

I. CASO SOMETIDO A ESTUDIO

Se trata de la reclamación o denuncia, por razón del uso de frases e imágenes denigratorias contra el producto "Fibra de Estropajo".

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 Demandada : ATENAS PUBLICIDAD.

III. LAS PETICIONES

En comunicaciones de Septiembre 11 y 25 de 1.989, ASOCIFE hace, por escrito, la siguiente petición:

Me permito solicitar la intervención de CONARP, para la supresión del comercial en referencia, por ser abiertamente discriminatorio contra el uso de la "Fibra de Estropajo".

IV. RAZONES DE HECHO Y DE DERECHO

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

1. En nombre de la Asociación colombiana de Cultivadores e Industriales de la fibra de Estropajo, ASOCIFE, con 60 afiliados, quienes en la actualidad generan cerca de 2.000 empleos directos, con cientos de hectáreas cultivadas, principalmente en Cundinamarca, Tolima, Meta y Valle, con exportaciones anuales de aproximadamente US \$ 1'000.000, especialmente en los mercados de Estados Unidos y Canada, me permito solicitar la intervención de la CONARP, para la supresión del comercial en referencia, por ser abiertamente discriminatorio contra el uso de la "Fibra de Estropajo".
2. Esta solicitud la hacemos considerando lo contemplado en el acuerdo 09, del Consejo Nacional de Televisión, de 1.987 (Artículo 59), del Código de Comercio (competencia desleal) y del Código de Autorregulación Publicitaria (principios éticos).
3. La nascente industria del Estropajo está actualmente dedicada a la fabricación de esponjillas, guantes, bandas y pomos para el baño personal; esponjillas para el aseo de cocina y lámina para aislamiento acústico y térmico.

4. En cuanto a su uso, como elemento de aseo personal, está comprobada su eficacia en la actividad de la circulación y en contra de la celulitis, mediante limpieza profunda de los poros, removiendo las células muertas.
 5. El comercial de la referencia promociona el producto sintético 100%, denominado "Ponjita", con base en las mismas ventajas del Estropajo, pero discrimina el uso de este último, no sólo por su presentación sino por el contenido.
 6. El comercial de Televisión dice:

"Desde la prehistoria el Estropajo ha acompañado el baño diario hasta que la tecnología creó "Ponjita". Ponjita, por sus dos superficies, revitaliza el cuerpo y durante el baño remueve las células muertas.

Ponjita es lo más avanzado para su piel. Por eso, Ponjita cambia la historia de su baño".
 7. Este texto está respaldado por unas imágenes que muestran a cavernícolas, usando Estropajo, enfrentado a una sofisticada modelo utilizando "Ponjita".
 8. Ello va en contra, no solo de elementales normas de publicidad, sino de ética comercial, violando claras disposiciones al respecto. Además, afecta negativamente a cientos de familias que dependen del cultivo, industrialización y venta del Estropajo, como también el desarrollo de una naciente industria de exportación que le otorga divisas al país.
 9. Adjunto, también, fotocopia de folleto promocional de venta, en el cual la intención del comercial queda expresamente manifiesta, cuando dice: "Ponjita reemplaza a todos aquellos elementos INAPROPIADOS (COMO EL ESTROPAJO) que se utilizaron en la prehistoria del baño, porque actúa científicamente revitalizando la piel."
 10. La "Fibra del Estropajo" tiene un origen tan antiguo que ha dificultado determinar si es de Africa o Asia. Algunas autoridades opinan que su origen es Asiático. Finalmente, se le asignó origen árabe, porque las características de la planta aparecen escritas en los papiros egipcios, desde hace tres siglos.
- En la literatura China, hay una referencia que estableció que el estropajo tuvo origen antes de la dinastía imperante en esta región, 600 años antes de Cristo.
- A América, se introdujo de Europa en época precolombina, para alimento y adorno.
- En la historia moderna, el cultivo del estropajo comenzó en el Japón entre los años 1.890 y 1895; fue allí donde se inició su comercialización, teniendo el país el monocultivo y siendo EE.UU su mayor importador.

11. La justificación personal está basada en la propiedad de la esponja, ya que esta posee un esqueleto fibroso que tiene muchos usos prácticos. La importancia del producto del estropajo ha sido valorada en estudios de los cuales existe una amplia bibliografía. Tiene varios usos, principalmente en aseo personal. Tiene usos industriales, medicinales, energéticos, proteínico y otra gran variedad de usos aplicados, por lo que la demanda tanto nacional como internacional es, fuera del uso personal, para materia prima.

En el aseo personal, el estropajo es muy utilizado en muchos países, para el baño corporal, debido a la textura de la fibra, ya que estudios científicos han determinado que controla y evita la celulitis y activa la circulación sanguínea, ya que posee ciertas propiedades que son únicas entre las fibras vegetales.

12. La firma 3M ha empleado la importancia del estropajo, su nombre y propiedades únicas de fibra natural, para el aseo personal, como medio para hacer el lanzamiento comercial del producto 100% sintético "Ponjita", con evidente actitud de competencia desleal, faltando a principios éticos y empleando medios y sistemas contrarios a las costumbres mercantiles.

13. Analizando los textos, imágenes y mensajes, tanto en los folletos, como en el comercial de televisión, empleados en la publicidad de "Ponjita", evidentemente puede señalarse que estos son:

A. Abiertamente discriminatorios y van en detrimento del estropajo. Enfrenta la técnica, a un uso prehistórico, lo que implícitamente coloca al estropajo como anticuado. Pero el nuevo producto no descubrió la remodelación de las células muertas ni la revitalización de la piel. Lógicamente son atributos del estropajo, perfectamente comprobados.

B. Desacreditan al estropajo y su efectividad en el aseo personal.

C. Crean confusión en los consumidores, al indicarles que el estropajo es de uso prehistórico, lo que implícitamente coloca al estropajo como anticuado e "inapropiado", calificativo este último utilizado por 3M, en el folleto de lanzamiento.

D. Las indicaciones del uso inducen al público a error, ya que proyectan la idea de que la efectividad, por sus características muy especiales, son exclusividad del nuevo producto, apoyándose, lógicamente, en atributos del estropajo perfectamente comprobados, los que no ha perdido por el hecho de ser una fibra milenaria.

E. Finalmente, la presentación visual favorece necesariamente a "Ponjita"... en contra del estropajo... porque la "Prehistórica" mujer, después de la aparición de Ponjita, utiliza el nuevo producto, y se presenta, posteriormente, en su "tribu", absolutamente peinada, maquillada y con bisutería (collar y aretes), lo que la hace lucir muy mejorada, frente a las restantes mujeres (que..por supuesto.. se han quedado en la prehistoria con el uso del estropajo.. por cuanto no tiene las ventajas de "Ponjita").

Me pregunto: El producto es milagroso y proporciona todos los accesorios que luce la modelo? ¿Qué sucede con la efectividad en la piel?

14. La publicidad de la firma 3M, para su producto Ponjita, es evidentemente discriminatorio contra el Estropajo y viola claras disposiciones al respecto como son:
 - a) Acuerdo 09 de 1987 del Consejo Nacional de Televisión en su Artículo 59.
 - b) Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria Artículos 22 y 33.
 - c) Código de Comercio en su título V "De la competencia desleal" en su Artículo 75 y ley 155 de 1959 Artículos 8 y 10.
15. La Asociación desea resaltar, ante este Comité, que no nos oponemos al lanzamiento de un nuevo producto, con pretensiones de competir en el mercado del estropajo, ya que es actividad sana dentro de la democracia y libre comercio que nos rige a los Colombianos, sino que nuestra demanda es contra la denigración, perjuicio y descrédito del nombre y cualidades del Estropajo, como medio para el lanzamiento de otro producto.
16. Dicha publicidad televisiva y de folletos ha ocasionado perjuicios en un valor que se estima serán los costos financieros de restituir la imagen y garantías perdidas frente al público.

V. PRUEBAS PRESENTADAS POR LA PARTE RECLAMANTE:

La parte denunciante presenta, como pruebas, las anteriormente anunciadas.

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 1.989, sobre trámite de quejas, denuncias, solicitudes o reclamos.

VII. LA RESPUESTA O DEFENSA.

La parte denunciada o demandada contestó, por escrito, en los siguientes términos:

1. *Nos dirigimos a usted, con el fin de establecer las razones por las cuales consideramos infundada la reclamación en referencia.*
2. *Desde hace 27 años, 3M Colombia ha venido prestando sus servicios al país, fabricando productos de reconocida excelencia que hacen mejor y más fácil la vida de los colombianos gracias al empleo de los más avanzados sistemas tecnológicos. En esa labor, siempre nos ha animado, como norma ética fundamental, la defensa de los consumidores y una permanente preocupación por su bienestar.*
3. *Esa preocupación se ha extendido siempre al ámbito publicitario, en el que nos hemos acogido a las normas, decisiones y espíritu del Código de Autoregulación Publicitaria, presentando al consumidor soluciones avanzadas a sus necesidades.*
4. *En el caso del comercial en referencia, de ninguna manera puede afirmarse que la comunicación utilice textos ó imágenes abiertamente discriminatorios contra ningún producto, como pretenden establecer los reclamantes. El hecho de que aparezcan cavernícolas es simplemente un recurso creativo que permite establecer, por contraste, la avanzada tecnología del nuevo producto, frente a una antiquísima tradición.*
5. *Ya que no hay otros elementos en el comercial que puedan ser discriminadores, estamos plenamente seguros de no estar violando ninguna de las normas de ética publicitaria o comercial, pues nuestro interés ha sido únicamente presentar las ventajas que el nuevo desarrollo trae a los consumidores colombianos.*
6. *Sin embargo, con el fin de evitar cualquier tipo de reclamo posterior hemos decidido recoger -hasta donde nos sea posible- la pieza gráfica adjuntada por ASOCIFE, haciendo la aclaración de que ese plegable nunca fue distribuido entre los consumidores, pues su circulación se limitó a personas responsables de las ventas de Ponjita.*
7. *Queremos reiterar nuestro permanente compromiso con el bienestar del consumidor colombiano, que se refleja no solo en el desarrollo tecnológico de nuevos productos como Ponjita sino en diferentes formas de contribuir al bienestar del país, tales como la transferencia de tecnología, la generación de empleo directo e indirecto, la amplia y permanente contribución fiscal y el constante estímulo al desarrollo nacional, que ha llevado a que productos y estrategias de comercialización creados por colombianos se estén exportando exitosamente a otros países.*
8. *Ponemos a su disposición cualquier otro tipo de información que considere necesaria, en la seguridad de que el fallo de esa comisión será consecuente con nuestra respetuosa actitud y derecho de sana competencia."*

VIII. PRUEBAS PRESENTADAS POR LA PARTE DENUNCIADA.

No aportó pruebas distintas de las ya presentadas.

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 Colombiano de Autorregulación Publicitaria, de Octubre 24 de 1.980.

XI. CONSIDERACIONES FINALES.

a) CONSTANCIAS.

La Comisión deja las siguientes constancias:

1. Que ha examinado, con detenimiento, las razones de hecho y de derecho presentadas por las partes en conflicto.
2. Que ha examinado, las pruebas presentadas y las piezas publicitarias que comprenden la campaña publicitaria.
3. Que el estudio del caso fue realizado por la Comisión en pleno.
4. Y que la decisión del caso planteado, fue adoptada por unanimidad.

b) CONSIDERACIONES FINALES

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

1. Encuentra que son aplicables al presente caso, entre otras normas del Código de Autorregulación, las siguientes:

a) El Artículo 22 que expresa:

"El anuncio no debe contener información o presentación visual que, por implicación, omisión, exageración o ambigüedad, pueda llevar directa o indirectamente, al consumidor a engaño, en cuanto al producto anunciado, al anunciante o a sus competidores."

b) El Artículo 32 que, en sus numerales 1º y 2º, expresa:

Entiéndese por publicidad comparativa:

- "1. La que específicamente menciona el nombre de la competencia".
- "2. La que compara uno o más atributos específicos de los productos anunciados".

c) El Artículo 33 que, en sus numerales 2 y 6, expresa:

"La publicidad comparativa será permitida siempre y cuando respete, además de las normas legales, los siguientes principios y límites:

- "1. Que tenga, por principio básico, la objetividad en la comparación; datos subjetivos de fondo psicológico o emocional no constituyen término válido de comparación ante el consumidor".
 - "2. Que no denigre o deforme la imagen del producto o marca de otra empresa, ni contenga afirmación o insinuación que atente contra el buen nombre de terceros y, en general, que respete los principios y normas de la lealtad en la competencia comercial".
2. La Comisión aprovecha esta oportunidad para dar expresa interpretación al citado artículo 32 del Código, en el sentido de que, para la existencia de la figura o modalidad o categoría publicitaria denominada publicidad comparativa, es suficiente que aparezca demostrada una cualquiera de las tres hipótesis señaladas en dicha norma.

Queda, entonces, definitivamente descartada la opinión o doctrina, según la cual la existencia de dicha modalidad publicitaria debe requerir la coexistencia de los tres requisitos en tal norma mencionados.

3. Igualmente, la Comisión encuentra propicia esta oportunidad para interpretar, expresamente, el sentido de la primera hipótesis de competencia comparativa, que trae el artículo 32 y que define como "la que específicamente menciona el nombre de la competencia".

Para la Comisión, es claro que la expresión "nombre" comprende no solo el nombre genérico del producto, servicio, empresa o empresario, sino también sus signos distintivos, tales como sus marcas, nombres o enseñas comerciales.

4. Igualmente, queda claro que, también, puede existir publicidad comparativa, aunque no se mencione, expresamente el llamado "nombre de la competencia".

5. Hay que subrayar, según lo anterior, que, en la comparación publicitaria, el anunciante puede mencionar, expresamente, los productos o servicios del competidor. Evidentemente, también puede omitir la alusión directa a los productos o servicios del competidor, pero, al mismo tiempo, y a través de la correspondiente expresión publicitaria, puede desencadenar, en la mente de los consumidores, la comparación de los productos o ser vicios de uno o varios competidores determinados. Este efecto puede ser alcanzado por el anunciante, singularmente, mediante el empleo de expresiones publicitarias que, al mismo tiempo, tienen tono excluyente y comparativo.

6. Según palabras del profesor Carlos Fernández Novoa, (tratadista cuyos planteamientos acoge esta Comisión en las precisiones que, a continua ción, hace esta sentencia), con el fin de abrir las puertas del mercado a sus productos o servicios, la empresa anunciante menciona, a menudo, en los anuncios y restantes expresiones publicitarias, únicamente los pro ductos y servicios fabricados o distribuidos por la propia empresa anun ciante. Pero en otras ocasiones, en la publicidad de la empresa anuncian te, se alude a los productos o servicios de una o varias empresas compe tidoras.

A veces, el anunciante se limita a citar los productos o servicios de un competidor, sin referirse a sus propios productos o servicios. Así ocu rre en la hipótesis de la denigración pública ritaria, en la que el empre sario anunciante dice, lisa y llanamente, que la mercancía ajena es de mala calidad o que presenta ciertos inconvenientes.

La denigración ha de calificarse siempre como una modalidad publicitaria ilícita. La denigración es, de una parte, una medida obstruccionista en la que no se resalta la propia oferta, sino que se pone el acento en da ñar al competidor con el fin de aumentar la cifra de ventas del anuncian te. La denigración, de otra parte, no proporciona información sobre la situación existente en el mercado.

7. En otras ocasiones, el anunciante menciona conjuntamente, en el anuncio y demás expresiones publicitarias, sus propios productos o servicios y los productos o servicios de un competidor. Así sucede tanto en la hipótesis de la publicidad adhesiva, como en la hipótesis de la publicidad comparativa.

8. En la publicidad adhesiva, el anunciante equipara los productos o servi cios propios, a los productos o servicios del competidor. Con el fin de aprovecharse del goodwill y renombre de que gozan las mercancías del competidor, el anunciante resalta por diversos medios las característi cas comunes a sus mercancías y a las mercancías del competidor.

9. Por el contrario, en la publicidad comparativa, el anunciante contrapone la propia oferta, a la oferta del competidor. Con el fin de mostrar la inferioridad de las mercancías ajenas con respecto a las propias, el anunciante se esfuerza por mostrar las diferencias existentes entre las mercancías o servicios propios y las mercancías o servicios del competidor. Al resaltar que las prestaciones propias son superiores a las ajenas, en la publicidad comparativa, se ponen de manifiesto los defectos de las prestaciones ofrecidas por el competidor.
10. Vemos, pues, que tanto en la publicidad comparativa como en la adhesiva, se establece un parangón entre la oferta propia y la oferta ajena; pero, al mismo tiempo, observamos que así como en la publicidad comparativa el anunciante trata de poner al descubierto las características en que se diferencian la oferta propia y la oferta ajena, en la publicidad adhesiva el anunciante niega que existan tales diferencias.
11. Al exponer los rasgos característicos de la publicidad comparativa, hay que delimitar, por otra parte, esta figura frente a la comparación publicitaria de sistemas. En la comparación publicitaria de sistemas, concurren una nota positiva y una nota negativa. Positivamente, la comparación publicitaria de sistemas se caracteriza porque en la misma se contraponen mediante formulaciones generales diversas posibilidades o sistemas abstractos de índole comercial o técnica, mostrándose las ventajas e inconvenientes de los mismos. Negativamente, la comparación publicitaria de sistemas se caracteriza porque en la misma no se hace alusión alguna ni a un competidor, ni a sus productos o servicios. Este rasgo negativo es justamente el que separa la comparación publicitaria de sistemas, de la publicidad comparativa. En efecto, en la comparación publicitaria de sistemas se produce una comparación impersonal o general. La generalidad de la comparación se manifiesta en que el sistema mencionado por la publicidad es un sistema practicado por un número indeterminado de empresarios, todos los cuales se ven afectados por la contraposición de sistemas. Por el contrario, en la publicidad comparativa se alude, expresa o implícitamente, a los productos o servicios de un competidor o de un grupo de competidores determinados. De lo expuesto se sigue que la mención de las mercancías de un competidor convierte inevitablemente la comparación de sistemas en una hipótesis de publicidad comparativa.
12. Particular interés presenta la regulación de la publicidad comparativa en los anteproyectos de Directrices concernientes a la aproximación del Derecho de los Estados miembros de la CEE sobre la competencia desleal.

En el segundo Anteproyecto de Directriz se destinaba una norma concreta (art 6) a regular la figura de la publicidad que, implícita o explícitamente, establece una comparación entre los bienes o servicios del anunciante y los bienes o servicios de otra persona. En el párrafo 2º del art. 6 se formulaba la regla general de que la publicidad comparativa debe permitirse; y se establecían los dos supuestos en que ha de considerarse ilícita la publicidad comparativa.

Estos supuestos son los siguientes: a) que la publicidad comparativa sea engañosa en el sentido del art. 3 de la Directriz; b) que constituya publicidad desleal en el sentido del art. 5 de la Directriz, a cuyo efecto han de tenerse en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: la posibilidad de comparar los correspondientes bienes o servicios; la serie de las calidades comparadas y la medida en que los datos comparados son comprobables y relevantes.

En el proyecto definitivo de la Directriz de la CEE se dispone expresamente (art. 4) que la publicidad comparativa es ilícita siempre que se comparen datos esenciales y comprobables, y, además, no sea engañosa ni ilícita.

13. El interés de los consumidores en obtener una información adecuada sobre las diversas ofertas concurrentes en el mercado justifica, en principio, que la publicidad comparativa haya de considerarse como una actividad publicitaria lícita desde la perspectiva de las normas de corrección y buenos usos mercantiles. La regla general es la de la licitud de la publicidad comparativa. Ahora bien, esta regla general no implica que las comparaciones publicitarias concretas sean en todo caso lícitas. Antes al contrario, para que un anuncio comparativo concreto pueda considerarse lícito es preciso que en el mismo concurren unos determinados requisitos. Estos requisitos de licitud de la publicidad comparativa son, fundamentalmente, el de la veracidad y el de la objetividad.

14. El requisito de la objetividad exige que, en el anuncio comparativo, debe, en suma, prevalecer un tono eminentemente informativo; y, por lo mismo, han de evitarse las manifestaciones subjetivas y los elogios excesivos.

Otra consecuencia del requisito de la objetividad es que, en el anuncio comparativo, debe eludirse, con sumo cuidado, el rebajar y menospreciar, innecesariamente, los productos y servicios del competidor. Es indudable que la publicidad comparativa conlleva inevitablemente la crítica de los productos o servicios del competidor; pero esta crítica ha de ser ponderada y mesurada.

15. En el comercial de televisión, es verdad que, a través de imágenes de CAVERNÍCOLAS, se hace mención visual de la fibra de estropajo, en forma despectiva, peyorativa, denigratoria y demeritante de dicho producto del competidor.
16. 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".

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

XII. Con base en lo anteriormente expuesto, LA COMISION COLOMBIANA DE AUTO RREGULACION PUBLICITARIA (CONARP), en desarrollo de sus funciones y por la autoridad de que ha sido investida, adopta la siguiente

DECISION

1. Declárase que, en el caso sometido a estudio, referente al anuncio de televisión donde aparecen imágenes de cavernícolas, exhibiendo el producto del competidor, se han infringido las normas del Código de Auto rregulación Publicitaria, de acuerdo con la parte motiva de esta Deci sión.
2. Declárase, igualmente, que en el caso sometido a estudio, referente a afirmación o alegación publicitaria verbal que contiene la expresión o locución "elementos inapropiados como el estropajo", se han infringido las normas del citado Código de Autorregulación.
3. Dispónese, en consecuencia, solicitar muy comedidamente al anunciante 3M COLOMBIA S.A., y a su agencia ATENAS PUBLICIDAD, el retiro de los dos anuncios, objeto de esta sentencia.
4. Comuníquese esta decisión a todas las partes interesadas, para lo cual podrán obtener fotocopia de esta sentencia, en la Presidencia de la CONARP.
5. Inclúyase esta sentencia, como anexo, en el libro de actas.
6. Archívese una (1) copia de esta decisión en el expediente correspondien te 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 HELMER 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 Septiembre de 1989.

ES COPIA TOMADA DEL ORIGINAL



JARDANY SUAREZ R.
Presidente Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria - CONARP