

MA 18/11/15

GOBIERNO DE EXTREMADURA

Consejería de
Salud y Política Sociosanitaria

Unidad Periférica

**CENTRO PROFESIONAL DE PROTÉSICOS DENTALES DE
EXTREMADURA**
Avda. Las Américas, 23, bajo B
063800 MÉRIDA

Ronda del Pinar B-10
06002 BADAJOZ
Teléfono 924 01 00 00
Fax 924 01 00 10

Ref: FGC/Asesoría Jurídica/Servicio Territorial Badajoz
Expte: CD-002/2015
Asunto: Resolución

JUNTA DE EXTREMADURA
REGISTRO UNICO
SOLICITUD Nº: 2015140020007023
13/11/2015 08:50:02

Adjunto se remite resolución emitida por la Dirección General de Salud Pública en el expediente administrativo sancionador nº CD-002/2015 [REDACTED] [REDACTED] instruido como consecuencia de la denuncia presentada por el Colegio Profesional de Protésicos Dentales de Extremadura.

Lo que comunico para su conocimiento y efectos oportunos.

En Badajoz a 12 de noviembre de 2015
EL JEFE DE SECCIÓN DE PROCEDIMIENTO



Fdo. Fernando Ruiz Vega

Segundo.- Con fecha 2 de julio de 2015 se dictó Acuerdo de Iniciación de Procedimiento sancionador por la Directora General de Salud Pública del Servicio Extremeño de Salud por la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 101.bis. 2 a) 7ª de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

En el Fundamento de Derecho Quinto de dicho Acuerdo consta como Autor de la posible infracción [REDACTED].

Tercero.- Con fecha 20 de julio de 2015 se formuló Pliego de Cargos, notificado el día 30 de julio de 2015, en el que se imputa la posible comisión de una falta LEVE tipificada en el momento de comisión de los hechos en el Art. 101.bis 2. a) 7ª de la citada Ley 29/2006, de 26 de julio.

Cuarto.- Con fecha de 3 de agosto de 2015 consta la presentación de alegaciones frente al Pliego de Cargos por [REDACTED], Gerente de [REDACTED], solicitándose que se de fin al expediente sin conllevar sanción alguna dado que según se aduce: *"...desconocíamos totalmente que incumpliéramos ninguna normativa/Ley, toda vez que hay folletos similares circulando que hacen publicidad del mismo producto y que sepamos, no hay incoados procedimientos sancionadores."*

Y por otra parte se ruega que: *"...se de fin al citado expediente, sin que ello conlleve sanción alguna dada la inmediatez con la que hemos actuado para subsanar este asunto."*

Quinto.- De conformidad con lo establecido en el Art. 84.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se ha prescindido del trámite de audiencia al no figurar en el procedimiento, ni ser tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el interesado.

Sexto.- Con fecha de 23 de septiembre de 2015 se formuló Propuesta de Resolución por la Instructora del expediente mediante la que se propuso que se declara la existencia de infracción y responsabilidad administrativa imputada a [REDACTED] [REDACTED] por la comisión de la infracción administrativa LEVE tipificada en el 101.bis 2. a) 7ª de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso

racional de los medicamentos y productos sanitarios por: *"Incumplir los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en la reglamentación aplicable que, en razón de los criterios contemplados en este artículo, merezcan la calificación de leves o cuando no proceda su calificación como faltas graves o muy grave"*, por los hechos detectados en el [REDACTED] en la localidad de [REDACTED] (Badajoz).

Asimismo se propuso que se impusiera a [REDACTED], la sanción de multa por importe de 3.000 €.

Séptimo.- Con fecha de 8 de octubre de 2015 constan presentados en registro de la Junta de Extremadura dos escritos de alegaciones frente a la propuesta de resolución.

Uno de ellos suscrito por [REDACTED] como Gerente del Centro de Ortodoncia [REDACTED], de fecha 7 de octubre de 2015 y otro por [REDACTED] de fecha 8 de octubre de 2015.

Ambos escritos coinciden en sostener la nulidad de la Propuesta de Resolución por entender que [REDACTED] no puede ser sancionado, pese a ser Director Técnico del Centro, ya que el expediente se ha instruido frente al centro, que ostenta personalidad jurídica diferenciada, y que no habiendo sido parte en el procedimiento instruido [REDACTED], no puede ser objeto de sanción alguna.

Además de ello, [REDACTED], como Gerente del Centro de Ortodoncia [REDACTED], de fecha 7 de octubre de 2015, presenta una serie de alegaciones con carácter subsidiario a la referida.

Sostiene que: *"...la marca Invisalign es utilizada como denominación genérica brackets transparentes, igual que en los años sesenta y setenta se decía Danone, en vez de Yogurt...por lo que decir o publicitar Invisalign es lo mismo que publicitar o decir que se ponen brackets invisibles."*

Asimismo, pone de manifiesto, como ya hizo en sus alegaciones frente al pliego de cargos, la inmediatez con la que actuaron para subsanar el asunto ya que

inmediatamente a la inspección, fueron retirados los elementos publicitarios desconociendo totalmente que estaban incumpliendo ninguna normativa. Entendiendo que en su caso sería un supuesto merecedor de la pena mínima y no de la media.

Finalmente llama la atención sobre el hecho de que el servicio instructor se haga eco de una denuncia presentada por el Colegio de Protésicos Dentales sobre un tema que al citado colegio no le afecta, reprochando que *"...no se dedique a instruir expedientes contra los protésicos intrusos, que son legión en la comunidad, y que sí que suponen un riesgo para la salud de los ciudadanos"* insistiendo en las graves consecuencias para la salud que tendrían estas conductas que califica como delictivas, sosteniendo por comparación que: *"...siendo el expediente actual contra [REDACTED] [REDACTED] en cuanto a su repercusión, una tontería o una nimiedad, comparado con las campañas publicitarias protésicas"*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La competencia para dictar Resolución en el presente expediente corresponde a la Dirección General de Salud Pública del Servicio Extremeño de Salud, de conformidad con lo establecido en el Art. 8 apartados i) y w) del Decreto 221/2008, de 24 de octubre, por el que se aprueban los Estatutos del Organismo Autónomo Servicio Extremeño de Salud, que atribuyen al citado órgano la competencia relativa a la ejecución de la legislación sobre productos sanitarios así como el ejercicio de la potestad sancionadora dentro de las competencias asignadas a tal Dirección General.

SEGUNDO.- PROCEDIMIENTO.- El procedimiento sancionador se ha desarrollado conforme a los principios y trámites generales previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y los correspondientes del Decreto 9/1994, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre Procedimientos Sancionadores seguidos por la Comunidad Autónoma de Extremadura, así como por lo establecido en

los artículo 130 y siguientes de la Ley 1/2002 de Gobierno y Administración de Extremadura, así como demás normativa que resulta de general aplicación.

TERCERO.- HECHOS PROBADOS.- De acuerdo con el contenido, hechos y fundamentos de derecho de la propuesta de resolución que no han quedado desvirtuados por las alegaciones presentadas frente a la misma, que reproducen las ya presentadas frente al Pliego de Cargos y contestadas en la referida Propuesta de Resolución,

Con ocasión de la denuncia formulada por el Colegio Profesional de Protésicos Dentales de Extremadura, así como las diligencias de comprobación instruidas por los Servicios de Inspección oficial de la Dirección de Salud correspondiente mediante Actas nº BA-042452 de 19/03/2015 y nº 04/B 000687 de 05/05/2015, se detectó que por el Centro Sanitario arriba mencionado, se había efectuado publicidad directa al público de productos sanitarios destinados a ser aplicados directamente por profesionales sanitarios, al promocionar el producto sanitario utilizado en un tratamiento/técnica dental de ortodoncia invisible que se realiza en el citado centro (*"Invisalign. La clara alternativa a los brackets"*) y habiendo sido encontrada tal publicidad en los siguientes medios:

- En Internet a través de la página Web del centro [REDACTED]
- Folletos publicitarios encontrados en las instalaciones de la clínica directamente accesibles al público.
- Inserción de la siguiente cuña publicitaria en emisoras de radio locales y comarcales (Onda Cero Fregenal, Radio [REDACTED] y Onda Cero Llerena): *"Por dentro y por fuera puede hacer muy especiales tus recuerdos y ayudarte a conseguir el trabajo de tus sueños, imagina poder tener confianza en tu sonrisa sin el bochorno y los inconvenientes de los brackets metálicos, con Invisalign puedes. Invisalign utiliza liners cómodos y prácticamente invisibles para alinear los dientes y ayudarte a conseguir la sonrisa que siempre has deseado. En exclusiva para [REDACTED] y su comarca en [REDACTED]. Porque pensamos en ti los 365 días al año. Bienvenidos al futuro de la salud bucodental"*

Estos hechos han resultado probados mediante la documental aportada por el Servicio de Inspección correspondiente (Acta nº BA-042452 de 19/03/2015), donde

queda constatado que, como consecuencia de la visita de inspección realizada, tras personarse en las instalaciones del establecimiento Centro de Ortodoncia [REDACTED] [REDACTED], sito en la [REDACTED], el inspector actuante mediante observación directa recoge los hallazgos y evidencias anteriormente mencionados e incorporados al expediente, que corroboran el hecho que fue denunciado por el Colegio Profesional de Protésicos Dentales de Extremadura.

Al respecto de tales datos objetivos, hay que tener en cuenta que el Art. 137.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e intereses puedan señalar o aportar los propios administrados.

En este sentido, ha sido y es constante jurisprudencia del Tribunal Supremo la de atribuir a las actas inspectoras veracidad y fuerza probatoria al responder a una realidad de hecho apreciada directamente por los inspectores, sin constituir una mera denuncia sino una auténtica prueba que puede desvirtuar por sí sola la presunción de inocencia, sin perjuicio de otras pruebas.

Esta fehaciencia probatoria tiene carácter de presunción “iuris tantum”, y supone una inversión de la carga de la prueba, que queda desplazada y, por tanto, desvirtuable por el imputado.

En el caso que nos ocupa, los hechos que se le imputan no han sido en ningún momento desvirtuados por el interesado, ni ha manifestado su oposición a los mismos, siendo incluso reconocidos por éste cuando alega que desconocía que con tal actuación se incumplía normativa alguna, a la misma vez que se procede a su subsanación retirando la publicidad encontrada, o cuando en las alegaciones presentadas con fecha de 10 de octubre frente a la Propuesta de Resolución de fecha de 16 de septiembre de 2015, cuestiona la gravedad de esta conducta, que no niega, en comparación con otras conductas que considera más graves.

CUARTO.- NORMATIVA INFRINGIDA.- I.- Resulta de aplicación la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, por ser la normativa aplicable y vigente en el momento de la infracción administrativa.

Con posterioridad se ha aprobado el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que deroga la anterior.

No obstante, los preceptos tenidos en cuenta a la hora de determinar la normativa infringida, la tipificación de la infracción y el cuadro de sanciones, resultan de un tenor idéntico, en uno y otro caso, como detalla la propuesta de resolución, cada vez que refiere un precepto aplicable en su fundamentación jurídica y a la que nos remitimos en este sentido.

Por ello no ha lugar a aplicación retroactiva del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, siendo de aplicación plena la Ley 29/2006, de 26 de julio, de conformidad con el artículo 128 de la ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común a cuyo tenor: *"1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa."*

II.- La conducta verificada en las actas de inspección, constituye un incumplimiento de una prohibición que la normativa sanitaria vigente impone respecto a la publicidad de productos sanitarios recogida en el artículo 78.7 de la Ley 29/2006, de 26 de julio cuando establece que: *"No podrán ser objeto de publicidad destinada al público los productos sanitarios que estén destinados a ser utilizados o aplicados exclusivamente por profesionales sanitarios"*.

Así como se consideran infringidos los postulados recogidos para la publicidad y promoción de productos sanitarios en el Art. 38.3 y 9 del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, cuando preceptúa que *"...3. Los medios de información y promoción utilizados como soporte, ya sean escritos, audiovisuales o de otra naturaleza, tendrán carácter básicamente científico y estarán dirigidos y se distribuirán con carácter general a profesionales sanitarios..."*

...9. Queda prohibido efectuar publicidad dirigida al público de los productos que sean aplicados o utilizados directamente por dichos profesionales... ”

QUINTO.- TIPIFICACIÓN INFRACCIÓN.- En el presente caso, el artículo 100.1 de la Ley 29/2006, estipula que *“Las infracciones en materia de medicamentos, productos sanitarios, cosméticos y productos de cuidado personal serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.”*

De acuerdo con la Propuesta de Resolución, la conducta descrita podría haberse calificado como Infracción GRAVE *“Efectuar publicidad dirigida al público de los productos en los que no esté permitida...”* ello de conformidad con el artículo 101 bis.2. b) 24 de la Ley 29/2006.

No obstante en virtud del principio de proporcionalidad, y de conformidad con la Propuesta de Resolución, teniendo en cuenta lo establecido en el Art. 101 bis.1 de la Ley 29/2006, según el cual las infracciones se califican como leves, graves o muy graves atendiendo a los criterios de riesgo para la salud, cuantía del eventual beneficio obtenido, gravedad de la alteración sanitaria y social producida, generalización de la infracción y reincidencia, debe la Administración valorar cualquier circunstancia concurrente que pueda agravar o minorar la responsabilidad.

Dado que en este caso se produjo la inmediata subsanación de la irregularidad detectada habiéndose eliminado la situación ilícita originada con la retirada de la publicidad controvertida incluso antes de la iniciación del expediente, acreditada esta circunstancia por el acta de inspección nº 04/B 000687 de 5 de mayo de 2015, es por lo que se considera tal inmediatez de la subsanación como criterio de atenuación de la responsabilidad.

Por ello, la conducta imputada, de conformidad con el parecer de la Instrucción trasladado a la Propuesta de Resolución del expediente, resulta ser más merecedora de acomodarse en la infracción administrativa tipificada como LEVE en el artículo 101.bis 2. a) 7ª de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

Precepto a cuyo tenor, se considera Infracción Leve: *“Incumplir los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en la reglamentación aplicable que, en razón de los criterios contemplados en este artículo, merezcan la calificación de leves o cuando no proceda su calificación como faltas graves o muy grave”*.

Esta adecuación al tipo según las circunstancias del caso concreto, y siempre que la norma lo permita, es estudiada por la **Sentencia 128/2004 de Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia de fecha de 12 de febrero de 2004**, citada en la Propuesta de Resolución y que viene a establecer que: *“...el tipo aplicado es el del artículo 108.2. b. 4 de la Ley a cuyo tenor constituye falta grave el funcionamiento de los servicios farmacéuticos y oficinas de farmacia sin la presencia y actuación profesional del farmacéutico responsable; es indiscutible que en principio la conducta detectada se acomoda a esta descripción, pero teniendo en cuenta que se trató de una actuación esporádica del recurrente como Inspector farmacéutico en la misma localidad de no excesiva duración, que no consta que hubiera incidido en riesgo para la salud individual o colectiva ni desde luego producido beneficios significativos, es del parecer de la Sala que la tipificación de grave aplicada a esta conducta peca de desproporcionada al no haber atendido a los indicados criterios y que le es más acomodada la descripción del artículo 108.2. a. 15, que como falta leve sanciona el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la propia Ley y disposiciones que la desarrollan que en razón de los criterios acabados de enumerar más arriba merezcan la calificación de leves por no proceder la de graves o muy graves, precepto con que el legislador ha querido dejar abierta la puerta para que el intérprete, sea gubernativo o jurisdiccional, pueda acomodarse mejor a las particulares circunstancias del caso sin estar constreñido por unos tipos excesivamente rígidos.”*

SEXTO.- SANCIÓN.- En consecuencia, para el establecimiento de las sanciones, es de aplicación lo dispuesto el Art. 102 apartados 1 a) y 7 de la Ley 29/2006, donde las infracciones serán sancionadas con multa aplicando una graduación de mínimo, medio y máximo a cada nivel de infracción, en función de la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude, connivencia, incumplimiento de las advertencias previas, cifra de negocios de la empresa, número de personas afectadas, perjuicio causado, beneficios obtenidos a causa de la infracción, permanencia o transitoriedad de los riesgos y reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma

naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme, pudiendo alcanzar para el caso de la leves los siguientes importes:

- a) Grado mínimo: Hasta 6.000 euros.
- b) Grado medio: Desde 6.001 a 18.000 euros.
- c) Grado máximo: Desde 18.001 a 30.000 euros.

En su virtud, resulta procedente la imposición de una multa en el tramo medio del grado mínimo por importe de 3.000 euros.

Por tanto, no pueden ser estimadas en este momento las alegaciones del interesado solicitando que no se imponga sanción alguna dada la inmediatez con la que actuaron para subsanar el asunto con la retirada los elementos publicitarios además de su desconocimiento total de que estaban incumpliendo la norma, o que la infracción descrita merece la sanción más leve posible y no la media.

Por lo que a la subsanación se refiere, es una circunstancia ya fue apreciada desde el inicio del expediente a la hora de graduar la levedad de la falta, de forma que de no haberse valorado esta circunstancia, la infracción hubiera sido tipificada como Infracción Grave en lugar de como finalmente ha sido como Infracción Leve. Cuestión esta que por sí sola supone una atenuación de la responsabilidad bastante importante ya que la sanción mínima en el grado mínimo prevista para las infracciones GRAVES es de 30.001 €.

Por otro lado, el alegado desconocimiento de que la actuación objeto del presente procedimiento constituía una infracción administrativa, no puede ser considerado a los efectos pretendidos pues la ignorancia de las Leyes no excusa de su cumplimiento tal y como establece el artículo 6.1 del Código Civil.

Sin embargo, dicho desconocimiento sí ha de tenerse en cuenta como criterio de individualización de la sanción al suponer tal ignorancia reconocida, no ya una intencionalidad en la comisión de los hechos, pero sí cierto grado de negligencia al no emplear el suficiente grado de diligencia para vigilar el cumplimiento de la normativa que regula la actividad profesional que se desarrolla, y haber estado realizando una conducta contraria a la norma.

SÉPTIMO.- OTRAS ALEGACIONES DE PARTE.-

I.- Cuestionan en sus respectivos escritos de alegaciones, [REDACTED], como Gerente del Centro de Ortodoncia [REDACTED], que el primero pueda ser sancionado en este expediente ya que "...se abre y se dirige desde el primer momento frente al [REDACTED] y que por tanto la Propuesta es nula.

I.-Al contrario de lo alegado, desde el Acuerdo de Inicio por el que se da comienzo a la Instrucción del expediente consta como persona presuntamente responsable de la falta cometida, [REDACTED].

Y es el Acuerdo de Inicio, el acto administrativo que debe identificar al presunto responsable de la infracción administrativa. Ello de acuerdo con el Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, en cuyo artículo 13.1 señala 1: "*La iniciación de los procedimientos sancionadores se formalizarán con el contenido mínimo siguiente:*

a) Identificación de la persona o personas presuntamente responsables."

En el mismo sentido el Decreto 9/1994, de 8 febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre procedimientos sancionadores seguidos por la Comunidad Autónoma de Extremadura, en cuyo artículo 9 se señala: "*1. El procedimiento sancionador se iniciará siempre de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia. La iniciación requerirá acuerdo motivado y expreso en el que se harán constar las siguientes circunstancias:*

a) Persona o personas presuntamente responsables."

Así consta en el Fundamento de Derecho Quinto del Acuerdo de Inicio del expediente sancionador de fecha de 2 de julio de 2015, notificado el 30 de julio de 2015: "*AUTOR: De la posible infracción parece como presunto responsable [REDACTED]*

██████████ *Director Técnico del centro sanitario* ██████████
██████████.

Queda acreditado, por tanto, que en el acto administrativo por el que se da inicio a la instrucción del expediente y en el que debe constar la mención del presunto responsable, consta como presunto responsable de la infracción cometida ██████████
██████████.

Asimismo tanto el Acuerdo de Inicio, como el Pliego de Cargos, como la Propuesta de Resolución han tenido como destinatario de la notificación a ██████████
██████████.

Así consta de forma inequívoca en el encabezamiento de los tres escritos como lugar a efectos de notificaciones, ██████████
██████████.

A continuación de forma diferenciada y en la siguiente línea, la persona a la que se dirige la notificación: ██████████.”

Y finalmente en las dos última líneas la dirección postal en la que realizar las notificaciones: ██████████ (BADAJOZ)”

Siendo las notificaciones realizadas conforme a las previsiones contenidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

No quedando acreditado, por tanto, en modo alguno la alegación de que el expediente administrativo sancionador se haya instruido frente a la clínica ██████████
██████████.

Por tanto, no cabe manifestar que la propuesta de resolución sea nula de pleno derecho y ello por cuanto se ha instruido el procedimiento frente al ██████████
██████████, como persona presuntamente responsable, tal y como consta en el Acuerdo de Inicio y se desprende de las notificaciones practicadas. Siendo del todo congruente con dichos actos administrativos, la propuesta de resolución frente a la que se presentan las referidas alegaciones.

2.- También sostiene la interesada que quien ha presentado alegaciones al Pliego de Cargos ha sido [REDACTED], como Gerente de [REDACTED], en nombre de [REDACTED], y no el Dr. [REDACTED] a título personal y que la consejería da por buenas dichas alegaciones, por lo que *"es evidente que el responsable es [REDACTED]"*

El que la Propuesta de Resolución no haga mención expresa al hecho de que quien presenta las alegaciones frente al Pliego de cargos, sea [REDACTED], Gerente de [REDACTED], no es argumento suficiente para alterar la realidad jurídica del hecho de que el Acuerdo de Inicio se incoa frente a [REDACTED], como autor presuntamente responsable de la infracción y frente a quien se dirigen las distintas notificaciones.

Es decir, dicha circunstancia no altera la realidad jurídica de que a quien se considera jurídicamente responsable de la infracción presuntamente cometida, en los trámites pertinentes del procedimiento administrativo que nos ocupa sea en todo momento, [REDACTED]

Por otra parte, el referido escrito de alegaciones al Pliego de Cargos, en ningún momento refiere que se actúe en nombre de [REDACTED], por mucho que efectivamente, sea redactado en papel con membrete del centro y lo firme el Gerente de dicho centro.

Y en definitiva, la propuesta de resolución puede entender que dicho escrito ha sido presentado en nombre y representación del interesado, esto es, [REDACTED], ya que la ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común señala en su Artículo 32 señala: *"Cualquier persona con capacidad de obrar podrá actuar en representación de otra ante las Administraciones Públicas."*

3. *Para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado.*

Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación."

Y ello porque dicha posibilidad de representación cabe en derecho y porque no es factible interpretar otra cosa cuando se ha notificado un Acuerdo de Inicio con un Fundamento de Derecho específico y exclusivo para señalar que el presunto responsable es [REDACTED] y se han dirigido a esta persona todas las notificaciones.

Y abunda aún más en el hecho de la posibilidad de actuación por representación el del todo idéntico tenor literal entre los escritos de alegaciones presentados con fecha 8 de octubre de 2015 por [REDACTED] como Gerente del Centro de Ortodoncia [REDACTED]. Ello en lo que se refiere a la alegación única del primero y alegación primera del segundo.

3.- Es por último de destacar que a efectos dialécticos, este hecho en modo alguno supone indefensión para [REDACTED], pues consta que ha presentado alegaciones frente a la Propuesta de Resolución con carácter previo a la Resolución del expediente sancionador, alegando lo que a su derecho corresponda, pudiendo haber presentado del mismo modo alegaciones frente al Acuerdo de Inicio y Pliego de Cargos que tenían idéntico destinatario y fueron notificadas en la misma dirección postal.

II.- En cuanto a la persona responsable de la infracción, se aduce en los escritos de alegaciones referidos que CENTRO DE ORTODONCIA [REDACTED]: *“...es una persona jurídica, con personalidad jurídica propia, con plena capacidad de obrar y responsable de sus actos y [REDACTED] es una persona física con plena capacidad, pero no es confundible y menos en un expediente sancionador, con una persona jurídica legalmente independiente y distinta de la persona física...”*

Nada que objetar a las valoraciones respecto a la diferenciación entre persona física y jurídica y las capacidades de unas y otras.

Ahora bien, el expediente sancionador se instruye por una infracción detectada en la publicidad que efectúa el Centro de Ortodoncia [REDACTED], y la normativa de aplicación hace responsable directo de la

Publicidad que efectúan los Centros de Ortondoncia a los Directores Técnicos de los mismos.

Y ello con independencia de la forma o personalidad jurídica que adopten dichas entidades para operar en el tráfico mercantil.

Así, el Art. 4.3 de la Orden de 3 de marzo de 2005 por la que se establecen las condiciones y requisitos técnicos de instalación y funcionamiento de Clínicas Dentales y los Servicios de Odontología/Estomatología en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, señala que: *“En todo caso el Director Técnico, será directamente responsable de:*

...b) La publicidad relacionada con la actividad sanitaria que se realice en el centro o servicio sanitario”.

En este sentido es claro que queda cumplido el principio de responsabilidad que debe regir en los procedimientos sancionadores y que aparece definido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando en su artículo 138 señala que: *“1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia.”*

En nuestro caso la responsabilidad respecto de la publicidad que realiza un centro sanitario odontológico en Extremadura recae sobre su Director Técnico, de conformidad con la referida Orden de 3 de marzo de 2005 por la que se establecen las condiciones y requisitos técnicos de instalación y funcionamiento de Clínicas Dentales y los Servicios de Odontología/Estomatología en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Y es por ello que cabe realizar sobre la persona del Director Técnico el reproche jurídico por la autoría de la publicidad indebida, por entrar dentro de su ámbito de responsabilidad.

Individualización suficiente del reproche culpabilístico que la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia considera necesaria para determinar la responsabilidad de las

personas físicas miembros de personas jurídicas, evitando así una responsabilidad objetiva en el procedimiento sancionador que recaiga sobre la persona jurídica cuando se puede individualizar la culpa en la persona física responsable.

II.- Tampoco puede admitirse las alegaciones al respecto de que la conducta descrita sea una "tontería" en comparación con otras posibles actuaciones infractoras que el Centro considera más graves que aquella por la que se le instruye el presente expediente.

Ni como causa de exoneración, pues no puede establecerse igualdad en la ilegalidad en el sentido de que porque no se hayan detectado o denunciado otras posibles irregularidades a las que se refiere el interesado, y por tanto perseguido, la infracción en la que el interesado incurre no sea perseguible o no merezca reproche; ni como causa de atenuación, pues la coyuntura concreta que permita graduar la sanción a imponer ha de encontrarse en la propia infracción cometida y las circunstancias objetivas o subjetivas que la rodean, y nunca por comparación con otras conductas más o menos graves según el criterio del presunto infractor.

Así, a efectos de este expediente la infracción que se persigue es una y concreta que se encuentra tipificada, quedando acreditada su comisión y prevista su sanción, por lo que es plenamente criticable y perseguible la conducta infractora.

Habiendo en este caso actuado la Administración como consecuencia de una denuncia presentada por el Colegio Oficial de Protésicos Dentales, encontrándose obligada a comprobar los extremos de las denuncias presentadas y habiendo constatado en este caso la realidad de los extremos de la denuncia formulada.

III.- Por último la alegación relativa si cabe identificar al producto en sí por la marca que se publicita, no tendría sustantividad alguna para considerar que no se ha producido infracción administrativa.

Se trata de apreciaciones subjetivas y discutibles, pero en todo caso siempre habría que diferenciar el hecho de publicitar, del efecto que causa dicha publicidad.

De forma que si, a efectos dialécticos por cuanto no queda mínimamente acreditado, los destinatarios equipararan una marca a un producto genérico, ello no

obsta a que el que realiza la publicidad no se encuentra vinculado por este particular y cuando publicita invisalign, por ejemplo, es exactamente esta marca la que publicita y no el producto genérico, con independencia de lo que quiera entender el destinatario de la publicidad.

Y publicitar un producto concreto a los particulares, como se ha hecho, no se encuentra permitido por la normativa reguladora de los productos sanitarios arriba referida.

Siendo además destacable el hecho de que se publicitaba el servicio prestado por esta clínica, consistente en utilizar invisalign, como exclusiva en la comarca de [REDACTED], con lo que la identificación entre producto concreto identificado por una marca, y publicidad a los particulares es más notoria si cabe.

Vistos los anteriores hechos y fundamentos de derecho, este órgano en virtud de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 9/1994, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre Procedimientos Sancionadores seguidos por la Comunidad Autónoma de Extremadura,

RESUELVE

Primero.- Declarar la existencia de infracción y responsabilidad administrativa imputada a [REDACTED] por la comisión de la infracción administrativa LEVE tipificada en el 101.bis 2. a) 7ª de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios *“Incumplir los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en la reglamentación aplicable que, en razón de los criterios contemplados en este artículo, merezcan la calificación de leves o cuando no proceda su calificación como faltas graves o muy grave”*, por los hechos detectados en el [REDACTED] en la localidad de [REDACTED] (Badajoz), que han sido objeto del presente expediente sancionador

Segundo.- Imponer a [REDACTED] la sanción de MULTA POR IMPORTE DE 3.000 € (TRES MIL EUROS), de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

Contra el presente Resolución, que no es definitiva en vía administrativa, podrá interponerse Recurso de Alzada, siendo competente para su resolución el Director Gerente del Servicio Extremeño de Salud, pudiendo interponerlo en el plazo de UN MES contado desde el día siguiente al de la notificación/publicación de la presente, según lo dispuesto en los Arts. 114 y 115 de citada Ley 30/1992, así como el Art. 101 y Art.123 de la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en relación con el Art. 12 del Decreto 221/2008, de 24 de octubre, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Extremeño de Salud.

Notifíquese la presente resolución a los interesados conforme a los Art. 58 y siguientes de la mencionada Ley 30/1992, comunicándole que el ingreso correspondiente a la sanción no deberá realizarlo hasta que la presente Resolución sea firme y la Consejería de Administración Pública y Hacienda le notifique la forma, lugar, medio y plazos del pago (Art. 4 del Decreto 67/1994.)

Mérida a 16 de octubre de 2015

LA DIRECTORA GENERAL DE SALUD PÚBLICA


Servicio
Extremeño
de Salud
Fdo. 
Directora General de Salud Pública