

## **Derecho de Autor vs Publicidad**

Un análisis sobre los efectos que tiene la legislación sobre Derecho de Autor en la publicidad

**Oscar Nicolás Alarcón Cuti**

**Resumen:** Mediante el presente trabajo se pretende analizar los efectos que tiene la legislación sobre Derecho de Autor en la publicidad, la cual, en la vía de los hechos, viene funcionando como un mecanismo de control al irrefrenable espíritu creador del publicista. En tal sentido, hemos de notar que la publicidad, sobre todo en internet, se está viendo invadida de forma constante y ascendente por la presencia de obras susceptibles de ser protegidas bajo la esfera del Derecho de Autor.

La respuesta a este fenómeno es simple, utilizar obras de terceros hace que la publicidad sea más atractiva para el consumidor y menos onerosa para el anunciante. El caso no tendría mayor relevancia siempre que el autor haya autorizado la inclusión de su obra en la publicidad, lo que, como es lógico, no siempre sucede.

Por lo tanto, se determinará cuáles serían los costos que debe de soportar el anunciante a fin de no vulnerar derechos de terceros, así como los beneficios que obtienen los autores producto de la explotación de sus obras.

Por último, se analizarán los efectos económicos que tiene el uso de obras sin autorización en proceso competitivo, bajo la estructura legal actual.

### **I. Introducción**

Es habitual que nos veamos siempre atacados por una gran cantidad de publicidad en el transcurso de nuestras vidas, mediante la misma, los agentes productivos nos intentan persuadir de adquirir los productos o servicios que ofrecen en el mercado. Es así que la publicidad se encuentra en una constante evolución para así comprender a un consumidor que cada vez se vuelve más exigente.

Por ello, hemos de notar que la publicidad ya no solo está presente en los que podríamos denominar, medios tradicionales, como es el caso de la televisión o la prensa escrita, sino que ahora ha cobrado mucha fuerza la publicidad en Internet a través del uso de redes sociales.

Así, es cada vez más común encontrar anuncios publicitarios o incluso campañas publicitarias completas, que se desarrollan en redes sociales.

Sin duda, la publicidad que se desarrolla en internet se encuentra en constante competencia con los diferentes estímulos a los que es sometido el usuario. Así, a su alrededor se encuentran otras publicaciones, fotografías o incluso, la publicidad puede desaparecer con solo un clic del usuario. Por lo tanto, cada pieza publicitaria debe tener la suficiente potencia de capturar al usuario en cuestión de segundos, con la finalidad de lograr transmitir el mensaje que contiene y así persuadir a un potencial consumidor de adquirir el producto o servicio que se le ofrece. Para cumplir con tal fin, la publicidad que se desarrolla en internet se ha contaminado de sus usos más comunes.

Tomando como ejemplo la red social más popular, en Facebook podemos encontrar el uso masivo por parte de los cibernautas de "memes". Los memes son ideas o conceptos que se difunden por el internet de forma viral. Los mismos pueden contener imágenes, videos o solo palabras.

La función del meme puede ser diversa, puede querer divertir simplemente, informar o incluso generar opinión y debate. Como lo hemos mencionado, esta particular publicación suele

contener imágenes, es así que los cibernautas se valen de diversos personajes o realizan referencia a películas clásicas y famosas con la finalidad de hacer más atractiva su publicación y que esta pueda alcanzar un nivel más alto de aceptación entre otros cibernautas.

Ahora bien, cada vez es más común observar que agencias de publicidad se valen de estas publicaciones para crear sus piezas publicitarias, las mismas que no escatiman en incluir también personajes de películas o series.

Lo anterior no tendría nada malo siempre que los personajes que se incluyan en la publicidad sean de propiedad de la agencia o del anunciante que la contrata. Sin embargo, en muchas ocasiones estas empresas no cuentan con las autorizaciones necesarias para utilizarlos.

## II. Los Derechos de Autor

Debemos tener presente que, para considerar que una creación se encuentra protegida por el Derecho de Autor, la misma tiene que cumplir con el requisito de originalidad. Lo cual significa que, al menos para nuestra legislación nacional<sup>1</sup>, esta lleve consigo la impronta del autor, es decir que el mismo encuentre espacio en la creación para el desarrollo de su personalidad.

De acuerdo con esto, si bien toda creación significa un esfuerzo para el que la creó, no todo esfuerzo merece protección por el Derecho de Autor. Por lo tanto, aquellas creaciones que no sean consideradas obras podrían ser utilizadas sin mayor problema.

Es decir, en caso la agencia de publicidad o anunciante quiera incluir en su publicidad una creación que no fue elaborada por ellos mismo, de forma previa deberá determinar si la misma es original. En caso la respuesta sea negativa, podrían incluir dicha creación sin contar con ninguna autorización, por lo menos en materia de Derecho de Autor, puesto que esta se encuentra fuera del objeto de su protección.

### II.1 Protección de los personajes

Ahora bien, es común que en las publicaciones realizadas en internet se utilicen sobre todo personajes de obras audiovisuales (películas, series, animes, etc.). En tal sentido, los personajes incluidos como partes en piezas publicitarias pueden ser considerados obras plásticas susceptibles de ser protegidas bajo la esfera del Derecho de Autor.

Hay que tener presente que una obra de arte plástica es aquella que apela al sentido estético de la persona que la contempla, como las pinturas, los bocetos, dibujos, grabados y litografías.

Por lo tanto, quedan comprendidos bajo la esfera de protección del Derecho de Autor, los personajes de los dibujos animados, en tanto puedan considerarse obras de arte. Entonces, escapa del alcance de la protección las características físicas de los personajes que son inherente a los actores que los interpretan, ya que estas no son objeto de creación alguna.

---

<sup>1</sup> La Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI en la Resolución No. 286-1998-TPI-INDECOPI, de fecha 23 de marzo de 1998, estableció con carácter de observancia obligatoria el requisito de originalidad:

Según el Artículo 3° de la Decisión 351 concordado con el Artículo 2° del Decreto Legislativo N° 822 se entiende por obra toda creación intelectual *original* de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.

A diferencia de los países de tradición jurídica anglosajona en la cual se exige que la obra provenga del autor y que no haya sido copiada (como la jurisprudencia inglesa lo formula: la obra es el resultado de "*judgement, skill and labour*"), en los países de tradición jurídica latina como el nuestro, se exige que la obra refleje la personalidad del autor, que sea individual y tenga altura creativa.

## II.2. Derechos de los autores

Nuestra legislación reconoce a favor de los autores diversos derechos, los cuales por su naturaleza pueden ser divididos en dos categorías, derechos morales y derechos patrimoniales<sup>2</sup>.

Los derechos morales son los que se encuentran estrechamente vinculados a la personalidad del autor, por lo que son inalienables, imprescriptibles, intransferibles e inembargables. Dentro de los derechos morales, entre otros, tenemos al derecho de paternidad y el derecho de integridad.

El derecho moral de paternidad asegura que el autor sea reconocido como tal en relación a su obra. Así, el creador de la misma tiene el derecho a que siempre se le mencione como autor y sea consignado en su obra en la forma que este haya elegido.

Mientras que el derecho moral de integridad tiene por finalidad que el mensaje que el autor haya querido transmitir con su obra no sea alterado, con lo que se asegura la fidelidad de lo que el autor ha querido decirnos al momento de la concepción de su obra.

Por otro lado, a diferencia de los derechos morales, por los derechos patrimoniales el autor goza del derecho de explotar económicamente su obra. Cabe señalar que estos derechos si pueden ser transferidos por la voluntad de las partes.

En tal sentido, en caso se requiera utilizar la obra de titularidad de un tercero, previamente se deberá obtener su autorización.

De acuerdo a lo anterior, por su especial naturaleza, los derechos morales son intransferibles, por lo tanto, no sería posible suprimir al autor en una publicación que se realice de su obra, ni alterar o modificar la misma.

Entonces, pese a que la agencia de publicidad o el anunciante haya obtenido las autorizaciones correspondientes para explotar económicamente la obra de un tercero en su publicidad, dicha explotación deberá siempre realizarse observando el cumplimiento a los derechos morales del autor.

## III. Excepciones la protección de los derechos de autor

Sin perjuicio de lo analizado, resulta posible hacer uso de una obra sin contar con la autorización del autor o titular de derechos correspondiente, claro está siempre con respeto a los derechos morales que a este le asisten. Cabe precisar que bajo ningún supuesto las excepciones a los derechos del autor se encuentran ligada a la plataforma en la cual se está usando. Es decir, el hecho de que la publicación se realice en medios digitales, como Facebook, no exime de solicitar autorización al titular de derechos correspondiente. Dicho esto, procedamos a verificar algunos supuestos de excepción:

### III.1. Cita

---

<sup>2</sup> Artículo 21 del Decreto Legislativo No. 822, Ley sobre el Derecho de Autor. - Los derechos morales reconocidos por la presente ley, son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles. A la muerte del autor, los derechos morales serán ejercidos por sus herederos, mientras la obra esté en dominio privado, salvo disposición legal en contrario.

Artículo 30 del Decreto Legislativo No. 822, Ley sobre el Derecho de Autor. - El autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra bajo cualquier forma o procedimiento, y de obtener por ello beneficios, salvo en los casos de excepción legal expresa. El ejercicio de los derechos morales, según lo establecido en la presente norma, no interfiere con la libre transferencia de los derechos patrimoniales.

Por el derecho de cita se encuentra permitido sin autorización ni remuneración alguna en favor del autor o titular de derechos correspondiente, la reproducción de la obra siempre que se cumpla con indicar el nombre del autor y la fuente de donde se extrajo la obra.

Asimismo, se tendrá que tener en consideración que la extensión de la cita debe ser solo la necesaria para los fines que esta persigue. Dicho esto, la cita siempre deberá perseguir una finalidad, la cual puede ser criticar, enseñar, ilustrar una opinión o cualquier otra.

De esta manera, es posible utilizar también en la publicidad una obra protegida por el Derecho de Autor sin necesidad de contar con la autorización de su titular, siempre que como hemos señalado se cumpla con estos requisitos.

### III.2. Parodia

A diferencia de la cita, la parodia tiene un alcance mucho mayor, puesto que bajo este supuesto es posible transformar la obra primigenia, alcanzando así una nueva obra que la imita de forma burlona.

Si bien la parodia no requiere autorización previa del autor o titular de derechos, al menos nuestra legislación le reconoce un derecho de mera remuneración<sup>3</sup>.

Entonces, si en la publicidad se requiere utilizar una obra parodiada, habría que asegurarse reconocer en favor de su titular la remuneración que corresponda. En la práctica el ejercicio de esta excepción al Derecho de Autor es limitada, ya que una vez parodiada una obra no existiría certeza de quantum de la remuneración, en principio la facultad de determinar el precio le correspondería a ambas partes.

## IV. Importancia de los Derechos de Autor

De acuerdo con lo hasta ahora expuesto, el estado reconoce y garantiza a favor del autor una especial protección en relación a su obra, la cual principalmente consiste en que este se beneficie económicamente con el monopolio legalmente constituido a su favor para la explotación de la misma.

Esta especial protección se otorga con la finalidad de incentivar económicamente al autor y así promover la creación de más obras. Cabe señalar que el monopolio que se constituye en favor del autor tiene naturaleza temporal, por lo que, pasado un tiempo, la obra se vuelve de acceso público.

Así, el estado garantiza una retribución económica en favor del autor a cambio de que estos continúen creando y enriqueciendo el acervo cultural.

## V. Sobre los costos y beneficios de incluir la obra en la publicidad

Como se ha dejado notar, la inclusión de personajes como obras de arte en la publicidad es una práctica usual en el mercado y sobre todo en los espacios digitales, por ello es importante tener presente cuales serían los costos y los beneficios de su uso.

---

<sup>3</sup> Artículo 49 del Decreto Legislativo No. 822, Ley sobre el Derecho de Autor. - No será considerada transformación que exija autorización del autor la parodia de una obra divulgada mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor y sin perjuicio de la remuneración que le corresponda por esa utilización.

## V.1. Costos

En relación a los costos, procederemos a analizar aquellos impuestos por la regulación sobre Derecho de Autor, los mismos que deberán ser considerados al momento de querer incluir una obra en una pieza publicitaria.

Así, el costo más evidente es la remuneración que tendrá que pagar la agencia de publicidad o el anunciante al autor por el uso de su obra. Como se explicó, es habitual que el autor para aceptar la inclusión de la misma en la publicidad exija a cambio una remuneración económica.

Ahora bien, hay que tener presente que también existe la posibilidad de que el autor o titular, bajo ninguna circunstancia acepte que sus obras sean utilizadas en una determinada publicidad, bien para que las mismas no sean vinculadas a alguna marca o bien porque el concepto en sí que se desarrolle en la publicidad no sea de su agrado.

Más complejo aún será determinar los costos de búsqueda en los que se tendría que incurrir para lograr determinar quién es el autor de una obra o en el mejor de los casos lograr contactarlo. Así, ya sabemos que se requerirá la autorización del autor o titular de la obra, por lo tanto, no será posible hacer uso de la misma siempre que no se cuente con dicha autorización de forma previa, salvo los supuestos de excepción ya tratados.

Así, al costo de contratación y coordinación, tendríamos que agregar el costo de búsqueda, el cual por la naturaleza particular del bien es elevado.

Tengamos en cuenta que la obra es única<sup>4</sup> y que su propiedad le pertenece a una sola persona o a un grupo reducido, en tal sentido, estamos frente a un bien que por mandato de la ley es escaso.

Por ello, el ubicar al autor es una tarea complicada y onerosa, además de que el mismo no tiene los incentivos necesarios para tener precios que sean competitivos, puesto que es el único propietario del bien.

## V.2. Beneficios

A continuación, procederemos a revisar cuales serían los beneficios que el anunciante obtiene por el uso de obras de terceros en la creación de su publicidad.

En principio la agencia de publicidad demandara un menor esfuerzo para el diseño de un personaje, siendo que el mismo ya existe y cuenta con la aceptación de los consumidores. En tal sentido, a estos les bastará adecuar la obra al concepto o mensaje que quieren brindar con el anuncio publicitario.

Ahora, el beneficio mayor está presente en la capacidad y potencia que tienen este tipo de anuncios, pues como mencionados, estos personajes ya cuentan con aceptación de los consumidores, muchos de ellos son ampliamente conocidos y queridos.

Esto sin duda es más sencillo de apreciar en el entorno digital, puesto que los cibernautas normalmente están bombardeados por una cantidad excesiva de estímulos, por lo que lograr capturar su atención es primordial para la publicidad, lo cual es mucho más sencillo si se presenta a un personaje que ya se conoce.

También, la inclusión del personaje en la publicidad puede lograr que el consumidor asocie comercialmente al anunciante con el titular de la obra, lo cual dependiente de la reputación de este último, puede generar confianza, seguridad y respaldo en el producto o servicio que se está ofreciendo.

---

<sup>4</sup> Si bien puede existir varios ejemplares de la obra, es preciso señalar que la obra como intangible es única.

### V.3. Y el autor que gana

Como ya hemos adelantado, la regulación que protege el Derecho de Autor tiene por finalidad promover la creación de más obras con el fin de aumentar el acervo cultural. En tal sentido, asegura al autor un monopolio temporal sobre su obra para que sea explotada económicamente.

Así, el beneficio directo que recibiría el autor sería la retribución por el uso de su obra. Sin perjuicio de ello, considerando que en la gran mayoría de legislaciones no existe un registro obligatorio de obras, es muy complicado que el anunciante pueda llegar a contactar con el titular de la obra que desea utilizar.

En el mejor de los casos, el anunciante no usará la obra y buscará otra, en el peor, hará uso de ella sin obtener la autorización, lo que evidentemente perjudica al autor.

En tal sentido, si bien la regulación que protege a los autores es bastante fuerte y tiene una finalidad noble, su aplicación práctica no es verificable, solo aquellos titulares de derechos que cuenten con recursos financieros elevados podrán lograr excluir el uso de su obra.

Lo anterior se deriva de la naturaleza propia del bien, una obra como bien intangible tiene costos de exclusión elevados, es decir, para que el titular pueda evitar que otros utilicen su obra sin autorización debe invertir una gran cantidad de recursos.

En la práctica la regulación sobre Derecho de Autor, si bien busca compensar a los autores, solo es funcional para aquellos que tienen los recursos para invertir en el cuidado de sus obras.

### V.4. Lo que podemos hacer

Sin duda los personajes como obras de arte constituyen un insumo importante para la creación de material publicitario, asimismo, los autores podrían encontrar este mercado potencialmente atractivo, por lo tanto, la respuesta que la regulación de Derecho de Autor debería estar orientada a reducir los costos de búsqueda, los cuales como hemos podido apreciar son elevados, pudiendo incluso superar a los costos de contratación.

#### V.4.1. Gestión colectiva

La gestión colectiva de derechos de autor no es una novedad, a través de la misma, los autores voluntariamente se asocian a fin de justamente reducir los costos de búsqueda, así, la persona que se encuentre interesada en el uso de una determinada obra, ya no tendría que buscar al autor o titular de la misma, ni negociar con esta la autorización, sino que será una entidad distinta, la cual administra sus derechos la que se encargara de todo este proceso.

Si bien promover entre los autores de obras de arte la afiliación a este tipo de entidades para la administración de sus derechos importaría una mejora en el sistema de protección de Derecho de Autor, finalmente la decisión de afiliarse o no es del propio autor.

En todo caso, deberíamos optar por una gestión colectiva de derechos obligatoria, a fin de asegurar que el catálogo de obras este completo y así lograr reducir aún más los costos de búsqueda contemplados bajo este modelo.

#### V.4.2. Cobrémosle a las agencias

Como hemos advertido, en caso el anunciante o la agencia de publicidad no logre contactar con el autor, es probable que este aún se ve atentado a utilizar la obra sin autorización, puesto que los costos de exclusión son altos y la detección del uso no autorizado al menos será complicada.

En tal caso y considerando la dificultad que tienen los titulares de hacer valer sus derechos, resultaría beneficioso que la regulación sobre Derecho de Autor contemplase la posibilidad de que todas aquellas personas que potencialmente utilicen obras de terceros en la publicidad, como es el caso de las agencias, reconozcan a favor de los titulares una remuneración, la misma que puede ser recaudada directamente por la sociedad de gestión colectiva que representa a los autores.

## VI. Sobre los usos no autorizados

Los agentes productivos que decidan utilizar obras de terceros en su publicidad sin contar con la debida autorización del titular, obtendrían los beneficios derivados de esta acción, sin asumir los costos que esto implica, así como vulnerarían las normas que protegen el Derecho de Autor.

Así, de forma paralela a la afectación que sufrirían los autores, también se verían afectados los otros competidores que si cumplan con las disposiciones previstas para proteger a los autores o en todo caso hayan incurrido en los costos de conseguir la autorización respectiva.

De esta forma, de acuerdo con nuestra legislación<sup>5</sup>, respecto del competidor afectado estaríamos frente a un acto que vulneraría normas de competencia desleal. Así, un acto de competencia desleal es aquel que objetivamente es contrario a la buena fe empresarial, el cual se materializa cuando un agente económico obtiene un beneficio que no se deriva de su propia eficiencia.

Podríamos entonces suponer que aquellos competidores respetuosos del Derecho de Autor están tutelados por las normas de competencia desleal, sin embargo, ya que nos encontramos frente a un supuesto de infracción a normas de Derecho de Autor, su análisis le correspondería a la autoridad competente, siendo que la autoridad de competencia desleal, tendría que previamente esperar un pronunciamiento de esta antes de actuar.

El problema radica ahora en que el competidor afectado no es titular de ninguna obra, por lo que no es posible que denuncie el hecho ante la autoridad competente para resolver los conflictos sobre Derecho de Autor.

En tal sentido, las normas de Competencia Desleal y de Derecho de Autor dejan desprotegido al competidor que este siendo afectado por el uso no autorizado de una obra perteneciente a un tercero por parte de otro competidor.

Así, se genera un incentivo impórtate en los agentes económicos de utilizar obras sin autorización en la creación de su publicidad, ya que estos verán muy difícil que se les sancione.

## Conclusiones

1. Es cada vez más común y masivo el uso en la publicidad, sobre todo en el entorno digital, de obras susceptibles de ser protegidas bajo la esfera del Derecho de Autor, en tal sentido, en principio siempre será requerida para su uso una autorización previa.

---

<sup>5</sup> Decreto Legislativo No. 1044 que Aprueba La Ley De Represión De La Competencia Desleal.

3. Es posible utilizar creaciones de terceros sin requerir autorización del titular, siempre que no caigan bajo el objeto de protección del Derecho de Autor o su uso este previsto como excepción bajo el cumplimiento determinados requisitos.
  
4. El uso de obras en la publicidad si bien puede generar beneficios importantes, también tiene costos elevados, los cuales pueden dividirse en costos de contratación, negociación y búsqueda. Siendo que la regulación sobre Derecho de Autor debería estar orientada a reducir los costos de búsqueda.
  
6. El sistema de protección para los agentes económicos que se vean afectados por el uso no autorizado de obras por parte de otros competidores no funciona de forma adecuada, ya que en la vía de los hechos no sería posible que este alcance una tutela efectiva de sus derechos.