

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

18 de diciembre de 2018

***“SENSODYNE: EN DIENTES SENSIBLES,
LA MARCA MÁS RECOMENDADA POR LOS ODONTÓLOGOS”***

Tres años de pleito para establecer si una frase publicitaria viola la ley.

La Ley de Lealtad Comercial intenta, entre otros objetivos, evitar la publicidad engañosa.

Entonces prohíbe “la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes...”.

Los organismos de defensa del consumidor de cada provincia y la Secretaria de Comercio del gobierno federal tienen a su cargo hacer cumplir esa ley en sus respectivas jurisdicciones.

En julio de 2013, la Dirección de Defensa del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires encontró que la publicidad del dentífrico Sensodyne violaba la ley, *porque era engañosa*, ya que había omitido “incluir la fuente que daba sustento a la afirmación” de que esa pasta dental “era la más recomendada por los odontólogos”.

En consecuencia, se le impuso al fabricante de Sensodyne (Glaxosmithkline Argentina SA —“GSK”—) una multa de \$ 100.000.

La empresa apeló a la justicia. Al hacerlo, informó cuál era el estudio en el que se basaba para sostener que la mayoría de los dentistas recomendaban Sensodyne.

Dijo también que no toda omisión de información convierte a una afirmación en *engañosa*. En este caso, “la omisión no inducía a error o engaño, porque el estudio confirmaba la afirmación del anuncio”.

La Dirección del Consumidor, en un arrebato de lenguaje burocrático, dijo que “las defensas intentadas por la encartada no son de entidad suficiente como para rebatir el plexo probatorio obrante en su contra”. En simple castellano, dijo que GSK no tenía razón.

En septiembre de 2013 el caso llegó a la Cámara de Apelaciones¹. El fiscal dijo que en su opinión no se había violado la ley.

A los tres jueces del tribunal de apelación les llevó tres años resolver la cuestión. El

¹ In re “Glaxosmithkline Argentina SA c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, CApelContAdm y Trib (III), exp. 65239/2013-0; 15 septiembre 2016

primero de ellos dijo que la Dirección de Defensa del Consumidor no había cuestionado el estudio presentado por GSK ni probado que fuera falso o insuficiente. Y, más aún, que el organismo no sólo no había probado que la omisión de la fuente pudiera inducir a error sino que había admitido que la encuesta aportada por GSK servía para acreditar que Sensodyne era la marca más recomendada, *por lo que no había existido un intento de engañar al consumidor*.

Para ese primer juez, no se demostró “que los avisos publicitarios del dentífrico conteniendo una especial referencia a su carácter de más recomendado configuraran una inexactitud u ocultamiento que produjese error, engaño o confusión”, por lo que votó por dejar sin efecto la multa.

El segundo juez, en cambio, opinó que no se probó que fuera verdadero que Sensodyne fuera la marca más recomendada, “sino que ello era tan solo *probable*”.

Ese segundo juez tuvo en cuenta que la encuesta había sido realizada a una muestra de 400 dentistas residentes en el país, por lo que “de ella no puede deducirse que sea verdadero que Sensodyne sea, en dientes sensibles, la marca más recomendada por los odontólogos. En todo caso, de dicha muestra solo puede inducirse (en el caso que sea suficientemente representativa de la generalidad de los odontólogos —lo cual no fue probado—) que es *probable* que sea en dientes sensibles, la marca más recomendada”.

Para ese magistrado, como GSK había anunciado lisa y llanamente “y sin hacer referencia alguna a una encuesta que acotara el alcance de lo anunciado” que era *verdadero* que Sensodyne era la marca más recomendada, *cuando ello era tan solo*

probable, “debía concluirse que GSK realizó publicidades engañosas en violación de lo dispuesto por la ley”.

El tercer juez estuvo de acuerdo con el segundo. Explicó que la Ley de Lealtad Comercial debía integrarse con la Ley de Defensa del Consumidor y con la de Defensa de la Competencia.

Entonces, según su opinión, eso lleva a interpretar esa ley (donde se encuentra la prohibición de la publicidad engañosa) junto con las otras dos. De allí se desprende que el sentido de esa norma acerca de la publicidad es el de proteger al consumidor de las tácticas de comercialización que puedan perjudicar su situación frente al proveedor del bien o servicio, afectando su derecho a la información.

Para este último juez, el derecho a la información, reconocido por la Constitución Nacional (que exige que aquella sea “adecuada y veraz”) y por la de la Ciudad de Buenos Aires (que agrega que debe ser “transparente y oportuna”) debe permitir al consumidor “efectuar una elección racional y fundada respecto de un determinado bien o servicio”.

Agregó que “la necesidad de una información al consumidor o al usuario radica precisamente en la desigualdad evidente que tiene respecto del proveedor, [acerca] de los conocimientos sobre los productos y servicios”.

Y subrayó que “el fin que se persigue con la Ley de Lealtad Comercial es evitar que los consumidores, mediante publicidades poco claras o engañosas, sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de mercaderías o en la contratación de servicios, protegiéndose de este modo, el derecho a una información adecuada, completa y veraz con relación al consumo”.

Finalmente, opinó que esa ley “pretende preservar la lealtad en las relaciones comerciales, que abarca los derechos de los consumidores y los de los competidores; con publicidades como la examinada se pueden producir desvíos o captación potencial de clientela por medio de métodos contrarios a la lealtad que debe reinar en las relaciones comerciales”.

Bajo su punto de vista, la leyenda “la marca más recomendada por los odontólogos” era cuanto menos, engañosa, “pues no surgía de las pruebas que en la publicidad se hubiese aclarado que la leyenda se encontraba fundada en una encuesta efectuada a un número determinado de profesionales, ofreciendo tal publicidad una información insuficiente, que induce al error a los consumidores al momento de adquirir el producto”.

Por consiguiente, la mayoría del tribunal optó por confirmar la multa a GSK.

Como dijimos, la resolución del caso llevó tres años. Nos parece excesivo que se haya dedicado tanto tiempo a una cuestión que, objetivamente, nos parece muy menor y absolutamente irrelevante para proteger los derechos de los consumidores.

En efecto, no se trató de un caso donde se asegurara que el uso de un cierto producto tuviera un efecto positivo determinado (como impedir las caries o blanquear los dientes, por ejemplo). Apenas si se dijo que era recomendado, *sin indicar la fuente de ese dato*. ¿Era realmente dañina esa ausencia —temporaria, por otra parte, pues el estudio realmente existía—?

Si el consumidor fuera dañado por esa pasta de dientes, ¿la falta de la ficha técnica de la encuesta hecha entre los odontólogos constituiría la base de la relación causal para demostrar el daño? (Sí, ya sabemos que la cuestión aquí pasaba por una supuesta violación a la Ley de Lealtad Comercial, pero quienes mezclaron esta ley con la de Defensa del Consumidor fueron los jueces y no nosotros).

Por otra parte, algunas de las frases de los jueces mayoritarios (sobre *un número determinado de profesionales encuestados*) ¿constituye una crítica a las técnicas de los sondeos de opinión? ¿Pueden los jueces pedir, razonablemente, que las estadísticas cumplan con parámetros técnicos y que sean los tribunales los que los establezcan?

Hay algo en esta sentencia que no nos deja conformes o, como se dice ahora “que nos hace ruido”.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**