

Marzo 20 de 1990

I. CASO SOMETIDO A ESTUDIO

Se trata del requerimiento, reclamación o denuncia, por razón de supuesta publicidad comparativa ilícita, tanto en el anuncio televisado, como en el anuncio simplemente gráfico de JABON LE SANCY.

II. PARTES EN CONFLICTO

- | | | |
|-------------------------------------|---|------------------------------------|
| 1. Anunciante Reclamante | : | JABONERIA VARELA. |
| 2. Agencia de Publicidad Reclamante | : | MASULLO & TOLEDO ASOCIADOS LTDA. |
| 3. Anunciante Denunciado | : | COGRA LEVER. |
| 4. Agencia de Publicidad Demandada | : | PUBLICIDAD LINTAS DE COLOMBIA S.A. |

III. LAS PETICIONES

En comunicación de marzo 6 de 1990, la agencia de publicidad reclamante, hace, por escrito, la siguiente petición:

"Comendidamente, solicitamos de la Comisión Nacional de Autorregulación publicitaria el análisis de este caso, así como su pronunciamiento al respecto, para que la campaña, a la cual nos hemos referido, se ajuste a la letra del artículo 21 del Código de autorregulación, en el sentido de presentar comparaciones objetivas"

IV. RAZONES DE HECHO Y DE DERECHO

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

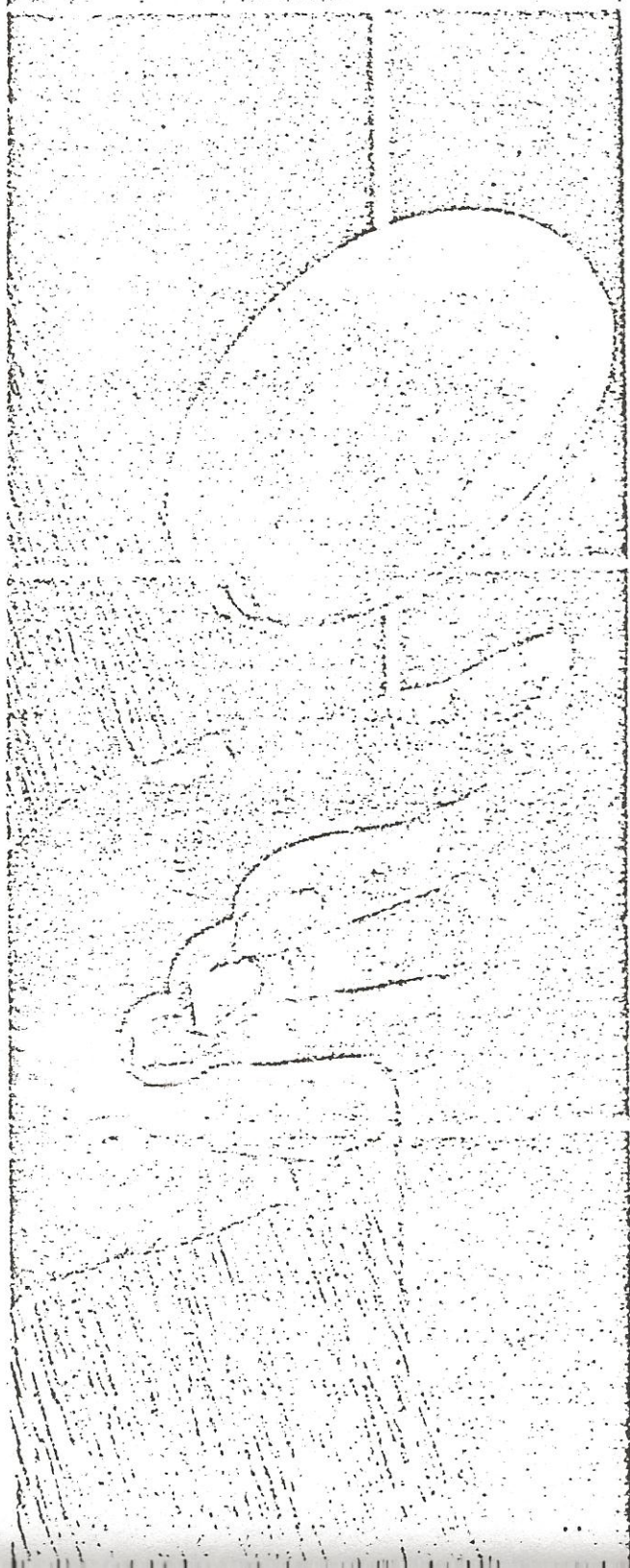
1. "Me dirijo a ustedes con el fin de someter, a su consideración, el caso de la actual campaña publicitaria de jabón Le Sancy, y de sus diferentes piezas, tanto gráficas como audiovisuales".
2. "De acuerdo con nuestro criterio, la mencionada campaña viola el Código de autorregulación publicitaria, y lesiona a nuestro cliente Jabonería Varela S.A., al plantear una comparación exagerada, y tendiente a deformar la imagen de su producto Savón".

V. PRUEBAS PRESENTADAS POR LA PARTE SOLICITANTE

La parte demandante presenta como prueba, el anuncio, objeto del reclamo, no solo en video, sino también en las siguientes presentaciones gráficas.



y otros
que se
escapan.



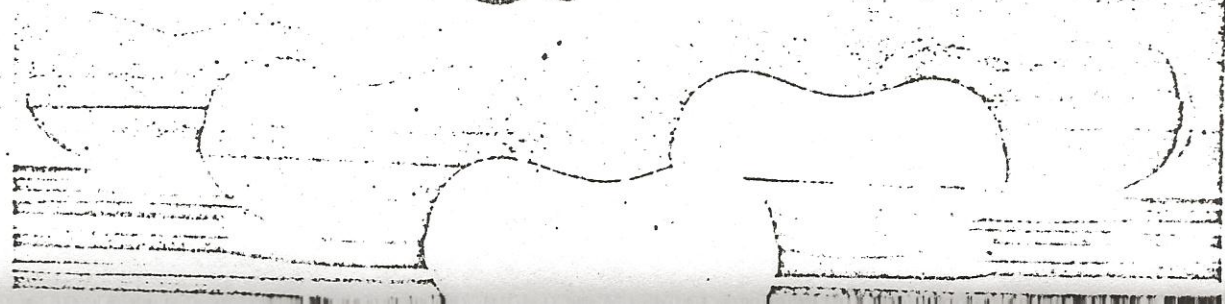
Comienza a vivir
forma de la duración



CUADRO DE REFERENCIAS

Color	Tipo de perfume	Nombre
Rosado	Bouquet de flores	Rosiere
Azul	Brisa Marina	Marine
Verde	Hierbas silvestres	Fougère
Marfil	Frescura clásica	Classique
Amarillo	Colonia Suave	Cologne

Le
Sancy



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 hizo uso de su derecho de contestar, por escrito, en los siguientes términos:

1. "La presente tiene por objeto establecer nuestro punto de vista en relación a la carta enviada a Uds. por el Sr. Fernando Toledo, Vicepresidente Ejecutivo de Masullo & Toledo Asociados, de la cual hemos recibido copia en días pasados!"
2. "En la misma, se afirma que la campaña publicitaria de Jabón Le Sancy, producida por nuestra agencia para nuestro cliente Cogra Lever, viola el Código de Autorregulación Publicitaria, lesionando de esta manera a su cliente Jabonería Varela, al plantear una comparación exagerada y deformante de la imagen de su producto Savon".
3. "Por supuesto, estamos en absoluto desacuerdo con dicha afirmación, basados en los razonamientos que a continuación pasamos a exponer.

En el segundo párrafo de la carta mencionada se dice: "La campaña que nos ocupa, presenta a Savon - molde exclusivo en el mercado..."

Aquí se hacen dos afirmaciones totalmente inexactas porque, primero, el comercial ni presenta ni menciona, explícita o implícitamente a Savon, usando para la toma de referencia uno de los jabones de la línea Le Sancy, en su forma ovalada, que todavía se encuentra en el mercado.

4. "Otra cuestión, muy diferente en nuestro criterio, es que el jabón usado para dicha toma (Le Sancy) se parece notablemente a Savon, y con ello abordamos la segunda inexactitud, a la que hicimos referencia. Con seguridad, el molde de Savon es exclusivo, mas no su forma, la que es virtualmente igual a la de Le Sancy".
5. "Al respecto, creemos que no sobra recordar que Savon fue lanzado al mercado en Febrero de 1988, es decir, dos años y medio después que Le Sancy, marca que estableció un nuevo concepto basado en su forma y creando, de esta manera, un nuevo segmento al cual ingresó con posterioridad Savon.
6. "El párrafo que nos ocupa continúa más adelante: "... en una situación visual a todas luces exagerada..."

"Una de las razones más importantes que llevó a nuestro cliente al relanzamiento de su marca Le Sancy fue comprobar, a través de múltiples y profundas investigaciones realizadas por reconocidos profesionales del medio, que la forma ovalada de Le Sancy representaba una dificultad de manejo en el baño, precisamente por su propensión a "escaparse".

7. "En consecuencia, consideramos que dicha toma, lejos de exagerar, representa una situación cotidiana vivida por nuestro consumidor y que, al comunicar el beneficio de la nueva forma de Le Sancy que resuelve este problema real del consumidor, no estamos induciéndolo a ninguna forma de confusión, sino todo lo contrario."

8. "En resumen, la campaña no hace sino establecer con mucha claridad al consumidor, los beneficios diferenciales del nuevo Le Sancy, en relación a sí mismo y en relación a otros jabones, tratados éstos de una manera genérica y sin mención específica de ninguno de ellos.

9. "En la segunda página de la carta en cuestión se menciona la supuesta violación del Art. 33 del Código, correspondiente a publicidad comparativa, dando por sentado que nuestro comercial pertenece a esta categoría.

"En este punto debemos asimismo manifestar nuestro desacuerdo, dado que, en nuestro criterio, el comercial en cuestión no se ajusta a lo que el mismo Código, en su artículo No. 32, define como publicidad comparativa, y que pasamos a transcribir a continuación:

*Publicidad Comparativa.

Artículo 32.- 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 (subrayado nuestro).
3. La que anuncia o sugiere en la comparación que la afirmación puede ser respaldada por información verídica. (subrayado nuestro)".

"De la lectura de dicho artículo, creemos, en nuestra honesta interpretación, se desprende con claridad que nuestro comercial no está comprendido. En consecuencia, si no hay comparación no puede haber denigración o deformación alguna, según se arguye en la carta de nuestros estimados colegas."

10. "Finalmente, creemos que, en virtud de lo expresado, la campaña publicitaria de Le Sancy se ajusta en todo al Código de Autorregulación Publicitaria, respetando la letra y el espíritu de todas sus partes. Creemos sinceramente que un análisis profundo de las argumentaciones aquí expuestas, llevarán a los distinguidos miembros de la Comisión a las mismas conclusiones.

VIII. PRUEBAS PRESENTADAS POR LA PARTE DENUNCIADA

La parte denunciada no juzgó del caso presentar pruebas adicionales.

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 1980.

XI. CONSIDERACIONES FINALES

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

1. La interpretación y delimitación del sentido y alcance de las pretensiones, a través del petitum y de la causa petendi de la reclamación.

a) El llamado examen general o global.

Uno de los argumentos de la parte reclamante, tal como lo manifestó, en fáticamente, en la audiencia pública, es el de que la reclamación versa sobre toda la campaña publicitaria, en forma general o global.

Cuando se habla de toda la campaña publicitaria es del caso distinguir, al menos, para el presente caso, dos diferentes especies de anuncios, como son el anuncio televisado y el anuncio no televisado de carácter simplemente gráfico.

Igualmente, es necesario distinguir cuáles son los elementos, partes, efectos, contenidos, aspectos o significados que, en forma específica, son objeto de censura.

b) Requisitos de la reclamación, demanda, denuncia, queja o solicitud.

La jurisprudencia de la CONARP ha establecido que, antes de decidir, es necesario interpretar la solicitud o queja o demanda, para determinar el sentido y alcance de su causa petendi, y para dejar claramente establecido cuál es el asunto específico que, dentro de un anuncio, es objeto de censura.

No es procedente, entonces, censurar o atacar, en forma general, toda una campaña publicitaria o todo un anuncio publicitario, sin precisar, en forma específica, determinada y concreta, cuál es el aparte o elemento o concepto o sentido o significación del anuncio que da origen a la reclamación y cuál es la razón o conjunto de razones específicas y concretas que permiten afirmar que han sido violadas una o varias normas del Código de Autorregulación Publicitaria.

En tales casos, 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:

I. La designación de las partes en conflicto.

Este requisito aparece cumplido, en la reclamación formulada.

II. 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.

En el caso sub exámine, la reclamación presentada cumple con el citado requisito.

III. 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.

Este requisito se encuentra cumplido.

IV. 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.

Este requisito también se encuentra cumplido, en el caso sometido a estudio.

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

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

Este requisito también se encuentra cumplido.

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

Este requisito también aparece cumplido.

VII. La firma del peticionario, cuando fuere el caso.

Este requisito también aparece cumplido.

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

2. Los fines u objetivos de la CONARP, frente a los diversos órdenes normativos de la publicidad.

a) El examen de todos los diferentes órdenes normativos de la publicidad.

Como ya se dijo anteriormente, el pedido de hacer un examen general, to tal y global de una campaña publicitaria se sale del marco específico en que cada asunto debe ser estudiado.

Los fines u objetivos del código de autorregulación no pueden interpretarse en forma tal que la CONARP deba inmiscuirse en asuntos o aspectos que las partes en conflicto no han indicado, expresamente, como violatorios de las normas del código de autorregulación.

b) Según disposiciones expresas del Código de Autorregulación, y de acuerdo con la sentencia de marzo 5 de 1990, en el caso de SALSA DE TOMATE LA CONSTANCIA, la CONARP tiene, entre otros fines, los siguientes:

I. La protección y defensa de la ética publicitaria.

II. La protección y defensa del consumidor.

III. La protección y defensa de la legalidad, en general, en materia publicitaria.

- IV. La protección y defensa contra la competencia desleal, en los casos expresamente señalados en el Código.
 - V. La protección y defensa de los derechos de autor, en los casos expresamente señalados en el Código.
 - VI. La protección y defensa de los derechos de propiedad Industrial, en los casos expresamente señalados en el código.
- c) La intervención de la CONARP, en las áreas anteriormente mencionadas, es, por regla general, más de carácter ético o moral y de defensa del consumidor, que de carácter legal.

La CONARP quiere dejar en claro que la incursión que, a veces, se ve obligada a hacer en materias propiamente legales, es de carácter restringido, solamente en la medida en que el mismo Código de Autorregulación remite, expresamente, a normas legales específicas, o en la medida en que un asunto debe, por excepción, ser mirado también a la luz adicional en normas legales.

- d) 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.
- e) 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.
- f) Por consiguiente, las normas sobre la protección y defensa de la legalidad, en general, en materia publicitaria, deben ser interpretadas, en forma restringida, en relación con las funciones, jurisdicción o competencia de la CONARP.

En cuanto al desarrollo de sus funciones, o en cuanto a la Jurisdicción y competencia de la CONARP, son, entonces, de estricta interpretación y aplicación restringida, las siguientes normas:

El artículo 1º del Código, en cuanto expresa que "la publicidad debe ajustarse a las normas legales".

El artículo 33 del Código, en cuanto expresa que "la publicidad comparativa será permitida siempre y cuando respete las normas legales".

g). Lo anterior tiene como razón de ser el hecho de que, según las voces del artículo 49 del Código, este "máximo organismo de vigilancia de la ética publicitaria Colombiana", tiene, por regla general, que limitarse principalmente a ello, sin entrar a suplir o a desplazar, en sus funciones, en su jurisdicción o en su competencia, a las autoridades legítimamente constituidas para resolver los conflictos de intereses, por violación de las leyes en general o de las leyes particulares en materia de publicidad comercial, no relacionadas con el fin principal de las normas del Código de Autorregulación.

3. La determinación clara y expresa del otro producto supuestamente afectado que sirve como extremo pasivo de la comparación.

a) Las afirmaciones de la parte reclamante.

En la formulación de la causa petendí, la parte reclamante hace, entre otras afirmaciones, las siguientes:

"Aquí se hacen dos afirmaciones totalmente inexactas porque, primero, el comercial ni presenta ni menciona, explícita o implícitamente a Savon, usando para la toma de referencia uno de los jabones de la línea Le Sancy, en su forma ovalada, que todavía se encuentra en el mercado."

"En resumen, la campaña no hace sino establecer, con mucha claridad, al consumidor, los beneficios diferenciales del nuevo Le Sancy, en relación a sí mismo y en relación a otros jabones, tratados éstos de una manera genérica y sin mención específica de ninguno de ellos."

b) La jurisprudencia anterior de la CONARP.

No es un asunto absolutamente nuevo para la CONARP, el punto referente a la necesidad de la determinación clara y expresa del otro producto supuestamente lesionado y que sirve de extremo a la comparación entre productos, realizada por la publicidad comparativa, pues el tema ya fue tangencialmente estudiado en el caso "FRESCO FRUTIRO" que resolvió, desfavorablemente para el reclamante, una queja por publicidad comparativa, según sentencia del 11 de Septiembre de 1989.

En dicha oportunidad, la CONARP expresó: "7. Que la franja o banda de simple color amarillo del sobre del fresco que se emplea en el anuncio, no trae marcas, nombres o distintivos, ni viola derechos de Propiedad Industrial, pues no aparece registrado, como marca comercial, el citado color".

Igualmente, en el caso de la "Salsa de Tomate la Constancia" que, mediante sentencia de Marzo 5 de 1.990, resolvió, desfavorablemente para el reclamante, una queja por publicidad comparativa, la CONARP volvió sobre el mismo tema y, además, al hacer importantes precisiones adicionales, expresó: "Respecto del punto relacionado con la comparación de las botellas que sirven de envase a los productos, la CONARP encuentra de interés resaltar el hecho de que el envase empleado, para hacer la comparación, por el anunciante demandado, no aparece completamente iluminado, de suerte que no es fácil, a primera vista, establecer, con toda claridad, por parte del público consumidor, cuál es el otro competidor cuyo envase es objeto de la comparación.

"El único envase que aparece completamente iluminado es el de la salsa de Tomate la Constancia".

"La discusión del punto referente a la determinación clara y expresa de cuál sea el otro envase o botella que sirve de extremo a la comparación, tiene especial interés, ya sea frente al público consumidor, ya sea frente a las partes en conflicto".

"Respecto de la partes en conflicto, es del caso resaltar que la parte demandada acepta, expresamente, que se trata del envase de FRUCO, pero respecto del público consumidor, puede aceptarse que, en el caso sub lite, hay un elemento de indeterminación, toda vez que no se menciona específicamente al competidor, a través de sus signos distintivos, tales como su nombre comercial o su enseña comercial o su marca comercial FRUCO.

"Igualmente, este último aspecto ya aparece parcialmente dilucidado por la jurisprudencia anterior de la CONARP, en sentencia del 25 de Septiembre de 1.989. (CASO DE LA FIBRA DE ESTROPAJO), donde se dijo:

"Igualmente; la comisión encuentra propicia esta oportunidad para interpretar expresamente, el sentido de la primera hipótesis de competencia o publicidad comparativa, que trae el artículo 32 y que se define como "La que específicamente menciona le 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".

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

"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 servicios de uno o varios competidores determinados".

"Como puede verse, la comparación no requiere la alusión expresa al otro producto, sino que basta que sea tácita; pero aunque puede ser tácita debe ser suficientemente clara, y no equívoca o confusa, para efectos de poder determinar cuál es el otro extremo de la comparación".

El extremo pasivo de la comparación puede ser, entonces, tácito u obscuro o confuso, sin que, por ello, la publicidad comparativa sea ilícita.

Igualmente, tal extremo pasivo puede ser expreso, claro y distinto, sin que, por ello, la publicidad comparativa sea ilícita.

La ilicitud no nace del hecho de que el extremo pasivo sea tácito o expreso, obscuro o claro, confuso o distinto, sino del hecho de que viole las normas excepcionales que prohíben la publicidad que, por regla general, está permitida.

c) En el caso sub júdice, existe, precisamente, un problema similar de indeterminación del producto supuestamente afectado que sirve como extremo pasivo de la comparación propia de toda publicidad comparativa.

4) La publicidad comparativa y la publicidad adhesiva.

Se hace, también, por la parte demandante, la reclamación de que la comparación hecha no es positiva sino negativa, para el jabón que ocupa el extremo pasivo de la relación comparativa, pues se afirma que "se deshace y se escapa".

Como ya se dijo antes, la comparación o la publicidad comparativa, en sí misma, no se encuentra prohibida por el Código.

Aún más, para que exista o pueda existir esta categoría o modalidad publicitaria, es un requisito propio o característico o esencial de la publicidad comparativa, el de que la comparación vaya, no a mostrar las semejanzas (comparación positiva) sino, precisamente, las diferencias de los productos comparados (comparación negativa).

Quando se equiparan los productos o servicios propios, a los productos o servicios del competidor, existe publicidad adhesiva, pero no publicidad comparativa.

En la publicidad adhesiva, el anunciante resalta, por diversos medios, las características comunes a sus mercancías, productos o servicios.

Por el contrario, en la publicidad comparativa, el anunciante se esfuerza por mostrar las diferencias, poniendo de manifiesto los defectos o inconvenientes de los productos ofrecidos por el competidor.

La CONARP reitera, entonces, la distinción entre estas dos especies o categorías o modalidades publicitarias, llamadas publicidad adhesiva y publicidad comparativa, asunto este que ya fue estudiado en la sentencia de Septiembre 25 de 1.989.

5. Los dos extremos activo y pasivo de la comparación propia de la publicidad comparativa.

En toda publicidad comparativa, por definición, se establece una comparación.

En toda comparación hay dos extremos, a saber, el extremo activo de la comparación y el extremo pasivo de la misma.

El extremo activo de la comparación es el que resulta favorecido o beneficiado con la comparación, y está dado por el objeto o sujeto o signo supuestamente generador o causante de la lesión o daño o denigración o deformación, para lo cual tal extremo activo es calificado como mejor o superior o más conveniente.

Por el contrario, el extremo pasivo de la comparación es el que resulta desfavorecido o desmejorado o disminuído o rebajado con la comparación, y está dado por el objeto o sujeto o signo que, asumiendo el papel de víctima de la comparación, resulta o aparece supuestamente afectado o lesionado o denigrado, para lo cual tal extremo pasivo es calificado como defectuoso o inferior o inconveniente.

6. Las diferentes especies de confusión, por razón de los extremos activo y pasivo de la comparación.

En materia de publicidad comparativa, para efectos de la correcta interpretación y aplicación de las normas que la regulan, es del caso distinguir las siguientes diferentes clases o especies de confusión, a saber :

- I. La primera especie es la confusión entre dos productos o formas plásticas o envases o empaques o signos verbales o figurativos pertenecientes exclusivamente al mismo extremo ACTIVO de la comparación.
- II. La segunda especie es la confusión entre dos productos o formas plásticas o envases o empaques o signos verbales o figurativos pertenecientes exclusivamente al mismo extremo PASIVO de la comparación.

Precisamente, en el extremo PASIVO de la comparación, pueden presentarse, al menos, dos diferentes supuestos principales, así :

- a) El primer caso es el de un producto o forma plástica o signo o envase o empaque del extremo PASIVO, que aparece identificado o distinguido, en forma suficientemente clara, expresa y distinta.

En este caso, el extremo PASIVO de la comparación no suscita dudas sobre su identidad o posibilidad de asociación o no, con otro competidor del mismo extremo PASIVO de la comparación.

- b) El segundo caso es el de un producto o forma plástica o envase o empaque del extremo PASIVO, que aparece identificado en forma obscura o tácita o confusa.

En este caso, es necesario dejar suficientemente establecido cuál es el extremo PASIVO de la comparación, para efectos de poder afirmar que el competidor lesionado es, en verdad, un competidor lesionado por la comparación y, sobre todo, para poder determinar si dicha lesión, aunque real, está permitida o no por las normas del Código de Autorregulación.

Este es el caso sub júdece, en que el extremo PASIVO de la comparación es, parcialmente no asociable con un producto de un competidor, y es, al mismo tiempo, parcialmente asociable con el mismo producto del competidor. En este sentido, se trata de un producto que no es totalmente perteneciente al competidor. Como puede verse, en el extremo PASIVO de la comparación puede existir un producto o un signo o un envase o un

empaques, o una forma plástica, cuya identidad o identificación o asociabilidad con otro del mismo extremo pasivo no tiene problemas, o que, por el contrario, es indeterminable o no identificable o no completamente asociable con un determinado competidor o con un determinado grupo de competidores, pertenecientes al mismo extremo PASIVO de la comparación.

III. La tercera especie es la confusión entre un producto o forma plástica o signo verbal o figurativo o envase o empaque del extremo ACTIVO de la comparación, por un lado, y, por el otro, un producto o forma plástica o signo verbal o figurativo o envase o empaque del extremo PASIVO de la comparación.

Al momento de hacer la comparación propia de toda publicidad comparativa, salta a la vista que pueden, entonces, presentarse, por razón de lo expreso, claro y distinto de la relación, o por razón de lo tácito, obscuro o confuso de la misma relación comparativa, los siguientes cuatro diferentes supuestos principales :

- a) Tanto el extremo ACTIVO, como el extremo PASIVO, son claros, expresos y distintos.
- b) El extremo ACTIVO es claro, expreso y distinto, pero el extremo PASIVO es obscuro, tácito o confuso.

Es el caso, por ejemplo, de FRESCO FRUTIRO, fallado en sentencia Septiembre 11 de 1989, o el caso de SALSA DE TOMATE LA CONSTANCIA fallado en sentencia de Marzo 5 de 1990.

Este es, igualmente, el caso sub júdice, en que el extremo activo, dado por el Jabón Le Sancy, es claro, expreso y distinto, y en que el extremo pasivo está dado por un jabón que supuesta o tácitamente se refiere al jabón de Varela, pero que no es asociable al producto de este competidor, en forma suficientemente fácil, clara, expresa y distinta, sino, por el contrario, asociable a él, en forma tácita, parcialmente obscura o confusa, sin perjuicio de que tal producto del extremo pasivo, aparezca plenamente iluminado.

- c) El extremo ACTIVO es obscuro, tácito y confuso, pero, el extremo PASIVO es claro, expreso y distinto.
- d) Tanto en el extremo ACTIVO, como en el extremo PASIVO son oscuros o tácitos o confusos.

7) La lesión permitida en la publicidad comparativa del caso sub judice.

a) La autocomparación y la heterocomparación

Es evidente que las dos partes en conflicto están usando la misma forma plástica de jabón, pues la parte demandada tiene, en el mercado, dos diferentes modelos, uno que es igual al modelo de la parte reclamante y otro modelo que es diferente.

Según ello, la publicidad comparativa puede verse desde dos diferentes puntos de vista, ya sea como comparación con un diferente producto del mismo anunciante (autocomparación), ya sea como comparación con un producto del otro competidor (heterocomparación).

Esa es la razón por la cual la parte reclamante alega que la parte denunciada ha debido hacer la comparación diciendo que "mi propio jabón antes era así.....y ahora es de esta otra manera", o en términos parecidos o similares.

Aún así, la presentación de la publicidad comparativa en la forma sugerida, no puede garantizar que no podría llegar a afectarse el producto del otro competidor.

Dicho de otra manera, la parte reclamante acepta que, en tal caso, la lesión sufrida o la posibilidad de sufrirla no sería susceptible de reclamo, y estaría dispuesta a aceptarla de buena gana, como lesión lícita.

La verdad es que tal modificación del anuncio no podría llegar a tener el alcance de no lesionar al otro competidor que fabrica el mismo modelo de jabón, pues el demérito o lesión trasciende o puede trascender del propio jabón del anunciante que quiere distinguir su propio antiguo jabón, para introducir uno nuevo y mejorado, en el mercado..

b) La publicidad comparativa genérica o tácita.

Tal como se ha explicado anteriormente, es evidente que, en el caso sub judice, hay publicidad comparativa, desde el mismo momento en que la parte denunciada habla, en forma genérica o tácita u obscura o confusa de otros jabones que no se especifican, lo cual se hace, a través de las alusiones o menciones o alegaciones o expresiones o locuciones o expresiones publicitarias siguientes :

a) "Porque hay (otros) jabones que se deshacen"

b) "Y otros que se escapan"

Pero del hecho de que exista publicidad comparativa, no necesariamente se sigue que sea ilícita, como bien se explica en otro aparte de esta decisión.

f) Las diferencias comparativas.

La parte reclamante alega que la parte denunciada no ha demostrado que su jabón LE SANCY no se resbala y que el otro sí.

Para reforzar tal argumentación la parte reclamante hace notar que el verbo empleado en la frase publicitaria se "escapan", está en tiempo presente, razón por la cual la comparación se dirige a la parte supuestamente lesionada, pues afirma que, al no haber más productos en el mercado con las características de forma anotadas, el extremo pasivo de la comparación, aunque tácito, es, necesariamente, el otro jabón de marca SAVON.

Sin embargo, la parte demandada hace notar que ello no es cierto, porque también se encuentra en el mercado con un jabón idéntico o similar.

Pero la discusión de este punto es irrelevante, como anteriormente se explicó, porque lo que está en juego, para los efectos del artículo 33, no es si la publicidad comparativa es tácita o expresa, clara u obscura, distinta o confusa, asociable o no asociable a otro producto de un competidor, confundible o no confundible con otro producto del extremo pasivo de la comparación, sino, por el contrario, si se encuentra entre alguna de las prohibiciones del artículo 33.

La verdad es que el anuncio comparativo no dice que el otro jabón que se resbala o se desliza o se escapa, es, precisamente, el jabón de marca SAVON, pues no menciona, expresamente, la marca del otro jabón, que sirve de extremo pasivo de la comparación.

La verdad es que ambos jabones, como jabones que son, se resbalan.

Pero también es verdad que el jabón de la parte demandada es de más fácil manejo que el de la parte reclamante.

Igualmente, es cierto que el jabón del extremo activo de la comparación posee una forma plástica diferente que lo hace menos susceptible de escaparse o resbalarse o deslizarse.

Por otro lado, las dos partes en conflicto aceptan que los dos moldes o modelos de jabón, que se encuentran en los extremos activo y pasivo de la relación comparativa, son diferentes, razón por la cual no se plantea ninguna confusión entre ellos.

Por último, si todavía existiera alguna duda o vacío en las razones presentadas en esta motivación de la sentencia, la CONARP tiene el recurso de acudir a la aplicación de la regla general, tal como se explica en el punto inmediatamente siguiente.

8. La regla general sobre publicidad comparativa lícita y sus excepciones.

La CONARP, en el caso de Salsa de Tomate la Constancia, según sentencia de Marzo 5 de 1.990, expresó :

"Acepta la CONARP que la publicidad tiene que ser competitiva.

Igualmente, acepta este máximo Tribunal de la publicidad, que el principio o regla general es el de que la publicidad comparativa es lícita, y, por consiguiente, está expresamente permitida, por normas del Código de Autorregulación.

Así las cosas, la publicidad comparativa ilícita y, por tanto, prohibida, es norma o regla de carácter excepcional, en los casos expresamente señalados en el artículo 33 del mismo Código.

Los asertos anteriores tienen una especial trascendencia a la hora de aplicar las normas.

La CONARP aprovecha, entonces, esta decisión, para efectos de establecer los siguientes criterios de interpretación y aplicación de los artículos 32 y 33, así :

- a) La regla o norma general es la de que la publicidad comparativa es lícita, y está permitida, salvo excepción clara y expresa, en contrario.
- b) La citada regla o norma general es de amplia interpretación y aplicación extensiva.
- c) Las normas de excepción que contraríen tal regla general, son de estricta interpretación y aplicación restringida.
- d) Las dudas o vacíos que puedan presentarse en la aplicación de los artículos 32 y 33 del Código de Autorregulación, deben resolverse a favor de la regla general y en contra de la excepción, es decir, a favor de que, en un caso concreto, la publicidad comparativa, objeto de examen, es lícita y, por consiguiente, está permitida.

Además de las razones expuestas en diferentes apartes de esta decisión, la sola aplicación de los anteriores criterios o pautas o reglas permite resolver, fácilmente, este conflicto, en forma desfavorable para la parte reclamante.

No obstante lo anterior, la CONARP, en algunos casos muy especiales, ha sostenido la tesis de que, cuando existe violación de derechos de Propiedad Industrial, el asunto debe examinarse a luz adicional de las normas que protegen los derechos de Propiedad Industrial, asunto este que, según parámetros trazados (en la sentencia de Marzo 5 de 1990, en el caso de Salsa de Tomate la Constancia), no es del caso tratar en la presente decisión, por no existir ninguna violación de tales derechos.

En el caso sub exámine, la Comisión encuentra que el anuncio acusado no encuadra, en ninguna de las siguientes hipótesis de excepción del numeral 6º del artículo 33.

En efecto :

- a) No denigra o deforma la imagen del producto.
- b) No denigra o deforma la marca de la otra empresa.
- c) No contiene afirmación o insinuación que atente contra el buen nombre de terceros.
- d) En general, respeta los principios y normas de la lealtad en la competencia comercial.

Igualmente, la Comisión no encuentra que se hayan violado las disposiciones normativas de los artículos 21, 22 y 33 numerales 3 y 5 que fueron señalados, como infringidos, en el presente caso.

9. La CONARP declara las siguientes constancias.

- a) Que las partes en conflicto han aceptado someterse al fallo de la CONARP.
- b) Que ha examinado, con detenimiento, las razones de hecho y de derecho presentadas por las partes en conflicto.
- c) Que ha examinado las pruebas presentadas y las piezas publicitarias que comprenden la campaña publicitaria.
- d) Que el estudio del caso fue realizado por la Comisión en pleno.
- e) Y que la decisión del caso planteado, fue adoptada por unanimidad.

10. Es del caso, entonces, proferir sentencia, haciendo la declaración correspondiente de ausencia de violación o infracción del Código de Autorregulación Publicitaria.

11. 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, en el caso sometido a estudio, referente tanto al anuncio audiovisual o televisado, como al anuncio simplemente gráfico, de JABON LE SANCY, no se han infringido las normas del Código de Autorregulación Publicitaria, en ninguna de las diferentes especies prohibidas de publicidad comparativa, de acuerdo con la parte motiva de esta decisión.
2. Se niega, entonces, la adopción o la aplicación de las medidas disciplinarias contenidas en dicho Código.
3. Comuníquese esta decisión a las partes en conflicto.
4. Inclúyase esta sentencia, como anexo, en el libro de actas.
5. 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 Hélder 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
Marzo 20 de 1.990.

JARDANY SUAREZ

PRESIDENTE DE LA COMISION NACIONAL
DE AUTORREGULACION PUBLICITARIA CONARP.