

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARRERA DE DERECHO



**LA NECESIDAD DE ESTABLECER BASES LEGALES
Y ETICAS EN LOS CONTRATOS DE PUBLICIDAD**

**TESIS DE GRADO PARA OPTAR A LA
LICENCIATURA EN DERECHO**

POSTULANTE : REBECA RIVEROS DIMBERG
TUTOR : Dr. E. Alberto Luna Yañez

LA PAZ - BOLIVIA

1997

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARRERA DE DERECHO

TESIS DE GRADO

LA NECESIDAD DE ESTABLECER
BASES LEGALES Y ETICAS
EN LOS CONTRATOS DE PUBLICIDAD

POSTULANTE : REBECA RIVEROS DIMBERG
TUTOR : Dr. E. Alberto Luna Yañez

LA PAZ - BOLIVIA

1997

Dedicatoria

Esto va dedicado a los que quedan

*A los que atraviesan, y les queda
por atravesar un largo camino
de esta aventura llamada tesis*

*No es un desaliento, por el contrario,
es un llamado para recobrar aliento y seguir*

*A estas alturas, ya no es el título
el que cuenta, es el llegar
es el lograr llegar al final*

*Al final de los sueños
al final de los desvelos
de los sinsabores
de las intenciones, buenas o malas
de los obstáculos y de las frustraciones
es llegar al final de las ilusiones y desilusiones*

*Es la certeza de llegar a la meta,
al alumbramiento
es la certeza de dar a luz finalmente,
de dar a luz tu tesis*

*Después de un largo y agotador
embarazo concienical,
mas bien,
después de un embarazoso y agotador
sistema burocrático*

*Esto no es un despropósito, por el contrario
es la necesidad de decirles
a los que quedan,
no se queden*

AGRADECIMIENTOS:

AL DR. ALBERTO LUNA Y.

*Quien con su gran capacidad y decidido apoyo
logró impulsar esta tesis, dándome las
fuerzas y aliento necesarios para concluir
este anhelado propósito.*

AL DR. LUIS JOSE DIEZ-CANCECO NUÑEZ

CONSULTOR DE NACIONES UNIDAS

*Quien me sugirió e introdujo en el
tema del Derecho de la Publicidad,
proporcionándome títulos y direcciones
para obtener la bibliografía.*

A MIS PAPAS, BOLA Y MURMUR

*Por su constante apoyo y repetidísima
frase: "¿tu tesis? - ¡CUANDO!".*

*Porque a estas alturas,
lo único que cuenta para ellos,
es EL TITULO.*

A MIS ADORADOS HIJOS: GASTON, JUAN CRISTOBAL Y FABIAN

*Que les dedico no sólo esta tesis o el TITULO,
les dedico y les doy mi vida entera,
porque son MI GRAN AMOR.*

*AL DR. REMBERTO MONASTERIO M.
CIRUJANO OFTALMOLOGO Y ESPOSO MIO
Quien espera con ansiedad este TITULO,
para "dejar de trabajar".
Gracias por todo. TE AMO*

*A MIS QUERIDOS HERMANOS: MADE Y MAQUI,
A NANO, MI CUÑADO PREFERIDO,
A SABINA, RENATA Y MATILDE
Que aunque no aportaron en nada
a la tesis, siempre estuvieron de mi lado.*

*A MI AMIGA MARIANA BAPTISTA,
Eterna compañera de dichas y desdichas.*

*A TODAS AQUELLAS PERSONAS,
Que en su momento me colaboraron
con información, datos y conocimientos.*

*Y FINALMENTE AGRADEZCO A TODOS
AQUELLOS QUE COMO YO,
NO PERDIERON LA FE Y LA ESPERANZA EN MI.*

*Dios, si la vida es tantas cosas que yo no soy y nunca seré,
dame fuerzas para ser lo que soy.*

(G. Brimmel)

INDICE

INTRODUCCION.....	1
-------------------	---

CAPITULO I

MARCO HISTORICO Y REFERENCIAL

LA PUBLICIDAD Y EL DERECHO DE LA PUBLICIDAD

1. CONCEPTO DE PUBLICIDAD.....	5
2. ORIGEN DE LA PUBLICIDAD.....	9
3. EVOLUCION HISTORICA DE LA PUBLICIDAD.....	11
3.1. EN LA ANTIGUEDAD Y EN LA EDAD MEDIA.....	11
3.2. INVENCION DE LA IMPRENTA.....	15
3.3. LA PUBLICIDAD EN LA MODERNIDAD, SIGLO XX.....	18
4. EL DERECHO DE LA PUBLICIDAD.....	22
4.1. ORIGEN Y DESARROLLO DEL DERECHO DE LA PUBLICIDAD.....	22
4.2. NATURALEZA DEL DERECHO DE LA PUBLICIDAD.....	26
4.3. FUENTES DEL DERECHO DE LA PUBLICIDAD	27
4.4. DETERMINACION CONCEPTUAL DEL DERECHO DE LA PUBLICIDAD, SU AUTONOMIA Y DEFINICION.....	30

CAPITULO II

SUJETOS PUBLICITARIOS

1. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA	36
---	----

1.1. EL ANUNCIANTE.....	37
1.2. LA AGENCIA DE PUBLICIDAD.....	38
1.3. EL MEDIO DE PUBLICIDAD.....	39
1.4. DESTINATARIOS DE LA PUBLICIDAD.....	42
1.5. ORGANIZACIONES TRIPARTITAS.....	45
1.6. ASOCIACIONES DE SUJETOS Y ASOCIACIONES DE PROFESIONALES.....	46
1.7. TECNICOS, AGENTES Y PROFESIONALES PUBLICITARIOS.....	47

CAPITULO III

LA PUBLICIDAD ILICITA

1. ASPECTOS JURIDICOS DEL MENSAJE PUBLICITARIO.....	48
2. EL MENSAJE PUBLICITARIO ILICITO.....	49
3. PUBLICIDAD ENGAÑOSA.....	50
4. PUBLICIDAD DESLEAL.....	54
4.1. PUBLICIDAD DENIGRATORIA.....	55
4.2. PUBLICIDAD COMPARATIVA.....	56
4.3. PUBLICIDAD ADHESIVA O PARACITARIA.....	57
5. PUBLICIDAD SUBLIMINAL.....	58.
6. PUBLICIDAD ENCUBIERTA.....	61
7. PUBLICIDAD PROHIBIDA.....	64

CAPITULO IV

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

FRENTE A LA PUBLICIDAD

1. LA ESFERA DE LA PERSONALIDAD Y DE LA PUBLICIDAD.....	65
2. LA PROTECCION JURIDICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD FRENTE A LA PUBLICIDAD.....	72
3. PUBLICIDAD CONTRARIA A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y LA CONSTITUCION.....	76
4. CONSIDERACION A LOS BIENES SOCIALES E INDIVIDUALES.....	79
4.1. HONOR Y FAMA.....	80
4.2. INTIMIDAD.....	81
4.3. NOMBRE.....	83
4.4. IMAGEN.....	85
4.5. GENERO.....	86

CAPITULO V

LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS

1. CONTRATOS PUBLICITARIOS.....	90
2. CLASES DE CONTRATOS PUBLICITARIOS.....	97
2.1. CONTRATO DE PUBLICIDAD.....	98
2.2. CONTRATO DE DIFUSION PUBLICITARIA.....	103
2.3. CONTRATO DE CREACION PUBLICITARA.....	109
2.4. CONTRATO DE PATROCINIO.....	114

CAPITULO VI

LA PUBLICIDAD EN BOLIVIA

- 1. DESARROLLO DE LA PUBLICIDAD EN BOLIVIA..... 118
- 2. AUSENCIA DE UNA NORMATIVIDAD EN LA ACTIVIDAD
PUBLICITARIA Y EN LOS CONTRATO DE PUBLICIDAD..... 119

CAPITULO VII

LA NECESIDAD DE INCLUIR UNA NORMATIVA QUE REGULE LOS CONTRATOS DE PUBLICIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO

- 1. PROPUESTA: ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS
DE PUBLICIDAD..... 127
- 2. CONCLUSIONES..... 132

ANEXOS..... 136

- 1. CONTRATOS QUE SE SUSCRIBEN EN NUESTRO MEDIO..... 137
 - 1.1 CONTRATOS DE ESTUDIOS DE MERCADO..... 137
 - 1.2 CONTRATO PUBLICIDAD..... 144
 - 1.3 CONTRATO DE DIFUSION PUBLICITARIA..... 147
 - 1.4 CONTRATO DE AUDITAJE..... 149
 - 2. PROPUESTA: CONTRATOS TIPO..... 151
 - 2.1. CONTRATOS DE PUBLICIDAD..... 151
-

2.2.	CONTRATO DE DIFUSION PUBLICITARIA.....	154
2.3.	CONTRATO DE CREACION PUBLICITARIA.....	156
2.4.	CONTRATO DE PATROCINIO PUBLICITARIO.....	159
2.5.	CLAUSULAS COMUNES A TODOS LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS.....	163
	BIBLIOGRAFIA.....	164

INTRODUCCION

En el intento de remontarnos en los antecedentes de la publicidad, nos hallamos ante la ineludible problemática de los consumidores, que llega a constituir de muchas maneras el origen de nuestro tema. Y sostenemos este criterio ya que el conflicto que surge a raíz del rol socio económico que entraña la calidad de consumidor fue evolucionando a través de los años, creando una profunda desigualdad en las fuerzas económicas.

Estos cambios históricos se originaron por la denominada "producción industrial en masa", desembocando en el desequilibrio entre la oferta por lo general excesiva y una demanda debilitada por el escaso poder adquisitivo de los consumidores. Esto generó además una crisis en las condiciones contractuales poco equitativas, es decir crecían las imposiciones de las partes económicamente más fuertes frente a las condiciones de inferioridad de los más débiles.

Estas situaciones contractuales de desigualdad que se hicieron evidentes y con mayor fuerza en los años cincuenta, derivaron en la consagración jurídica y definitiva de la defensa de los consumidores.

Paralelamente a esta problemática de los consumidores que soportaron grandes transformaciones, motivó entre otras cosas el cambio de las tradicionales estructuras económicas y por ende la de los mercados., determinando también nuevos comportamientos y diversos relacionamientos de los agentes económicos de toda sociedad económicamente organizada.

Todos los cambios a que hacemos referencia declinaron en una lucha enconada entre los fabricantes que competían por la conquista del cliente. En este "combate comercial" se comenzaron a utilizar todos los medios y métodos logísticos de competencia, leales y desleales, lícitos e ilícitos, sin atender ni

prevenir los resultados injustos de los mismos para los empresarios competidores y para los consumidores.

Y es precisamente entre estos medios que se encuentra y destaca la "publicidad", que se convierte no sólo en la principal "arma de lucha" entre competidores, sino también en el principal "puente de unión" entre los empresarios oferentes y sus potenciales clientes.

Como sostiene Font Galan, en relación al surgimiento de la publicidad: "... el acto de publicidad se muestra especialmente idóneo para atacar a la empresa del competidor, denigrar su persona, sus productos o servicios, crear confusión entre establecimientos, productos o servicios, divulgar falsas alegaciones y atraer al público mediante engaños o, incluso, inducir a los consumidores a comportamientos económicos irracionales..." *

Esto demuestra las cualidades estimulantes y persuasivas que se descubren en la publicidad, consagrándola como un instrumento idóneo para crear y orientar e incluso multiplicar y acelerar aquella demanda de consumo que la capacidad productiva requiere.

En este sentido podemos afirmar que la publicidad se ha convertido en uno de los medios más importantes que utilizan los fabricantes industriales, empresarios y distribuidores, para que sus bienes y servicios sean conocidos y en definitiva se adquieran en el mercado. La publicidad es el primer contacto que el consumidor tiene con el producto o servicio ofertado. En ocasiones el ejercicio de este instrumento "la publicidad", lesiona los derechos de los consumidores o de los propios competidores, otras veces aviva la competencia económica hasta el punto de imprimirle un carácter ilícito o desleal.

Bajo este criterio introducimos el estudio del "Derecho de la Publicidad", que por su dinamismo exuberante y su agresividad creadora en el mundo de la

empresa y del mercado cobra una función preminente en la formación y promoción de las relaciones mercantiles.

Por la amplitud del tema y a manera de introducirnos en él, nos hemos propuesto abarcar algunos puntos, como la referencia histórica del tema, así también un análisis de las modalidades publicitarias que se practican, como también los derechos y obligaciones que generan. Se incluyó la esfera de los derechos de la personalidad considerando la importancia de ellos como los bienes jurídicos más sobresalientes y su inevitable participación en el ejercicio publicitario. Un capítulo fue dedicado a la identificación y clasificación de los sujetos publicitarios que determinan en definitiva las relaciones que esta actividad genera.

Pero principalmente nos hemos concentrado en el análisis y estudio de las relaciones contractuales que surgen de la permanente interacción de los sujetos publicitarios, que originan una serie de intereses sobre todo de carácter patrimonial en el ámbito publicitario.

Con el criterio de que se debe reconocer un amplio campo a la autonomía de la voluntad de los sujetos publicitarios y con el pleno convencimiento que la libertad de pacto dará la posibilidad de abrir distintas formas de modular sus relaciones y poderlas regular dentro de una adecuada normativa, resulta inexcusable dar paso a esa voluntad privada, haciendo efectiva la autonomía de los sujetos publicitarios directamente afectados, que dentro de nuestro ordenamiento jurídico no hallan garantizados sus derechos.

En materia contractual, donde se desarrollan los intereses privados, que aunque tengan menor incidencia sobre los de carácter social general, la normativa dispositiva estará más acentuada y como consecuencia de ello la autonomía de la voluntad desplegará todas sus posibilidades de actuación.

* Font Galan, J.I. Constitución Económica y Derecho de la Competencia, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

Es por ello que la contratación jurídico-publicitaria debe responder a las exigencias de seguridad y justicia de los sujetos publicitarios en el campo de las relaciones jurídicas publicitarias.

Si analizamos que el uso comercial publicitario tiene un amplio campo en las relaciones contractuales publicitarias, constataremos la necesidad de regular esas relaciones patrimoniales publicitarias que se originan en el tráfico jurídico de los distintos sujetos publicitarios. Siendo imprescindible la configuración de la publicidad dentro de nuestro Derecho, exigiendo la atención del mismo a fin de poder establecer un régimen contractual de esta actividad, introduciendo criterios ordenadores en la actividad de los sujetos de la publicidad, determinando las esferas propias de la actuación de cada uno de ellos desde la respectiva posición que ocupa en relación al acto de publicidad: el anunciante; como sujeto emisor de la comunicación, la agencia como especialista en su instrumentación técnica y el medio como vehículo para que la comunicación se produzca, es importante adecuar el contenido del contrato de publicidad a la instrumentación del acto publicitario.

Con este concepto, los límites de la autonomía de la voluntad se deberán regir por los pactos y contratos válidamente celebrados entre las partes, ajustándose a una normativa específica que consagre los principios básicos de libertad que inspiran todo nuestro Ordenamiento Jurídico privado.

Bajo este criterio sostenemos que el "Derecho de la Publicidad" ampara el ejercicio libre de las capacidades personales, adecuándose perfectamente a nuestra tradición jurídica y a las modernas corrientes inspiradas en la protección de la persona, el respeto a su dignidad y a su libertad..

CAPITULO I

LA PUBLICIDAD Y EL DERECHO DE LA PUBLICIDAD

1.- Concepto de Publicidad.-

De manera general podemos plantear que la publicidad es una actividad dirigida a conseguir o provocar que algo sea público, y en ese entendido hacer algo público, significa extraerlo del ámbito de la privacidad, que es por lo general un espacio reservado o por lo menos poco conocido para llevarlo a un espacio público.

También podemos recoger, la acepción común y ordinaria que se da a la publicidad que es: "... ante todo y sobre todo: comunicación..." ¹

Por otra parte, el Diccionario de la Real Academia Española, ² registra como publicidad, "calidad o estado público", y una segunda acepción: "conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o hechos".

Según, el Diccionario Enciclopédico Larousse, ³ la publicidad es el arte de llamar la atención sobre un hecho u objeto en vista de realizar una ganancia. Conjunto de técnicas de comunicación social con que se anuncia o se da a conocer un producto o un servicio para que se consuma o utilice. Anuncio, película, etc., destinados a dar a conocer a alabar un producto o servicio etc.

¹ Santaella, Manuel. Introducción al Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1982

² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Décimo Novena Edición, España, 1970.

³ Gran Enciclopedia Larousse, Ed. Planeta, 1990.

Al margen de los elementos que repetitivamente se manifiestan en todas las definiciones de estos conceptos y de otros muchos que existen, tenemos que plantear lo fundamental que sin duda es, que la publicidad es comunicación pública y que su finalidad está, en que el sujeto anunciante o comunicante, consiga ese fin, que no es otro que el de comunicar a una audiencia múltiple y heterogénea, un determinado mensaje, y como señala Santaella: " desde la perspectiva de las individualidades singulares ".

Históricamente todas las sociedades han tenido la necesidad de hacer públicas determinadas informaciones, y que sugestivamente las matizaban con fines persuasivos. Como veremos más adelante.

La publicidad surge como una necesidad, que va desarrollándose por sobre todo en los países industriales y postindustriales, pero es a partir de la década de los cincuenta que la actividad publicitaria es reconocida como tal, particularmente en las sociedades desarrolladas, donde resaltaron sus aspectos de carácter económico y comercial, como una manifestación de la actividad de la empresa en el mercado y es de allí que surge la expresión anglosajona "advertising" ⁴, a lo que en español denominamos publicidad.

La publicidad en sus diversas manifestaciones contemporáneas, es el resultado de todas las características de nuestra sociedad. Incidiendo sobre todo en el sistema económico. En sí, el desarrollo y desenvolvimiento de la vida social hoy en día, está determinado por el papel de las comunicaciones sociales.

La publicidad en todas sus formas, tiende a atraer la atención del público, a agrandar más que demostrar, y seducir más que convencer, por ello

⁴ "advertising", expresión anglosajona que se refiere a la publicidad.

es una actividad que trata de atraer la atención del público hacia una determinada persona, producto o servicio con el fin de promover por lo general de modo mediato o inmediato su contratación.

En este orden de ideas, se puede aseverar que la publicidad es un tipo de comunicación informativa, sin embargo es muy importante diferenciarla de la de carácter puramente noticioso.

En este sentido y sosteniendo el carácter informativo de la publicidad, destacaremos que los aspectos artísticos y recreativos que ésta contiene, cobran una gran importancia, ya que se produce una gran labor de creación, cosa que no sucede en un trabajo puramente informativo o periodístico, que cuenta a la vez con una serie de características específicas, en función de las cuales se desarrollan peculiares técnicas de creación.

Pero para aclarar esta diferencia, recogeremos lo que al respecto anota Santaella: "... quizá lo correcto sería, en vez de hablar de creación, referirse a recreación. Cuando se trata de transmitir por los canales del sistema de medios de comunicación social una información, realmente lo que hace el periodista es recrear la noticia; no la crea, sino que la recrea, la recoge y la transmite. En definitiva, se ha comparado al periodista a un fedatario o notario, que da testimonio de aquello que conoce, de aquello que sabe..."⁵

Planteada la concepción de lo que es una información de carácter noticioso, vemos que difiere bastante de lo que es y de lo que implica una comunicación publicitaria, que supone como lo decíamos, una labor principalmente de creación.

⁵ Santaella, Manuel, Introducción al Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1982, pág. 53.

Continuando con lo que es la información publicitaria, retomaremos a Santaella que señala: " En cuanto a información, parte de unos datos objetivos, reales, que le vienen predeterminados, que le vienen dados con carácter previo a la elaboración del mensaje. Pero el profesional de la publicidad ha de proceder a realizar, una auténtica labor de creación en un doble plano: en el aspecto técnico y en el artístico." ⁶

En este sentido, la creatividad publicitaria se refiere al mensaje que se elabora en el contexto de una campaña publicitaria que a la vez, supone la existencia de otros elementos que constituyen una estrategia y una creatividad publicitaria. Si analizamos el modelo de una campaña de tipo medio, veremos que la ejecución de ella requiere, en primer lugar, la realización y verificación de ciertos estudios previos, que vienen a ser parte de lo que se denomina el marketing, constituyéndose la publicidad en la última fase de éste. Una vez conocida la situación del mercado, de los consumidores, de la competencia, etc., surge el mensaje básico, sobre el cual incidirá la labor creativa como también los aspectos estrictamente técnicos de lo que será la campaña y su proposición de venta.

Conviene señalar que toda empresa, en su proyección externa y para el logro de sus fines, cuenta con un instrumento muy importante como es el marketing, el mismo que comprende una serie de diferentes actividades, con objetivos propios estrechamente relacionados entre sí. Y dentro de esta actividad ocupa un lugar importantísimo la actividad publicitaria, y que a decir de Manuel Pino A., " aparece como un instrumento a disposición de la empresa para, con un hábil manejo de la misma, influir sobre la cifra de ventas intentando lograr su incremento." ⁷

⁶ Santaella, Manuel, Introducción al Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1982, Pág. 53.

⁷ Pino, Abad Manuel, La Disciplina Jurídica en la Actividad Publicitaria en la Ley de Publicidad de 1988. Editorial, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1992

De esta manera las finalidades que persigue la publicidad quedan claramente establecidas: la finalidad informativa y la finalidad persuasiva esto se deduce de que la publicidad no sólo pretende informar a sus destinatarios de las bondades, cualidades o características de los productos o servicios que oferta, sino que a la vez y por encima de lo anterior, pretende atraer al público, persuadiéndolo para que adquiera o contrate lo ofertado.

En este sentido y considerando la trayectoria y evolución histórica de la publicidad y el papel que desempeña en la actualidad, planteamos la importante relevancia jurídica que encierra la compleja actividad publicitaria, donde intervienen, tanto los responsables de la comunicación, los ejecutores de la comunicación como también los receptores de la comunicación.

Para concluir, y relevar la importancia de esta actividad, citaremos nuevamente a Santaella, quien acertadamente señala: "... La publicidad o, más precisamente la comunicación publicitaria, aparece insertada en la actualidad entre el ejercicio del derecho a la información y la actividad de la empresa en el mercado. Esta perspectiva puede constituir el centro de un debate. Pero lo que resulta indiscutible es que la publicidad se manifiesta como fenómeno vivo y actual que requiere una respuesta satisfactoria por parte de los juristas..."⁸

2.- Origen de la Publicidad.-

No obstante la relevante situación dentro del contexto actual que ocupa la publicidad en el ordenamiento jurídico, resulta muy difícil realizar un examen de su historia, como lo confirman los expertos en la materia.

⁸ Santaella, Manuel, Introducción al Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1982.

Si repasamos las consideraciones que se han vertido sobre el tema, verificaremos que las posturas difieren básicamente en el fondo de las mismas, y también en su origen. Revisando el análisis que plantea Manuel Santaella,⁹ apreciamos que: si la publicidad es considerada como una forma de comunicación, definitivamente se concluiría afirmando que la actividad comunicativa publicitaria tiene un origen tan remoto como la tendencia innata en el hombre a comunicarse con sus semejantes; en cambio, si se parte de que la publicidad es un fenómeno de carácter económico - mercantil, sus orígenes históricos se situarían en las primeras actividades de trueque, ligadas a la economía primitiva.

Por otra parte, si se entiende que la publicidad necesariamente se desenvuelve en conjunción con los medios modernos de comunicación social, no podríamos remontarnos más allá de la invención de la imprenta.

Al plantearse la historia de la publicidad en el plano legislativo, la dificultad es mayor, ya que carece de historia. La inexistencia casi total de las fuentes legislativas escritas o consuetudinarias hacen imposible abordar un estudio histórico-jurídico y ésto debido a que la legislación publicitaria es un fenómeno actual.

Al encontrarnos frente al problema de origen de la publicidad, realmente resulta casi imposible determinarlo, como veremos en adelante que de acuerdo a cada época de la historia y relacionando determinadas actividades, encontraremos estrechos vínculos de éstas con alguna forma o indicio de publicidad. De tal manera que insistir en definir un origen resulta muy difícil. Por lo tanto nos concentraremos con lo que señala Sánchez Guzmán: " ... Que en sí, la cuestión de origen desde el punto de vista histórico-jurídico, no ofrece un interés especial, que según: la publicidad sea entendida como simple método

⁹ Santaella, Manuel, Introducción al D. Publicitario,...

de persuasión, o como instrumento económico o como institución social, pueden ser considerados como fenómenos publicitarios determinados hechos sociales de diferentes épocas, o bien ser rechazados como tales." ¹⁰

3.- Evolución Histórica de la Publicidad.-

3.1.- En la Antigüedad y en la Edad Media.-

Observamos que en la Antigüedad y en la Edad Media, la publicidad se desarrolló con la absoluta ausencia de un sistema de medios de comunicación, como lo señala Fairen: " ... la constatación sorprendente de que ha existido una sociedad en la que no existían los medios técnicos de comunicación de masas, pero que sentía las mismas necesidades que nosotros y trataba de satisfacerlas por otro camino". ¹¹

Como se aprecia la característica principal en estas épocas, fue la ausencia de un sistema de comunicación, hasta que surgió la difusión del arte de imprimir, este hecho se lo puede catalogar como trascendental en la historia de la publicidad, como lo fueron posteriormente la prensa y los medios de comunicación en general. En base a este criterio se sustenta la posición de aquellos que consideran la historia de la publicidad a partir del momento que se produce la revolución de la imprenta.

Pero también la podemos relacionar, desde aquellas épocas, más bien dentro de un marco económico mercantil, por su esencia informativa y que generalmente se manifestaba en actos de índole comercial, entonces es ineludible admitir la hermandad de sus orígenes entre la publicidad y el

¹⁰ Sánchez Guzmán, Breve Historia de la Publicidad, cit. pag. 15

¹¹ Fairen, Historia de la Publicidad en Francia, "Publicidad" N 1, pag. 12.

comercio, sin excluir el carácter informativo en todo ello. Y esto lo constatamos en una de las primeras manifestaciones publicitarias situada en el antiguo Egipto, se trata de un papiro egipcio, cuyo texto es el siguiente: " Habiendo huído el esclavo Shem de su patrono Hapu, el tejedor, éste invita a todos los ciudadanos de Tebas a encontrarlo. Es un hitita, de cinco pies de alto, de robusta complexión y ojos castaños. Se ofrece media pieza de oro a quién dé información acerca del lugar donde se halla. A quién lo devuelva a la tienda de Hapu, el tejedor, donde se tejen las más bellas telas del mundo, a gusto de cada uno, se ofrece una pieza entera de oro." ¹²

Acá constatamos, por una parte la ausencia de regulación de la publicidad en esa época, calificada por Desantes como la libertad espontánea del mundo clásico, y por la otra, observamos claramente que el anuncio tiene un carácter tan informativo (cuando reclama la huida del esclavo y la recompensa que ofrece por él), como también el hecho publicitario (cuando introduce en él, primero el oficio que el anunciante ejerce y luego, todas las bondades que se pueden encontrar en su tienda).

Desde luego, que notaremos esa hermandad de la que hablábamos, entre comercio y publicidad, sin excluir de ella a la información.

Si analizamos las manifestaciones publicitarias del mundo clásico, nos encontraremos con ejemplos como en Roma: donde el pregonero, "el praeco" fue un funcionario que realizaba actividades al servicio de particulares como para el Estado. Sus funciones también estaban al servicio de los magistrados para notificar las resoluciones que emanaban éstos. Lo mismo sucedía con los ediles y municipales, que los contrataban para ejecutar sus mandamientos, convocaban y dirigían las asambleas y

¹² Martín Oviedo, J.M., Curso de Derecho Publicitario. Madrid, 1975.

expulsaban de éstas y de los juzgados a quienes no les correspondía asistir.

Este oficio, de pregonero era humilde pero ofrecía grandes posibilidades a personas de baja condición, y si estas poseían ingenio, buena voz y facilidad de palabra, obtenían popularidad y fortuna. Observamos pues, que las manifestaciones publicitarias se encontraban dentro de la esfera del ordenamiento jurídico público, concretamente en el marco municipal, que alcanzó mucha importancia en Roma y por supuesto también en el entorno jurídico mercantil. No existía entonces, ninguna regulación especial, salvo algunas normas elaboradas por el pretor peregrino.

El Municipio en Roma contaba con una organización jerárquica de magistrados municipales: estaban los cuestores, pretores, ediles, etc., que llegaron a enmarcar las manifestaciones publicitarias de carácter oral y escrito, y como testimonio de ello está el cartel, que en Roma tuvo gran expansión, que entre las funciones que desempeñaba el cartel romano, se hallan las publicaciones de los edictos y demás actos de la vida judicial. Figuraban las listas de proscriptos, anuncios de los juegos y espectáculos de gladiadores y en general todo tipo de avisos.

En la Edad Media el pregonero era la expresión de una necesidad social, ya que casi nadie sabía leer. Toda la publicidad, fuera ésta, comercial o no, necesitaba hacerse de viva voz. Las actividades publicitarias de carácter oral, eran reguladas jurídicamente por las municipalidades, incluyendo el carácter administrativo y fiscal que estas actividades generaban y que eran objeto de regulación, como ejemplo citamos la siguiente ordenanza: " el

pregonero, debía prestar fianza del puesto ante funcionario del municipio, debiendo pagar una larga serie de impuestos".¹³

Algunas de las principales instituciones del Derecho mercantil tienen su origen en la Edad Media, cuando las ciudades comienzan a florecer y se percibe un relanzamiento de la economía, en ese entonces según Etienne Boileau se aprecia: "...la existencia de cierta organización que prohíbe a los comerciantes llamar al presunto comprador antes de que hubiera abandonado la tienda vecina, así, como hacer comentarios desfavorables sobre la mercancía que vendieran sus colegas"...¹⁴

Esto constituye un antecedente valioso en lo que hace al Derecho de la Publicidad, en cuanto a expresión de la competencia en el mercado sujeta a las normas que regulan la competencia desleal, estableciéndose el concepto de lealtad en el mercado, que debe complementar la actividad publicitaria.

Otro ejemplo que se debe rescatar, es aquella manifestación publicitaria "enseña" que requería de una regulación de carácter municipal. Estas enseñas sentaron precedentes en el tema de la libre competencia, pero por sobre todo por ser una manifestación inicial de lo que hoy se denomina publicidad exterior. Estas enseñas como comunicación publicitaria fueron muy importantes, como lo fueron los problemas jurídicos de carácter periférico que derivaron de ellas, es decir: la posibilidad de provocar accidentes cuando estas caían a la calle y la falta de visibilidad que ocasionaban en las calles estrechas. La vida urbana en la Edad Media hizo

¹³ Santaella, Manuel, Introducción al derecho de la Publicidad,...

¹⁴ Cit. por Santaella, op. cit., pág. 126.

que estas manifestaciones proliferaran extraordinariamente, incluso que se prolonguen hasta la Edad Moderna.

Citaremos a modo de ilustrar estas experiencias los siguientes antecedentes: El Parlamento de París, en 1609, condena a un fabricante de espadas de la ciudad de Moulins que había copiado la enseña " corazón herido ", de un competidor.

Otro caso es la disposición dictada en Francia, en 1792, que obliga a suprimir de las enseñas toda referencia a la monarquía, religión o feudalismo, " por ser la libertad, la igualdad y la fraternidad, desde ahora los únicos ídolos dignos de los ciudadanos del pueblo francés". ¹⁵ Este último ejemplo, nos lleva a observar otro precedente entorno al mensaje publicitario y las regulaciones en cuanto a su contenido.

El fenómeno publicitario dentro de las manifestaciones de la Antigüedad y la Edad Media como fueron la publicidad oral, la enseñas, el cartel, etc., deben ser consideradas como la prehistoria del proceso de la comunicación social, aunque estos continuaron inicialmente en el mundo moderno como únicos instrumentos publicitarios y en cuanto a su regulación jurídica no sufrieron ninguna transformación sustancial.

3.2.- La Invención de la Imprenta.-

La aparición de la imprenta, es sin duda uno de los rasgos más sobresalientes del Renacimiento, como lo fue el surgimiento del Estado Moderno, con todos los cambios trascendentales que lo acompañaron,

¹⁵ Santaella, Manucl. Introducción al Derecho de la Publicidad.

hablamos de cambios económicos, nuevas corrientes culturales y religiosas, etc..

Pero para la historia de la publicidad, lo más significativo sin duda fue, la revolución de la imprenta, fenómeno que se asoció al proceso de concentración del poder político, y que a la larga condujo el fenómeno de la comunicación de masas.

En esta época prevalecía aún el cartel, al que la imprenta dotó de un nuevo impulso, y aparecen las tarjetas, los prospectos y una variedad de curiosa publicidad teatral. Uno de los principales antecedentes para la publicidad moderna, fue la creación en el siglo XVII, en Francia de las Oficinas de Direcciones y las "Gacetas". Esta gran iniciativa, corresponde al francés Renaudot, quien impulsó el desarrollo de la publicidad moderna. En sus primeros números, aparece ya el primer anuncio comercial impreso en una publicación periódica, como era ésta.

Las manifestaciones de la publicidad de carácter oral permanecieron en la órbita del Derecho Municipal, sin embargo ya en la primera mitad del siglo XVII, aparecen en todos los países de Europa las primeras manifestaciones publicitarias e informativas impresas, y además periódicas, con carácter oficioso e incluso oficial, lo que hace desde el punto de vista jurídico que el sustento de esta prensa pase a ser, privilegio real, acompañado lógicamente de una censura, surgiendo paralelamente a este hecho una prensa clandestina, severamente reprimida por el poder.

Como señalábamos el marco jurídico de la publicidad, lo constituyen las ideas de privilegio y monopolios, que fueron la base para las regulaciones correspondientes, como ejemplo citamos el Derecho francés del 18 de agosto de 1811, que agrupa las distintas publicaciones existentes, que

insertaban anuncios en un solo periódico denominado " Les Petite Affiches". Esta publicación tenía la exclusiva de la publicidad en la prensa periódica, quedando prohibido insertar en ella noticias o comentarios políticos o de cualquier género.

En España, después de seis años de haber sido introducida la imprenta, los Reyes Católicos dictaron la primera Ley en Toledo. Más adelante, dictan una pragmática por la que se establecían los requisitos para poder imprimir libros, nadie podía hacerlo sin permiso de los Presidentes de las Audiencias o de las autoridades eclesiásticas según las ciudades. Otra de estas disposiciones es la de 13 de junio de 1627, establece que las cartas, gacetas, noticias, sermones, discursos o papeles sobre asuntos de Estado y Gobierno y cualesquiera otras, arpegios, coplas, diálogos, etc., por breves que fueran no se imprimirían sin la correspondiente licencia dada por el Consejo de Castilla en la Corte, y los Regentes y Corregidores en las Provincias. El 27 de julio de 1754, se dicta otra disposición estableciendo severas sanciones para quién imprimiera obras sin las debidas licencias, sin perjuicio de que la licencia no evitaba otras prohibiciones del Estado o de la Inquisición.

En toda esta época no se llegó a perfilar un régimen legal específico para la publicidad, aún que históricamente se amplía el marco general de su evolución y por ende el tratamiento jurídico de la comunicación social.

Para resumir, podemos señalar que la publicidad en la Edad Media desembocó en las primeras formulaciones de la libertad de prensa. Estas se originaron inicialmente en Inglaterra, donde existían privilegios reales de carácter monopólico lo que dio lugar a la inserción de avisos en distintos periódicos originando una verdadera competencia entre las publicaciones

exclusivamente publicitarias y las de carácter general. Esta corriente se consolida en Francia en 1789, con la Revolución francesa.

A fines del siglo XVIII, y a lo largo del siglo XIX, de acuerdo a Sánchez Guzmán, se producen tres acontecimientos de mucha importancia para la publicidad: en primer lugar, señala el autor, "... además del ensanchamiento de la base económica sobre la que se asienta la actividad publicitaria, se verifican importantes transformaciones en los medios de comunicación social que venían utilizándose como soportes del mensaje publicitario. En segundo lugar, la publicidad comienza a convertirse en un importante instrumento financiero de la prensa, pasando de ser un recurso ocasional a entrar a formar parte de la política comercial de los periódicos, y por último, se inician algunos intentos de tecnificación de la propia actividad publicitaria, dentro de una incipiente organización social a través de las primeras empresas mercantiles dedicadas a la compra y a la venta de espacios en los soportes de comunicación, con el fin de incluir en ellos los anuncios".¹⁶

3.3.- La Publicidad en la Modernidad, Siglo XX.-

Habíamos visto las características de lo que fue el Estado absoluto, donde el monarca tenía la potestad de prohibir todo tipo de publicaciones y detentaba la titularidad del derecho a realizarlas. Y aún en ese estrecho marco de libertades surgieron las iniciativas privadas, que fueron dando forma a las manifestaciones publicitarias de la época moderna.

Cabe destacar el importante impacto que tuvo la Revolución Industrial, en cuanto a una creciente capacidad adquisitiva, el mercado se amplió

¹⁶ Sánchez, Guzmán. Breve Historia de la Publicidad, Madrid, 1976.

considerablemente y las relaciones entre productor y consumidor se afianzaron con la utilización del mecanismo publicitario.

Con la apertura a la época de las libertades que se hallan representadas en la Constitución de los Estados Unidos de América y con la Revolución francesa acompañada de sus textos constitucionales, contenidos de una capacidad de monopolizar el fenómeno informativo y como consecuencia el publicitario, para dar lugar a un nuevo modelo social que impulsaría progresivamente el ordenamiento legislativo, incorporándose la autorización preventiva, estableciéndose fianzas y un impuesto del timbre, ampliando de esta manera espacios para desembocar en el régimen de la libertad de expresión.

Los textos jurídicos fundamentales que delimitan el nuevo marco legal, surgen en Francia y se proyectan rápidamente a toda Europa. Así ocurrió con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo artículo 11, establece que: "la libre comunicación de pensamiento y opinión es uno de los más preciosos derechos del hombre. Por ello todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, con obligación de responder en caso de abuso de esta libertad en los casos determinados por ley".¹⁷

A raíz de todo este proceso, los gobiernos comenzaron a dictar una serie de impuestos a la prensa, como una nueva fuente de ingresos por una parte, y por otra, como una forma de acallar las polémicas publicaciones de la época. Esta forma de censura económica no hace más que convertir a la publicidad en un instrumento de captación de recursos, para apoyar a fin de cuentas la independencia informativa y como señala Sánchez Guzmán de

¹⁷ Santaella, Manuel, Introducción al Derecho de La Publicidad, Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1982.

la publicidad: " convertida pues, en arma en favor de la libertad, la publicidad, es buscada sin tener en cuenta su fuerza comercial, contemplándola como un medio financiero que permite editar un periódico a pesar del control gubernamental". ¹⁸

Es así, que se observa la estrecha interdependencia de la prensa y la publicidad, tan así, que en el siglo XIX, la prensa periódica dependía básicamente de la publicidad y ante esa necesidad surgieron las agencias de noticias con soporte financiero publicitario y las primeras organizaciones típicamente publicitarias, y con esto, aparecen también los primeros agentes de publicidad que a la larga con la dinámica tecnificación de los medios de comunicación los convertiría en agencia de publicidad.

En este sentido observamos que la publicidad en el siglo XIX, hasta mediados del siglo XX se la consideró como una nueva técnica comunicativa sin desprenderse de su carácter de información comercial.

En el plano legislativo no se observa ningún progreso en relación a la publicidad, salvo las medidas de carácter fiscal. Pese a las constantes innovaciones técnicas en el campo de la comunicación social, como lo fueron: el daguerrotipo, el fotograbado y la electricidad, que dan lugar a los primeros anuncios luminosos en las ciudades.

No es sino hasta la década de los cincuenta, con las grandes transformaciones socio-económicas que se comienza a cuestionar el fenómeno publicitario y las emergencias de éste, como lo son la libre competencia, la protección jurídica de los consumidores, los derechos de la

¹⁸ Sánchez, Guzmán. Breve Historia de la Publicidad, Madrid, 1976.

personalidad y la necesidad de proteger a las propias creaciones publicitarias.

Definitivamente, la publicidad se ve impulsada frente al gran desarrollo y tecnificación de los medios impresos y ni qué decir de los medios audiovisuales, conduciendo a un espectacular incremento en los gastos de publicidad.

De ello constatamos, que el carácter inicial que se otorgaba a la publicidad de "información comercial", se transforma en un fenómeno de efectos sociales de gran magnitud, exigiendo de esta forma la intervención del legislador a fin de estructurar una ordenación jurídica del fenómeno de la publicidad.

Hoy en día identificamos a la publicidad como el instrumento principal que utilizan las empresas en su lucha por el mercado, y el alcance de las técnicas de persuasión utilizadas han llegado a niveles alarmantes donde la preocupación general se ha hecho patente. Es por ello que en el plano de la cooperación internacional se han elaborado determinados instrumentos jurídicos, tanto a nivel de la Comunidad Económica Europea y en muchos casos acuerdos bilaterales entre diferentes países, que obligó a distintas naciones tomar en cuenta en sus legislaciones aspectos que hacen a la libre competencia, a la protección de los consumidores, como también en materia de Derecho de marcas, nombres comerciales, publicidad comparativa, publicidad engañosa, protección de las indicaciones de procedencia y denominaciones de origen, y todo cuanto hace a las prácticas publicitarias incorrectas o molestas.

Cabe destacar en el ámbito estrictamente publicitario un texto de extrema importancia, "el Código de Prácticas Leales en materia de

publicidad", que fue redactado por la Cámara de Comercio Internacional, que tiene como finalidad la prevención de los abusos en materia de publicidad y donde se establece no sólo la protección de los intereses de la empresa competidora sino la protección de los consumidores. Este Código, sentó los principios para una regulación publicitaria, (1955).

Otro hecho relevante en lo que hace al Derecho Comparado, es el "Estatuto de la Publicidad" español, que inserta numerosas reglamentaciones particulares como también una gama de manifestaciones publicitarias de forma genérica, considerándose a España a la vanguardia del Derecho Publicitario por contribuir con el primer texto legal que intenta la ordenación de esta materia.

Por todos los rasgos descritos, la versatilidad y desarrollo logrados por la publicidad y el gran impacto en los medios de la comunicación social, hacen de ésta una técnica comunicativa de carácter autónomo susceptible de una conceptualización jurídico-positiva y doctrinal, más allá de los aspectos económicos y comerciales que contempla dentro de las grandes batallas que ofrece el mercado.

4.- El Derecho de la Publicidad.-

4.1.- Origen y Desarrollo del Derecho de la Publicidad.-

El Derecho de la publicidad tiene como raíz al sistema jurídico-informativo, sin embargo el Derecho informativo en la actualidad y como muchas otras ramas del Ordenamiento jurídico ha venido desarrollándose en forma vertiginosa, cosa que sucede con otras ramas del Derecho. De modo que, no resulta extraña esta eclosión de la ciencia de la información, y como resultado de ello, se desprende el Derecho de la publicidad como

una ciencia de características propias y con una compleja temática que permite incluirla en el campo de las ciencias jurídicas.

Es así y pese a las posturas conservadoras dentro de la Ciencia del Derecho, que aún desean mantener insertado al Derecho de la publicidad dentro de lo que es el Derecho de la información, la realidad y las necesidades actuales han desbordado ese interés.

Aún cuando se ignore este acontecimiento, el Derecho de la publicidad constituye hoy en día una técnica comunicativa de carácter autónomo, que pretende por su vigoroso y extraordinario crecimiento y directa vinculación con diversas ramas del Ordenamiento jurídico, una normatividad particular y específica, para sí. Y constatamos que grandes son los esfuerzos de muchos estudiosos de la materia, intentando lograr una adecuación doctrinal y sistemática verdaderamente depurada del Derecho de la publicidad.

Por esta razón, el esbozo de un origen histórico-jurídico del Derecho de la publicidad resulta muy complicado. En relación a ello citaremos a Santaella que da una descripción de esta realidad bastante clarificadora: "... el tratamiento científico de la materia jurídico- publicitaria se ha venido realizando a través de muy diferentes enfoques de variable significación, por lo que no resulta fácil hallar el hilo conductor que permita trazar, aunque sea con el carácter de un somero esbozo, la historia de la Ciencia del Derecho de la publicidad..." ¹⁹

Pese a esta situación, las corrientes doctrinales han optado por el tratamiento científico del Derecho de la publicidad, a través de datos inmediatos que representan la normatividad jurídico positiva, abordando la

¹⁹ Santaella, Manuel. Introducción al Derecho de la Publicidad, cit., pág. 142.

situación legislativa de varios países respecto a la materia. Asimismo se han considerado aquellas cuestiones que en la actualidad modulan el ámbito específico del Derecho de la publicidad como son, las ligadas a la actividad empresarial y su protección jurídica a través de las normas que regulan la competencia desleal, como también las vinculadas a la protección jurídica de los consumidores, a las creaciones e ideas publicitarias, a los derechos de la personalidad, etc. Como podemos constatar, el universo que contempla este fenómeno jurídico-publicitario, hace que se lo considere como una técnica comunicativa de carácter autónomo dentro del Ordenamiento jurídico.

En torno a este panorama, debemos rescatar las corrientes doctrinales más importantes que se han manifestado: en Estados Unidos de Norte América, el hilo conductor inicialmente, se basó en la legislación " anti-trust", ²⁰ incidiendo en los aspectos de la publicidad como práctica comercial, con posterioridad, se ha orientado la materia hacia la tendencia de la protección jurídica de los consumidores, como también, lo que hace a las cuestiones de la responsabilidad del fabricante y poco a poco la tendencia a incluir aspectos típicamente publicitarios.

Gran Bretaña, por su parte ha incursionado en la especial protección a los consumidores y usuarios de bienes y servicios manteniendo la línea tradicional de lo que implica el "Common Law". ²¹ Los pragmáticos enfoques que se plantearon conducían al tratamiento por separado de la normativa jurídico-publicitaria dentro del Ordenamiento jurídico.

²⁰ "anti- trust", - anti-monopolios.

²¹ "Common Law" , - Locución inglesa para denominar el Derecho. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Manuel Ossorio. editorial Heliasta, Buenos Aires 1981.

Asimismo en Europa, comenzando por Alemania observamos que los tratamientos jurídico-publicitarios han sido relacionados estrechamente a los de la competencia desleal y a los de la responsabilidad del fabricante y distintas expresiones publicitarias han sido profundamente estudiadas y aportadas a la doctrina de esta Ciencia del Derecho.

En Italia, los juristas más destacados han aportado varias obras en el intento de reconstruir el ordenamiento italiano de la normativa publicitaria.

Por su parte Francia, sistematizó el Derecho publicitario dentro del campo jurídico-informativo sin el rigor doctrinal necesario, concretando sin embargo la naturaleza jurídico-publicitaria de éste.

En España se establece el Derecho de la publicidad a partir del Estatuto de la Publicidad de 1964, como un medio informativo, ampliándose este concepto más bien a un fenómeno jurídico publicitario interpretando con mayor profundidad las expresiones publicitarias.

Considerando la evolución de la doctrina del Derecho de la publicidad concluiremos resaltando, que inicialmente la publicidad por lo general fue considerada como instrumento de la empresa en el mercado y también en relación a sus competidores, para que en la actualidad se considere la estrecha relación que mantiene con la protección de los consumidores.

Por otra parte, el carácter comunicativo-informativo de la publicidad inicialmente no fue considerado en su justa dimensión, sino incidentalmente en determinados contenidos publicitarios. El desarrollo contemporáneo del carácter comunicativo-informativo del Derecho de la publicidad ha incidido tenazmente en los aspectos jurídicos de la temática publicitaria. Esta nueva perspectiva que se abre a una mayor y mejor comprensión del fenómeno

de la publicidad ha apoyado la evolución unitaria del Derecho de la publicidad y su construcción doctrinal.

4.2.- Naturaleza del Derecho de la Publicidad.-

Existiendo una distinción entre Derecho público y Derecho privado en el ordenamiento jurídico, como expresión de una oposición entre estos dos sectores radicalmente diferenciados, constatamos hoy en día que las concepciones progresistas plantean la unidad sustancial del ordenamiento jurídico, por lo tanto, restan importancia a la distinción entre Derecho público y Derecho privado ya que consideran, que a la hora de formular el concepto o ámbito específico de alguna rama del Derecho, carece de total trascendencia a la esfera que particularmente pertenezca.

Es por ello que el Derecho de la publicidad como novedosa rama dentro del ordenamiento jurídico, al igual que otras como el Derecho de la navegación, por ejemplo, son reguladas en una multitud de facetas que suponen su incidencia en prácticamente todas las ramas del ordenamiento jurídico, tanto en el campo del Derecho privado como en el del Derecho público. Por lo tanto intentar establecer en cuáles predomina el principio de personalidad frente a otras que se inspiran en el principio de comunidad, resulta muy relativo. De ahí, que adscribir al Derecho de la publicidad a un ámbito específico no resulta conveniente. Y esta indefinición general dentro del ordenamiento jurídico en cuanto a pertenencia a determinada esfera, sea pública o privada, la comparten todas las nuevas ramas o sectores de la Ciencia Jurídica.

4.3.- Fuentes del Derecho de la Publicidad.-

Considerando la importancia que constituye la fuente o el origen en el campo de la Ciencia Jurídica, para determinar el lugar donde se ubica una norma reguladora, aplicaremos el carácter de fuentes dentro de un criterio iusfilosófico y técnico-jurídico.

El origen o fuente del Derecho en un sentido general es el resultado de un determinado momento histórico, de una comunidad o grupo social, que como efecto de sus interrelaciones sociales, culturales y políticas, generan una fuerza creadora capaz de una potestad normativa.

El trascendente pero complejo tema de las fuentes del Derecho, sustancialmente perfilan un esquema aplicable históricamente a todas las Ciencias jurídicas con variaciones propias, pero generalmente con carácter universal; siendo la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, las fuentes que: "constituyen el origen último, en un sistema jurídico dado, de las normas jurídicas." ²²

Entre las fuentes existe una distinción que plantea Santaella, las fuentes de carácter material y las fuentes de carácter formal: " En primer término, vemos un sentido puramente formal, según el cual la fuente del Derecho se reduce a la formalización o materialización en virtud de la cual el Derecho se nos ofrece como tal. En segundo lugar, existe el concepto material de fuente del Derecho, en cuya virtud se designa el origen donde radica la potestad de dictar normas jurídicas". ²³

²² R. David. Los grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Madrid, 1973.

²³ Santaella, Manuel. Introducción al Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas. S.A., Madrid, 1982.

En base a las consideraciones hechas sobre las fuentes, concluiremos rescatando un perfil logrado por Santaella que refleja los significados y categorías necesarias para la determinación de las fuentes:

"El sentido más general de la expresión fuentes del Derecho alude a los distintos modos de producción del mismo, a como, por quién y, en definitiva, con qué valor surge la norma jurídica. En tal sentido, como se ha puesto de manifiesto, la expresión fuente del Derecho tiene tres significados primordiales:

a) Filosófico: Las fuentes del Derecho son el fundamento de todo lo jurídico, causa última u origen de todo Derecho. En este sentido, la fuente se confunde prácticamente con el concepto mismo del Derecho.

b) Técnico: Origen del Derecho positivo, es decir, las formas de manifestarse el Derecho en una sociedad determinada.

c) Instrumental: Medios o materiales de que nos valemos para conocer el Derecho ya creado." ²⁴

En este orden de ideas, el significado técnico de las fuentes del Derecho alcanza una mayor perspectiva respecto al tema que nos interesa, el Derecho de la publicidad.

Las Constituciones, que suponen la fuente de ordenación de las fuentes, explícitamente son el soporte legítimo como fuente rectora del Derecho de la publicidad.

²⁴ Santaella, Manuel. El nuevo Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

En el Derecho de la publicidad como en cualquier rama del ordenamiento jurídico, encontraremos que para la construcción de su sistema de fuentes se recurre a todas las fuerzas productoras del Derecho, como también a las fuentes clásicas del Derecho (la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho). Y señalamos como fuerzas productoras de Derecho, a las que encontramos en todos los sistemas jurídicos modernos, como lo son la autoridad estatal, los grupos sociales y organizaciones de diverso signo, supra, infra y paraestatales.

Al margen de todas ellas, están las fuentes fundamentales que hacen al tratamiento del sistema de fuentes del Derecho de la publicidad, como lo son las normas jurídico-publicitarias internacionales y supranacionales que inciden directamente en los ordenamientos estatales y por ende al Derecho interno (al de cada país).

La proyección que alcanza en la actualidad los Ordenamientos Jurídicos Internacionales, han cobrado un especial significado, quedando atrás la debatida cuestión de la superioridad del Derecho interno en relación al Derecho internacional.

Y observamos que este principio es plenamente válido para el Derecho de la publicidad, cuando el Ordenamiento Jurídico Español plantea, " que el Derecho estatal ha de entenderse con carácter general supeditado a las formulaciones que tienen su origen en el campo internacional". ²⁵

No queremos dejar de mencionar una fuente en particular y de trascendental importancia para todo el Derecho publicitario, como lo es el Estatuto de la Publicidad español. El mismo que fue aprobado por Ley

²⁵ Corredoira y Alfonso, Loreto. Comentarios a la Ley de Publicidad, Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona,1993.

61/1964, de 11 de junio. Constituyendo la primera norma que de manera sistemática y orgánica aparece a nivel mundial, regulando la actividad publicitaria en conjunto. Sin duda este hecho marca un hito fundamental para nuestra materia, siendo una pieza de gran valor para posteriores estudios como una verdadera fuente del Derecho publicitario.

Con todo ello, en definitiva queremos establecer que las fuentes-origen del Derecho de la publicidad se encuentran en la Comunidad Internacional, representada por organizaciones de carácter internacional y supranacional, en los Estados particulares, en los grupos sociales organizados y en los propios sujetos de derecho dentro del ámbito reconocido a la autonomía de la voluntad privada.

4.4.- Determinación Conceptual del Derecho de la Publicidad, su Autonomía y su Definición.-

Obtenidos los elementos necesarios, intentaremos la determinación conceptual del Derecho de la publicidad en un sentido de unidad, que esencialmente debe contener dentro del ordenamiento jurídico, y como principal característica un concepto de validez intemporal y universal.

No se pretende enmarcar al fenómeno publicitario dentro de una rama del Derecho, que no es otra cosa, que las llamadas especialidades o parcelas, por el contrario tampoco la intención es propugnar la creación arbitraria de nuevas ramas del Derecho que hoy en día es muy común, por las exigencias coyunturales que han llegado a niveles preocupantes, como es el caso del Derecho civil. Díez Picazo y Gullón, nos ofrece un panorama real de esta situación: "El nacimiento y la multiplicación de los Derechos especiales lleva consigo toda una serie de segregaciones del Derecho civil. Nuestra época contempla la multitud de las segregaciones. Se habla así de

un Derecho del trabajo, de un Derecho económico, de un Derecho agrario, Derecho hipotecario, Derecho notarial, Derecho registral, Derecho aeronáutico, Derecho bancario, Derecho de arrendamientos, Derecho industrial, etc. Todo ello, como puro fenómeno externo, índice de una especialización técnica o científica, no tiene una trascendencia grave. La gravedad radica en la consolidación de los desmembramientos, porque algo parece indicar entonces que se ha roto la unidad interna del Derecho civil".²⁶

Pese a esta dramática exposición, podemos afirmar que no es el caso del Derecho publicitario, ya que la publicidad como técnica comunicativa de carácter informativo-persuasivo y de una variedad de contenidos, logra manifestarse en importantes sectores del ordenamiento jurídico, fundamentando de esta manera la construcción del concepto del Derecho de publicidad.

Para construir un concepto del Derecho de la publicidad, como también para la determinación de su esencia, supone indudables dificultades. Dificultades que ofrece principalmente una inmadura doctrina, que si planteara el tema con mayor profundidad y adecuara correctamente las soluciones de ésta, ayudaría notablemente al desarrollo y progreso de una normativa publicitaria. Si bien en términos socioeconómicos el fenómeno publicitario ha sido muy bien delimitado, como apuntábamos, la falta de una observación jurídica ha logrado una dispersión de las concepciones doctrinales.

Sin embargo, y pese a todas las dificultades el Derecho de la publicidad es por definición, el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto regular la actividad publicitaria. Observamos que el elemento principal que

²⁶ Díez Picazo y Gullón, Sistema del Derecho Civil. Barcelona, 1972.

concorre en el Derecho publicitario, es el hecho social mismo de la actividad publicitaria, vemos que mantiene una realidad unitaria, es decir una propia autonomía.

De acuerdo a esto, la base sobre la que se debe construir el Derecho de la publicidad, sin desconocer su carácter económico pero destacando principalmente su carácter iusinformativo, y superando el marco estricto del Derecho positivo, y para recoger la esencia íntima del Derecho de la publicidad y ofrecer un concepto científico acorde con las necesidades reales de esta actividad, recurriremos a la definición anglosajona, que otorga ideas claras y precisas sobre las cuales debe manejarse y entenderse el Derecho de la publicidad.

"ADVERTISING: La propaganda: es informativa en carácter y persuasiva en intención. La propaganda sirve como una función económica útil dando información al consumidor con respecto al precio, calidad, características y suministro de productos y servicios.

La función económica de la propaganda disminuye cuando su componente de persuasión aumenta en relación a su componente informativo.

La propaganda sirve también a la útil función económica de sortear la competencia".²⁷

La naturaleza informativa del fenómeno publicitario ha sido contemplada retiradamente por doctrinas como la española, la italiana y anglosajona, y como resultado de ello podemos sintetizar la siguiente conclusión que nos

²⁷ Informe de Naciones Unidas, sobre las Compañías Multinacionales Publicitarias.

ofrece Santaella: " la vía correcta para superar en el plano científico, esa situación, es la de determinar la auténtica esencia del fenómeno publicitario, advirtiendo que, en definitiva, este se encuentra inserto, jurídicamente, en el campo iusinformativo, habida cuenta de la naturaleza informativa de cualquier manifestación publicitaria tenga o no carácter económico-comercial o sea una pura expresión de cualquier contenido comunicativo que utilice, por una u otra razón la técnica comunicativa publicitaria".²⁸

Dentro de esta concepción, nuevamente recogemos el carácter económico de la publicidad, sin embargo, no se trata de desconocer ese aspecto, sino más bien de establecer su justa dimensión, que no es otra, que la consideración real de los elementos que se encuentran en este fenómeno, como sin duda lo son: la protección de los consumidores y el tema de la competencia desleal. Y así como agrupa estos elementos lo hace con otros, y de ámbitos diferentes, como la protección de las creaciones e ideas publicitarias que tiene directa vinculación con los derechos de autor. Y sobre todo con los derechos de la personalidad, afectados por la publicidad.

Como podemos observar, que de la participación de una serie de elementos que hacen a la actividad publicitaria, la característica común que rige a todas estas facetas de la actividad publicitaria, es sin duda su naturaleza informativa.

Todo lo hasta ahora apuntado incide en la propuesta de Pino Abad: "todos los aspectos publicitarios, jurídico-publicitarios- de esta temática son de naturaleza iusinformativa y su tratamiento no corresponde, en consecuencia, al Derecho mercantil, sino al Derecho de la publicidad.

²⁸ Santaella, Manuel. El nuevo Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

La renovación necesaria y conveniente, de ciertas Ciencias jurídicas particulares no debe entorpecer el desarrollo de otras, cuyas pautas generales no se compaginan debidamente con aquéllas ni armonizan entre sí".²⁹

Con el propósito de reforzar todo esto resaltaremos la existencia de las relaciones jurídico publicitarias, que son protagonizadas por sujetos publicitarios, y que se refieren a un objeto específico, la difusión de mensajes publicitarios caracterizados por la utilización de una técnica comunicativa de carácter autónomo: la publicitaria.

En este sentido, podemos continuar señalando que el significado antes mencionado, el de la autonomía, es una "...cierta plenitud, aunque secundaria, por la presencia de principios generales de integración inmediata"...³⁰

De acuerdo a ello podemos establecer que en todas las regulaciones positivas que ofrece el Derecho Comparado, esos principios se hallan con toda nitidez, y esta presencia nos conduce a individualizar al Derecho de la publicidad, es decir, que ello constituye la autonomía del Derecho de la publicidad. Autonomía que hay que comprenderla en sentido de las relaciones o no que exista con otras ciencias, y el tipo de relación que entre ellas se establezca. Y este elemento concurre plenamente en el Derecho de la publicidad.

²⁹ Pino Abad, Manuel. La Disciplina Jurídica en la Actividad Publicitaria en la Ley de Publicidad de 1988. Editorial Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1992.

³⁰ Desantes. Fundamentos del Derecho de La Publicidad.

Y se hace necesario, al finalizar este capítulo la formulación de una definición, para sintetizar todo lo dicho, en el entendido que queda abierta cualquier incorporación ulterior, dada la gran dinámica que propone esta Ciencia Jurídica.

Para ello, recurriremos nuevamente a Santaella, quien aporta la siguiente definición:

"Derecho de la publicidad es la ciencia jurídica que estudia el ordenamiento jurídico desde la perspectiva del fenómeno informativo publicitario, ordenando y sistematizando dentro de aquel la actividad publicitaria comunicativa y las situaciones y relaciones jurídico-publicitarias y sus diversos elementos, al servicio del derecho a la información, de la protección de los receptores de la publicidad y de los sujetos publicitarios en general".³¹

³¹ Santaella, Manuel. Introducción al Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas. S.A., Madrid, 1982.

CAPITULO II

SUJETOS PUBLICITARIOS

1.- Sujetos que Intervienen en la Actividad Publicitaria.-

En cualquier rama del Derecho, como en la Teoría General del Derecho, adquiere particular consideración el tratamiento de los sujetos, como protagonistas y titulares de los derechos y obligaciones que les corresponda. Esto ocurre en todas las ramas del Derecho, diríamos que el Derecho civil hace hincapié en la parte dedicada al Derecho de la persona, en el Derecho mercantil se considera al comerciante o empresario, ya sea, en su carácter individual o social. Es por ello, que el Derecho de la Publicidad no constituye una excepción, por lo tanto otorga una relevante importancia al Derecho de los sujetos publicitarios que se origina en los actos y relaciones jurídicas de la comunicación publicitaria.

Con este criterio podemos distinguir inicialmente que el sujeto publicitario, es ante todo un sujeto de Derecho, ya sea éste una persona física o jurídica, la que intervenga en el proceso de la comunicación publicitaria.

En la construcción del Derecho de la Publicidad, necesariamente debe integrarse a los sujetos publicitarios y su tratamiento, que juegan un importante papel en el mundo publicitario, como lo asevera Manuel Santaella al referirse a los sujetos,: "los sujetos publicitarios contribuyen decisivamente a perfilar el ámbito propio del Derecho de la Publicidad en su condición de protagonistas del proceso de la comunicación publicitaria y, en el plano jurídico, titulares de

los correspondientes derechos y obligaciones dentro de la relación jurídica publicitaria. " ³²

Cobra mucha importancia la consideración de los sujetos publicitarios, en cuanto constituyen el elemento subjetivo de los negocios jurídicos publicitarios de naturaleza contractual. Por lo señalado, analizaremos en adelante la tipología de los sujetos publicitarios, distinguiendo entre ellos los que son auténticos sujetos publicitarios, del resto de los sujetos de Derecho que intervienen en el proceso de la comunicación publicitaria, sin adquirir la condición propiamente de sujetos publicitarios.

1.1.- El Anunciante.-

El sujeto anunciante, es toda persona natural o jurídica, pública o privada, que tenga la capacidad requerida de obrar, y en cuyo interés se realiza la publicidad. Por lo tanto el anunciante, es el responsable primero y presuntamente único, salvo prueba en contrario del mensaje publicitario. ³³

Siendo el anunciante el que tiene el papel más destacado en la comunicación publicitaria, su importancia resulta manifiesta. Además, de su consideración contractual en la regulación de los contratos publicitarios. El anunciante tiene derecho a controlar la campaña de publicidad, como también tiene la facultad de cesar en la actividad publicitaria y la obligación de rectificar cuando resulte necesario. El anunciante tiene la obligación de develar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios, esto en los supuestos de responsabilidad por la realización de publicidad ilícita de carácter engañoso, desleal o infractora. Por el contrario, el anunciante puede permanecer sin identificar públicamente su identidad.

³² Santaella, Manuel. El Nuevo Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

³³ Santaella, Manuel. El Nuevo Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

La cuestión jurídicamente relevante para poseer la condición de anunciante, es que, la publicidad sea realizada en interés de la persona de que se trate. Esta condición de anunciante puede corresponder tanto a la persona física que ordena la inserción de un modesto anuncio en un periódico, hasta la persona jurídica, nos referimos a la gran empresa que invierte grandes sumas de dinero en su publicidad. No se debe hacer distinción alguna entre grandes y pequeños anunciantes, es decir no se debe distinguir a los anunciantes por el volumen de su actividad. Las prescripciones legales, deben aplicarse a todos los que tengan dicha condición, la de anunciante. Tienen que ser idénticas, para la gran empresa multinacional como también para aquella persona que sólo ocasionalmente realiza alguna actividad publicitaria, sea cual fuere la modalidad publicitaria de que se trate o el contenido del mensaje publicitario.

1.2.- La Agencia de Publicidad.-

Las agencias de publicidad, son aquellas personas naturales o jurídicas que se dedican profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante.³⁴

Este sujeto publicitario tiene un carácter eminentemente técnico respecto a sus funciones, como son las de crear, preparar, programar y ejecutar publicidad. La agencia instrumenta técnicamente la comunicación publicitaria de principio a fin, actuando siempre por cuenta de un anunciante, aunque muchas veces el anunciante sea la propia agencia, esto ocurre cuando promociona la contratación de sus propios servicios.

³⁴ Cuesta Rute, J. Ma. de la, Régimen Jurídico de la Publicidad, Madrid, 1974.

La responsabilidad de la agencia de publicidad frente al anunciante, se limita al cumplimiento de lo expresamente pactado, y por supuesto, a lo que en virtud de disposiciones expresas se pueda exigir. El anunciante no tiene derecho a dirigir la agencia de publicidad, cuando contrata con ella, el derecho que adquiere es posterior al contrato, sobre la agencia y sobre el medio, que es el derecho a controlar la ejecución de la campaña de publicidad. Y en este mismo aspecto, la agencia no puede ofrecer, como tampoco el anunciante tiene derecho a exigir que se garantice el rendimiento económico o los resultados comerciales de la publicidad. Algunas legislaciones, prohíben imperativamente que se prevea contractualmente la exigencia de responsabilidad por esta causa.

La agencia de publicidad por lo tanto, resulta ser el sujeto publicitario al que se le dedica una atención primordial. Esta surge por la progresiva tecnificación de lo que inicialmente fue una simple actividad de mediación entre el anunciante y el medio de difusión, que la ejercía el agente publicitario. Actualmente la agencia publicitaria es un sujeto publicitario altamente profesional y cuenta con una estructura muy bien organizada a fin de cubrir todas las exigencias, tanto del anunciante como del receptor. En resumen, y a decir de Manuel Santaella:" la agencia de publicidad es la organización técnica, que asesora y realiza los encargos del anunciante, determina el contenido de los anuncios en base a las características del producto, previa aprobación por aquél y percibe por ello la remuneración correspondiente".³⁵

³⁵ Santaella, Manuel. El Nuevo Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

1.3.- El Medio de Publicidad.-

Como otro sujeto de la publicidad, se encuentra el medio de publicidad o más propiamente el medio de difusión, que serán todas aquellas personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que de manera habitual y organizada se dediquen a la difusión de publicidad, a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten.³⁶

El medio de publicidad, es por lo tanto el eslabón más importante dentro del proceso de comunicación publicitaria, ya que es quien definitivamente hace posible la comunicación pública que supone la publicidad. Los medios de publicidad o medios de difusión deslindarán cualquier responsabilidad del contenido de las publicidades, ya que son considerados como simples vehículos de publicidad.

Cabe destacar, que los medios de publicidad privados son libres para rechazar cualquier tipo de publicidad que no deseen difundir, (salvo naturalmente, que la difusión suponga el cumplimiento de un mandato judicial, como ocurre en algunas legislaciones, donde se recurre a esa instancia, por ejemplo para la difusión de publicidad correctora). Queda claro, que las relaciones entre anunciantes públicos o privados y medios de publicidad privados, se regirán por las normas generales de la contratación privada, no teniendo efecto los contratos impuestos o forzosos. No sucede lo mismo con los medios de difusión públicos, que se encuentran obligados a permitir el libre acceso en igualdad de condiciones y sin discriminaciones a los diversos anunciantes, siempre y cuando esté prevista la explotación publicitaria de dichos medios públicos.

³⁶ Cuesta Rute, J. Ma. de la, Régimen Jurídico de la Publicidad, Madrid, 1974.

Estaremos de acuerdo en que los transmisores o soportes de la publicidad son los medios de información, y si aceptamos que la publicidad es entre otras cosas información, nos encontraremos frente a numerosos como variados medios publicitarios, que van desde la simple vitrina hasta la televisión:

1. Dentro de la publicidad impresa tenemos:
 - a) Diarios: nacionales
 locales
 extranjeros
 - b) Publicaciones de periodicidad no diaria:
 de información general
 de información especializada

2. Dentro de lo que significa la publicidad exterior:
 - a) vallas
 - b) carteles
 - c) publicidad ambulante

3. Publicidad cinematográfica:

4. Publicidad radial

5. Publicidad Directa:
 - a) circulares
 - b) prospectos
 - c) carta-fórmula
 - d) displays
 - e) folletos y catálogos

Podemos distinguir de esta enumeración los medios publicitarios que lo son exclusivamente, de los medios de comunicación social en general que difunden su propio contenido informativo, conjuntamente con los mensajes publicitarios.

Concluiremos señalando, que la finalidad esencial del medio de publicidad es la dedicación de manera habitual y organizada de la difusión de publicidad.

1.4.- Destinatarios de la Publicidad.-

Resultan ser, aquellas personas a las que se dirige el mensaje publicitario o a las que éste alcance. ³⁷

Este concepto de destinatario de publicidad ,abarca una doble situación donde nos encontramos por un lado, con las personas a quienes va dirigido el mensaje publicitario, independientemente de que éste sea recibido, y por el otro lado, con las personas a las que alcanza efectivamente el mensaje publicitario, es decir aquellas receptoras del mensaje propiamente dicho.

Esta doble situación, ha conducido a ofrecer un conjunto de adecuadas y coherentes soluciones a esta compleja problemática, que es la de los destinatarios. Como señala A. García Pablos, en relación a los destinatarios, en su libro 35 Millones de Consumidores: " el receptor o destinatario de la publicidad es el individuo, el hombre-masa, al que la publicidad pretende alcanzar en todo momento y en todas partes. Ello hace que surjan conflictos de intereses difíciles de dirimir entre los consumidores

³⁷ Cuesta Rute, J. Ma. de la, Régimen Jurídico de la Publicidad, Madrid, 1974.

y los anunciantes, lo que constituye un repertorio temático fundamental para el Derecho de la Publicidad." ³⁸

Tendremos que analizar con mayor cuidado lo que respecta a este sujeto publicitario, en razón del ejercicio de acciones destinadas a esgrimir derechos sobre aquellas actividades publicitarias ilícitas.

En lo que hace al Derecho publicitario, el concepto que se introduce como es el de destinatario de la publicidad, debe considerársele, técnicamente superior al de consumidor, consumidores o público consumidor. Si bien la figura de consumidor tiene una extraordinaria importancia en la propia elaboración técnica del mensaje publicitario, también la tiene en la política legislativa del Derecho de la publicidad. El concepto de consumidor actualmente encuentra su propio marco doctrinal y legal en el Derecho del consumo, y señalamos como una de las razones principales de esta discriminación de conceptos, aquella fundada en que no toda la publicidad se dirige u orienta a promover la contratación de bienes y servicios destinados al consumo.

Sin embargo, no podemos plantear ninguna duda respecto al universo de cuestiones suscitadas por la protección jurídica de los consumidores, que afectan directamente al Derecho de la Publicidad.

Volviendo al Derecho de la Publicidad y a la perspectiva de la comunicación publicitaria, reiteraremos que el término apropiado y correcto será el de destinatario de la publicidad, y refiriéndonos a este sujeto y a las cuestiones que se plantean en su consideración en el campo jurídico, veremos que los destinatarios de la publicidad en abstracto, no pueden ser considerados sujetos publicitarios, precisamente por su indeterminación.

³⁸ García Pablos, A. " 35 Millones de Consumidores".

Tendrán que ser considerados, como sujetos publicitarios aquellos sujetos titulares de derechos y deberes derivados directamente de normas jurídico-publicitarias, aquellas personas o sujetos, físicas o jurídicas perfectamente determinadas o determinables.

En este sentido un destinatario determinado, persona física o jurídica, que se encuentre en la doble situación de posible receptor o receptor efectivo del mensaje publicitario, como señala Manuel Santaella, " puede tener la condición de sujeto publicitario, titular de derechos y deberes establecidos por las normas jurídico-publicitarias, cuando esa persona concreta resulte afectada en particular por la comunicación publicitaria o sea titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo, en ese caso, el sujeto destinatario de la publicidad se encuentra legitimado para ejercer ese derecho o las acciones que conduzcan a la defensa del mismo.³⁹

En razón de lo expresado, estableceremos que un simple consumidor, aquel que no tiene la condición de destinatario de la publicidad, no podrá ser considerado sujeto publicitario, es decir que de la simple condición de consumidor - adquirente de bienes o servicios, derivan titularidades y acciones de carácter básicamente patrimoniales y no así de aquellas establecidas por las normas jurídico-publicitarias.

En cambio aquel simple consumidor a la vez destinatario de la publicidad, caso en que se presenta una doble situación en una misma persona, y posea la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, se encontrará legitimado para el ejercicio de tal derecho o de las acciones encaminadas a la defensa del mismo, puesto que se trata de un sujeto destinatario de la publicidad.

³⁹ Santaella, Manuel. Introducción al Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1982.

Y como extensión de ello, tenemos la legitimación de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, que sí poseen el carácter de sujetos publicitarios. Esta legitimación es el resultado de un proceso en la defensa del consumidor aislado e impotente en la práctica, para hacer efectivo su reclamo de pequeña cuantía. Por ello surgen las asociaciones, quienes formulan tales reclamos en forma individual o colectiva y directa, resultando mucho más eficaz, esto se deriva en una auténtica legitimación en el campo del Derecho del consumo, y hoy en día se amplía y extiende al Derecho de la publicidad, sin poder intervenir o participar directamente en la comunicación publicitaria.

Y hablamos de la importancia de los sujetos publicitarios y de la determinación legal de los destinatarios, para poder determinar en cada caso concreto el posible carácter ilícito de la comunicación publicitaria. Así, por ejemplo, para formular una solicitud de cesación o rectificación de una determinada actividad publicitaria, o un recurso contra cualquier publicidad engañosa, o ante el desarrollo de cualquier actividad publicitaria que no se ajuste a derecho.

1.5.- Organizaciones Tripartitas.-

Hemos hablado del derecho que al anunciante se le confiere en lo que hace al control y ejecución de determinada campaña publicitaria. Pues bien, para garantizar ese derecho y además poder comprobar la difusión de los medios publicitarios, y en especial las cifras de tirada y venta de publicaciones periódicas, es que muchos países han introducido esta modalidad, es el caso de España, y se refiere a la tipificación como sujetos publicitarios que no intervienen de forma directa en el proceso de la comunicación publicitaria. Hablamos de las Organizaciones Tripartitas, constituidas por anunciantes, agencias de publicidad y medios de difusión.

Estas organizaciones, se constituyen de acuerdo al Derecho general de asociaciones, manteniendo fundamentalmente su finalidad no lucrativa, y estatutariamente, pueden establecerse en el marco del régimen general del derecho de asociaciones. Su importancia deriva de la misión que desarrollan, ya que garantizan la determinación y fijación de unos datos de máxima trascendencia para la competencia leal y la transparencia del mercado publicitario, relativos a la difusión de los medios publicitarios.

Cabe destacar que se mantiene un régimen voluntario del sometimiento al control, y que una vez éste haya sido aceptado por los sujetos publicitarios afectados, estas organizaciones tienen derechos típicamente publicitarios en relación a la forma, plazos, sistema y definiciones para informar sobre la difusión, tirada y venta de los medios publicitarios.

1.6.- Asociaciones de Sujetos y Asociaciones de Profesionales.-

Estas asociaciones, nos referimos a aquellas de sujetos publicitarios que intervienen en la realización de la comunicación publicitaria, como son los anunciantes, agencias y medios de publicidad, como también a las asociaciones de profesionales de la publicidad, técnicos, agentes, modelos etc.. Ellos no se encuentran como sujetos en sí dentro del Derecho de la publicidad, aunque si ejercen derechos derivados de las normas publicitarias, es decir que son personas jurídicas que resultan afectadas. Su constitución y desenvolvimiento, se hallan más bien en otros sectores del ordenamiento jurídico, aunque en algunas legislaciones han sido de alguna forma legitimados.

Sin embargo, la existencia de estas asociaciones hace que se establezcan sistemas de autocontrol publicitario, exigiendo un mayor nivel de profesionalismo para desarrollar la actividad publicitaria, dentro de un

marco de respeto de los valores y derechos e intereses de los destinatarios de la publicidad y de los competidores, evitando en gran medida la necesidad de recurrir a los mecanismos legales. Se debe recalcar que la aceptación a este tipo de control, es estrictamente voluntaria, y se ha constatado que la aceptación ha dado grandes resultados.

1.7.- Técnicos, Agentes, y Profesionales Publicitarios.-

Son aquellas personas físicas, que en su condición de profesionales libres o dependientes, se encuentran al servicio de los principales sujetos publicitarios, es decir de los anunciantes, medios, agencias u organizaciones, pero que no son considerados sujetos publicitarios en sentido técnico-jurídico, ya que no son titulares de derechos y deberes que deriven directamente de normas jurídico-publicitarias.

No obstante, dentro del mundo publicitario, los ejecutivos, creativos, redactores de textos, fotógrafos etc., ocupan un importante lugar que no se puede desconocer.

No siendo sujetos publicitarios, sus relaciones con los que consideramos que sí lo son, se desarrollan más bien en el campo del Derecho civil, mercantil o laboral. Estas relaciones llegan a plantear diversas cuestiones en lo que hace a la protección de los derechos de la personalidad, como lo es por ejemplo, la imagen de los modelos, como también aquellas que se refieren a la titularidad de las creaciones e ideas de carácter publicitario.

CAPITULO III

LA PUBLICIDAD ILICITA

1.- Aspectos Jurídicos del Mensaje Publicitario.-

Siendo la publicidad, " un proceso comunicativo en el que intervienen diversos sujetos, es una actividad compleja que requiere multitud de operaciones de diverso carácter". ⁴⁰ Dentro de todo este proceso comunicativo el mensaje publicitario, en un sentido técnico publicitario se refiere al "que" de la comunicación, es lo que se comunica, de ello su gran importancia.

Dentro de este concepto distinguiremos dos elementos: el mensaje básico, que publicitariamente consiste en lo que se dice o comunica, más allá de las imágenes, palabras, sonidos, etc. Y el otro elemento es la forma creativa, que es el "como" de la comunicación.

Desde la perspectiva jurídica, resulta técnicamente conveniente utilizar el concepto de mensaje publicitario ilícito que el de publicidad ilícita, ya que en términos de técnica jurídica el mensaje publicitario es el objeto de la comunicación publicitaria, sobre el cual inciden los sujetos que intervienen o participan en el proceso comunicativo, como lo son: anunciantes, agencias de publicidad y medios de publicidad. Los mismos que en su calidad de sujetos publicitarios, tienen su esfera propia de derechos y deberes en relación con el objeto, derechos y deberes de origen contractual o extracontractual.

⁴⁰ Santaella, Manuel. El Nuevo Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

Para precisar el contenido antijurídico de la comunicación publicitaria, se debe distinguir la doble acepción de ésta: la material - mensaje básico, y la formal - forma creativa. Y esto debido a que los ordenamientos jurídicos establecidos frente a la publicidad ilícita, tienen una aplicación más concreta y precisa si se refieren al objeto de la comunicación publicitaria, siendo que la utilización del concepto jurídico de mensaje publicitario, determina con mayor claridad el contenido del ilícito y su imputación a cada uno de los sujetos que intervienen en el proceso comunicativo publicitario.

2.- El Mensaje Publicitario Ilícito.-

Son aquellos mensajes contrarios al ordenamiento jurídico, que en función de la totalidad de los intereses generales protegidos por el Derecho de la Publicidad, son objeto de sanción.⁴¹

El fenómeno publicitario debe enmarcarse preferentemente, en la prevención de producciones publicitarias ilícitas, y más bien volcar su creación a contenidos o mensajes publicitarios que se ajusten a la normatividad publicitaria.

Siendo la comunicación publicitaria, un proceso en el que se pueden aislar diferentes fases y en el que intervienen diversos sujetos como lo hemos señalado anteriormente, puede darse la situación en que todo este proceso sea sometido a una prohibición, de esta manera la publicidad ilícita equivaldría a la publicidad prohibida en su totalidad, es decir, aquí no hay una distinción concreta de lo que es el mensaje publicitario, del contenido o de la forma de la comunicación. La prohibición o ilicitud está referida al conjunto total del proceso

⁴¹ Cuesta Rute, J. Ma. de la, Régimen Jurídico de la Publicidad, Madrid, 1974.

comunicativo publicitario, esa ilicitud puede viciar incluso los contratos publicitarios.

Por el contrario, el mensaje publicitario ilícito afecta únicamente al contenido material y formal de la comunicación, el elemento de ilicitud se localiza exclusivamente en el mensaje, siendo en estos supuestos la actividad publicitaria lícita. Determinando los extremos ilícitos en el mensaje, la actividad publicitaria resultará ajustada al ordenamiento jurídico.

El núcleo de la comunicación es el mensaje publicitario, su determinación de fondo o forma como ilícita, deberá estar perfilada y tipificada con carácter previo.

Hecha la distinción entre publicidad ilícita y mensaje publicitario ilícito, ha de tenerse en cuenta que a pesar de la previsión legal, el carácter dinámico y multiforme de la publicidad imposibilita la prevención legal de todos los elementos que configuran la ilicitud de ellos, particularmente del mensaje publicitario, ya que siempre habrá un amplio margen que reste para las precisiones en esta materia.

3.- Publicidad Engañosa.-

La publicidad engañosa es la que se refiere al mensaje publicitario, que de cualquier manera, en el fondo o en la forma, induce o puede inducir a error a sus destinatarios.⁴²

Definiremos con mayor claridad esta categoría para poder analizarla: es engañosa toda publicidad que de una manera cualquiera, incluida su

⁴² Santaella, Manuel. Introducción al Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas, Madrid 1982.

presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor.

Es asimismo engañosa, la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios.

Comenzaremos señalando que la publicidad engañosa no constituye una subcategoría de la publicidad desleal, sino una categoría independiente de la misma. Sin embargo ambos supuestos no son independientes, sino que se hallan estrechamente relacionados como podremos ver más adelante.

Analizando el concepto mismo, advertimos que la publicidad engañosa es aquella que siendo exacta en un plano abstracto, es engañosa por inducir a error a sus destinatarios, es decir, se puede considerar engañosa una publicidad aún cuando respetando la verdad, pueda ser susceptible de inducir a error. La falsedad que persigue la publicidad no es por sí misma, sino en la medida en que induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios. A modo de ejemplo, sería el de inducir a los destinatarios, a creer que se trata de un producto de marca prestigiosa, cuando en realidad el producto anunciado no pertenece al fabricante de esa marca prestigiosa, sino que pertenece a un anunciante que ha utilizado una marca idéntica, o muy parecida, a la del fabricante cuya marca se ha utilizado ilícitamente.

Otro aspecto a considerar, es aquel que la publicidad induce o puede inducir a error, esto quiere decir que para calificar la publicidad como engañosa no es necesario que se produzca un engaño efectivo, sino que basta con que ésta pueda inducir a error a sus destinatarios, con esto queremos decir que,

con que exista la mera posibilidad de engañar es suficiente, aunque el engaño efectivo no se produzca. Esto es muy importante ya que evita en sí que llegue a consumarse un perjuicio real.

Y para determinar la posibilidad de inducción a error, se debe tener en cuenta el criterio del destinatario medio, incluso distraído, desprevenido o de escasa educación, y esto debido a que el sentido jurídico relevante del anuncio, viene dado por el efecto de conjunto que el anuncio produce sobre ese destinatario medio, debiendo prescindir de la opinión de las personas particularmente dotadas y expertas, como también de las particularmente inexpertas o ignorantes.

Nos referiremos también, a la publicidad engañosa por omisión, como ya lo hemos anotado; es aquella que silencia datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios, y cuando dicha omisión induzca a error a los destinatarios.

Se entiende por omisión el silencio acerca de datos relevantes del producto o servicio y de las condiciones económicas, provocando una falsa impresión o suscitando expectativas razonables que no podrán satisfacerse. Como ejemplo de esto tenemos las llamadas " líneas eróticas ", cuyos anuncios, breves y vidriosos, llevan a los destinatarios a falsas expectativas y a cobros abusivos. Por ello se considera este supuesto, en que el engaño o error provenga de la omisión de datos esenciales.

Otro aspecto a considerar, es aquel respecto al modo o presentación; y decíamos, "... es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación...", pues reconoce que la publicidad también es, además de mensaje y medio, modo.

Cobra especial relevancia el modo publicitario que presenta el mensaje, de una manera que puede ser engañoso. Así un mensaje publicitario puede no ser condenado por la falsedad sino por el modo de expresión que es errático.

Para concluir, estableceremos tres puntos o razones sobre los cuales la publicidad puede ser engañosa:

- 1.- Porque induce a error al destinatario o pueda perjudicar a un competidor.
- 2.- Porque silencie datos, tal omisión conduce igualmente al engaño.
- 3.- Por las dos razones antedichas incluso solamente por su modo de presentación.

Finalmente, para determinar el carácter engañoso de la publicidad se tomarán en cuenta todos sus elementos y especialmente las indicaciones que se refieren a:

- Las características de los bienes o servicios tales como su disponibilidad, su naturaleza, su ejecución, su composición, el modo y la fecha de fabricación o de prestación, su carácter apropiado, sus usos, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que puedan esperarse de su utilización, o los resultados o las características esenciales de los exámenes o controles efectuados sobre los bienes y servicios.
- El precio o su modo de establecimiento y las condiciones de aprovisionamiento de los bienes o de prestación de los servicios.

- La naturaleza, las cualidades y los derechos del anunciante, tales como su identidad y su patrimonio, sus cualificaciones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual o los premios que ha recibido o sus distinciones. ⁴³

4.- Publicidad Desleal.-

Se considera desleal, la actividad publicitaria que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores. ⁴⁴

Siendo que la publicidad, como servicio a los consumidores constituye un instrumento para orientar la libertad de elección y favorecer la lícita concurrencia en el mercado, se considera desleal la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes o servicios, la que tiende a producir el descrédito de los competidores o de los productos de los mismos.

En este orden de preceptos, los tipos fundamentales de publicidad desleal son los que se refieren a la publicidad denigratoria, la publicidad comparativa y la publicidad adhesiva o parasitaria.

Los elementos ilícitos de la publicidad desleal se localizan por lo general: en el mensaje publicitario, en su contenido y en la forma de su presentación.

Cualquiera de los tres supuestos legales de publicidad desleal; denigratoria, comparativa y adhesiva, se refieren a la comunicación publicitaria de la empresa y son con la publicidad engañosa el núcleo de las cuestiones jurídico-publicitarias de mayor dificultad.

⁴³ Lema Devesa, Carlos, Gómez Montero, Jesús. Código de Publicidad, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992.

⁴⁴ Santaella, Manuel. Introducción al Derecho de la Publicidad. Editorial Civitas, Madrid, 1982.

4.1.- Publicidad Denigratoria.-

Es aquella, que por su contenido, su forma de presentación o difusión, contenga la intencionalidad del descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades.

Este tipo de publicidad que por supuesto es ilícita, plantea dos características que deben ser consideradas: por una parte está el descrédito; que consiste en la afirmación de hechos que perjudican la reputación de que goza un comerciante entre el público y que puede ir referida tanto a su persona como a su empresa. Y por la otra, se encuentra la denigración; consistente en apreciaciones malévolas sobre las mercancías, que se realizan con el propósito de convencer a los consumidores para que no las adquieran.

Ahora bien, estas características pueden dirigirse o referirse a los siguientes aspectos:

- La publicidad denigratoria personal: es aquella, que a sabiendas propaga falsas aseveraciones contra un rival, con objeto de quitarle su clientela, es decir, este tipo de publicidad intenta desprestigiar a un competidor refiriéndose a circunstancias tales como; su nacionalidad, raza, ideología, religión, sexo, edad, condición social o cualquier otra circunstancia personal.
- La publicidad denigratoria profesional: es aquella, que afecta a circunstancias de un competidor o de su empresa, que puede tener una trascendencia en el ámbito empresarial y que implica un descrédito para sus productos, servicios o actividades.

Normalmente se presenta en publicaciones de anuncios, reclamos o artículos de periódico que tienden a desprestigiar la calidad de los productos de un competidor.

En relación a esta modalidad de publicidad, hay que destacar que no sólo prohíbe las aseveraciones denigratorias que sean falsas, ya que cuando el contenido de un anuncio sea verdadero y que además produjera descrédito y/o denigración de un competidor o de sus productos o servicios, no basta estos elementos para considerar a éste como denigratorio, sino que deberá hacer falta, probar la intencionalidad de causar ese resultado ilícito, ya que de lo contrario sería muy fácil eclipsar la verdad por los empresarios competidores, aquella verdad que todos los consumidores tienen derecho a conocer.

Por esta razón, lo que el Derecho debe prohibir, no es el hecho de revelar actos o circunstancias poco gratificantes, sino el aprovecharse de éstas para obtener una posición de ventaja personal coadyuvando así al descrédito del competidor.

4.2.- Publicidad Comparativa.-

Se considera también como ilícita la publicidad comparativa. Cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contraponga bienes o servicios con otros no similares o desconocidos o de limitada participación en el mercado.

En relación a la publicidad comparativa, cabe destacar dos distinciones; una, la de la publicidad comparativa de productos similares, es decir, cuando los bienes o servicios sean similares y de parecida participación en el mercado, será necesario para su licitud, que se apoye en circunstancias

esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios comparados. La otra distinción corresponde, a la consideración de ilícita y desleal, de aquella publicidad comparativa que verse sobre productos o servicios no similares o de limitada participación en el mercado.

La publicidad comparativa puede verse confundida por la publicidad engañosa, en la medida en que corre el riesgo de inducir a error, cuando las comparaciones quedan casi inevitablemente incompletas. Como también con la publicidad denigratoria, en la medida en que implica a menudo un elemento denigratorio respecto al competidor.

Por otro lado, hay que insistir en que las afirmaciones que contenga la publicidad comparativa, deberán ajustarse a los principios de verdad y claridad, como también, a la actualidad de la afirmación en el momento en que se difunda y cumplir con determinados requisitos que prueben lo afirmado.

Pese a la resistencia que existe frente a esta modalidad de publicidad, la tendencia crece en admitir la comparación en los anuncios publicitarios, en beneficio de la concurrencia, del derecho del consumidor a la información, y como mecanismo de defensa en favor de los intereses de éste, posibilitando además la transparencia del mercado.

4.3.- Publicidad Adhesiva o Parasitaria.-

Se considera como publicidad adhesiva, aquella que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la

denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones.⁴⁵

Estos hechos inducen obviamente a error, puesto que al utilizarse marcas, signos, nombres, etc., parecidos, aún cuando no sean idénticos a los de otras empresas competidoras, los destinatarios de esa publicidad confundirán a la empresa infractora o a sus productos, con la empresa perjudicada o con los productos de ésta.

Se trata de una publicidad que aprovecha la fama o el prestigio adquirido y alcanzado por otra empresa, en beneficio propio, ocasionando de esta manera un cuantioso perjuicio a la empresa afectada, ya que generalmente esto provoca el desvío de la clientela hacia la empresa que actúa deslealmente, concluyendo que no es más que la explotación de la reputación ajena.

5.- Publicidad Subliminal.-

Dado que la actividad publicitaria utiliza técnicas cada vez más avanzadas para poder lograr sus objetivos, que no son otros que los de convencer a los consumidores o a los destinatarios de la publicidad, de contratar o conseguir el bien o servicio anunciado. Observamos que la diversidad de técnicas que hoy se manejan debido a los grandes avances tecnológicos en la elaboración y difusión de mensajes publicitarios, basados en todos los estudios y conocimientos de la mente humana, han dado lugar a diferentes procedimientos entre los que se encuentra la publicidad subliminal, que actúa sobre el subconsciente del destinatario de la publicidad, provocándole una serie de sensaciones y/o estímulos que le incitan a consumir un determinado producto o servicio anunciado.

⁴⁵ Cuesta Ruc, J. Ma., Régimen Jurídico de la Publicidad, Madrid, 1974.

La doctrina considera a la publicidad subliminal, como un tipo de publicidad ilícita y la define como: " la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, puedan actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibidas". ⁴⁶

Esta definición legal, basada en términos científicos es suficientemente clara para diferenciarla de la publicidad encubierta o indirecta. Considerándosela como publicidad ilícita, constituye un típico supuesto del género de publicidad prohibida.

Resulta indiferente, el contenido o la forma del mensaje publicitario o el medio de difusión que se utilice, lo indiscutiblemente esencial, es la no percepción conciente del mensaje publicitario, ya que esta forma de mensaje publicitario se aprovecha del subconsciente humano, el cual es capaz de percibir sensaciones o estímulos externos sin que la persona que las recibe se dé cuenta de ello, llegando a tomar una decisión de manera inconsciente, creada por la percepción de esas sensaciones o estímulos. Sin tomar conciencia de que esa decisión ha sido tomada en virtud de las sensaciones o estímulos que ha percibido sin darse cuenta.

Este procedimiento que escapa al control de la razón y determina una conducta, no respeta la condición esencial del ser humano, que es la libertad.

Como anota M. Santaella López, "El respeto a la persona requiere que cualquier comunicación, y especialmente una comunicación interesada como es la comunicación publicitaria, sea percibida conscientemente. Lo contrario supone una manipulación sobre la persona, incompatible con la dignidad y la

⁴⁶ Santaella, Manuel. Introducción al Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas, 1982.

libertad de todo ser humano, principio clave del sistema de los derechos humanos y del propio ordenamiento jurídico. " 47

Este tipo de publicidad como lo es la publicidad subliminal, atenta contra la dignidad de las personas, Cuesta Rute considera, " que no habrá nada más atentatorio para la dignidad humana de los destinatarios de la publicidad que el dirigirles mensajes al margen del control de su conciencia personal". 48

La prohibición de la publicidad subliminal, tiene además correspondencia directa con el principio de autenticidad y de identificación publicitaria, que anteriormente vimos. El destinatario de la publicidad tiene el legítimo derecho de conocer de forma perceptible cuándo y en qué momento está recibiendo un mensaje publicitario. Como ya lo habíamos señalado, los anunciantes y los medios de difusión están en la obligación de identificar los mensajes publicitarios como tales, de aquellos que no lo son. Por lo tanto no es extraño prohibir mensajes publicitarios que se difundan mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, de forma que actúen sobre los destinatarios sin ser conscientemente percibidos.

En la práctica, demostrar la existencia de esta figura publicitaria es bastante difícil, resultando muy complicado probar el fundamento de la misma, que no es otro, como señala Pino Abad, " que la percepción de unas sensaciones que recibimos sin darnos cuenta". 49

⁴⁷ Santaella, López Manuel. El Nuevo Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

⁴⁸ Cuesta Rute, J.Ma.. Régimen Jurídico de la Publicidad, Madrid 1974.

⁴⁹ Pino Abad, Manuel. La Disciplina Jurídica en la Actividad Publicitaria en la Ley de Publicidad de 1988. Editorial Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1992.

Por ello detectar una información que nos llega y que no es perceptible a simple vista u oído, tendrá que ser analizada por expertos y resuelta en base al estudio detallado de las películas o cintas utilizadas por los medios audiovisuales.

La ilicitud de la publicidad subliminal ya no es una novedad, la mayoría de las legislaciones la han adoptado dentro de sus normas que regulan la actividad publicitaria, de lo contrario sería una puerta abierta a la manipulación de la audiencia con uno de los métodos más bajos.

6.- Publicidad Encubierta.-

Para comprender mejor el tema, retomaremos expresiones que se han vertido en cuanto a las obligaciones de los sujetos publicitarios, como lo es, la obligación que tienen los medios de difusión de deslindar perceptiblemente las afirmaciones que hagan dentro de su función general de información y las que realicen como simples vehículos de la publicidad. Como también es deber de los anunciantes, de develar el carácter publicitario de sus anuncios, y en este caso concreto cuando son los propios anunciantes los que difunden por sí mismos la publicidad de sus productos o servicios. Resaltaremos este deber, ya que siendo más propio de los medios de difusión que de los propios anunciantes, tiene relación directa con la publicidad encubierta.

Por lo tanto, afirmaremos que la publicidad encubierta es aquella que intenta ocultar su carácter publicitario bajo la máscara informativa, siendo su forma de presentación lo suficientemente ladina como para que el receptor no la identifique claramente, pretendiendo hacer creer al destinatario que está ante un mensaje informativo y de carácter objetivo, no viciado por el deseo persuasivo y subjetivo que contiene todo mensaje publicitario.

Esta envoltura que se da al mensaje publicitario pretende engañar al destinatario, ya que éste cree estar frente a un mensaje de carácter informativo, otorgándole la credibilidad que merece este tipo de mensaje, que sin lugar a dudas es superior al que normalmente se otorga al mensaje publicitario.

A esta peculiar presentación de la publicidad, Lema Devesa, la define como: "aquella que no es reconocida como tal por el público de los consumidores, sino que se enmascara bajo el ropaje de una noticia de información general".⁵⁰

Este tipo de publicidad llega a causar mucho daño, sobre todo a los consumidores, ya que los induce a error, pero a un error, que no se refiere a los bienes o servicios que son objeto de la publicidad misma, es decir, no se trata de un error en relación al contenido del mensaje, sino más bien, a la forma cómo el destinatario lo recibe, es decir a su envoltura, consiguiendo sus fines, que no son otros que los de hacer creer al consumidor y al destinatario que se trata de un mensaje informativo y no de un mensaje publicitario, por lo tanto su valoración será diferente y su impacto superior.

Los recursos que utilizan los medios de difusión, para encubrir un mensaje publicitario bajo la envoltura del mensaje informativo son muchos, pero los más recurrentes son por ejemplo:

- la publicación de un anuncio, en las páginas que habitualmente son destinadas a información y no así en las que están dedicadas a la publicidad.
- la amplia extensión del anuncio, lo cual contrasta con la brevedad que suelen tener los mensajes publicitarios.

⁵⁰ Lema, Devesa. Análisis de la Ley General de Publicidad, Editorial Marcial Pons, Madrid 1988.

En el primer caso citado, vemos que en una misma página se incluyen textos de información general y textos publicitarios. En muchos países esta situación se ha reglamentado exigiendo en este caso, que estos textos vayan deslindados perceptiblemente mediante la utilización de viborillas, decanterados, corondeles, etc.

Para evitar la publicidad engañosa, indudablemente se deben aplicar medidas que pongan de manifiesto el carácter publicitario de cualquier mensaje, manteniendo por sobre todo el principio de autenticidad en materia publicitaria.

Cabe destacar que existe un amplio debate en el estudio de la publicidad encubierta, debido a que algunas legislaciones han regulado esta modalidad dentro de lo que es la publicidad engañosa. Siendo ésta, una modalidad independiente con características propias. Si bien, tanto la publicidad encubierta como la publicidad engañosa incurren en errores, pero en errores que son distintos. Como ya lo señalamos, una cosa es el error respecto al contenido del mensaje y otra muy diferente, es el que induce a error por la forma de presentación o envoltura del mensaje.

En relación a este debate, Fernández Novoa señala: " la publicidad encubierta está prohibida por vulnerar el principio de autenticidad, que pretende extirpar el error del público en punto a la configuración externa con que se revisten las expresiones publicitarias, en tanto que, la publicidad engañosa se prohíbe por vulnerar el principio de veracidad, que trata de eliminar el error del público con respecto al contenido de las alegaciones hechas en una expresión publicitaria".⁵¹

⁵¹ Fernández, Novoa. La Publicidad Encubierta, en Publitecnia, 1978, N° 45.

Al respecto no cabe duda, que al hablar de publicidad encubierta no se habla de publicidad engañosa, en el primer caso la presentación de la publicidad, es la que hace inducir al destinatario en error, y en el caso de la publicidad engañosa, es la veracidad de ésta la que se cuestiona.

7.- Publicidad Prohibida.-

La publicidad prohibida constituye un supuesto más de publicidad ilícita. Esta calificación se refiere al conjunto o totalidad de la actividad publicitaria. Se considera por lo tanto la de mayor gravedad dentro de la publicidad ilícita, y como tal, constituye además la excepción general más importante al derecho a la libre comunicación publicitaria.

Dentro de este precepto, en la legislación comparada encontramos recurrentemente los siguientes casos:

- la que atenta contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.
- la publicidad subliminal, que fundamenta su prohibición en la protección a la dignidad y la libertad de la persona humana.
- la última es la que se refiere, a la publicidad de tabacos y bebidas con graduaciones alcohólicas elevadas, por medio de la televisión, o en lugares donde esté prohibida su venta y consumo. La razón de su prohibición radica en la protección de la salud, de la juventud y de la infancia.

CAPITULO IV

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD FRENTE A LA PUBLICIDAD

1.- La Esfera de la Personalidad y de la Publicidad.-

Los derechos de la personalidad consisten en aquellos atributos esenciales de la persona. Estos atributos no son considerados por sí mismos, sino en cuanto a los derechos a estos atributos.

Cuando hablamos de atributos de la personalidad no nos referimos a la personalidad en sí misma, ya que existe una separación entre persona y atributos, y es de esta separación y a partir de estos atributos que nacen los derechos subjetivos, y siendo éstos objetivados se elevan a la categoría de bienes jurídicos.

De esta manera surge un derecho sobre determinados atributos, los cuales decíamos son objetivados, y hacemos notar que el objeto no es la persona sino un atributo suyo, y son esos atributos los que jurídicamente serán tutelados contra abusos o usurpaciones por parte de otros sujetos.

Estos derechos subjetivos, "...están dirigidos a asegurar al sujeto la exclusión de otros del uso y de la apropiación de aquellos atributos, y de este modo sirven para integrar la tutela de su individualidad."⁵²

Para ilustrar lo expuesto, citaremos un ejemplo que expone Messineo: "... las señas de identidad personal (nombre patronímico, seudónimo, etc.), de

⁵² Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

manifestaciones del status del sujeto, se transforman en materia de correspondientes derechos subjetivos: derecho al nombre, derecho al seudónimo, etc." ⁵³

Respecto a estos bienes surgen otros derechos subjetivos de la personalidad, como son los derechos a la imagen, al honor, a la intimidad, etc..

Las características de los derechos de la personalidad se basan fundamentalmente en que estos derechos no son reales pero sí absolutos, como señala Messineo: "...implican para los terceros un deber general de abstención, en el que se concreta el respeto y la salvaguardia de ellos". ⁵⁴

Estos derechos son de carácter irrenunciable, no son susceptibles de adquisición por virtud de posesión, son imprescriptibles, inexpropiables, algunos son inmodificables en su contenido y no son susceptibles de estimación pecuniaria.

Los derechos de la personalidad se adquieren por el hecho mismo de ser sujeto de derechos, y casi todos ellos nacen y se extinguen con la persona.

La lesión de los derechos de la personalidad se manifiesta en un daño real a la persona, y se encuentran protegidos por acciones civiles específicas.

Los derechos de la personalidad tienen sus raíces en la Filosofía del Derecho como también en la Sociología del Derecho, pero por su complejidad no se ha logrado la construcción de una teoría de los derechos de la personalidad que armonice todos los elementos que la constituyen.

⁵³ Messineo, Francesco. Manual de

⁵⁴ Messineo, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

Pese a ello, los derechos de la personalidad han logrado extenderse a los campos del Derecho Civil, del Penal, etc., y hoy en día los contornos de la protección jurídica de los atributos de la personalidad se hallan tutelados en muchos países por sus propias constituciones políticas.

Cabe notar que las sociedades modernas han desvirtuado muchas instituciones del Derecho, a falta de un orden de valores morales conceptuados bajo los principios del bien común. Si bien los derechos básicos que contienen los textos constitucionales en general proclaman el respeto a la persona, a sus atributos y a sus libertades de un modo muy amplio, "... estos reconocen una esfera que el poder del Estado no puede avasallar. Sin embargo, hoy se ha extendido hacia el campo del Derecho privado la preocupación por la defensa de los derechos de la persona, lo cual es lógico, pues no basta que su protección derive de una relación de ella con el Estado, sino también hay que verla en función con las demás personas." ⁵⁵ Esta afirmación que hace Díez Picazo y Gullón, se refiere a los derechos de la personalidad que se han mantenido hasta no hace mucho dentro del ámbito del Derecho público, pero como señalábamos anteriormente hoy en día la determinación de pertenencia a un ámbito o a otro no incide en el desarrollo de una ciencia.

Por ello la protección de la personalidad y la tutela de sus derechos adquieren un nuevo vigor dentro de la actividad publicitaria y sostenemos esto, debido a que la publicidad se caracteriza por ser una actividad particularmente agresiva en cuanto a su contenido e intensidad de los mensajes publicitarios que tienden cada vez más a lesionar los derechos de los atributos de la personalidad de un universo de receptores.

⁵⁵ Díez Picazo y Gullón. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Madrid, 1970.

La determinación de los derechos de la personalidad, sin una precisión legal dentro del Derecho de la publicidad provocaría una manifiesta inseguridad jurídica, pero más allá de ello, en una sociedad materializada como en la que vivimos, no podemos permitir que los sentimientos de la dignidad individual o colectiva sean indiferentes al Derecho.

La protección de los derechos de la personalidad en la actividad publicitaria se fundamenta en que se afectan bienes jurídicos de las personas, bienes jurídicos de los sujetos receptores de la comunicación publicitaria.

En el campo del Derecho de la publicidad, podemos considerar que los derechos de la personalidad constituyen una cualidad que ostentan todas las personas simplemente por el hecho de serlo y esta cualidad resulta indivisible. Sin embargo, dentro de un carácter técnicamente subordinado podemos lograr una separación con el propósito de distinguir una doble esfera de la personalidad, a objeto de desarrollar una protección de estos derechos dentro de la actividad publicitaria.

En este sentido consideramos que la lesión o transgresión de los derechos de la personalidad, de los receptores de los mensajes publicitarios se proyectan en una doble esfera: la esfera personal y la esfera patrimonial, y que la afección a cada una de ellas tiene un alcance particular.

Por lo tanto, las consecuencias de una comunicación publicitaria deshonesta como lo es un supuesto de publicidad engañosa, lesionará directamente los derechos patrimoniales de las personas receptoras del mensaje publicitario, sin embargo esta esfera patrimonial de la persona se encuentra garantizada dentro del sistema jurídico publicitario por los principios rectores del mismo, que son: la veracidad, la autenticidad y la libre competencia.

Pero mayor gravedad revisten las injerencias y perturbaciones que alcanzan determinadas prácticas publicitarias en la esfera de la personalidad. Los atentados de mayor trascendencia recaen sobre los bienes y derechos de la personalidad, que por lo general se identifican con los intereses generales de la sociedad confundándose estos derechos individuales con los intereses públicos generales, que como es lógico estos últimos gozan de una protección otorgada.

Por ello es importante rescatar lo que al respecto señala Santaella: "... la tutela específica de la esfera personal del sujeto de Derecho receptor de la comunicación publicitaria, ha de encausarse mediante el tratamiento especializado que el Derecho de la publicidad ha de otorgar a los derechos de la personalidad concretamente afectados por la comunicación publicitaria."⁵⁶

Esto resulta muy importante para el ejercicio de la actividad publicitaria, ya que supone un límite a las posibilidades de la propia creación publicitaria, pero más allá de esto, está la recuperación y el tratamiento especial que desde la óptica jurídico-publicitaria se viene otorgando a esta categoría de derechos potenciando su importancia.

Los derechos de la personalidad se han destacado de manera relevante dentro de la doctrina jurídico-publicitaria española, con aportes importantes que citamos: Para Cabanillas, la legalidad de la actividad publicitaria supone una serie de límites respecto al significado correcto de los derechos de la personalidad y señala: "... Por derechos de la personalidad hay que entender aquí no sólo las formas de poder que el ordenamiento jurídico concede a la persona para la protección de su esfera personal, sino esta misma esfera de la persona en su totalidad. La esfera de la persona comporta un contenido

⁵⁶ Santaella, Manuel. Introducción al Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1982.

espiritual, un contenido corporal e incluso también un contenido patrimonial. Quiere decirse con ello que no será posible una publicidad que de alguna manera roce derechos de la personalidad sin que los promotores del anuncio o campaña publicitaria cuenten con el consentimiento del interesado." ⁵⁷

Por su parte De La Cuesta Rute subraya: "... que no se reduce el precepto a la lesión que a los derechos de la personalidad puede producirse en el aspecto o en la instrumentación del acto publicitario. Es inevitable, en efecto, pensar que el Derecho a la imagen, a la fama, al nombre, a la paternidad de las propias acciones, etc., se hace evidente sobre todo en relación con la expresión formal del mensaje por la utilización de figuras, nombres, afirmaciones, etc., de las personas que aparecen." ⁵⁸

En nuestra opinión estos criterios plantean una necesaria adecuación al principio de legalidad en lo que hace a los derechos de la personalidad, y la preocupación más patente es la que se refiere al Derecho de la imagen y su uso no consentido con fines de publicidad, y es tan significativo este aspecto que en el Derecho comparado encontramos ejemplos concretos respecto a la publicidad que lesiona los derechos de la personalidad, como ejemplo citamos el caso español, que en el Art. 7 del Estatuto de la Publicidad, declara ilícita la utilización con fines publicitarios de las imágenes de personas que por sus relevantes cargos, constituyen autoridades en el país, así como las de sus cónyuges y descendientes directos. Se considera también ilícito hacer mención de las referidas personas en textos publicitarios, cualquiera que sea la modalidad o forma de la actividad publicitaria en que aquellos pudieran aparecer insertos.

⁵⁷ Cabanillas, Gallas P. Principios Jurídicos de la Publicidad Española, Madrid, 1967.

⁵⁸ Cuesta Rute, J. Ma. de la. Régimen Jurídico de la Publicidad, Madrid, 1974.

Otro ejemplo claro e interesante en cuanto a la regulación de la actividad publicitaria portuguesa que se refiere a los derechos de la personalidad es el Decreto-Ley N 421/1980, Art. 19, que indica:

1. Quedan prohibidas las formas, expresas o encubiertas, de publicidad sobre cualquier persona, sin previa autorización de la misma o de su representante legal.
2. No está permitido el uso de imágenes, citas, dichos y escritos de personas vivas, sin previa autorización de las mismas o de sus representantes legales.

El Código Civil francés, sanciona estas lesiones con una correspondiente indemnización de daños y perjuicios, y en cuanto a los principios aplicables respecto a la utilización de la imagen de los modelos publicitarios señala:

- a) La imagen de una persona no puede ser difundida por ningún medio sin su consentimiento.
- b) Siempre se requiere la autorización de la persona fotografiada.

Dentro de toda esta problemática y desde la perspectiva jurídico-publicitaria, destacamos la importante consideración con carácter independiente que se desarrolla respecto a la protección específica de los derechos de la personalidad de los sujetos publicitarios.

2.- La Protección Jurídica de los Derechos de la Personalidad Frente a la Publicidad.-

De un modo general se puede afirmar que la publicidad puede lesionar prácticamente la mayor parte de los bienes y derechos de la personalidad y en particular los derechos al honor, a la buena fama, a la intimidad personal y al nombre.

Sin embargo la variada gama de afirmaciones y argumentaciones que utiliza la comunicación publicitaria que hacen referencia a personas o categorías de personas empleando distintas creaciones de ingenio, se hallan protegidas dentro de los ordenamientos jurídicos en la esfera propia de los derechos de la personalidad, y en este sentido recogeremos una enumeración realizada por Castán de estos derechos que generalmente se ven afectados por la actividad publicitaria: "... el derecho a la individualidad a través de sus signos distintivos (derecho al nombre), los derechos relativos a la existencia física e inviolabilidad corporal (derecho a la vida, derecho a la integridad física y facultad de disposición del propio cuerpo), los derechos de tipo moral (libertad personal, derecho al honor, derecho a la rectificación en la prensa periódica y derecho a la reserva en la vida privada: el derecho al secreto de la correspondencia y el derecho a la imagen), y el derecho de autor en sus manifestaciones extrapatrimoniales." ⁵⁹

Aunque ciertamente hay derechos de la personalidad que difícilmente pueden ser lesionados por la publicidad, pero que de producirse, su protección se encuentra organizada como veremos más adelante en la tipificación como figuras delictivas en los códigos penales de muchos ordenamientos jurídicos.

⁵⁹ Castán, Tobeñas J. Los Derechos de la Personalidad, Madrid, 1952.

En relación al Derecho a la vida y a la integridad física o corporal, considerados como bienes esenciales de la persona y en relación a ellos con los temas jurídico-publicitarios, se plantean una serie de infracciones o violaciones que son de responsabilidad civil y penal, por lo tanto exigibles dentro del marco propio de cada una de estas ramas.

Por ejemplo, la puesta en riesgo de la propia vida con fines publicitarios, aún que esta posibilidad no debe admitirse en el ámbito publicitario, sin embargo se presenta cuando no se facilita al consumidor las informaciones necesarias, o también cuando las informaciones publicitarias inducen o producen resultados que atentan directamente a este Derecho, por lo tanto serán necesariamente enjuiciadas bajo normas penales. Estas actividades publicitarias están tipificadas como señalábamos en muchas legislaciones europeas y en la Ley Federal mexicana de Protección al Consumidor. España por ejemplo, cuenta con un Decreto del 20 de abril de 1967 que dicta normas sobre publicidad exterior, y en su Art. 10 señala: " ... se considerará ilícita toda manifestación de actividad publicitaria que utilice la persona humana con la sola finalidad de ser soporte material del mensaje o instrumento de captación de la atención."

No obstante que muchas legislaciones prohíben este tipo de publicidad que atenta contra la vida o la pone en riesgo, Castro señala que: "... el uso o el ambiente social ha impuesto que consideren válidos los contratos que llevan consigo (y que son valorados especialmente por ello) el poner en peligro innecesario la vida para diversión pública o espectáculo, entendiéndose que los tales servicios no son contrarios a las buenas costumbres." ⁶⁰

⁶⁰ Castro,

Esta realidad que se da en la práctica misma de la actividad publicitaria debe llamarnos a la reflexión a la hora de diseñar las regulaciones para esta actividad, considerando que sin una adecuada reglamentación que interprete los límites admisibles en su ejercicio, dará lugar a situaciones por demás inconvenientes.

Todos los supuestos que continuamente ofrece la publicidad plantean una serie de cuestiones en cuanto a su represión, y se observa que el Derecho europeo casi por lo general se ha manifestado en la protección de los derechos de la personalidad frente a la publicidad, planteando las correspondientes responsabilidades en el plano civil y penal.

Dentro de un criterio estrictamente jurídico-publicitario en los distintos aspectos de las injerencias publicitarias frente a la esfera de la personalidad, recogemos el sostenido por Mayer, quien sugiere tomar en cuenta tanto el Derecho del objeto o del mensaje publicitario y tomar como punto de orientación el representado por la propia campaña de publicidad, en este sentido afirma: "... que la campaña de publicidad puede atentar, de dos formas diferentes, a los derechos de la persona y a su vida privada: a) atentados a la esfera de la personalidad con ocasión de encuestas realizadas en relación con una actividad publicitaria, y b) utilización de bienes de la personalidad, fotografías, especialmente con fines publicitarios." ⁶¹

Santaella hace un análisis de esta posición, sosteniendo que en toda campaña publicitaria se observa una primera fase, en la que se intenta investigar desde una perspectiva puramente técnica, qué tipo de publicidad se adecua mejor a sus objetivos, y para ello realizan encuestas que les permite conocer las diversas reacciones y motivaciones de los consumidores, y señala:

⁶¹ Mayer, D., delito Penal de la Publicidad, Paris, 1979.

"... que muchas veces estas encuestas suponen injerencias ilegítimas en la esfera de la personalidad de los consumidores." ⁶², y cita como ejemplo, una fotografía de la expresión de un consumidor ante un escaparate o estantería, que podrá indicar fielmente sus motivaciones.

Por otra parte se reputan como injerencias publicitarias ilegítimas en la esfera de la personalidad, la utilización del nombre o de la imagen durante el periodo de desarrollo o ejecución de una campaña publicitaria, es el caso de la utilización de una fotografía con fines publicitarios sin el consentimiento expreso de la persona interesada.

Existe pues, un sin fin de injerencias que atentan a los derechos de la personalidad, que en la medida permitida por los respectivos ordenamientos jurídicos serán susceptibles de generar una responsabilidad de orden jurídico-publicitario, civil o penal.

A raíz de la protección de los derechos de la personalidad frente a la publicidad, como también frente al Derecho civil, penal y constitucional, en muchos casos y especialmente en razón del atraso jurisprudencial en el campo de los derechos de la personalidad, surgen los sistemas de autoregulación publicitaria, como respuesta a la creciente preocupación social de muchos empresarios, como también a la presión de los consumidores y ante la falta de alternativas de control social, o del insatisfactorio funcionamiento de los existentes.

Estos sistemas de autoregulación publicitaria se apoyan en reglas generales cuya naturaleza es de carácter ético y deontológico antes que jurídico, la flexibilidad de los procedimientos para cumplir las decisiones de los órganos de autodisciplina han logrado constituirse en instrumentos idóneos y de gran

⁶² Santaella, Manuel. Introducción al Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1982.

utilidad para proteger eficazmente los derechos de la personalidad frente a la publicidad en general y en particular frente a determinadas prácticas publicitarias incorrectas.

3.- Publicidad Contraria a la Dignidad de la Persona y la Constitución.-

Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal, que son el sustento de todo ordenamiento jurídico.

Históricamente los derechos fundamentales en su inicio fueron concebidos como instrumentos de defensa de los particulares frente al poder del Estado, ya que se consideraban que no tenían razón de ser en las relaciones entre particulares al encontrarse éstos en un plano de igualdad formal.

Pero la evolución social generó una serie de cambios que históricamente se reflejan en las estructuras jurídicas, y esa igualdad formal que se planteaba inicialmente no tuvo asidero en las sociedades modernas, donde la protección de esos derechos fundamentales se trasladaron también al ámbito de las relaciones entre particulares.

En este sentido los valores y derechos reconocidos en las constituciones son bienes jurídicos garantizados por el propio Estado, y como señala Pérez Luño: "... se da un estrecho nexo de interdependencia entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que, el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos implican para su realización al Estado de Derecho."⁶³

⁶³ Pérez Luño, A.E. Los Derechos Fundamentales, Editorial Tecnos, Barcelona, 1984.

Por otra parte, nos encontramos con el término de derechos humanos, que resulta ser un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los derechos fundamentales. Se entiende por derechos humanos: "... al conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional." ⁶⁴

Los derechos fundamentales por hallarse garantizados en una normativa constitucional y gozar de una tutela reforzada, son de aplicación inmediata y prevalente, cosa que no suele suceder con los derechos humanos.

Muchas manifestaciones publicitarias de carácter ilícito se fundamentan precisamente en la contravención a los valores y derechos reconocidos por la Constitución.

Toda actividad publicitaria contraria a la dignidad de la persona, a los valores y derechos constitucionales es ilícita por su carácter precisamente inconstitucional. En estos supuestos el elemento determinante de la ilicitud de la publicidad no sólo se encuentra en el contenido del mensaje, sino también en la forma que se utiliza para comunicar ese mensaje publicitario.

La ilicitud de este tipo de manifestaciones publicitarias resulta tan evidente y contraria a los preceptos constitucionales que vulnera no sólo los derechos y valores reconocidos por ésta, sino que atenta contra el respeto general que la condición de ser humano merece.

Se considera que la publicidad: "... puede atentar contra la dignidad de la persona o contra sus derechos fundamentales, reduciéndolos a un mero objeto

⁶⁴ Pérez Luño, A.E. Los Derechos Fundamentales, Editorial Tecnos, Barcelona, 1984.

erótico, a una situación de inferioridad o de pasividad, o a cualquier otra situación denigrante para la condición humana, tanto por medio del contenido como a través del propio continente o forma del anuncio publicitario." ⁶⁵

Como vemos esta ilicitud en la publicidad no hace cuestión de anunciante, mensaje o medio, se refiere en bloque a toda la actividad publicitaria contraria a los valores y derechos reconocidos por los textos constitucionales. Y como señala Santaella al respecto: "... la dignidad de la persona y los valores y derechos con rango constitucional se configuran de esta manera como el supuesto más genuino de publicidad ilícita y cuya tipificación legal aparece como evidente." ⁶⁶ En este sentido podemos advertir que esto supone una excepción de carácter absoluto al derecho a la libre comunicación publicitaria.

La expresión legal, "valores y derechos reconocidos en los textos constitucionales", muchas veces resulta demasiado amplia, y en este sentido pueden plantearse dificultades por la complejidad jurídica que entraña su adecuación o por las prioridades que deben atribuirse en cada caso a los derechos y valores constitucionales, de tal manera que pueden presentar serias dudas sobre su tutela frente a cualquier acto contrario a los mismos en general o frente a la actividad publicitaria en particular.

Todo esto supone para la actividad publicitaria la necesidad de dictar normas que pretendan la tutela de estos derechos constitucionales a fin de procurar una mediación eficaz para el juzgador en la interpretación de los variados valores constitucionales reconocidos y su aplicación al caso, y no sólo el mero establecimiento de algunos estándares de conducta como el buen gusto, el decoro social, la moral y las buenas costumbres.

⁶⁵ Normas de Admisión de Publicidad, Ente Público, Radiotelevisión Española.

⁶⁶ Santaella, Manuel. El Nuevo Derecho de la Publicidad. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992.

4.- Consideración a los Bienes Sociales e Individuales.-

Siendo la naturaleza del Derecho de la publicidad la información así como el derecho que se otorga a la formación de los receptores de los mensajes publicitarios como también los derechos de los intereses de los consumidores y competidores, en la práctica observamos que esta naturaleza, la de la actividad publicitaria vulnera muchos derechos particularmente los aspectos más inherentes a la persona.

En este sentido no existe duda en la necesidad de dotar de una protección específica a los considerados bienes individuales, como lo son la imagen, la intimidad, el nombre, como también a los llamados bienes sociales, el honor y la fama.

Aunque la clasificación de estos bienes no es fácil, Castro por ejemplo asegura que: "... el honor y la fama pueden y deben ser considerados desde el doble punto de vista social e individual." ⁶⁷ P. Molina, señala que: "... al lado de los bienes llamados "esenciales", se advierte la existencia de un cierto número de bienes de la personalidad, que aunque separables del propio ser de la personalidad, le atañen muy directamente (son "más nuestros" que los patrimoniales)." ⁶⁸

No es de extrañarse hoy en día ver cómo los más sutiles medios ponen en peligro los bienes de la personalidad, y clarificando aún más esta situación recurriremos a R. Bercovitz, quien sostiene que: " actualmente la manipulación de la prensa y demás medios de difusión con fines ideológicos y políticos constituyen uno de los obstáculos más graves para la defensa de estos bienes ((le la personalidad)", y continúa señalando que: " ... piénsese en la utilidad de

⁶⁷ Castro Fariñas, J.A. De la Libertad de Prensa, Madrid, 1971.

⁶⁸ Molina, P

las campañas de escándalo o de las campañas contra grupos políticos en las que no se duda en acusar de delitos a personas que quizá no han sido ni siquiera procesadas." ⁶⁹

En este sentido, estos aspectos nos obligan a pensar en la conveniencia de establecer un régimen jurídico-publicitario para la protección de estos bienes, tomando como presupuesto el régimen general y común del Derecho civil.

4.1.- Honor y Fama.-

Considerando que el honor y la fama son bienes típicamente sociales, en razón que tanto uno como el otro van unidos a la estimación en y por la sociedad. El honor está referido directamente al trato dado o recibido por o de los demás, en tanto que la fama se relaciona con el eco que la persona produce en la opinión pública. Ambos bienes honor y fama son valores relativos, según el lugar, tiempo, grupos sociales y ambientales. ⁷⁰

Siguiendo el criterio de Santaella que al respecto apunta: "... es necesario establecer que respecto a los atentados o injerencias publicitarias al honor y fama de las personas privadas, como individuos aludidos en mensajes de naturaleza publicitaria, por un medio publicitario o mediante un modo publicitario, la cuestión no ofrece perfiles diferentes en el Derecho de la publicidad a los existentes en el Derecho común." ⁷¹

Pero este criterio adquiere otro carácter si consideramos a la persona física en su calidad de sujeto publicitario, por lo tanto la esfera del honor y

⁶⁹ Bercovitz Rodríguez-Cano, A. Procedimientos y Sanciones en Materia de Publicidad Desleal, Madrid, 1980.

⁷⁰ Santaella, Manuel. Introducción al Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1982.

⁷¹ Santaella, Manuel. Introduc.....

fama en la actividad que desarrollan los distintos sujetos publicitarios tendrá connotaciones especiales dentro del Derecho de la publicidad.

Existiendo en efecto un honor y fama publicitarias habrá pues que protegerla, ya que la imagen de un fabricante, o de un comerciante como la del anunciante que se la lograron con el tiempo y esfuerzo, podrá verse afectada, arruinándolos por completo, y como ejemplo vemos diferentes situaciones que se presentan a diario, como son las pruebas sobre calidad de diferentes productos, o sobre procedimientos de fabricación, o condiciones de higiene y seguridad, que son realizadas por diferentes instituciones públicas o privadas y que la difusión de los resultados erróneos o malintencionados afectarán gravemente la esfera patrimonial pero sobre todo la personal.

Es en este sentido que el derecho publicitario debe proteger dentro de su propio ámbito estos derechos inherentes a la personalidad, ya que el Derecho común no los contempla desde la misma perspectiva.

4.2.- Intimidad.-

La intimidad considerada como el derecho a la privacidad, ha sido reconocida como tal a partir de los nuevos fenómenos de orden técnico que se presentan en la sociedad moderna, como lo son la observación y la escucha inadvertidas a través del uso de micrófonos, teleobjetivos o interferencias telefónicas, como también los modernos medios de comunicación social, como lo es la publicidad.

La intimidad personal está en estrecha relación con el honor, la fama y la imagen, pero recogiendo de ella los aspectos jurídico-publicitarios relevantes incidiremos en la descripción que ofrece Santaella: "... la técnica

comunicativa publicitaria antes de elaborar los mensajes y diseñar una plataforma creativa ha de tener delimitado el grupo objetivo de receptores del mensaje a los que desea "impactar". Y no sólo eso. Ha de conocer los motivos íntimos que harán reaccionar al receptor en el sentido pretendido por el emisor del mensaje, a fin de poder influir en sus opiniones y actitudes. Para lograr ese objetivo, la investigación motivacional, en el plano de la psicología aplicada a la publicidad, adquiere una extraordinaria importancia. Lo cual requiere penetrar en la intimidad de las personas. En consecuencia, los estudios previos a la ejecución de una campaña publicitaria requieren la realización de unos trabajos previos - como los pretest, estudios sobre actitudes y opiniones de los consumidores para determinar sus preferencias, etc. - Estas técnicas suponen, casi inevitablemente, penetrar en la esfera de la intimidad personal y familiar, por lo que el principio del consentimiento de los interesados aparece, jurídicamente, como el dato esencial." ⁷²

Por lo que Santaella afirma, podemos considerar como injerencias ilegítimas que inciden en la comunicación publicitaria atentando la intimidad personal: la instalación en cualquier lugar, de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para grabar o reproducir la vida íntima de las personas, o de cualquier manifestación, o de cartas privadas, tanto su grabación, registro o reproducción. Así también la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, también la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias o escritos personales de carácter íntimo. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen a través de la captación, reproducción o publicación por fotografías, films, cintas magnetofónicas en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos

⁷² Santaella, Manuel. Introducción al Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1982.

(salvo los casos que algunas leyes tienen previsto) todo ello para fines publicitarios, comerciales u otros análogos.

Aludimos a la publicidad en forma general todos estos supuestos de intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad, salvando aquellas que en muchas legislaciones por ley podrán ser expresamente autorizadas y por supuesto y en relación a todas ellas, cuando el titular del bien jurídico protegido hubiese otorgado su consentimiento expreso.

4.3.- Nombre.-

Dentro de los variados significados jurídicos otorgados al nombre, sobresale aquel del interés público de la individualización de la denominación de la persona.

Según Castro: "... el nombre de la persona viene a considerarse constituido por el conjunto de palabras con las que jurídica, oficialmente, se individualiza, se identifica y designa a cada persona."⁷³

La relevancia jurídico-publicitaria del nombre no sólo recae en los intereses económicos de éste cuando su utilización sea para fines profesionales, comerciales o artísticos, ya que el tratamiento jurídico-publicitario del nombre desde la perspectiva de los derechos y bienes de la personalidad recae en la ilicitud de ciertas modalidades publicitarias. De tal manera que el aspecto persuasivo que conlleva la utilización del nombre en determinadas informaciones publicitarias conocidas como publicidad testimonial o anuncio testimonio, que son aquellas a las que De la Mota define como: "... el que en su mensaje utiliza la opinión de una persona

⁷³ Castro..

identificable, bien por su nombre o su profesión, recomendando el producto o servicio anunciado." ⁷⁴

En el Derecho comparado este tipo de publicidad es muy frecuente, sin embargo existen disposiciones legales que limitan el uso del nombre, es el caso de España que considera ilícita la mención de las autoridades y sus familiares más próximos en textos publicitarios, cualquiera que sea la modalidad o forma de la actividad publicitaria. ⁷⁵

Similar situación existe en Francia, donde además tal prohibición se extiende a la realizada en interés de una empresa que emplee para ese fin el nombre de un antiguo miembro del gobierno, parlamentario o exparlamentario, funcionario o magistrado.

La legislación portuguesa permite la publicidad testimonial cuando integra testimonios personalizados y genuinos y el testimonio utilizado deberá ser siempre comprobable.

Otro aspecto de la utilización publicitaria del nombre está estrechamente relacionada a la competencia ilícita, en el entendido de que el nombre constituye un atributo de identificación de la personalidad en el campo industrial y por ende la facultad de uso exclusivo en el ámbito comercial, pero esto más bien tiene estrecha correspondencia con el campo de la propiedad industrial.

La protección jurídica del nombre y su utilización publicitaria ilícita, se impugnarán en acciones contra el uso injustificado y perjudicial del mismo y

⁷⁴ De la Mota, I.H. La publicidad, un arma política, Madrid, 1967.

⁷⁵ Orden Ministerial del 5 de abril de 1974.

se dirigirá a obtener la prohibición de dicha utilización, existiendo un interés legítimo que acompañe esa petición.

Y por último, cabe destacar que : " ... la utilización publicitaria del nombre de la persona está sujeta obviamente al principio del consentimiento, que no debe presumirse. Tampoco debe entenderse que el consentimiento tiene carácter ilimitado. El consentimiento concedido debe referirse a una utilización precisa." ⁷⁶

4.4.- Imagen.-

Considerada la imagen de la persona dentro de los bienes de la personalidad, que reviste entre sus manifestaciones una considerable amplitud de aspectos como lo son la imagen fotográfica, la literaria y la fonética, y siendo este uno de los bienes de la personalidad de mayor trascendencia publicitaria debido a las excesivas injerencias en cuanto a su reproducción y difusión.

Su delimitación y protección jurídico-publicitaria se hace necesaria, aunque su problemática resulta inagotable, y en ese entendido recogeremos los ejemplos más destacados del Derecho comparado. Con un criterio delimitador constatamos que muchas legislaciones se conducen en el carácter público de la persona como del lugar en que se encuentre, en cuanto a la autorización de la captación y difusión de la imagen, en ese sentido no consideran ilícita la captación, reproducción o publicación por fotografías, filme o cualquier otro procedimiento que involucre la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo como anotábamos anteriormente que se trate de personas que

⁷⁶ Santaella, Manuel. Introducción al Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas S.A , Madrid, 1982.

ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

Tampoco se impide la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social, ni la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

Algunas legislaciones prevén el uso publicitario de sosías (persona que se parece tanto a otra que puede confundirse con ella), sometiéndolo a la autorización de la persona retratada y sin que pueda nunca inducir a confusión. Todos estos criterios son considerados como señalábamos por los ordenamientos de los países europeos.⁷⁷

Sobre estos aspectos habrá que tener en cuenta que en una sociedad plural la noción de honor tiende a disolverse en la noción de propia imagen, en tal sentido deberá considerarse relevante la protección de la imagen fiel o verdadera que quiere ofrecer uno mismo.

4.5.- Género.-

Hoy en día las cuestiones de género provocan muchas polémicas en diversos campos, y en torno a la publicidad también se han tratado de incorporar varios aspectos que en ocasiones tienen razón de ser.

Por lo general la actividad publicitaria incorpora a sus mensajes elementos de carácter sexista y por ende discriminatorios, muchas veces el

⁷⁷ Santaella, Manuel, Introducción al Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1982.

lenguaje que utiliza como el universo que se plantea dan lugar a este tipo de publicidad. Es frecuente observar alguna publicidad en que se relega a la mujer reforzando y consolidando la división de roles sociales masculinos y femeninos, estos anuncios muchas veces refuerzan en sus destinatarios papeles y estereotipos encasilladores y limitativos para las personas, creando dos mundos separados en atención al sexo y por lo general dentro de una concepción que deriva en la inferioridad de las mujeres como dependientes de los hombres.

Ejemplos de ello existen muchos, pero llama la atención en particular los anuncios dirigidos a la infancia y juventud en relación a juguetes, normalmente por no decir siempre, los spots publicitarios que se observan en la televisión como en el cine están dirigidos a las niñas ofertando exclusivamente muñecas y utensilios para la casa y la cocina, y aquel que va dirigido a los niños, la oferta es mucho más amplia y variada relativa al mundo exterior y de las profesiones.

La publicidad dirigida a la infancia y juventud basada exclusivamente en el sexo, se desmarca cada vez más de la realidad, ya que las concepciones sexistas de la sociedad argumentadas a través de la publicidad, no sólo son discriminatorias sino que atentan a la dignidad de las mujeres y de muchos hombres. Este tipo de publicidad atenta contra los valores y derechos reconocidos en nuestra Constitución y en muchas otras, así como a la Declaración de los Derechos Humanos.

Para aclarar, se considera discriminación contra la mujer: toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio para la mujer de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las

esferas políticas, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera." ⁷⁸

Para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer, es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia. Y en lo que al Derecho de la publicidad se refiere, será ilícita cualquier publicidad que en su contenido o forma atente o vulnere los valores o bienes protegidos por ley. Es decir los textos constitucionales defienden y protegen los derechos fundamentales y declaran una igualdad ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, etc., o cualquier otra circunstancia personal o social. De tal manera que la discriminación será sancionada respecto al principio de igualdad que otorga la propia Constitución.

En este sentido se fundamenta como ilícita la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos, como también el principio de igualdad que otorga la Constitución.

En nuestra opinión, estimar la inclusión de una norma especial de referencia expresa a la mujer, daría a entender como si la mujer quisiera estar adscrita a un grupo social especialmente desprotegido frente a la publicidad, cuando en realidad la actividad publicitaria puede incidir de la misma forma sobre hombres y mujeres. Esta inclusión la han realizado algunos países pero consideramos que no es más que una concesión legislativa a la demagogia feminista.

⁷⁸ Declaración de Beijing, 1995.

Muchas veces las posiciones de género que plantean la discriminación a la mujer en relación con el hombre favorece poco la consideración de igualdad y dignidad de las personas.

CAPITULO V

LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS

1.- Contratos Publicitarios.-

"... La vieja y siempre permanente institución jurídica del contrato se adapta a cualquier cambio social y económico y sirve a los fines del Derecho en todos los campos de actividad y desarrollo de la persona humana..." Y un buen ejemplo de lo que señala Santaella, está representado precisamente por los contratos publicitarios.⁷⁹

En este sentido toma mucha importancia el régimen de la contratación publicitaria, advirtiendo que esta expresión no llega a englobar las múltiples relaciones contractuales que se establecen con ocasión de la publicidad. La contratación en materia de publicidad es muy diversa, por ello se debe tomar en cuenta que los sujetos publicitarios intervienen a la vez en numerosos contratos que se celebran con vistas a la publicidad y sin embargo no son contratos publicitarios, es decir un sujeto publicitario por ejemplo: la agencia, requiere para llevar a cabo su trabajo la intervención y participación de muchos profesionales del ramo, con los que contratará para el logro y desarrollo de determinadas tareas, este tipo de contratos son los que se celebran en razón de los actos de la publicidad sin llegar a alcanzar el rango de contratos publicitarios. Es por ello que la contratación publicitaria es más restringida que la contratación en materia de publicidad.

Estableciendo estos límites, se configuran como sujetos que intervienen en la contratación publicitaria: anunciantes, agencias y medios, cada uno desde

⁷⁹ Santaella, Manuel. El Nuevo Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992.

la respectiva posición que ocupa en relación al acto de publicidad. El anunciante como sujeto emisor de la comunicación, la agencia como especialista en su instrumentación técnica y el medio como vehículo indispensable para que la comunicación masiva se produzca.

La actuación contractual del anunciante es publicitaria cuando entrega a una agencia la instrumentación de sus actos de publicidad o simplemente de alguno de sus elementos, y cuando se dirige a la utilización de los espacios de los medios para insertar en ellos el mensaje, ejecutando así el acto de comunicación. La de las agencias lo es cuando asumen en el contrato la obligación de realizar sus funciones típicas en relación al anunciante. Para el medio, los contratos que tienden a la utilización de sus espacios son siempre publicitarios.

Los contratos publicitarios son contratos atípicos, concluidos por sujetos publicitarios y versan sobre materias relativas a la comunicación publicitaria, tengan o no como finalidad promover la contratación.

Las obligaciones que emergen de estos contratos son siempre de hacer, por lo cual su transgresión lleva a buscar el resarcimiento por la vía económica de reparar los daños y perjuicios.

Los contratos publicitarios se caracterizan por ser bilaterales ya que las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra. También son onerosos por las obligaciones que las partes establecen tanto en la prestación como en la contraprestación. Son también conmutativos, ya que las partes que intervienen y que dan su consentimiento conocen también la extensión de sus prestaciones. Estos contratos se perfeccionan por acuerdo entre las voluntades de las partes sin el requerimiento de determinadas formalidades, por ello son contratos consensuales. En sí, son contratos complejos o mixtos ya que siendo

contratos innominados, contienen diversas figuras de contratos nominados y típicos tanto comerciales como civiles.⁸⁰

Los elementos que definen a un contrato publicitario son: que vincule a sujetos publicitarios o que sea concluido por éstos, que se refiera a materia publicitaria o relativa a la comunicación publicitaria, es decir que el objeto del contrato sea un servicio u obra publicitaria.

Si bien se establece cuatro modalidades en cuanto a la contratación publicitaria, ello no pretende coartar el desarrollo de la actividad publicitaria, ya que la dinámica de ésta dará curso a nuevas figuras contractuales que de acuerdo a sus necesidades se vayan planteando. Por lo tanto estableceremos esquemáticamente el régimen contractual de estos cuatro tipos de contratos como también de los elementos que conforman estas relaciones jurídicas.

CONTRATO DE PUBLICIDAD.-

a) Elementos personales:

- anunciante
- agencia

b) Elementos reales:

- objeto: ejecución de la publicidad, creación, preparación o programación de la misma.
- precio: mediante una contraprestación.

⁸⁰ Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1981

c) Elementos formales:

- no se exigen

d) Causa:

- preparar la campaña
- la difusión posterior

e) Naturaleza:

- contrato de ejecución de obra: obligaciones de hacer

CONTRATO DE DIFUSION.-

a) Elementos personales:

- medio
- anunciante o agencia

b) Elementos reales:

- objeto: - utilización publicitaria de unidades de espacio y tiempo.
- desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado.
- precio: a cambio de una contraprestación fijada en tarifas preestablecidas.

c) Elementos formales:

- no se exigen

d) Causa:

- la edición, emisión o exhibición del mensaje

- eficacia del mensaje en la audiencia

e) Naturaleza:

- contrato de resultado

CONTRATO DE CREACION PUBLICITARIA.-

a) Elementos personales:

- persona física o jurídica, creativo
- anunciante o agencia

b) Elementos reales:

- objeto: idear y elaborar un proyecto de campaña, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario.
- precio: a cambio de una contraprestación.

c) Elementos formales:

- no se exigen

d) Causa:

- creación intelectual
- la posterior difusión del mensaje

e) Naturaleza:

- contrato de ejecución de obra: obligación de hacer

CONTRATO DE PATROCINIO.-

a) Elementos personales:

- patrocinado
- patrocinador

b) Elementos reales:

- objeto: colaborar en la publicidad del patrocinador
- precio: a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, etc.

c) Elementos formales:

- no se exigen

d) Causa:

- mecenazgo
- difusión de mensajes del patrocinador

e) Naturaleza:

- civil, comercial o laboral, según se establezca en el contrato el tipo de relación

Los principios generales que rigen a estos contratos son:

- El derecho del anunciante a controlar la campaña de publicidad, este en realidad es un derecho básico de carácter irrenunciable del anunciante. Este derecho se extiende a la agencia y al medio aunque no exista una relación contractual directa, este derecho de control del anunciante es un corolario de su responsabilidad total en relación con la campaña publicitaria, y esto debido a que las acciones tanto de cesación como de rectificación de la publicidad se dirigen contra el anunciante que resulta ser el dominus en todo el proceso de comunicación publicitaria, por ello

su carácter de irrenunciable e incondicional el control que debe ejercer este sujeto publicitario.

- En los contratos publicitarios no podrán incluirse cláusulas de exoneración, imputación o limitación de la responsabilidad frente a terceros en que puedan incurrir las partes como consecuencia de la publicidad. Esto debido a que las consecuencias de lo pactado en un contrato publicitario pueden recaer de forma directa o indirecta sobre los destinatarios de la publicidad. Entre los terceros que sean perjudicados, además de los destinatarios hay que incluir a los competidores.

Desde la perspectiva de los destinatarios de la comunicación publicitaria que resultaran perjudicados, podrán accionar indistinta o conjuntamente frente a la agencia, al anunciante o al medio, los mismos que tendrán que hacer frente a su propia responsabilidad legal.

Por ello se dice respecto a las cláusulas de exoneración que se las tendrá por no puestas, porque en definitiva no podrán pactar respecto de ellas.

- También se tendrá por no puestas cualquier cláusula por la que directa o indirectamente se garantice el rendimiento económico o los resultados comerciales de la publicidad o se prevea la exigencia de responsabilidad por esta causa.

Tanto el objeto de las prestaciones como las relaciones obligacionales dentro de un contrato de publicidad como señalábamos, no podrán garantizar contractualmente los rendimientos económicos o los resultados comerciales de la publicidad o una exigencia de responsabilidad por esta causa. La eficacia informativa o persuasiva de

la publicidad y las técnicas para su medición no llegan a garantizar el éxito total de una publicidad en tal sentido menos podemos establecer o exigir contractualmente un resultado.

2.- Clases de Contratos Publicitarios.-

Se han recogido las principales figuras de contratos que los sujetos publicitarios suscriben y que la práctica de la actividad publicitaria ha venido consagrando.

Sin embargo no se puede reducir a un esquema único los comportamientos de los sujetos publicitarios en sus relaciones. Considerando el alcance de la acción publicitaria, sería un error pretender reducir la disciplina de la contratación publicitaria a supuestos convencionalmente determinados, esto dejaría sin regulación jurídica la composición de nuevos intereses que aún manifestándose sobre la misma materia surjan con el tiempo y la constante práctica de la actividad publicitaria.

Hay que destacar que la regulación jurídico-publicitaria que resulte escasa o insuficiente en su configuración contractual, acudirá necesaria y supletoriamente al Derecho comercial principalmente y secundariamente al Derecho civil para poder configurar su esquema contractual.

Como podemos observar la determinación de las relaciones publicitarias resulta sumamente compleja, ya que de hecho contempla una serie de matices, siendo varios los puntos en que se encuentran críticamente los intereses de uno y otro.

Una regulación normativa que tienda a dar cause a la instrumentación del acto de publicidad observando los intereses de una u otra de las partes que

intervienen, es una tarea difícil, como señala Cuesta Rute: "... las normas deben, por tanto, merecer una interpretación tan flexible que de su conjunto se desprenda un régimen jurídico capaz de dar satisfacción adecuada a los intereses que se consideren dignos de tutela en cada caso...".⁸¹

2.1.- Contrato de Publicidad.-

La definición legal del contrato de publicidad determina que: "es aquél por el que un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación de la misma".⁸²

El contrato de publicidad constituye la figura básica de los tipos contractuales establecidos, ya que es el instrumento de mayor relevancia dentro del desarrollo de la comunicación publicitaria. Por lo tanto, el contrato de publicidad se configura como el instrumento técnico-jurídico ordenado a la instrumentación técnico-publicitaria del acto de comunicación.

Configurándose en un contrato sujeto a las prescripciones del Derecho Común en materia de forma, se trata indudablemente de un contrato consensual, ya que éste se perfecciona por el mero acuerdo entre las voluntades de las partes que intervienen, es decir entre el anunciante y la agencia.

Es también un contrato oneroso y conmutativo, ya que la contraprestación establecida entre el anunciante y la agencia es de carácter onerosa, y decimos conmutativo debido a que las partes

⁸¹ De I.a Cuesta Rute, J. Ma. Régimen Jurídico de la Publicidad, Editorial Tecnos, Madrid, 1974.

⁸² Definición recogida de la Ley General de Publicidad Española.

contratantes que intervienen demandan una reciprocidad en relación a la propia contraprestación.⁸³

La naturaleza de este contrato se halla por lo general en función de las normas del Código Civil que resultan aplicables. Pero la característica notable en cuanto a su naturaleza como contrato de publicidad, es la mezcla de elementos que pertenecen a dos clásicas categorías contractuales como son la de arrendamiento de servicios y la de ejecución de obra, y esto debido a que la campaña publicitaria ejecutada por completo, o los elementos singulares que la componen pueden ser considerados como una obra propia o constitutiva del objeto específico de la contratación y sin embargo y al mismo tiempo que realiza la obra, la agencia puede prestar una serie de servicios al anunciante que no se materializan ni se plasman en una obra del espíritu.

La doctrina en el derecho comparado sostiene que el contrato que se suscribe entre el anunciante y la agencia por el que ésta asume la ejecución de la publicidad, es un contrato de obra. Sin embargo el contrato de obra resulta insuficiente para acoger las características que entraña el contrato de publicidad, la peculiar naturaleza de este contrato hace que no se acomode o encaje a ninguna otra categoría contractual. El intentar establecer o precisar a qué categoría pertenece el contrato de publicidad resulta estéril. Muchos sostienen que se trata de un contrato cuyo régimen legal combina prestaciones que se adscriben más o menos a una u otra categoría, que no supone sino el marco jurídico de una relación de colaboración entre anunciante y agencia, en el que ésta pone al servicio de las necesidades publicitarias de aquél su propia organización especializada. En todo caso el contrato publicitario recurrirá a las figuras

⁸³ Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1981

indispensables para la protección de los específicos intereses que puedan manifestarse en la relación publicitaria, sin que ello agote el régimen jurídico del mismo ya que el contenido concreto de cada contrato puede ser muy diverso y se debe buscar sobre todo el modo de que produzca la mayor eficacia con absoluto respeto a la reciprocidad y equivalencia de las prestaciones.

Los elementos del contrato de publicidad que determinan su tipicidad, son de carácter personal. Estos elementos los constituyen en sí mismos, el anunciante y la agencia de publicidad, constituyéndose en los sujetos publicitarios que necesariamente intervienen en el contrato publicitario. Siendo un requisito para su constitución la intervención tan sólo del anunciante y de la agencia, característica exclusiva de este contrato.

En tal sentido, todo aquel que se proponga realizar un acto de publicidad, tiene en principio la cualificación de anunciante, y no tendrá ninguna exigencia respecto de la capacidad general, podrá ser una persona física, una persona jurídica, tenga o no la cualidad de comerciante. En relación a la agencia, por definición son empresas cuya actividad consiste en instrumentar la publicidad de los anunciantes y los contratos publicitarios son el marco jurídico por el que desenvuelven su típica actividad.

El objeto del contrato de publicidad, necesariamente está constituido por la prestación y la contraprestación respectivamente pactadas, es decir la prestación estará configurada a los servicios y ejecución de las obras correspondientes a cargo de la agencia, y por su parte la contraprestación estará a cargo del anunciante que generalmente pero no necesariamente tendrá un carácter pecuniario. Se paga con dinero ordinariamente.

El contenido del contrato estará determinado por el conjunto de derechos y obligaciones que a cada una de las partes corresponda y de acuerdo a los términos establecidos, en este sentido. Si el anunciante solicita la ejecución del proyecto publicitario, es decir lo que hace a la preparación o programación y ejecución de la publicidad ya sea con o sin la realización de creaciones publicitarias, estará a cargo de la agencia la ejecución de la solicitud, prestando a la vez los servicios que hacen a esa tarea como son los de asesoramiento, coordinación con los órganos y departamentos correspondientes de la organización del anunciante, o las que expresamente se hayan convenido, así como el cumplimiento de todos los elementos pactados a ese fin, como también el cumplimiento de la prestación convenida por parte del anunciante.

El contrato publicitario estará sujeto al principio de fidelidad, que se basa en un deber recíproco de fidelidad entre las partes, es decir el anunciante deberá abstenerse de utilizar para fines distintos de los pactados cualquier idea, información o material publicitario suministrado por la agencia. La misma obligación tendrá la agencia respecto de la información o material publicitario que el anunciante le haya facilitado a efectos del contrato.⁸⁴

Lo sustantivo en el contrato de publicidad reside en ser el marco de una relación de colaboración entre anunciante y agencia, en la que ésta asume la gestión de la publicidad de aquél. Esta relación será muy variada y de distintos alcances en función del objeto de la actividad del anunciante y del propósito que en concreto le guía, pero en definitiva la relación establecida y la propia publicidad como actividad, quedará subordinada a la actividad a la que sirve. En estos términos se abrirá un abanico de posibilidades para la agencia, que irán desde la máxima iniciativa hasta la utilización parcial de

⁸⁴ Ley General de Publicidad Española

su organización. En consecuencia el proyecto publicitario estará limitado en cuanto al proceso creativo y en cuanto a su ejecución subordinándose a la actividad principal del anunciante, y se realizará el esfuerzo creativo justamente conveniente al propósito de aquél, y no se podrá ejecutar sino en la medida que es útil al fin de favorecer la actividad principal.

Al respecto Cuesta Rute indica: "... Por lo mismo, éste aparece (refiriéndose al anunciante) como dominus no sólo en el sentido de serlo del mensaje o de las piezas, que es algo que se ejercita en el momento de su aprobación o del desistimiento bajo ciertas condiciones, sino que ese carácter se deja sentir a lo largo de todos los momentos mientras subsiste la relación. El anunciante es dominus tanto durante la instrumentación del proyecto como en su aprobación como, finalmente, en la ejecución de cada uno de los actos, en que, en su caso, se traduce. De esta manera la experiencia muestra cómo influye y decide, en ocasiones, sobre los modelos humanos que deben utilizarse, sobre la aprobación o reprobación del mensaje y del plan o programa de difusión. De la misma manera deja sentir su última decisión sobre la ejecución de cada uno de los actos en particular...." ⁸⁵

Estos actos de publicidad son de relevante importancia, ya que contribuyen en gran medida a crear o mantener una "imagen" del anunciante y de sus productos o servicios. De esta manera como se advierte, es muy importante en interés de las partes establecer el significado que desde el punto de vista contractual tienen los sucesivos pasos que van dando en la mutua colaboración desde el instante en que entran en contacto.

⁸⁵ De la Cuesta Rute, J. Ma.. Régimen Jurídico de la Publicidad, Editorial Tecnos, Madrid, 1974.

Esta relación puede verse afectada, si la publicidad no se ajusta a los términos del contrato o a las instrucciones expresadas en él, en cuanto a sus elementos esenciales. El anunciante podrá exigir una rebaja en la contraprestación o la repetición parcial o total de la publicidad de acuerdo a los términos pactados y la indemnización en uno y otro caso de los perjuicios que se le hubieren ocasionado.

Asimismo el anunciante podrá resolver el contrato y exigir la devolución de lo pagado, como también la indemnización de daños y perjuicios si la agencia injustificadamente no realiza la prestación comprometida o lo hiciera fuera del término establecido.

Si por el contrario el anunciante resolviere o incumpliere unilateral e injustificadamente el contrato con la agencia sin que concurran causas de fuerza mayor o lo llegara a cumplir de forma parcial o defectuosa, será la agencia quien exija la indemnización por daños y perjuicios a que hubiere lugar. La extinción del contrato no afectará a los derechos de la agencia por la publicidad realizada antes del incumplimiento.

2.2.- Contrato de Difusión Publicitaria.-

El contrato de difusión publicitaria es aquél por el que a cambio de una contraprestación fijada en tarifas preestablecidas, un medio se obliga en favor de un anunciante o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario. ⁸⁶

⁸⁶ Ley General de la Publicidad Española.

Este contrato instrumenta la última y decisiva fase de la comunicación publicitaria. Como ocurre con el contrato de publicidad, ofrece similitudes con los contratos de arrendamiento de obras y de servicios, pero no por ello puede ser subsumible en estas figuras contractuales, ya que existen elementos que lo distinguen, como son, la existencia de una contraprestación fijada en tarifas preestablecidas, la utilización publicitaria de unidades de espacio (ejemplo: una página, una valla, un minuto, etc.) acompañada de la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario.

La naturaleza del contrato de difusión gira sobre dos ideas y dos relaciones contractuales conocidas como lo son: el arrendamiento de cosa y el de obra. El contrato de difusión se asemeja a una y otra categoría según prevalezca la idea de utilización de un bien o la de la obtención de un resultado. Sin embargo en esencia este contrato no pertenece a ninguna de estas categorías, aunque en algunas ocasiones se incline por una u otra, sus características no se hallan totalmente definidas en la contraprestación, por ello sustancialmente se trata de un contrato de resultado.

En tal sentido es importante definir que es lo que se propone obtener del contrato y la respuesta no es otra que: la comunicación al público de un mensaje.

De acuerdo a esto, la utilización del bien o soporte no tiene más valor que el instrumental, ese mismo valor se le asigna también a la actividad del medio y ambas no son más que un expediente para la obtención del resultado. Es decir el medio se obliga a poner a disposición de la otra parte el bien en general, que constituye el soporte que él explota, ya sea el periódico, la revista, el programa de teatro, las ondas radiofónicas o de

televisión, los muros o paneles de estadios, las pantallas cinematográficas, los interiores o exteriores de autobuses, ferrocarriles etc., son ese bien al que nos referimos. La disponibilidad del soporte determinará una serie de matices de acuerdo a la clase y sus características. Como se observa la obligación de desarrollar una actividad productora del resultado tendrá un contenido muy diverso.

"... Con ello se determina que la prestación del medio en el contrato de difusión no se restringe a una mera actividad divulgadora, sino que esa actividad se realiza respecto de un bien físico cuya titularidad ostenta el propio medio y que incorpora el mensaje publicitario...".⁸⁷

En todos los supuestos señalados, ya se trate de un contrato celebrado con el empresario de una emisora de radio, de un periódico, de un estadio, de una sala de proyección, o ya sea con el empresario de publicidad exterior, el contrato es siempre y únicamente de resultado.

En definitiva la puesta a disposición de un determinado bien y el desarrollo de la actividad productora del resultado son las dos ideas sobre las que se asienta su naturaleza.

Los elementos personales del contrato de difusión publicitaria están constituidos por una parte, por el sujeto-medio y el sujeto-anunciante o el sujeto agencia por la otra.

La contratación de espacios o tiempos con el medio la realizarán indistintamente el anunciante o la agencia directamente o por cuenta de aquél.

⁸⁷ De La Cuesta Rute, J. Ma. Régimen Jurídico de la Publicidad, Editorial Tecnos, Madrid, 1974.

Los elementos reales de este contrato giran en torno a la tarifa que fija la contraprestación y que normalmente es de carácter pecuniario, se habla de un precio que se obliga el anunciante o la agencia de publicidad, pero también constituye un elemento la determinación del ámbito de utilización publicitaria de las unidades de espacio o de tiempo reservadas o destinadas por el medio para la inserción de las comunicaciones publicitarias.

En este sentido la finalidad del contrato, es la realización de la comunicación al público del mensaje, mediante su incorporación a un soporte que se difunde entre el círculo indiscriminado de personas y por quién tiene racionalizada su utilización a esos fines.

En cuanto al contenido del contrato de difusión Santaella sostiene: "... el contenido esencial del contrato de difusión publicitaria se halla determinado por el derecho del medio para exigir la contraprestación fijada en la tarifa y su obligación de difundir la publicidad objeto del contrato en las condiciones pactadas...".⁸⁸

La contraprestación está fijada en una tarifa, pero para determinar esa tarifa el medio tomará en cuenta el lugar, el tiempo, la duración del contrato, etc., y por otra parte está la obligación del medio en la divulgación del mensaje publicitario en los términos pactados, poniendo a disposición del anunciante o agencia un espacio o un tiempo y ejecutando la exhibición, publicación, transmisión o proyección a determinada audiencia. Se podría decir que el medio es tal en un contrato de difusión porque es en sí mismo un vehículo comunicativo con su audiencia, y el anunciante

⁸⁸ Santaella, Manuel. El Nuevo Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992.

aprovecha esta situación ya que es a la audiencia propia del medio a la que quiere llegar con sus mensajes.

En resumen, el anunciante utiliza la comunicación que el medio tiene establecida con su audiencia y la obligación que asume el medio en el contrato de difusión, no sólo se contrae a difundir el mensaje sino a comunicarlo a su audiencia y esto debido a que el resultado publicitario sólo se obtendrá si el mensaje se emplaza en un lugar concreto o en un tiempo determinado. Por ello el medio se obliga a comunicar a su audiencia un mensaje publicitario, incorporándolo a un soporte en los términos de forma, lugar y tiempo que se hubieren pactado dentro de lo previsto por las condiciones generales de contratación, o en los términos que se tengan establecidos.

Por otra parte, el acreedor a la prestación del medio será el anunciante si lo concluyó él directamente o la agencia en su nombre, o bien ésta si actúa en nombre propio. Pero la obligación de estos sujetos respecto al medio es única y consiste en pagar el precio, y para garantizar la contraprestación deberá efectuarse el pago de las tarifas que establezca el medio en dinero. Otra obligación que se señala para estos sujetos es la de proporcionar al medio el material necesario y en la fecha oportuna para su difusión publicitaria.

El contrato de difusión se basa en las prestaciones que las partes se deben: a cambio de un precio, tener disponible un espacio para incorporar un mensaje publicitario y dirigir el soporte a la audiencia que le es propia.

En el contrato de difusión publicitaria, la parte contratante ha de abstenerse de hacer ninguna indicación al medio en relación con la actividad técnica que éste vaya a desarrollar para obtener el resultado publicitario, si bien el anunciante o la agencia tienen derecho a exigir la

producción del resultado en las condiciones expresamente establecidas, no podrán intervenir o interferir en las actividades técnicas del medio y de carácter interno de este sujeto publicitario.

No ocurre lo mismo en el contrato publicitario, ya que en éste, el anunciante puede dirigir instrucciones expresas a la agencia.⁸⁹

Es muy importante tener presente para el caso de incumplimiento, que el espacio publicitario no es una mercancía susceptible de almacenarse y suplir con ello en las épocas de menor demanda. Por el contrario, se trata de una mercancía que todos los días surge y se extingue, al estar en ella indeleblemente marcada la noción del tiempo, y esto rige para todos los medios, por ello el factor tiempo es el que sin duda determina el cumplimiento defectuoso o el incumplimiento del contrato en función del número de actos para el que se concluyó. Por ejemplo: la inejecución de un acto de publicidad puede ser incumplimiento del contrato cuando éste se concluyó sólo para él, pero puede ser cumplimiento defectuoso o incumplimiento parcial si se refiere a varios actos.⁹⁰

Cuando el resultado publicitario se produce defectuosamente en la inserción y/o la difusión, estaremos frente a un cumplimiento defectuoso de contrato por parte del medio. Y si el medio por causas imputables al mismo, cumple una orden con alteración, defecto de algunos de sus elementos esenciales, estará obligado a ejecutar de nuevo la publicidad en los términos que se hayan pactado. Si la repetición no fuera posible, el anunciante o la agencia podrán exigir la reducción del precio y la indemnización de los perjuicios causados.⁹¹

⁸⁹ Santaella, Manuel. El Nuevo Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992.

⁹⁰ De La Cuesta Rute, J. Ma. Régimen Jurídico de la Publicidad, Editorial Tecnos, Madrid, 1974.

⁹¹ Ley General de la Publicidad Española.

Cuando se habla de la imposibilidad de ejecutar nuevamente la publicidad, se debe entender que dicha imposibilidad no se refiere a una imposibilidad técnica sino en relación a la obtención del resultado publicitario deseado.

El incumplimiento absoluto del contrato se refiere a la no difusión de la publicidad y se da, salvo caso de fuerza mayor, cuando el medio no difunde la publicidad, en este caso el anunciante o la agencia podrá exigir, ya sea la difusión posterior de la publicidad bajo las mismas condiciones pactadas o resolver el contrato con la devolución del monto pagado por la publicidad no difundida, y en ambos casos la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Si por el contrario, la falta de difusión hubiera sido ocasionada por el anunciante o la agencia, la responsabilidad de indemnizar al medio será de ellos, como también la cancelación íntegra del precio acordado, salvo que el medio haya podido ocupar total o parcialmente con otra publicidad las unidades de tiempo o espacio contratadas.

2.3.- Contrato de Creación Publicitaria.-

El contrato de creación publicitaria, es aquél por el que a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga en favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario.⁹²

La tipificación de este contrato obedece a la existencia real de una obra o creación publicitaria plena y perfecta como lo es la campaña de

⁹² Ley General de la Publicidad Española.

publicidad, así también se incluyen las creaciones publicitarias que conforman un proyecto de campaña o parte de éste o cualquier otro elemento publicitario.

La intención de este contrato no es otra que la de hacer efectiva la realización de actuaciones técnicas decisivas para la comunicación publicitaria.

La característica que distingue al contrato de creación publicitaria de otros, radica en que éste en realidad no se dirige a ejecutar la comunicación publicitaria como tal, sino a la elaboración de los elementos necesarios para su efectivo desarrollo, que puede ser un proyecto de campaña publicitaria ya sea total o parcial o cualquier elemento publicitario.

93

El contenido y naturaleza de la creación publicitaria debe considerarse con amplitud, aunque no identificarse con la materialización de las creaciones (por ejemplo, el original de la cuña radiofónica y la grabación de ésta) El criterio extensivo tiene como finalidad albergar dentro del concepto de creación publicitaria a todos los frutos de las creaciones del espíritu, sean singulares o colectivas y acabadas o completas o constituidas por elementos individualizados. ⁹⁴

Advirtiendo la amplitud de contenido de la obra de creación publicitaria, se tiene que reducir el concepto de obra a la que realmente es fruto de la creación espiritual ya que no entrarán en esta categoría aquellas que se realizan con ocasión de una actividad publicitaria.

⁹³ Santaella, Manuel. El Nuevo Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992.

⁹⁴ Santaella, Manuel. El Nuevo Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992.

Podemos advertir que no todas las obras del espíritu que se crean como resultado de una instrumentación publicitaria son obras en el sentido objetivo del contrato de creación, sino tan sólo aquellas que pertenezcan al género publicitario.

Siendo el campo de las creaciones publicitarias extraordinariamente amplio, se tomarán en cuenta aquellas obras completas y acabadas como ser películas, textos, composiciones musicales, etc. También se considerarán las realizaciones en estado embrionario como bocetos, estudios, gráficos, slogans, etc. y todas ellas podrán constituir a la vez el objeto de distintos negocios, como por ejemplo la venta o licencia de uso de una obra preexistente, como también la realización específica de creaciones completas en virtud de un encargo como ser una campaña, así como creaciones parciales, películas publicitarias, promociones y publicidad en puntos de venta etc.

Como conclusión y consecuencia de lo precedente se podrá establecer que la calificación singular de la naturaleza de todos estos contratos caben genéricamente en la definición de contrato de creación publicitaria.

Este tipo de contratos son de carácter consensual, sin embargo aunque se aplique el principio de libertad de forma se deben fijar los límites de utilización de la creación publicitaria. En este particular caso, la Ley General de Publicidad española en su artículo 23, regula este aspecto señalando " Los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presumirán, salvo pacto en contrario, cedidas en exclusiva al anunciante o agencia, en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo" ⁹⁵

⁹⁵ Ley General de la Publicidad Española.

Esto implica el reconocimiento al autor y en su caso a la agencia la paternidad de la obra y además exige el respeto a la obra tal cual ha sido creada como también que las creaciones lleven su firma, sin que ello sea considerado un atentado al derecho de los anunciantes.

Resultan muy importantes las cuestiones referentes a su circulación y los límites que se impongan a su utilización, ya que no por haber creado una obra para el anunciante, éste adquiere un derecho a utilizarla sin límites y como señala De La Cuesta Rute "... amparado el autor por su derecho frente al anunciante a una adecuada compensación económica, ni el anunciante puede sin más destinar la obra a fines no publicitarios ni el destinarla a éstos implica desconocimiento del derecho. La contraprestación que se recibe por la creación de la obra alcanza -incluso salvo pacto en contrario- a la utilización que se desprende del plano o programa previsto en concreto..."⁹⁶

En definitiva serán las partes las que determinen lo que estimen por conveniente sobre la compensación que reciba el autor por la utilización que de la obra haga el anunciante con fines publicitarios, pero fuera del convenio inicial.

Los elementos reales que constituyen un contrato de creación publicitaria son de una parte el proyecto íntegro de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario, y de la otra parte la contraprestación correspondiente, es decir que a la obra se le une el precio como elemento objetivo del contrato, sin embargo la contraprestación que corresponde a la creación realizada no tiene que ser forzosamente de carácter pecuniario.

⁹⁶ De La Cuesta Rute, J. Ma. Régimen Jurídico de la Publicidad, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1974.

Las partes que intervienen en los contratos de creación publicitaria son: de una parte el anunciante o la agencia y de la otra una persona física o jurídica, a la que no se le exige la condición de sujeto publicitario o profesional de la publicidad, y esto responde a que por lo general las agencias de publicidad recurren a especialistas creativos para la creación de mensajes etc. de sus propios clientes.

En cuanto al contenido del contrato de creación publicitaria, se observa que el creativo sea éste persona física o jurídica estará en la obligación de realizar la obra de acuerdo a lo pactado, esto es, una obra comunicable al público en relación con la finalidad perseguida y según los principios publicitarios. Si bien es indudable que la obra es fruto de una inspiración, pero de una inspiración aplicada y adecuada, ya que en definitiva la obra no se deja a la total y libre inspiración del creador, aún en aquellos casos en que su iniciativa sea máxima, habrá recurrido a una realidad que el anunciante le suministre. Por lo general la obra se ajustará a la actividad principal del anunciante que de por sí impone ciertos límites a la creación y observamos nuevamente una subordinación del contenido del contrato a la actividad principal, que es la del anunciante, ya que la creación publicitaria se realiza bajo reserva de la satisfacción de éste.

En este caso también se observa la exigibilidad de fidelidad al creativo respecto al anunciante o agencia, y como decíamos subordinándose la obra a la actividad principal del anunciante, crea un matiz subjetivo de colaboración exigiendo una confianza mutua que se traduce en una especial obligación de fidelidad, ya que mantener en secreto los datos e información recibidos del anunciante e incluso los proyectos que para él se realizan, no sólo pueden ser un deber moral o deontológico, sino que se

impone como obligación a la agencia y/o al creativo por aplicación análoga del secreto profesional.

Siendo que el creativo somete su creación a las realidades e instrucciones que le suministra el anunciante o la agencia, una vez atendidas éstas se ha cumplido con la obligación asumida, en este sentido el anunciante o agencia se hallan obligados a recibir la creación si ésta ha sido ejecutada de acuerdo con las instrucciones correspondientes, como también a cumplir con la prestación a que se hayan comprometido en los términos expresamente pactados.

Si la obra de creación no se ajusta a los estándares que impone la disciplina publicitaria, se estará en presencia de un incumplimiento del contrato. Se considerará también incumplimiento de contrato si la obra en sí resultara ilícita, salvo que la propia naturaleza de la obra lo fuera, es decir que la actividad del anunciante lo fuera, que es en última instancia la que determina el contenido de la obra creativa.

El contrato de creación publicitaria se extingue por desistimiento de una de las partes, como también por la resolución del vínculo contractual.

2.4.- Contrato de Patrocinio.-

El contrato de patrocinio es aquél por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador.⁹⁷

⁹⁷ Ley General de la Publicidad Española.

Este contrato que pertenece a la esfera de los contratos innominados se integra a los contratos publicitarios. El contrato de patrocinio publicitario se inserta en la última fase del proceso de la comunicación publicitaria que es la difusión del mensaje. En este sentido el contrato de patrocinio publicitario se regulará en cuanto le sean aplicables a las normas que estipula el contrato de difusión.

Publicitariamente, si bien la colaboración que el patrocinado se compromete a realizar en la publicidad del patrocinador, se debe destacar que éste último no podrá ejercer ninguna influencia de hecho ni de derecho sobre el conjunto del programa patrocinado.

En la relación contractual que se llega a establecer entre patrocinador y patrocinado no debe mezclarse bajo ningún concepto el desarrollo de la actividad o actuación del patrocinado ya sea ésta deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, con la publicidad del patrocinador. Por ejemplo: "...el deportista puede llevar la ropa deportiva con la marca o el nombre del patrocinador (a efectos identificativos de carácter publicitario y de la relación de patrocinio), pero ninguna otra actividad encaminada a la difusión de publicidad puede interferirse en la actividad específica del patrocinado..."⁹⁸

Tratándose el patrocinio de un contrato y de una actividad publicitaria ésta debe ser identificada como tal, como también la relación entre patrocinador y patrocinado. Al respecto la Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea (CEE), contribuyó con algunas indicaciones que deben considerarse al momento de perfilar los caracteres del contrato de patrocinio:

⁹⁸ Santaella, Manuel. El Nuevo derecho de la Publicidad, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992.

- a) Los programas no deberán referirse a empresas, productos o servicios determinados cuando, por su contenido no sea necesario.
- b) Los programas financiados o cofinanciados por patrocinadores deberán identificarse como tales; esta identificación se limitará no obstante a la ficha técnica del principio y fin de emisión.
- c) Los programas no deberán contener ninguna promoción equivalente a publicidad, en particular por parte de aquellos que los hayan financiado o cofinanciado.
- d) La difusión de mensajes publicitarios antes, durante y después de la emisión de un programa no podrá admitirse en caso de existir un vínculo directo con la forma o el fondo de dicho programa.⁹⁹

Como podemos observar la publicidad que es patrocinada, no deberá incluir ningún elemento que pueda interpretarse en sentido de sugerir o insinuar que el patrocinador haya influido en el patrocinado con fines publicitarios.

En cuanto a los elementos personales del contrato de patrocinio, se tiene por una parte al patrocinador, cuya condición por lo general coincide con la del anunciante, aunque en muchos casos se trate de otro sujeto publicitario, por ejemplo un medio. Y por la otra parte se encuentra el patrocinado que podrá ser una persona física o jurídica, en este último

⁹⁹ Directiva del Consejo de la C.E.E. Propuestas Reglamentarias a los Estados Miembros, 1988.

caso, hablamos por ejemplo de un club deportivo, de una asociación cultural o asociación benéfica, etc.

Los elementos reales del contrato de patrocinio están constituidos, por una parte por la ayuda económica o de algún servicio que concede el patrocinador para la realización de la actividad del patrocinado, la que podrá ser de cualquier índole siempre y cuando sea lícita. Por la otra parte este contrato se constituye por la colaboración del patrocinado en la publicidad del patrocinador. Estas condiciones deberán ser pactadas expresamente, como también la cuantía del apoyo económico y las condiciones en cuanto a su desembolso.

El contrato de patrocinio como el resto de los contratos publicitarios estará sujeto a las normas generales en esta materia.

El contenido del contrato en relación a la delimitación tanto de derechos como de obligaciones de las partes contratantes se atenderá a lo expresamente pactado es decir, al carácter de la colaboración del patrocinador como también a la cuantía del apoyo económico, el plazo de entrega, etc.

En relación al incumplimiento total o parcial del contrato, se aplicarán las normas que hacen al contrato de difusión, salvo las que correspondan a los de daños y perjuicios que no podrán ser exigibles de la misma manera debido a la naturaleza propia del patrocinio.

CAPITULO VI

LA PUBLICIDAD EN BOLIVIA

1. Desarrollo de la Publicidad en Bolivia

Nuestro país experimenta a partir de 1840 las primeras manifestaciones impresas publicitarias de carácter informativo.

Estos anuncios periódicos eran publicados en el medio escrito de comunicación paceño "El Comercio".

Los anuncios publicitarios de aquella época contenían un texto y un dibujo, el texto era el más desarrollado por la dificultad y el costo que las imágenes implicaban. Hoy en día la publicidad al contrario de aquella época, explota más las imágenes quedando el texto resumido a mensajes cortos y de mayor impacto, esto obviamente responde a la existencia hoy en día sobre todo del cine y la televisión que como medios de comunicación de gran alcance, las imágenes cobran mayor importancia por resultados que los textos.

Lamentablemente no existe bibliografía alguna en el tema de la publicidad en Bolivia que con mayor precisión nos oriente e interiorice en el desarrollo histórico de ella.

Sin embargo podemos señalar que los primeros anuncios publicitarios estaban dedicados entre otros a la minería, la belleza y salud. Por ejemplo, existe testimonio de publicidad de explosivos, de píldoras del Dr. Ross, de Bristol.

Otro dato importante que se ha logrado recabar a través de gente relacionada al periodismo, es aquel referido a la apertura de la primera agencia

publicitaria en Bolivia, esto data de 1960, esta iniciativa estuvo a cargo de los señores Walter Montenegro y Walter Villagómez, de acuerdo a las referencias mencionadas.

Sin embargo, desde 1840, en que surge la publicidad en nuestro país hasta el día de hoy, esta actividad se la viene desarrollando de forma espontánea y dejada al criterio y gusto de cada quien.

Lo que diferencia a la publicidad de entonces de la que hoy en día se realiza es indudablemente abismal, en cuanto al avance tecnológico y científico que se ha dado en los últimos 50 años a nivel universal, sobre todo en lo que hace a los medios de comunicación social, que ha conducido a nuevas técnicas en el desarrollo de la publicidad en el mundo entero.

2.- Ausencia de una Normatividad en la Actividad Publicitaria y en los Contratos de Publicidad

En nuestro país, como en pocos todavía, la actividad publicitaria no se encuentra normada. Es decir no se tiene ni siquiera un marco conceptual y referencial de lo que es la publicidad, de sus modalidades, del contenido y alcance de ellas y mucho menos en lo que hace a la contratación publicitaria.

Por ello nos vimos en la necesidad de investigar cómo operan los agentes publicitarios en nuestro medio y cómo se desenvuelve esta importante actividad.

En principio, debemos señalar que en el campo de la publicidad muy pocos de los sujetos publicitarios es decir el anunciante, la agencia y el medio de difusión, tienen una comprensión cabal de lo que implica la publicidad, nos referimos por una parte al manejo científico y técnico que comprende la

instrumentación de una campaña publicitaria y por la otra al manejo profesional y ético de esta actividad.

En este sentido comprobamos con preocupación que son muy pocos los anunciantes que buscan un asesoramiento profesional y que comúnmente este grupo está constituido por grandes e importantes empresas o instituciones por lo general transnacionales, que tienen un conocimiento exacto del manejo publicitario y por supuesto de los alcances que imprimirán los resultados de éste en sus estrategias económicas.

Estas empresas son las que siguen paso a paso toda la instrumentación necesaria en el proceso de una campaña publicitaria.

Dado que las agencias de publicidad no ofrecen un paquete completo de servicios al anunciante, éste recurre personalmente a otras empresas especializadas en los estudios iniciales que debe contener toda campaña. Nos referimos a los estudios de investigación de mercado. En ellos se indaga la proyección de la demanda de los bienes o servicios que son los que habíamos denominado la actividad principal del anunciante, en la cual se asienta todo el proceso.

Esta investigación requiere de una metodología de trabajo, es decir la recopilación de datos a través de censos en universos poblacionales a los que se quiere dirigir el objeto de la campaña, mediante cuestionarios elaborados al efecto y una serie de programas para la captura de datos.

Luego se pasa a un proceso de tabulación y validación de datos, para llegar a un informe final y así determinar la estrategia publicitaria a seguir.

Con el resultado de la investigación es decir, establecida ya una estrategia, el cliente buscará una agencia publicitaria que se haga cargo de producir la publicidad en base a la investigación y a los datos proporcionados por el anunciante, como también el tipo y características que se desea imprimir en el spot publicitario.

Por lo general las agencias publicitarias no cuentan con su propia productora, recurriendo a otras empresas que se dedican a esta actividad.

Los criterios que se manejan a nivel de agencia y productora en referencia a los spots publicitarios, por lo general no son profesionales, producto de ello son aquellas producciones carentes de mensaje e imaginación, etc. y en la mayoría de los casos técnicamente deficitarios. Es por ello que por lo general en estos casos es el propio anunciante el que idea su spot publicitario.

Una vez logrado este paso, el material retorna a la empresa que realizó el estudio de mercado, para concluir con el proceso, esto es someter a prueba el spot en grupos focalizados, a fin de constatar el impacto que se deseaba obtener en los consumidores o destinatarios de la campaña publicitaria.

Concluido este largo proceso, el anunciante tendrá que contratar los espacios en los medios para la difusión de su campaña y decimos el anunciante, ya que en muy pocos casos se delega esta responsabilidad a la agencia (más adelante explicaremos el motivo). De acuerdo a los rankings de audiencia de cada medio de difusión, el anunciante solicitará la inserción de su material determinando en un contrato, los días, los horarios y el número de sus pases.

Concluido esto, el anunciante deberá recurrir, decimos deberá, ya que para garantizar y respaldar esta última contratación, deberá solicitar personal y directamente los servicios de otra empresa que pueda auditar a los medios de difusión contratados, para verificar si se cumplió con el número de pases contratados, los horarios en los días estipulados, etc. Pero además puede solicitar a esta empresa otros servicios, como ser, el control de todas las publicidades que se transmiten o publican en la misma rama de servicios o bienes del anunciante, incluso resultados comparativos y de impacto, confeccionando informes mensuales para el anunciante a fin de evaluar su situación en el mercado respecto de sus competidores.

Todo este proceso que hemos resumido, es cumplido con grandes esfuerzos por algunos pocos anunciantes. La mayoría de ellos no tiene conocimiento de la importancia que tiene la instrumentación de la publicidad, de la importancia que implica el manejo de la imagen de una empresa, de la necesidad de invertir en la producción de un spot publicitario, de la sociedad y requiere la producción del mismo por el impacto que pueda tener en los receptores y posibles futuros consumidores de ese bien o servicio ofertado, y en definitiva de los grandes resultados y logros económicos que puede reeditar una campaña publicitaria profesionalmente bien llevada.

Pero el anunciante no es el único responsable de esta situación. En nuestro medio cualquier persona puede abrir una agencia publicitaria, pensando que los contactos empresariales que tiene o que los nexos económicos que lo vinculan son suficientes. Bajo este criterio se manejan la mayoría de las agencias. Quedando los requisitos imprescindibles como lo profesional, el conocimiento técnico y científico y la ética quién sabe dónde.

Es por ello que nos encontramos con anunciantes que pagan por servicios deficientes e incompletos, servicios engañosos y fraudulentos.

Anotamos esto debido a muchos ejemplos de irregularidades que hemos observado, como lo son, producciones técnicas mal logradas, creaciones pobres y sin ninguna proyección de resultados, difusiones no realizadas, controles de difusión alterados, una competencia desleal e incontrolable, en lo que a medios de difusión se refiere, debido fundamentalmente a los intereses económicos vinculados, de los medios de difusión, respecto a agencias, a bienes o servicios que compiten en el mercado, a empresas auditoras, llegando a ser en determinadas situaciones jueces y parte.

Resumiendo, en nuestro medio la actividad publicitaria se desarrolla al mejor estilo del canibalismo.

- No existe por parte del anunciante decíamos, un conocimiento de los beneficios que puede ofrecer una publicidad bien llevada, no cuenta con el apoyo y consejo técnico necesario.
- En la mayoría de los casos las empresas de marketing no hacen un buen manejo de estudios y estrategias que beneficien al anunciante.
- Las Agencias de publicidad operan como tales sin serlo, en la mayoría de los casos, es decir no pueden ofrecer un servicio profesional y completo a sus anunciantes, tampoco pueden orientarlo en lo que le conviene, no pueden guiarlo a un buen resultado, no pueden ejercer una representación honesta de sus intereses, cuando actúan por él, no logran resultados espectables.
- Los Medios no son democráticos, no mantienen confidencialidad en la mayoría de los casos respecto a la publicidad del anunciante, si bien tienen tarifas preestablecidas, oferta y la demanda campea de acuerdo

al oferente, tampoco cumplen a cabalidad lo acordado, respecto a la inserción de los espacios comprados, al número de pases.

Después de este análisis, podemos concluir señalando que la publicidad en Bolivia se la ejerce en la selva, que el anunciante para ser tal debe recorrer un camino largo y minado. Que las agencias publicitarias y las productoras por lo general no son profesionales, carecen de toda imaginación creativa, y de ética en su práctica y en los resultados de ella. Que las empresas de control o auditaje de difusión son presionadas en ovaciones en sus resultados o por las agencias o por los medios o porque definitivamente no son serias con su labor, y que los medios de difusión ingresan a este círculo en la mayoría de las veces con un juego sucio.

El análisis es bastante devastador, pero lo es más para los que están del otro lado, lo es más para todos nosotros que somos en definitiva los consumidores, los receptores directos o indirectos del resultado de toda la actividad publicitaria.

En este sentido la indefensión del receptor de la publicidad es evidente, más allá de toda la problemática que acarrea las relaciones publicitarias entre los sujetos de la misma, están los resultados de ésta que nos afecta directamente. Y es el desconocimiento de una práctica seria y responsable de la publicidad la que nos lesiona como receptores. El resultado de la actividad publicitaria en Bolivia no sólo afecta a los sujetos publicitarios entre sí, conduce a competencias desleales entre anunciantes incluso entre agencias y medios llegado el momento, pero por sobre todo afecta a la economía, a la salud, a la seguridad física y a la moral de los receptores.

En lo que hace a la contratación publicitaria, evidenciamos la inexistencia de normas que regulen específicamente esta actividad dentro de nuestro

ordenamiento jurídico, por ello observamos unas relaciones contractuales bastante confusas que no llegan a garantizar verdaderamente el objetivo del mismo.

En este aspecto los sujetos publicitarios, celebran sus contratos improvisando cláusulas, confundiendo términos, o dándoles otro sentido. Son contratos que se sujetan al Código Civil sin llegar a establecer normas específicas que amparen, garanticen o diriman estas relaciones Como prueba de ello, adjuntamos en el Anexo 1, algunos contratos celebrados en nuestro medio por diferentes sujetos publicitarios.

Como resultado de ello, en la práctica, estos contratos se basan en la buena fe de los sujetos contratantes, que en muchos casos tienen un final feliz pero en otras experiencias amargas que como única represalia es la decisión de no volver a suscribir nuevamente algún otro contrato, con aquel sujeto publicitario infractor, incumplido, o infidente.

Por todo lo anotado se hace impostergable el estudio y tratamiento del tema, para poder establecer una normativa en relación a la actividad publicitaria en general y particularmente una regulación de las relaciones contractuales de los sujetos publicitarios que intervienen en esta actividad.

CAPITULO VII

LA NECESIDAD DE INCLUIR UNA NORMATIVA QUE REGULE LOS CONTRATOS DE PUBLICIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO

Como hemos podido comprobar, las relaciones publicitarias requieren de una regulación normativa que tienda a dar cause a la instrumentación del acto de publicidad, asimismo observamos que las relaciones contractuales resultantes de esa instrumentación exigen de un régimen jurídico específico.

En este sentido nos permitimos proponer el texto de dichas normas jurídicas como una solución al tema planteado, recomendando su incorporación al Código de Comercio en actual vigencia.

**ANTEPROYECTO DE LEY
DE
CONTRATOS DE PUBLICIDAD**

CAPITULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 1.- Los contratos publicitarios se regirán por las normas contenidas en el presente título, y en su defecto se aplicarán por analogía las normas del Código de Comercio y las del Código Civil.

ARTICULO 2.- A efectos de esta Ley, se entenderá por:

- Anunciante, a la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad.
- Agencias de publicidad, a las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante.
- Los medios de publicidad, a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostentan.

ARTICULO 3.- Los medios de difusión tienen la obligación de deslindar perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes

tienen asimismo la obligación de develar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios.

ARTICULO 4.- El anunciante tiene derecho a controlar la ejecución de la campaña de publicidad.

ARTICULO 5.- En los contratos publicitarios no podrán incluirse cláusulas de exoneración, imputación o limitación de la responsabilidad frente a terceros en que puedan incurrir las partes como consecuencia de la publicidad.

ARTICULO 6.- Se tendrá por no puestas cualquier cláusula por la que, directa o indirectamente se garantice el rendimiento económico o los resultados comerciales de la publicidad, o se prevea la exigencia de responsabilidad por esta causa.

CAPITULO SEGUNDO

LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS

CONTRATO DE PUBLICIDAD

ARTICULO 7.- (Noción). Por el contrato de publicidad, el anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma.

Si la agencia a la vez realiza creaciones publicitarias, se aplicarán también las normas del contrato de creación publicitaria.

ARTICULO 8.- (Deberes). El anunciante deberá abstenerse de utilizar para fines distintos de los pactados cualquier idea, información o material publicitario suministrado por la agencia. La misma obligación tendrá la agencia respecto de

la información o material publicitario que el anunciante le haya proporcionado a efectos del contrato.

ARTICULO 9.- (Responsabilidad de la agencia). Si la publicidad no se ajustase en sus elementos esenciales a los términos del contrato o a las instrucciones expresas del anunciante, éste podrá exigir una rebaja de la contraprestación o la repetición total o parcial de la publicidad en los términos pactados, y la indemnización en uno u otro caso, de los perjuicios que se le hubieren ocasionado.

ARTICULO 10.- (Resolución del contrato). Si la agencia injustificadamente no realiza la prestación convenida o lo hace fuera del término establecido, el anunciante podrá resolver el contrato, y exigir la devolución de lo pagado, así como la indemnización de daños y perjuicios.

Si por el contrario, el anunciante resolviere o incumpliere injustificada y unilateralmente el contrato con la agencia sin que concurra causa de fuerza mayor o lo cumpliera sólo de forma parcial o defectuosa, la agencia podrá exigir la indemnización por daños y perjuicios a que hubiere lugar.

La extinción del contrato no afectará a los derechos de la agencia por la publicidad realizada antes del incumplimiento.

CONTRATO DE DIFUSION PUBLICITARIA

ARTICULO 11.- (Noción). Por el contrato de difusión publicitaria, un medio se obliga en favor de un anunciante o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario a cambio de una contraprestación fijada en tarifas preestablecidas.

ARTICULO 12.- (Responsabilidad del medio). Si por causas imputables al medio, se cumpliere una orden con alteración, defecto o menoscabo de algunos de sus elementos esenciales, éste estará obligado a ejecutar de nuevo la publicidad en los términos pactados. Si la repetición no fuere posible, el anunciante o la agencia podrán exigir la reducción del precio y la indemnización de los perjuicios causados.

ARTICULO 13.- (Resolución del contrato). Si el medio no difunde la publicidad, salvo caso de fuerza mayor, el anunciante o la agencia podrán optar entre exigir una difusión posterior en las mismas condiciones pactadas o resolver el contrato con la devolución de lo pagado por la publicidad no difundida. En ambos casos, el medio deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

Si por el contrario la difusión fuere imputable al anunciante o a la agencia, el responsable estará obligado a indemnizar al medio y a satisfacerle íntegramente el precio, salvo que el medio haya ocupado total o parcialmente con otra publicidad las unidades de tiempo o espacio contratados.

CONTRATO DE CREACION PUBLICITARIA

ARTICULO 14.- (Noción). Por el contrato de creación publicitaria una persona física o jurídica se obliga en favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario a cambio de una contraprestación.

ARTICULO 15.- (Derechos). Los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presumirán cedidos en exclusiva al anunciante o agencia en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo, salvo pacto en contrario.

ARTICULO 16.- (Facultades). Las creaciones publicitarias podrán gozar de los derechos de propiedad industrial o intelectual cuando reúnan los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes.

CONTRATO DE PATROCINIO

ARTICULO 17.- (Noción). Por el contrato de patrocinio publicitario, el patrocinado se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad, deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole.

ARTICULO 18.- (Aplicación). El contrato de patrocinio publicitario se regirá, en cuanto le sean aplicables, por las normas del contrato de difusión.

CONCLUSIONES

La Publicidad es toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover o no, de forma directa o indirecta la contratación de bienes o servicios.

Queríamos iniciar estas conclusiones con el concepto de publicidad que nos hemos formado como resultado de la investigación, para concluir señalando que la publicidad por su índole, es una actividad que ha atravesado las fronteras, utilizando los más modernos y sofisticados medios de comunicación social, como vehículo para llegar a sus receptores, resultando de ello una conmoción mundial en el consumo que ha promovido nuevos comportamientos y conductas en lo que a consumo se refiere.

Si analizamos, que el actor principal de todo circuito económico de producción es el destinatario final, es decir el consumidor, representa en sí una mayoría, pero una mayoría estratificada por las diferencias en cuanto a su acceso al consumo se refiere. La actual problemática del consumidor en relación a sus intereses y necesidades, es que enfrenta a diario una situación de desequilibrio entre su acceso a las ofertas y sus necesidades básicas. Esta situación ha determinado el creciente deterioro en la calidad de vida del consumidor en las últimas décadas. La desinformación de la que son víctimas los consumidores como consecuencia de prácticas contrarias a los principios de mercado, genera perjuicios evidentes, todo esto es mucho más grave en un país como el nuestro que cuenta con una inmensa población de bajos ingresos y en el que en consecuencia, una mala compra o contratación puede privar al consumidor de la satisfacción de sus necesidades básicas.

Esta gran problemática nos plantea una profunda reflexión del rol social que juega la publicidad.

Si bien la iniciativa privada es libre y se la ejerce en nuestro país como en muchos, en una economía social de mercado, es el Estado quien debe reglamentar su ejercicio para armonizarlo con el interés social, obligando al sector publicitario velar por la veracidad, madurez y responsabilidad de la publicidad como también de los servicios profesionales que presten sus miembros.

Esta realidad nos ha motivado a investigar el tema de la publicidad, para delimitar su contenido y el alcance de esta actividad, intentando demostrar la importancia que hoy en día tiene la publicidad, por cuanto es un elemento que incide profunda y principalmente en el ámbito social y económico de nuestro país, produciendo resultados inimaginables en la estructura del mercado.

Estaremos de acuerdo en la gran dinamicidad del mundo del consumo y el desarrollo económico que genera.

Por ello las relaciones propias del mismo, demanda al Estado en su rol de recuperar y garantizar el consumo básico de la población, un ordenamiento del sistema de economía de mercado, estructurando sistemáticamente el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés de aquellos en el mantenimiento de un orden concurrencial, creando un marco jurídico cierto y efectivo que sea capaz de dar cauce a este fenómeno de la publicidad.

Como resultado de este análisis, planteamos la necesidad de que nuestra legislación inserte en su economía jurídica una regulación específica para el desarrollo de la actividad publicitaria.

Esta preocupación nos ha conducido a comprender el alcance de esta actividad y los componentes que la rodean para poder plantear, principalmente la incorporación de un capítulo en el Código de Comercio sobre contratos de publicidad.

En este sentido se han recogido las principales figuras de contratos y de sujetos de la actividad publicitaria que la práctica del sector ha venido consagrando.

Atendiendo la necesidad de tutelar adecuadamente a cada uno de los sujetos publicitarios y de otorgarles una protección específica en el ámbito publicitario.

Como resultado de esto presentamos el "Anteproyecto de Ley sobre Contratación Publicitaria" como propuesta del trabajo de investigación que se ha realizado.

Sin embargo nuestras inquietudes no terminan en esta humilde propuesta, van más allá y es la pretensión de fondo conmoverlos a todos ustedes y a todos los que estén a mi alcance, pero conmoverlos al extremo de lograr interesarlos e introducirlos a este apasionante universo del Derecho de la Publicidad, para que con su concurso demandemos la necesidad de regular en su integridad la actividad publicitaria, bajo los principios que consagra el Derecho de la Publicidad como son la legalidad, la veracidad, la autenticidad y la libre competencia, definiendo límites al objeto publicitario para proteger a los receptores ilícitos y destinatarios de la publicidad y de esta manera consolidar el derecho de la publicidad y la actividad publicitaria en Bolivia. Aunque la novedad de esta cuestión dentro de la Ciencia Jurídica nos impone cierta cautela y no nos permite formular criterios con la misma seguridad, como lo hacemos con las ramas ya consagradas del Derecho. Ya que se trata de una

ciencia que apenas se ha iniciado, es lógico tomar en cuenta las limitaciones que presenta, y en este entendido sostenemos que lo expuesto aquí, está en un sentido aproximativo y sin embargo válido hoy por hoy.

Este planteamiento no supone "revolucionar" el Derecho, simplemente supone adecuarlo a la realidad que pretende regular, ya que de lo contrario nos enfrentaríamos a una "involución" del Derecho, con el riesgo de que no existan normas válidas para solucionar los conflictos que se suscitan en nuestra sociedad.

BIBLIOGRAFIA

1. Disposiciones legales nacionales básicas y de consulta.

- Constitución Política del Estado, Edición Oficial de la Gaceta Oficial de Bolivia, La Paz, Bolivia, 1995.
- Código de Comercio, (Edición a cargo del Dr. Carlos Morales Guillén), Editorial Gisbert & CIA. S.A., La Paz, Bolivia, 1981.
- Código Civil, (Edición a cargo del Dr. Servando Serrano Torrico), Editorial Serrano Ltda., Cochabamba, Bolivia, 1980.
- Código de Procedimiento Civil y Ley de Organización Judicial, (Edición a cargo del Dr. Carlos Morales Guillén), Editorial & CIA. S.A., La Paz, Bolivia, 1978.
- Ley N° 1322 de 13 de Abril de 1992, Edición Oficial de la Gaceta Oficial de Bolivia, Derecho de Autor.
- Borrador del Anteproyecto de Ley de Protección del Consumidor, 3ra. versión, Ministerio de Industria y Comercio, 1995.

2. Disposiciones legales y técnicas extranjeras básicas y de consulta.

- Directrices para la Protección al Consumidor, Asamblea General O.N.U., Resolución 39/248, Nueva York, 1985.
- Proyecto de Normas Tipo Para la Defensa del Consumidor,

(Preparado por el Grupo Informal de Trabajo Jurídico de la Oficina Regional de IOCU para América Latina y el Caribe), 1988.

- El Consumidor, Propuestas para su Protección, (Ley Modelo de IOCU para la Protección del Consumidor en América Latina y el Caribe), Santiago, Chile. 1994.
- Los Consumidores en la Década de los 90, Informe de IOCU, Santiago, Chile, 1990.
- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, España.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, España.
- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, España.
- Código de Publicidad, (Edición a cargo de los Drs. Carlos Lema Devesa y Jesús Gómez Montero), Ediciones Jurídicas, S.A. Marcial Pons, Madrid, España, 1992.
- Directiva del Consejo de 10 de septiembre de 1984 (84/450/CEE), relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa.
- Decreto Legislativo 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, Consejo de Ministros, Lima, Perú, 1996.

- Informe de Naciones Unidas, sobre las Compañías Multinacionales Publicitarias, 1987.
- Normas de Admisión de Publicidad, Ente Público. Radiotelevisión Española.
- Orden Ministerial, del 5 de abril de 1974.
- Declaración de Beijing, 1996.
- Directiva del Consejo de la CEE, Propuestas Reglamentarias a los Estados Miembros, 1988.

3. Bibliografía básica y de consulta.

- OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1981.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Diccionario, Décimo Novena Edición, España, 1970.
- LAROUSSE, Gran Enciclopedia, Editorial Planeta, Buenos Aires, Argentina, 1990.
- EL PEQUEÑO LAROUSSE, Diccionario, Ediciones Larousse, S.A., México D.F., México, 1995.
- SAINZ DE ROBLES, F.C.. Diccionario de Sinónimos y Antónimos, Editorial Científico-Técnica, La Habana, Cuba, 1979.
- LUNA, Yañez Alberto. Curso de Derecho Civil, Obligaciones, Editorial Arte y Producción, La Paz, Bolivia, 1996.

- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- MESSINEO, Francisco. Derecho Civil y Comercial, Editorial E.J.E.A., Buenos Aires, Argentina, 1979.
- PINO, Abad Manuel. La Disciplina Jurídica en la Actividad Publicitaria en la Ley de Publicidad de 1988, Edita el Instituto Nacional del Consumo, Madrid, España, 1991.
- MADRENAS, i Boadas Carme. Sobre la Interpretación de las Prohibiciones de Publicidad Engañosa y Desleal, Editorial Civitas, Madrid, España, 1990.
- CORREIDORA, Y Alfonso Loreto. Comentarios a la Ley de Publicidad, Bosch Casa Editorial S.A., Madrid, España, 1993.
- LEMA DEVESA, Carlos. La Publicidad de Tono Excluyente, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, España, 1980.
- CUESTA RUTE, José María De La. Régimen Jurídico de la Publicidad, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1974.
- BACHARACH, de Valera Sol. La Acción de Cesación para la Represión de la Competencia Desleal, Editorial Tecnos S.A., Madrid, España, 1993.
- SANCHEZ, Guzmán José Ramón. Introducción a la Teoría de la Publicidad, Editorial Tecnos S.A., Madrid, España, 1985.

- STIGLITZ, Rubén S. y Gabriel A., Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1985.
- STIGLITZ, Gabriel A. Protección Jurídica del Consumidor, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1990.
- SANTAELLA, Manuel. Introducción al Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas, S.A., Madrid, España, 1982.
- SANTAELLA, Manuel. El Nuevo Derecho de la Publicidad, Editorial Civitas, S.A., Madrid, España, 1992.
- FAIREN, G. Historia de la Publicidad en Francia, "Publicidad" N . 1.
- MARTIN, Oviedo J.M., Curso de Derecho Publicitario, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1975.
- SANCHEZ, Guzmán José Ramón. Breve Historia de la Publicidad, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1976.
- DAVID, R. Los grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, España, 1973.