

La aparición de personajes famosos en la publicidad de productos y centros sanitarios (al hilo de la publicidad de servicios de implantología dental)

Ángel García Vidal

Profesor acreditado como catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

En los últimos años se han suscitado diversas controversias sobre la aparición de personajes famosos en la publicidad de centros de odontología y de los servicios de implantología dental que en ellos se prestan. Y precisamente en este contexto se acaba de dictar la destacada Resolución del Pleno del Jurado de la Publicidad de Autocontrol, de 14 de septiembre del 2016, que ha desestimado el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de la Sección Cuarta del Jurado de 28 de julio del 2016.

1. La regulación de la publicidad de productos sanitarios, de productos con pretendida finalidad sanitaria y de los centros sanitarios

- 1.1. Dentro de la normativa publicitaria especial destaca la referente a los productos sanitarios, entendiendo por tal cualquier instrumento, dispositivo, equipo, programa informático, material u otro artículo, empleado solo o en combinación con otros, destinado por el fabricante a ser utilizado en seres humanos con alguno de los siguientes fines: *a)* diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad; *b)* diagnóstico, control, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una deficiencia; *c)* investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico, y *d)* regulación de la concepción, y que no ejerza la acción principal que se desee obtener en el interior o en la superficie del cuerpo humano por medios farmacológicos, inmunológicos ni metabólicos,

pero a cuya función puedan contribuir tales medios.

La publicidad de estos productos está sujeta, ante todo, al 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 en su artículo 80 prohíbe: *a)* la publicidad directa o indirecta, dirigida al público, en el caso de que un producto esté financiado por el Sistema Nacional de Salud; *b)* las primas, obsequios, descuentos, premios, concursos, bonificaciones o similares como métodos vinculados a la promoción o venta al público de dichos productos, y *c)* la publicidad destinada al público de los productos sanitarios que estén destinados a ser utilizados o aplicados exclusivamente por profesionales sanitarios, y estipula que la publicidad de las técnicas o procedimientos médicos o quirúrgicos ligados a la utilización de productos sanitarios específicos respetará los criterios observados

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

en la publicidad de productos sanitarios. Y esta regulación legal es objeto de desarrollo por el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios.

Por su parte, los denominados *productos con pretendida finalidad sanitaria* son objeto de regulación por el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria. Este texto normativo regula, como se dispone en su artículo 1, «la publicidad y promoción comercial de los productos, materiales, sustancias, energías o métodos que se anuncian o presentan como útiles para el diagnóstico, prevención o tratamiento de enfermedades o desarrollos fisiológicos, adelgazamiento, modificación del estado físico o psicológico, restauración, corrección o modificación de funciones orgánicas u otras pretendidas finalidades sanitarias».

A su vez, la publicidad de los centros sanitarios se encuentra regulada en 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. Según dicho precepto, «[s]ólo 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 aquélla 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».

Y, en conexión con esta regulación, debe tenerse presente el artículo 6 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida

finalidad sanitaria, que establece lo siguiente: «La publicidad y la información de los centros o establecimientos sanitarios y de los centros de belleza, adelgazamiento, tratamiento o desarrollo físico o estético así como de los servicios y prestaciones que realizan deberá ajustarse al contenido de la autorización sanitaria de tales centros o establecimientos. Cualquier otro tipo de publicidad de tales centros, servicios o establecimientos requerirá la autorización previa y expresa de las autoridades sanitarias».

- 1.2. La existencia de las distintas regulaciones a las que se acaba de hacer referencia obliga a delimitar con precisión si un determinado anuncio publicitario promociona productos sanitarios, productos con pretendida finalidad sanitaria o un centro sanitario. Y ello porque las condiciones de licitud de la publicidad que se establecen en esas normativas no son siempre equivalentes. Así, por ejemplo, artículo 38.8 del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios dispone que en la «publicidad de los productos dirigida al público se prohíbe cualquier mención que haga referencia a una autoridad sanitaria o a recomendaciones que hayan formulado científicos, profesionales de la salud u otras personas que puedan, debido a su notoriedad, incitar a su utilización. Se exceptúa de esta prohibición la publicidad promovida por las Administraciones Públicas». Y aunque es cierto que el Real Decreto 1907/1996 establece una prohibición similar en relación con los productos con pretendida finalidad sanitaria (art. 4.7: queda prohibida cualquier clase de publicidad o promoción directa o indirecta, masiva o individualizada, de productos, materiales, sustancias, energías o métodos con pretendida finalidad sanitaria [...] que pretendan aportar testimonios de profesionales sanitarios, de personas famosas o conocidas por el público o de pacientes reales o supuestos, como medio de inducción al consumo), este tipo de prohibición no se contiene en relación con la publicidad de los centros o establecimientos ni en el Real Decreto 1907/1996, ni en el Real Decreto 1591/2009.

2. La promoción de los métodos de implantología dental no encaja en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1907/1996

En muchas ocasiones los anuncios referentes a centros de odontología y a los servicios de implantología dental promocionan determinados métodos. No obstante, y como atinadamente indica el Jurado de la Publicidad en su Resolución de 28 de julio del 2016, el hecho de que se promoció un método no implica que sea de aplicación la regulación del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, porque, aunque en el artículo 1 de dicho texto se indica que se regula «la publicidad y promoción comercial de los productos, materiales, sustancias, energías o métodos», no es aplicable a cualquier método, sino sólo a los que tienen una pretendida finalidad sanitaria. Y, como destaca el jurado en la referida resolución, «la finalidad sanitaria perseguida por un servicio que se presta en un centro sanitario autorizado nunca es una “pretendida finalidad sanitaria”, sino una finalidad sanitaria oficialmente reconocida a través de la correspondiente autorización». Y el Pleno del jurado confirma esta conclusión y añade que esto es así, con independencia del propósito del anunciante.

3. La necesaria delimitación entre la publicidad de centros sanitarios y la publicidad de productos sanitarios

3.1. Descartada la aplicación de la normativa sobre la publicidad de los productos o métodos con pretendida finalidad sanitaria, debe delimitarse con precisión si un determinado anuncio publicitario promociona productos sanitarios o un centro sanitario.

Pues bien, la Sección Cuarta del Jurado de la Publicidad de Autocontrol ha recogido y sintetizado las pautas al respecto, las cuales consisten en la aplicación de una regla general sujeta a excepciones.

3.2. La regla general es que «en aquellas hipótesis en las que se promocionen un centro sanitario y las actividades sanitarias que

en él se realizan, dicha publicidad quedará sometida al régimen establecido para la publicidad de centros sanitarios, y no le resultará aplicable el régimen establecido para la publicidad de productos sanitarios aun cuando en las actividades sanitarias que se promocionan —como es lógico— resulte necesaria la utilización o el empleo de productos sanitarios».

3.3. Por excepción a esta regla general se aplicará la normativa sobre publicidad de productos sanitarios en los siguientes supuestos.

a) La primera excepción opera «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». Esto es lógico porque en tal supuesto además de la publicidad de un centro y de sus servicios habría un supuesto de publicidad de un producto sanitario.

b) La segunda excepción a la regla general, y que implica la aplicación de la normativa sobre publicidad de productos sanitarios, se produce cuando la actividad o el tratamiento promocionados impliquen la utilización de un producto sanitario específico. En realidad, esta hipótesis está expresamente prevista por el artículo 80.8 del Texto Refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, según el cual «la publicidad de las técnicas o procedimientos médicos o quirúrgicos ligados a la utilización de productos sanitarios específicos respetará los criterios contemplados en la publicidad de productos sanitarios».

Este tipo de supuestos ya fue afrontado por el jurado en casos anteriores. Así, en su Resolución de la Sección Tercera de 12 de junio del 2014, confirmada por el Pleno del jurado en su Resolución de 8 de julio del 2014, se afirma que el jurado considera que por lo general cuando

en la publicidad, además de mencionar un tratamiento dental, se incluye la marca concreta del producto sanitario utilizado en dicho tratamiento, estamos ante un supuesto de publicidad de productos sanitarios concretos. Caso distinto sería que la publicidad se hubiera limitado a hacer una mención genérica relativa a que en los tratamientos dentales promocionados se utilizan implantes de primera calidad, pero sin especificar la marca de los implantes concretos empleados. Y, posteriormente, en la Resolución de 23 de julio del 2014 de la Sección Quinta del Jurado de la Publicidad (confirmada por la Resolución de 18 de septiembre del 2014, del Pleno del mismo jurado), al hilo de una campaña promocional en la que, junto al nombre del centro sanitario aparecía el logotipo de la marca de implantes dentales, así como marcas de productos de ortodoncia, el jurado entendió que se trataba de una publicidad prohibida porque no difundía simplemente los tratamientos y técnicas prestados por el anunciante, sino que daba un paso más y difundía también —con un marcado carácter promocional— las marcas concretas de productos sanitarios que se empleaban en dichos tratamientos y técnicas.

Esta hipótesis también ha sido analizada por el Departamento de Productos Sanitarios de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) en su Oficio de 10 de enero del 2014, en el que se da respuesta a una serie de dudas interpretativas surgidas con ocasión de la Ley 10/2013, de 24 de julio, de modificación de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (Ley 10/2013 que introdujo en la Ley 29/2006 los preceptos sobre publicidad de productos sanitarios que hoy figuran en el artículo 80 del texto refundido).

Pues bien, según dicho oficio, el caso de una publicidad de un tratamiento dental formulado de manera amplia o abreviada en la que apareciera la marca concreta del

producto sanitario empleado daría lugar a una publicidad de productos sanitarios concretos. En cambio, cuando el anuncio de un tratamiento dental está formulado de manera amplia con expresiones tales como «tratamientos de rehabilitación mediante implantes», «tratamientos de ortodoncia» o similares, al no mencionar un tipo concreto de implante o material de ortodoncia identificados por su denominación comercial, se trataría de publicidad de técnicas o procedimientos técnicos o quirúrgicos y no habría de sujetarse por tanto a la normativa sobre publicidad de productos sanitarios. Como tampoco lo hará un anuncio de un tratamiento dental formulado de manera concisa o abreviada con fórmulas tales como «implantes», «ortodoncia» o similares, generalmente acompañadas de una mención del precio.

Por lo demás, el criterio de la Administración sanitaria ha sido seguido por los tribunales de justicia (como es el caso, por ejemplo, de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 8 de enero del 2016).

3.4. Sobre la base de lo anterior, la aparición en un anuncio concreto de una persona famosa estará prohibida cuando se trate de un anuncio de un producto sanitario, pues —como ya se ha recordado— el artículo 38.8 del Real Decreto 1591/2009 prohíbe el empleo de personas notorias como medio de incitación al uso de productos sanitarios.

Pero si, por el contrario, estamos ante un anuncio de un centro sanitario, no será aplicable dicha prohibición (como ha establecido por ejemplo la Sentencia 376/2016 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 10 de junio del 2016, al afirmar que «no existe una específica prohibición de usar el nombre o la imagen de personajes famosos en la publicidad de servicios sanitarios»). Y eso es lo que entendió el jurado en el caso concreto en el que aparecía un conocido futbolista español en el anuncio objeto de la reclamación.