



Sección Cuarta de la Audiencia Provincial

Avda. Tres de Mayo nº3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 20 84 70 - 922 20 84 76

Fax.: 922208473

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000449/2014

NIG: 3803847120130000083

Resolución: Sentencia 000010/2015

Procedimiento origen: Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000104/2013-00
Órgano origen: Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Santa Cruz de Tenerife

SENTENCIA

Rollo núm. 449/2014.

Autos núm. 104/2013.

Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

Don [REDACTED].

MAGISTRADOS

Don [REDACTED].

Doña [REDACTED].

En Santa Cruz de Tenerife, a quince de enero de dos mil quince.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los ilmos. Sres. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, en los autos núm. 104/13, seguidos por los trámites del juicio ordinario, sobre competencia desleal y promovidos, como demandante, por COLEGIO OFICIAL DE DENTITAS DE SANTA CRUZ DE TENERIFE, representado por el Procurador doña [REDACTED] y dirigido por el Letrado don [REDACTED], contra COLEGIO OFICIAL DE PROTÉSICOS DENTALES DE SANTA CRUZ DE TENERIFE, representado por el Procurador don [REDACTED] y dirigido por el Letrado don [REDACTED], ha pronunciado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada doña [REDACTED], con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO





PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

SEGUNDO.- En los autos indicados la Ilma-. Sra-. Magistrada-Juez doña [REDACTED], dictó sentencia el veintisiete de enero de dos mil catorce cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *“FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. [REDACTED] en nombre de Colegio Oficial de Dentistas de Santa Cruz de Tenerife, debo absolver y absuelvo a Colegio Profesional de Protésicos Dentales de Santa Cruz de Tenerife, de las pretensiones formuladas en su contra y con condena en costas al actor.”*

TERCERO.- Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandante, en el que solicitaba que se tuviera por interpuesto recurso de apelación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandada, presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

CUARTO.- Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición al mismo a esta Sala, se acordó incoar el presente rollo y designar Ponente; seguidamente se señaló el día 3 de diciembre de 2014 para la deliberación, votación y fallo del presente recurso, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda que viene desestimada por la sentencia de instancia, se ejercita una acción basada en la Ley General de Publicidad, Ley 34/1988 de 11 de noviembre (en adelante L.G.P.) y concretamente en lo dispuesto en su art. 3º que considera publicidad ilícita aquella que sea “engañosa, desleal y agresiva”. La jueza que analiza el contenido del anuncio inserto por los demandados en un panel de exposición dinámica sito en la calle Viera y Clavijo, que transcrito literalmente, junto a la imagen de una pareja sonriente dice lo siguiente **“Aviso a los usuarios de prótesis dentales. Desconfíe si su dentista le impide elegir protésico dental cuando necesita una prótesis. No permita que nadie negocie a sus espaldas con lo que usted paga”**

Para la juzgadora, este anuncio mensaje publicitario no falta a la verdad, dado que la libre elección de protésico es un derecho reconocido por la Ley General de Sanidad y por la Ley de ordenación sanitaria de Canarias, puestas sus normas en relación con la Ley 29/06 de 26 de julio, de Garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios. Concluye que no se por tanto una información engañosa ni desleal, y pasa a analizar si es agresiva “por el término desconfíe”, carácter que tampoco entiende que se dé.

SEGUNDO.- Recurre la parte actora que comienza con unas consideraciones generales sobre la efectiva libertad del paciente del protésico dental **(derecho que por cierto el Colegio de Odontólogos no puede por menos que reconocer tras varias sentencias y resoluciones**





de la Comisión Nacional de la Competencia, que vienen a declarar como infracción del art. 1º de la Ley 15/2007 el acuerdo de dicho colegio profesional “para imponer la e lección de un protésico dental por los odontólogos de forma restrictiva de la competencia”)

En cuanto al fondo del recurso, mantiene la apelante que la juzgadora ha incurrido en error al valorar el contenido del citado anuncio, inaplicando lo previsto en el art. 3 de la Ley General de Publicidad, Ley 34/1.988 de 11 de noviembre, que considera ilícita la publicidad “que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren los arts. 14, 18 y 20 apartado 4”. Como se dice en el recurso, el art. 18 C.E. garantiza el derecho al honor, derecho que, en el ámbito civil, viene desarrollado por la Ley 1/1982 de 5 de mayo, de Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. De acuerdo con el art. 7. 7º de dicha ley se considera intromisión ilegítima contra tales derechos “la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de la persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”.

Estima la demandante que la expresión analizada en la sentencia (“desconfie”) es de por sí difamatoria, y que además debe relacionarse con la que concluye el anuncio, que no es objeto de examen en la resolución apelada: “No permita que nadie negocie a sus espaldas con lo que usted paga”.

TERCERO.- En primer lugar, hay que precisar que por publicidad “agresiva” tanto la Ley General de Publicidad como la normativa europea (Directiva 2.005/29 C.E.) se entiende la que merme o pueda mermar de forma importante, “mediante el acoso, la coacción, incluso el uso de la fuerza o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacer tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado” (art. 7 de la Directiva). La agresividad no debe buscarse por lo tanto solo en el tono o las palabras o conductas empleadas, sino que es preciso que con ello se trate de coartar la libertad del consumidor al que va referida la publicidad.

De las propias alegaciones del recurso se sigue que estaríamos más bien en un caso de publicidad desleal, que es la que, por su contenido, forma o difusión provoca descrédito, denigración o menosprecio de la persona o empresa o de sus productos, servicios o actividades. Se trata de una publicidad cuyo fin es llevar a los consumidores a hacer comparaciones entre diferentes productos o marcas o al mencionar a otras empresas de forma injustificada.

CUARTO.- Todo lo dicho nos lleva en definitiva a centra la cuestión debatida como una colisión entre los derechos a la información y al honor.

Se trata en definitiva de resolver una controversia derivada de la colisión entre el derecho fundamental al honor y el de igual rango de libertad de expresión y la de información, proclamados en los arts. 18.1º y 20.1º a) de la Constitución, respectivamente.

Sobre esta materia es abundante la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por lo compendiosa, con cita a muchas otras, y por tratar un caso muy similar al presente, cabe citar la de 13 de noviembre de 2.008:





“Sobre el derecho al honor, viene diciendo esta Sala -por todas, sentencia de 22 de julio de 2008- que “el artículo 18.1 de la Constitución Española garantiza el derecho al honor como una de las manifestaciones concretas de la dignidad de la persona, proclamada en el artículo 1º del mismo texto constitucional. De él ha señalado la doctrina que se trata de un derecho de la personalidad autónomo, derivado de la dignidad humana (entendida como dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona), y dirigido a preservar tanto el honor en sentido objetivo, de valoración social -trascendencia-, (entendido entonces como fama o reputación social}, como el honor en sentido subjetivo, de dimensión individual -inmanencia-, (equivalente a íntima convicción, autoestima, consideración que uno tiene de sí mismo) evitando cualquier ataque por acción o por expresión, verbal o material, que constituya según ley una intromisión ilegítima”. Sin olvidar que el honor (Sentencias de 20 de julio y 2 de septiembre de 2004) “constituye un concepto jurídico cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento y con cuya protección se ampara a la persona frente a expresiones que la hagan desmerecer en la consideración ajena, al ir en su descrédito o menosprecio, o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas””.

Como indica la *sentencia de 21 de julio de 2008*, “su protección jurídica se concreta a través del artículo 7. 7º de la *Ley Orgánica 1/982, de 5 de mayo*, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, conforme al cual tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de la Ley la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”.

QUINTO.- Sigue diciendo la S.T.S . de 13- 11-08 que “El conflicto o colisión entre derechos fundamentales se explica porque ni siquiera los derechos que tienen tal consideración gozan de un carácter absoluto, siendo así que el propio derecho al honor se encuentra “limitado por los también fundamentales a opinar e informar libremente” -por todas, *sentencia de 20 de julio de 2004, citada en la de 22 de julio de 2008-*, siendo necesario ante esa ya clásica confrontación, determinar, en cada caso concreto, -y, por ende, en el supuesto enjuiciado-, cuál de ellos ha de considerarse preeminente y más digno de protección, o, dicho de otro modo, cuál de los dos derechos en conflicto ha de ser sacrificado en beneficio del otro, lo que se hará por el tribunal a través de un juicio de ponderación que ha de partir de las premisas siguientes:

1 º) La delimitación de la colisión ha de hacerse caso por caso, sin que puedan establecerse apriorísticamente límites o fronteras entre uno y otro derecho, -*Sentencias de 13 de enero de 1999, 29 de julio de 2005 y 22 de julio de 2008-*, sin perjuicio de que esa tarea de ponderación tenga en cuenta “la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 de la C.E. ostentan los derechos a la libertad de expresión e información”.

2º) Que frente a la libertad de información (caracterizada por la narración de hechos o noticias), la de expresión (en el sentido de la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones, según *sentencia de 12 de julio de 2004*) se centra en la formulación de “pensamientos, ideas y opiniones”(art. 20-1-a CE), sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, lo que conlleva un campo de acción más amplio que el derecho a la libertad de información





Sentencias de 21, 22 y 23 de julio y 25 de septiembre de 2008, entre las más recientes-, habida cuenta que los hechos objeto de ésta son susceptibles de prueba, o al menos de contraste con datos objetivos.

3º) Que, no obstante tener un ámbito más amplio, tanto en el ejercicio de la libertad de expresión como en el ejercicio de la libertad de información “se repelen los términos vejatorios o injuriosos, innecesarios porque la Constitución no reconoce el derecho al insulto” -entre otras muchas, *sentencias de 22 de mayo de 2003, 12 de julio de 2004 y 25 de septiembre de 2008-. En consecuencia, el ámbito material de la libertad de expresión está sólo delimitado “por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas” Sentencia de 12 de julio de 2004-.*

4º) Que para que una expresión se valore como indudablemente ofensiva o injuriosa, y por tanto lesiva para la dignidad de otra persona, en cualquiera de su dos vertientes (objetiva, por menoscabo de su reputación o fama; o subjetiva, en cuanto suponga un detrimento de su autoestima o propia consideración), ha de estarse, según pacífica doctrina de esta Sala Primera, de la que son buenos ejemplos las *Sentencias de 21 de junio de 2001 y 12 de julio de 2004*, a lo siguiente:

a) al contexto en que se producen las expresiones, es decir, el medio en el que se vierten y las circunstancias que las rodean, valorando, por ejemplo, si el ofendido decidió participar voluntariamente o inició la polémica.

b) a la proyección pública de la persona a que se dirigen las expresiones, dado que en las personas o actividades de proyección pública la protección del honor disminuye.

c) a la gravedad de las expresiones, objetivamente consideradas, que no han de llegar al tipo penal, pero tampoco ser meramente intrascendentes. La *sentencia de 12 de julio de 2004* resume las pautas a seguir para apreciar esa gravedad, señalando: “Las expresiones han de ser objetivamente injuriosas; es decir, aquellas que, “dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas, y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate” (*STC 232/2.002, 9 diciembre, y cita*). Aunque la jurisprudencia en la materia es casuística, cabe señalar la exigencia de que se trate de insultos de “determinada entidad” o actos vejatorios (*S. 18 noviembre 2.002*), expresiones “indudablemente” o “inequívocamente” injuriosas o vejatorias (*SS. 10 julio 2.003, 8 abril 2.003*), apelativos “formalmente” injuriosos (*SS. 16 enero 2.003, 13 febrero 2.004*), frases ultrajantes u ofensivas (*S. 11 junio 2.003*), en definitiva se requiere que las expresiones pronunciadas o escritas tengan en sí un contenido ofensivo o difamatorio (*S. 20 febrero 2.003, y cita*). Tienen tal significación las expresiones de menosprecio o desdoro que en cualquier sector de la sociedad que las perciba o capte producirá una repulsa o desmerecimiento (*S. 8 marzo 2.002*), las que suponen el desmerecimiento en la consideración ajena al ser tenidas en el concepto u opinión pública por afrentosas, con el consiguiente descrédito o menosprecio para el actor (*S. 8 abril 2.003*)”.

SEXTO.- En este caso, la información que, de modo general, se pretende dar a los usuarios de los servicios de los odontólogos, es, como se dice en la sentencia apelada, correcta. Se pone de manifiesto el derecho del paciente a elegir el protésico dental que prefiera, sin que pueda ser impuesto por el odontólogo. Ya se ha hecho mención de que el Colegio Oficial de dentistas de Santa Cruz de Tenerife fue objeto de sanción administrativa, y en la de 19 de mayo de 2014 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sanciona a la misma entidad por la comisión de una infracción considerada muy grave, tipificada en el apartado 4 a) del art. 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, entre otros hechos, por la publicación y publicidad de argumentos tales





como que “es falso que el paciente pueda elegir libremente al protésico dental al margen del dentista” o que “es falso que los protésicos dentales puedan entregar las prótesis directamente a los pacientes”. Efectivamente, ha sido el Colegio de Dentistas quien, con información inveraz, ha iniciado la polémica que ha desembocado en la colocación del cartel del que ahora se queja. También han recaído sentencias, dictadas por esta misma Audiencia, que condenan a los dentistas demandados por impedir la libre elección de protésico.

En este contexto se concluye que la publicidad que la demandante entiende que es ilícita, no presenta tal carácter, pues tiene como función la de informar correctamente a los usuarios y obviamente no pretende desacreditar a “todos” los dentistas como colectivo, sino a aquellos que incumplan la legalidad vigente en relación con la libre elección de protésico, siendo así que, como ya se ha repetido, ha habido profesionales que han incurrido en dicha conducta y el propio Colegio ha llevado a cabo campañas de publicidad tendenciosas y ha adoptado acuerdos luego sancionados administrativamente. Los profesionales que no hayan incurrido en tales prácticas no se darán por aludidos por la publicidad en cuestión, y quienes, por el contrario, hayan negado la posibilidad de libre elección de los pacientes respecto al protésico, no pueden (o no deberían) sentirse ofendidos o afrentados por el hecho de que se les reproche una conducta indebida.

SÉPTIMO.- Por todo ello, el presente recurso debe desestimarse, con la consecuencia, en cuanto a las costas de esta alzada, prevista en los arts. 398.1º y 394.1º L.E.C.

FALLO

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación del Colegio Oficial de Dentistas de Santa Cruz de Tenerife contra la sentencia dictada por el juzgado de lo Mercantil nº 1 de esta provincia, en el juicio ordinario nº 104/13, confirmamos íntegramente dicha resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta alzada.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, que se interpondrán ante esta Sección de la Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a partir de su notificación.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretaria certifico.

