



Roj: **SAP B 6850/2024 - ECLI:ES:APB:2024:6850**

Id Cendoj: **08019370152024100544**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **24/07/2024**

Nº de Recurso: **451/2023**

Nº de Resolución: **816/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJM B 1966/2023,**
SAP B 6850/2024,
ATS 2181/2026

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120238004259

Recurso de apelación 451/2023 -3

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Materia mercantil art. 249.1.4) 444/2023

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0661000012045123

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0661000012045123

Parte recurrente/Solicitante: COL·LEGI OFICIAL D'ODONTÒLEGS I ESTOMATÒLEGS DE CATALUNYA

Procurador/a: Lluç Calvo Soler

Abogado/a: Josep Eduard Monedero Guardiola Parte recurrida: SMILE2IMPRESS, S.L.

Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro

Abogado/a:

Cuestiones: competencia desleal por publicidad ilícita de tratamiento de ortodoncia.

SENTENCIA núm. 816/2024

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN



Braulio

Casiano

Barcelona, a veinticuatro de julio de dos mil veinticuatro.

Parte apelante: Col·legi Oficial d'Odontòlegs i Estomatòlegs de Catalunya. **Parte apelada:** Smile2impress, S.L.

Objeto del proceso: competencia desleal por publicidad ilícita.

Resolución recurrida: sentencia.

- Fecha: 20 de julio de 2023.

- Parte demandante: Col·legi Oficial d'Odontòlegs i Estomatòlegs de Catalunya.

- Parte demandada: Smile2impress, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: " *Desestimo la demanda interpuesta por Col·legi Oficial d'Odontòlegs i Estomatòlegs de Catalunya; absuelvo, por tanto, a Smile2impress, S.L. de lo pretendido de contrario.*

No hago especial pronunciamiento en costas".

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte antes referida. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 23 de mayo pasado.

Ponente: magistrado Juan F. Garnica Martín.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

1. El Col·legi Oficial d'Odontòlegs i Estomatòlegs de Catalunya interpuso una demanda contra Smile2impress, S.L. ejercitando una acción declarativa de competencia desleal por publicidad ilícita y solicitando la condena a cesar en los actos supuestamente desleales que le imputa, así como a la publicación de la sentencia recaída que ponga fin a las actuaciones. **Considera la demandante que los anuncios sobre la ortodoncia invisible que constituye el objeto de la publicidad cuestionada hacen referencia a un tratamiento médico ligado a la utilización de productos sanitarios, razón por la que publicidad debe ser considerada ilícita, al infringir la prohibición establecida en el art. 38.8 del Real Decreto 1591/2009 por haber utilizado personajes famosos (María , la actriz Marta , el cantante Genaro y la modelo Paloma).**

2. La demandada se opuso a la demanda considerando que la publicidad **no puede considerarse ilícita pues está amparada por el artículo 6.2 del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, precepto que permite a los centros sanitarios utilizar en su publicidad la referencia a los servicios y actividades para los que cuenten con autorización, sin prohibirles que puedan utilizar personajes famosos.**

3. **La resolución recurrida desestimó la demanda considerando que la publicidad cuestionada como ilícita no es de productos sino de centros, de forma que está permitida siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, lo que ni siquiera se ha cuestionado.**

4. El recurso de la actora se funda en las siguientes alegaciones:

a) Interpretación errónea del objeto de la publicidad que no son los centros sino un tratamiento de ortodoncia invisible y las férulas para la ortodoncia invisible. Afirma que ello ha determinado la aplicación de un marco jurídico incorrecto para resolver la controversia.

b) Alega asimismo que se ha producido error al considerar que la demandada contaba con autorización administrativa para explotar consultas odontológicas en Catalunya en la fecha de los hechos, esto es, cuando se difundió la publicidad.

5. La recurrida, aparte de oponerse en el fondo, argumenta que la alegación hecha por primera vez en el recurso acerca de que los centros que la demandada tiene abiertos en Catalunya no contarían con autorización



administrativa constituye una alegación nueva que resulta inadmisibles y que entraña un cambio de demanda, atendido que en ningún momento se refirió a esa cuestión en la demanda.

SEGUNDO. Principales hechos que sirven de contexto al conflicto que enfrenta a las partes.

6. La resolución recurrida declara acreditados los siguientes hechos:

"1) Smile2impress, S.L. es una sociedad de capital constituida en abril de 2019, cuyo objeto social son las actividades odontológicas; otras actividades sanitarias; fabricación de instrumentos y suministros médicos y odontológicos; comercio al por menor de productos cosméticos e higiénicos en establecimientos especializados.

Uno de los socios de Smile2impress, S.L. es Javier , odontólogo colegiado, junto a dos inversores (Julio y Gustavo).

2) Smile2impress, S.L. desarrolla su actividad empresarial por medio de 51 clínicas dentales abiertas en distintas ciudades españolas. 12 de ellas están en Barcelona.

3) La demandada gira en el tráfico mercantil con el nombre Impress, marca registrada a nombre de Smile2impress, S.L.

4) Para la implantación de la marca y de los establecimientos abiertos en España, Smile2impress, S.L. ha desarrollado diversas campañas comerciales en medios convencionales (televisión, publicidad estática) y en redes sociales

(Youtube, Facebook, Tik Tok, Instagram). Apoyando esas campañas en la imagen y mensajes transmitidos por el Sr. Javier , así como por actores, cantantes, modelos y personajes públicos con presencia consolidada en las redes sociales. En concreto, la demanda hace referencia a las cantantes conocidas como María , la actriz Marta , el cantante Genaro y la modelo Paloma .

5) En los distintos anuncios publicitarios patrocinados por Smile2impress, S.L., tanto en la publicidad estática como en las escenas dialogadas incluidas en los mismos, aparecen las celebridades reseñadas mostrando o colocándose unas férulas dentales transparentes, que depositan en una caja translúcida en la que aparece la marca Impress.

Las escenas dialogadas entre el doctor Javier y las celebridades anunciantes se filmaron en entornos propios de una consulta odontológica, donde aparece instrumental propio de la actividad de ortodoncia, dibujos y fotografías de dentaduras, imágenes de detalle de dentaduras en las que se ha colocado o se está colocando una férula transparente.

En otras imágenes y escenas aparecen las celebridades anunciantes en entornos cotidianos privados o en espacios a cielo abierto dialogando sobre la finalidad que buscan con los tratamientos anunciados, comentando la importancia de tener una "sonrisa alineada", haciendo referencias a su estilo de vida y a la importancia de la imagen que quieren proyectar a su entorno profesional o familia.

6) En esas campañas, junto a la aparición de la férula transparente que facilita el alineamiento dental, se utilizan expresiones tales como "tratamiento invisible" o "tratamiento removible" o "tratamientos discretos, cómodos y removibles" o "consigue una sonrisa alineada, blanqueada y sana con Impress". 7) En las campañas publicitarias reflejadas en la demanda aparece constantemente la referencia a la marca Impress, también a los modos de comunicarse y solicitar consulta con los centros explotados bajo el nombre comercial Impress, precios indicativos de los tratamientos.

8) En algunos de esos anuncios se hace mención expresa a la necesidad de concertar una visita previa en cualquiera de los centros, a los tratamientos personalizados que aconsejarán los profesionales adscritos a los centros cuando contacte la clientela con ellos.

9) Las férulas alineadoras que aparecen en la publicidad no las fabrica directamente Smile2impress, S.L., pero aparecen guardadas en un repositorio translúcida en el que aparece la marca Impress.

10) La presencia en las redes sociales de las celebridades que intervienen en las campañas publicitarias permite a Smile2impress, S.L. llegar a un público muy amplio, seguidores en redes de esas celebridades que aprovechan su presencia pública para mostrar su estilo de vida, sus objetivos y gustos. Estilos, objetivos y gustos que pueden vincular al uso de determinadas marcas o servicios.

11) Otros centros odontológicos acuden al reclamo de celebridades del deporte, de la moda o de las redes sociales para publicitar sus servicios".

TERCERO. Sobre la alegación de la carencia de licencia administrativa y su carácter de alegación nueva.

7. La demandada cuestiona que pueda ser objeto de discusión en esta instancia la alegación que hace la recurrente en el recurso acerca de que los centros que la demandada tiene abiertos en Catalunya carecerían de autorización administrativa para ser objeto de explotación.

8. Creemos que tiene razón la parte demandada (ahora recurrida) acerca de que esta alegación constituye una cuestión nueva que no puede ser traída como tal al recurso porque lo impide lo previsto en el art. 456 LEC.

CUARTO. Sobre el objeto de la publicidad y el marco jurídico aplicable.

9. El primer motivo del recurso cuestiona la corrección del análisis que hace la resolución recurrida acerca del marco jurídico aplicable en el caso para determinar si ha existido publicidad ilícita. Estima la recurrente que el juzgado mercantil ha considerado que el objeto de la publicidad son los centros odontológicos en lugar de los productos utilizados en tratamientos odontológicos y ello le ha llevado a aplicar una normativa que no es la procedente. Estima que para este supuesto el marco jurídico de aplicación es el Real Decreto 1591/2009 sobre productos sanitarios, en lugar del RD 1277/2003 sobre la publicidad de los centros sanitarios.

10. La recurrida alega que el juzgado mercantil llega, con acierto, a la conclusión de que Impress publicita un servicio sanitario de odontología y no un producto sanitario concreto y específico o un tratamiento ligado al uso de este, razón por la que estima que debe estarse a las normas del RD 1277/2003, no a las del RD 1591/2009.

Valoración del tribunal

11. El punto de partida de nuestra valoración debe ser el examen de los mensajes publicitarios que la demanda cuestiona. Tomamos del recurso la referencia a los mismos, que se corresponde en lo sustancial con lo expuesto en la demanda. Son los siguientes:

a) Spot publicitario en el que aparecen María , Marta

y Dr. Javier (difundido en TV, Youtube y redes sociales):

En este video aparecen una serie de personajes notorios y un profesional de la salud, todos ellos con las férulas de ortodoncia invisible Impress y manifestando:

- "buscábamos un tratamiento de ortodoncia" (María)
- "tratamiento indoloro" (Marta)
- "utilizamos la tecnología más avanzada para alinear tus dientes" (Dr. Javier)

Y finaliza con la imagen de una férula dental con el lema "Empieza tu tratamiento desde solo 49€".
3c1a935b-192b-410c-9087-ae5fed7fd76a_001.png 3c1a935b-192b-410c-9087-ae5fed7fd76a_002.png

(Fotograma spot publicitario: Doc. 6, 7 y 7 bis)

b) Spot publicitario Paloma (difundido en TV, Youtube

y redes sociales:

La Sra. Paloma aparece en el video con unas férulas de ortodoncia invisible y pronunciando el siguiente lema "tratamiento invisible, tratamiento removible, seguimiento digital con atención los 7 días de la semana", para terminar sentada en un box de una clínica dental con las férulas en la mano y una imagen final en la que aparece el precio del tratamiento de ortodoncia invisible. 3c1a935b-192b-410c-9087-ae5fed7fd76a_003.png 3c1a935b-192b-410c-9087-ae5fed7fd76a_004.png

(Fotograma Doc. 5, 5 bis y 13)

c) Publicidad estática difundida en redes sociales utilizando distintos personajes notorios/famosos (redes sociales como Instagram, Facebook y Tik Tok):

A través de redes sociales, e incluso a través de publicidad insertada en la parte trasera de los asientos de la compañía aérea "Vueling", Impress también ha realizado publicidad sobre el tratamiento de ortodoncia invisible y las férulas utilizando la imagen de personajes notorios.

A continuación, a modo de ejemplo, y para facilitar el manejo de la documental, extracta los mensajes publicitarios que son utilizados junto a la imagen de personajes notorios para efectuar dicha promoción:

"Alinea tu sonrisa con la ortodoncia invisible de Impress" (Doc. 8) 3c1a935b-192b-410c-9087-ae5fed7fd76a_005.png

"Obtén 500 € de descuento en tu tratamiento de ortodoncia invisible" (Doc.

21) 3c1a935b-192b-410c-9087-ae5fed7fd76a_006.png



"Más transparentes, más cómodos y se tifican menos. Ortodoncia invisible

Impress desde 39 € mes" (Doc. 14) 3c1a935b-192b-410c-9087-ae5fed7fd76a_007.png

"Los alineadores de Impress son transparentes y comodísimos. ¡no duelen" Y, como son removibles, puedes comer lo que quieras y mantener tu dieta habitual." (Doc. 7, p. 23) 3c1a935b-192b-410c-9087-ae5fed7fd76a_008.png

"Estoy super feliz con mi ortodoncia invisible de Impress! Nadie nota que los llevo, lo que me va genial con mi estilo de vida. Además, el seguimiento es 100% online, por lo que puedo viajar sin problemas! Estar atentos a mis stories que iré comentando mis avances" (Doc. 7, p. 28) 3c1a935b-192b-410c-9087-ae5fed7fd76a_009.png

"Alinea tus dientes con Impress" (doc. 5, p. 12) 3c1a935b-192b-410c-9087-ae5fed7fd76a_010.png

"Nuestros alineadores Impress" (Doc. 5, p. 10) 3c1a935b-192b-410c-9087-ae5fed7fd76a_011.png

"Cambia tu sonrisa con ortodoncia invisible de Impress desde 39 €/mes"

(Doc. 17) 3c1a935b-192b-410c-9087-ae5fed7fd76a_012.png

"Comienza tu tratamiento de alineadores invisibles y obtén una espuma blanqueadora gratis" (Doc. 17) 3c1a935b-192b-410c-9087-ae5fed7fd76a_013.png

"Con la ortodoncia invisible de Impress, podrás corregir la posición de tus dientes de una forma discreta y sin cambios en tu rutina habitual. Podrás comer lo que quieras, hacer deporte y viajar: llevarás a tu equipo médico en tu móvil gracias a nuestra app." (Doc. 5, p.14) 3c1a935b-192b-410c-9087-ae5fed7fd76a_014.png

"¿Dientes separados o apiñados? Cambia tu sonrisa este verano con

ORTODONCIA INVISIBLE de Impress desde 39 € mes!" (Doc 5, p. 12) 3c1a935b-192b-410c-9087-ae5fed7fd76a_015.png

12. Es una constante en los mensajes publicitarios la referencia a un concreto servicio de odontología, la ortodoncia invisible, así como a los "alineadores invisibles", esto es, un instrumento a través del cual se presta ese servicio. De manera que podría parecer que el objeto de la publicidad podrían ser ese instrumento y esos servicios de odontología. No obstante, se puede reparar que tanto la referencia a ese servicio como a ese instrumento se hace con carácter general, esto es, la ortodoncia, sea invisible o no, no es algo específico, que los consumidores puedan percibir que solo se presta por el anunciante, sino que cualquier consumidor medio está familiarizado con ella y conoce que se presta por todos o la mayor parte de los dentistas. De forma que no tiene sentido alguno que se pueda pensar que lo que se estaba publicitando era un servicio de ortodoncia invisible. Al menos, creemos que nuestro consumidor medio no percibiría que el objeto de la publicidad sería la ortodoncia invisible, sino que percibiría que lo que se publicitan son unos concretos centros en los que se presta ese servicio.

13. Lo mismo ocurre en el caso del instrumento a través del cual se presta ese servicio, los denominados "alineadores invisibles". También nuestro consumidor medio conoce que constituyen un objeto usual durante los últimos años para prestar servicios de ortodoncia, de manera que no creemos que se representara que el objeto de la publicidad fuera un concreto producto.

14. Lo que creemos que nuestro consumidor medio a quien se dirigen los mensajes publicitarios entendería es que se está publicitando una empresa de odontología que presta servicios de ortodoncia y lo hace con unas férulas de un material plástico de carácter incoloro. Por tanto, no creemos que haya incurrido en error alguno en la valoración de la prueba el juzgado mercantil. También nosotros creemos que la referencia a esos servicios e instrumentos no constituye otra cosa que una forma indirecta de publicitar un establecimiento de odontología. De manera que el régimen jurídico aplicable es el correspondiente a la publicidad del establecimiento, no el propio de la publicidad de productos o servicios, como ha entendido la resolución recurrida.

15. El Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, dispone en su artículo 6.2. en relación con la publicidad de estos centros:

" Sólo los centros, servicios y establecimientos sanitarios autorizados podrán utilizar en su publicidad, sin que induzca a error, términos que sugieran la realización de cualquier tipo de actividad sanitaria, limitándose aquella a los servicios y actividades para los que cuenten con autorización, debiendo consignar en dicha publicidad el número de registro otorgado por la autoridad sanitaria de la correspondiente comunidad autónoma al concederle la autorización sanitaria de funcionamiento o la autorización específica de publicidad sanitaria".



16. Como ha razonado la resolución recurrida con acierto, en nuestro ordenamiento jurídico se regulan de forma separada la publicidad de los productos sanitarios y la publicidad de los centros sanitarios y, por tanto, un anuncio publicitario como el reclamado en el que se promocionan un centro de odontología y los servicios de alineación dental que en él se realizan debe ser considerado como un supuesto de publicidad de un centro o actividad sanitaria, al que resultará aplicable el régimen jurídico previsto para la publicidad de los centros sanitarios (plasmado en el art. 6.2 del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios y por el artículo 6 del Real Decreto 1907/1996).

17. Ello sin perjuicio de las siguientes excepciones:

i) Cuando, al hilo de la publicidad de un centro o de una actividad sanitaria, se introduzcan elementos que puedan ser percibidos como publicidad -directa o indirecta- de concretos o específicos productos sanitarios; y,
(ii) en aquellos casos en los que la actividad o el tratamiento promocionados impliquen la utilización de un producto sanitario específico.

18. Ya hemos adelantado que la referencia al "alineador invisible" no integra propiamente una referencia a un "producto sanitario específico" sino que se trata de una simple referencia genérica a un producto de carácter usual, ya que la publicidad no pretende destacar las características concretas del producto de un concreto fabricante frente a otros sino que se limita a servir de instrumento para comunicar al público interesado que se prestan unos concretos servicios de ortodoncia y se ofrece la posibilidad de hacerlo de una forma concreta (con alineadores invisibles).

19. Por parte de la demandante no se ha alegado siquiera que la publicidad cuestionada induzca a error, de forma que ello resulta suficiente para justificar que la demanda se deba desestimar como infundada, como ha apreciado el juzgado mercantil. Y justifica asimismo la desestimación del recurso.

20. Y no es solo la interpretación del derecho nacional la que justifica la conclusión a que hemos llegado, sino que también creemos que la misma aparece avalada por el derecho de la Unión. Tal y como resulta de la STJUE de 4 de mayo de 2017 (C-339/15)

" 63 Pues bien, una legislación nacional que prohíbe, con carácter general y absoluto, toda publicidad relativa a una determinada actividad restringe la posibilidad de las personas que ejercen esta actividad de darse a conocer a su clientela potencial y promocionar los servicios que se proponen ofrecer a ésta.

(...)

(72) ... la restricción derivada de la aplicación de la legislación nacional controvertida en el litigio principal, que prohíbe con carácter general y absoluto toda publicidad relativa a prestaciones de tratamientos bucales y dentales, excede de lo necesario para conseguir los objetivos perseguidos por esta legislación, recordados en el apartado 66 de la presente sentencia (la protección de la salud pública y de la dignidad de la profesión de odontólogo)".

21. En nuestro caso, no podemos apreciar que los mensajes publicitarios cuestionados supongan un atentado contra la salud pública o contra la dignidad de la profesión de odontólogo, razón por la que, si consideráramos que nuestra legislación no los tolera, estaríamos afirmando que nuestro ordenamiento jurídico es contrario al derecho comunitario. Y no creemos que exista esa contradicción entre nuestro ordenamiento y el de la Unión y, caso de existir dudas interpretativas, las mismas deben hacerse en el sentido más favorable para evitar esa eventual contradicción.

QUINTO. Costas.

22. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Col·legi Oficial d'Odontòlegs i Estomatòlegs de Catalunya contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 11 de Barcelona de fecha 20 de julio de 2023, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, con imposición a la recurrente de las costas del recurso y pérdida del depósito.

Contra la presente resolución podrán las partes interponer, en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, recurso de casación ante este mismo órgano.



Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ