

Julio 9 de 1.990

I. CASO SOMETIDO A ESTUDIO

Se trata de la reclamación o denuncia, por razón de la supuesta publicidad comparativa ilícita, en un anuncio televisado, referente a una segunda versión del anuncio de PONJITA, relacionado con el producto ESTROPAJO.

En relación con este caso, la CONARP ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse, en dos diferentes ocasiones anteriores, según sentencias del 25 de Septiembre de 1989 y del 9 de Octubre de 1989.

II. PARTES EN CONFLICTO

1. Anunciante Reclamante : ASOCIACION COLOMBIANA DE CULTIVADORES E INDUSTRIALES DE LA FIBRA DE ESTROPAJO. ASOCIFE.
2. Agencia de Publicidad Reclamante: No existe.
3. Anunciante Denunciado : 3M Colombia S.A.
4. Agencia de Publicidad Denunciada : ATENAS PUBLICIDAD.

III. LAS PETICIONES

En comunicación de Abril 5 de 1990, ASOCIFE hace, por escrito, la siguiente petición:

"ASOCIFE, muy atentamente se permite solicitar la intervención de la COMISION NACIONAL DE AUTORREGULACION PUBLICITARIA-CONARP, para que sea retirado el nuevo y actual comercial de televisión, sobre el producto " PONJITA " de la firma 3M COLOMBIA S.A."

IV. RAZONES DE HECHO Y DE DERECHO

Presenta la parte reclamante, como fundamento de la reclamación, entre otras razones, las siguientes:

- 1- "De acuerdo a la sentencia de fecha 25 de Septiembre de 1.989, la Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria-CONARP, en desarrollo de sus funciones solicitó al anunciante 3M COLOMBIA S.A. y a su agencia ATENAS PUBLICIDAD, el RETIRO del anuncio objeto de dicha sentencia."
- 2- "De acuerdo al Código de Autorregulación Publicitaria, en su Artículo 60, existen seis medidas que, en su orden, la CONARP puede adoptar.

- 3- "La CONARP, en dicha sentencia, se basa en el segundo numeral del artículo 60, sugiriendo el RETIRO del anuncio, y el anunciante 3M COLOMBIA S.A. aplicó el primer numeral del artículo 60, efectuando una CORRECCION del anuncio."
- 4- "Por lo anterior, es claro y expreso el total desacato del anunciante 3M COLOMBIA S.A., en dar cumplimiento a la sentencia que, en su contra, profirió la CONARP."
- 5- "Así mismo, consideramos que se continúa lesionando la imagen de la Fibra del Estropajo, con el NUEVO COMERCIAL REFORMADO; ya que:
 - 5.1 "El nuevo comercial es el mismo que propició la demanda, pero corregido en audio únicamente en la parte que hacía referencia textual del estropajo."
 - 5.2 "El nuevo comercial mantiene las mismas imágenes del comercial, objeto de la sentencia. Dichas imágenes ya han influenciado al público y televidentes en general, quienes automáticamente asocian la información y estímulo visual del nuevo, con el comercial que tenía la mención de la fibra del estropajo, ya que la modificación del audio pasa fácilmente inadvertida."
 - 5.3 "El nuevo comercial mantiene, en sus imágenes, el "tono excluyente y comparativo" a que se hace referencia en el numeral 5 de las consideraciones finales de la sentencia en referencia."
- 6- "Por lo anterior, solicitamos se haga efectiva, en su contexto general, la justa sentencia de fecha 25 de Septiembre de 1.989, proferida por la CONARP, como es el RETIRO TOTAL del comercial que comprende el 100 % de imágenes y audio que lo conforman, y no la modificación de una de sus partes."

V. PRUEBAS PRESENTADAS POR LA PARTE SOLICITANTE

La parte demandante presenta, como prueba, el segundo anuncio, objeto del reclamo.

VI. ADMISION Y NOTIFICACION

De la reclamación, se dio traslado a la parte demandada, para que tuviera oportunidad de ejercer su derecho de defensa; de acuerdo con el reglamento del 11 de Septiembre de 1989, sobre trámite de quejas, denuncias, solicitudes o reclamos.

VII. LA RESPUESTA O DEFENSA

La parte pasiva de la reclamación no hizo uso de su derecho de contestar, por escrito.

VIII. PRUEBAS PRESENTADAS POR LA PARTE DENUNCIADA

La parte denunciada no presentó prueba distinta de la ya presentada por la parte reclamante.

IX. AUDIENCIA PUBLICA

La Comisión, en pleno, recibió, en audiencia pública, a las dos partes en conflicto.

X. COMPETENCIA

La comisión de Autorregulación Publicitaria (CONARP) es competente para resolver el caso propuesto a su consideración, de acuerdo con los artículos 49 y 50 del Código de Autorregulación Publicitaria, de Octubre 24 de 1.980.

XI. CONSIDERACIONES FINALES

Con fundamento en todo lo anterior, para decidir este conflicto, la CONARP hace las siguientes consideraciones finales:

1- La sentencia de Septiembre 25 de 1990 dijo, entre otras cosas, lo siguiente:

"En el comercial de televisión, es verdad que, a través de imágenes de CAVERNICOLAS, se hace mención visual de la fibra de estropajo, en forma despectiva, peyorativa, denigratoria y demeritante de dicho producto del competidor."

"Es igualmente, despectiva, peyorativa, denigratoria y demeritante la alegación, afirmación, locución o expresión publicitaria verbal:

"Ponjita reemplaza a todos aquellos elementos inapropiados (como el estropajo) que se utilizaron en la prehistoria del baño, porque actúa científicamente revitalizando la piel".

"Es del caso, entonces proferir sentencia, en el sentido de solicitar el retiro de los anuncios anteriormente mencionados."

- 2- La sentencia del 9 de Octubre de 1990, dijo, igualmente, entre otras cosas, lo siguiente:

"La llamada "nueva versión" del anuncio es un asunto que puede mirarse desde diferentes puntos de vista.

Una opinión es la de que no se trata de un nuevo comercial, sino del mismo comercial modificado."

"Otra opinión es la de que se trata de un nuevo comercial, en el sentido de que requiere una nueva "codificación" y en el sentido de que INRAVISION tiene que volverlo a autorizar."

"Por eso, la llamada segunda versión del anuncio comercial, es, según esta última opinión, un anuncio diferente, o mejor, un anuncio nuevo, y no simplemente el mismo anterior pero modificado."

"Otras opiniones añaden que, en la mente del público, el estropajo que portan, en sus manos, los llamados "cavernícolas", parece un estropajo en forma de garrote, según unos, o que parece un garrote en forma de estropajo, según otros."

"Otra opinión añade que, en la llamada nueva versión, se acude a la imagen de un garrote, en vez del estropajo anterior, garrote que, por razón de la publicidad anterior, el público asocia o puede asociar a la imagen del estropajo anterior."

"Sea de ello lo que fuere, el punto que la CONARP debe esclarecer, antes que todo, es si tiene o no competencia para autorizar o desautorizar la llamada nueva o segunda versión del citado anuncio comercial visual."

La CONARP decidió proferir sentencia inhibitoria, con fundamento en que no podía pronunciarse sobre una simple solicitud de aprobación previa de la segunda versión del anuncio comercial.

- 3- Hay dos formas de evaluar el anuncio, o la segunda versión del anuncio, objeto de reclamo.

a) La primera forma es examinar el segundo anuncio, sin relación ninguna con el primer anuncio.

En el segundo anuncio, no se menciona, expresamente, la palabra estropajo, ni se presenta, expresamente, la imagen del estropajo.

La verdad es que el segundo anuncio, en sí mismo considerado, es decir, analizado independientemente del primer anuncio, no atenta contra las normas del Código de Autorregulación.

b) La segunda forma de evaluación es examinar el segundo anuncio en relación con el primer anuncio.

En el segundo anuncio, se conserva el contexto del mensaje inicial, pues aparece el mismo medio ambiente, el mismo vestuario y los mismos modelos, pero no la expresión auditiva ni la expresión visual del estropajo.

La alegación fundamental del reclamante es que el segundo anuncio no se puede desvincular totalmente del primero, pues según él, la eliminación verbal y visual del estropajo, en el segundo anuncio, no es suficiente para hacerlos diferentes.

Se ha dicho que, si un anuncio comercial se puede retirar de Inravisión y volver a presentar con un nuevo código interno, el segundo anuncio comercial es formalmente nuevo, pero material o substancialmente es el mismo.

Por otro lado, es necesario reconocer que es parte esencial de la publicidad, buscar que la imagen y sus mensajes sean retenidos en la mente del consumidor.

La clave, entonces, en este caso, es la secuencia de anuncios, donde el factor tiempo es el decisivo, para efectos de establecer el porcentaje de recordación del primer anuncio.

La parte denunciada dice haber empleado, en el segundo anuncio, un nuevo artificio o recurso creativo, pero la continuidad, en el tiempo, de la campaña publicitaria, permite a la parte denunciante, afirmar que el segundo aviso es simplemente recordatorio del primero, por razón de asociación visual que se da entre los objetos sostenidos en las manos de los cavernícolas, objetos que, según el denunciante, si no fuera por el recuerdo del primer anuncio, nadie los asociaría con el producto de fibra de estropajo del denunciante.

Todo el problema se reduce, entonces, a determinar la asociación o grado de asociabilidad entre los dos anuncios, por razón del porcentaje o grado de recordación del primer anuncio, en lo cual habría de influir la continuidad o contiguidad de los dos anuncios.

4- Así las cosas, CONARP encuentra que las partes en conflicto no presentaron pruebas que permitan determinar tal asociación o asociabilidad, o tal grado o porcentaje de recuerdo.

Por otro lado, CONARP no dispone de presupuesto para realizar un estudio de tal naturaleza, con una entidad idónea.

- 5- La CONARP reconoce, igualmente, que hay asuntos en que es dable producir una sentencia de fondo o de mérito, a pesar de la ausencia de ciertas pruebas, pero hay otros en que tales pruebas son necesarias, como en el caso sub exámine.

CONARP reconoce que, en tales casos, en que hay ausencia de pruebas necesarias o en que la parte denunciante no aporta las pruebas necesarias que respalden sus afirmaciones, lo técnicamente adecuado es producir sentencia desfavorable a la parte que no pudo acreditar sus afirmaciones.

No obstante lo anterior, habida cuenta que se trata de un tribunal privado y de un código de ética privado, la CONARP encuentra que, por razón de la especie litigiosa o del tipo de asunto que aquí se discute deberá abstenerse de fallar el conflicto sobre asociabilidad o recordabilidad.

Por consiguiente, declarará que el segundo anuncio, en sí mismo considerado, no viola norma alguna, pero que, visto en relación con el primer anuncio, carece de pruebas suficientes para decidir.

6- La CONARP deja las siguientes constancias

- a) Que, de acuerdo con el numeral 5º del artículo 49 del Código y siguiendo la jurisprudencia anteriormente establecida y reiterada en las sentencias del 9 de Octubre de 1.989 y del 8 de Mayo de 1.990 la CONARP dispuso que, en este caso, las partes en conflicto fueran invitadas, en forma inmediata, después de la audiencia pública, a llegar a un arreglo amigable, el cual no fue posible lograr.
- b) Que las partes en conflicto han aceptado someterse al fallo de la CONARP.
- c) Que ha examinado, con detenimiento, las razones de hecho y de derecho presentadas por las partes en conflicto.
- d) Que ha examinado las pruebas presentadas y las piezas publicitarias que comprende la campaña publicitaria.
- e) Que la decisión del caso planteado, fue adoptado por unanimidad.

Con base en lo anteriormente expuesto, la COMISION COLOMBIANA DE AUTORREGULACION PUBLICITARIA (CONARP), en desarrollo de sus funciones, por la autoridad de que ha sido investida y obrando como máximo organismo nacional para la vigilancia de la publicidad autorregulada, adopta la siguiente:

DECISION

- 1) Declárase que, de acuerdo con la parte motiva, en el caso sometido a estudio, referente a la segunda versión del anuncio llamado Ponjita, en sí mismo considerado y sin relacionarlo con la primera versión del anuncio, no se han infringido las normas del Código de Autorregulación Publicitaria.
- 2) Declárase inhibida para adoptar decisión alguna, respecto de la asociabilidad o no, entre el primer anuncio y el segundo, por falta de pruebas.
- 3) Se niega, entonces, la adopción o la aplicación de las medidas disciplinarias contenidas en dicho Código, respecto de los apartes verbales y visuales del segundo anuncio anteriormente citado, en sí mismo considerado, es decir, sin calificar la relación de asociabilidad entre los dos anuncios.
- 4) Comuníquese esta decisión a las partes en conflicto.
- 5) Inclúyase esta sentencia, como anexo, en el libro de actas.
- 6) Archívese una (1) copia de esta decisión en el expediente correspondiente a este caso, y una (1) copia, en el libro de registro de decisiones.

Siguiendo las instrucciones dadas por la COMISION, esta decisión fue redactada por el Doctor Hólmer Zuluaga Vargas, por encargo que le hizo la CONARP, como asesor ad honorem de la misma.

La presente decisión hace parte integrante del acta # de Julio
9 de 1990.


JARDANY SUAREZ
Presidente.