

Universidad Autónoma de Madrid

From the Selected Works of Javier André Murillo Chávez

September, 2013

El Product Placement al descubierto. Los actos de competencia desleal y el uso de marca en el guión o secuencias de películas, series de televisión y programas

Javier André Murillo Chávez, *Pontificia Universidad Católica del Perú*



Available at: https://works.bepress.com/javier_murillo/6/

JURISPRUDENCIA DEL INDECOPI



ANÁLISIS Y CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

El *product placement* al descubierto. Los actos de competencia desleal y el uso de una marca en el guión o secuencias de películas, series de televisión y programas

269

ENTRE CORCHETES COMENTARIOS Y ANOTACIONES

Locales en mantenimiento deben exhibir el aviso del libro de reclamaciones si permanecen abiertos al público

287

Análisis y crítica jurisprudencial

EL PRODUCT PLACEMENT AL DESCUBIERTO

Los actos de competencia desleal y el uso de una marca en el guión o secuencias de películas, series de televisión y programas

Javier André MURILLO CHÁVEZ*

TEMA RELEVANTE

El autor analiza la Resolución N° 3665-2012/SDC-INDECOPI**, en la que el Indecopi aclaró que el *product placement* es un supuesto de publicidad comercial consistente en aquella técnica de comunicación que consiste en insertar estratégicamente productos o marcas en las secuencias o guiones de una película, serie de televisión o programa, con fines publicitarios. Asimismo, destaca que dicho pronunciamiento haya establecido el examen de identificación del *product placement* como un supuesto de publicidad comercial sujeto a las normas de represión de la competencia desleal, al señalar que nos encontramos ante él cuando se configura un factor objetivo consistente en un encargo de exhibición de marca en una obra audiovisual determinada y cuando se determina un factor subjetivo consistente en la finalidad persuasiva que produce la exhibición de la marca en los espectadores de la obra audiovisual.

INTRODUCCIÓN

Con un mercado cada día más dinámico y ante una ocupación casi total de los medios de comunicación tradicionales

con mensajes publicitarios de diverso tipo, los empresarios buscan nuevas y creativas maneras de entrar en la mente de los consumidores de manera masiva. En este contexto,

* Asistente Legal del Área de Marcas y Derechos de Autor de la Consultora Especializada en Propiedad Intelectual e Industrial Clarke, Modet & Co. Perú. Asistente de Investigación en Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual. Asistente de Cátedra de los cursos de Derecho de la Competencia 2 y Derecho de Autor con el profesor Raúl Solórzano Solórzano, ambos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex-Director y Ex-miembro de la Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Foro Académico.

** La Resolución N° 3665-2012/SDC-INDECOPI, materia del presente comentario, ha sido publicada en *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 179, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2013, pp. 254-274.

una de las más grandes puertas que encuentran los comerciantes en la sociedad actual es la colocación de sus marcas en las obras audiovisuales expuestas a través del cine o de la televisión, incluso en videojuegos.

Actualmente, es fácil encontrar claros ejemplos de este fenómeno, tanto en producciones nacionales como en internacionales. Uno de los más claros ejemplos a nivel nacional es la más taquillera película peruana de los últimos tiempos¹: *Asu Mare* (2013) dirigida por Ricardo Maldonado y producida por Miguel Magallanes, que lleva al cine la vida del comediante Carlos Alcántara; esta obra cinematográfica vista por más de dos millones y medio de espectadores, contiene dentro de su trama la exposición de cervezas *Brahma*, servicios de televisión digital *DirecTV*, gaseosas *Inca Kola* y autos *Volkswagen*.

Por otro lado, en el plano internacional, la hollywoodense *Transformers* (2007) del director Michael Bay es un gran ejemplo. Esta producción que lleva a la pantalla grande una historia del dibujo animado japonés de robots que se transforman en automóviles (y viceversa) nos trae la exposición de alrededor de sesenta marcas² entre las que están la franquicia *Burger King*, tarjetas de cámara digital *Panasonic*, el portal de compras virtual *Ebay*, el grupo *The Strokes*, la consola de videojuegos *Xbox*, los peluches *Ferbie*; y un sinnúmero de marcas de vehículos como *Cadillac*, *Pontiac*, *GMC*, *BMW*, *Porsche* y, una excesiva muestra de autos *Chevrolet* claramente intencional. Tan excesiva fue la exhibición de marcas que esta película ha sido definida por la Revista *Rolling Stone* “como un largo anuncio de automóviles”³.

Esta técnica definida como *product placement*, punto central del presente artículo, se presenta como la incorporación de contenido comercial en vías no comerciales, como el enganche del producto o servicio mediante la fusión de la publicidad y el entretenimiento⁴. Sin embargo, como incluso se ha mencionado respecto a países con industrias del entretenimiento más desarrolladas que las nuestras⁵, un aspecto que llama la atención es que la regulación jurídica sobre esta técnica publicitaria es inexistente o aún está sumergida en la profundidad de las normas generales sobre la actividad publicitaria o la actividad marcaria; la situación en el Perú no es distinta.

Así, la Resolución N° 3665-2012/SDC-INDECOPI es un hito que otorga parámetros claros para la regulación de la técnica descrita. Como veremos, esta decisión del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) brinda pautas concretas para determinar cuándo nos encontramos ante un caso de *product placement* al cual será aplicable la normativa en materia de competencia desleal, lo que es de mucha utilidad para productores nacionales de cine y de programas de televisión, una industria que sigue creciendo a grandes pasos en nuestro país.

I. EL CONCEPTO Y LOS TIPOS DEL PRODUCT PLACEMENT: ENTRE EL MARKETING Y EL DERECHO

El concepto de *product placement* es bastante complicado pues se encuentra en los linderos del *Marketing* y el Derecho; esto genera que la definición jurisprudencial realizada por la Sala de Defensa de la Competencia (SDC) del

- 1 “Asu Mare superó los 10,7 millones de dólares en recaudación” (editorial) [on-line]. En: *Portal del Diario El Comercio - Espectáculos* (web). 26 de mayo de 2013. Consulta: 1 de julio de 2013. Vide: <<http://elcomercio.pe/espectaculos/1581462/noticia-asu-mare-supero-107-millones-dolares-recaudacion>>.
- 2 WISE, Jamie. “Product Placement in Transformers (2007)” [on-line]. En: *The Journalism 101* (Blog). 8 de setiembre de 2010. Consulta: 1 de julio de 2013. Vide: <<http://thejournalism101.blogspot.com/2010/09/product-placement-in-transformers-2007.html>>. Para una lista de varias de las exposiciones expuestas en la trama, ver: <<http://www.brandspotters.com/movie.aspx?id=197>>.
- 3 “The Most Egregious Product Placements in Movie & TV History” (editorial) [on-line]. En: *Rolling Stone - Photos* (web). S/F. Consulta: 1 de julio de 2013. Vide: <<http://www.rollingstone.com/movies/pictures/the-most-egregious-product-placements-in-movie-tv-history-20130604/transformers-0457749>>.
- 4 WILLIAMS, Kaylene; PETROSKY, Alfred; HERNÁNDEZ, Edward; and PAGE, Robert Jr. “Product placement effectiveness: revisited and renewed” [on-line]. En: *Academic and Business Research Institute - Journal of Management and Marketing Research* (web). 2011. Consulta: 30 de junio de 2013. Vide: <<http://www.aabri.com/manuscripts/10712.pdf>>.
- 5 “Claramente, el Derecho actual de product placement contiene muchos vacíos legales y necesidades que revisar. Hay muchas maneras en que los patrocinantes están evadiendo las leyes de patrocinio”. Traducción libre de “Clearly, the current product placement law contains many loopholes and needs to be revisited. There are many ways in which sponsors are avoiding the sponsorship identification law”. Esto señala Al-Kadi cuando analiza la situación de la regulación en los Estados Unidos. AL-KADI, Tara. “Product Placement: A Booming Industry in Search of Appropriate Regulation” [on-line]. En: *IBIMA Publishing - Journal of Marketing Research & Case Studies* (web). 2013. Consulta: 30 de junio de 2013. Vide: <<http://www.ibimapublishing.com/journals/JMRCS/2013/561655/561655.pdf>>. “En la actualidad existe muy poca regulación de *product placement* en películas. Sin embargo, cuando el uso de *product placement* se vuelva más fluido y natural, los temas legales rondando los *product placements* se volverán concordantemente más complejos”. Traducción libre de “There is currently very little regulation of product placement in films. However, as product placements become more seamless and natural, the legal issues surrounding product placements will accordingly become more complex”. Igualmente, lo señala Tsai cuando analiza la situación en los Estados Unidos. TSAI, Cindy. “Starring Brand X: When the Product Becomes More Important than the Plot” [on-line] en *Loyola University Chicago - Students publications* (web). 2007. Consulta: 1 de julio de 2013, p. 298. Vide: <http://standuphelpout.com/law/media/law/students/publications/clr/pdfs/cindy_tsai.pdf>.

Tribunal de Indecopi debía ser bastante cuidadosa debido a que no todos los conceptos del *Marketing* tienen relevancia jurídica por ser una materia extrajurídica. Así, a primera vista, tras plasmar diversas definiciones doctrinarias y legislativas en la Resolución N° 3665-2012/SDC-INDECOPI, el Tribunal del Indecopi concluye señalando, en su fundamento 66, que:

“El *product placement* es un instrumento de *marketing* eficaz, pues se vale de la producción audiovisual para sortear la incredulidad típica que tienen los consumidores frente a los anuncios comunes e ingresar así de manera desapercibida frente a ellos, advirtiéndose que su papel comercial parte de que no se muestra a la marca como un simple ‘decorado’, sino que se le da un papel intenso en un contexto persuasivo”.

Sin embargo, creemos que esta conclusión solo tiene el fin de resaltar que esta técnica tiene un papel comercial y persuasivo; efectivamente, observamos que términos como “instrumento de *marketing*” o “anuncios comunes” no son definiciones propias de una figura jurídica; tanto es así que incluso una importante definición a nivel doctrinario, aportada por Muñoz, ha definido de manera más técnica el *product placement* como:

“Una modalidad promocional (...) consistente en la exhibición o mención, las más de las veces de forma continua y reiterada, de prestaciones que presentan una marca específica de forma integrada dentro de los contextos no publicitarios (y, más bien, narrativos o escénicos) de una producción (audiovisual, televisiva, cinematográfica, radial o difundida a través de Internet, por ejemplo)”⁶.

En realidad, el uso de otra de las definiciones doctrinarias colocadas en la resolución antes citada en una posterior decisión del mismo Tribunal⁷, haciendo referencia a la imputación de cargos de la Comisión, sobre temas similares nos confirma que la definición jurídica de *product placement* es “aquella técnica de comunicación que consiste en insertar estratégicamente productos o marcas en las secuencias o guiones de una película, serie de televisión o programa, con fines publicitarios”⁸.

Pese a seguir siendo una definición proveniente del *marketing*, nos deja entrever su mayor adaptabilidad a las instituciones del Derecho de Represión de la Competencia

Desleal y sus notas características concuerdan con la definición de **publicidad comercial** plasmada en el inciso d) del artículo 59 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal y descrita en un trabajo anterior⁹:

- La primera nota característica es que el *product placement* es una **forma de comunicación**, conformada estructuralmente como cualquier otra publicidad, y tiene:
 - Una fuente o emisor que, en este caso, será el anunciante del producto o la marca;
 - Un mensaje que, en este caso, será la invitación a relacionar el producto o la marca exhibida con ciertos elementos atractivos de la película, serie de televisión o programa;
 - Un canal que, en este caso, serán las secuencias o guiones de la película, la serie de televisión o programa; y,
 - Un receptor que, en este caso, será la masa de potenciales consumidores espectadores de la película, serie de televisión o programa.
- Igualmente, la segunda nota característica consiste en la **inserción estratégica de productos o marcas**; esto es la esencia fáctica del *product placement* pues describe lo que se realiza concretamente con esta forma de comunicación. Así, calza en la definición técnica de publicidad comercial cuando se señala que debe “ser objetivamente apta o dirigida a promover tanto directa como indirectamente la imagen o la marca de un producto o servicio, o los productos o servicios mismos de cualquier persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional”. Creemos que únicamente hubiese bastado la mención a la “marca” porque el producto por sí mismo no conlleva identificación de ningún origen empresarial determinado.
- De igual manera, esta forma de comunicación se realiza a través de un medio específico; así, el *product placement* debe estar plasmado **en las secuencias o guiones de una película, serie de televisión o programa**. Esta última mención a “programas” deja un poco de discrecionalidad a la autoridad administrativa debido a

6 MUÑOZ DE CÁRDENAS, Antonio. “Análisis del Principio de Autenticidad desde el ordenamiento jurídico peruano”. En: AA.VV. *Normas de la Publicidad*. Rodhas, Lima, p. 187.

7 Nos referimos a la Resolución N° 301-2013/SDC-INDECOPI, en particular la, casi desapercibida, nota al pie número tres (3).

8 AA.VV. *Diccionario J. Walter Thompson. Comunicación, marketing y nuevas tecnologías*. Ediciones de las Ciencias Sociales, Madrid, 2003.

9 MURILLO CHÁVEZ, Javier André. “Las voces opacadas, los gritos no escuchados: La errónea concepción sobre la represión de la publicidad sexista en la normativa peruana”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 230, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2013, pp. 350-351.

que sería posible incluir programas radiales, obras teatrales y algunos nuevos formatos emitidos a través de Internet como los *podcast* o *videocast*¹⁰.

- Finalmente, se señala como nota característica que el *product placement* se debe realizar **con fines publicitarios**; concordantemente, se ha señalado que la finalidad de la publicidad comercial siempre deberá ser la promoción de la contratación o la realización de transacciones para satisfacer los intereses empresariales. En este caso, nos encontramos ante el elemento que hace jurídicamente relevante esta forma de comunicación como publicidad comercial, lo cual tiene que ver con la función publicitaria de la marca que comentaremos más adelante.

Entonces, cabe ahora ver cuáles son los tipos de *product placement* que se pueden efectuar. Tsai señala que existen tres tipos básicos: el visual, el hablado y el de uso:

“El *product placement* es una práctica en la que interactúan los productos o marcas específicas dentro de la industria cinematográfica. Hay tres tipos básicos de *product placement*: visuales, hablados y de uso. Un *product placement* visual ocurre cuando un producto, servicio o logo puede ser simplemente observado; un *product placement* hablado ocurre cuando un actor o una voz en *off* menciona el producto, el servicio o la empresa. Un *product placement* de uso ocurre cuando el actor o actriz efectivamente toma en su mano o interactúa con el producto, servicio o empresa”¹¹.

Por su parte, Muñoz identifica varios tipos:

“Cabe advertir que en las producciones, cualquiera que sea su índole, el emplazamiento de prestaciones no está circunscrito, llanamente, a la mención de estas por parte de los personajes (*product placement* verbal) ni a su exhibición en el escenario (*product placement* visual). Por el contrario, puede apreciarse que las prestaciones materia de emplazamiento pueden exhibirse

en las producciones en diversas intensidades, que van desde su mera visualización estática alejada del primer plano como parte del decorado (*product placement* pasivo), pasando por los casos en los que dinámicamente los personajes llegan a relacionarse con ellas y a usarlas de modo que participan en la acción (*product placement* activo), hasta aquellos supuestos en los que los personajes (acaso principales), además de servirse de ellas activamente, las alaban (*product placement* protagonista)”¹².

No estando de acuerdo con ambas clasificaciones, la primera incompleta y la segunda desordenada, nos aventuramos a presentar una clasificación basada en los dos criterios identificados por estos autores: i) la modalidad o forma de inserción de la marca; y, ii) la intensidad de inserción de la marca.

En este sentido, podemos encontrar fácticamente:

- **Product placement visual.** Aquel que presenta la inserción de una marca perceptible por los potenciales consumidores a través de la vista.
 - **Product placement visual estático.** Aquel que presenta la inserción de una marca visualmente sin interacción con los personajes.
 - **Product placement visual estático secundario.** Aquel que presenta la inserción de una marca en un plano posterior o secundario del escenario. Por ejemplo, cuando se observan marcas en locales grabados en las calles.
 - **Product placement visual estático primario.** Aquel que presenta la inserción de una marca en un plano frontal y principal del escenario. Por ejemplo, cuando se efectúan tomas frontales de productos con su respectiva marca.
 - **Product placement visual estático protagonista.** Aquel que presenta la inserción de una

10 “El *videocast*, *vodcast* o *video podcast* es la transmisión de un vídeo a demanda por Internet. Las series de televisión web suelen estar en este formato. Es decir, se pueden ver en directo (*streaming*) o descargarlas una vez emitidas. El *podcast* es la transmisión de una grabación de sonido a demanda por Internet. Al igual que los *videocasts* suelen ser grabaciones que pudieron oírse en directo, pero que, una vez emitidas, los oyentes pueden descargar para oír en una computadora o un dispositivo móvil. Por último, se denomina *webcast* a la transmisión en vídeo por Internet de algún acto que está teniendo lugar en vivo”. Editorial - “‘podcast’, ‘screencast’, ‘videocast’, ‘webcast’ y otros animales salvajes” [on-line]. En: *Fundéu BBVA - Estilo, Manual para nuevos medios* (web). 10 de junio de 2013. Consulta: 5 de julio de 2013. Vide: <<http://www.manualdeestilo.com/lexico/podcast-screencast-videocast-webcast-y-otros-animales-salvajes/>>.

11 Traducción libre de “Product placement is the practice of integrating specific products and brands into filmed entertainment. There are three basic types of product placement: visual, spoken, and usage. A visual placement occurs when a product, service, or logo can simply be observed. A spoken placement occurs when an actor or off-screen voice mentions a product, service, or corporation. A usage placement occurs when an actor or actress actually handles or interacts with a product, service, or corporation”. TSAI, Cindy. “Starring Brand X: When the Product Becomes More Important than the Plot” [on-line]. En: *Loyola University Chicago - Students publications* (web). 2007. Consulta: 1 de julio de 2013, pp. 291-292. Vide: <http://standuphelpout.com/law/media/law/students/publications/clr/pdfs/cindy_tsai.pdf>.

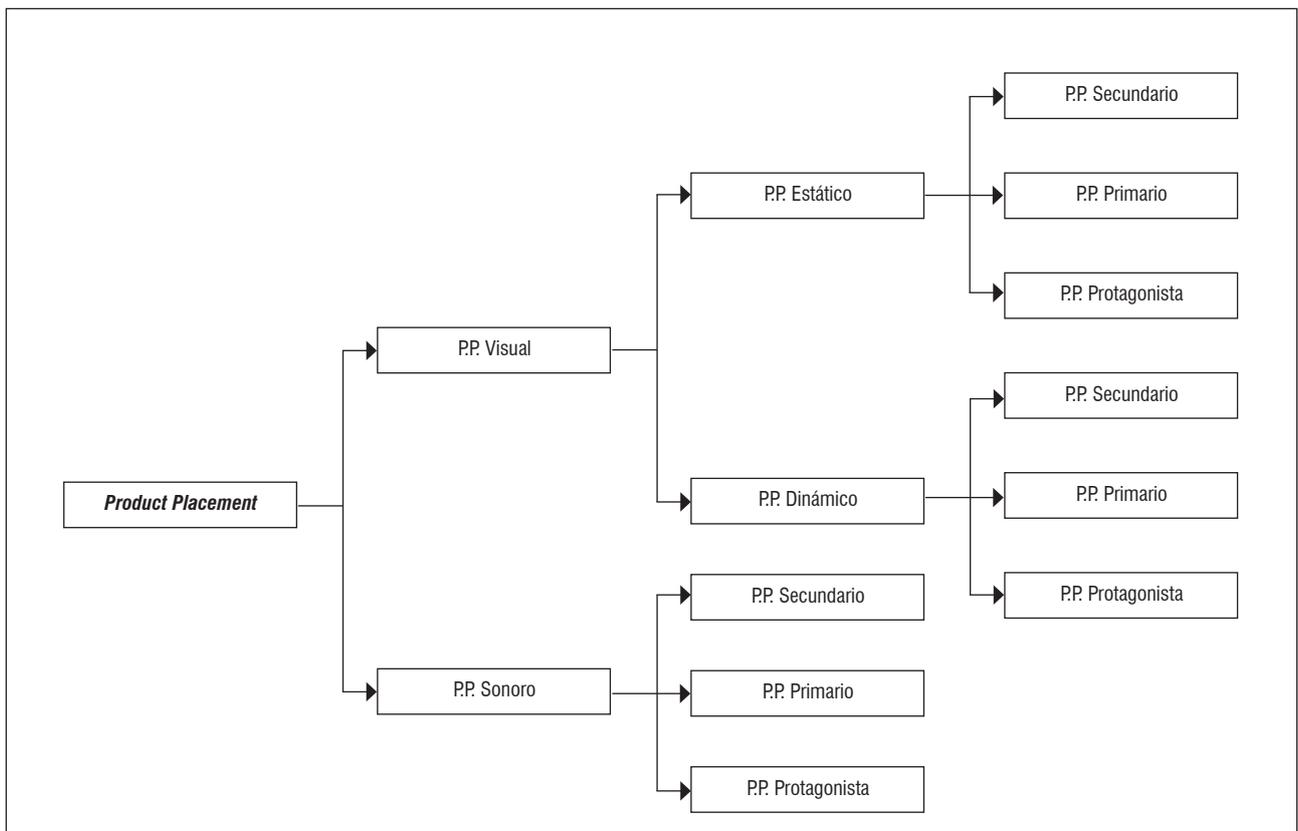
12 MUÑOZ DE CÁRDENAS, Antonio. “Análisis del Principio de Autenticidad desde el ordenamiento jurídico peruano”. En: AA.VV. *Normas de la Publicidad*. Rodhas, Lima, p. 188.

marca en aspectos directos de alabanza en el escenario. Por ejemplo, cuando una marca determinada que aparece en el escenario es alabada.

- **Product placement visual dinámico.** Aquel que presenta la inserción de una marca visualmente en interacción con los personajes, principales o secundarios.
 - **Product placement visual dinámico secundario.** Aquel que presenta la inserción de una marca en un plano posterior o secundario del personaje. Por ejemplo, cuando la marca aparece relacionada al personaje de manera tangencial.
 - **Product placement visual dinámico primario.** Aquel que presenta la inserción de una marca en un plano frontal y principal del personaje. Por ejemplo, cuando se hace una toma del personaje usando una prenda con la marca estampada o un objeto de determinada marca.
 - **Product placement visual dinámico protagonista.** Aquel que presenta la inserción de una

marca en aspectos directos de alabanza en los propios personajes. Por ejemplo, cuando el personaje alaba los productos de determinada marca haciendo énfasis en esto.

- **Product placement sonoro.** Aquel que presenta la inserción de una marca perceptible por los potenciales consumidores a través del oído.
 - **Product placement sonoro secundario.** Aquel que presenta la inserción de una marca en la *voz en off*. Por ejemplo, cuando un narrador menciona alguna marca tangencialmente.
 - **Product placement sonoro primario.** Aquel que presenta la inserción de una marca en la voz de un personaje determinado. Por ejemplo, cuando un personaje menciona alguna marca determinada.
 - **Product placement sonoro protagonista.** Aquel que presenta la inserción de una marca en la voz de un personaje determinado alabándola de manera explícita. Por ejemplo, cuando un personaje alaba una marca determinada.



Fuente: Elaboración Propia.

Sin embargo, como veremos más adelante con el nuevo examen elaborado por la Resolución N° 3665-2012/SDC-INDECOPI, en ningún caso se considerarán los *product placement* secundarios como publicidad comercial.

De esta manera, abarcamos las formas posibles de utilización de *product placement* en las obras audiovisuales¹³, según Antequera Parilli, una manifestación intelectual que, de acuerdo a las características del caso concreto, tendrá elementos literarios (por ejemplo, el argumento, el guión, y los diálogos), artísticos (el decorado, la coreografía, la fotografía y la dirección) o, incluso, un contenido científico, como el caso de un documental relativo a la medicina o sobre alguna de las ramas de la biología¹⁴.

En este sentido, y concordando con la definición brindada, serán susceptibles de contener *product placement* todas aquellas obras audiovisuales que cuenten con guion, para el caso de *product placement* verbal; secuencias, para el caso de *product placement* visual estático; y ambos, para el caso de *product placement* visual dinámico. En este sentido, podrá haber *product placement* en series, novelas, cortometrajes, películas, partidos deportivos, reportajes, videos musicales, *realities*, programas de concurso, programas de noticias, entre otros. Tal y como señalan Maguiña y Sosa, al designar el *product placement*, de manera amplia, como “la presentación, por cualquier medio y con fines publicitarios, de productos o servicios, o de sus marcas o signos distintivos, durante el desarrollo de películas series o cualquier otro programa difundido a través de medios de comunicación audiovisual”¹⁵.

Sin embargo, cabe revisar dos supuestos que pueden ser percibidos por el oído y la vista, pero que son particulares

“Creemos que puede configurarse *product placement* por inserción de marcas en videojuegos y en obras teatrales interpretadas pese a no ser incluidos en la definición del *Indecopi*.”

por uno u otro motivo; ¿Estaremos ante *product placement* en videojuegos o en obras teatrales?

Sobre el primer supuesto, consideramos, al igual que Ríos, que los videojuegos son obras multimedia definidas como:

“La combinación de textos, imágenes reales o virtuales, animación y sonidos, los cuales interactúan de manera armónica gracias

a un programa de ordenador (*software* maestro), que hace posible que el usuario logre una interface con todos y cada uno de estos elementos, interactuando con ellos y dejando de ser un espectador pasivo frente a la obra, para constituirse en una parte integral de ella e influir en su entorno”¹⁶.

En este sentido, se tiene un rasgo característico que las diferencian de las obras audiovisuales comunes. Concretamente, Agüero señala que:

“Existen dos fases (...) (i) las secuencias de imágenes y sonidos programados con la finalidad de repetirse y, de esa forma, se logre incitar y atraer al público consumidor para que empiece a jugar; y (ii) el modo de juego, el cual se acciona a través de diversos dispositivos, tales como teclados, *mouse*, *joysticks* (...) los cuales sirven para avanzar de nivel u obtener una mayor puntuación al interior del videojuego”¹⁷.

A pesar de la diferencia, vemos que los videojuegos tienen en algunos casos tanto secuencias como guión (juegos modernos en tres dimensiones como *Call of Duty*, *God of War* o *Tony Hawk Pro Skater*, incluyen videos y animaciones, incluso escenarios en la interfaz de juego); y, en otros casos, solo secuencias (juegos básicos como *Claw*, *Mario Bros* o *Pacman*, podrían incluir versiones de cuadros

13 Definida de la siguiente manera:

Decreto Legislativo N° 822 – Ley de Derechos de Autor

Artículo 2.- A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente:

(...)

19. Obra Audiovisual: Toda creación intelectual expresada mediante una serie de imágenes asociadas que den sensación de movimiento, con o sin sonorización incorporada, susceptible de ser proyectada o exhibida a través de aparatos idóneos, o por cualquier otro medio de comunicación de la imagen y del sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene, sea en películas de celuloide, en videos, en representaciones digitales o en cualquier otro objeto o mecanismo, conocido o por conocerse. La obra audiovisual comprende a las cinematográficas y a las obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía.

14 Cita correspondiente a ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho de Autor*. Tomo I, Caracas, 1998, p. 213., tomada de las Resoluciones N° 1731-2001/TPI-INDECOPI y N° 243-2001/TPI-INDECOPI.

15 MAGUIÑA PARDO, Ricardo y SOSA HUAPAYA, Alex. “¿Un mercado sin publicidad? El Derecho Publicitario y su regulación en el Perú”. *Indecopi*, Lima, 2013, p. 112.

16 RÍOS RUIZ, Wilson. “La Propiedad Intelectual en la era de las tecnologías”. Universidad de los Andes - Temis, Bogotá, 2011, p. 314.

17 AGÜERO MIÑANO, Maritza. “Del Atari al Play Station 3: el tratamiento legal de los videojuegos”. En: *Actualidad Jurídica*. N°196, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 276.

de diálogo en imagen o *banners*). Por lo que serían obras susceptibles de contener *product placement*; es más, este fenómeno adquiere un nombre particular denominado *Advergaming*, el cual consiste en la inserción de una marca en el entorno del juego a través de su guión o secuencias; este fenómeno cuenta con su propia tipología: “*In-Game Advertising* (Marcas insertadas en el propio videojuego: en realidad, la traslación del *product placement* al ámbito de los juegos interactivos) y *Advergaming* (Creación de un videojuego para las específicas necesidades de comunicación de una marca)”¹⁸. Efectivamente, como se señala, el *In-Game Advertising* sería la modalidad de *product placement* en videojuegos.

Sobre el segundo supuesto, cabe precisar que, tal como una película o un videoclip, las obras teatrales pueden ser percibidas por el oído y por la vista de los espectadores. En opinión nuestra, la obra teatral es originalmente una obra literaria¹⁹ pues es imprescindible la existencia de un guión, el cual estará redactado con la finalidad de ser interpretado; es decir, contendrá detalles sobre como deberá ser interpretado tales como la descripción de la escena o la manera en la que deben ser pronunciados los diálogos.

Solo cuando este guión es puesto en escena a través de artistas intérpretes²⁰ quienes se presentan directamente ante un público²¹, siendo denominado “espectáculo artístico escénico”, estaremos ante una obra audiovisual, la cual será denominada particularmente obra teatral. Esto debido a que la obra literaria inicial recién desde el momento en que se interpreta por actores y actrices en un determinado escenario es susceptible de ser proyectada o exhibida a través de aparatos idóneos o por cualquier otro medio de comunicación de la imagen y del sonido.

En este sentido, por más que los supuestos fácticos tengan particularidades, tal como se ha planteado la definición, solo se consideraría las inserciones en “películas, series de televisión o programas”. Sin embargo, como hemos apuntado, también debería extenderse el supuesto a aquellos videojuegos y obras teatrales que son obras audiovisuales. Cabe recalcar que incluso en el caso de obras teatrales se puede fijar la interpretación produciéndose un videograma o audiovisual, definido como la secuencia de imágenes, o de imágenes y sonido, y la propia fijación de tal secuencia en un videodisco, videocasete u otro soporte material igualmente apto²², lo cual lo equipara aún más con los supuestos de la definición jurisprudencial. Así, creemos que puede configurarse *product placement* por inserción de marcas en videojuegos y en obras teatrales interpretadas pese a no ser incluidos en la definición del Indecopi.

II. UN ASPECTO RELEVANTE: LA FUNCIÓN PUBLICITARIA DE LA MARCA

Las marcas, como hemos señalado en un trabajo anterior²³, cuentan con cuatro funciones clásicas²⁴ y tres modernamente reconocidas²⁵. Las primeras son: i) la función de distintividad, consistente en que la marca es el instrumento por el cual se diferencia un bien o servicio particular en el mercado; ii) la función de origen empresarial, por la que la marca identifica a los bienes y servicios con el individuo u empresa que lo produce y/o ofrece en el mercado; iii) la función de reputación (o *godwill*), por la que la marca condensa la reputación o imagen con base en la calidad positiva, o negativa, del producto o servicio ofrecido; y, iv) la función publicitaria, por la que la marca es en sí misma un medio de inducción a la contratación de los

18 MENDIZ NOGUERO, Alfonso. “Advergaming: concepto, tipología, estrategias y evolución histórica”. En: *Revista Ícono*. N° 14, Madrid, 2010, p. 43.

19 Definida así:

Decreto Legislativo N° 822 - Ley de Derechos de Autor

Artículo 2.- A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente:

(...)

23. Obra literaria: Toda creación intelectual, sea de carácter literario, científico, técnico o meramente práctico, expresada mediante un lenguaje determinado.

20 Definido como:

Ley N° 28131 - Ley del Artista Intérprete y Ejecutante

Anexo - Glosario

1. Artista intérprete.- La persona que mediante su voz, ademanes y/o movimientos corporales interpreta en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclor (actores, bailarines, cantantes, mimos, imitadores, entre otros).

21 Según el Anexo - Glosario de la Ley N° Ley N° 28131 - Ley del Artista Intérprete y Ejecutante.

22 Ídem.

23 MURILLO CHÁVEZ, Javier André. “Sobre las marcas en la actualidad”. En: *Asociación Civil Themis - Portal Enfoque Derecho* (WEB). 11 de junio de 2013. Consulta: 15 de junio de 2013.

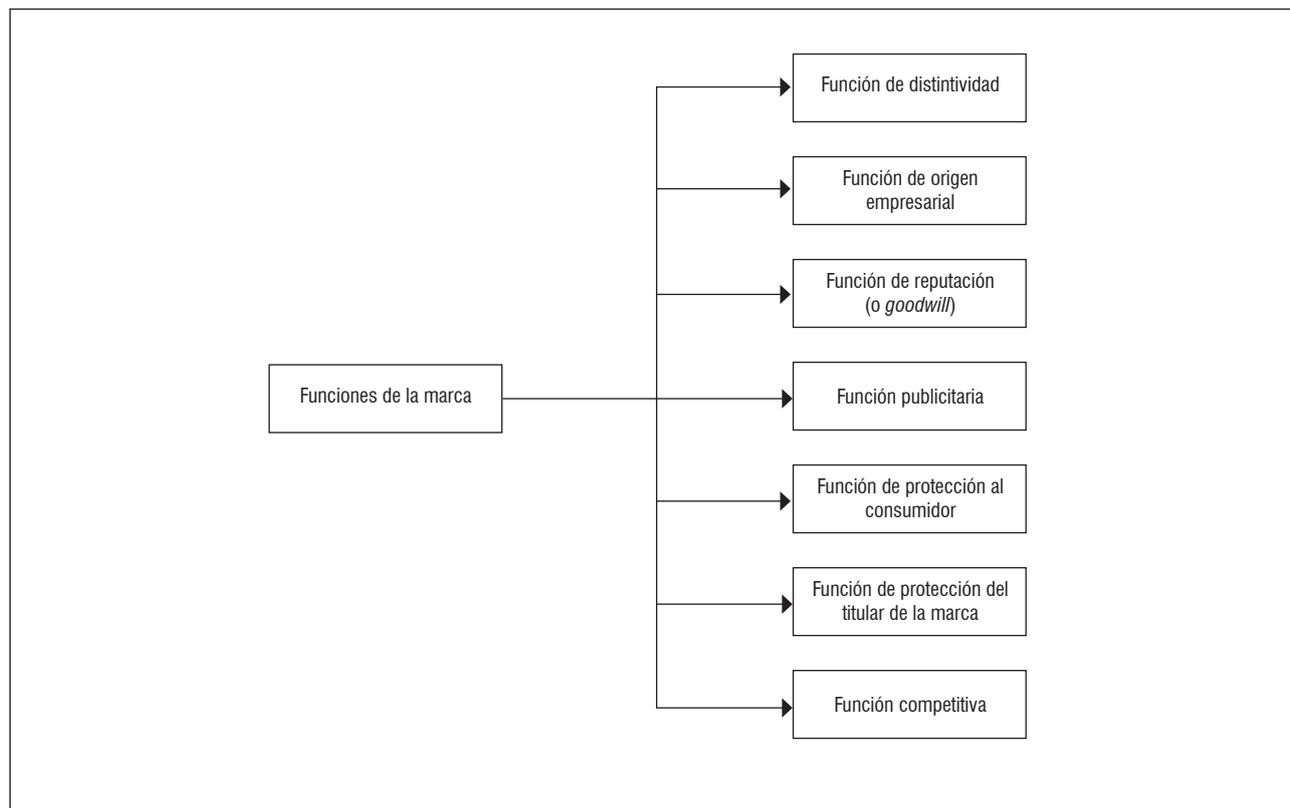
Vide: <<http://enfoquederecho.com/sobre-las-marcas-en-la-actualidad/>>

24 OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*. 8ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.

25 VIBES, Federico. *Derechos de propiedad intelectual*. ADHOC, Buenos Aires, 2009.

servicios o compra de los bienes a los que representa. Las segundas son: v) la función de protección al consumidor, por la que la marca otorga información al consumidor para la toma de una decisión de contratación en el mercado; vi) la función de protección del titular de la marca, por la

que la marca distingue sus productos o servicios frente a los de los consumidores; y, vii) la función competitiva, por la que la marca sirve como elemento de sana competencia en el mercado pues con ella se detrae lealmente (a través de la eficiencia) a clientes de otras empresas.



Fuente: OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*. 8ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011; y VIBES, Federico. *Derechos de propiedad intelectual*. ADHOC, Buenos Aires, 2009.

Para el análisis del *product placement* es muy relevante analizar la aceptación o no de la función publicitaria de la marca. Así, existen dos posturas: una primera que niega la posibilidad de que los signos distintivos puedan por sí mismos representar publicidad comercial; y una segunda que admite tal posibilidad.

La primera postura es graficada por Muñoz, quien señala que: “no basta incluir un signo distintivo en una comunicación pública para poder hablar de publicidad comercial del producto o servicio identificado con él”²⁶; para fundamentar su punto de vista cita cuatro resoluciones de casos

donde la colocación de marcas no bastó para determinar la existencia de publicidad comercial:

- El caso Tabacalera Nacional S.A.A. contra British American Tobacco South America Limited, sucursal de Perú (Resolución N° 052-2002/TDC-INDECOPI);
- El caso Productos Paraíso del Perú S.A.C. contra Productos Cinco Estrellas del Perú S.A.C. (Resolución N° 023-2002/CCD-INDECOPI);
- El caso Pfizer Research & Development Co. N.V./S.A. y Pfizer S.A. contra Corporación Medco S.A.C. (Resolución N° 117-2002/CCD-INDECOPI); y,

26 MUÑOZ DE CÁRDENAS, Antonio. “Análisis del Principio de Autenticidad desde el ordenamiento jurídico peruano”. En: AA.VV. *Normas de la Publicidad*. Rodhas, Lima, p. 193.

- El caso Turismo Santa Isabel S.R.L. contra Hotel Marañón S.R.L. (Resolución N° 082-2002/CCD-INDECOPI).

Dicha postura es abandonada en el caso de oficio contra Panamericana Televisión S.A. en la Resolución N° 003-2003/CCD-INDECOPI en el cual la Comisión declaró la existencia de publicidad comercial de tabaco por la colocación de un exhibidor de cigarrillos marca “Ducal” en la, por entonces, popular serie “Mil Oficios”. De igual manera, los pasos de consolidación de la segunda postura los constituye la Resolución N° 2046-2007/TDC-INDECOPI por la cual se señala:

“Con esta [última] decisión, ha quedado claro que la postura actual de la autoridad administrativa es que los signos distintivos sí cuentan con una función publicitaria; y para el caso del product placement ha elaborado un examen de identificación.”

“La exposición de un signo distintivo tiene por lo general un efecto de recordación en los consumidores. Este efecto de recordación o posicionamiento de una marca constituye en muchas ocasiones, el objetivo de un determinado anuncio o campaña publicitaria y es una vía indirecta de promover la adquisición o contratación de bienes y servicios. Por tanto, considerando el efecto de recordación que puede tener un signo distintivo, para determinar si la utilización y difusión de una marca puede considerarse como un supuesto de publicidad comercial, debe realizarse un análisis en cada caso concreto”²⁷.

De igual manera, la Resolución N° 2861-2012/SC1-INDECOPI en el caso de oficio contra Hotelaría Peruana S.A.C., cambiando lo señalado en el caso de la Resolución N° 023-2002/CCD-INDECOPI en un giro de 360 grados en lo que respecta a tarjetas de presentación con exposición de marca, señaló que:

“La función informativa de la publicidad comercial no consiste necesariamente en describir las características de los productos o servicios publicitados, sino que esta función puede consistir en la presentación de un determinado producto, servicio, una marca o un agente económico, sin hacer mención alguna a los bienes que comercializa”.

Finalmente, la Resolución N° 3665-2012/SDC-INDECOPI que comentamos señala, en su fundamento 58, que “la exposición de signos distintivos en determinados contextos puede ser calificada como publicidad comercial, al cumplir un fin persuasivo que es percibido como tal por el consumidor”. Con esta decisión, ha quedado claro que

la postura actual de la autoridad administrativa es que los signos distintivos sí cuentan con una función publicitaria; y para el caso del *product placement* ha elaborado un examen de identificación que analizaremos a continuación.

III. EL EXAMEN DE IDENTIFICACIÓN DEL PRODUCT PLACEMENT Y EL CRITERIO DEL USO AUTORIZADO DE LA MARCA EN OBRAS AUDIOVISUALES

El examen de identificación del *product placement* cuenta con dos elementos. El primer elemento (**factor objetivo**), según el fundamento 69 de la resolución comentada, consiste en:

“Determinar la existencia de un contrato, convenio o, ante la ausencia documental de un contrato, del pago de alguna contraprestación –no necesariamente monetaria– a través de la cual el empresario conviene que sus productos, servicios o marcas sean exhibidas en el contexto de una producción audiovisual dada”.

Asimismo, la Sala señaló que cuando no existan pruebas explícitas de un contrato o un pago, se podrá tener en cuenta otro elemento de juicio relevante que demuestre que la actuación del autor de los contenidos se encontraba encaminada a efectuar publicidad de bienes o servicios a favor del empresario.

Luego, el segundo elemento (**factor subjetivo**), según el fundamento 72 de la misma resolución, consiste en:

“Constatar que la inclusión de la marca sea susceptible de provocar efectos persuasivos en los consumidores que son destinatarios de la comunicación pública, puesto que estos advierten un cierto protagonismo del producto emplazado y no un mero uso con fines narrativos, artísticos, dramáticos o escénicos”.

La Sala explicitó que esta evaluación debe ser bastante exhaustiva dependiendo de cada caso concreto; yendo desde el más sencillo, cuando se acompaña la inserción de la marca con frases complementarias alusivas a las cualidades y virtudes donde es evidente la configuración de publicidad comercial; hasta casos más complejos donde se deberán tener en cuenta dos aspectos: primero, la interpretación más favorable a los consumidores que determina una presunción de finalidad publicitaria en cualquier supuesto de exposición de signo distintivo; y, segundo, tener en consideración algunos factores que pueden evaluarse

27 Fundamento 21 y 22.

para afirmar el uso publicitario de los signos distintivos en un contexto narrativo:

- La falta de necesidad de inclusión de la marca en el contexto de la trama;
- El uso intenso de la inclusión de la marca;
- La marcada interacción de los personajes de la producción audiovisual con el producto, más aún cuando este es el personaje protagónico;
- El hecho que la presencia del producto en las escenas esté claramente diferenciado respecto de otros bienes que se muestran paralelamente;
- Que a lo largo de la producción sea notorio que se evita la inclusión de marcas o productos competidores; y,
- La presencia destacada visualmente dominante de la marca, asociada a primeros planos, contrastes lumínicos, movimiento de cámara sobre el producto, entre otras técnicas visuales.

Examen de identificación del <i>product placement</i>	
Factor objetivo	Determinar la existencia de un contrato, convenio o, ante la ausencia documental de un contrato, del pago de alguna contraprestación –no necesariamente monetaria– a través de la cual el empresario conviene que sus productos, servicios o marcas sea exhibidas en el contexto de una producción audiovisual dada.
Factor subjetivo	Constatar que la inclusión de la marca sea susceptible de provocar efectos persuasivos en los consumidores que son destinatarios de la comunicación pública, puesto que estos advierten un cierto protagonismo del producto emplazado y no un mero uso con fines narrativos, artísticos, dramáticos o escénicos

En este sentido, como podemos observar, el factor objetivo permite comprobar la existencia de una inserción estratégica de marca; mientras que el factor subjetivo nos deja entrever si se trata de una inserción de marca con fines publicitarios. Por otro lado, aunque es obvio, debe existir una marca registrada para proceder a este análisis; así, esto se configura como un presupuesto del *product placement* pues es imposible reconocer función publicitaria a un signo no registrado, que no es una marca.

El factor subjetivo, además, genera que se rechace jurídicamente que el *product placement* estático visual, dinámico visual y sonoro en su modalidad pasiva sea considerado

como publicidad comercial en los términos de la normativa de represión de la competencia desleal; de esta manera, todos los supuestos fácticos vistos al inicio de este trabajo serán considerados jurídicamente como publicidad comercial en la modalidad de *product placement*.

De igual manera, el factor objetivo es prueba absoluta de autorización de uso de marca; esto es muy importante a nivel de propiedad industrial y revela la importancia de este aspecto. Primero, es relevante a efectos de imputar actos de competencia desleal al anunciante, ya que sin este nexo sería incongruente la imputación por infracción al principio de causalidad que rige las actuaciones administrativas²⁸; y, segundo, porque el uso de marca autorizado evita conflictos a nivel de Derecho de Propiedad Industrial relacionados a los límites al uso de marcas.

Aquí, entonces, cabe recalcar que nunca nos encontraremos ante un uso indebido de marcas dentro de películas, series de televisión y programas si nos encontramos en un supuesto de *product placement*, lo que será distinto a nivel de propiedad industrial en el caso de *prop placement*, que se analizará más adelante.

IV. LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL MEDIANTE *PRODUCT PLACEMENT*: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL PRINCIPIO DE AUTENTICIDAD

Los actos de competencia desleal, según el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de Competencia Desleal (LRCD), son aquellos que resulten objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado. Existen dos supuestos ejemplificados en esta norma que son los dos extremos de una “lanza”: el primer lado es aquel que termina llanamente, es decir, el acto de competencia desleal contrario al principio de legalidad a través de *product placement*, un supuesto reprimible común y absolutamente aceptado; al contrario, el otro lado es aquel que termina en punta muy afilada, es decir, el acto de competencia desleal contrario al principio de autenticidad a través de *product placement*, un supuesto altamente controvertido.

a. Actos de competencia desleal contrarios al principio de legalidad a través de *product placement*

Tal como señala el artículo 17 de la LRCD, los **actos contrarios al principio de legalidad** “consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas

28 Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General

Artículo 230.- La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria. Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance (...)."

Esta norma, junto a la cláusula general del artículo 6 de la LRCD, constituye el supuesto habilitante para sancionar cualquier vulneración en materia publicitaria y otros a normativa sectorial. Para efectos del presente trabajo, analizaremos el caso de la normativa de productos de tabaco; de bebidas alcohólicas; de los alimentos y bebidas no alcohólicas con grasas *trans* y alto contenido de azúcar, sodio y grasas saturadas; todo en relación al *product placement*.

i. El inciso 1 del artículo 17 de la Ley N° 28705 - Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco

En concordancia con el inciso 4 del artículo 13 del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control de Tabaco²⁹, Perú adoptó estas medidas mediante la Ley N° 28705 - Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco. En este sentido, el inciso 1 del artículo 17 de este cuerpo normativo prohíbe expresamente la publicidad directa o indirecta de productos de tabaco en medios de comunicación de televisión de señal abierta, radio u otro similar³⁰.

En este sentido, mediante la concordancia del artículo 6 y 17 de la LRCD y esta normativa sectorial específica de productos de tabaco estaría prohibido en el Perú el uso por parte de la industria tabacalera de *product placement*. De esta manera, en caso de ocurrir una inserción estratégica de alguna marca de productos de tabaco por encargo de la industria tabacalera de manera que provoque efectos persuasivos en los consumidores que son destinatarios de la comunicación pública, la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal del Indecopi podrá iniciar un procedimiento administrativo sancionador, ya sea de oficio o por denuncia de parte, contra la industria tabacalera anunciante.

Un ejemplo claro de este supuesto es el caso de la Resolución N° 003-2003/CCD-INDECOPI en el cual la Comisión declaró la existencia de publicidad comercial de tabaco por la colocación de un exhibidor de cigarrillos marca "Ducal" en la, por entonces, popular serie "Mil Oficios" basado en la norma antecedente de la LRCD (Decreto Legislativo N° 691).

ii. Los incisos 2 y 3 del artículo 8 de la Ley N° 28681 - Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas

En materia de Bebidas Alcohólicas tenemos una condición menos restrictiva que la del caso de Tabaco; así, los incisos 2 y 3 del artículo 8 de la Ley N° 28681 - Ley que regula la Comercialización,

29 **Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control de Tabaco**

Artículo 13 - Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco

(...)

4. Como mínimo, y de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, cada Parte:

a) prohibirá toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco que promueva un producto de tabaco por cualquier medio que sea falso, equívoco o engañoso en alguna otra forma o que pueda crear una impresión errónea con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones;

b) exigirá que toda publicidad de tabaco y, según proceda, su promoción y patrocinio, vaya acompañada de una advertencia o mensaje sanitario o de otro tipo pertinente;

c) restringirá el uso de incentivos directos o indirectos que fomenten la compra de productos de tabaco por parte de la población;

d) exigirá, si no ha adoptado una prohibición total, que se revelen a las autoridades gubernamentales competentes los gastos efectuados por la industria del tabaco en actividades de publicidad, promoción y patrocinio aún no prohibidas. Dichas autoridades podrán decidir que esas cifras, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, se pongan a disposición del público y de la Conferencia de las Partes de conformidad con el artículo 21;

e) procederá dentro de un plazo de cinco años a una prohibición total o, si la Parte no puede imponer una prohibición total debido a su constitución o sus principios constitucionales, a la restricción de la publicidad, la promoción y el patrocinio por radio, televisión, medios impresos y, según proceda, otros medios, como Internet; y,

f) prohibirá o, si la Parte no puede imponer la prohibición debido a su constitución o sus principios constitucionales, restringirá el patrocinio de acontecimientos y actividades internacionales o de participantes en las mismas por parte de empresas tabacaleras. (...)

30 **Ley N° 28705 - Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco**

Artículo 17.- Prohíbese la publicidad directa o indirecta de productos de tabaco en:

1. Medios de comunicación televisivos de señal abierta, radio u otro similar. (...)

Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas impone la obligación a los anunciantes de este tipo de productos de colocar una frase en las modalidades audiovisuales y radiales de publicidad comercial³¹.

De un lado, en publicidad comercial audiovisual se deberá transmitir en forma visual la frase “TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DANÍÑO” por un espacio no menor a tres (3) segundos; por otro lado, en publicidad comercial radial se deberá expresar en forma clara y pausada la misma frase. Teniendo en cuenta que el *product placement* puede realizarse mediante ambos medios (audiovisual o radial), le son aplicables estas restricciones.

Precisamente, en la Resolución N° 3665-2012/SDC-INDECOPI se evalúa un supuesto acto de competencia desleal contra el principio de legalidad por publicidad comercial audiovisual de bebidas alcohólicas: el caso de Brahma en la popular serie “Al Fondo Hay Sitio”. Tras determinar que sí se configuraba de un caso de *product placement* con la emisión de los capítulos de “Al Fondo Hay Sitio” por el canal América Televisión, aplicando el examen de identificación previamente reseñado, se procedió a especificar que, como toda publicidad audiovisual que promociona bebidas alcohólicas, esta debió incluir la frase de advertencia por un espacio no menor a tres (3) segundos según la norma sectorial: el inciso 2 del artículo 8 de la Ley N° 28681.

iii. El artículo 10 de la Ley N° 30021 - Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para Niños, Niñas y Adolescentes

La normativa sectorial más reciente es aquella que regula la actividad de “todas las personas naturales y jurídicas que comercialicen, importen, suministren y fabriquen alimentos procesados, así como al anunciante de dichos productos”, según el artículo 2 de la Ley N° 30021 - Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para Niños, Niñas y Adolescentes. En efecto, la denominada “Ley de Comida Chatarra” señala en su artículo 10 una condición a la publicidad de los alimentos y bebidas no alcohólicas con grasas *trans* y alto contenido de azúcar, sodio y grasas saturadas³²: incluir la frase: “Alto en (Sodio-azúcar-grasas saturadas): Evitar su consumo excesivo” o “Contiene grasas *trans*: Evitar su consumo”, según corresponda.

De igual manera, es importante tener en cuenta que el artículo 8 de la Ley N° 30021 ha establecido limitaciones totales al mensaje publicitario de los anuncios de alimentos y bebidas alcohólicas³³ como la prohibición de utilizar testimonios de personajes reales o ficticios conocidos o admirados por los niños y adolescentes para inducir a su consumo; o la prohibición de incentivar el consumo inmoderado de alimentos y bebidas no alcohólicas, con grasas *trans*, alto contenido de azúcar, sodio y grasas saturadas. Esto es particularmente relevante para efectos de *product placement* pues condiciona el uso del mismo en obras audiovisuales.

31 **Ley N° 28705 - Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco**

Artículo 8.- De los anuncios publicitarios

Sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa general sobre publicidad, la publicidad de toda bebida alcohólica deberá sujetarse a las siguientes restricciones:

(...)

2. La publicidad audiovisual transmitirá en forma visual la frase a que se hace referencia en el artículo 7 de la presente Ley, por un espacio no menor de tres (3) segundos.

3. Cuando se trate de publicidad radial, al final del anuncio se deberá expresar en forma clara y pausada la frase: “TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DANÍÑO”.

(...)

32 **Ley N° 30021 - Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para Niños, Niñas y Adolescentes**

Artículo 10.- Advertencias publicitarias

En la publicidad, incluida la que se consigna en el producto, de los alimentos y bebidas no alcohólicas con grasas *trans* y alto contenido de azúcar, sodio y grasas saturadas, se debe consignar en forma clara, legible, destacada y comprensible las siguientes frases, según el caso:

‘Alto en (Sodio-azúcar-grasas saturadas): Evitar su consumo excesivo’

‘Contiene grasas *trans*: Evitar su consumo’

Dicha advertencia publicitaria será aplicable a los alimentos y las bebidas no alcohólicas que superen los parámetros técnicos establecidos en el reglamento.

33 Para mayor información de estos supuestos, ver: MURILLO CHÁVEZ, Javier André. “Para bien o para mal, con ustedes la Ley N° 30021: sobrerregulación en materia publicitaria de alimentos procesados” [*on-line*]. En: *Asociación Civil Ius et Veritas - Portal IUS360* (WEB). Consulta: 7 de junio de 2013.

Vide: <<http://www.ius360.com/informes-juridicos/para-bien-o-para-mal-con-ustedes-la-ley-n-30021-sobrerregulacion-en-materia-publi>>.

Si bien no existen ejemplos por lo novedoso de esta norma sectorial, no nos parece descabellado que pronto se produzcan denuncias con base en esta norma bastante controvertida³⁴.

b. Actos de competencia desleal contrarios al principio de autenticidad: ¿Es el *product placement* un caso de publicidad encubierta o subliminal?

¿Se podría reprimir el *product placement* per se? Es decir, ¿podría ser posible reprimir administrativamente el solo hecho de utilizar la técnica del *product placement* el guión o secuencias de una obra audiovisual? Creemos que no es posible concebir esta postura en la actualidad gracias a la aclaración teórica que ha realizado Indecopi con el examen de identificación de *product placement*.

En este caso, es importante revisar la Resolución N° 001-2007/CCD-INDECOPI del caso Unimed de Perú S.A. contra Productos Roche Q.F.S.A., en la cual la Comisión define los diversos tipos de publicidad, entre las cuales se encuentran tanto la publicidad subliminal como la publicidad encubierta.

Por un lado, la **publicidad encubierta** es definida como “publicidad no reconocida como tal por los consumidores, por encontrarse oculta bajo la apariencia de noticias, opiniones o material recreativo, sin presentarse de tal forma que sea reconocible como anuncio”; mientras que, por otro lado, la **publicidad subliminal** es definida como “aquella comunicación pública –no percibida conscientemente por su velocidad, brevedad o debilidad– que persigue fomentar en los consumidores, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios”. Cabe resaltar que ambos supuestos se encontraban prohibidos en su totalidad por el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 691³⁵.

En este orden de ideas, debemos señalar que este artículo es el antecedente directo del actual artículo 16 de la LRCD que enuncia, y sanciona junto a la cláusula general, los **actos de competencia desleal contrarios al Principio de Autenticidad** que consisten en “la realización de actos que tengan como efecto, real

o potencial, impedir que el destinatario de la publicidad la reconozca claramente como tal” y que expresamente señala que la publicidad subliminal consistente en “difundir publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria. Es decir, sin consignar expresa y destacadamente que se trata de un publirreportaje o un anuncio contratado” es un supuesto de este tipo de acto de competencia desleal.

Sin embargo, debemos descartar que el *product placement* sea un supuesto de este tipo de actos de competencia desleal. Como se puede apreciar de la definición de estos actos, el elemento esencial o *ratio legis* por la cual se sanciona este tipo de anuncios es que estos no se distinguen claramente como tales e impiden que el destinatario de la publicidad la reconozca claramente como tal³⁶; esto no ocurre en el *product placement* debido a que el factor subjetivo del examen de identificación del mismo establece que la inclusión de la marca debe ser susceptible de provocar efectos persuasivos en los consumidores que son destinatarios de la comunicación pública, ya que advierten un cierto protagonismo del producto emplazado y no un mero uso con fines narrativos, artísticos, dramáticos o escénicos.

De esta manera, en el momento en que se rechaza jurídicamente que el *product placement* estático visual, dinámico visual y sonoro en su modalidad secundaria sea considerado como publicidad comercial, se impide a su vez la posibilidad de “encubrimiento” o “subliminalidad” ya que el efecto persuasivo debe ser notorio. En otras palabras, es imposible conceptualmente que un consumidor no perciba que el *product placement*, jurídicamente encuadrado como publicidad comercial, es decir, es imposible que pase desapercibido.

En la actualidad, este supuesto parece estar restringido a los casos de publicidad encubierta descritos por el artículo 16 de la LRCD. Como señala el Doctor Durand:

“A veces hemos podido apreciar que tanto a través de la radio como de la televisión se han difundido

34 Como es de conocimiento público, dicha Ley generó bastante polémica desde su presentación como Proyecto; una visión de ambas posturas se puede encontrar en: FALLA, Alejandro y DURAND, Julio. “Comida Chatarra para los niños: ¿es necesario regular la publicidad?”. En: *El Comercio. Suplemento “Portafolio” - Columna “Frente a Frente”*. Lima, 20 de mayo de 2012, p. 12.

35 **Decreto Legislativo N° 691 - Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor (Derogado)**

Artículo 6.- Los anuncios deberán distinguirse claramente como tales, cualquiera que sea su forma y el medio empleado para su difusión. Cuando un anuncio aparezca en un medio que contenga noticias, opiniones, o material recreativo, se presentará de tal forma que sea reconocible como anuncio. Siempre que una agencia de publicidad o un publicitario haya realizado un anuncio, deberá colocar en el mismo su nombre, logotipo, o cualquier otro signo que permita su clara identificación.

36 GUZMÁN NAPURÍ, Christian. “Introducción a la represión de la competencia desleal en el Perú. Un análisis del Decreto Legislativo N° 1044”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 10, Tomo II, Lima, 2011, p. 255.

algunos *spots* publicitarios bajo ciertos esquemas de tipo *flash* como si se tratasen de noticias de último minuto, o también es muy común ver ciertas premiaciones de empresas en las que se muestran los galardones obtenidos, sin especificar que se trata de publirreportajes³⁷.

Tal como lo señala este autor, estos anuncios son los supuestos reconocidos de este tipo de actos de competencia desleal en la actualidad. Quizás esto se deba a la dificultad de probar la ocurrencia de un supuesto de publicidad subliminal, como se ha señalado desde 1982: “no existe documentación empírica sobre fuertes efectos subliminales, como inducción a determinadas conductas o cambio de motivación”³⁸. Igualmente, hasta el 2011 esta situación no ha cambiado; como señalan Monge y Fernández:

“Existen ciertas evidencias de que podemos percibir estímulos e incluso que esos estímulos pueden tener efectos sobre nuestras conductas (...). Con la tecnología actual no es factible que estos indicios puedan convertirse en estrategias infalibles de venta, pero queda la duda de qué sucedería si tales técnicas de venta llegaran a desarrollarse (...)”³⁹.

V. SOBRE EL USO NO AUTORIZADO DE MARCAS EN PRODUCT PLACEMENT: LA REVERSE CONFUSION Y LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL POR APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL ESFUERZO AJENO

Luego de haber concluido que todo supuesto de *product placement* conlleva el uso autorizado de la marca que se publicita. ¿Qué hacer cuando se utiliza la marca en una película, una serie de televisión o un programa y el titular no está de acuerdo? Aunque es un supuesto poco frecuente⁴⁰,

“En el momento en que se rechaza jurídicamente que el *product placement* estático visual, dinámico visual y sonoro en su modalidad secundaria sea considerado como publicidad comercial, se impide a su vez la posibilidad de ‘encubrimiento’ o ‘subliminalidad’ ya que el efecto persuasivo debe ser notorio.”

existe un curioso antecedente: el caso norteamericano *Fortres Grand Corporation* (FGC) contra *Warner Bros Entertainment* (WB) seguido ante la Corte Distrital Norte de Indiana del Sur, Caso 3:12-cv-00535-PPS-CAN, por la inclusión del *software* “*Clean Slate*” con el cual el personaje Selina Kyle, alias Gatúbela, borraría su record histórico criminal de cualquier computadora del mundo en la última película de Batman *The Dark Knight Rises*; así, la empresa FGC denuncia a WB por infracción de uso de marca y competencia desleal pues esta pequeña empresa comercializa un *software* denominado *Clean Slate* (bajo marca registrada) para seguridad de redes de cómputo borrando evidencia de uso previo de otros usuarios.

Sinceramente, no imaginamos las razones de fondo que llevaron a la pequeña FGC a denunciar a Warner Bros en lugar de aprovechar toda la publicidad generada⁴¹, sin querer, con el uso narrativo del *Clean Slate* en la taquillera película de Batman *The Dark Knight Rises*. Sin embargo, FGC denunció no basándose en el clásico caso de infracción de marca que genera *Forward Confusion*, es decir “cuando el agente junior trata de capitalizar el *goodwill* del agente senior y establecerse una reputación sugiriendo que su producto viene de la misma fuente que la del producto del agente senior”⁴², sino que se argumentó la configuración de la *Reverse Confusion*; figura que:

“Existe cuando un agente *junior* usa su tamaño y penetración de mercado para aplastar al agente *senior*, quien es más pequeño. El agente *senior* es el primero en adoptar y usar la marca en algún lugar del país. El agente *junior* es el segundo agente, independientemente de si se adopta y usa una marca en una localización geográfica lejana. Esta doctrina protege el control del agente *senior* sobre su marca, y protege al público

37 DURAND CARRIÓN, Julio. *Tratado de Derecho del Consumidor en el Perú*. Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2007, p. 218.

38 Traducción del original: “There is no empirical documentation for stronger subliminal effects, such as inducing particular behaviors or changing motivation”. MOORE, Timothy. “Subliminal Advertising: What You See Is What You Get”. En: *Journal of Marketing*. Volumen 46, Número 2, American Marketing Association, EE.UU., p. 46.

39 MONGE, Sergio y FERNÁNDEZ, Vanesa. “Neuromarketing: tecnologías, mercado y retos”. En: *Pensar la Publicidad, Revista Internacional de Investigaciones Publicitarias*. Volumen 5, Número 2, p. 36.

40 Imaginemos, aunque sea un poco difícil, a un titular que no desea que su marca salga en estas obras audiovisuales.

41 Incluso se crearon páginas web que ofrecían de manera ficticia el producto “*Clean Slate*” por parte de la empresa de ficción “*Rykin Data*”.

42 Traducción libre del original “(...) in which “the junior user attempts to capitalize on the senior user’s goodwill and established reputation by suggesting that his product comes from the same source as does the senior user’s product”. Caso 3:12-cv-00535-PPS-CAN

consumidor de ser engañado creyendo que el producto del agente *senior* emana de, está conectado, o es patrocinado por el usuario *junior*⁴³.

Como era de esperarse, el Juez Simon declaró que el uso de “*Clean Slate*” por parte de WB en la película *The Dark Knight Rises* no infringe la marca “*Clean Slate*” de FGC porque no hay un reclamo plausible de generar confusión en los consumidores y porque el uso de esta marca por parte de WB está protegido por la Primera Enmienda; así, declara fundada la moción desestimando la denuncia.

Antes de evaluar la posibilidad de iniciar acciones legales, cabe preguntarse ¿Estamos ante *product placement* según el examen de identificación del Indecopi? La respuesta es negativa, como ha señalado la Resolución N° 3665-2012/SDC-INDECOPI, cuando no se cumple el criterio objetivo, “la inclusión de estas imágenes se explica por las necesidades narrativas del propio proveedor de los contenidos audiovisuales y no por un fin comercial atribuible al empresario”. Efectivamente, aquí entra a tallar el concepto de *prop placement* definido por la Sala en esta misma resolución, citando el *Ofcom Broadcasting Code* del Reino Unido, como el supuesto:

“Cuando la inclusión de la marca o bien se produce en un contexto no significativo y no existe pago al productor principal de los contenidos u otro individuo que tenga control sobre lo que se expone en la producción, (...) la mera inclusión de productos o servicios en una producción audiovisual con fines narrativos por

el hecho que su objetivo (...) es el de ‘decorar’ y ‘ambientar’ la escena para que esta represente de la manera más fidedigna la realidad”.

Si bien este supuesto no se configura como publicidad comercial y, por lo tanto, como veremos, solo será analizable por la LRCD como un acto concurrencial distinto a la publicidad comercial; de todas maneras, importa mucho a nivel de Derecho de Propiedad Industrial, como veremos.

Entonces, si llevamos este caso al ordenamiento jurídico peruano de Represión de la Competencia Desleal, Derechos de Autor y Propiedad Industrial; al igual que el caso norteamericano, no nos encontramos ante un caso de confusión del artículo 9 de la LRCD⁴⁴, debido a que no existe posibilidad de confusión entre la película y la marca mencionada en ella; ni aprovechamiento indebido de la reputación ajena, del artículo 10 del mismo cuerpo normativo⁴⁵, ya que el riesgo de asociación es negado así se trate de la inserción de una marca notoria. Al igual que la Decisión norteamericana, no nos encontramos ante este tipo de supuestos debido a que “analizando el potencial de confusión de consumidor en este caso, uno debe comparar el *software* “*Clean Slate*” de FGC con el producto real de WB - *The Dark Knight Rises*”⁴⁶; por lo que, se concluye que “ningún consumidor, razonable o incluso irracional, podría creer que *The Dark Knight Rises* per se está conectada con FGC”⁴⁷.

Es igualmente relevante señalar que si bien en el ordenamiento jurídico peruano no existe primacía de la Libertad de Expresión por la teoría de la *Preferred Position*⁴⁸, si

43 Traducción libre del original “(...) exists when a junior user uses its size and market penetration to overwhelm the senior, but smaller, user. The ‘senior user’ is the first to adopt and use a mark anywhere in the country. The ‘junior user’ is the second user, regardless of whether it adopts and uses a mark in a geographically remote location. Reverse confusion doctrine protects the senior user’s control of its mark and the goodwill created by the mark from a junior user’s employment of the mark, and protects the public from being deceived into believing that the senior user’s product emanates from, is connected to, or is sponsored by the junior user”. Caso 3:12-cv-00535-PPS-CAN

44 Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal

Artículo 9.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, las prestaciones o los productos propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde. Los actos de confusión pueden materializarse mediante la utilización indebida de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual.

45 Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal

Artículo 10.- Consisten en la realización de actos que, no configurando actos de confusión, tienen como efecto, real o potencial, el aprovechamiento indebido de la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro agente económico, incluidos los actos capaces de generar un riesgo de asociación con un tercero. Los actos de explotación indebida de la reputación ajena pueden materializarse mediante la utilización de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual.

46 Traducción libre del original “(...) in which “In analyzing the potential for consumer confusion in this case, one must compare Fortres Grand’s ‘Clean Slate’ software to Warner Bros. real product - *The Dark Knight Rises*”. Caso 3:12-cv-00535-PPS-CAN.

47 Traducción libre del original “no consumer - reasonable or even unreasonable - would believe that the *The Dark Knight Rises* itself is connected to Fortres Grand”. Caso 3:12-cv-00535-PPS-CAN

48 Esto ha sido señalado por la Doctora Marciani, basándose en cuatro puntos: primero, debido a que nuestra Constitución no admite jerarquía entre valores constitucionales; segundo, debido a que la libre expresión parte de una visión idealista de la opinión pública; tercero, debido a que facilita la vulneración de los derechos de la personalidad de los particulares por parte de los medios de comunicación, que se encuentran en una mejor posición que aquellos; y, cuarto, debido a que representa una visión utilitarista del derecho a la libertad de expresión. MARCIANI, Betzabé. *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*. Palestra, Lima, 2004, pp. 429-444.

existe una interpretación favorable al autor cuando se trate de situaciones entre el Derecho de Autor y el Derecho de Propiedad Industrial⁴⁹. En este sentido, el uso no autorizado de una marca ajena en *prop placement* podría tener un razonamiento favorable al productor de la obra por parte de Indecopi. Adicionalmente, consideramos que no existe motivo fundamentado para alegar infracción de marca en *prop placement* puesto que no se usa la marca a título de marca sino como parte de la originalidad de la obra, como parte de las secuencias o el guión; como señala Castro, “existen ciertos usos de la marca que son lícitos a pesar de no contar con autorización del titular del signo distintivo, y ello (...) porque no tienen naturaleza comercial”⁵⁰.

Sin embargo, es importante analizar lo que establece precisamente el artículo 157 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina⁵¹ al establecer dicha limitación al derecho de marca cuando concurren los siguientes requisitos en un supuesto de uso de marca por terceros sin consentimiento:

- Uso de buena fe.
- Uso que no constituya un uso a título de marca.
- Uso limitado a propósitos de identificación o de información.
- Uso que no sea capaz de inducir al público a confusión sobre la procedencia de los productos o servicios.

En concordancia con lo resuelto en el caso FGC contra WB, la norma regional andina, aplicable al Perú, nos da los linderos de los supuestos de uso no autorizado en *prop placement* de la siguiente manera: podría ocurrir cuando: i) se produzca de mala fe, que podría suceder cuando se vincula la marca con supuestos negativos o perjudiciales muy graves; ii) se produzca un uso a título de marca,

supuesto descartado pues como lo hemos señalado en el supuesto del *prop placement* jamás se hará un uso a título de marca (que supondría relacionar la película con una marca determinada con finalidades propias de ella); iii) se produzca un uso limitado diferente a la identificación o de información, que creemos sería también descartado porque en el supuesto del *prop placement* siempre hay una inserción estratégica con la finalidad de que sea identificada la marca; y, finalmente, iv) se produzca un uso que capaz de inducir al público a confusión sobre la procedencia de los productos o servicios, supuesto negado correctamente por el caso FGC contra WB pues es imposible que un consumidor confunda una película con una marca plenamente identificada, como se hace en el *prop placement*.

En este sentido, el único supuesto de uso no autorizado de marca en *prop placement* en la normativa peruana quedaría restringido a aquellos supuestos donde se produzca de mala fe, que podría suceder cuando se vincula la marca con supuestos negativos o perjudiciales muy graves. Solo en este caso, el titular de la marca tendría argumentos para interponer una denuncia por infracción a la marca habilitado por el inciso d) del artículo 155 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina⁵², pero deberá acreditar de manera fehaciente la existencia de mala fe.

VI. PRODUCT PLACEMENT EN LA POPULAR SERIE “AL FONDO HAY SITIO”: LA RESOLUCIÓN N° 3665-2012/SDC

Por medio de la Resolución N° 3665-2012/SDC-INDECOPI, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal imputó de oficio a Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C. la presunta comisión de actos de competencia desleal por infracción al principio de legalidad en publicidad por un capítulo del programa televisivo “Al Fondo

49 **Decreto Legislativo N° 822 - Ley de Derechos de Autor**

Artículo 4.- El derecho de autor es independiente y compatible con:

- a) Los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra.
- b) Los derechos conexos y otros derechos intelectuales reconocidos en la presente ley.

En caso de conflicto se estará siempre a lo que más favorezca al autor

50 CASTRO GARCÍA, Juan David. *La Propiedad Industrial*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 166.

51 **Decisión N° 486 CAN**

Artículo 157.- Los terceros podrán, sin consentimiento del titular de la marca registrada, utilizar en el mercado su propio nombre, domicilio o seudónimo, un nombre geográfico o cualquier otra indicación cierta relativa a la especie, calidad, cantidad, destino, valor, lugar de origen o época de producción de sus productos o de la prestación de sus servicios u otras características de estos; siempre que ello se haga de buena fe, no constituya uso a título de marca, y tal uso se limite a propósitos de identificación o de información y no sea capaz de inducir al público a confusión sobre la procedencia de los productos o servicios.

52 **Decisión N° 486 CAN**

Artículo 155.- El registro de una marca confiere a su titular el derecho de impedir a cualquier tercero realizar, sin su consentimiento, los siguientes actos:

(...)

d) usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando tal uso pudiese causar confusión o un riesgo de asociación con el titular del registro. Tratándose del uso de un signo idéntico para productos o servicios idénticos se presu- mirá que existe riesgo de confusión; (...)."

Hay Sitio” emitido el 2 de noviembre de 2010 a través de señal de América Televisión, en el cual se incluyeron escenas en las cuales se mostró la marca de cerveza “Brahma” mediante *product placement* pues aparecían vasos, sombrillas, botellas y cajas de cerveza “Brahma” e, incluso, hubo secuencias donde los personajes aparecen consumiendo la referida marca de cerveza.

En este caso, como se ha explicado, siguiendo el examen de identificación de *product placement*, se ha verificado la existencia de un encargo directo de naturaleza publicitaria por parte de Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C. a América Televisión mediante la obligación expresa de difusión nacional de *product placement* a cambio de una contraprestación recíproca, lo que consta en contratos específicos recibidos por la Secretaría Técnica⁵³; de esta manera, se verifica el factor objetivo del examen de identificación.

Luego, pese a que Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C. argumentó que la exposición de la marca “Brahma” fue meramente decorativa sin fines publicitarios porque se percibe de dicha manera por los consumidores, se observa que el efecto persuasivo de la publicidad no requiere de un mensaje articulado; así, la Sala señala, en el fundamento 82, que “bastaría un uso intenso y predominante de la marca, aun cuando no involucre la descripción de características y ventajas específicas”. Por lo tanto, al utilizar de manera intensa la marca “Brahma” mostrando todos los objetos mencionados, con clara intención de inserción estratégica, junto con escenas de interacción de los personajes principales con los mismos; se configura el factor subjetivo del examen de identificación.

Por consiguiente, el capítulo de “Al Fondo Hay Sitio” emitido el 2 de noviembre de 2010 configura *product placement* jurídicamente encajado como publicidad comercial audiovisual a la cual es aplicable tanto el artículo 17 de la LRCD y el inciso 2 del artículo 8 de la Ley N° 28681 - Ley que regula la comercialización, consumo y publicidad de bebidas alcohólicas; por ende, dicho capítulo debió

“A través de la Resolución N° 3665-2012/SDC-INDECOPI el Indecopi fijó parámetros específicos para la identificación del product placement jurídicamente encuadrado como publicidad comercial para la LRCD en claro cumplimiento del principio de predictibilidad.”

tener la exposición de la frase: “TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DANIÑO” por el espacio mínimo de tres (3) segundos.

En este caso, desde nuestra perspectiva, existen dos supuestos concretos de inserción estratégica de la marca “Brahma” en las secuencias o guiones del programa de televisión con fines publicitarios: primero, *product placement* estático primario, cuando se muestran botellas, cajas, vasos y sombrillas de cerveza “Brahma” en primer plano de las secuencias; segundo, *product placement* dinámico protagonista, cuando los personajes “icónicos” de la serie interactúan con la cerveza “Brahma” tomando dichas bebidas alcohólicas e incluso brindarle un rol protagónico.

De esta manera, la Sala integra⁵⁴ y declara fundada la imputación de oficio formulada contra Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C. por infracción al principio de legalidad de la concordancia del artículo 6 y 17 de la LRCD y el inciso 2 del artículo 8 de la Ley N° 28681 - Ley que regula la comercialización, consumo y publicidad de bebidas alcohólicas; sancionándolo con una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias.

VII. CONCLUSIONES: EL MENSAJE AL MERCADO DE PRODUCCIONES NACIONALES

Salazar y Lau, desde una óptica más cercana al estudio de *Marketing*, señalan que:

“El *product placement* no solo sirve para cumplir objetivos generales como: presencia de la marca y consolidación de la misma, sino que puede ayudar al cumplimiento de más objetivos publicitarios como: dar a conocer un producto o marca, incrementar la notoriedad de marca, predisponer a la compra, lograr familiaridad y recordación y por último, construir personalidad e imagen”⁵⁵.

Como habíamos adelantado, la Resolución N° 3665-2012/SDC-INDECOPI constituye un hito sobre el desarrollo y aplicación concreta de la definición de publicidad

53 Los cuales fueron declarados confidenciales por tener un valor comercial determinado y mantenerse en reserva por parte de Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C.

54 Es importante tener en cuenta que la Sala declara la Nulidad de la Resolución N° 080-2012/CCD-INDECOPI precisamente porque la Comisión nunca desarrolló su interpretación sobre la definición de publicidad o de *product placement* incurriendo en un vicio de incongruencia y motivación aparente.

55 SALAZAR VELARDE, Mela y LAU CHUFON, Eyleen. “*Product placement* en el cine: análisis publicitario de la categoría autos a través de diversos filmes. Medición de factores de influencia que afectan los objetivos publicitarios”. En: *Cuadros*. Volumen 9, Universidad de Piura, Piura, 2010, p. 68.

comercial establecida en el inciso d) del artículo 59 de la LRCD; así como se reconoce expresamente la función publicitaria de las marcas cuando se señala que: “bastaría un uso intenso y predominante de la marca, aun cuando no involucre la descripción de características y ventajas específicas” para cumplir con el factor subjetivo del examen de identificación de *product placement*.

Es importante recordarlo señalado, desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, sobre el impacto de las decisiones de la autoridad en el comportamiento. Así, Posner señala que:

“El juez (y por ende los abogados) no pueden omitir el futuro. Dado que la decisión del juez es un precedente que influirá en la decisión de casos futuros, el juez debe considerar el probable efecto de decisiones alternativas sobre el comportamiento futuro de los individuos que realizan actividades que provocan la clase de accidentes implícitos como los del caso que se le presenta”⁵⁶.

De igual manera, Bullard señala que:

“El impacto de las decisiones judiciales sobre la economía es tan evidente, que usualmente no nos damos cuenta. Reglas claras y adecuadas que faciliten la convivencia y que incentiven conductas deseables para la sociedad en su conjunto, generan confianza, y a su vez, esta confianza genera riqueza. Los jueces

son una suerte de generadores de bienestar y por ello sus decisiones no solo deben considerar la justicia del caso concreto, sino el bienestar (o malestar) social que generan”⁵⁷.

En este caso, lo señalado es precisamente aplicable a lo resuelto por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi en el presente caso; en este sentido, de acuerdo con el principio de predictibilidad que rige en el procedimiento administrativo⁵⁸, la Resolución N° 3665-2012/SDC-INDECOPI constituye información veraz, completa y confiable no solamente sobre cómo se evalúa el *product placement* en el ordenamiento jurídico peruano, sino que envía información clara a los productores⁵⁹ de obras audiovisuales como películas, programas de televisión o programas, para que puedan evadir cualquier tipo de sanciones de parte de la autoridad en materia de Derecho de Represión de la Competencia Desleal.

De esta manera, el Indecopi fijó parámetros específicos para la identificación del *product placement* jurídicamente encuadrado como publicidad comercial para la LRCD en claro cumplimiento del principio de predictibilidad; mientras que los productores, administrados al fin y al cabo, ahora cuentan ahora con información suficiente para obtener financiamiento para realizar las obras audiovisuales que nos entretienen día a día, a través de contratos de emisión de *product placement* sin incurrir en costos innecesarios por sanciones administrativas.

56 POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. Edición traducida al español, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1998, p. 30.

57 BULLARD Gonzáles, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. 2ª edición, Palestra, Lima, 2010, p. 52.

58 **Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General**

Norma IV - Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)

15. Principio de predictibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

59 **Decreto Legislativo N° 822 - Ley de Derechos de Autor**

Artículo 2.- A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente:

32. Productor: Persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad en la producción de la obra.