

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION QUINTA**

SENTENCIA

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS

DON

DON

DON

17 JUL 2014

REFERENCIA

Juzgado Mercantil nº 1 de Sevilla
ROLLO DE APELACION 5359/13
AUTOS Nº 1098/08

En Sevilla, a siete de julio de dos mil catorce.

VISTOS por la Sección Quinta de esta Iltra Audiencia Provincial los autos de Juicio Ordinario nº 1098/08, procedentes del Juzgado Mercantil nº 1 de Sevilla, promovidos por CONSEJO ANDALUZ DE COLEGIOS OFICIALES DE DENTISTAS, representado por el Procurador DON [REDACTED] contra COLEGIO DE PROTÉSICOS DENTALES DE ANDALUCÍA, representado por el Procurador D. [REDACTED]; autos venidos a conocimiento de este Tribunal en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia en los mismos dictada con fecha 2 de junio de 2011.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan sustancialmente los de la resolución apelada, cuyo fallo literalmente dice: "1. *DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda formulada por el CONSEJO ANDALUZ DE COLEGIOS OFICIALES DE DENTISTAS contra COLEGIO PROFESIONAL DE PROTÉSICOS DENTALES DE ANDALUCÍA, absolviendo a éste de todos los pedimentos formulados en su contra.* 2. *Se imponen las costas a la actora.*".

PRIMERO.- Notificada a las partes dicha resolución y apelada por el citado litigante, y admitido que le fue dicho recurso en ambos efectos, previo emplazamiento de las partes para su personación ante esta Superioridad por término de 10 días, se elevaron las actuaciones originales a esta Audiencia con los debidos escritos de interposición de la apelación y de oposición a la misma, dándose a la alzada la sustanciación que la Ley previene para los de su clase.

SEGUNDO.- Acordada por la Sala la deliberación y fallo de este recurso, la misma tuvo lugar el día 23 de junio de 2014, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución.

TERCERO.- En la sustanciación de la alzada se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Illmo. Sr. Magistrado Don [REDACTED]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El demandante Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Dentistas interpone recurso de apelación contra sentencia íntegramente desestimatoria de demanda planteada contra Colegio Profesional de Protésicos Dentales de Andalucía, en ejercicio de acciones previstas en la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD).

La parte demandante invocaba la existencia de ilícito concurrencial, derivado de determinada actuación de parte demandada. En concreto, acto de deslealtad por creación de confusión e inducción al engaño (artículos 6 y 7 LCD, según redacción vigente al momento de presentación de demanda, anterior a la promulgación de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modificó el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios), en relación a los efectos derivados de la aprobación de un acuerdo de Junta de Gobierno y Comité Ejecutivo del Colegio Profesional de Protésicos Dentales de Andalucía de fecha 25 de noviembre de 2007. Por medio de este acto, quedó aprobado el texto de placa identificativa a usar por sus colegiados, que habría de tener en adelante el siguiente contenido **"CONSULTA PROTÉSICO DENTAL / PRÓTESIS ADAPTADAS AL PACIENTE-CLIENTE A PARTIR DE LAS PRESCRIPCIONES DE FACULTATIVO / DISPENSACIÓN DIRECTA AL PACIENTE / (Nombre del colegiado) COLEGIADO Nª (X) / NÚMERO DE**

AUTORIZACIÓN SANITARIA DE LABORATORIO (xxx) / Horario de atención al público de xxx a xxx de xx a xx y de xx a xx horas".

La parte recurrente invocó también en demanda la existencia de ilícito concurrencial en el referido acto, por infracción de normativa sectorial reguladora de las condiciones del ejercicio de las respectivas profesiones (artículo 15 LCD).

Segundo. El análisis del primer motivo de impugnación de la parte recurrente, referido a una errónea valoración de prueba, determinante de la no apreciación de actuación desleal, por creación de confusión y engaño, en la transmisión de la información contenida en el modelo de placa-anuncio a utilizar por los protésicos dentales colegiados, debe abordarse tomando en consideración, en primer lugar, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se viene pronunciando de forma reiterada sobre la facultad que asiste a los pacientes para establecer relación comercial directa con los protésicos dentales, sin someterse, de manera necesaria, a una actuación del dentista que vaya más allá de lo que le corresponde desde una perspectiva sanitaria. Y ello por una doble razón: los derechos que asisten al paciente como consumidor, y la responsabilidad que asume frente a éste el protésico dental, en razón al resultado de la actividad que desarrolla en su favor.

En tal sentido pude citarse la sentencia 5077/2010 de la Sección 4 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 2010 que el recurso analizado ha de quedar desestimado porque la sentencia recurrida "correctamente sigue la doctrina sustentada en nuestras sentencias de veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho y catorce de enero de mil novecientos noventa y siete, que de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 10/1986, de 17 de marzo, reconocen a los protésicos dentales como profesión independiente que pueden facturar directamente a los usuarios o a los pacientes las prótesis que elaboren conforme a las indicaciones y prescripciones de los médicos odontólogos o estomatólogos."

La citada sentencia de la Sección 4 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1998 (número 7770/1998) indicó literalmente que en la "Sentencia de esta Sala que cita, en su escrito de conclusiones, la parte actora, de 14 de enero de 1997, ya señalamos que a partir de lo establecido en los artículos 1,1 y 13, entre otros, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, deben protegerse los derechos económicos y de información de los usuarios, entre los cuales está directamente el de saber quien y porqué le cobra, y en el principio de responsabilidad plena que consagra el artículo 2.2 de la Ley

10/1986, la posibilidad de que el usuario pueda tener una relación directa con el protésico.”

Ha de tenerse en cuenta que la competencia económica, bien jurídico protegido por las normas sancionadoras de la Ley de Competencia Desleal, resulta protegida en la medida en que ello resulta necesario para asegurar la racional formación de las preferencias y toma de decisiones de mercado por parte de los consumidores, protegiéndoles ante el empleo de una influencia no permisible. Dado que la parte recurrente llama la atención sobre la inconveniencia de que, desde un punto de vista de seguridad sanitaria, se entregue a persona distinta del dentista prescriptor, debe indicarse que, no existiendo a la presente fecha norma alguna que así lo ordene, la cuestión analizada debe ser decidida sólo en función de la facultad que asiste al consumidor de relacionarse con el protésico dental por él elegido. Y ello, desde la realización del encargo, según prescripción previa del facultativo competente que le haya asistido, hasta la extinción de esa relación trabada entre ambos sin intermediación de tercero, con cumplimiento de las obligaciones recíprocas asumidas: entrega o expedición de la prótesis a la persona a la que va destinada, si ésta así lo interesa, y pago íntegro por el paciente del precio correspondiente a esa prestación de entrega del objeto elaborado a su medida.

Del modelo de placa aprobado, tomado en su conjunto, no se deduce otra cosa que la transmisión de información sobre lo anteriormente indicado, siendo infructuosos los intentos de la parte recurrente para, tomando vocablos de manera aislada, tratar de llevar al convencimiento de que la lectura del anuncio puede inducir al error de que la actividad publicitada excede del ámbito propio del protésico dental, incluyendo prestaciones propias del dentista. No es eso lo que indica el modelo de anuncio, siendo obvio que la presente cuestión litigiosa no puede ser resuelta en función a especulaciones sobre lo que puede suceder en determinados supuestos tras la entrega al paciente a la que se refiere el término "dispensación directa", por realización por protésicos dentales de actuaciones impropias de su profesión.

No se comparte la apreciación de que el empleo de ese término dé a entender a tercero que la relación que puede entablar con un protésico dental, en concreto el que utilice el modelo de placa aprobado, incluirá adaptación de la prótesis a su boca por alguien distinto al dentista que se la prescribió, u otro compañero de profesión de éste. Parece claro que, dispensar una prótesis es algo sustancialmente distinto a colocar una prótesis, y que el uso del primer término ha de ser apreciado como inocuo, a efectos de combatir posibles actuaciones usurpadoras de protésicos dentales, pues tal actuación no será fruto de una repuesta al reclamo que implica la utilización del modelo de placa.

Tercero. Es objeto también de impugnación por la parte demandante la desestimación de la demanda al no apreciarse en sentencia acto desleal por infracción de normativa sectorial reguladora de las condiciones del ejercicio de las respectivas profesiones. El apartado 2 del artículo 15 LCD tipifica como conducta ilícita, por desleal, la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto regular la actividad concurrencial, mientras que el apartado 1 se refiere a prevalimiento en mercado de ventaja competitiva mediante infracción de leyes, ventaja que habrá de ser significativa. Del contexto global del recurso se infiere que únicamente se sostiene el ilícito en función a lo previsto en el apartado 2, al no haberse desarrollado alegaciones, ni prueba en la primera instancia, sobre los requisitos necesarios para apreciación de ilicitud por la causa del apartado 1 del artículo 15.

La parte recurrente, reconociendo en los protésicos dentales la condición de profesional sanitario, sostiene que el espacio físico en que se desarrolla esa profesión sólo puede denominarse "laboratorio", y no "consulta", ello en contra de lo que le fue indicado por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, en respuesta a pregunta formulada por el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Dentistas. Se indica en el recurso que, a tenor de lo reglado en el Real Decreto 1277/2003 de 10 de octubre, de Bases Generales sobre Autorización de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios, no procede, para la designación del lugar en que desarrollan su actividad los protésicos dentales, el empleo del término "consulta", que habría de entenderse reservado a espacios en los que se desarrollen actividades sanitarias; concretamente en favor de pacientes que no precisan ingreso.

El motivo de impugnación no puede prosperar, pues no se aprecia que el empleo del término "consulta protésico dental" suponga una infracción de la normativa invocada como violentada. En el apartado CC2 del citado Real Decreto se prevé la posibilidad de empleo del término "consulta" por otros profesionales sanitarios ("consulta de otros profesionales-sanitarios"), y no se aprecia que la designación, a efectos de conocimiento por terceros, del lugar en que desarrollan su actividad los profesionales sanitarios de este sector (los protésicos dentales) pueda quedar condicionado en función al carácter no estrictamente asistencial o sanitario de su tarea, máxime si tenemos en cuenta que, independientemente de lo que se sostenga en relación al carácter de esa actividad, está admitida jurisprudencialmente, como se razonó en el fundamento jurídico anterior, la posibilidad de proyectarla exteriormente mediante un trato con el paciente para cuestiones propias de la función profesional que, en definitiva, da como resultado un producto destinado a él y que también tiene la consideración de sanitario.

Con todo, lo más relevante, a efectos de lo que nos ocupa en este procedimiento de la jurisdicción ordinaria, es que el término “consulta protésico dental” resulta en sí mismo definitorio de un espacio físico en el que se desarrolla una actividad distinta y diferenciada a la de los dentistas. Y todavía más si, como aquí debemos hacer, ello se relaciona con la globalidad del modelo de anuncio aprobado, que es lo que aquí se enjuicia como posible actuación ilícita, por desleal. Es decir, el recurso no puede prosperar tampoco en este particular, pues en modo alguno puede apreciarse en el acto de la Corporación demandada, por el que se aprobó el modelo de placa anunciadora, infracción de normativa que tenga por objeto la regulación de actividad concurrencial. Ello no puede hacerse, como pretende la parte recurrente, en función a un enjuiciamiento aislado de la posibilidad legal de utilizar el término “consulta protésico dental” pues, con independencia de ello, del conjunto del acto invocado como ilícito lo único que rectamente cabe deducir, como se expuso también en el anterior fundamento jurídico, es que la placa-anuncio da noticia del desarrollo en un inmueble de actividades propias del profesional sanitario denominado protésico dental. Y sólo de ellas; no de las propias de un dentista.

La parte recurrente se refiere por último a la posible ilicitud del acto, en función a lo previsto en el artículo 15.2 LCD, por empleo de la expresión “dispensación directa al paciente”, cuestión sobre la cual sólo cabe reproducir lo indicado en el anterior fundamento jurídico. Esto es, sea o no conveniente que, desde una perspectiva sanitaria, invocada por la parte recurrente, la relación del paciente con el protésico dental termine con una entrega o expedición por éste a aquél de la prótesis, lo cierto es que no existe norma promulgada que lo prohíba. Establecer relación entre el anuncio de una posible dispensación directa y actuaciones irregulares en torno a la prótesis, con usurpación de funciones propias de la profesión de dentista, no resulta admisible a efectos de apreciación en este procedimiento de un ilícito concurrencial, pues no hay dato alguno en el modelo de placa-anuncio que permita afirmar que tal actuación irregular resulte sugerida al público destinatario, en función a su utilización.

Cuarto. El artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento remite en materia de costas de la alzada, para el caso de que se desestime totalmente el recurso, al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo imponerse las costas a quien hubiera visto rechazadas todas sus pretensiones. Procede por ello imponer las costas procesales del recurso al Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Dentistas.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Dentistas contra la sentencia dictada el 2 de junio de 2011 en el procedimiento ordinario número 1098/2008 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición de las costas procesales de esta alzada a la parte apelante.

Una vez firme, devuélvanse a su tiempo las actuaciones originales al Juzgado de donde proceden, con certificación literal de esta sentencia y despacho para su cumplimiento.

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

INFORMACIÓN SOBRE RECURSOS:

Contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, cuyo conocimiento corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo (artículos 466 y 478 y disposición final decimosexta LEC).

En tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477. Solamente podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1.º y 2.º del apartado segundo del artículo 477 de esta Ley (disposición final decimosexta LEC).

El recurso de casación y, en su caso, el extraordinario de infracción procesal, se interpondrán ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla (artículo 479 y disposición final decimosexta LEC), previo pago del depósito estipulado en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la tasa prevista en la Ley 10/2012.

Artículo 477 LEC. Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación. 1. El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:

1º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el art. 24 de la Constitución .

2º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.

3º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional .

3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Artículo 469. Motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.

1. El recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos:

1.º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.

2.º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

3.º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.

4.º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.

2. Sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado de la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, DON [REDACTED], Ponente que la redactó, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí el Secretario de lo que certifico.