

# Las restricciones a la publicidad de los odontólogos y de los tratamientos dentales y el Derecho de la Unión Europea

## Ángel García Vidal

Profesor acreditado como catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela  
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

---

*En este análisis se examina la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de mayo del 2017 en el asunto C-339/15, ECLI:EU:C:2017:335.*

### 1. Preliminar

La publicidad de los odontólogos y de sus servicios se encuentra restringida en las legislaciones nacionales en atención a intereses generales como la salud pública. Tanto es así que en algunos países la limitación llega hasta al punto de prohibir todo tipo de promoción de tratamientos dentales. Y esto explica que recientemente se le haya planteado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si este tipo de prohibiciones respeta el Derecho de la Unión.

El tribunal se ha pronunciado al respecto en su Sentencia de la Sala Tercera de 4 de mayo del 2017, en el asunto C-339/15 (*Openbaar Ministerie contra Luc Vanderborght*), con ocasión de la legislación belga, en la que se limita la publicidad de los odontólogos y se prohíbe la publicidad de tratamientos dentales. Así en el Real Decreto por el que se Regula el Ejercicio de la Odontología, de 1 de junio de 1934, se dispone que «[c]on fines de comunicación al público, en el edificio en el que una persona autorizada [...] ejerce la odontología sólo podrá colocarse una inscripción o una placa de tamaño y aspecto discretos en la que figurarán el nombre del profesional y, en su caso, su titulación legal, sus días y horas de consulta, la denominación de la

*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.

empresa o del organismo de asistencia por cuya cuenta ejerce su actividad profesional; asimismo, podrá indicarse el ámbito de la odontología en el que el profesional esté especializado: odontología operativa, prótesis dentales, ortodoncia, cirugía dental».

Y, según la Ley belga relativa a la Publicidad en materia de Tratamientos Dentales, de 15 de abril de 1958, «[n]adie podrá llevar a cabo, directa o indirectamente, publicidad de cualquier naturaleza dirigida a tratar o hacer tratar, por persona cualificada o no, en Bélgica o en el extranjero, las afecciones, lesiones o anomalías de la boca y los dientes, en especial por medio de vitrinas o rótulos, inscripciones o placas que puedan inducir a error sobre el carácter legal de la actividad anunciada, así como mediante prospectos, circulares, octavillas y folletos, en la prensa, por radio o televisión y en salas de cine».

## **2. Las restricciones a la publicidad y la directiva sobre prácticas desleales**

La primera cuestión que afronta el Tribunal de Justicia es la compatibilidad de las restricciones publicitarias con la directiva sobre prácticas desleales [Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo del 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo].

A tal efecto, se trata de determinar, ante todo, si la publicidad es una práctica comercial y, por lo tanto, está sometida a dicha directiva. Y la conclusión a la que llega el Tribunal es que la publicidad de los servicios de tratamientos bucales y dentales, ya sea mediante inserción en publicaciones periódicas destinadas a la publicidad, ya en internet o mediante rótulos, constituye una «práctica comercial», en el sentido de la Directiva 2005/29. Porque el artículo 2, letra d, de la directiva define «práctica comercial» como «todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores». Y porque en el artículo 2, letra c, de dicha directiva, el concepto de «producto» se refiere, por su parte, a cualquier bien o servicio.

Con ese presupuesto, la propia directiva sobre prácticas desleales, siendo de aplicación, permite la existencia de normas nacionales limitativas, pues el artículo 3 de la directiva dispone que ésta se entenderá sin perjuicio de las normas nacionales o del Derecho de la Unión relativas a los aspectos de salud y seguridad de los productos, y sin perjuicio de los códigos deontológicos u otras normas específicas que rijan las profesiones reguladas con el fin de mantener rigurosas exigencias de integridad por parte de los profesionales que los Estados miembros puedan imponer a estos últimos de conformidad con el Derecho de la Unión.

En conclusión, por tanto, los Estados miembros son libres de adoptar normas más estrictas que las previstas en la directiva sobre prácticas desleales en relación con las prácticas que lleven a cabo los miembros de una profesión regulada como la profesión de odontólogo.

### **3. Las restricciones a la publicidad por medios electrónicos y la directiva sobre el comercio electrónico**

Cuando la prohibición de publicidad se extiende también a la promoción en internet, cabe preguntarse si tal prohibición es contraria a la directiva sobre el comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio del 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior).

De nuevo aquí debe examinarse en primer lugar si la publicidad en línea entra dentro del ámbito de aplicación de dicha directiva y, en caso afirmativo, acto seguido, analizar si la directiva permite las referidas restricciones:

- 3.1. Por lo que respecta al ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31/CE, ésta se aplica a los «servicios de la sociedad de la información». Y, según el artículo 1, punto 2, de la Directiva 98/34/CE (a la que remite el artículo 2 de la directiva sobre el comercio electrónico), el concepto de «servicios de la sociedad de la información» comprende «todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios».

Ahora bien, eso no significa que sólo queden comprendidos los servicios que dan lugar a una contratación en línea, sino que también se engloban otras actividades económicas en línea, no remuneradas por sus destinatarios, como aquellos servicios que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales. Así se deriva del considerando 18 de la directiva sobre el comercio electrónico y así lo declaró el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 15 de septiembre del 2016, *Mc Fadden*, C-484/14 (EU:C:2016:689, apdos. 41 y 42), a propósito de una prestación llevada a cabo gratuitamente por un prestador con fines publicitarios respecto a los bienes vendidos o los servicios realizados por él, estando el coste de dicha actividad integrado en el precio de venta de esos bienes o servicios.

Por lo demás, la publicidad en internet relativa a las prestaciones de tratamientos bucales y dentales es una comunicación comercial en el sentido del artículo 2, letra f de la directiva sobre el comercio electrónico, pues se trata de una forma de comunicación destinada a proporcionar directa o indirectamente servicios de una persona que ejerce una profesión regulada.

Así las cosas, el Tribunal de Justicia concluye que este tipo de publicidad encaja en el ámbito de aplicación de la directiva sobre el comercio electrónico.

- 3.2. Partiendo de esa premisa, el artículo 8, apartado 1, de esta directiva enuncia el principio de que los Estados miembros deberán garantizar que esté permitido el uso de comunicaciones comerciales que en todo o en parte constituyan un servicio de la sociedad de la información facilitado por un miembro de una profesión regulada (como es el caso de los odontólogos, pues, según el artículo 2g de la Directiva 2000/31, en relación con el artículo 1f de la Directiva 92/51, por «profesión regulada» deberá entenderse una actividad profesional cuyo acceso o ejercicio esté sometido, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de una titulación de formación o de un certificado de competencia).

Al interpretar este precepto, el Tribunal de Justicia considera que la directiva obliga a los Estados miembros a permitir que los profesionales puedan realizar publicidad por medio de internet. Sin duda, y como dispone el artículo 8.1 de la Directiva 2000/31, dicha publicidad podrá venir limitada por las normas profesionales (como las relativas, en particular a la independencia, la dignidad y el honor de la profesión, el secreto profesional y la lealtad hacia clientes y colegas). Pero tales limitaciones no pueden llevar al extremo de impedir todo tipo de publicidad.

De esta manera, el Tribunal de Justicia se aparta de las conclusiones del Abogado General Sr. YVES BOT, presentadas el 8 de septiembre del 2016, que entendió ajustada a la directiva sobre el comercio electrónico una normativa nacional que prohíbe a los prestadores de tratamientos dentales, en el marco de una profesión liberal o de una consulta dental, hacer cualquier tipo de publicidad de sus prestaciones por internet, al considerar que de ese modo se pretende garantizar el cumplimiento de las normas de la profesión.

#### **4. Las restricciones publicitarias a la luz de la libre prestación de servicios en la Unión Europea**

Como es sabido, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece la libertad de establecimiento (art. 49) y la libre prestación de servicios (art. 56). En consecuencia, quedan prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, así como las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.

Sobre esta base normativa, el Tribunal de Justicia también ha analizado si la prohibición de publicidad puede afectar a estas dos libertades básicas de la Unión.

Pues bien, el tribunal comienza recordando que, en la medida en que la prohibición de publicidad puede afectar a la clientela de otros Estados miembros, existe un elemento transfronterizo

que determina la aplicación de las disposiciones del tratado que garantizan la libre circulación. Además, entiende el tribunal que debe analizar la cuestión únicamente a la luz de la libertad de servicios porque, según su jurisprudencia, cuando una norma nacional guarda relación tanto con la libertad de establecimiento como con la libre prestación de servicios, debe ser analizada a la luz de una sola de estas dos libertades si consta que, en las circunstancias del asunto principal, una de ellas es por completo secundaria respecto a la otra. Y, en el presente caso, «el elemento transfronterizo que hace aplicables las disposiciones del tratado que garantizan la libre circulación es el desplazamiento de destinatarios de servicios establecidos en otro Estado miembro».

Así las cosas, el tribunal reconoce, como parece obvio, que existe una restricción a la libertad de establecimiento, porque «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».

Ahora bien, no toda restricción es contraria al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. De hecho, ya es jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia afirmar que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el tratado son admisibles a condición de que persigan un objetivo de interés general, sean adecuadas para garantizar la realización de dicho objetivo y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo. Así, por ejemplo, la Sentencia de 16 de abril del 2013, *Las*, C-202/11, ECLI:EU:C:2013:239, apartado 23, o la Sentencia de 12 de septiembre del 2013, *Konstantinides*, C-475/11, EU:C:2013:542, apartado 50.

Pues bien, aunque el tribunal entiende que en este caso la prohibición de publicidad responde a un objetivo de interés general (en la medida en que persigue la protección de la salud pública, así como la dignidad de la profesión de odontólogo), considera que la prohibición con carácter general y absoluto de toda publicidad relativa a prestaciones de tratamientos bucales y dentales excede de lo necesario para conseguir los objetivos perseguidos por esta legislación. Ello es debido a que una prohibición radical afecta también a mensajes publicitarios que no perjudican a la salud pública ni a la dignidad de los odontólogos. Se trata, pues de un supuesto distinto al que analizó el tribunal en la Sentencia de 12 de septiembre del 2013, *Konstantinides*, C-475/11, que se refería a la prohibición de publicidad de servicios médicos con un contenido contrario a la ética profesional.

En este punto, pues, el tribunal también ha sido más estricto que el Abogado General, pues éste propuso considerar que la protección de la salud pública puede justificar una prohibición de toda forma de comunicación atrayente o incitativa destinada al público. En su opinión, como digo, no seguida por el Tribunal de Justicia, la relación de confianza entre el paciente y el odontólogo «resultaría necesariamente menoscabada si se autorizase a los prestadores de tratamientos dentales a hacer publicidad destinada al público con el fin de promover sus

servicios. En tal supuesto, el paciente podría legítimamente temer que, cuando el profesional le aconseja o le recomienda recurrir a un tratamiento, este consejo o esta recomendación están motivados, al menos en parte, por el interés económico de este profesional. El paciente podría entonces relativizar el valor de este consejo o de esta recomendación y poner de este modo en peligro su estado de salud al rechazar o aplazar la prestación propuesta».