



Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria
Concepto No. 70

Noviembre 12 de 2008

1.- Identificación de las partes

1.1. Solicitante

Nombre: COLGATE PALMOLIVE

Piezas publicitarias: Comercial de televisión "Nuevo Listerine Cuidado Total"; Material POP, empaque y producto "Listerine Cuidado Total"

Fecha de presentación de la solicitud: Octubre 7 de 2008.

Pruebas presentadas: las relacionadas con la solicitud

1.2. Denunciado

Nombre: JOHNSON & JOHNSON DE COLOMBIA S.A, EN ADELANTE JOHNSON & JONHNSON

Fecha presentación de la respuesta: Octubre 17 de 2008

Pruebas y anexos: los relacionados en la respuesta.

2.- Normas del Código de Autorregulación Publicitaria que se consideran Vulneradas por el solicitante del concepto:

Conforme con los argumentos de COLGATE, en la publicidad referida se incurriría en violación de los artículos 7,9,10,15,16 y 29 del Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria (CCAP).

3.- Concepto de la violación y respuesta del denunciado.

3.1. COLGATE en su solicitud denuncia que el comercial de Listerine vulnera el CCAP, por las siguientes consideraciones:

3.1.1 Vulnera la protección de temas y conceptos creados previamente por terceros que establece la norma ética:

Después de un análisis en el que enfatiza los alcances de la naturaleza ética de las normas del código frente a la protección de las creaciones de terceros, que vá mas allá de la protección

jurídica en la medida en que el objeto de la protección del Código Etico (artículo 29 CCAP) es en si mismo la creatividad. Argumenta:

- a. a. Desde hace más de 10 años COLGATE creó y desarrolló para sus productos de higiene bucal el concepto de un círculo formado por colores prismáticos, los cuales se van introduciendo al círculo en forma dinámica y progresiva. Señala que este concepto han sido de uso constante de los productos Colgate, entre estos, de PLAX, enjuague bucal. El uso de los elementos circulares y de su formación a través del espectro de colores que simboliza protección continua en el tiempo, ha sido un tema y concepto creativo exclusivo de COLGATE, lo que genera una asociación en la mente del consumidor con los productos de la marca. Estos símbolos de comunicación y elementos creativos han sido empleados para construir la imagen general de mercadeo de TOTAL enjuague y crema desde el lanzamiento de los productos.
- b. b. El nuevo Listerine Cuidado Total lanzado por Jhonson & Jhonson, utiliza en su publicidad como elemento central de recordación y asociación con protección, la imagen de un círculo que se va formando mediante la introducción de colores prismáticos, imitando el concepto de COLGATE PALMOLIVE. La publicidad enfatiza y repite la palabra TOTAL, creando un vínculo adicional con los productos COLGATE. Este uso lo extendió a los demás elementos de la comunicación del producto Listerine, especialmente en envase. Así, a más del uso del círculo de colores, el empaque presenta de forma prominente un sub elemento de comunicación que incluye la palabra TOTAL en tono metálico de color plata, imitando el color dorado que tradicionalmente ha sido utilizado como tonalidad especial de la línea de productos Colgate Total. El tono dorado, que representa las propiedades de calidad y excelencia de la línea de productos Total, es otro elemento clave de la imagen general usada en el mercadeo de Colgate Total.
- d. c. Esta imitación contraviene el artículo 29 del CCAP por que aunque la identidad de los anunciantes y responsables del producto es clara, el anunciante imita el tema y concepto publicitario que otro ha creado y lo que la norma ética protege es la creatividad misma y no la identidad del anunciante que la realiza. La imagen del círculo formado mediante la incorporación progresiva de colores prismáticos, son elementos de comunicación ampliamente reconocidos por los consumidores, quienes los asocian con los productos de higiene bucal de COLGATE PALMOLIVE porque han sido utilizados durante mas de 10 años ininterrumpidos en toda su publicidad y empaque.

3.1.2 La publicidad o el empaque del producto inducen a engaño al consumidor:

Sustenta la vulneración de los artículos 7,9,10,15 y 16 del CCAP en el principio fundamental de la regulación ética es la publicidad veraz y comprobable, que no engañe al consumidor. En el caso de la publicidad (Material POP) y empaque de Listerine Cuidado Total, considera q se vulnera este princpio por las siguientes consideraciones:

- a. Transmiten el mensaje según el cual Listerine Cuidado Total es el mas avanzado y completo enjuague bucal que existe en el mercado o que, lo que es lo mismo, que ningún enjuague bucal es tan avanzado –en cualquier aspecto-. Esto surge de la afirmación categórica de ser “el más avanzado”, sin hacer referencia a una marca o a un beneficio en relación con el que se haga la afirmación, lo que lleva a un consumidor normal y racional a pensar que el producto Listerine es el mas avanzado en todos y en cual aspecto. Esto no es cierto y, contrario al material POP, el comercial para televisión se cuidó al hacer mención al avance del producto en relación con el mismo producto anterior y no frente a la generalidad de las marcas. Así el audio del comercial de televisión claramente expresa: *“Nuevo Listerine Cuidado Total, el Listerine más avanzado de todos los tiempos. Para una salud bucal total”*. La omisión es relevante porque si un consumidor entiende que la comparación es con otra versión de Listerine, preferirá seguir usando su marca habitual. Si entiende que es frente a todas las marcas, creará erróneamente que es el producto mas avanzado del mercado.
- b. El envase del producto, en su franja superior con caracteres destacados transmite el mismo mensaje de superioridad “EL MAS AVANZADO Y COMPLETO”. El análisis de la comunicación debe hacerse integralmente, teniendo en cuenta denotaciones y connotaciones que transmite y no solamente sus aspectos literales. El envase y el material POP pregonan una superioridad general y no simplemente un avance en la marca, lo que induce a engaño al consumidor respecto de una inexistente y no identificada superioridad del producto anunciado frente a los beneficios generales de otros enjuagues. Un consumidor de nivel medio de conocimientos generales no puede saber que las características superlativas de esta variante de Listerine se refieren únicamente a la línea de productos de la misma marca.
- c. Johnson & Johnson debe probar la superioridad de Listerine como “La mas avanzada del mundo”, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 6 del CCAP. Señala que solicitó a J&J la prueba de la afirmación pero no la suministroo.

3.2 RESPUESTA DE JOHNSON & JOHNSON:

Solicita se nieguen las peticiones de COLGATE, con fundamento en las siguientes consideraciones:

3.2.1 En cuanto a la apropiación de conceptos de terceros:

a. Los códigos Éticos como el CCAP, tienen implícitos los valores como el de la justicia (que trasciende el mundo jurídico) y la honestidad. En la protección de la creación intelectual el Código de Ética debe buscar la realización de estos valores. Cuando no se tiene un derecho o propiedad, o cuando no es posible adquirirlo conforme a la ética, no puede invocarse la norma ética para suplir lo que no concedió la norma jurídica cuando se trata de derechos de propiedad intelectual. El artículo 29 del CCAP no se opone sino que complementa la norma jurídica, en la medida en que el CCAP no brinda protección a las obras de carácter intelectual porque no es su

objeto. No es acertado plantear que la autorregulación protege la idea en si misma, por cuanto que las ideas no son susceptibles de apropiación dado que, de conformidad con las normas de derechos de autor, lo que es susceptible de apropiación es la forma en que se expresan esas ideas. Si bien la ética supera en ocasiones al orden jurídico, el contenido ético de los derechos inherentes a la persona humana no pueden desconocerse porque obedecen a esos principios de honestidad y justicia.

b. Las imágenes del círculo con colores (reloj) utilizados por COLGATE en nada se parecen a los de LISTERINE. En principio el círculo y la elipse no son susceptibles de apropiación. La presentación de COLGATE es una figura de fantasía que si puede apropiarse en su conjunto y se asocia con el uso del reloj, que se explica como 12 horas de protección y va acompañada de un cepillo dental. La expresión COLGATE TOTAL 12 es un conjunto inseparable que como tal es marca registrada de COLGATE en varios países de manera que su concepción y desarrollo, es diferente al de LISTERINE y no es susceptible de confusión con este producto. La expresión TOTAL es de dominio público y se usa en los enjuagues bucales de COLGATE y no en sus cremas dentales. En el caso de COLGATE PLAX, el conjunto es inconfundible con el de LISTERINE.

c. La marca LISTERINE CUIDADO TOTAL está registrada en varios países. La publicidad que menciona la palabra TOTAL hace relación a las marcas ya existentes, título jurídico para cada una de las partes que hace que ninguna de ellas pueda ser titular de la expresión de uso común, TOTAL.

d. Los empaques son completamente diferentes y diferenciables. Los de Listerine son diferentes a los de crema dental Colgate y la franja a colores de Listerine no se parecen ni evocan el círculo dinámico y progresivo de COLGATE.

3.2.2 En cuanto a que el uso de la frase "EL MAS AVANZADO Y COMPLETO LISTERINE" no es cierta:

a. Se sustenta y comprueba en documentos de carácter técnico y clínico que se aporta bajo reserva de confidencialidad por ser secreto industrial. En consecuencia la estima como cierta.

b. El material POP que menciona "el más avanzado" sin mencionarlo dentro del contexto de LISTERINE será retirado dentro de los 15 días hábiles siguientes, para evitar discusiones lo que no implica que Johnson y Johnson acepte los cargos, dado que la compañía nunca pretendió hacer comparación con productos de la competencia. El envase si tiene clara alusión a la superioridad frente a los demás productos LISTERINE.

c. El producto LISTERINE CUIDADO TOTAL es el más avanzado de los productos Listerine lo que se comprueba en los estudios técnicos reservados (Documento PROJECT MUSKETEER SIPPOR PLAN de febrero de 2008)

4.- Evaluación de los cargos y descargos:

4.1.1 CARGOS RELACIONADOS CON EL USO DE CONCEPTO DE TERCEROS.

Considera COLGATE que la pieza publicitaria de LISTERINE utiliza o se apropia del concepto, que en su opinión resulta imitar la imagen de un círculo que se va formando mediante la introducción de colores prismáticos, concepto desarrollado previamente por COLGATE PALMOLIVE.

El concepto de las piezas es el siguiente:

COLGATE:



JOHNSON & JOHNSON: LISTERINE



Efectuada la valoración y análisis de las piezas publicitarias y el concepto en ellas involucrado, la Comisión considera lo siguiente:

RESPECTO AL ARTÍCULO 29 DEL CCAP

Establece el artículo 29:

“Con excepción de lo expresamente previsto en el aparte de Publicidad Comparativa, el anuncio no podrá utilizar las marcas, temas y conceptos de terceros. En ningún caso podrán utilizarse marcas, temas y lemas claramente reconocidos o asociables con otro anunciante o producto para identificar el producto anunciado”

Esta disposición contiene dos presupuestos distintos. El primero de ellos, referido al uso de conceptos marcarios de un tercero, y en tal medida, se relaciona con la titularidad de las marcas, conceptos y temas, lo que exige a quien alega su propiedad el correspondiente registro y el análisis de los derechos que derivan de las normas de propiedad intelectual.

El segundo, se relaciona no con la “propiedad” de los elementos sino con la asociación o reconocimiento que se tenga con otro anunciante del tema o lema y marca utilizado en la publicidad, lo que no exige la verificación de la titularidad del derecho sino el concepto de asociación con un producto de otro anunciante.

Dentro de éste marco, procede la CONARP a analizar la pieza publicitaria en relación con los artículos anteriores, en los siguientes términos:

1. En primer lugar, se precisa que el objeto de la protección de la norma invocada por COLGATE PALMOLIVE como vulnerada con la publicidad de LISTERINE es, en efecto, la creación publicitaria., por su puesto, en su dimensión ética y no jurídica de la propiedad intelectual. Sin embargo, dado que aún en el ámbito ético no puede considerarse que exista una creación publicitaria sino a partir de su expresión, para la CONARP resulta claro que es la manera como resulta materializada la idea, lo que resultaría relevante para la protección ética que pretende la instancia autorreguladoras.

2. Es importante considerar que el uso del círculo con colores prismáticos, que genera la inconformidad de COLGATE, no es el que integra los elementos gráficos de la marca TOTAL 12 que lo que representa gráficamente en un reloj en círculo dorado, con una elipse que si utiliza los colores azul, rojo y dorado. El círculo con colores prismáticos es utilizado como uno de los elementos de los anuncios publicitarios. En consecuencia, en el caso particular y para efectos de la aplicación de las disposiciones del CCAP nos encontramos en el presupuesto al que se refiere el segundo aparte del artículo 29º
3. LISTERINE no utiliza el recurso gráfico del círculo para representar el tiempo –reloj- Se trata de un círculo con 6 colores (rojo, naranja, verde claro, azul claro y azul oscuro en el empaque del producto y 4 tonalidades de la gama de amarillos y dos de azules en el material POP), que con claridad se asocian a las 6 características (beneficios) del producto, en tanto que COLGATE utiliza el círculo con colores prismáticos representativo de un reloj, con un cepillo de dientes como puntero en la publicidad de su producto PLAX y se encuentra asociado al concepto del tiempo de protección que ofrece el producto.
4. En consideración de la CONARP no puede aceptarse que las dos representaciones tengan similitud alguna y la sola utilización del círculo en colores no puede ser susceptible de apropiación alguna ni de protección en el ámbito de la regulación ética. La forma de expresión de dos ideas distintas, difiere también en el conjunto de su representación y los conceptos desarrollados por los dos gráficos son diferentes.
5. Los elementos utilizados en la publicidad y empaque de LISTERINE, no son los mismos que utiliza COLGATE tanto para su producto de enjuague bucal como para las cremas. En efecto, resulta cierta la utilización de un círculo con colores prismáticos. Sin embargo, tanto la forma como se expresan gráficamente como el concepto total del elemento gráfico difieren de manera significativa lo que impide considerar que se trate del mismo.
6. En el caso particular, estima la CONARP que entre el empaque, el material POP y el comercial de televisión del producto LISTERINE CUIDADO TOTAL no existe con la publicidad y empaque del producto PLAX de COLGATE ni los de cremas TOTAL 12 similitud adicional a la que puede surgir del uso de los elementos coincidentes, no apropiables como es el caso del círculo

4.1.2 CARGOS RELACIONADOS CON LAS CARACTERÍSTICAS DEL PRODUCTO ANUNCIADO:

Conforme con lo expuesto por el solicitante del concepto, se cuestiona la veracidad de la publicidad que resulta ser principio común de todas las normas cuya vulneración se argumenta. Constituye presupuesto fundamental de la ética publicitaria desarrollada por el Código

Colombiano de Autorregulación, la veracidad de las afirmaciones relacionadas con las características del producto anunciado, siempre que se trate de aquellas de carácter objetivo.

Señala el mismo ordenamiento, que las características objetivas se relacionan con cualidades tangibles y valores medibles de un producto (art 6), y deben ser susceptibles de ser comprobados. Producto de la veracidad de los anuncios, no pueden atribuirse a los productos características y cualidades que no sean ciertas y comprobables (art 9) y se encuentra obligado a realizar presentación verídica del producto anunciado en cuando se refiere a sus características, entre otras.

Es de señalar que, por mandato del CCA, no basta que las frases que se expresan en el anuncio, literalmente, resulten ciertas para que el comercial se encuentre acorde con el principio de veracidad por cuanto que éste debe ser considerado como un todo. (art 15º, parágrafo). En consecuencia, no solo las frases o el texto sino toda descripciones o argumentaciones relacionadas con hechos o datos objetivos deben ser comprobables.

Sin embargo, en el anuncio en particular se realizan presentaciones del producto que no se encuentran acordes con las disposiciones antes mencionadas, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

1. La publicidad (Material POP) de Listerine Cuidado Total, transmiten el mensaje según el cual Listerine Cuidado Total es el mas avanzado y completo enjuague bucal que existe en el mercado lo que, como afirma COLGATE, surge de la afirmación de tratarse del "más avanzado", sin contextualizarlo de manera alguna ni referirlo específicamente a una comparación con beneficio o característica de producto o marca alguna.
2. Los adjetivos utilizados, sin lugar a dudas, expresan una superioridad en relación con características objetivas, medibles y susceptibles de exigir su comprobación en los términos de la regulación ética.
3. Como reconoce Johnson & Johnson, la superioridad que se pretende argumentar es en relación con versiones anteriores del enjuague bucal LISTERINE y no de la totalidad del mercado de enjuagues, lo que no resulta reflejado ni en la frase ni en el análisis integral de la pieza analizada.
4. En consecuencia, el anuncio utiliza una presentación del producto que no corresponde a la real, lo que desconoce el artículo 15º del CCAP, que dispone: *"Presentación verídica: El anuncio debe realizar presentación verídica del producto anunciado en cuanto a sus características, identificación, precio y forma de pago, condiciones de entrega, garantías, propiedad y reconocimiento o aprobaciones oficiales. PARÁGRAFO: El anuncio publicitario debe ser considerado como un todo. Como consecuencia, puede resultar falso aun cuando , literalmente, cada una de sus frases sea verdadera"*

En consideración de lo expuesto la CONARP,

CONCEPTUA

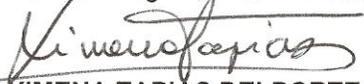
PRIMERO: Que el material POP presentado a consideración de la CONARP del enjuague bucal LISTERINE, por la frase "EL MAS AVANZADO Y COMPLETO vulnera los artículos 6, 9 y 15 del CCA, en los términos analizados en el concepto.

SEGUNDO: En cuanto a la imagen, lemas y conceptos utilizados por la publicidad y el empaque del producto LISTERINE TOTAL, no encuentra la CONARP que concurren los elementos necesarios para considerar que se usan conceptos de terceros dentro del contexto anteriormente analizado, en la medida en que la forma y las características de los recursos utilizados resultan, en términos publicitarios, disímiles si bien presentan coincidencia en el uso de elementos que no pueden considerarse apropiables de manera independiente.

TERCERO: Se recomienda su modificación para efectos de ajustarla a las características reales del producto, del material POP, la cual fue ofrecida por JOHNSON & JOHNSON.

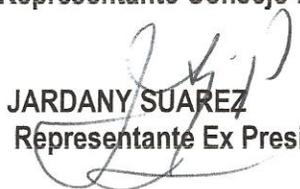
CUARTO: Remitir el concepto a las asociaciones del sector para ser circularizado entre sus afiliados.

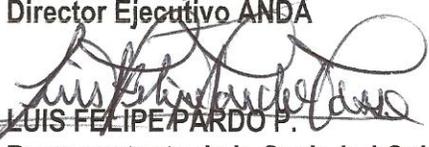
Dado en Bogotá, a los 12 días del mes de Noviembre de 2008


XIMENA TAPIAS DELPORTE
Presidente CONARP y UCEP


ANDRES QUINTERO
Representante Consejo Directivo UCEP


CARLOS DELGADO PEREIRA
Director Ejecutivo ANDA


JARDANY SUAREZ
Representante Ex Presidentes CONARP


LUIS FELIPE PARDO P.
Representante de la Sociedad Colombiana de Cirugia Plastica Estetica y Reconstructiva

Participa en calidad de Directora Ejecutiva de la CONARP,


MONICA TRUJILLO TAMAYO