

:: LEALTAD COMERCIAL | PUBLICIDAD | SOBRE LA UTILIZACIÓN EN PUBLICIDAD DE AFIRMACIONES DE SUPERIORIDAD DE TONO EXCLUYENTE ::

Sostener que un producto es “el mejor” implica una comparación, a la vez que una afirmación de superioridad respecto de los demás productos que se comercializan en el mercado relevante y que pertenecen a la misma categoría o segmento.

La utilización de la expresión “el mejor” tiende a poner de relieve que el producto anunciado supera en calidad a los demás productos de su género.

El silogismo es simple: “Si un producto es el mejor, los otros son peores”.

Cuando la alegada calidad del producto promocionado como “el mejor” se refiere a cualidades que pueden ser comprobadas objetivamente y no se trata de una exageración evidente que el público no habrá de creer, la utilización de ese superlativo trasciende la mera expresión de opinión –o ‘juicio estimativo’– y es en cambio una afirmación de tono excluyente, que requiere, para ser lícita, que tal superior calidad pueda comprobarse de una manera objetiva y cierta.

Por lo tanto, es ilícito publicitar que un producto es “el mejor” cuando esa calidad superior no pueda comprobarse o no sea cierta. En tal caso se configura un supuesto de publicidad engañosa.

En otras palabras, para afirmar válidamente que un producto es de calidad superior a los demás pertenecientes a la misma categoría se requiere que tal afirmación se sustente en hechos objetivos y verificables.

El marco normativo aplicable

La necesidad de precisar el contenido del mensaje de una forma adecuada es un principio establecido en materia publicitaria. Procura la utilización segura y racional del producto por parte del consumidor, presentando sus propiedades objetivamente, sin engaños o equívocos, brindando información veraz, precisa y clara.

También es un imperativo legal

El artículo 10 bis del Convenio de París, en sus incisos 2) y 3), establece que constituye un acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honrados en materia industrial o comercial (inciso 2) y que principalmente deben prohibirse, en lo que aquí interesa:

“... 2º Las alegaciones falsas, en el ejercicio del comercio, que tiendan a desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 3º Las indicaciones o alegaciones cuyo uso, en el ejercicio del comercio, sea susceptible de inducir al público a error sobre... las características... de las mercancías.” (Inciso 3).

El nuevo régimen legal de Lealtad Comercial, sancionado mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia 274/2019 (el “DNU”), en su artículo 11, prohíbe la denominada “publicidad engañosa”, reproduciendo para ello el artículo 9º de la derogada ley 22.802.

La norma prohíbe –otra vez, en lo que aquí interesa- la realización de cualquier clase de publicidad que mediante inexactitudes pueda inducir a error, engaño o confusión sobre las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes.

El inciso a) del artículo 10 del DNU, a su turno, establece que se consideran actos de competencia desleal los “a) Actos de engaño: Inducir a error sobre [las] características principales... calidad... y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que correspondan a los bienes y servicios.”

El artículo 4º de la ley 24.240, de Defensa del Consumidor, que reglamenta el deber de información, establece a su vez que el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee.

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 1.101, inciso a), prohíbe toda publicidad que contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio.

El Código de Ética y Autorregulación Publicitaria del Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONARP) considera ilícita la utilización de frases que afirmen la superioridad de un producto cuando esa alegada calidad superior no puede comprobarse o no sea cierta.

En materia de publicidad de productos alimenticios, la Disposición ANMAT 4980/2005, en su Anexo III, punto 2.9 (I), prohíbe afirmar que un producto tiene un atributo o característica comparativa superior a otro o que el producto anunciado es la única alternativa posible dentro del rubro, expresando por ejemplo: “el producto”, “el de mayor elección”, “el único”, “el más frecuentemente recomendado”, “el mejor”, a menos que fuera sustentado con datos fidedignos y verificables.

Conforme con el marco legal aplicable –citado parcialmente en los párrafos precedentes- es claro que si una afirmación de superioridad no se sustenta en hechos objetivos y verificables, tendrá entonces carácter engañoso. Pues es evidente que “...

más allá de constituir una frase laudatoria o alabanza del propio producto, esconde una acción de comparación que en forma franca o velada importa para el competidor una situación de desventaja, evidenciando un elemento de concurrencia desleal por medio de publicidad que exagera... o más bien directamente, miente.”

En definitiva, la publicidad no debe calificar a un producto como “el mejor” a menos que esa afirmación de superioridad sea pasible de comprobación cierta y verificable.

Un precedente reciente

En un caso decidido recientemente, el Tribunal de Ética del CONARP analizó la publicidad radial y televisiva de un fabricante de productos alimenticios en la que el anunciante afirmaba que las pastas secas que elabora y comercializa bajo su marca “Molto” “son las mejores”, que acompañadas de las salsas que también elabora y comercializa bajo la misma marca “son superiores” y que “por calidad Molto conviene”.

Los anuncios fueron cuestionados por un competidor, que alegó (i) que esas afirmaciones indicaban, muy claramente, la supuesta superioridad de los productos anunciados con relación a los de sus innominados y múltiples competidores en el mercado argentino de pastas secas y (ii) que tales afirmaciones de superioridad, por un lado, no intentaban ser justificadas, en modo alguno, por el anunciante y por otro, que eran falsas.

El Tribunal de Ética, hizo lugar a la denuncia del competidor considerando:

- "2. Que el mensaje analizado utiliza afirmaciones objetivas de superioridad, sin incluir otras referencias para justificar el aludido liderazgo;
3. Que las mismas no pueden interpretarse como una exageración publicitaria o puffery, por cuanto resultan verosímiles y creíbles para el consumidor, por lo que deben ser verificables y exactas, con el fin de garantizar una información veraz en el marco de una competencia honesta;
4. Que en ningún caso corresponde el uso de superlativos sin evidencias técnicas contundentes y relevantes que lo justifiquen y acrediten debidamente la afirmación efectuada;
5. Que, por lo expuesto, el mensaje puede confundir al consumidor al manifestar calidades o cualidades no acreditadas fehacientemente... generando así una competencia desleal contra otros competidores del mercado al plantear un posicionamiento sin el debido soporte;”

Basado en tales consideraciones, el Tribunal de Ética resolvió que el mensaje era observable –citando para fundamentar la decisión varias normas del Código de Ética y ciertos “papers” del CONARP- por lo que solicitó a los responsables ajustar la comunicación en forma inmediata, detallando en la forma que estimasen conveniente el alcance de las ventajas transmitidas, fundamentadas en un soporte estadístico robusto y pertinente que respaldara en forma debida la información del mensaje, en línea con los principios que el Consejo de Autorregulación Publicitaria detalla en su Código y papers anexos.

Finalmente, el Tribunal decidió que si la calificación de superioridad no podía ser avalada – como efectivamente no lo fue - correspondía su eliminación.

Derecho comparado

En el derecho comparado la utilización del superlativo “mejor” ha sido materia de consideración y análisis, existiendo numerosos precedentes que han rechazado, por engañosas, frases o slogans publicitarios que han pretendido sostener falsamente que un producto era “mejor” que otro.

Siguiendo al prestigioso doctrinario español Carlos Lema Devesa puede afirmarse que: “Entre las diversas formas de expresión de la publicidad de tono excluyente que aparecen en la realidad publicitaria española, ocupa un lugar destacado el adjetivo de grado superlativo. Y, a su vez, dentro de este grado de comparación superlativo “el mejor” o “la mejor” es el que se manifiesta con mayor frecuencia en los anuncios y expresiones publicitarias [para] ensalzar productos o servicios... a través de este superlativo se pone de relieve de una manera clara y concisa que el producto anunciado supera en calidad a los demás productos de su género”.

El autor ha enumerado, revisando algunos casos de publicidad de este tipo que fueron rechazadas por engañosas en España, algunas pautas que orientan al intérprete a la hora de examinar la expresión reseñada:

“Así, el anuncio “la mejor hoja de afeitar” será lícito si el artículo elogiado supera a sus competidores en lo concerniente a materia prima utilizada, dureza de la hoja, finura, etc. 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 menos contenido de nicotina que los demás, si posee un contenido de alquitrán inferior a los restantes cigarrillos, etc. 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 maniobra, etc.

Corolario de lo expuesto es que, teniendo en cuenta que el mencionado adjetivo superlativo supone una alegación sobre la calidad del producto elogiado, dicha

alegación “la mejor mercancía” solo será veraz si la mercancía ensalzada ofrece una calidad superior a la de los restantes productos de los competidores”.

La existencia de una alegación de tono excluyente constituida por la frase publicitaria “Para mí, el mejor anti-arrugas del mundo” fue resuelta por el Jurado de la Publicidad de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial en España.

En esa oportunidad, se decidió que “A la hora de interpretar tales alegaciones, debe tenerse presente que como ya ha aclarado en numerosas ocasiones este Jurado, los anuncios y las restantes expresiones publicitarias no admiten análisis puramente literales o gramaticales. Antes al contrario, los mensajes publicitarios deben ser analizados de conformidad con el significado que aquéllos posean para un consumidor medio dentro del círculo concreto de destinatarios a los que se dirige el anuncio...”

En un caso resuelto en Chile derivado del cuestionamiento de una publicidad con el slogan “Definitivamente nadie es mejor que Drive”, a efectos de promocionar un jabón para la ropa”. se resolvió: “... es evidente que el tenor de tales afirmaciones lleva a considerarlas de aquellas que ameritan ser convenientemente demostradas, toda vez que además de ser acotadas y cuantificables, implican una superioridad respecto de todos sus competidores...”. El organismo entendió que las piezas publicitarias constituían una “pretensión exagerada que no había sido debidamente comprobada y que se encuentra en conflicto con la ética publicitaria, según se señala en el artículo 4º del Código Chileno de Ética Publicitaria”.

Otro precedente que me parece relevante es la campaña de una afeitadora y su espuma, con el slogan “Gillette Sensor, junto con la valiosa crema de afeitar, para la mejor afeitada que un hombre pueda tener!”.

Al analizar el anuncio la NAD (Nacional Advertising Division of the Council of Better Business Bureaus of New York) determinó que la manifestación “la mejor afeitada” no había sido suficientemente acreditada, porque no se había probado que ese producto proveyera, efectivamente, la “mejor” afeitada. La afirmación había sido realizada sin contar elementos categóricos que respaldaran la veracidad de la afirmación.

Para finalizar señalo lo resuelto por la NAD de Florida (The National Advertising Division of the Council of Better Business Inc. of Southeast Florida) que objetó el slogan “Nescafé, la mejor solución en especialidades de café compacto (léase granulado)”.

Como en el resto de los casos citados precedentemente, el organismo resolvió que, como la alocución “la mejor” implicaba que el producto constaba de ciertos atributos que podían ser medidos objetivamente respecto de las cualidades de otros productos competidores y que tales atributos de superioridad no habían sido debidamente acreditados se recomendaba discontinuar el aviso publicitario.

Exageraciones o “charlas de comerciantes” (Puffing)

Nada de lo dicho más arriba implica que deba excluirse de las publicidades el recurso creativo de la exageración evidente. Ni la utilización de metáforas. Ni, tampoco, el humor.

Las expresiones de opinión sobre cuestiones intangibles (tales como, por ejemplo, “el más rico” o “el mejor sabor”) también pueden, en mi opinión, ser utilizadas.

Las “exageraciones” o “charlas de comerciantes” (conocidas en el idioma inglés como “puffing” o “dealer’s talk”, respectivamente), son permitidas porque – o mejor dicho, cuando - no tienen aptitud para suscitar error, engaño o confusión.

Una de las cuestiones fundamentales del tema analizado consiste, entonces, en determinar cuándo el uso de superlativos significa una mera exageración o expresión de opinión y cuándo estamos en presencia de una afirmación de tono excluyente que requiere de la prueba de veracidad para ser lícita.

Al respecto existe cierto consenso a nivel doctrinario en cuanto a que la comparación entre productos releva de la prueba de veracidad sólo cuando se trata de una excesiva alabanza de un producto o de un servicio, que carece de todo fundamento y es tan irreal que nadie la puede creer.

En otros términos, las expresiones exageradas, cuando son de carácter inofensivo porque los consumidores no las creen, están excluidas del campo de los engaños.

El ejemplo paradigmático es la publicidad de aquel arroz que era tan grande, que un solo grano bastaba para preparar una paella. La figura es tan exagerada que se la puede definir como “exageración charlatanesca” y por lo mismo no creíble.

Conclusión

Fuera del campo de las exageraciones publicitarias, del humor y de las metáforas - en todos los casos, cuando sean imposibles de creer – o cuando se trata de expresiones de opinión sobre cuestiones intangibles, la utilización de la expresión “el mejor” requiere, necesariamente, probar la veracidad de lo afirmado.

Las alegaciones de tono excluyente, como lo es el mensaje que apela al superlativo “el mejor” cuando se refiere a cualidades que pueden ser comprobadas objetivamente, serán lícitas, entonces, siempre y cuando respeten el principio de veracidad; esto es, siempre y cuando sean veraces y comprobables.

En otras palabras, el mensaje que apela al uso del superlativo “el mejor” no será objetable en la medida en que se pueda acreditar su veracidad. Es decir, en la medida en que se pueda acreditar que, tal y como se desprende de la expresión controvertida, que el producto es, cualitativamente, el mejor del mercado.

9 de Octubre de 2019