

Septiembre 24 de 1990

I. CASO SOMETIDO A ESTUDIO

Se trata de la doble reclamación o denuncia, por razón de la supuesta publicidad comparativa ilícita, en un anuncio televisado, primero, en relación con la frase "Definitivamente Colgate. No hay nada mejor", y, segundo, en relación con el empleo de testimonios, a través de entrevistas, para realizar dicha publicidad comparativa de la Crema Dental Colgate frente a otras cremas dentales.

II. PARTES EN CONFLICTO

1. Anunciantes Reclamantes : COGRA LEVER S.A. Y HOME PRODUCTS INC.
2. Agencias de Publicidad Reclamantes : ATLAS THOMPSON Y MC. CANN ERICKSON
3. Anunciante Denunciado : COLGATE PALMOLIVE
4. Agencia de Publicidad Denunciada : FCB PUMA.

III. LAS PETICIONES

En comunicación de Agosto 23 de 1990, COGRA LEVER S.A. y ATLAS THOMPSON hacen, por escrito, la siguiente petición:

"Con el objetivo de proteger al consumidor, muy respetuosamente les solicitamos estudiar las transgresiones al Código de Autorregulación Publicitaria, en que, según nuestro concepto objetivo, ha incurrido la empresa COLGATE PALMOLIVE, en su actual campaña de televisión, para la crema dental Colgate, y en la cual utiliza como frase de cierre o slogan, estas palabras : "Definitivamente, Colgate. No hay nada mejor"

Igualmente en comunicación de Agosto 27 de 1990, HOME PRODUCTS INC y MC CANN ERICKSON hacen, por escrito, la siguiente petición:

"La presente para solicitarles, en la forma más comedida, pero por demás urgente, que, en uso de las atribuciones que les confiere el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria, para defender el desarrollo de nuestra actividad publicitaria, dentro de las normas de la ética profesional y del ejercicio de una competencia leal, todo con miras a la protección al consumidor, se permitan estudiar las violaciones a dicho Código, en las que, en nuestro concepto, ha incurrido la empresa Colgate Palmolive, en la actual campaña de televisión para la Crema Dental Colgate, en la cual se utilizan una serie de testimonios a través de entrevistas."

IV. RAZONES DE HECHO Y DE DERECHO DE LA PARTE, EN PRIMER LUGAR, RECLAMANTE.

La parte primeramente reclamante presenta, como fundamento de la reclamación, entre otras razones, las siguientes:

"De acuerdo con los estatutos de CONARP, la firma citada está violando las siguientes disposiciones:

"Artículo - 32. Esta norma, referente a la Publicidad Comparativa, en su numeral 3o. dice" "La que anuncia o sugiere en la comparación que la afirmación pueda ser respaldada por información verídica".

"Una declaración tan rotunda como la de "No hay nada mejor", debe entonces sustentarse con la prueba de que en realidad en el mercado no hay algo superior al producto que se atribuye semejantes calidades. De lo contrario, se estaría abriendo campo para que personas naturales o jurídicas no muy escrupulosas hicieran ese tipo de aseveraciones sin ningún sentido de responsabilidad. Como aquí estamos hablando de un producto concreto, no de una idea, lo elemental es que se respalde lo que se dice con pruebas que, de otra parte, nosotros consideramos muy difíciles de conseguir. Precisamente por eso estamos haciendo el reclamo, y porque no podemos permitir que nuestros productos resulten negativamente afectados en vista de excesos publicitarios de nuestros competidores.

"Artículo - 33. Este artículo en su numeral 6a., dice: "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".

"Es evidente que la expresión utilizada trata de colocar en situación inferior a otras marcas, pues casi agresivamente se insinúa que no están a la altura de la Crema Dental Colgate, desconociendo de paso el esfuerzo y la capacidad técnica para fabricar productos similares o superiores, esto sí demostrable y no dejado en el aire como una afirmación ligera pero dañina."

"Por lo anterior, solicitamos muy respetuosamente a ustedes, tomar las medidas establecidas en el Código de CONARP, con el celo y la eficiencia que los caracterizan, a fin de que Colgate Palmolive y su agencia corrijan su campaña y no resulten incurriendo en competencia desleal. Y pedimos que mientras la situación se arregla, se suspenda la campaña por parte de Inravisión."

V. RAZONES DE HECHO Y DE DERECHO DE LA PARTE, EN SEGUNDO LUGAR, RECLAMANTE.

La parte, en segundo lugar, reclamante, presenta, como fundamento de la reclamación, entre otras razones, las siguientes:

"En nuestro concepto, la campaña a que nos referimos viola los siguientes artículos del Código"

Artículo 29 - Testimoniales

"En su numeral 2, este artículo reza: "el "testimonial" deberá ser siempre comprobable y vigente".

"A nuestro juicio, la campaña en cuestión viola este artículo por las siguientes razones:"

1. "La Campaña utiliza testimonios supuestamente espontáneos. Sin embargo, la técnica del entrevistador, la forma en que hace las preguntas y el lenguaje utilizado inducen a aseveraciones o conclusiones no comprobables."
2. "Si bien podría intentarse alegarse que las expresiones, afirmaciones o respuestas de los entrevistados son totalmente subjetivas y por lo tanto no son cuestionables en tal carácter, a nuestro juicio la utilización de estas expresiones, afirmaciones y respuestas en forma comercial, con evidente intención de favorecer a la Crema Dental Colgate en detrimento de sus competidores, constituye violación al artículo antes citado."

"Como ejemplos:

"Comercial 1

- a. "A la pregunta del entrevistador "Por qué por supuesto?", un niño responde: "la más rica y de mejor sabor".

Si bien podría alegarse que esta es la opinión del niño, difundida en forma masiva constituye una violación del Código, ya que ninguna de las dos aseveraciones es comprobable.

- b. "A esta misma pregunta, una señora contesta: "esa es la recomendada por mi odontólogo".

"Aceptando que éste sea el caso de la señora, consideramos que el uso de este testimonial en forma general, sin ninguna aclaración induce a pensar que es la recomendada en forma general por los odontólogos, lo cual no es comprobable!"

"Comercial 2

- a. "A las preguntas: "Qué crema dental usa usted? y "Por qué?" una señora responde: "Colgate", "...y me la recomienda el odontólogo...".

Ver punto b. del Comercial 1.

- b. "Otra señora responde: "Colgate" y "porque es la mejor para controlar el cálculo".

Esta afirmación es obviamente subjetiva y no comprobable. En nuestra opinión, su utilización en forma masiva constituye violación al Código.

"Comercial 3

"A la pregunta: "Por qué le gusta la Crema Dental Colgate?", una señora contesta "...y es rendidora". El entrevistador le pregunta nuevamente a continuación: "Dura más que las demás?"; y la señora responde: "según mi experiencia, sí".

"Huelga comentar que a más de que la expresión "es rendidora" es totalmente subjetiva y no comprobable, la segunda pregunta del entrevistador es dirigida, pues el entrevistador (representante del fabricante) sabe que tal concepto no es comprobable; en consecuencia, la respuesta de la señora, aún calificada por su propia experiencia, al ser utilizada masivamente, en nuestra opinión, viola el Código".

"Comercial 4

"El entrevistador hace preguntas dirigidas:

"Hay alguna crema dental que ayude mucho a esto?"; "Cree usted que Colgate combate bien el cálculo? (los subrayados son nuestros).

"Las preguntas, las respuestas y el cierre o "slogan" inducen al consumidor a concluir que la Crema Dental Colgate es mejor para combatir el cálculo dental, lo cual no es comprobable".

"Comercial 6

"El entrevistador pregunta: "Y el odontólogo, qué les dice respecto a la crema dental?. Una "administradora" contesta: "Pues él nos ha recomendado siempre Colgate".

"Nuevamente les rogamos referirse al punto b. del Comercial 1"

Publicidad Comparativa

El Artículo 32 reza: "Entiéndese por Publicidad Comparativa: 2o. La que compara uno o más atributos específicos de los productos anunciados" y "3o. La que anuncia o sugiere en la comparación que la afirmación puede ser respaldada por información verídica".

" En nuestra opinión la campaña de Colgate Palmolive cabe plenamente dentro de las definiciones de este artículo. "

" Ahora bien, la campaña, en nuestra opinión, viola los Literales 1o, 2o, 3o y 6o del Artículo 33, ya que su objetivo principal no es la defensa del consumidor, ni se hace en defensa del producto, de la marca o de la industria (Literal 1o.); utiliza datos subjetivos que no constituyen términos válidos de comparación ante el consumidor (Literal 2o.); utiliza comparaciones que no son comprobables (Literal 3o.); deforma la imagen de las Cremas Dentales Kolynos y Prevent de nuestro Cliente Home Products Inc. (Literal 6o.) y contiene afirmaciones o insinuaciones que atentan contra la imagen de dichos productos y contra los principios y normas de la lealtad en la competencia comercial (mismo Literal 6o.). "

" Adicionalmente, la frase de cierre o "slogan" de todos los comerciales que dice: "Definitivamente Colgate... no hay nada mejor!", en nuestra opinión, también constituye una publicidad comparativa a la luz de las definiciones arriba citadas. "

" Consideramos que esta frase también viola las normas del Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria, relativas a la publicidad comparativa, ya que es utilizada como conclusión de toda una serie de argumentaciones comparativas no comprobables en favor de la Crema Dental Colgate. "

" La expresión "definitivamente" y el cierre "no hay nada mejor" inducen inequívocamente al consumidor a concluir que la Crema Dental Colgate es mejor, lo cual no es comprobable y podría causar enorme daño a los productos de nuestro Cliente Home Products. "

" Por todas las anteriores consideraciones, solicitamos respetuosamente a ustedes que, con la celeridad y eficiencia de costumbre, se permitan tomar las medidas establecidas en el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria, con el objeto de que Colgate Palmolive y su Agencia corrijan su campaña a tono con lo estipulado en el espíritu y la letra del Código. Así mismo, solicitamos que mientras tal cosa ocurra, se suspenda la campaña por parte de Inravisión. "

VI. LA JURISPRUDENCIA DE LA CONARP SOBRE LA FORMA DE PRESENTACION DE LA DENUNCIA, RECLAMACION, DEMANDA O QUEJA.

a) En la sentencia de Mayo 8 de 1990, en el caso de bombillos Corluz versus bombillos Philips, la CONARP fue especialmente enfática al señalar los requisitos que debe reunir una reclamación, para que sea apta para ser admitida y sometida a trámite, con miras a adoptar una decisión definitiva.

En tal oportunidad dijo:

" La CONARP se verá en la necesidad de abstenerse de considerar la queja, reclamación o denuncia, hasta tanto se hayan presentado en forma clara, discriminada, específica, determinada y concreta los siguientes elementos de la denuncia, reclamación, demanda o queja, así:"

1) Una solicitud por escrito, 2) dirigida a la CONARP, 3) la designación de las partes en conflicto, 4) las peticiones 5) la causa petendi única o múltiple 6) las normas violadas 7) El concepto de la violación 8) Las pruebas 9) la firma del peticionario y 10) la dirección del reclamante y del denunciado, si fuere posible.

b) En la sentencia de Marzo 20 de 1990, en el caso de los Jabones Savon versus Le Sancy, se explicó y determinó la forma como deberían reunirse dichos requisitos, así:

I. Una solicitud por escrito

II. Dirigida a la CONARP.

III. La designación de las partes en conflicto.

IV. Las peticiones.

Respecto de este requisito, en la citada sentencia de Marzo 20 de 1990, la CONARP dijo que la solicitud o reclamación o demanda debe expresar lo siguiente:

"Lo que se pretende o se demanda o las sanciones que se piden, en forma clara y precisa".

"Si hay varias peticiones o pretensiones, deben formularse por separado".

"Las peticiones contenidas en la solicitud o demanda determinan el objeto u objetivo de las pretensiones."

V. La causa petendi única o múltiple.

Respecto de este requisito, en la citada sentencia de Marzo 20 de 1990, la CONARP dijo que la demanda o solicitud debe expresar lo siguiente:

"Los hechos u omisiones o razones de hecho que sirven de fundamento al petitum formulado, debidamente determinados, clasificados y enumerados."

"La causa petendi es la razón de hecho que se enuncia en la reclamación, como fundamento de la pretensión."

"La esencia de cada razón de hecho o de cada causa petendi está determinada por el conjunto de hechos alegados, uno o varios, en cuanto que se encaminen directa y específicamente a establecer cada violación específica."

"Por eso, la causa petendi puede ser única o múltiple." *

VI. Las normas violadas.

Respecto de este requisito, en la citada sentencia de Marzo 20 de 1990 la CONARP, dijo que la reclamación o queja debe expresar lo siguiente:

"El señalamiento expreso y específico de las normas éticas, jurídicas, o convencionales del Código de Autorregulación Publicitaria que sirven, como fundamento normativo de la reclamación, ya sea normativo ético o normativo jurídico o normativo social o normativo de cualquier orden, por considerar que han sido violadas por falta de aplicación o por aplicación indebida o interpretación errónea."

"Es evidente que la CONARP puede, de oficio, aplicar otras disposiciones normativas no señaladas por el reclamante."

VII. El concepto de la violación o sea la explicación de las razones que llevan a considerar que existe una violación o infracción.

VIII. La prueba del anuncio respectivo y de los demás hechos que requieran prueba.

IX. La firma del peticionario, cuando fuere del caso.

X. Dirección de las partes en conflicto y, si fuere el caso, dirección de las agencias de publicidad correspondientes implicadas en el caso.

c) En la sentencia de Septiembre 24 de 1990, referente a publicidad competitiva en el caso del detergente Fab, fuerza biológica, frente a otros detergentes, la CONARP, al reiterar los anteriores requisitos, añadió lo siguiente :

"Una de las razones principales para exigir el cumplimiento estricto de los requisitos señalados, es que la ausencia de tales requisitos, en especial los requisitos cuarto, quinto, sexto, séptimo, y octavo, hace que la parte acusada, censurada, demandada o denunciada encuentre grandes dificultades para responder la censura, queja o acusación, con lo cual se viola, en forma flagrante, el derecho de defensa.

"Además, la CONARP no tiene por qué cumplir la función de adivino para suplir las deficiencias o vacíos del reclamante, salvo cuando en forma excepcional y en desarrollo de sus facultades oficiosas, decide, soberana y autónomamente, tramitar y decidir el caso."

d) Los requisitos en el caso sub exámine.

La verdad es que, en el presente caso, aparecen cumplidos los requisitos jurisprudencialmente exigidos para que la reclamación pueda ser admitida, tramitada y decidida.

VII. LA JURISPRUDENCIA DE LA CONARP, SOBRE LA FORMA DE ADMISION Y NOTIFICACION

De la reclamación, se dio traslado a la parte demandada, para que se 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

De acuerdo con la Jurisprudencia de la CONARP, muchas veces reiterada en materia de admisión y notificación de denuncias, quejas o reclamos, tal como aparece, por ejemplo, en la sentencia de Septiembre 13 de 1990, en el caso de las vacunas para la aftosa (Aftovac de Laverlam versus Vecol), y en la sentencia de Septiembre de 1990 en el caso del detergente Fab fuerza biológica frente a otros detergentes, siguiendo las normas y procedimientos previamente establecidos por dicha Jurisprudencia, la presidencia de la CONARP envió a las partes en conflicto, la comunicación correspondiente, así:

"La Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria-CONARP, recibió la solicitud de estudio de la reclamación presentada por la Agencia Atlas Thompson y su cliente Cogra Lever, S.A. en razón a la actual campaña de televisión para la "Crema Dental Colgate".

"La Comisión resolvió":

1. "Admitir dar trámite a la citada solicitud."
2. "Notificar de esta solicitud a COLGATE PALMOLIVE y su Agencia FCB/PUMA, para lo cual se les entregará fotocopia de la solicitud correspondiente".
3. "Citar a las partes en conflicto a una audiencia, el próximo jueves 13 de Septiembre de 1990 para que ejerzan su derecho de defensa, contesten lo que juzguen a bien y presenten las pruebas que consideren del caso en la Calle 94 A No. 11 A-73, oficinas de la Ucep, a las 6:00 p.m.

Igual comunicación se envió a HOME PRODUCTS INC Y A MC CANN ERICKSON.

VIII. LA JURISPRUDENCIA DE LA CONARP, SOBRE LA OPORTUNIDAD PARA EJERCER EL DERECHO DE DEFENSA.

Para respetar el derecho de defensa, tal como lo expresa la Sentencia de Septiembre de 1990, en el caso de Aftovac versus Vecol, y en la sentencia de Septiembre 24 de 1990 en el caso de Fab fuerza biológica frente a otros detergentes, se dijo lo siguiente: "La jurisprudencia de la CONARP ha aceptado o establecido tres diferentes formas de aplicación del principio de contradicción o de defensa, así:

"a. La oportunidad procesal de contestación, por escrito, de la solicitud, demanda, denuncia o queja.

Dar esta oportunidad es una práctica que, en la medida de lo posible, se ha venido considerando como obligatoria.

"b. La oportunidad procesal de asistir a la audiencia pública.

Dar esta oportunidad es, igualmente, una práctica que se ha venido aceptando, como obligatoria, en la medida de los posible.

"c. La oportunidad procesal de presentar escritos aclaratorios, de refuerzo, de confirmación o de resumen, ya sea en la misma audiencia pública, ya sea inmediatamente después de ella.

"Dar esta oportunidad es una práctica procesal que no ha sido considerada, como obligatoria para la CONARP, sino simplemente opcional para las partes."

En el presente caso, la parte pasiva de la reclamación no hizo uso de su derecho de contestar por escrito.

Además, es del caso dejar expresa constancia de que, en más de una ocasión, las partes reclamantes han pedido en forma urgente, un pronto trámite y una pronta decisión, razón por la cual la parte acusada, demandada y censurada ha hecho ver que, con ello, se afectaba su derecho de defensa, pues no podía disponer del tiempo suficiente no solo para contestar la reclamación, censura o acusación, sino además, para recaudar las pruebas necesarias para su defensa, pues generalmente la parte reclamante, suele disponer de más tiempo, para ello, que la parte censurada.

Ello muestra, entonces, la necesidad de dar a la parte censurada o denunciada, un término inicial para contestar la acusación, reclamación o queja, independientemente de la oportunidad de celebración de una audiencia pública posterior.

IX. JURISPRUDENCIA DE LA CONARP, SOBRE LA PRESENTACION DE PRUEBAS EN LAS RECLAMACIONES Y, EN ESPECIAL, SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LAS ALEGACIONES, ARGUMENTACIONES O AFIRMACIONES PUBLICITARIAS.

La CONARP ha distinguido, claramente, dos diferentes especies de carga de la prueba, pues de acuerdo con el Código de Autorregulación Publicitaria, y según el caso de que se trate, la prueba corresponde, en ocasiones, al reclamante, demandante o denunciante, y en otras ocasiones al denunciado, acusado o censurado.

En la sentencia de Septiembre 24 de 1990, en el caso de Fab fuerza biológica versus otros detergentes, la CONARP recopiló y reiteró, expresamente, la jurisprudencia existente, sobre la materia así:

"El problema de la carga de la prueba, en las alegaciones, argumentaciones o afirmaciones publicitarias":

" a) En sentencia de Septiembre 13 de 1990, en el caso de las vacunas contra la aftosa (Aftovac versus Vecol), la CONARP expresó:

"Por último, CONARP encuentra propicia esta oportunidad para precisar la Jurisprudencia establecida en materia de carga de la prueba, en la sentencia de Julio 9 de 1990, proferida en el caso de la supuesta publicidad comparativa de PONJITA contra el producto ESTROPAJO. En dicha

oportunidad, CONARP expresó, entre otras cosas, las siguientes:

"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 recordación."

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

"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."

" b) En la misma sentencia de Septiembre 13 de 1990, la CONARP añadió lo siguiente:

"En verdad, el artículo 21 expresa que, "en el anuncio, toda descripción, argumentación o comparación que se relacione con hechos o datos objetivos, debe ser comprobable."

"También el numeral 1° del artículo 27 expresa que "el anuncio, no podrá referirse a investigación o estadística alguna que no tenga fuente identificable, responsable y comprobable."

"El numeral 2° del artículo 33 expresa que "la publicidad comparativa será permitida siempre y cuando respete el principio básico de la objetividad."

"Igualmente, para que la publicidad comparativa sea lícita, el numeral 3° del artículo 33, exige "que la comparación sea factible de comprobación.", en concordancia con el numeral 3° del artículo 32 que entiende por publicidad comparativa "La que anuncia o sugiere en la comparación que la afirmación puede ser respaldada por información verídica".

" c) Continúa la citada sentencia diciendo:

"Como bien puede verse, salta a la vista que la carga de la prueba en las afirmaciones expresiones, locuciones, argumentaciones o alegaciones publicitarias, en los citados casos de los artículos 21, 27, 32 y 33 corresponde al anunciante que las emplea en su publicidad, todo ello sin perjuicio de la Jurisprudencia establecida en la citada sentencia del 9 de Julio de 1990, para los casos allí expresamente mencionados."

X. LA ACUMULACION DE DEMANDAS

La CONARP dispuso acumular las dos diferentes demandas, solicitudes o quejas presentadas por diferentes reclamantes, contra el mismo anuncio.

La CONARP ha establecido, además, jurisprudencialmente, que la acusación hecha por el anunciante y por su respectiva agencia de publicidad, debe ser tenida como una sola acusación, aún en el caso de que el anunciante como la agencia de publicidad presenten escritos separados y fundados en razones diferentes.

En el caso sub lite, se trata de dos anunciantes diferentes y de dos agencias de publicidad diferentes. Aunque cada reclamación se admitió por separado y aunque se celebraron audiencias públicas separadas respecto de cada reclamación, el trámite del proceso se hizo en la medida de lo posible, bajo una misma cuerda.

Por las razones expuestas, para decidir los dos casos o, mejor, las dos demandas o reclamaciones, no se proferirán dos sentencias sino una sola.

XI. LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSION PROVISIONAL

Coincidentalmente, las dos diferentes partes reclamantes pidieron, cada una por su lado, que, mientras CONARP tramita y decide el conflicto, la misma CONARP, en desarrollo de sus facultades, procediera a ordenar la suspensión provisional de la campaña Publicitaria censurada.

CONARP denegó hacer tal pronunciamiento, con base en que las actuales normas del Código de Autorregulación Publicitaria no la autorizan para ello, no obstante que, en casos muy urgentes y especiales, extraordinariamente evidentes y ostensiblemente manifiestos de transgresión de las normas del Código, ello podría ser estudiable, sobre la base de que el Código expresamente lo autorizara.

XII. LA JURISPRUDENCIA DE LA CONARP, SOBRE LA FORMA DE LA SENTENCIA

La CONARP, encuentra del caso, también, recoger, aquí, en forma expresa, su jurisprudencia sobre la forma de redacción y presentación de las sentencias que resuelven los casos presentados a su consideración.

En una u otra forma, la CONARP ha venido siendo criticada porque las decisiones que adopta no son, ni mucho menos, fáciles de consultar, ya sea porque no siempre es fácil determinar, de acuerdo con las actas, cuáles fueron las peticiones formuladas por el reclamante o demandante, cuáles los hechos alegados, cuáles las normas que los reclamantes señalan como violadas, ni cuáles son las consideraciones que expresan las razones o el concepto de la violación.

La verdad es que, al consultar ciertas sentencias, es casi imposible saber, cuáles fueron las razones de hecho o de derecho que motivaron el sentido y alcance de una determinada decisión, porque la regla general había sido la de redactar, exclusivamente, y, a veces, ni eso, solamente la parte dispositiva de la sentencia, con olvido absoluto de la redacción de la parte motiva de la misma sentencia, parte motiva en la cual habrían debido presentarse, en forma escrita, no solo un breve resumen de la demanda o reclamación, y de la respuesta de la parte denunciada, sino también, las razones de hecho y derecho tenidas por la CONARP para adoptar la decisión favorable, desfavorable o inhibitoria.

Recogiendo o recopilando, entonces, la jurisprudencia adoptada en las últimas catorce (14) sentencias, la CONARP encuentra que tal jurisprudencia ya establece una norma de conducta en la presentación y redacción de sus sentencias, norma de conducta que establece que su redacción y presentación debe, reunir entre otros, al menos, los siguientes requisitos:

- 1) Numeración de la sentencia.
- 2) Fecha de la sentencia.
- 3) Título, enunciación o breve resumen del caso sometido a estudio.
- 4) Partes en conflicto, y sus respectivas agencias de publicidad.
- 5) La manifestación de si la demanda, reclamación o queja cumple o no con los requisitos exigidos para su formulación correcta, de acuerdo con la jurisprudencia establecida.
- 6) Las peticiones expresamente formuladas.
- 7) Las razones de hecho y de derecho esgrimidas por la parte reclamante para solicitar la aplicación de las normas del Código de Autorregulación.

- 8) Las razones de hecho y de derecho en que la parte denunciada, acusada o censurada fundamenta su defensa.
- 9) Las pruebas presentadas por las partes en conflicto.
- 10) La manifestación de si hubo o no audiencia pública.
- 11) Las razones de la competencia de la CONARP para decidir el caso.
- 12) Las consideraciones especiales o las razones de hecho y derecho que que la CONARP encuentre necesarias presentar, para decidir el caso.
- 13) Las constancias sobre si la decisión fue adoptada, previo intento o no de arreglo amigable, y si fue adoptada por unanimidad o por simple mayoría.
- 14) La decisión propiamente tal, sobre violación o no de las normas de autorregulación, y la sanción que, en consecuencia, sea del caso disponer.
- 15) El señalamiento de un término para cumplir la sanción.
- 16) La orden de notificación, de inclusión en el libro de actas y de archivo en el expediente y en libro de registro de decisiones.

XIII. PRUEBAS PRESENTADAS POR LAS PARTES SOLICITANTES

Las partes reclamantes presentaron, como prueba, el anuncio, objeto de reclamación.

XIV. LA RESPUESTA O DEFENSA

La parte pasiva de la reclamación no hizo uso de su derecho de contestar, por escrito, lo cual dificulta, enormemente, no solo resumir las razones, en que se basa la demanda, sino también la expedición más rápida de la sentencia.

XV. PRUEBAS PRESENTADAS POR LA PARTE DENUNCIADA

La parte denunciada presentó en la audiencia pública, diferentes pruebas que la CONARP encuentra del caso reseñar más adelante.

XVI. AUDIENCIA PUBLICA

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

XVII. 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.

XVIII. CONSIDERACIONES FINALES

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

1) Requisitos generales y especiales para la licitud de la publicidad de tono excluyente.

Es del caso mencionar, al menos, los siguientes seis (6) requisitos.

I. Para la existencia de licitud, en la publicidad de un anuncio de tono excluyente, el primer requisito es el de que debe respetar el principio general de la veracidad publicitaria.

Para declarar lícito un anuncio de tono excluyente no basta con que la posición preeminente o las ventajas afirmadas en relación con la empresa, producto o servicio alabados, sean objetivamente veraces.

Porque la veracidad de la preeminencia de la empresa, producto o servicio, ensalzados a través de expresiones de tono excluyente, es un requisito mínimo para declarar la licitud de la publicidad de tono excluyente. Esta figura sólo será lícita si, en la misma, concurren determinados requisitos adicionales.

Entre estos requisitos cabe citar los siguientes:

II. La ventaja pretendida con la afirmación publicitaria de la posición preeminente, debe ser considerable y duradera.

III. La publicidad de tono excluyente no debe realzar circunstancias accesorias y sin importancia, aunque estas circunstancias no concurren en las empresas productos o servicios competidores.

IV. El anuncio de tono excluyente no debe resaltar características especiales que también son comunes a otros productos.

V. La publicidad de tono excluyente no puede destacar ventajas singulares, si es que estas ventajas se ven neutralizadas por des-

ventajas esenciales.

VI. La publicidad de tono excluyente no debe aludir a la posición preeminente del anunciante frente a los competidores, cuando no exista ningún competidor que sirva de punto de referencia para poder determinar si realmente existe esta posición preeminente.

2) La clasificación de diferentes figuras o categorías de publicidad de tono excluyente.

Ante todo debe advertirse que la clasificación que se va a efectuar de las diferentes modalidades de la publicidad de tono excluyente mal llamada también publicidad superlativa o publicidad hiperbólica, no tiene carácter exhaustivo. Antes al contrario, tan sólo se enuncian las formas de expresión más importantes de esta categoría publicitaria, porque es prácticamente imposible recopilar en un catálogo todos los medios de manifestación de la publicidad de tono excluyente.

Al clasificar las diferentes modalidades de la publicidad de tono excluyente, puede seguirse un criterio puramente convencional, pero muy útil para la sistematización de las mismas, a saber, un criterio gramatical, así:

- I- Los anuncios de tono excluyente que utilizan el adjetivo en grado superlativo.
- II- Las expresiones de tono excluyente que emplean el adjetivo en grado comparativo.
- III- La publicidad de tono excluyente manifestada a través del adjetivo en grado positivo.
- IV- El artículo determinado como modalidad de la publicidad de tono excluyente.
- V- Ulteriores medios de expresión de esta categoría publicitaria.

Ahora bien, debe advertirse que el simple hecho de que, en una frase publicitaria, aparezca un adjetivo en grado superlativo o comparativo, el artículo determinado o cualquier otra expresión de tono excluyente, no es suficiente para calificar tal frase como publicidad de tono excluyente.

Es ejemplo de la quinta o última modalidad de publicidad de tono excluyente, la sentencia de Septiembre 24 de 1.990, en el caso del detergente "Fab fuerza biológica" frente a otros detergentes, caso en el cual se encontró que era contraria a las normas del Código, una expresión que contenía el vocablo "solo", adverbio este que ha sido catalogado por la doctrina como

claramente indicativo de publicidad de tono excluyente, tal como lo expresa la citada sentencia en relación con la frase "Solo fab puede superar a Fab".

3) Los grados o modos del adjetivo en la publicidad de tono excluyente.

El adjetivo calificativo, por el modo de expresar la cualidad, se divide en positivo, comparativo y superlativo, a lo que llamamos grados del adjetivo.

a) El adjetivo positivo expresa simplemente la cualidad, como: casa blanca, papel azul.

b) El comparativo indica comparación entre el grado en que poseen dos seres una misma cualidad o cualidades distintas, o entre dos cualidades diferentes de un mismo ser, objeto o producto, v. gr.: El agua es más densa que el aceite; el agua de manantial es más limpia y saludable que la de pozo. El papel era más verde que el azul.

c) Esta comparación puede expresar superioridad, igualdad e inferioridad.

El comparativo de superioridad se forma anteponiendo al positivo la partícula más y posponiéndole que; v. gr.: Esta lección es más difícil que la precedente.

El de igualdad anteponiéndole tan y posponiéndole como; o bien anteponiendo igualmente al positivo y posponiéndole que; v. gr.: Este niño es tan aplicado como aquél, o bien, este niño es igualmente aplicado que aquél.

El de inferioridad se forma anteponiendo menos al positivo, y posponiéndole que; v. gr.: Este hombre es menos rico que mi padre.

d) El adjetivo superlativo designa la cualidad en sumo grado, como: muy sabio, el más rico de todos, grandísimo, malísimo.

Hay dos clases de superlativos: el absoluto y el relativo.

e) El superlativo absoluto expresa la cualidad en el más alto grado, sin comparación de ninguna clase, y se forma anteponiendo al positivo la voz muy, u otra equivalente, como sumamente, en alto grado, extremadamente, etc.. o añadiéndole la terminación ísimo, cuando acabe en consonante; si acaba en vocal, se sustituye ésta por dicha terminación; como: muy fácil o facilísimo; muy malo o malísimo; muy dulce o dulcísimo.

f) El superlativo relativo expresa la cualidad en el más alto o más bajo grado, en comparación de otros; se forma anteponiendo, al comparativo de superioridad o inferioridad, un artículo determinado o un adjetivo posesivo; v. gr.: el más o el menos sabio de los hombres; la más santa de las reinas; mi más apreciable hermano; vuestro menor cuidado.

g) Hay seis adjetivos que tienen comparativo de superioridad y superlativo absoluto propio, sin necesidad de adverbio alguno, y son los siguientes:

Bueno	mejor	óptimo
malo	peor	pésimo
grande	mayor	máximo
pequeño	menor	mínimo
alto	inferior	supremo
bajo	superior	ínfimo

h) Otros adjetivos procedentes del latín, tienen un superlativo absoluto, con terminación especial, como:

celebèrrimo de cèlebre	acèrrimo de acre
libèrrimo de libre	pulquèrrimo de pulcro
integèrrimo de íntegro	paupèrrimo de pobre..

4) Pautas o criterios de calificación de las expresiones "el mejor" o "la mejor", como publicidad de tono excluyente.

Es necesario determinar en qué casos las frases que contienen el superlativo "el mejor" o "la mejor", constituyen un juicio subjetivo o estimativo publicitario y cuándo representa un slogan de tono excluyente. Es indudable que resulta difícil solucionar este problema; sin embargo, vamos a formular algunas consideraciones que pueden facilitar la calificación del mencionado anuncio.

- 1) En primer lugar, puede afirmarse que el anuncio que contiene la expresión "el mejor" o "la mejor" constituye un juicio estimativo publicitario, cuando esta expresión alude a un extremo estético o a un punto de puro gusto personal.
- 2) En los restantes supuestos, la misma deberá considerarse como alegación objetivamente comprobable y, por tanto, como publicidad de tono excluyente. Porque el superlativo "el mejor" o "la mejor" alude a la calidad del producto ensalzado y este dato se puede comprobar.
- 3) Supuesto que la frase publicitaria en la que aparece el superlativo "el mejor" o "la mejor" puede constituir un anuncio de tono excluyente, es necesario tratar de establecer cuáles son las pautas objetivas que permiten fijar cuándo un producto es "el mejor".
- 4) Somos conscientes de que es muy difícil establecer con carácter general un criterio que permita determinar cuándo es o no veraz el slogan "la mejor mercancía".
- 5) No obstante, en consideración a la clase o género de artículos o mercancías anunciados, pueden enumerarse algunas pautas que orientan al intérprete a la hora de examinar la expresión reseñada.
- 6) Así, el anuncio "la mejor hoja de afeitar" será lícito, si el artículo elogiado supera a los de sus competidores, en lo concerniente a materia prima utilizada, dureza de la hoja, finura, etc...

- 7) Por otro lado, el slogan "el mejor cigarrillo" será lícito, si este cigarrillo ha sido elaborado con un tabaco más selecto que los cigarrillos de marcas competidoras, si tiene menor contenido de nicotina que los demás, si posee un contenido de alquitrán inferior a los restantes cigarrillos, etc..
- 8) Por último, la frase publicitaria "la mejor carretilla elevadora" será lícita cuando la carretilla anunciada aventaje a las de los competidores en potencia, capacidad de carga, consumo, facilidad de manobra, etc..
- 9) En resumen, si se admite que el mencionado adjetivo superlativo encierra una alegación sobre la calidad del producto elogiado, puede formularse la siguiente pauta general: la alegación "la mejor mercancía" será veraz si la mercancía ensalzada ofrece una calidad superior a la de los restantes productos de los competidores.

5) El concepto de la equiparación publicitaria

Ante todo, es preciso advertir que, en la práctica, no resulta nada fácil distinguir con nitidez la publicidad de tono excluyente y la equiparación. De aquí que deba procederse con suma cautela, en el momento de decidir si una expresión publicitaria debe calificarse como anuncio de tono excluyente o como equiparación.

La equiparación publicitaria presupone que el empresario anunciante tan sólo afirma que pertenece a un grupo preeminente, pero no manifiesta que supera o aventaja a los demás competidores.

Así, pues, en la hipótesis de la equiparación, el empresario anunciante no se jacta de ser superior a sus competidores, sino que únicamente alega que pertenece al grupo cimero del correspondiente círculo empresarial. O, dicho con otras palabras, el empresario se coloca a la misma altura de los competidores que están situados en la primera posición dentro del respectivo ramo económico.

6) La equiparación publicitaria, frente a otras figuras publicitarias.

Concretamente, aludiremos al juicio estimativo, al imperativo publicitario y a la exageración.

La nota característica que distingue la equiparación, del juicio estimativo, radica en que este último encierra manifestaciones que no pueden comprobarse objetivamente, mientras que la equiparación contiene alegaciones comprobables. Sin embargo, en el caso concreto, ambas categorías publicitarias no son fáciles de distinguir.

Por otra parte, la equiparación se distingue del imperativo publicitario en que posee contenido informativo, mientras que el imperativo tiene, por finalidad, incitar al público a comprar el producto o a contratar el servicio anunciado, careciendo de contenido informativo.

Por último, la equiparación se distingue de la exageración publicitaria en que el público la toma en serio, en contraposición con el anuncio exagerado, al que los consumidores no otorgan crédito.

7) Las modalidades de la equiparación.

La equiparación puede manifestarse a través de las fórmulas gramaticales propias de la publicidad de tono excluyente; a saber: el superlativo, el comparativo negativo, determinadas expresiones, etc...

8) Las dos tesis sobre la publicidad que emplea un comparativo negativo, tal como "no existe nada mejor".

Un sector doctrinal afirma que, cuando no concurren circunstancias especiales en el correspondiente anuncio, el comparativo negativo tan sólo sirve para afirmar la pertenencia de la empresa, producto o servicio ensalzados, al grupo preeminente del respectivo sector. Pero en tales anuncios no se niega la existencia de empresas, productos o servicios similares. Quiere esto decir que, para este sector doctrinal, el comparativo negativo únicamente pone de relieve una equiparación, pero no manifiesta una superioridad del artículo o servicio alabados frente a los de los competidores. Así pues, para estos autores, el comparativo negativo no constituirá, por lo general, un medio de expresión de la publicidad de tono excluyente.

Frente a este sector doctrinal, se alza un grupo de autores que afirma que el comparativo negativo ha de considerarse como una modalidad de la publicidad de tono excluyente. Para este círculo doctrinal, si bien es cierto que gramaticalmente el comparativo negativo no realza una posición excluyente, no es menos cierto que el público de los consumidores interpreta tal comparativo en el sentido de que el anunciante pretende ocupar la posición preeminente frente a sus competidores, porque el comparativo negativo no es, realmente, un comparativo, sino un superlativo disfrazado.

9) El comparativo negativo, "no hay nada mejor" desde el punto de vista o gramatical o semántico.

Debe consignarse que, desde un punto de vista puramente gramatical, el comparativo negativo presenta una equiparación. En efecto, mediante el

uso del comparativo negativo frecuentemente tan sólo se llega a establecer una equiparación: una posición igualitaria de la empresa, mercancía o servicio ensalzados con respecto a algunos competidores. Quiere esto decir que, muchas veces, el comparativo negativo no pone de relieve la posición preeminente del empresario anunciante, sino que tan sólo realza una posición cimera que también comparten otros competidores.

Ahora bien, para calificar una expresión publicitaria como anuncio de tono excluyente es irrelevante, en principio, la forma lingüística o gramatical que puede revestir la correspondiente locución. Tan sólo es decisivo el significado que, a la respectiva expresión publicitaria, atribuye una parte no irrelevante de los consumidores.

Pues bien, en ocasiones el público de los consumidores interpreta el comparativo negativo, en el sentido de una afirmación de tono excluyente. De ahí que sea preciso analizar esta fórmula gramatical como medio de expresión de una posición preeminente, esto es, como modalidad de la publicidad de tono excluyente.

10) La jurisprudencia de la CONARP, sobre la corrección gramatical o lingüística frente a las diferentes figuras publicitarias.

a) El concepto de la Academia Colombiana de la Lengua.

La parte censurada presentó, como prueba, un concepto de la Academia Colombiana de la Lengua.

La consulta fue formulada así:

"Solicito se expida por escrito un concepto sobre lo siguiente:

"Si, como conclusión a una encuesta comercial, la frase o expresión "no hay nada mejor;" con que la gente califica un producto, se puede emplear como frase publicitaria."

La Academia Colombiana de la Lengua contestó así:

"Conforme a su solicitud y de acuerdo con lo acordado por los integrantes de la Comisión de Lexicografía, quienes estudiaron su consulta, me permito comunicarle que puede emplearse la expresión "NO HAY NADA MEJOR", como frase publicitaria, siempre y cuando se escriba entre comillas."

b) En la sentencia de Marzo 20 de 1990, en el caso de los jabones Savón versus Le Sancy, la CONARP dijo:

"Es sabido que el gran orden o mundo o universo de lo normativo está compuesto por cuatro diferentes órdenes que son:

- I. Las normas éticas o morales.
- II. Las normas religiosas.

III. Las normas jurídicas.

IV. Las normas del decoro o de los convencionalismos sociales.

"Es apenas lógico que la CONARP, de acuerdo con expresas disposiciones del Código que la rige, debe, también, en ocasiones, vigilar el cumplimiento no solo de ciertas normas éticas o jurídicas, como se explica anteriormente, sino también, de normas relacionadas con asuntos religiosos o con asuntos propios del decoro o de los convencionalismos sociales."

- c) Igualmente, en la sentencia de Septiembre 6 de 1990, en el caso Caracol Radio versus Cadena super, dijo que el anuncio, objeto de censura, violaba el numeral 1 del artículo 20 del Código, por no hacer buen uso del idioma español e ir contra los dictados del decoro y del buen gusto.
- d) En verdad, los numerales 1, 2 y 3 del artículo 20 del Código Autorizan a la CONARP, para pronunciarse sobre anuncios que violan las normas propias del decoro o de los convencionalismos sociales, en materia gramatical o lingüística.
- e) No obstante lo anterior, la CONARP encuentra que la causa petendi de la presente reclamación, es decir, el asunto que, aquí, se debate, no es la corrección gramatical o lingüística del anuncio, sino su incorrección o carencia de rectitud, desde el punto de vista de su licitud en relación con la publicidad comparativa, en relación con la publicidad de tono excluyente y en relación con las demás prohibiciones del Código.

Por consiguiente, el citado concepto de la Academia que sirve para acreditar la licitud gramatical o lingüística del anuncio, no puede extenderse o ampliarse, como lo ha pretendido la parte demandada, para comprender también la licitud en el otro y muy diferente orden normativo antes mencionado, cuyo estudio es de la exclusiva competencia de la CONARP.

11) Los testimonios o anuncios testimoniales, simplemente llamados testimoniales.

- a) El aviso, objeto de censura, emplea diversos testimoniales, de los cuales ya se hizo mención anteriormente.

La parte reclamante alega que la campaña en cuestión viola el numeral 2 del artículo 29 del Código, sobre testimoniales, que exige que "el testimonial deberá ser siempre comprobable y vigente", por las siguientes razones:

"La campaña utiliza testimonios supuestamente espontáneos. Sin embargo, la técnica del entrevistador, la forma en que hace las preguntas y el lenguaje utilizado inducen a aseveraciones o conclusiones no comprobables."

"Si bien podría intentar alegarse que las expresiones, afirmaciones o respuestas de los entrevistados son totalmente subjetivas y, por lo tanto, no son cuestionables en tal carácter, a nuestro juicio la utilización de estas expresiones, afirmaciones y respuestas en forma comercial, con evidente intención de favorecer a la Crema Dental Colgate, en detrimento de sus competidores, constituye violación del artículo antes citado".

b) La parte censurada respondió con diferentes testimonios presentados ante notario.

En primer lugar, el testimonio del entrevistador dice lo siguiente:

"A quien interese. Por medio del presente documento atestigo que todas las entrevistas que realicé para el producto Crema Dental Colgate Menta y sus comerciales de televisión, en las ciudades de Bogotá, Cartagena y Cali, a público en general en distintas situaciones, o sea, calle, supermercados, tiendas, etc, fueron absolutamente espontáneas.

Así mismo, atestigo igualmente que las personas entrevistadas fueron escogidas al azar y en ningún momento se prepararon las entrevistas".

Por otro lado, veinticinco (25) diferentes testimonios de los entrevistados dicen lo siguiente:

"A quien pueda interesar: Yo fulano de tal, con cédula de ciudadanía número tal expedida en tal ciudad, hago constar ante el notario tal, que el día tal, en la ciudad tal, presenté testimonio sobre el producto crema dental Colgate, y confirmo que lo dicho ante las cámaras R.T.I T.V., fue absolutamente espontáneo y sin ninguna presión, ni preparación previa. Simplemente es lo que pienso de este producto."

El testimonio del jefe de laboratorio dice: "El suscrito jefe de laboratorio de Colgate Palmolive Cia certifica que, para que en Colombia se puedan comercializar pastas dentrificas, deben cumplir con la norma Icontec No. 2028, por lo tanto los parámetros de calidad exigidos por dicha norma deben ser de obligado cumplimiento por sus fabricantes."

La certificación del Instituto Colombiano de Normas Técnicas, Icontec, expresa: "Hace constar, que mediante contrato que se encuentra vigente, Colgate Palmolive Cia., sometió su producción de la crema dental Colgate Menta, al control permanente de este Instituto, el cual verifica el cumplimiento de ella con la Norma Técnica ICONTEC 2028 "Pasta dentrificica".

"Que el sello impreso en el empaque de la crema dental de la firma Colgate Palmolive Cia., constituye una certificación permanente para el consumidor de que dicha crema cumple con la norma ICONTEC 2028, la cual fija en norma precisa características severas que aseguran la calidad en el producto y por lo tanto el producto ha pasado todas las pruebas contempladas en la norma."

El testimonio de la Federación Odontológica Colombiana expresa: "Por medio de la presente y a solicitud de la Compañía interesada, me permito certificar que las cremas dentales Colgate Menta MFP - Pruf- Rica Gel y control Cálculo, han recibido el sello de "Aceptados", por parte de esta Federación, luego de exigentes y exhaustivos estudios efectuados por nuestra Comisión Científica, que ha recomendado dichas calificaciones."

"Los estudios a que hago mención son requeridos por el reglamento de la Comisión y, al ser aceptados, significa que el producto reúne todas las condiciones de calidad y eficiencia que exigimos para las cremas dentales, las que las hacen óptimas y le permiten a la Federación dar este endoso, como garantía, ante el público consumidor."

c) La norma sobre testimoniales

La verdad es que el artículo 29 del Código de Autorregulación Publicitaria autoriza, expresamente, la publicidad mediante testimonios, a través de entrevistas; así las cosas, es necesario dejar claro que, solamente, en los casos excepcionales allí previstos, el testimonial es reproducible.

El artículo 29, sobre "testimoniales" expresa:

- " 1. El anuncio sólo incluirá declaraciones personalizadas y genuinas ligadas a experiencias pasadas o presentes de quien presta la declaración o de aquel a quien el declarante personifica.
- " 2. El "testimonial" utilizado deberá ser siempre comprobable y vigente."
- " 3. El uso de modelos, vestidos con uniformes o atuendos característicos de una profesión, oficio u ocupación, no deberá inducir a error al consumidor y será siempre limitado por las normas éticas de la profesión, oficio u ocupación aludidas.
- " 4. El uso de "dobles" dependerá de la autorización de la persona imitada y no deberá inducir a confusión."

d) La CONARP encuentra que dicha norma debe ser mejor reglamentada, para evitar abusos y para efectos de que, so pretexto de la autorización de anuncios testimoniales, no se induzca a error a los consumidores.

12) El anuncio testimonial "Y es rendidora", porque "dura más que las demás".

La CONARP encuentra que el citado artículo 29, debe interpretarse en concordancia con el artículo 1º, según el cual "La publicidad debe ser decente, honesta, verdadera y ajustarse a las normas legales" y en concordancia con el inciso primero del artículo 22, según el cual "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."

La verdad es que las pruebas presentadas no desvirtúan la ilicitud del anuncio testimonial ("y es rendidora", porque "dura más que las demás"), razón por la cual se declarará la prosperidad de esta reclamación específica del demandante.

13) El salvamento de voto del Doctor Jorge Valencia Jaramillo.

Por no estar de acuerdo con la parte dispositiva de la sentencia, salvo mi voto, dice el Doctor Jorge Valencia Jaramillo, por las siguientes razones:

- a) Porque, en mi concepto, aunque el uso de testimoniales es técnica generalmente aceptada y la acepta expresamente el Código, ha debido declararse que todo el anuncio, como un conjunto, aparece incurso en las prohibiciones del Código de Autorregulación Publicitaria.
- b) Porque el uso de esta clase de testimoniales, tal como son presentados por el anuncio demandado, es un recurso creativo que puede inducir a error al consumidor.

Tales anuncios testimoniales, en conjunto con la frase final "Definitivamente, Colgate. No hay nada mejor", podrían llevar al consumidor a pensar que Colgate es "el mejor producto" o que Colgate es "la mejor crema dental".

La verdad es que un número no irrelevante de los consumidores interpreta o puede interpretar esa frase o slogan, como que Colgate es la mejor crema dental o que no hay otras cremas mejores que Colgate.

- c) Tampoco estoy de acuerdo con la alegación de que, al demandante o reclamante de la declaración de la ilicitud, le queda el recurso, la oportunidad o posibilidad de demostrar que sí hay algo mejor, porque, en las afirmaciones comprobables, como son las relacionadas con la publicidad comparativa o con la publicidad de Tono excluyente, la carga de la prueba corresponde al anunciante censurado, demandado o denunciado, sin perjuicio de que el demandante o reclamante pueda también aportar las pruebas que considere convenientes.

d) El espíritu y la letra de las normas sobre autoregulación, frente al espíritu y la letra del anuncio publicitario.

Es verdad que el artículo 9o. del Código expresa: "cuando el sentido de sus normas sea claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su intención o espíritu".

No puede decirse que el artículo 29 sobre testimoniales, permite, en forma expresa, el anuncio censurado.

Lo que dicha norma permite es el empleo de testimoniales con los requisitos allí exigidos, pero de ello no puede inferirse que el anuncio demandado cumpla con el sentido de la norma, porque si algo es claro es que el sentido total del anuncio, visto como un conjunto, emplea recursos creativos que se apartan del sentido de la norma.

Además, el mismo artículo 9o. del Código añade que: "Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura, recurrir a su intención o espíritu".

La norma, como norma, puede ser clara, aunque trunca o incompleta, pues se presta para el empleo de recursos creativos permitidos, pero cuyo mensaje o significado engaña o confunde al consumidor, ya sea por implicación directa o indirecta, ya sea por ambigüedad directa o indirecta, ya sea por omisión directa o indirecta, ya sea por exageración directa o indirecta.

La CONARP ha preferido aplicar una norma trunca o incompleta, con olvido de dos principios fundamentales del Código, como son el principio de veracidad publicitaria y el principio de protección y defensa de los consumidores, que el citado artículo 29 desarrolla en forma incompleta.

Dicha norma, como muchas otras del Código, se deben interpretar no en forma aislada, sino dentro del contexto de toda la normatividad del Código y a la luz de los principios generales que tales normas particulares o especiales tratan de desarrollar.

El supremo criterio de interpretación debe ser la protección y defensa del consumidor contra el error, el engaño o la confusión. Es, precisamente, el criterio que prima en la publicidad comparativa que

busca el beneficio del consumidor, razón por la cual la regla general es la de que está permitida salvo excepciones expresas, tal como ya lo ha establecido la CONARP en jurisprudencia reiterada, primero, en su sentencia de Marzo 5 de 1990, en el caso de publicidad comparativa de las salsas de la Constancia frente a Fruco; luego en su sentencia de Marzo 20 de 1990, en el caso de publicidad comparativa de los jabones Savon frente a Le Sancy; y después, en la sentencia de Mayo 8 de 1990, en el caso de publicidad comparativa de los bombillos Corluz frente a Philips.

La protección y defensa del consumidor es lo que brilla en la parte motiva de las citadas sentencias, y precisamente ese es el criterio supremo que permite, como regla general, la figura publicitaria de la publicidad comparativa.

No es clara ni coherente la CONARP cuando, tratándose de las mismas o de otras figuras publicitarias, como en el caso que ha motivado esta decisión, el criterio adoptado pasa a ser completamente diferente, y en el cual la protección y defensa del consumidor pasa a ser un criterio secundario o de tercera clase, para darle la primacía a un criterio puramente gramatical, lingüístico o filológico que convierte a la frase publicitaria demandada, en la simple categoría o figura de la equiparación publicitaria, con miras a desvestirla, purificarla o lavarla de su manifiesta ilicitud, dentro del del conjunto o contexto total del anuncio. Dos diferentes anunciantes y dos diferentes agencias de publicidad, quienes son, precisamente, los demandantes, me acompañan en este salvamento de voto.

e) El comparativo negativo, "no hay nada mejor".

Dentro del adjetivo en grado comparativo, el comparativo negativo es un medio de manifestación de la publicidad de tono excluyente, que aparece, con relativa frecuencia, en la realidad publicitaria.

Debe advertirse que, desde una perspectiva estrictamente gramatical, el comparativo negativo no pone de manifiesto la posición preeminente de la empresa, mercancía o servicio anunciados, porque mediante este comparativo no se niega la posibilidad de que existan empresas, productos o servicios equivalentes. Quiere esto decir que, desde el punto de vista puramente filológico, el comparativo negativo representa una equiparación publicitaria. No obstante, para enjuiciar la publicidad, los criterios gramaticales son irrelevantes; tan solo debe tenerse en cuenta la opinión del público destinatario de la publicidad.

Pues bien, como quiera que, al ver u oír los anuncios, el público no realiza especiales reflexiones críticas en torno a los mismos, interpretará el comparativo en el sentido de un superlativo. En efecto, si una empresa hace publicidad de su producto con el slogan "no hay nada mejor que X", el consumidor que no se detiene a analizar minuciosamente esta locución, deduce que el producto X es el mejor. Si se admite que el público de los consumidores interpreta de este modo el comparativo negativo, hay que afirmar que este comparativo dará lugar a un anuncio de tono excluyente.

En resumen, estimamos que la CONARP hubiera procedido irreprochablemente si hubiese prohibido el anuncio examinado porque era engañoso.

Debe consignarse que este comparativo constituye, por lo regular, una modalidad de la publicidad de tono excluyente. Tán sólo, en casos excepcionales, el comparativo negativo dará lugar a una equiparación publicitaria.

Así ocurrirá cuando el anunciante puntualiza que pueden existir empresas, productos o servicios de la misma categoría que el anunciado; piénsese, por ejemplo, en la alegación "X puede ser igualado, pero no superado". Supuesto que, la mayoría de las veces, el comparativo negativo representa una publicidad de tono excluyente, hay que preguntarse qué requisitos ha de cumplir para ser veraz. Creemos que a la frase publicitaria en la que aparece el comparativo negativo, han de aplicarse las mismas pautas que si se utilizase el superlativo.

No en vano señala la doctrina alemana que el comparativo negativo es un superlativo encubierto.

Para concluir considero, así mismo, que cuando se realicen testimoniales, en anuncios comerciales, se debe indicar al consumidor el número de personas que fueron entrevistadas y el porcentaje de ellas que dió su concepto favorable sobre el producto o servicio que se anuncia, pues no hacerlo así es presentar una información parcial que induce al consumidor a un error, ya que se le está haciendo creer que todas las personas entrevistadas prefieren el producto o servicio que se anuncia.

En los anteriores términos, me aparto de la sentencia, y es mi deseo que la decisión que estoy criticando sea prontamente rectificada, en la primera ocasión que se presente, sin importar la solución diferente que, en otros países, pueda haberse dado a este caso, o a casos similares, rectificación que espero se logre antes de que esta decisión se convierta en un discutible antecedente para la ética publicitaria colombiana.

14) La CONARP deja las siguientes constancias finales.

- a) Que de acuerdo con el numeral 5 del artículo 49 del Código y siguiendo la jurisprudencia anteriormente establecida y reiterada 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 adoptada por mayoría, con un salvamento de voto.

15) 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:

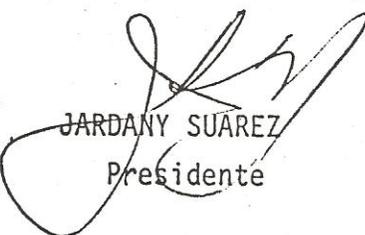
DECISION

- 1) Declárase que, de acuerdo con la parte motiva, en el caso sometido a estudio, referente al anuncio testimonial "y es rendidora": "Dura más que las demás? " " Según mi experiencia sí", se han infringido las normas del Código de Autorregulación Publicitaria.
- 2) Dispónese, en consecuencia, solicitar la corrección del anuncio testimonial anteriormente mencionado.
- 3) Declárase que, en relación con el anuncio publicitario "Definitivamente, Colgate, no hay nada mejor", no se han infringido las normas del Código de Autorregulación Publicitaria.
- 4) Declárase que, en relación con los restantes anuncios testimoniales tampoco se han violado las normas del Código de Autorregulación Publicitaria.

- 5) Se niega, entonces, la adopción o la aplicación de las medidas disciplinarias contenidas en dicho Código, respecto del tal publicidad mencionada en los anteriores numerales 3 y 4.
- 6) Comuníquese esta decisión a las partes del conflicto.
- 7) Inclúyase esta sentencia, como anexo, en el libro de actas.
- 8) Archívese una 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 Comisión, esta decisión, con exclusión del salvamento de voto del Doctor JORGE VALENCIA JARAMILLO, 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 No. de Septiembre 24 de 1.990.


JARDANY SUÁREZ
Presidente