, para el que el demandado no está habilitado conforme a la normativa citada, y siendo además la prótesis dental un producto sanitario susceptible de suponer peligro para la salud que debe ser adaptado a la boca del paciente por un facultativo médico, extremo que omite y que lógicamente induce a error de los destinatarios, es procedente la íntegra estimación de la presente demanda.

CUARTO: Dada la estimación de la demanda, procede la imposición de costas a la parte demandada (artículo 523 de la L.E.Cn).

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación:

FALLO

Que, estimando la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a. ALEJANDRINA MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, en nombre y representación del ILUSTRE COLEGIO OFICIAL DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE LA XII REGIÓN (ASTURIAS) frente a D. JLMC, cuya representación procesal ostenta el Procurador de los Tribunales D. NICANOR ÁLVAREZ GARCÍA, debo declarar y declaro que D. JLMC, al publicar en el periódico “La Voz de Lena” el anuncio objeto de la presente litis, ha realizado publicidad ilícita infringiendo lo dispuesto en la Ley General de Publicidad, por lo que debo condenar y condeno al demandado a cesar de dicha publicidad, a rectificarla exponiendo en sus anuncios la mención de “entrega directamente de todo tipo de prótesis dentales solamente al dentista prescriptor”, así como a publicar a su costa el fallo de la presente sentencia en el periódico “La Voz de Lena”, todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de ASTURIAS (artículo 455 LECn).

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LECn).

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. – Leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en Lena.