

CONCEPTO No. 073**Julio 13 de 2009****1. Identificación de las partes.****1.1. Solicitante**

Nombre: **UNILEVER ANDINA COLOMBIA LTDA.**
Piezas Publicitarias: Comercial Shampoo anticaspa CLEAR de UNILEVER – Comercial Head&Shoulders de PROCTER & GAMBLE.
Fecha de admisión de la solicitud: Junio 16 de 2009.

1.2. Denunciados:

Nombre: **PROCTER & GAMBLE COLOMBIA LTDA**
Fecha presentación de la respuesta: Junio 25 de 2009

Nombre: **AGENCIA DE PUBLICIDAD LEO BURNETT**
Fecha de presentación de la respuesta: Julio 03 de 2009

2. Normas del Código de Autorregulación Publicitaria que se consideran vulneradas por el solicitante del concepto

Conforme con los argumentos de UNILEVER ANDINA COLOMBIA LTDA, en la publicidad referida se incurre en la violación de los artículos 7, 8, 9, 15, 21 y 29 del Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria (CCAP), y por lo tanto debe ordenarse su suspensión inmediata.

3. Concepto de violación. Argumentos del denunciante:

El solicitante del concepto, expone las siguientes consideraciones como fundamento de su denuncia:

- a. Desde el año 2007, momento en que la marca CLEAR entra al mercado internacional de shampoo anticaspa, ha sido concebida como una marca con arquitectura propia y distintiva. El color esencial de la marca ha sido el negro, con contrastes de fondos negros contra elementos superpuestos en color blanco. Las campañas publicitarias y las estrategias de comunicación de este producto, han mantenido las mismas características en países como: China, Tailandia, Brasil, Rusia, Egipto y Pakistán.

- b. En el 2009, la marca CLEAR ingresa al mercado colombiano y al igual que en los demás países, la campaña publicitaria de expectativa y su estrategia de comunicación mantuvieron aquel esquema, basado en los elementos originales y únicos hasta ahora empleados por Unilever.
- c. El storyboard de la pieza es el siguiente:

CUADRO 1:

Locución: "uno de cada cuatro colombianos aún sufre de caspa"

Copy: "1 de cada 4 colombianos aún sufre de caspa"

Crédito Legal: "Estudio cuantitativo realizado en las cinco ciudades principales de Colombia"

CUADRO 2:

Locución: "¿Será que su shampoo anticaspa no es tan efectivo?"

Copy: "¿Será que su shampoo anticaspa no es tan efectivo?"

- d. Los elementos utilizados en la publicidad de expectativa: música, voz del locutor, color de la pieza, contenido, caracteres y tipo de letra del mensaje, forma de aparición y desaparición de los textos, así como la estructura de los mismos, no son de uso común en esta categoría. Estos han sido presentados en forma conjunta y se han agrupado en una forma original y propia a efectos de promocionar una pieza publicitaria de expectativa en el segmento específico de los productos anticaspa.
- e. El día 08 de Junio de 2009, la empresa Procter&Gamble, presentó en los canales de televisión nacional, la publicidad de su producto Head&Shoulders, shampoo anticaspa líder en el mercado colombiano desde hace varios años, contrariando de forma desleal disposiciones del CCAP, pues reproduce los elementos publicitarios del comercial de CLEAR.
- f. El storyboard de la pieza, desarrollado por la agencia de publicidad Leo Burnett Colombiana, es el siguiente:

CUADRO 1:

Locución: "dos de cada tres colombianos que ya lo probaron"

Copy: "2 de cada 3 colombianos que ya lo probaron (..)"

CUADRO 2:

Locución: "Se quedaron con Head&Shoulders. ¿Eres tú el que falta?"

Copy: "Se quedaron con Head&Shoulders. ¿Eres tú el que falta?"

Crédito Legal: Basado en data Latin Panel de abril 2008 a abril de 2009.

CUADRO 3:

Locución: "Comprobado. Head&Shoulders. 365 días libres de caspa"

Imagen: Cuero cabelludo y logo de Head&Shoulders.

Crédito Legal: Caspa visible. Usándolo regularmente.

Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria

- g. Los elementos de la pieza publicitaria de Procter&Gamble tales como la música, la voz del locutor, los colores, textos, caracteres, estructura de los textos y su forma de aparición y desaparición, son idénticos, a los utilizados en la campaña de expectativa de CLEAR. Estos no habían sido utilizados con anterioridad para la promoción del producto Head&Shoulders. El uso de elementos tan similares, y en tal extensión, no puede ser atribuido al azar o a la casualidad, mucho menos sí se tiene en cuenta que Head&Shoulders ha seguido una línea tradicional de arquitectura comercial y de marca basada en el uso de espacios abiertos, fundamentada en los colores blanco y azul. Los elementos usados rompen de esta manera la línea de comunicación propia de la marca Head&Shoulders.
- h. Procter&Gamble actuó en forma oportunista, pues Unilever hasta ahora había lanzando la campaña de expectativa del producto CLEAR, en la cual no se mencionaba ninguna marca u origen empresarial, buscando generar ansiedad en el público y dudas sobre el producto o la marca que entraría al mercado, cuando Procter&Gamble lanzó su campaña del producto Head&Shoulders, no solamente desdibujó por completo el sentido de la campaña, lo que de suyo ya es violatorio de las normas de lealtad publicitaria, sino que adicionalmente generó confusión en el mercado sobre la identidad y origen de la misma, generando enormes perjuicios y la neutralización de una campaña cuidadosamente desarrollada.
- i. La campaña de Procter&Gamble replica elementos originalmente vinculados a la imagen y lanzamiento de CLEAR; imita de manera desleal una presentación originalmente desarrollada por Unilever, saboteando en forma deliberada y desleal una campaña publicitaria que le implicó enormes esfuerzos económicos.
- j. La pieza cuestionada viola adicionalmente los principios de veracidad propios de toda campaña publicitaria, en tanto que la afirmación objetiva contenida en el anuncio: "2 de cada 3 colombianos que ya lo probaron se quedaron con H&S" (fuente Latin Panel) no es real y afecta gravemente la veracidad de la pieza. Además, la fecha del estudio de LatinPanel, publicada en el anuncio, no corresponde a la fecha en la cual éste fue presentado.
- k. En este orden de ideas, la conducta de Procter&Gamble no solamente viola los principios éticos esenciales, sino que adicionalmente podría constituirse en contraria a las normas que regulan la leal competencia económica, las derechos de autor y los derechos de los consumidores a recibir información verídica.

4. Solicitud del denunciante:

Con base en los anteriores argumentos Unilever solicita que:

- a. Se declare formalmente que con su conducta, los denunciados, con la presentación de la pieza de referencia "H&S comercial 2 de cada 3 colombianos", vulneraron abiertamente las disposiciones contenidas en los Arts. 7, 8, 9, 15, 21 y 29 entre otros, del Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria.

- b. Se recomienda el retiro inmediato del aire del mencionado comercial, dada la gravedad de la conducta y vulnerabilidad de la marca CLEAR por las acciones de la denunciada.
- c. Se recomienda que en las piezas publicitarias que Head&Shoulders presente en el futuro, se eviten conductas como las descritas en esta denuncia.
- d. En forma solidaria, las recomendaciones y condenas producto de este conflicto, se hagan extensivas a la agencia de publicidad LEO BURNETT COLOMBIANA S.A

5. Argumentos del denunciado.

5.1 Procter&Gamble:

La empresa denunciada Procter&Gamble rechaza y niega tajantemente la totalidad de las denuncias contenidas en la reclamación presentada por Unilever ante esta comisión, y solicita se declare improcedente la reclamación, con fundamento en los siguientes argumentos:

- a. El comercial de Unilever genera confusión y desconfianza, en tanto la afirmación en el contenida "1 de cada 4 colombianos aún sufren de caspa" puede tener varios significados, los cuales se contradicen entre sí. La afirmación y la pregunta no sólo generan duda sobre la naturaleza y características de los productos anticaspa, pues no otorga el soporte suficiente para otorgarle al consumidor información completa y comprobable, sino también, sobre la efectividad del shampoo anticaspa Head&Shoulders.
- b. Del mismo comercial, se desprenden interpretaciones denigratorias hacia Head&Shoulders. La intención de Unilever, en el comercial, es la de dar a conocer una estadística con el fin de cuestionar la efectividad de los productos de esta misma categoría, presentes en el mercado. En la medida en que Head&Shoulders es el shampoo anticaspa líder, al sembrar en el consumidor la duda sobre la efectividad del shampoo anticaspa en general, se ataca directamente a la marca líder, en decir, a Head&Shoulders.
- c. Como respuesta a esta campaña de Unilever, Procter&Gamble, en ejercicio de sus derechos de libre competencia, decide pautar un comercial con el fin de proveer al consumidor información clara y suficiente, para decisiones de compra objetivas, y aclarar al consumidor las siguientes características de su producto: 1. La efectividad; 2. El reconocimiento que le han dado los consumidores, a través de su repetida compra.
- d. Procter&Gamble diseñó el comercial de tal manera que para el consumidor fuese claro que debía relacionar un comercial con el otro, aclarando que existe entre las dos campañas elementos que marcan diferencia entre los dos productos y las empresas, sin intenciones de generar confusión o apropiarse de los conceptos de Unilever.

- b. Se recomienda el retiro inmediato del aire del mencionado comercial, dada la gravedad de la conducta y vulnerabilidad de la marca CLEAR por las acciones de la denunciada.
- c. Se recomienda que en las piezas publicitarias que Head&Shoulders presente en el futuro, se eviten conductas como las descritas en esta denuncia.
- d. En forma solidaria, las recomendaciones y condenas producto de este conflicto, se hagan extensivas a la agencia de publicidad LEO BURNETT COLOMBIANA S.A

5. Argumentos del denunciado.

5.1 Procter&Gamble:

La empresa denunciada Procter&Gamble rechaza y niega tajantemente la totalidad de las denuncias contenidas en la reclamación presentada por Unilever ante esta comisión, y solicita se declare improcedente la reclamación, con fundamento en los siguientes argumentos:

- a. El comercial de Unilever genera confusión y desconfianza, en tanto la afirmación en el contenida "1 de cada 4 colombianos aún sufren de caspa" puede tener varios significados, los cuales se contradicen entre sí. La afirmación y la pregunta no sólo generan duda sobre la naturaleza y características de los productos anticaspa, pues no otorga el soporte suficiente para otorgarle al consumidor información completa y comprobable, sino también, sobre la efectividad del shampoo anticaspa Head&Shoulders.
- b. Del mismo comercial, se desprenden interpretaciones denigratorias hacia Head&Shoulders. La intención de Unilever, en el comercial, es la de dar a conocer una estadística con el fin de cuestionar la efectividad de los productos de esta misma categoría, presentes en el mercado. En la medida en que Head&Shoulders es el shampoo anticaspa líder, al sembrar en el consumidor la duda sobre la efectividad del shampoo anticaspa en general, se ataca directamente a la marca líder, en decir, a Head&Shoulders.
- c. Como respuesta a esta campaña de Unilever, Procter&Gamble, en ejercicio de sus derechos de libre competencia, decide pautar un comercial con el fin de proveer al consumidor información clara y suficiente, para decisiones de compra objetivas, y aclarar al consumidor las siguientes características de su producto: 1. La efectividad; 2. El reconocimiento que le han dado los consumidores, a través de su repetida compra.
- d. Procter&Gamble diseñó el comercial de tal manera que para el consumidor fuese claro que debía relacionar un comercial con el otro, aclarando que existe entre las dos campañas elementos que marcan diferencia entre los dos productos y las empresas, sin intenciones de generar confusión o apropiarse de los conceptos de Unilever.

- e. El día 08 de junio de 2009 P&G pautó un comercial en el que hace la siguiente afirmación: *"2 de cada 3 colombianos que ya lo probaron se quedaron con Head&Shoulders"* y se pregunta: *"eres tu el que falta? Comprobado, Head&Shoulders 365 días libre de caspa"*.

Para esta fecha, ya habían sido pautados dos comerciales de CLEAR:

- El día 02 de Junio de 2009, salió al aire el comercial de CLEAR en el que se hace la siguiente afirmación: *"1 de cada 4 colombianos aun sufre de caspa"* seguido de la pregunta: *¿Será que su shampoo anticaspa no es tan efectivo?*
 - El día 05 de junio de 2009, sale al aire el comercial de CLEAR en el que se enumeran seis beneficios del shampoo CLEAR y se hace la siguiente afirmación: *"seis beneficios en cada lavada"* y se pregunta: *"¿Su shampoo hace eso?"*
- f. Recursos creativos como el uso de música de fondo, el uso de color negro para promocionar productos anticaspa, las campañas de expectativa, o el uso de expresiones numéricas como 1 de cada 4, 2 de cada 3 y similares, son amplia y comúnmente utilizadas en el ámbito publicitario, no sólo en la categoría de cuidado del cabello donde compiten los productos Clear y H&S, sino que su uso se extiende a otras categorías, tales como coloración para el cabello, el cuidado de la piel o los detergentes para ropa.
- g. No es la primera vez que Procter&Gamble recurre al uso de estos elementos de publicidad. La estructura y elementos publicitarios del comercial de Head&Shoulders ha sido utilizado por Procter&Gamble, aun con anterioridad al lanzamiento del producto CLEAR, para publicidad de otros productos de sus marcas Pantene, Koleston y Olay en Colombia y en el mundo.
- h. No hay coordinación musical idéntica entre los comerciales, la voz del locutor se diferencia en su tono, los elementos gráficos (color, tipo de mensajes, uso de caracteres en la pantalla, forma de aparición de textos), así como el uso de afirmaciones de proporción, no son originales ni de propiedad exclusiva de Unilever ni de la campaña de CLEAR.
- i. La veracidad de la frase *"2 de cada 3 colombianos que ya lo probaron se quedaron con H&S"*, se fundamenta en la información suministrada por Latin Panel, para el periodo de enero a diciembre de 2008, la cual es de conocimiento público. LatinPanel registró, que en el 2008, el índice de recompra del shampoo Head&Shoulders fue del 70%. Basados en esta data, se afirma que 2 de cada 3 consumidores colombianos que probaron Head&Shoulders, lo han preferido y se quedaron con él.
- j. Respecto a las fechas de referencia de la información publicadas en el comercial, Procter&Gamble reconoce que se cometió un error, pues las fechas incluidas en el texto legal en la primera aparición del comercial eran incorrectas, pero que las mismas fueron corregidas oportunamente y se vieron reflejadas en el comercial que estuvo al aire hasta el 18 de junio de 2009.

6. Consideraciones previas.

6.1 Normatividad.

La CONARP ha tenido conocimiento sobre la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio, del diecinueve (19) de junio de dos mil nueve (2009) por la cual resuelve acoger la pretensión cautelar formulada por Unilever Andina Colombia Ltda, y en consecuencia, ordena a la empresa Procter&Gamble Ltda, que se abstenga de presentar en la televisión colombiana el comercial de su producto Head&Shoulders, caracterizado entre otras cosas, por la utilización de un fondo negro y la aparición de la frase *"2 de cada 3 colombianos que ya lo probaron se quedaron con H&S, eres tu el que falta?"*, así como que se abstenga de usar los elementos característicos de la campaña de expectativa que la solicitante elaboró para el producto CLEAR referidos en la solicitud.

Esta Comisión reitera, que dada su naturaleza de instancia ética, sus decisiones se fundamentan únicamente en las normas contenidas en el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria CCAP, y que conforme al Art.4 de dicho Código, le corresponde además aplicar los correctivos necesarios y expedir los conceptos, sugerencias y recomendaciones que surjan de la aplicabilidad del Código, y que por tal razón no tiene competencia para la aplicación del ordenamiento jurídico colombiano. La CONARP sin embargo, no se encuentra excluida de su deber de informar a las autoridades competentes nacionales los casos en que considere se infrinja una norma de orden nacional, según lo dispone el Art.18 de la Resolución 002 de 1998.

En este sentido, para el estudio del presente caso, se analizarán únicamente los cargos relacionados con la violación de las normas del CCAP, sin desconocer la autoridad regulatoria y de control de la Superintendencia de Industria y Comercio. Se trata ésta de una instancia de autorregulación a la que las partes acuden de manera voluntaria con el ánimo de hacer respetar los valores y principios éticos del negocio publicitario, reconociendo el valor de la autorregulación.

La rendición de un concepto por parte de la CONARP no implica, en consecuencia, una derogatoria de la justicia ordinaria, ni impide a cualquiera de las partes acudir ante cualquier entidad jurisdiccional, no obstante su manifestación de acogerse al concepto por ésta emitido, el cual no es en derecho.

6.2 Extemporaneidad de la documentación anexada

El día dieciséis (16) de junio de 2009, fecha de admisión de la solicitud presentada por Unilever, la Dirección Ejecutiva de la CONARP dió traslado de la misma a los denunciados, la empresa Procter&Gamble y la agencia de publicidad Leo Burnett Colombiana, para que en ejercicio de su derecho de contradicción y de defensa, tuvieran oportunidad de controvertir las afirmaciones y pruebas aportadas por el denunciante, durante un término de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la fecha de recibo de la carta de traslado.

El día veinticuatro (24) de Junio la empresa Unilever presenta ante la CONARP nueva documentación, y solicita que ésta sea anexada a su solicitud inicial.

El día tres (3) de Julio, la agencia de Publicidad Leo Burnett, de manera extemporánea presentó la correspondiente contestación a la solicitud de Unilever.

En consideración de esta Comisión el derecho de defensa debe ser garantizado tanto por las autoridades públicas y privadas, como por los particulares; su naturaleza ética le exige aún más velar por los principios del debido proceso, para lo cual ha expedido la Resolución 002 de 1998. Esta Resolución, puesta en conocimiento de las partes denunciadas, corresponde a las formas propias de la actuación de sometimiento voluntario a la instancia de autorregulación por eventual desconocimiento de las normas contenidas en el CCAP, que esta comisión promueve y respeta.

Por lo tanto, la CONARP fundamentará el presente concepto en la solicitud inicial presentada por la empresa Unilver (admitida el 16 de Junio), y en el escrito de contestación oportunamente allegado por la empresa Procter&Gamble.

7. Evaluación de Cargos y consideraciones de la CONARP.

Evaluadas las piezas publicitarias y analizados los argumentos y pruebas presentadas por las partes, la CONARP efectúa las siguientes consideraciones:

7.1 Vulneración de normas aplicables al uso de marcas, temas y lemas de terceros y la imitación general de anuncios como recurso creativo válido. (Art. 29, 31 CCAP)

Considera Unilever que la pieza publicitaria de Procter&Gamble, anuncio del producto Head&Shoulders, utiliza recursos creativos originales de esa empresa, los cuales han sido previamente usados en su campaña de expectativa del shampoo anticaspa CLEAR.

Efectuada la valoración y análisis de las piezas publicitarias y el concepto en ellas involucrado, la Comisión se dispone a analizar la aplicabilidad de los Arts. 29 y 31 del CCAP los cuales guardan relación fundamental con los hechos que se controvierten en el presente caso.

Establece el Art. 29 del CCAP que con excepción de lo expresamente previsto en el aparte de Publicidad Comparativa, un anuncio publicitario no podrá utilizar las marcas, temas y conceptos de terceros. Continúa, que en ningún caso podrán utilizarse marcas, temas y lemas claramente reconocidos o asociables con otro anunciante o producto para identificar el producto anunciado

Ha interpretado la Comisión que, ésta disposición contiene dos presupuestos distintos. El primero de ellos, referido al uso de conceptos marcarios de un tercero, se relaciona con la *titularidad* de las marcas, conceptos y temas. Lo anterior exige a quien alega su propiedad el correspondiente registro y, hace necesario el análisis de los derechos que se derivan de las normas de propiedad intelectual.

El segundo, se relaciona con la asociación o reconocimiento que se tenga con otro anunciante, del tema o concepto 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.

El Art. 31 del CCAP dispone la prohibición de imitación de la forma general, el texto y la presentación visual de anuncios de otros, difundidos con anterioridad, en los siguientes términos: "La publicidad de un producto no podrá imitar la forma general, texto, presentación visual, etc., de anuncios de otros anunciantes difundidos con anterioridad, en Colombia o en el exterior, a menos que se trate de un evidente y deliberado recurso creativo"

Esta disposición, guarda relación con el contenido del Art. 29 mencionado; si bien no se refiere a los conceptos que pueden involucrar la titularidad de una marca o lema asociado como parte de ésta, si trata de los aspectos relacionados con la imitación del anuncio de otro anunciante, que haya sido emitido con anterioridad.

Dentro de éste marco normativo, procede la CONARP a analizar la pieza publicitaria objeto de controversia, en los siguientes términos:

Dado que el concepto de *marca* no resulta relevante, la Comisión analizará en primer lugar, el alcance de los términos *tema* y *concepto* mencionados en la norma. La Real Academia de la Lengua Española define *tema* como una "proposición o texto que se toma por asunto o materia de un discurso", y *concepto*, como la "idea que concibe o forma el entendimiento" o como una "forma de pensamiento expresado con palabras", entre otras acepciones de menor relevancia para el asunto que nos ocupa.

Con base en estas definiciones se hace necesario considerar si los textos o afirmaciones contenidas en el comercial de Head&Shoulders, así como el mensaje que con éstos se pretende transmitir, es en efecto reconocido o asociable con los utilizados en las campañas del shampoo CLEAR.

Para la CONARP, los comerciales de CLEAR y Head&Shoulders contienen recursos creativos de uso común, lo cual quiere decir que no se asociación con una marca definida y que a su vez transmiten mensajes diferentes.

Como bien lo explica la empresa Unilever en su solicitud, la campaña del shampoo CLEAR es en primera instancia una campaña de expectativa. Con el uso de la frase "*1 de cada 4 colombianos aún sufre de caspa, será que su shampoo anticaspa no es tan efectivo*", se cuestiona implícitamente la efectividad de productos de éstas características que hacen parte del mercado, sin hacer alusión expresa a éstos; el anunciante busca generar atención e interés en el consumidor hacia un nuevo producto.

Por su parte, Procter&Gamble, con el comercial de Head&Shoulders, pretende que su shampoo anticaspa, mantenga su liderazgo en el mercado, y ante la expectativa de la entrada de un nuevo producto, busca la manera de que sus consumidores mantengan su fidelidad con el producto.

Ahora bien, Unilever en su demanda se refiere al ocho (8) de Junio, fecha en la cual es pautado el comercial de Head&Shoulders, sin hacer mención a la fecha en que fue pautado el comercial de expectativa, ni hacer referencia al comercial en que se presenta el nuevo producto CLEAR, ni la fecha en que éste fue pautado.

Procter&Gamble, por su parte, argumenta que para la fecha en que el comercial de Head&Shoulders es pautado, el día 8 de Junio de 2008, la campaña del shampoo CLEAR no constituía una mera campaña de expectativa, pues en comercial del día 5 de Junio de 2009, Unilever había pautado un nuevo comercial presentando el nuevo producto llamado CLEAR, así como sus beneficios de uso a través del siguiente mensaje: "*Llego CLEAR, Shampoo Anticaspa, 1. elimina la caspa, 2. previene la picazón, 3. reduce la caída, 4. humecta el cuero cabelludo, 5. disminuye la resequedad, 6. limpia y refresca; 6 beneficios en cada lavada, ¿Su shampoo hace eso?*"

A juicio de la Comisión, los anteriores hechos no han sido controvertidos por Unilever, ni comprobados por Procter&Gamble. Además, no consta en el material probatorio anexado por Procter&Gamble prueba de la veracidad de esa información, es decir, prueba de que en efecto las piezas publicitarias hayan sido pautadas en las fechas mencionadas. Sólo se tiene certeza, y coinciden las partes en sus escritos, en que el comercial de Head&Shoulders salió al aire el día ocho (8) de Junio.

Sin embargo, independiente de la veracidad de esa información, es decir, de que se compruebe si las fechas coinciden con la pauta de las piezas publicitarias, y el comercial de Head&Shoulders haya sido pautado bien durante la campaña de expectativa de CLEAR o después de ésta, conviene la CONARP en que Procter&Gamble no actuó en contravención de los principios de la leal competencia puesto que su comercial, responde a una estrategia comercial válida dentro de las normas de competencia del mercado publicitario, mas tratándose de productos de la misma categoría.

Las campañas de expectativas manejan la dificultad de que los anunciantes de productos de la competencia posicionados en el mercado, reaccionen de manera tal que, aprovechando la situación de expectativa de otro producto, recuerden y/o informen al consumidor de la existencia y calidades de sus productos, lo cual se refleja en la situación que nos ocupa. El contenido del mensaje de Head&shoulders no implica confusión o denigra el buen nombre de su competencia, siempre que no lo compara o se refiera directamente a él o a sus características, sino que exalta los beneficios de su propio producto, y su posicionamiento dentro de la categoría del shampoo anticaspas.

Haciendo claridad en que los textos de la pieza transmiten un mensaje que permite diferenciar los productos de que se tratan, y continuando con el análisis de las piezas publicitarias, se procede a la evaluación, a la luz del Art. 31 del CCAP, de una eventual coincidencia de los recursos y elementos gráficos que son comunes en esta categoría de productos.

En cuanto se refiere a la pretendida vulneración del artículo 31° del CCAP ya transcrito, ha dicho la CONARP que la *imitación* supone la copia o falsificación para efectos de "hacer una cosa a semejanza de otra". En consecuencia, no cualquier utilización de un elemento común en una pieza publicitaria, a juicio de la Conarp, puede derivar en un acto de imitación reprochado por el estatuto ético.

Por esta razón, el juicio resulta necesario y en un mayor grado de exigencia, cuando los productos corresponden a la misma categoría en la medida en que el uso de elementos comunes – más que coincidentes - pueden fácilmente derivar en imitaciones del anuncio original.

En el caso particular, estima la Comisión que el anuncio de Head&Shoulders no se encuentra dentro de los preceptos de la "imitación" de la forma general del anuncio de CLEAR porque si bien existe el uso de algunos elementos gráficos que fueron utilizados por ésta en la publicidad emitida con anterioridad, el anuncio no resulta semejante en su integralidad, en tanto éstos elementos se definen como evidentes y deliberado recurso creativo en los términos del Art. 31 del CCAP, como lo son, los colores, el contenido de los mensajes mediante el uso de frases tipo 1 de cada 4, o 2 de cada 3 y/o de preguntas, la aparición de los textos, manejo de cifras de compra y recompra, el uso de imágenes del cuero cabelludo, fondos negros que resalten la caspa, entre otros, presentes en campañas publicitarias diseñadas no solo para la televisión, sino también otros medios masivos de comunicación como lo son los medios impresos y la radio.

Las partes han demostrado ante esta instancia, que desde que sus productos entraron al mercado, los recursos mencionados han hecho parte de sus campañas publicitarias, no solo dentro del mercado nacional sino también del mercado internacional, incluso en productos de otras categorías, lo cual reafirma que no es esta la primera vez que sus comerciales contienen los elementos gráficos y creativos escogidos para las campañas de CLEAR y de Head&Shoulders.

A juicio de la CONARP, cuando la temática resulta evidentemente similar, pueden excederse las posibles coincidencias consecuencia de los elementos comunes y en algunos casos obvios, de un producto similar. Los dos comerciales, utilizan recursos creativos igualmente válidos, no apropiables ni originales de la empresa UNILEVER o Procter&Gamble, los cuales pertenecen a la categoría de uso común y con el fin de transmitir conceptos y mensajes diferenciables entre sí.

En virtud de lo anterior, conviene a la CONARP en que las piezas publicitarias no violan las disposiciones de los Arts. 29 y 31 del CCAP.

7.2 Principios de honestidad y veracidad de la información (Art, 7, 9, 15 CCAP)

La empresa UNILEVER manifiesta igualmente que la afirmación "2 de cada 3 colombianos que ya lo probaron se quedaron con Head&Shoulders " contenida en la pieza publicitaria del shampoo Head&Shoulders, falta al principio de veracidad y objetividad de la información, por considerar que no es real, y que por tal razón debe ser debidamente comprobada.

Por su parte Procter&Gamble cuestiona en su documento de contestación la veracidad de las frases utilizadas por CLEAR en su comercial, causando confusión entre los consumidores sobre las verdaderas cualidades y atributos del producto. Sin embargo, la pieza objeto de análisis en este caso es la del shampoo Head&Shoulders denunciada por la solicitante del concepto. La prueba de veracidad de las afirmaciones del anuncio de CLEAR sería objeto de una nueva solicitud.

Ha interpretado la CONARP, que la decencia, honestidad y veracidad, principios generales de la autorregulación, constituyen el fundamento de los anuncios publicitarios, los cuales exigen un comportamiento orientado a reflejar respeto por las normas y principios de la leal competencia.

En concordancia con el Art.13 del CCAP, el principio de honestidad se entenderá quebrantado cuando los anuncios publicitarios abusen de la falta de conocimiento e inexperiencia del consumidor. En cuanto a la veracidad de la información, señala el Art. 15 del CCAP que todo anuncio publicitario debe realizar una presentación verídica del producto anunciado en cuanto se refiera a sus características, identificación, precio y forma de pago, condiciones de entrega, garantías, propiedad y reconocimientos o aprobaciones oficiales.

En este mismo sentido, el Art.16 del CCAP dispone que, cuando en la publicidad se contengan descripciones y/o argumentos que se relacionen con hechos o datos objetivos, éstos deberán ser comprobables. Los responsables del anuncio publicitario, deberán contar con las pruebas que sustenten sus afirmaciones objetivas, fijadas con anterioridad a la difusión del anuncio y deberán suministrarlas a las autoridades éticas competentes en el momento en que sean solicitadas, en caso de no haberse allegado oportunamente.

Corresponde entonces a los denunciados comprobar que la información que se transmite en el comercial es verídica y comprobable, ya que como dueños de la información, le recae la obligación de justificar su uso y comprobar su veracidad. Mientras ello no sea así, este tipo de afirmaciones, cuando sean controvertidas en la instancia ética, no podrán ser contenido del mensaje publicitario.

Como prueba de la veracidad de la información de su anuncio, Procter&Gamble presentó ante esta Comisión, documento emitido por la empresa LatinPanel, en el cual se presentan las cifras de penetración y de repetición de compra de varios productos de la categoría de shampoo entre esos Head&Shoulders.

La Comisión consultó con el Sr. Angel Ber, Representante de LatinPanel Colombia, sobre el origen de la documentación presentada por Procter&Gamble, quien corroboró su autenticidad y validéz. A su juicio, las cifras avalan las afirmaciones del mensaje de Head&Shoulders, auditadas y publicadas por la empresa LatinPanel, y que bien soporta Procter&gamble: el 70% de los colombianos que compraron han vuelto a comprar el shampoo Head & Shoules, o lo que es lo mismo 2 de cada 3 colombianos que usaron este producto durante el año 2008 repitieron su compra. La fecha del registro de la información, la cual se publicó erroneamente, fue corregida por el anunciante como se aprecia en el video aportado como prueba.

Con relación a la vulneración Art. 9 del CCAP, se considera que ésta no da lugar pues como se ha explicado, la publicidad objeto del reclamo no evoca al producto de la competencia, ni genera confusión en el consumidor, ni le atribuye al producto enunciado, el shampoo Head&Shoulders, características y calidades que no correspondan a la realidad.

Analizados los puntos anteriores, la Comisión hace referencia al parágrafo del Art. 15 del CCAP, en virtud del cual el anuncio publicitario debe ser considerado como un todo, esto es, que no solo las frases del texto, sino todas las descripciones o argumentaciones relacionadas con los hechos o datos objetivos deben ser comprobables. De esta manera, no sólo es necesario comprobar la veracidad de las afirmaciones, sino también, la forma en que estas frases son percibidas por un consumidor en el desarrollo y presentación integral del anuncio, y que no se encuentren transmitiendo un mensaje falso o errado. Es decir, que el mensaje en su totalidad sea también objetivo.

Teniendo en cuenta las consideraciones que se han hecho a lo largo de este análisis, conviene la CONARP, en que la integralidad del mensaje ha sido probada, y que éste no resulta confuso dado que sus frases objetivas respetan el principio de la veracidad, y se trata de dos piezas publicitarias que no buscan perjudicar a los productos de la competencia, sino por el contrario captar la atención del consumidor, bien para que conozca la variedad del mercado, o bien para que se consolide su opción de compra, mediante el uso de recursos creativos generales ampliamente reconocidos y constantemente utilizados en la publicidad no solo para este tipo de categorías de productos.

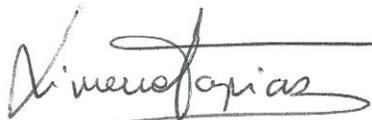
De conformidad con lo anterior, ante esta Comisión, la objetividad y veracidad de la información, así como la integralidad y objetividad de la publicidad utilizada por Procter&Gamble ha sido debidamente soportada y probada.

En consecuencia de lo anterior la CONARP,

CONCEPTÚA

PRIMERO: Que el anuncio publicitario del producto Head&Shoulders de la empresa Procter&Gamble, no desconoce los preceptos y principios dispuestos en los Artículos 7, 8, 9, 15, 16, 21, 29 y 31 del Código de Autorregulación Publicitaria.

Dado en Bogotá, a los trece (13) días del mes de Julio de dos mil nueve (2009).



XIMENA TAPIAS DELPORTE
Presidente CONARP y UCEP



SAMUEL DEL CASTILLO
Delegado ANDA



JARDANY SUAREZ
Representante Ex-presidentes CONARP



SYLVIA DIAZ MERCHAN
Directora Ejecutiva CONARP