

El surgimiento de nuevas tecnologías y el desarrollo del Internet hacen posible que la publicidad, a través de sus distintas modalidades, llegue a los consumidores de una manera más rápida y fácil; sin embargo, muchas veces este tipo de publicidad es considerada como publicidad encubierta o ilícita. Es así que, en el presente artículo, el autor se centrará en desarrollar las distintas modalidades publicitarias, como lo son por ejemplo el *advergaming* (publicidad en videojuegos) o la publicidad testimonial en redes sociales (como a través de tuits), con la finalidad de analizar el principio de autenticidad y su posible vulneración.

LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA Y NUEVAS MODALIDADES PUBLICITARIAS



Alex Sosa*

Palabras Clave: El *product placement*, *Blogvertising*, *Advergaming*, Publicidad Testimonial en redes sociales y Publicidad Comportamental).

I. Introducción

En el presente artículo el autor se propone analizar el principio de autenticidad y su relación con nuevas modalidades publicitarias que vienen siendo frecuentemente utilizadas por los anunciantes con el desarrollo del Internet y nuevas tecnologías. Dentro de estas figuras, tenemos, por ejemplo, a la publicidad que se incluye en los post de los blogs (*blogvertising*) o la publicidad testimonial en redes sociales, que cierto sector de la doctrina la considera como publicidad encubierta y por lo tanto, ilícita. De este modo, el objeto de este artículo se centrará en identificar si estas nuevas modalidades publicitarias infringen el principio de autenticidad.

II. Publicidad encubierta y Principio de Autenticidad

La publicidad comercial encubierta consiste en un mensaje publicitario investido de los modos o lenguajes que son típicos de mensajes informativos de otro carácter¹. Según Anxo Tato *“la publicidad encubierta surge, así pues, cuando el mensaje publicitario no ha sido identificado como tal y su finalidad publicitaria tampoco es reconocible por el público de los consumidores. Podríamos hablar entonces, quizás, de publicidad oculta o publicidad disfrazada, en la medida en que el correspondiente mensaje se presenta ante los ojos de los consumidores, bien bajo la apariencia de un mensaje informativo, bien bajo el disfraz de un mensaje de cualquier otra naturaleza. De donde se deduce que, en la hipótesis de la publicidad encubierta, existe un*

* Abogado Summa Cum Laude por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios de especialización en Competencia Desleal, Derecho Publicitario y Libre Competencia por el Instituto de Estudios Bursátiles de Madrid y la Universidad Rey Juan Carlos – Fundación Pons. En el ámbito laboral, el autor se desempeña actualmente como Jefe Académico del Centro de Educación Ejecutiva de la Universidad del Pacífico y anteriormente ocupó el cargo de Secretario Técnico de la Comisión Permanente de Ética del CONAR. Asimismo, es docente en la Universidad del Pacífico, Pontificia Universidad Católica del Perú e Instituto Peruano de Publicidad.

1 DE LA CUESTA RUTE, José María. Ob. Cit. Pp. 165-167

engaño del público en punto a la naturaleza y finalidad del correspondiente mensaje; al ignorar la naturaleza publicitaria de éste, el público podrá concluir que se encuentra ante un mensaje puramente informativo (...) o ante un mensaje justificado únicamente por criterios artísticos.”²

Así vemos que el elemento engañoso de esta modalidad publicitaria no reside en lo que el mensaje comunica, sino en el modo de comunicarlo.

El fundamento por el que se considera ilícita la publicidad encubierta, es que el Estado busca evitar que los destinatarios reciban una comunicación sin adoptar las medidas psicológicas con las que se reciben los anuncios publicitarios³. Y es que los receptores de la publicidad comercial suelen guardar cierto escepticismo frente a las propiedades o cualidades de los productos o servicios ofertados a través de la publicidad, pues entienden que estos son transmitidos con una finalidad persuasiva por parte del anunciante (nos están tratando de vender “algo”).

En efecto, los consumidores no esperarán que el anunciante sea totalmente objetivo o imparcial en sus anuncios, ya que entienden que lo que busca a través de la difusión de los mismos es que se adquieran sus productos o servicios⁴.

2 TATO PLAZA, Anxo. (2001). “Product Placement y publicidad encubierta (comentario a las Resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y de 4 de junio de 2001, caso “soberano”)” *Actas de Derecho Industrial*, N° XXII, pp. 585-586.

3 *Ibidem*.

4 Al respecto, la Exposición de Motivos de la LRCd señala lo siguiente:

“(…) se debe tener en cuenta que la represión de los actos contrarios al principio de autenticidad tiene su fundamento en la dignidad de la persona y en el respeto de su libertad de elección. Ello, debido a que un consumidor puede reaccionar de determinada manera si se encuentra frente a un anuncio publicitario que se le presente directamente como tal, y de otra más confiada y crédula si considera que dichos mensajes le son presenta-

Cuando el mensaje publicitario se transmite a través de noticias, documentales, opiniones periodísticas o material recreativo, sin que se advierta su naturaleza publicitaria, sus receptores atribuirán un carácter objetivo al mismo al pensar que las cualidades informadas del producto son transmitidas por el medio de comunicación que parece emitirlo en el ámbito de su actividad económica de naturaleza informativa.

Así, la publicidad encubierta es reputada ilícita por lesionar el legítimo interés de los destinatarios a conocer la verdadera naturaleza de los mensajes transmitidos a través de los medios de comunicación. Se entiende que esta modalidad publicitaria hace más vulnerables a los destinatarios a los designios persuasivos del mensaje. Por ello, el carácter engañoso de estos anuncios no se encuentra en su contenido, sino en la forma cómo se presentan.

El artículo 16 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal – Decreto Legislativo 1044⁵ (en adelante, LRCd) no prohíbe

dos de una manera que no percibe, consciente o inconscientemente, como publicidad comercial.

En este punto, se debe tener en cuenta que los consumidores toman con cierta desconfianza los mensajes publicitarios, ya que son conscientes de que son declaraciones interesadas del anunciante, lo que no ocurre cuando dichos mensajes son presentados de forma tal que el consumidor no percibe conscientemente su naturaleza publicitaria, por ejemplo con apariencia de noticias o de documentos que constituyen el resultado de una investigación periodística. En este último caso, la desconfianza natural sobre los mensajes que el consumidor recibe desaparece o se atenúa.”

5 Artículo 16º.- Actos contra el principio de autenticidad.-

16.1.- 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.

16.2.- Constituye una inobservancia a este principio 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.

que los anunciantes decidan difundir sus mensajes publicitarios como si fueran noticias, opiniones periodísticas o comunicados imparciales. De hecho, los anunciantes son libres de hacerlo dentro del ámbito de la libertad de expresión empresarial amparado por la Constitución. La obligación que recae sobre los anunciantes a través de la figura del principio de adecuación social es el advertir de manera clara la naturaleza publicitaria de la comunicación. De este modo, los anunciantes cuando pretendan hacer uso de modalidades publicitarias que sean susceptibles de inducir a error al consumidor respecto a su naturaleza publicitaria, deberán consignar de manera expresa y destacada que se trata de un publisreportaje⁶ o un anuncio contratado⁷.

En ese contexto, procederemos a analizar algunas figuras publicitarias que muchas veces han sido categorizadas como publicidad encubierta. Ello, con la finalidad de definir las y establecer si se encuentran sujetas a dicho principio publicitario.

a) Product placement o emplazamiento de producto

Se designa *product placement* o “emplazamiento de producto” a 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 audiovisual⁸. Algunos ejemplos de esta figura los tenemos en la aparición de la recordada “Eleanor” (Un Shelby Mustang GT 500 del '67) de la película “60 segundos”, en el uso de autos HONDA CIVIC en las escenas de robo a camiones de la película “Rápidos & Furiosos”; o lo que sucedió durante la premiación de los premios OSCAR del 2014: el “selfie” más retuiteado de la historia (más de 3 millones), tomado desde un Galaxy Note 3 de Samsung:



Decimos que el *product placement* es una modalidad publicitaria debido a que su naturaleza se encuentra acorde con la definición de publicidad comercial del artículo 59 inciso d) de la LRCD, pues a través de este mecanismo generalmente usado en series, novelas, eventos o películas –que son una forma de comunicación– el anunciante muestra o hace mención de las marcas de sus productos con la finalidad de persuadir su adquisición o simplemente hacer un ejercicio de posicionamiento o implantación.

Según Anxo Tato: “(...) el *product placement* ha sido objeto de múltiples clasificaciones. La más importante, sin duda alguna, es aquella que distingue entre emplazamiento verbal y emplazamiento visual. En el primer caso, uno de los protagonistas de la película o serie menciona la marca del producto objeto de emplazamiento; en el emplazamiento visual, por el contrario, sólo aparece la marca o cualquier otro signo distintivo del producto durante

6 Modalidad que se presenta en prensa o revistas (en físico o digital) como un texto que se asemeja al contenido editorial de la publicación, normalmente a modo de noticia o reportaje, con la finalidad de ganar en credibilidad y captar la atención de la gente que no lee publicidad (TRIVIÑO, Ezequiel “Diccionario LID Marketing Directo e Interactivo”. Madrid: Editorial LID, 2012)

7 Sobre este principio, la Exposición de Motivos de la LRCD establece que: “(...) los actos contrarios al principio de autenticidad no se agotarían en la publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sino que podrían configurarse mediante otro tipo de actos de naturaleza publicitaria que no sean percibidos por los consumidores como tales, incluido el eventual supuesto de la publicidad subliminal”

8 TATO PLAZA, Anxo, FERNÁNDEZ, Pablo y HE-RRERA, Christian. Idem. Pp. 135-136

*la correspondiente película o serie, sin ningún tipo de referencia verbal a la misma.”*⁹

De hecho, el *product placement* es en muchos casos una herramienta de marketing eficaz, ya que no se trata solo de mostrar o mencionar una marca en la trama de una serie o película, sino el darle un papel intenso logrando que su finalidad comercial pase desapercibida por el consumidor pero que consiga el fin persuasivo que busca el anunciante. Un claro ejemplo de *product placement* mal utilizado son ambas versiones de la película “Asu mare”, con las constantes apariciones de marcas de cervezas, muchas veces fuera de contexto (esto es una opinión personal) y un ejemplo del buen uso de esta figura, lo podemos encontrar en las películas “Rápidos & Furiosos” o “Transformers” en los que hay una gran inclusión de marcas, las cuales forman parte de la historia y su aparición si bien no pasa desapercibida por el consumidor, no le genera una distorsión innecesaria a la secuencia de la historia.

Un ejemplo reciente de la eficacia de esta modalidad comercial la podemos encontrar en el gran interés que ha generado NIKE con la noticia de que en el año 2015 lanzará al mercado las zapatillas autoajustables que Marty Mc Fly utilizó en “Volver al Futuro II”. Esta noticia ha estallado en redes sociales y son muchos los consumidores que ya quieren adquirir dicho producto.



Ahora bien, sería arriesgado decir que toda presentación de una marca en el desarrollo de una película o serie se trata de *product placement*, pues en muchos casos las

marcas de determinados productos aparecen simplemente porque forman parte de la trama y/o del contexto en el que se desarrollan las escenas. Imagínese el caso de una película en la que parte elemental de la trama se desarrolla en una cantina. Va a ser inevitable que el productor muestre algunas marcas de las bebidas alcohólicas que se consumen mientras ésta se desarrolla.

En estos casos, es decir, cuando la inclusión de la marca o bien se produce en un contexto no significativo y no exista pago al productor principal de los contenidos u otro individuo que tenga control sobre lo que se expone en la producción, estaremos frente a la figura del “*Prop Placement*”.

¿Cómo saber que estamos frente a una modalidad de *product placement*?

Al hacerse la misma pregunta, la Sala estableció mediante Resolución 3665-2012/SDC-INDECOPI determinadas reglas que faciliten el conocer cuándo se está frente a una presentación de la marca con fines comerciales en obras audiovisuales. Ello ocurrirá cuando concurran los siguientes requisitos:

- 1) **Factor objetivo:** 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 dada¹⁰. El elemento probatorio en este punto es sumamente relevante. Si no se llega a acreditar que se mostró la marca en virtud de una negociación entre proveedor y anunciante, se entenderá que dicha exhibición es debido a las necesidades

9 TATO PLAZA, Anxo. Ob. Cit. P. 582

10 BAÑOS GONZALES, Miguel y RODRIGUEZ GARCÍA, Teresa. (2012) *Imagen de marca y product placement*. Madrid: ESIC Editorial. . Pp. 118.

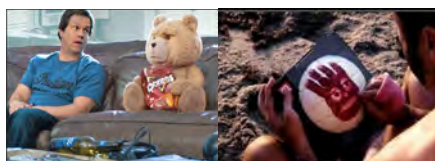
narrativas del productor, sin que estas tengan fines comerciales.

- 2) **Factor subjetivo:** 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.

De acuerdo a lo señalado por la Sala, algunos factores que pueden evaluarse para afirmar el uso publicitario de los signos distintivos en un contexto narrativo se pueden enumerar los siguientes: (i) la falta de necesidad de su inclusión en el contexto de la trama, esto es, la aparición del bien o marca se encuentra desligado de la narración que se muestra y no encuentra justificación escénica; (ii) el uso intenso de su inclusión, pues pese a que la inserción del producto emplazado se justifica en la escena, se resalta intensamente y de una manera recurrente, que no encuentra esa difusión intensa sustento en la necesidad narrativa; (iii) la marcada interacción de los personajes de la producción audiovisual con el producto, más aún cuando este personaje es protagonista; (iv) el hecho que la presencia del producto en las escenas esté claramente diferenciado respecto de otros bienes que se muestran paralelamente; (v) que a lo largo de la producción sea notorio que se evita la inclusión de marcas o productos competidores; y, (vi) presencia destacada y visualmente dominante de la marca, asociada a primeros planos, contrastes lumínicos, movimiento de cámara sobre el producto, entre otras técnicas visuales.

Es importante precisar que la figura del *product placement* no es de ningún modo un acto contrario al principio de autenticidad,

pues en la actualidad, los consumidores cuando ven que una marca o producto toma protagonismo en una película, serie o novela, inmediatamente asumen que ello tiene una finalidad comercial. En efecto, como podemos ver en las imágenes líneas abajo, la inclusión de la marca Doritos en la película “Ted” o “Mr. Wilson” en la película “El Náufrago” no constituirán publicidad encubierta para los consumidores, toda vez que sin la necesidad de conocer a ciencia cierta si existe un convenio o contraprestación entre el anunciante y la productora, pueden asumir con mucha facilidad que al menos, la inclusión de dichas marcas en la película, no es producto de la casualidad.



El consumidor entiende que dichas producciones deben ser financiadas y que los agentes económicos buscan la aparición de su marca a cambio de una contraprestación (la cual hemos dicho no necesariamente económica). Por ello, es totalmente innecesario que la productora o el empresario responsable de difundir la obra audiovisual indiquen cada vez que se muestra una marca que se trata de un anuncio contratado. Una obligación de este tipo disminuiría los incentivos que tienen los anunciantes en incluir sus marcas en obras audiovisuales, lo cual generaría como consecuencia el encarecimiento innecesario de la producción de películas o series y nos terminaría arruinando el realismo que esperamos muchas veces encontrar en ellas.

Ahora bien, el problema con el *product placement* aparece cuando se utiliza para promocionar productos sobre los que recaen restricciones de difusión publicitaria, como podría ser cigarrillos, bebidas alcohólicas o productos farmacéuticos de venta bajo receta

médica. Ejemplo de ello lo podemos apreciar en el procedimiento en el cual se sancionó a AMBEV PERÚ¹¹, toda vez que mostró la cerveza de marca BRAHMA en reiteradas oportunidades sin incluir la frase de advertencia “TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO” por un espacio no menor a 3 segundos en la serie de televisión “AL FONDO HAY SITIO”. Dicha Obligación sectorial se encuentra contenida en el artículo 8.2 de la Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas.

En dicho caso, se probó que había existido un contrato entre América TV y la imputada (factor objetivo), así como también se determinó el efecto persuasivo de la aparición de dicha marca en el programa, ya que ésta se había mostrado en reiteradas oportunidades, se le dio protagonismo y todos los ángulos de las tomas estuvieron diseñados para mostrar la marca mientras transcurrían escenas y diálogos.

Si bien estamos de acuerdo con el criterio desarrollado por la Sala para determinar cuándo estamos frente a una modalidad de “*product placement*”, como consumidores de películas y series nos queda el mal sabor de saber que ante cualquier presentación de una marca de bebidas alcohólicas que financien la obra audiovisual, tendremos que ver la mencionada indicación durante más de 3 segundos.

Ahora bien, vamos un poco más allá: podríamos tener cierta seguridad de que el INDECOPI podrá exigir ello a productoras nacionales como por ejemplo, Tondero, pero, ¿tendrá la capacidad para exigirle lo mismo a las productoras internacionales? En principio, la CCD tendría toda la capacidad para hacerlo por la teoría de los efectos incluida en el artículo 4 de la LRCD, pero ¿ustedes creen que la cadena FOX, por dar un ejem-

plo, se encuentre realmente interesada en modificar sus obras para incluir dicha indicación cada vez que se haga *product placement* a una marca de cerveza o cualquier bebida alcohólica? Lo dudo bastante. Y si queremos complicar mucho más la figura, podríamos plantearnos futuras sanciones a películas extranjeras donde se le haga *product placement* a la “comida chatarra” (como suele hacerse en películas norteamericanas), toda vez que las restricciones que se establecen en la Ley 30021 – Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes, son muy amplias en ese sentido (por ejemplo, no se puede hacer publicidad testimonial sobre productos altos en grasas o azúcares, conforme el inciso j del artículo 8).

Sin perjuicio de lo antes señalado, consideramos que dentro de todo lo malo, deberíamos sentirnos un poco dichosos de que esta figura no haya sido sometida a regulación específica como sucede en España con la Ley General de la Comunicación Audiovisual, 7/2010, de 31 de marzo, que no solo define al emplazamiento de producto, sino además, establece en su artículo 17° las siguientes –“nada intervencionistas”- restricciones a su uso:

- 1) Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir con emplazamiento de productos largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento. En el resto de programas únicamente se podrá realizar el emplazamiento de productos a cambio del suministro gratuito de bienes o servicios, así como las ayudas materiales a la producción o los premios, con miras a la inclusión a un programa.
- 2) Cuando el programa haya sido producido o encargado por el prestador del servicio o una de sus filiales, el público debe ser claramente informado del emplazamiento

11 Resolución 3665-2012/SDC-INDECOPI

to del producto al principio y al final del programa, y cuando se reanude tras una pausa publicitaria.

- 3) El emplazamiento no puede condicionar la independencia editorial. Tampoco puede incitar directamente la compra o arrendamiento de bienes o servicios, realizar promociones concretas de estos o dar prominencia indebida al producto.
- 4) Queda prohibido el emplazamiento de producto en la programación infantil.

Tantas restricciones para una conducta que no es susceptible de inducir a error al consumidor por su naturaleza. Todo ello solo tiene como efecto que se encarezcan las producciones y que en muchos casos se agoten o disminuyan las posibilidades de financiamiento de las productoras. El afectado, al final, como siempre, el consumidor, quien verá reducidas su posibilidad de acceder a mayor cantidad de series, novelas o películas.

b) BLOGVERTISING

En los últimos años, los blogs han despertado el interés de las empresas para la difusión de su publicidad comercial. Ello debido al crecimiento, repercusión, e influencia con la que algunos cuentan. La difusión de publicidad en blogs no solo se realiza a través de *banners* y *pop-ups*, sino también a través del contenido de los post, generando con ello una mayor influencia en la decisión de consumo en sus seguidores. La doctrina ha denominado *blogvertising*¹² a esta modalidad publicitaria.

El desarrollo de esta figura no viene siendo pasiva, pues se han presentado casos en los que se ha hecho uso de la objetividad que el consumidor asume que tiene el blog para persuadirlo a adquirir un producto, como también se ha hecho uso de esta plataforma

para a modo de opinión, denigrar a marcas competidoras.

En el presente apartado nos centraremos en analizar el contenido de los post contratados o difundidos a favor de terceros y no la publicidad en *banners* o *pop-ups* de los blogs. En ese sentido, será importante primero conocer qué tipos de blogs existen de acuerdo a su contenido:

- **Blog personal:** esta especie de bitácora personal permite al *blogger* “colgar” en la web su opinión acerca de diversos temas. Estos pueden ser personales, profesionales, de actualidad, políticos, policiales o incluso temas mucho más superficiales como moda, maquillaje o cine. Todo ello sin que exista un tema en especial que caracterice el contenido del blog. Dentro de esta categoría podemos encontrar el blog de Gustavo Faverón o el blog de Renato Cisneros.
- **Blog temático:** son blogs especializados por razón de materia. La principal característica de este tipo de blogs es que por el público objetivo al que está dirigido y la calidad profesional de sus autores, son susceptibles de influenciar de manera relevante en sus seguidores, lo cual incluso se puede trasladar a la toma de decisiones de consumo. En los blogs temáticos, los consejos u opiniones proporcionados por los especialistas serán muy valorados por la comunidad virtual¹³. En este campo tenemos al blog “Menú Legal” de Oscar Sumar, “Blawyer.org”, o “El manual de la soltera codiciada”.
- **Blog corporativos:** son los que crea la propia empresa para hablar “cara a cara” con sus clientes. Ello con la clara finali-

12 MARTÍ PARREÑO, José. (2011). *Marketing y Publicidad en Internet*. Bogotá: Ediciones de la U. Pp. 226-227.

13 LEMA DEVEESA, Carlos y PATIÑO ALVES, Beatriz. (Consultada el 22 de julio de 2013) El blog como vehículo publicitario. Recuperado de <http://www.beatrizpatino.com/archivos/1288787630.pdf> (página Pp. 10-11).

dad de Informarles de las novedades y lanzamientos de nuevos productos¹⁴. Si bien dentro de este tipo de blogs existen muchas subespecies (por ejemplo, blog de marca, de sector, de eventos, de empleados, etc.), los más utilizados son los que promueven la contratación de un producto y/o servicio, o refuerzan la imagen de marca de un producto¹⁵. Uno de los blogs corporativos más seguidos es el de Starbucks.

El contenido de un blog corporativo siempre tendrá naturaleza publicitaria por su carácter comercial, pues como hemos dicho, en este tipo de blogs las empresas siempre buscarán persuadir a los consumidores a adquirir sus productos o servicios. Ahora bien, ¿qué sucede con el blog temático y personal?

Un blog puede pronunciarse a favor o en contra de una marca u oferta en cualquiera de sus *posts*. Si se trata de un blog que cuenta con varios seguidores, una opinión a favor podría ser determinante en la decisión de consumo de sus receptores, así como un comentario en contra podría ser susceptible de menoscabar la reputación comercial del agente o marca aludida, debido a la objetividad que los consumidores asumen que tienen sus autores.

De este modo, cuando exista una contraprestación por la promoción de una determinada marca, independientemente que se trate de un blog temático o personal, estaremos frente a publicidad comercial. Hasta este punto, teóricamente todo bien. Pero en la práctica, ¿cómo podemos diferenciar cuando estamos frente a un anuncio publicitario y una opinión protegida por la libertad de expresión? Cómo saber,

por dar un ejemplo, cuándo un blog de tecnología hace una comparación entre *smartphones* patrocinado por una empresa o de manera objetiva.

¿Y cuál sería la solución si a través del uso del **blogvertising el autor engaña sobre la naturaleza publicitaria de su publicación o denigra a una marca por encargo de un agente económico?**

Si se presenta un acto de engaño o denigración a través del contenido de un post y estos se realizan con finalidad concurrencial, será aplicable la LRCD así como el Código de Ética Publicitaria del CONAR. Recordemos que un acto tendrá finalidad concurrencial cuando tenga efectos en el mercado y sea susceptible de mantener o incrementar el posicionamiento en el mercado de modo directo o indirecto del agente que realiza el acto¹⁶.

De este modo, en caso se pretenda promocionar una marca u oferta, el anunciante tendrá la obligación, en virtud del principio de autenticidad, de indicar claramente en el post que se trata de un anuncio contratado. Asimismo, el contenido de dicho post no deberá ser susceptible de inducir a error a los consumidores (Principio de Veracidad o actos de engaño); y además, si dicho contenido es susceptible de menoscabar de manera indebida a la empresa, marca u oferta aludida, se sancionará por acto de denigración. Esto, solo por mencionar algunas de las modalidades desleales contenidas en la LRCD y Código de Ética que podrían aplicarse.

Ahora bien, como se ha mencionado, en estos casos será complicado determinar cuándo estamos frente a un post pagado o una opinión. En este escenario, será importante determinar si entre la empresa que se beneficia con el contenido del post y el bloguero se ha celebrado un contrato, convenio o se ha presentado el pago de alguna contraprestación (no

14 ORDOZGOITI, Rafael, RODRÍGUEZ, Daniel, OL-MOS, Antonio y José Antonio MIRANDA. (2010) *Publicidad on line. Las claves del éxito en Internet*. Madrid: ESIC Editorial.. P. 135.

15 LEMA DEVESA, Carlos y Beatriz PATIÑO. Ob. Cit. 13.

16 Resolución 473-2012/SC1-INDECOPI.

necesariamente monetaria). Para realizar este análisis consideramos que podría aplicarse la evaluación de la existencia concurrente de un factor objetivo y subjetivo, como la que se debe usar para determinar si existe *product placement* en una obra audiovisual.

Por mencionar algunos casos curiosos, la marca SONY en una oportunidad financió la creación de un blog bajo la apariencia de un fanático del *PlayStation Portable* (PSP) llamado Charlie, un supuesto cantante de hip hop que hablaba muy bien de dicho producto, el que curiosamente su primo quería comprar para navidad. Para todo esto, el blog tenía el siguiente dominio: www.alliwantforxmasisapsps.com (todo lo que deseo por navidad es un PSP).

Otro caso se presentó en el blog de una pareja norteamericana que relataba su viaje a través de E.E.U.U. Curiosamente, siempre se detenían en los hipermercados WAL-MART y hablaban muy bien de la marca. Claro, nunca mencionaron que el viaje era patrocinado por ésta. En ambos casos, con una simple investigación de red se determinó que los verdaderos dueños del dominio mantenían un vínculo comercial o contractual con las empresas beneficiadas. En cuanto el engaño fue detectado, las empresas tuvieron que pedir disculpas públicas a sus seguidores¹⁷.

Los blogs aportan mucho al acceso de información de los usuarios. En la actualidad podemos encontrar muchos en la red debido a las mínimas barreras de entrada (cualquiera con una computadora e internet puede abrir y cerrar un blog) y costos de transacción (prácticamente solo el costo de oportunidad que implica escribir un post) que existen para poder tener un blog¹⁸. Y ello es positivo, pues

mientras más acceso a la información tengan los consumidores mejores decisiones podrán tomar tanto en el ámbito comercial como político. Mientras siga incrementándose el número de usuarios seguidores de blogs, también aumentará la cantidad de empresas interesadas en publicitar sus productos o servicios en estos soportes publicitarios a través de la figura del *blogvertising*, la cual solo es una nueva forma de hacer publicidad a través del Internet, por lo que no es necesaria su regulación particular al encontrarse sujeta a lo dispuesto por la LRCO en lo que a publicidad comercial se refiere.

c) Publicidad y videojuegos

La publicidad comercial en video juegos es una estrategia de marketing que viene siendo muy utilizada por los anunciantes debido a la gran cantidad de usuarios que actualmente destinan buena parte de horas del día a jugar video juegos a través de *smartphones*, *tablets*, *laptops* y consolas tradicionales de video juegos¹⁹.

La publicidad en video juegos puede realizarse de dos formas. A través del *advergaming* o por la inclusión de marcas en el espacio ornamental del juego.

El *advergaming* es una estrategia de marketing por la cual se desarrollan video juegos en los que la marca es la protagonista. Esta estrategia empezó a desarrollarse desde las primeras consolas de video juegos, como es el caso de los recordados “cool spot” y “Pepsi Man”; algunas más recientes como “Doritos Crash Course”, “Axe Lunar Racer”

?article=1026&context=maximiliano_marzetti

17 LEMA DEVESA, Carlos y Beatriz PATIÑO. Ob. Cit. Pp. 25-26.

18 MARZETTI, Maximiliano. ¿Por qué blawgueamos? breve análisis económico de los blogs jurídicos (blawgs) y de la blogósfera. Recuperado de: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi>

19 Según estudio de Frank N. Magid Associates, 110 millones de usuarios recurren a aplicaciones de juegos *on line* solo en los Estados Unidos. De ellos, el 45% son mujeres que descargan estas aplicaciones en sus *smartphones* frente a un 25% de hombres que lo hacen a través del mismo medio. Fuente: Puromarketing <http://www.puromarketing.com/72/15604/hombres-juegan-online-mujeres-prefieren-hacerlo-smartphone.html> (página visitada el 12 de agosto de 2014)

y “Red Bull Formula Face”. Actualmente, se realiza a través de aplicaciones descargables desde *tablets* o *smartphones*.



La eficacia del *advergaming* se encuentra condicionada a que el juego sea realmente bueno o que en todo caso sea del agrado de los consumidores. Dicho de modo coloquial, que pueda “enviciarlos”. Si lo logra, los efectos beneficiosos para la marca pueden ser importantes pues podrá incrementar sus ventas y mejorará su posicionamiento y fidelidad con sus clientes. Pero el gran riesgo está en que el juego resulte aburrido, complicado o simplemente no le guste a los consumidores. En ese caso, la marca podría estar sujeta al deterioro de su reputación comercial o aceptación de su clientela. Recordemos que los video juegos que actualmente se pueden descargar como aplicaciones, son recomendados en una suerte de “boca a boca” en redes sociales, pero también pueden ser severamente abucheados a través de este medio.

La segunda forma de realizar publicidad en video juegos es a través de la inclusión en su desarrollo, sin protagonismo. Esta

modalidad es de hecho menos riesgosa, pues simplemente consiste en el pago que hace un anunciante para que se muestre su marca en el video juego. Una especie de **publicidad difundida a través de cualquier soporte en un mundo on line**. A continuación algunos ejemplos:



En esta última modalidad de lo que realmente estamos hablando es de *product placement* aplicado al mundo de las nuevas tecnologías²⁰.

- 20 José Martí Parreño señala sobre el *advergaming* lo siguiente: “A diferencia del *product placement*, mediante el cual se emplacea marcas/productos en el contexto de un videojuego (por ejemplo, vallas publicitarias en un circuito de un videojuego de carreras, etc.), el *advergaming* permite desarrollar todo el videojuego en torno a la marca que lo encarga. De esta manera, el *advergaming* combina dos de las herramientas de comunicación no personal más utilizadas por las marcas: la publicidad y la *publicity*. Por una parte, estos videojuegos publicitarios (*advergaming*) son pagados por la marca, lo que permite que ésta tenga un control sobre el desarrollo del videojuego (*publicidad*); por otra, la marca no suele ser identificada claramente por el consumidor como la emisora del mensaje, por lo que su aparente falta de intención comercial (*publicity*) puede redundar en una mayor credibilidad hacia el mensaje por parte del receptor. Esta característica de los *advergaming* también los enmarca en el contexto de los denominados mensajes híbridos que hemos visto. Ya se ha comentado que una de las características de estos mensajes híbridos más interesantes para los anunciantes es que, puesto que la marca aparece integrada en un contenido de entretenimiento (en este caso, un video juego) no interrumpe dicho contenido y, por lo tanto, se evitan comportamientos del consumidor, como el *zapping* o el *zipping*, tan temidos en otros medios. Puesto que la marca forma parte del contenido de entre-

Como toda modalidad publicitaria, se encuentra sujeto a lo dispuesto en la LRCD y al Código de Ética Publicitaria del CONAR. Es importante dejar en claro que la publicidad en video juegos –así sea por *advergaming* o *product placement*- **no es publicidad encubierta**, pues el consumidor con criterio fácilmente podrá concluir que la inclusión de dichas marcas como protagonistas o en soportes publicitarios virtuales tiene naturaleza comercial. Por lo tanto, este tipo de publicidad en principio es totalmente lícita, salvo se utilice para difundir publicidad sobre productos sobre los que recaigan restricciones particulares de difusión (tabaco, cigarrillos, bebidas alcohólicas, etc.) o configuren algún acto de competencia desleal (un videojuego que consista en patear productos con la marca de la competencia, por dar un ejemplo).

d) Tuits patrocinados

Existe una actual preocupación a nivel doctrinario acerca de si los tuits patrocinados configuran publicidad encubierta. Para los españoles, cuando el tuit tenga naturaleza publicitaria y ésta no sea evidente por su contexto, se estará frente a una clara publicidad encubierta a no ser que se indique su naturaleza comercial (omisión engañosa para ellos, sancionada por el artículo 7º de su Ley de Competencia Desleal). Por su parte, la industria publicitaria española sostiene la imposibilidad de indicar en un tuit que se trata de un anuncio publicitario por lo reducido del espacio (140 caracteres).

Como señala Francisco Perez Bes²¹, si bien no le falta razón a los publicistas, este

tenimiento (por ejemplo, puede ser el coche que conduce el video jugador) estará en contacto con el consumidor mientras el videojuego le proporcione entretenimiento. PARREÑO, José Martí. Ob. Cit. P.214.

21 En el post denominado “Tuits patrocinados y publicidad encubierta” del blog “Internet y Derecho” <http://internetyderecho.blogspot.com/> (página revisada el 20 de marzo de 2014)

debate ya fue previsto por el legislador, quien, señala en el artículo 26.2 de la Ley de Competencia Desleal española que:

“2. Para la determinación del carácter engañoso de los actos a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado.”

*Cuando el medio de comunicación utilizado **imponga limitaciones de espacio o de tiempo**, para valorar la existencia de una omisión de información **se tendrán en cuenta estas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios.**”* (Subrayado y resaltado agregado).

De este modo, los anunciantes que desean hacer uso de tuits patrocinados actualmente hacen uso de los *hashtag* #ad (en Reino Unido los anunciantes consensuaron ello) o #publi. Esta última indicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 20.1 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que en realidad se pensó exclusivamente para correos electrónicos comerciales.

Si bien en el Perú estos tuits patrocinados estarían sujetos a lo señalado en el artículo 16º de la LRCD (y también del 8.2, publicidad testimonial), nosotros consideramos que ello sería absurdo, pues por el contexto en el que se publiquen este tipo de anuncios, resultará obvio para cualquier consumidor que dichos tuits tienen naturaleza publicitaria, por lo que sería totalmente innecesario detallar que estos son anuncios contratados. Prueba de ello lo podemos apreciar en los ejemplos a continuación:



Imágenes tomadas del blog “Internet y Derecho”
<http://internetyderecho.blogspot.com/>

Ahora bien, la doctrina nos dice que existen tres tipos de testigos. El de las personas célebres o famosas, el de los expertos y el de las personas comunes²². El primero de ellos se presenta cuando un personaje reconocido (o varios) apoya o manifiesta su preferencia sobre un determinado producto o servicio (dicha manifestación puede ser tácita), el cual será distinto a la materia o actividad que lo ha hecho famoso. Ejemplo de ello es ver a un reconocido futbolista comiendo una galleta o tomando una gaseosa, así como también a un reconocido tenista usando una máquina de afeitar.

En el caso del testimonio de experto, estamos frente a personas u organizaciones que emiten una opinión acerca de un producto o servicio que se encuentra relacionado con su especialidad. Un ejemplo de ello, es el testimonio de un odontólogo sobre un dentífrico o la opinión de un nutricionista sobre determinado producto alimenticio. Alguno de ustedes se debe estar preguntando: ¿y qué pasa si un personaje famoso da un testimonio sobre un producto o servicio que esté relacionado con su especialidad? Simple. En ese caso estaremos frente a publicidad testimonial de experto.

De otro lado, tenemos el testimonio de las personas comunes, que en contraposición a los dos anteriores tipos, es el testimonio

de una persona que carece de fama y especialidad (respecto del producto sobre el cual manifiesta su opinión o experiencia).

Si bien estos tres tipos de testigos son normalmente utilizados en la publicidad comercial, consideramos que solo el testimonio de un experto sería susceptible de inducir a error a los consumidores, no solo por el mensaje objetivo engañoso que pueda trasladar –de ser el caso- sino también si su experiencia no es auténtica y reciente²³. Ello, toda vez que la persona o entidad que lo realiza se supone que es un especialista con relación al producto o servicio que promociona, por lo que sus recomendaciones serán tomadas en serio por los receptores de la publicidad e incluso podrían influenciar en su decisión de consumo.

Los consumidores no son tontos, saben que las personas que realizan los testimonios son personas contratadas por la empresa anunciante y por ello reciben dichas opiniones con el recelo habitual con el que toman a la publicidad comercial. Sin embargo, si el testigo se presenta en la publicidad como un experto con relación al producto promocionado o por su fama el consumidor lo reconoce como tal (experto famoso), es probable que esto genere como efecto que el consumidor sienta una mayor confianza sobre el producto anunciado.

Ahora bien, lo que sí nos parece absolutamente innecesario es que los anunciantes tengan la carga de acreditar que la experiencia es auténtica y reciente cuando

22 DE LA CUESTA RUTE, José María. Op. Cit. Pp. 162-163 y LEMA DEVESA, Carlos. Op. Cit. Pp. 195-196.

23 La FTC sobre el testimonio de experto: “when using an expert to endorse a product or service, the expert must actually evaluate the product or service he or she is endorsing. It cannot be a blind claim where the endorser has not actually used and evaluated the product. Further, the evaluation must be as extensive as someone with the same degree of expertise would normally need to conduct in order to support the conclusions presented in the endorsement”. FUEROGHNE, Dean. Op. Cit. P. 101.

hagan uso de personajes famosos o comunes como testigos.

Una exigencia de este tipo obliga a los anunciantes a que cuenten con documentos probatorios que sustenten cosas tan ridículas como, por dar unos ejemplos, el uso real y reciente del champú que promociona Cristiano Ronaldo (creemos que hasta el consumidor más torpe podría dudar de ello), de las papas fritas que come Lionel Messi (suponemos que un deportista de su nivel no consume este tipo de productos con frecuencia); y en el caso de las personas comunes, que se demuestre el uso real y reciente del desconocido que asegura la eficiencia de un antigripal (¿a quién le importa?).

Todo tipo de publicidad testimonial que contenga un mensaje publicitario objetivo se encontrará sujeto al principio de veracidad o actos de engaño y con ello debería ser suficiente. El exigir la acreditación de uso real y reciente, en nuestra opinión, solo se encontraría justificada en el caso de testimonios de expertos. En el resto, implica solo un sobre costo innecesario impuesto al anunciante.

En suma, los tuits publicitarios no configuran de forma alguna publicidad encubierta, pues los consumidores pueden percibir con facilidad que si un personaje habla bien o recomienda el consumo de determinado producto o servicio es porque puede existir un pago de por medio. Recuerden, “no hay lonche gratis”.

e) Publicidad Comportamental

A todos nos ha sucedido alguna vez que buscando determinada información en Internet, en cada página que visitamos, coincidentemente, encontramos publicidad sobre productos o servicios que suelen ser de nuestro interés y que usualmente investigamos en nuestras navegaciones diarias. Por dar un ejemplo: un consumidor “x” que suele buscar diariamente información acerca de becas

en el extranjero, se da cuenta que cada vez que revisa una página distinta, digamos una sobre autos, se le muestra publicidad acerca de becas de postgrados que se ofrecen en diversos países.

La publicidad online basada en el comportamiento (o publicidad comportamental) es una manera de ofrecer anuncios en los sitios web que visitamos, por razón de la actividad *online* que se ha venido desarrollando durante un periodo de tiempo determinado, desde ese mismo navegador²⁴.

Se dice que la ventaja de este tipo de publicidad se encontraría en el hecho de que permite al consumidor recibir los anuncios de productos o servicios relevantes de acuerdo a sus intereses, pero no todo es “color rosa” como veremos a continuación.

¿Cómo funciona la publicidad comportamental? La página web Your Online Choices²⁵, nos lo explica: *“Imagínese que está preparando unas vacaciones a Roma. Usted visita una sección de un sitio web dedicada a Roma y consulta contenidos sobre alojamientos y lugares para visitar. La próxima vez que usted acceda a Internet, y quizá cuando esté leyendo un reportaje sobre su equipo de fútbol, es posible que vea un anuncio para una cena 2 x 1 en Roma o una oferta de alquiler de coches en esa ciudad. Usted recibe estos anuncios a medida porque usted y otros usuarios como usted han mostrado un interés por Roma en sus hábitos recientes de navegación. De esta manera, usted puede mejorar su experiencia de navegación aprovechando al máximo la tecnología solo disponible en Internet y contribuyendo a reducir el número de anuncios que no le interesan.”*

24 PEREZ BES, Francisco. (2012). *La publicidad comportamental on line*. Barcelona: Editorial UOC.. P. 14.

25 Recuperado de: <http://www.youronlinechoices.com/es/sobre-la-publicidad-basada-en-el-comportamiento/> (página visitada por última vez el 6 de mayo de 2014)

1. A person visits a web page about Rome



2. Some time later they visit a football site and an offer for cheap hotels in Rome appears

El procedimiento utilizado para llevar a cabo la publicidad comportamental se realiza a través de la instalación de *tracking cookies* en nuestro navegador.

Cuando accedemos a una página web se establece una conexión inmediata con un servidor publicitario. Dicho servidor identifica el origen de la "llamada" y responde a la misma enviando una *tracking cookie* al navegador que está siendo utilizado en ese momento y que se halla instalado en el terminal desde el cual el usuario se conecta a Internet²⁶.

Este servidor, simultáneamente, crea su propio archivo relacionado con la *cookie* instalada, lo que le permitirá establecer en qué segmento de consumidores debe incluirse ese concreto perfil de navegación. Así, esta *cookie* irá añadiendo información sobre todas las visitas que realice el usuario por diferentes páginas web que formen parte de esa misma red publicitaria. Con toda esta

información, el servidor de publicidad elige cuál es la publicidad más relevante para este usuario basándose en los presumibles intereses almacenados, enviándola a la página web que está accediendo el usuario a fin de que se muestre durante su visita²⁷.

Como podemos apreciar, estas *cookies* realizarán una especie de seguimiento o rastreo de la navegación en Internet del consumidor a fin de enviarle publicidad relevante de acuerdo a sus intereses, lo cual si bien puede ser beneficioso para algunos consumidores, también presenta un grave problema respecto a la afectación que pueden ocasionar a la privacidad de los que desconocen que su comportamiento de navegación está siendo monitoreado con finalidades publicitarias.

Si bien este problema aún no tiene una solución que cuente con la aceptación general de la mayoría de países, la mejor solución hasta la fecha ha provenido del trabajo conjunto de las empresas privadas (autorregulación) y el Estado, a través de una suerte de sistema de correulación, por el cual las empresas se comprometieron a proveer a los usuarios de información clara y comprensible sobre la publicidad comportamental, funcionamiento de las *cookies* y los procedimientos que pueden seguir los usuarios para oponerse a la recepción de este tipo de publicidad y de este modo proteger su privacidad en Internet. Este procedimiento lo podemos apreciar en las siguientes páginas:

<http://www.youronlinechoices.com/es/>

<http://www.iabspain.net/privacidadeninternet/>.

Este es un claro ejemplo de cómo la autorregulación o el trabajo conjunto entre los privados y el Estado, puede configurar la solución menos costosa para un problema que pueda suscitarse en la Internet. Y ello, a

²⁶ Ídem. pp 24-25.

²⁷ Ibídem.

través del traslado eficiente de información a los consumidores, a fin de que ellos tomen decisiones responsables.

En el caso de la publicidad comportamental, no estamos frente a un acto contrario al principio de autenticidad, pues el consumidor advierte que le están difundiendo publicidad comercial. El problema en este mecanismo de difusión de anuncios se encuentra en que el consumidor no sabe que se le está haciendo una especie de “seguimiento” de sus preferencias a fin de enviarle publicidad comercial. Como se pueden imaginar, este problema se hace grave cuando se toca aspectos personalísimos que forman parte de la esfera privada del consumidor y constituyen datos protegidos. Como por ejemplo, el consumidor que sea portador del virus VIH que haga búsquedas de información sobre dicha enfermedad y sin tener conocimiento de que las páginas que visita contienen *tracking cookies* reciba publicidad sobre tratamiento del VIH en cada página que visite.

III. Conclusiones

Del análisis de estas nuevas modalidades publicitarias podemos apreciar, en primer lugar, que no es necesario promulgar nuevas normas para fiscalizarlas, toda vez que tanto la LRCD como el Código de Ética Publicitaria son aplicables al

tratarse de modalidades publicitarias que pueden ser sancionadas si incumplen con los principios publicitarios contenidos en la norma legal y deontológica. En efecto, como hemos podido desarrollar en el presente artículo, por ejemplo en el caso del *blogvertising*, si es que un post publicado en un blog contiene publicidad encubierta, puede ser sancionado por infracción al principio de autenticidad, así como también podría ser sancionado por denigración si es que menoscaba la reputación comercial del agente económico aludido con finalidad concurrencial.

Ahora bien, del análisis desarrollado en el presente trabajo, esperamos dejar claro que estas nuevas modalidades publicitarias no constituyen en principio publicidad encubierta, pues en la mayoría de éstas el consumidor puede advertir con facilidad la naturaleza publicitaria de la comunicación. Por ejemplo, en el caso del *advergaming* el usuario de video juegos va a notar con facilidad la naturaleza publicitaria de la comunicación si es que el personaje principal gira en torno a la marca o en el caso de la publicidad testimonial en redes sociales, que no hay que ser muy perspicaz para darse cuenta que si un personaje reconocido (en la vida real o virtual) recomienda determinado producto o servicio es porque está recibiendo una contraprestación por ello.