

CPC N° 1235

ANT.: Denuncia de Nestlé Chile S.A. en
contra de EFFEM Chile Ltda. Rol N° 217-
02.

MAT.: Dictamen de la Comisión.

Santiago, U 6 ENE 2003

1.- Con fecha 28 de octubre pasado, compareció ante esta Comisión don Marcos Hrdalo Larraín, en representación de Nestlé Chile S.A, ambos con domicilio en calle Roger de Flor N° 2880, Las Condes, en adelante Nestlé, y formuló denuncia en contra de Effem Chile Ltda, representada por don Jorge Pedreira, ambos con domicilio Av. Américo Vespucio N° 2758-A, Conchalí, en adelante Effem, con el objeto de que se declare por esta Comisión que la campaña publicitaria de su producto de alimento para gatos marca "Whiskas", teniendo un carácter asertivo, carece de fundamentos objetivos y demostrables, razón por la cual atenta contra la libre competencia, moviendo a engaño a los consumidores, al motivarlos a comprar un producto que carece de los atributos que dice poseer.

2.- La campaña que se denuncia es la que, según Nestlé, lanzó Effem el día 28 de julio pasado a través de distintos medios, que tiene como soporte la siguiente frase **"8 de cada 10 gatos prefieren Whiskas"**, con un respaldo secundario que sostiene que **"8 de cada 10 dueños informaron que sus gatos prefirieron Whiskas Recetas Favoritas a otro alimento balanceado"**.

3.- Según el denunciante la afirmación que se hace por medio de esta propaganda no tiene asidero, de acuerdo a las cifras obtenidas de un análisis del mercado chileno de alimentos para gatos, donde los alimentos Whiskas aparecen con una venta en todos los segmentos investigados que en ningún caso alcanza el 80%, que sería lo lógico en su concepto, si tal preferencia fuera verdadera. De esta manera acompaña cifras indicativas por tipo de

alimento, por marcas, por gramaje. etc., que revelan que la participación en la ventas de "Whiskas recetas favoritas", no alcanza siquiera al 40% y en algunos de ellos llega incluso al 10%, de suerte entonces que resulta falsa la pretensión de la denunciada de que de cada 10 gatos 8 prefieran el alimento Whiskas.

4.- Concluye entonces de este razonamiento, que si bien la publicidad puede exagerar las cualidades de un producto, este debe presentarse tal como es y no mentir sobre el mismo y, continúa señalando, que la publicidad puede pretender convencer, pero no haciendo uso de engaños como ocurre en la especie.

5.- Puesta la denuncia en conocimiento de la denunciada, ésta ha solicitado el rechazo de plano de la misma arguyendo principalmente que la publicidad en general y la publicidad asertiva en particular son elementos lícitos y universalmente aceptados para competir, y del que se valen los distintos agentes del mercado para promocionar sus productos, entre otros Nestlé, citando al efecto productos de esta transnacional como Kryptoplasma, un helado al que la publicidad cataloga como **"lejos el mas raro"** o "bliss Sport Isotónico", bebida para deportista, el que se promociona señalando que **"te devuelve agua, energía y sales más rápido que ninguna otra bebida"**.

6.- En concepto de la denunciada es habitual, normal y hasta propio y esperado que en el mundo de la publicidad se utilicen aseveraciones categóricas, sin que sea necesario afirmar la absoluta o total veracidad del contenido de dicha expresión en el mismo comercial que las incluye.

7.- Además de lo anterior, la denunciada expresa que la frase propagandística que se impugna es utilizada por su empresa por más de treinta años y, como eslogan, está protegido por derechos de propiedad industrial. A ello agrega que la campaña de Effem no es un acto de competencia desleal y, si lo fuera, no corresponde a los organismos de defensa de la competencia su conocimiento y fiscalización, entregando

argumentos de derecho comparado para ello, donde, según expresa esta figura está encargada a organismos especializados, separados de los organismos de defensa de la competencia.

8.- Finalmente, se debe tener presente que la denunciada esgrime toda esta argumentación como una cuestión previa y con el objeto de que la denuncia sea rechazada de plano. Subsidiariamente, entrega argumentos de fondo, cuyo objeto es demostrar, con una serie de documentos y estudios, que la afirmación que se hace en la propaganda referida es verdadera y tiene asidero comprobable.

9.- Analizados los antecedentes, esta Comisión estima que con los elementos de juicio resumidamente transcritos, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

10.- Es de conocimiento común que para dar a conocer un producto, este debe promocionarse a objeto de que el público conozca su existencia y para que el producto penetre en el mercado y pueda venderse, se requiere de un soporte que haga mención de las aptitudes que al mismo se atribuyen y las ventajas que pueda poseer sobre otros de la misma especie, de suerte que el consumidor se incline más por éste, que por otros.

11.- En este sentido, la publicidad que se haga del producto puede ir encaminada a resaltar sus virtudes y promocionarse sobre la base de sus propias características o bien, utilizar la comparación, es decir, porqué debe ser preferido tal producto y no otro. En este segundo caso, la jurisprudencia de los órganos de la libre competencia ha señalado que en publicidad comparativa, la publicidad debe ser veraz, objetiva y comprobable, es decir, sustentada en hechos verdaderos y demostrables.

12.- Sin perjuicio de lo anterior, es un hecho indiscutible que el público consumidor posee un sentido crítico de la publicidad, atendido el largo tiempo que ha estado expuesto a ella, al desarrollo creciente de esta disciplina y las sutilezas que se emplean en el afán de convencer sobre las

bondades de los productos que se promocionan. A la larga, se termina comprobando que la mayor parte de las veces la propaganda no corresponde en sentido estricto a la absoluta realidad.

13.- Estima esta Comisión, que en materia de propaganda, ya no se está en presencia de un público incauto, dispuesto a asimilar y creer cualquier cosa o aseveración, más aún si la propaganda de que se trata, está destinada a consumidores de un nivel económico superior, o cuando se enfrentan productos de la misma especie, puesto que en este caso, en general, se intenta resaltar los mismos atributos en unos u otros. Ejemplo claro de ello es que frente a la campaña de Effem de que de cada 10 gatos 8 prefieren Whiskas, Nestlé lanzó una campaña sobre lo mismo, con la siguiente aseveración: **“Si 8 de cada 10 gatos llegaran a preferir otro alimento, es porque se les acabó Friskies”** o bien, aquella más corta pero con igual soporte: **“Indiscutible: la mayoría de los gatos prefiere sólo Friskies”**.

14.- En la materia de que se trata, ambas partes hablan de publicidad asertiva, categórica, cuyo objeto es convencer al público que lo que se señala es cierto. La denunciante expresa que la aseveración propagandística de Effem carece de sustento y tras una larga y documentada investigación, pretende demostrar que si tal fuere verdad, es decir, que si 8 de cada 10 gatos prefirieran Whiskas, ello debiera necesariamente reflejarse sobre las ventas, es decir, Whiskas debiera copar el 80% del mercado, cuestión que no ocurre en ninguno de los productos puestos a la venta.

15.- Tal razonamiento parece lógico, pero ello es más aparente que real. El que se prefiera algo, no necesariamente significa disposición a adquirirlo pues ello va a depender, entre otras cosas, de la capacidad económica del consumidor, de la real necesidad que tenga del producto, de la posibilidad de sustituir el bien necesario, del efecto de comparación, etc. Si ello no fuere así, no existirían los productos sustitutos o los sucedáneos. De modo entonces que, pese a la larga exposición sobre el comportamiento del mercado en la venta de alimentos para gatos, el que una compañía venda

más que otra en este aspecto, no refleja ni representa preferencia, por lo que las causas de este comportamiento habrá que buscarlas no sólo en lo anteriormente expuesto, sino también en otras condicionantes, donde una de ellas, puede ser la preferencia por el producto mismo, pero sin duda no es la principal o la única. También en este caso, podría estimarse que la idea de preferencia que se pretende transmitir es a favor del producto que se promociona en vez de comida no elaborada o natural.

16.- Expuestas así las cosas, no se divisa un intento de engaño o una pretensión desleal de competir en la campaña publicitaria de Effem. Más bien, lo que se aprecia en ésta, es el uso de un recurso que pretende impactar a través del ingenio, aprovechando una coyuntura especial, en particular cuando es sabido que todo tipo de tendencias se intenta medir a través de encuestas.

17.- Finalmente, analizando la cuestión desde la perspectiva de la legislación positiva que estaría involucrada en la materia sometida a conocimiento de esta Comisión, la norma que se dice infringida es la del artículo 1° del Decreto Ley N° 211 y la letra f) de su artículo segundo, esto es, todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia o cualquier arbitrio que tenga por finalidad eliminarla, restringirla o entorpecerla. No se puede inferir de la conducta de la denunciada que con su aviso promocional pretende eliminar o restringir la competencia, puesto que este hecho no es idóneo para lo primero ni impone un barrera que provoque lo segundo. En cuanto a que la entorpezca, tal ocurriría si de ello se derivara en una limitante para la concurrencia a los mercados, virtud o efecto del que carece un aviso publicitario, tanto más cuando afirmaciones como las de este tipo son comunes en el mercado publicitario y usadas generalmente, también por la denunciante.

Atendidas estas consideraciones, se rechaza la denuncia formulada por Nestlé Chile S. A. en contra de Effem Chile Ltda.

Acordado con el voto en contra del Comisionado Sr. Juárez, quien fue de la opinión que la denuncia debió haber sido investigada con el objeto de verificar si la afirmación cuestionada en la publicidad de Whiskas estaba o no

respaldada en estudios metodológicamente razonables, por cuanto a su juicio si ello no fuera así la denunciada podría estar incurriendo en prácticas de publicidad desleal, contrarias a la libre competencia.

Si bien es posible concordar con varias de las aseveraciones del voto de mayoría de este dictamen, en lo relativo a los alcances de la publicidad asertiva, es necesario tener presente que ellas constituyen básicamente presunciones, carentes de respaldo o referencias adecuadas.

A juicio de quien suscribe este voto, la frase publicitaria de la denunciada contendría afirmaciones que un consumidor razonable, mediante una interpretación integral y superficial, podría percibir como objetivas, en el sentido que la marca Whiskas es preferida por el 80% de una muestra representativa de felinos o ella posee un 80% del mercado. Estos mensajes, percibidos como información objetiva –esto es científicamente respaldada– podrían ser determinantes en la elección de los consumidores. Es necesario hacer un distingo entre publicidad asertiva y aquella que pretende basarse en hechos objetivos, al punto de establecer guarismos sobre las preferencias de los consumidores o su participación de mercado.

La publicidad desleal, entendida como la publicidad falsa o engañosa, tal como se indica en ciertos artículos sobre competencia desleal (Miguel Carpio, Procompetencia, Venezuela), entorpece la libre competencia por las siguientes razones:

- a) Incrementa en el largo plazo la incertidumbre en el mercado, en los casos en que ella prolifera al no existir restricciones a este tipo de publicidad generando un clima de desconfianza en los mercados.
- b) Eleva los costos de transacción de las personas que participan en el mercado al distorsionarse las señales y la información que estos reciben.

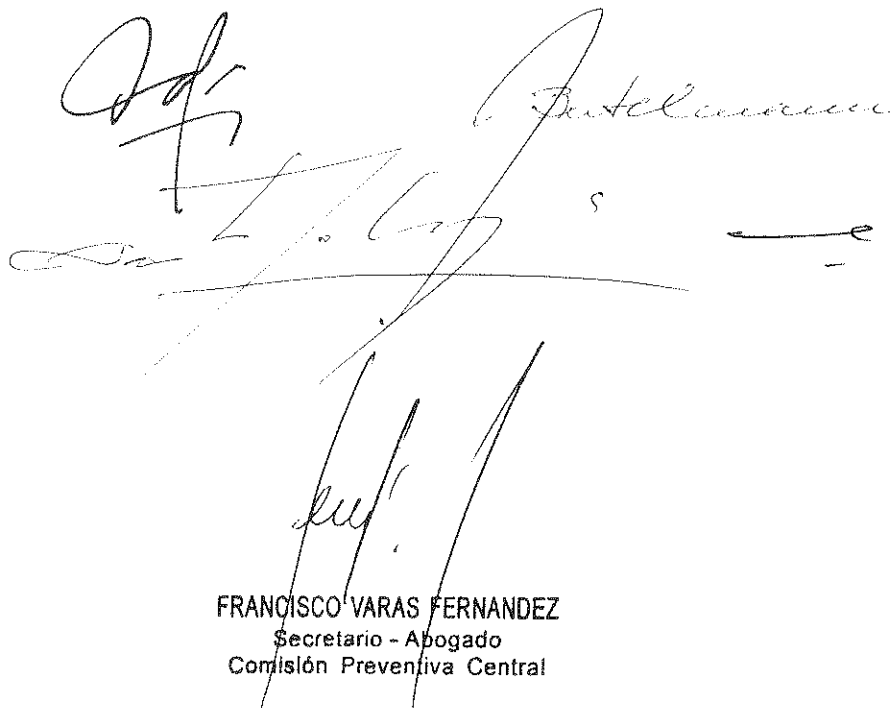
En términos económicos es posible decir que las decisiones erróneas que adopten los consumidores a partir de la publicidad desleal reducirá su excedente, tal como ocurriría en el caso de un monopolio. En efecto, el excedente del consumidor puede entenderse como la diferencia entre los que el consumidor espera recibir (expectativas), proporcionalmente a su esfuerzo, y aquello que realmente recibe. Cuando una empresa se beneficia de la confusión que ha provocado en el consumidor, mediante la emisión de

mensajes falsos o engañosos, está tomando parte del excedente del consumidor, a través de medios ilegítimos. Por otra parte, también podría afirmarse que la publicidad desleal distorsiona los incentivos de los consumidores pudiendo originar una asignación ineficiente de la renta (recursos) del consumidor, con los consiguientes efectos negativos en el desempeño de los mercados.

Si bien este tipo de conductas pueden ser abordadas adecuadamente por la legislación relativa a los derechos del consumidor o bien por la autorregulación publicitaria, cuando la naturaleza del hecho en cuestión no permite su solución mediante estas instancias o bien simplemente cuando ellas no son efectivas, corresponde, por los argumentos expuestos, la participación de las entidades que velan por la libre competencia.

Por todo lo anterior, de probarse que la afirmación del mensaje publicitario de Effem, respecto a la marca Whiskas, no está respaldada razonablemente –hecho que debería ser refutado por la denunciada- y que dicho mensaje fue percibido por el consumidor como una información objetiva, relevante para sus decisiones de compra –lo que corresponde demostrar a la denunciante-, la conducta de Effem sería reprochable desde el punto de vista de la libre competencia.

El presente dictamen fue acordado en la forma transcrita, en la sesión del día 20 de diciembre de dos mil dos, con la concurrencia de doña Andrea Butelmann Peisajoff, Presidenta, Rodemil Morales Avendaño y Carlos Castro Zoloaga y con el voto en contra del Comisionado don Claudio Juárez Muñoz.



FRANCISCO VARAS FERNANDEZ
Secretario - Abogado
Comisión Preventiva Central