



Universidad
Carlos III de Madrid

 - **Archivo**

Repositorio Institucional



Lázaro Sánchez, Emilio Jesús. Contratos publicitarios en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1441-1466. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21022>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO MERCANTIL

EMILIO JESÚS LÁZARO SÁNCHEZ*

Resumen

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil planea regular los contratos publicitarios entre los *contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales*. El régimen legal proyectado transpone gran parte del contenido normativo de la vigente Ley General de Publicidad con algunas alteraciones significativas, prescinde de *disposiciones generales* de la contratación publicitaria e introduce nuevos tipos contractuales, el *reclamo* y la *permuta publicitarios*.

Contenido

1. Índice esquemático de la Reforma. – 2. Del enclave sistemático de los contratos publicitarios. – 3. De la omisión de unas disposiciones generales. – 3.1. Ámbito objetivo de aplicación. – 3.2. Integración legal del régimen de los contratos publicitarios. – 3.3. Sujetos de la contratación publicitaria. – 3.4. Deberes de deslinde e identificación de la publicidad. – 3.5. Derecho del anunciante al control de la ejecución publicitaria. – 3.6. Cláusulas contractuales nulas o neutras. – 4. De algunas omisiones y otros añadidos. – 4.1. Contratos de publicidad y de creación publicitaria. – 4.2. Contrato de patrocinio. – 4.3. Incumplimiento contractual. – 5. De los nuevos tipos contractuales: reclamo y permuta publicitarios. – 6. Conclusión.

1. ÍNDICE ESQUEMÁTICO DE LA REFORMA

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil se propone regular los contratos publicitarios en su Libro V. Dedicado a los *contratos mercantiles en particular*, los *publicitarios* se incardinan (Capítulo III) entre los *contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales* (Título III).

En sus secciones primera a cuarta el texto transpone con fuerte carga literal el articulado de la vigente LGP por medio del cual se catalogan, definen y rigen los tradicionales contratos publicitarios en particular. Lo hace con alguna alteración puntual no poco significativa, aunque prescinde de las *Disposiciones generales* que inauguran el Capítulo I del Título III (*De la contratación publicitaria*) de la LGP.

* Catedrático Acreditado de Derecho Mercantil. Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Murcia.

Este trabajo se ha realizado en el marco del II PCTRM 2007-10. Proyecto 08774/PHCS/08. Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia.

Novedosamente se incorporan nuevos tipos contractuales, supuestamente publicitarios, tales como el *contrato de reclamo publicitario* —*merchandising*— (Sección 5ª) y la *permuta publicitaria* —*bartering*— (Sección 6ª)¹.

2. DEL ENCLAVE SISTEMÁTICO DE LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS.

La naturaleza jurídica de la mayor parte de los hasta ahora catalogados como contratos publicitarios se ha reconducido por la doctrina mayoritaria a la propia del arrendamiento de obra o de servicios. Sin duda, los más tradicionales y representativos contratos publicitarios tienen encaje en el esquema contractual de estos arrendamientos *ex art.* 1544 Cc.²

La Exposición de Motivos del Anteproyecto, prescindiendo del término *arrendamiento*, justifica la autonomía tipológica del *contrato de obra por empresa* en la distinta naturaleza de su objeto —logro de un concreto resultado— respecto del propio del contrato de prestación de servicios —simple «hacer» o actividad considerada en sí misma— (EM VI-55). A través de este, no obstante, puede también pretenderse la obtención de un resultado que, sin embargo, no constituye el objeto directo del contrato, determinando la *ausencia de la obligación específica de ejecución y entrega o terminación que está presente en el contrato de obra* (EM VI-56)³.

Se formula igualmente un concepto de contrato de obra por empresa que abarca la consecución de cualquier resultado convenido por las partes, “material” o “inmaterial” (puramente intelectual) (EM VI-59). En esta consideración, se afirma que *lo relevante no es la materialidad o inmaterialidad de la obra o resultado, sino la naturaleza de los derechos que puedan derivarse de la obra y la efectiva atribución de estos derechos al comitente de ella* (EM VI-59).

El Anteproyecto sitúa el núcleo conceptual del contrato de prestación de servicios mercantiles en el compromiso asumido por el prestador, a cambio de contraprestación dineraria, de realizar una determinada actividad destinada a satisfacer

¹ El límite espacial editorialmente impuesto no permite tratar con excesivo detalle la proyectada regulación de los clásicos contratos publicitarios y, sobre todo, analizar exhaustivamente la de los nuevos contratos que, junto con el patrocinio, merecerían un respectivo estudio monográfico. Sirva esta aclaración para dejar sentado que este capítulo no pretende ser más que una aproximación al régimen de los *contratos publicitarios* según el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. Por esta misma razón se deja citada como bibliografía relativa a la contratación publicitaria y a los —hasta ahora— tipificados contratos publicitarios la contenida en VV.AA., *Los contratos publicitarios*, LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., coord., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 304-313, así como los trabajos de la propia obra. Posteriormente a su edición, VEGA VEGA, J.A., “La contratación publicitaria: normas generales”, en VV.AA., *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, GARCÍA-CRUCES, J.A. (dir.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1982-2039; MARCO ALCALÁ, L.A., “La contratación publicitaria (I): los contratos de publicidad y de difusión publicitaria” y “La contratación publicitaria (II): los contratos de creación publicitaria y de patrocinio”, en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, *op. cit.* pp. 2041-2167 y 2169-2324, respectivamente.

² VID. por todos, GARCÍA PÉREZ, C., “Régimen general de la contratación publicitaria” en *Los contratos publicitarios*, *op. cit.*, pp. 21-85, especialmente pp. 82-85.

³ Cf. SAP Madrid (Sec. 14ª) 30 junio 2007 (JUR\2007\9144), con citas de las sentencias del Tribunal Supremo 4 febrero de 1950, 10 Junio 1975, 3 noviembre 1983, 13 marzo 1997 y 19 Enero 2005.

necesidades del ordenante, obligándose a organizar los medios adecuados a tal efecto, pero no a obtener un resultado (art. Art. 531-1.1 y EM VI-71).

Sea de obra por empresa, sea de prestación de servicios mercantiles, el carácter mercantil del contrato le viene dado por la incorporación en las respectivas definiciones legales de un propio y específico elemento configurador: el hecho de ser asumida la obligación por el contratista (art. 521-1.1) o el prestador de los servicios (art. 531.1) en su condición de empresarios⁴ o demás sujetos referidos en el art. 001- 2⁵.

Sorprende que la categoría de los contratos publicitarios haya sido incardinada en el capítulo III, Título III del Libro V del Anteproyecto —*Contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales*— no sólo por la heterogénea naturaleza de los catalogados dentro de ella, sino también por la falta de acompañamiento, en algún caso, de la cesión de derechos de explotación sobre bienes inmateriales (v. gr. contrato de difusión, de patrocinio).

Mediante el contrato de creación publicitaria, la parte creativa se compromete a «idear y *elaborar*»⁶ cualquier elemento publicitario (art. 533-8); por el de difusión, el medio lo hace «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*» (art. 533-5)⁷. El común denominador del objeto de tales contratos es,

⁴ Se consideran tales las personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, las personas jurídicas que tengan por objeto alguna de esas actividades y las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto [art. 001-2.1.a)].

⁵ Entre estos se encuentran las personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado, así como las personas jurídicas que, con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan alguna actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades. El Consejo de Estado en su Dictamen (837/2014, de 29 de enero de 2015) sobre el Anteproyecto ha censurado seriamente que se erija la figura del *operador de mercado* en categoría general y abstracta determinante del ámbito de aplicación del proyectado Código Mercantil y de atracción hacia sí de las relaciones contractuales en que intervenga, aun pudiendo no estar sometido a la disciplina propia del empresario.

⁶ La sucesión copulativa de ambos infinitivos explicita que el resultado comprometido consiste en la transformación material de las ideas, productora de algo hasta entonces inexistente (*vid.* SJPI Cantabria, núm. 1, 16 abril 2001 [JUR 2001\157554]). El ‘elemento publicitario’ *elaborado* constituye la ‘obra’ que ha de ser entregada al ordenante, apropiándose este de ella al devenir cesionario de los derechos de explotación *para los fines contractuales*. La omisión en la LGP de la remisión expresa que hacía el art. 41 del derogado Estatuto de la Publicidad de 1964 a lo dispuesto en los arts. 1588 y concordantes del Cc no permite dudar de que el tipo contractual de base es el arrendamiento de obra. Tal omisión se justifica por la genérica remisión al Derecho Común introducida por el art. 7 LGP —inexistente en ese Estatuto—, sin que sea interpretable en el sentido de reconocer al contrato una naturaleza ambivalente, arrendamiento de obra o de servicios, dada la continuidad del fin empírico perseguido por las partes —un *resultado*, la “creación publicitaria”—. En este sentido, GALÁN CORONA, E., “El Derecho de Autor y la Publicidad”, *I Congreso Iberoamericano de propiedad Intelectual*, t. II, Ministerio de Cultura (ed.), Madrid, 1991, pp. 1047-1059, esp. p. 1056; PÉREZ DE LA CRUZ, A., “Contratos publicitarios, contratos de difusión de obras de ingenio y contratos de ingeniería”, en VV.AA., *Curso de Derecho mercantil*, URÍA, R. y MENÉNDEZ, A. (dirs.), t. II, Civitas, Madrid, 2001, pp. 251-273, esp. p. 256; CUESTA, J. M. de la, *Curso de Derecho de la Publicidad*, Eunsa, Pamplona, 2002, p. 310; EVANGELIO LLORCA, R., *El encargo de obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 207-218; MARCO ALCALÁ, L.A., “La contratación publicitaria (II)...”, *op. cit.* p. 2177.

⁷ El logro de este resultado comunicativo como prestación esencial del contrato ha llevado a la doctrina, generalizadamente, a destacar la proximidad del contrato de difusión con el arrendamiento o contrato de

pues, el logro del *resultado publicitario* —creación y difusión— pretendido por el ordenante/comitente; resultado al que se obliga el contratista en ejercicio de la actividad empresarial o profesional, exclusiva o no, que realiza en el mercado.

La certeza de la obligación del contratista —agencia/creativo/medio— de proporcionar el respectivo resultado publicitario —creación y difusión— no requiere pacto expreso, ni la apreciación de concretos extremos contractuales (art. 415-2 Anteproyecto), dado que su logro es definitorio del tipo contractual. De ese modo, los de creación y difusión se revelan como contratos de obra publicitaria por empresa a través de los cuales se persigue un resultado publicitario, la creación o difusión de la publicidad (cf. art. 521-1.2 Anteproyecto).

La cuestión se plantea menos clara en relación con el *contrato de publicidad*, dada la heterogeneidad de prestaciones que pueden conformar la obligación típica del profesional de la publicidad y su forma de actuar el interés del anunciante⁸. A través de este contrato —tal y como viene esencialmente descrito (art. 13 LGP) y se proyecta (art. 533-1)— la agencia se obliga a la «*ejecución de publicidad y [a] la creación, preparación o programación de la misma*» (art. 533-1). El empleo de la conjunción copulativa revela la necesaria asunción por la agencia de dos mínimas prestaciones, una fija —*ejecución de la publicidad*— y otra variable —*creación, preparación o programación de publicidad*—⁹.

La primera resulta exponente de la obligación asumida por la agencia, a cambio de contraprestación, de gestionar la ejecución publicitaria por cuenta del anunciante, hágalo en nombre propio o de éste; la segunda, de la igualmente retribuida de

obra, con base precisamente en el art. 17 LGP (transcrito en el art. 533-5 del Anteproyecto). Así, entre otros, CUESTA, J.M. de la, *Curso ...*, *op. cit.*, pp. 291-292; VELA GARCÍA, C., CURTO POLO, M., “Contratos de publicidad y marketing”, en AA.VV., *Contratos mercantiles*, BERCOVITZ, A. y CALZADA CONCE, M.A. (dirs.), 4ª edición, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, pp. 537-623, esp. p. 599; VERDÚ CAÑETE, M.J., “Contrato de difusión publicitaria”, en *Los contratos publicitarios*, *op. cit.*, pp. 235-259, esp. pp. 236-239; MARCO ALCALÁ, L.A., “La contratación publicitaria (I)...”, *op. cit.*, p. 2125.

⁸ Sobre su controvertida naturaleza jurídica *vid.*, por más reciente, MARCO ALCALÁ, L.A., “La contratación publicitaria (I)...”, *op. cit.* pp. 2047-56 y doctrina citada. De interés, por su conexión y referencia al tipo social de este contrato, reflejado en el contrato-modelo elaborado por la Asociación Española de Agencias de Publicidad, *vid.* IRÁKULIS ARREGUI, N., “Aproximación al contrato de publicidad. (A propósito del contrato-tipo elaborado por la Asociación Española de Agencias de Publicidad de 1 de abril de 2001)”, *Derecho de los Negocios*, núm. 140, 2002, pp. 15-40.

⁹ Siguiendo la pauta literal del art. 13 LGP, la *ejecución* de la publicidad representa la mínima prestación esencial de este contrato que habrá de acompañarse de otras propias de la actividad publicitaria (crear, preparar o programar la publicidad). Desde esta perspectiva básica de su descripción legal, por el contrato de publicidad 'típico' la agencia se obliga a sendas prestaciones cumulativas, instrumentar la publicidad —en alguna fase de las iniciales o intermedias del proceso publicitario— y ejecutarla —en la última—. Según SAP Cádiz (Sec. 1ª), 22 noviembre 2000 (PROV 2001/51913), «la definición legal del contrato de publicidad ... coloca indudablemente el acento sobre la *ejecución* de publicidad como contenido necesario y nuclear del contrato, bien que su objeto —dada la fórmula literal empleada en la norma— se extenderá además preceptivamente a todas o alguna de las actividades de creación, preparación o programación enunciadas, de modo que puede decirse que en virtud del contrato analizado el compromiso de la agencia se desenvuelve en una doble secuencia, cuya primera fase, precursora de la comunicación del mensaje publicitario y de contenido variable, consistirá en idear, preparar o programar la publicidad encomendada, comprendiendo al menos una de tales obligaciones, decantándose la segunda en un *deber de resultado* cual es el de ejecutar o realizar el acto o la serie de actos publicitarios confiados por el anunciante».

Por muy flexible y acumulativo de prestaciones publicitarias que quiera configurarse el *contrato de publicidad*, no cabe duda, pues, que le es innata y mínima la de *ejecutar* la publicidad encargada.

instrumentar la publicidad, preparándola, creándola o programándola. Dicho de otro modo y en orden cronológico inverso, las prestaciones típicas asumidas por la agencia a través del contrato de publicidad se reconducen acumulativamente a planificar las actuaciones precisas para la instrumentación publicitaria (en cualquiera o todas sus fases) y a ejecutar la publicidad, gestionando su materialización y difusión.

Ambas prestaciones han de entenderse comprometidas por la agencia a expensas y bajo las instrucciones del anunciante. Pero, mientras que la *preparación, programación o creación publicitarias* representa una prestación de obrar encomendada y asumida por la agencia como empresario especializado¹⁰, no sustituible por el anunciante¹¹, la *ejecución* de la publicidad¹² consiste en una prestación propiamente gestora de servicios publicitarios que, sin duda, podría celebrar el propio anunciante sin la intermediación de la agencia (v. gr. art. 17 LGP¹³). Mediante esta actuación gestora de la agencia se consume el proceso publicitario, debiendo entenderse exclusivamente referido a ella su actuar siempre ‘por cuenta del anunciante’, hágalo o no en su nombre. La proyectada desaparición del art. 8 LGP, que sustenta este rasgo configurador del contrato, aumenta el riesgo de difuminar y hacer más controvertida su naturaleza jurídica.

Lo hasta aquí escrito en relación con los clásicos contratos publicitarios desaconseja ya su inclusión entre los contratos *de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales*.

Lo mismo podría afirmarse en cuanto a los contratos de patrocinio, de *merchandising* (castellanizado como *reclamo publicitario*) y *bartering* (o permuta publicitaria), según su proyectada ‘tipificación’. Respecto del primero, porque la reformulación de su concepto deja aún más indefinida su naturaleza jurídica (cf. arts. 22.Pf. 2º LGP y art. 533-11 y 533-12 Anteproyecto). Con relación al segundo, porque en su configuración según el art. 533.14 no se atisba rasgo publicitario alguno, ni especialidad que justifique su tratamiento legal autónomo. En cuanto al tercero, porque

¹⁰ En el contenido socialmente típico del contrato de publicidad, esta prestación viene a consistir en realizar una ‘campaña’ publicitaria, la cual supone una concentración de esfuerzos y organización de estrategias proyectadas a su óptima y eficaz comunicación pública. A este resultado sinérgico es al que se obliga la agencia de publicidad a cambio de una contraprestación (arts. 13 LGP y 533-1 Anteproyecto).

¹¹ Cf. STS 14 marzo 1986 (RJ/1986/1252) y SAP Vizcaya, Sec. 4ª, 11 julio 2005 (AC/2005/1806).

¹² Esta ejecución se bifurca en dos direcciones: materializar la publicidad según el proyecto aprobado y difundirla. Según RAE, por “ejecutar” entiéndase “poner por obra” la publicidad contratada, es decir, ‘hacer efectiva’ la publicidad, lo cual es tanto como “materializarla y difundirla”, ya que sólo así se producirá el resultado comunicativo que la publicidad implica (Cf. SANTAELLA, M., *Derecho de la publicidad*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 138, para quien “son idénticas [las funciones] de crear[sic] y ejecutar publicidad”). Si se analiza el debate parlamentario del art. 10 del Proyecto de Ley General de Publicidad y, concretamente el Informe de la Ponencia (BOCG, III Legislatura, serie A, núm. 62-7, de 18 de abril de 1998, p. 65), puede comprobarse la concienciación habida respecto del empleo del término *ejecutar* en su acepción más amplia que la del término *difundir*.

¹³ De forma más concreta, el art. 33.Pº 1º del Estatuto del 64, determinaba que “en el contrato de publicidad se hará constar si la agencia contratará con los medios en su nombre y por cuenta del cliente o en nombre y por cuenta de este”. El común denominador venía dado por un actuar ‘por cuenta’ del cliente en su contratación con los medios, lo hiciera en nombre propio o de aquel. La misma conclusión se desprende de la Resolución de la Dirección General de Tributos, de 20 de octubre de 1986 (BOE 12 de noviembre, núm. 271, p. 37754), de la que claramente se deduce que será contraparte del contrato de difusión con los medios: el *anunciante, la agencia en representación y por cuenta del anunciante* o la *agencia en nombre propio* pero por cuenta del anunciante.

el esquema contractual previsto proyecta una causa mixta (cf. art. 533.17) sobre un común denominador locativo de obra, que no de servicios (art. 533.16, a pesar de su desacertada redacción). Por otro lado, aunque es cierto que en los contratos de reclamo y permuta publicitarios tiene fuerza configuradora la licencia de explotación sobre bienes inmateriales, no lo es menos que estos bienes pueden y suelen ser de los tradicionalmente integrados en la propiedad intelectual —incluso, en los derechos de la personalidad— no pareciendo prudente que su negociación deba incluirse en un Capítulo —V del Título III— que pretende la *reconstrucción sistemática de los distintos elementos normativos ya existentes para las distintas modalidades de propiedad industrial* (EM VI-73)¹⁴.

3. DE LA OMISIÓN DE UNAS DISPOSICIONES GENERALES.

La vigente LGP, en contraste con el Anteproyecto, abre su Título III con un primer capítulo que establece una serie de *disposiciones generales* aplicables a cualquier contrato publicitario.

Declara contundente el art. 7 LGP que lo dispuesto en dicho Título *será de aplicación a todos los contratos publicitarios, aun cuando versen sobre actividades publicitarias no comprendidas en el art. 2*. Luego, salvada la aplicación inmediata y directa de las normas específicas (Título III de la LGP), los contratos publicitarios se regirán por las reglas generales del Derecho Común, sea comercial o no la publicidad objeto de contratación (art. 7 LGP).

Las demás disposiciones generales van referidas a las clásicas definiciones de los sujetos de la contratación —anunciantes, agencias y medios— (art. 8 LGP), al desubicado reducto legal de un otrora principio de autenticidad publicitaria —deber de deslinde publicitario *vs.* informativo impuesto a los medios y de identificación de la publicidad, impuesto al anunciante— (art. 9 LGP), al reconocimiento legal de un indisponible derecho de control del anunciante sobre la ejecución publicitaria (art. 10 LGP), a la proscripción de cláusulas contractuales de exoneración, imputación o limitación de la responsabilidad frente a terceros (art. 11 LGP) y a la determinación legal de la neutralidad de cualquier cláusula garante del rendimiento económico o de los resultados comerciales de la publicidad, o previsor de la exigencia de responsabilidad por esta causa (art. 12 LGP).

La omisión —indudablemente consciente— en el Anteproyecto de estas disposiciones generales ha de interrogar al intérprete acerca de su porqué¹⁵, tratando de indagar si de algún otro modo perviven, total o parcialmente, en el proyectado esquema legal o si, por el contrario, se trata de una erradicación de sus consecuencias normativas.

¹⁴ De esta injerencia de los mercantil sobre «ámbitos que le son ajenos» se ha hecho eco crítico el Dictamen del Consejo de Estado (837/2014, de 29 de enero de 2015) sobre el Anteproyecto .

¹⁵ De forma indiscriminada y global se ha censurado su existencia, invocando su falta de sistematicidad, insuficiencia e inadecuación a los tipos sociales de la contratación publicitaria; su razón de estar en la LGP, se añade, parece encontrarse en un capricho legislativo (VEGA VEGA, J.A., “La contratación publicitaria...”, *op. cit.*, pp. 1986-1987).

3.1. **Ámbito objetivo de aplicación**

La LGP, sabedora de la reducción funcional que en su art. 2 hace del concepto de publicidad, precisa que el régimen legal de la contratación publicitaria —Título III— será de aplicación a todos los contratos publicitarios, aun cuando versen sobre actividades publicitarias no comerciales (art. 7 *in fine*)¹⁶.

La '*forma de comunicación*' que constituye '*publicidad*' a efectos de la LGP, según su art. 2 (Título I), se constriñe teleológicamente a la que representa una actividad de concurrencia en el mercado que, como tal, se regirá por la propia LGP, por la LCD y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias (art. 1 LGP). De ahí que la LGP se integre, junto con la LCD, LDC, LGDCU o LCGC, en el “círculo más externo del marco jurídico regulador de la actividad empresarial o económica en general”¹⁷.

Sin embargo, el Título III de la LGP —*De la contratación publicitaria*— no responde ni tiene por qué responder a la misma delimitación funcional-finalista del art. 2, como bien destaca el art. 7 LGP. La especificidad de los contratos publicitarios que pudiera justificar su particularización legal no deriva de encontrarse en función de la publicidad comercial, sino del hecho de servir a una industria, la publicitaria, y al sector del mercado donde se desarrolla. “Servir a esta industria” significa “estar a propósito” para el desarrollo del tráfico en el mercado publicitario a fin de instrumentar o ejecutar la publicidad (cf. art. 8 LGP), con independencia de cuál sea el carácter y contenido de la información publicitaria (art. 7 *in fine* LGP).

A efectos del régimen jurídico de la contratación publicitaria, la publicidad no interesa por su contenido sino como específica técnica y forma de comunicación persuasiva de mensajes interesados —polivalente en su funcionalidad al servicio de diversos intereses (comerciales, institucionales, políticos, culturales...)— sobre la que se asienta y articula un tráfico organizado empresarialmente que reclama una especialidad, no por los mensajes sobre los que la publicidad pueda articularse, sino por el *modus operandi* del sector publicitario¹⁸.

En ese preciso entendimiento —es pensable— el Anteproyecto escinde de la LGP el Título III (*disposición derogatoria única.3.5º*), incorporando el régimen de los contratos publicitarios a su Libro V (Capítulo III, Título III) con absoluta desconexión

¹⁶ Alguna doctrina ha criticado la bipolarización de la LGP al respecto (*vid.* VEGA VEGA, J.A., “La contratación publicitaria...”, *op. cit.* pp. 1998-2000 y autores citados en n. 24).

¹⁷ Escribe ALONSO ESPINOSA que «el 'espíritu y finalidad' de la norma presente en este art. 2º LGP y en el art. 3º LCD [...] es incluir en su ámbito de aplicación toda suerte de actividad publicitaria realizada por un operador económico en el ejercicio de su actividad [...] siempre que se trate de una actividad de mercado y con fines concurrenciales» (“Nociones jurídicas básicas. Derecho de la Publicidad” en VV.AA., *Derecho de la Publicidad*, LÁZARO SÁNCHEZ, E.J. (coord.), Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 35-36).

¹⁸ Como escribe GARCÍA PÉREZ, esto no significa que los contratos publicitarios no hayan de integrarse o completar su régimen jurídico, en su caso, con las normas de pertinente aplicación según el tipo de publicidad y la condición o estatuto del anunciante o del medio de difusión (“Artículo 9º”, en VV.AA., *Comentario a la Ley General de Publicidad*, LÁZARO SÁNCHEZ, E.J. (coord.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 199-232, esp. p. 231).

del régimen legal de la publicidad como acto —típico— de concurrencia en el mercado; régimen subsistente en la LGP cuya derogación no se pretende.

No parece, pues, que esté de más una norma que clarifique el ámbito objetivo de aplicación del régimen legal de la contratación publicitaria, haciéndolo en función de la particularidad de la industria publicitaria y de sus modos de operar en el sector del mercado donde se desarrolla, con independencia del contenido de la publicidad sobre la que verse. En su ausencia, no obstante, podría seguir sosteniéndose semejante consideración sobre la base del traslado de ese régimen al Código Mercantil, al segregarlos de la LGP y quedar funcionalmente delimitada la publicidad por esta Ley a sus únicos efectos (art. 1º LGP).

3.2. Integración legal del régimen de los contratos publicitarios

El particular diseño legal en la LGP de los individuales contratos publicitarios resulta precario, incluso hoy. Esta insuficiencia no es subsanada por el Anteproyecto que, además de suprimir las tradicionales *disposiciones generales* aplicables a cualquiera de ellos, se limita prácticamente a transponer sus actuales elementos descriptivos y a conformar mínimamente el esquema contractual. Tampoco puede alardear el Anteproyecto de generosidad normativa en relación con los nuevos modelos contractuales —reclamo y permuta publicitarios—.

La proyectada omisión del art. 7 LGP, junto con la del art. 50 Cco, del que aquel es fiel trasunto, no podría nunca interpretarse en el incoherente sentido de bastarse y sobrarse por sí solo el Capítulo III, Título III, Libro V del Anteproyecto para conformar con plenitud el régimen jurídico de los contratos publicitarios.

Indiscutiblemente, el programa contractual vendrá determinado por la voluntad de las partes —erigida en ley fundamental del contrato (art. 1091 Cc)—, las cuales podrán fijar las estipulaciones, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral ni al orden público (art. 1255 Cc)¹⁹. El carácter dispositivo de las normas que regulan los contratos mercantiles, predicado por el Anteproyecto (art. 411-1), otorga considerable amplitud al juego de la autonomía de la voluntad que, en todo caso, deberá frenarse ante los preceptos configuradores del contenido que representa la esencia del respectivo tipo contractual, los determinantes de su carácter mercantil y aquellos otros que se auto-declaren imperativos.

El contrato publicitario, una vez perfeccionado, obligará no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley (art. 1258 Cc). Su necesaria conformidad con la Ley hace que resulten directamente aplicables e integren el contenido contractual las disposiciones legales no desplazadas válidamente por la voluntad de las partes: *específicas* del concreto contrato publicitario de que se trate; *generales* de cualquier contrato —particulares de la contratación mercantil o, en su defecto, genéricas del tipo contractual abstracto previsto en los arts. 1254 y siguientes

¹⁹ En cuanto al juego de estos límites en la contratación publicitaria, *vid.* GARCÍA PÉREZ, C., “Régimen general de la contratación publicitaria”, *op. cit.*, pp. 68-74.

Cc—; y *propias del contrato de base* respecto del cual el publicitario solo represente una mera especialidad derivada del modo de ser la actividad económica a cuyo servicio se encuentra²⁰.

En los contratos de creación y difusión publicitarias este tipo contractual de referencia no es otro que el arrendamiento o contrato de obra, especializado por el fin empírico perseguido por las partes —logro de un resultado publicitario a cambio de contraprestación— en el marco de la actividad económica que el contratista realiza en el mercado. Esta especialización del contrato de obra *por razón de la materia* se concreta por el Anteproyecto en las particulares y específicas disposiciones de las secciones 2ª y 3ª del Capítulo III, Título III, Libro V, a pesar de su enclave sistemático.

No puede afirmarse lo mismo, contundentemente, respecto del contrato de publicidad, cuyo esquema contractual descrito por la ley (art. 13 LGP) y expandible por la voluntad de las partes no permite predecir categóricamente una unívoca naturaleza jurídica. Su condición de contrato «comodín»²¹, que conjunta cualquier prestación propia de la pericia de la agencia de publicidad —incluida la creación publicitaria (arts. 13.Pf.º LGP y 533-1.2 Anteproyecto)— con la imprescindible ejecución de la publicidad *por cuenta del anunciante*, hace que su esquema contractual pueda responder y responda también, en mayor o menor medida, al propio de un arrendamiento de servicios —publicitarios—.

En relación con los contratos de reclamo y permuta publicitarios, incluso con el de patrocinio según la proyectada reformulación de su régimen legal, la determinación del tipo contractual base o de referencia pasa por precisar la naturaleza jurídica del contrato en cuestión, según el básico esquema contractual diseñado por los arts. 533-11 a 533-18 del Anteproyecto [sobre el particular se volverá *infra* 4.2 y 5].

3.3. Sujetos de la contratación publicitaria

La LGP reconoce y define tres ‘tipos’ de ‘personas’ que típicamente intervienen en la contratación publicitaria: *anunciantes, agencias y medios* de publicidad²². La condición de tales se conecta básicamente con el dato de responder a los parámetros determinantes de ser parte en los típicos contratos publicitarios, asumiendo sus prestaciones típicas.

(i) El *anunciante* es la “personal natural o jurídica *en cuyo interés se realiza la publicidad*” (art. 8 LGP), lo cual implica *tener la iniciativa y asumir la responsabilidad*

²⁰ La EM de la LGP declara que “en el Título III, constituido por normas de derecho privado, se establecen aquellas *especialidades de los contratos publicitarios* que ha parecido interesante destacar *sobre el fondo común de la legislación civil y mercantil*”. En supuesta consonancia, el art. 7 LGP viene a determinar una primacía de la ley especial sobre la general, referida esta última al Derecho Común, si bien en términos de subsidiariedad, que no de integración. Para una exégesis de este precepto —art. 9 antes de su re-numeración por la Ley Ley 29/2009, de 30 diciembre—, *vid.* GARCÍA PÉREZ, C., “Artículo 9”, *op. cit.*, pp. 199-232.

²¹ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Contratos publicitarios”, en VV.AA., *Contratos mercantiles*, CUESTA, J.M. de la, (dir.), t. I, 1ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 433-445, esp. p. 443.

²² Aunque critica el “carácter asistemático del tratamiento de los sujetos publicitarios en la LGP”, SANTAELLA admite la primacía que esta les otorga como “elemento(s) subjetivo(s) de los negocios jurídicos publicitarios de naturaleza contractual” (SANTAELLA, M., *Derecho de la publicidad*, *op. cit.*, p. 134).

de la realización publicitaria, *ordenando* su planificación, creación y ejecución. Como tal, devendrá *emisor* de la comunicación publicitaria, cuya responsabilidad jurídica asume en todo caso por estarle reconocido el derecho indisponible de controlar su ejecución (art. 10 LGP).

El anunciante viene a ser parte esencial en el genuino ‘contrato de publicidad’, más que probable, en el de creación publicitaria y, en todo caso, la persona por cuya cuenta se contrata la ejecución publicitaria, hágase o no en su nombre (art. 13 en relación con el 8, ambos LGP).

(ii) Las *agencias de publicidad* son los *empresarios* cuya actividad de tráfico organizado consiste en *instrumentar la publicidad en todas o en algunas de las etapas del proceso publicitario* (preparación, programación, creación) o en *ejecutarla* según las órdenes del anunciante por cuya cuenta actúan” (art. 8 LGP).

Las agencias resultan ser, así, parte esencial del ‘contrato de publicidad’ (art. 13 LGP) y parte probable de los contratos de creación y difusión publicitarias (arts. 17 y 20 LGP).

(iii) Los *medios de publicidad* son los *empresarios* o *profesionales* de la difusión publicitaria, realicen esta actividad en exclusiva o no, dada su condición de titulares de los soportes comunicativos (art. 8 LGP).

Los medios devienen, así, parte esencial del contrato de difusión publicitaria, obligándose frente a la contraparte (anunciante/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” (art. 17 LGP).

No parece un acierto que el Anteproyecto prescinda de tales descripciones normativas (quizá la del medio de publicidad resulte la más indiferente), habida cuenta de la integración que implican en el propio esquema contractual, por no decir de la aclaración que aportan en orden a precisar cuestiones de legitimación procesal en caso de conflicto por publicidad ilícita²³.

Resulta indiscutida la legitimación procesal pasiva de los anunciantes en todo caso de ilicitud publicitaria. Sin embargo, en no pocas ocasiones, la cuestión litigiosa preliminar se ha centrado en determinar la condición de tales que pueda corresponder a ciertos sujetos beneficiados por la publicidad. De ordinario se viene concluyendo, con base en los arts. 8 y 10 LGP, que anunciante solo es aquel que, por su interés directo en la publicidad, tiene la iniciativa de su realización y comunicación, controlando su ejecución.

En la SAP Barcelona (Sec. 15ª) 24 mayo 1995 (*RJC-Jurisprudencia* IV-1995, pp. 125s.), se declara que ser la persona *en cuyo interés se realiza la publicidad* (‘anunciante’ ex art. 10 [hoy, art. 8] LGP) es lo mismo que ser el “verdadero *dominus* y principal responsable en el proceso de comunicación publicitaria”. Según la SAP Madrid (Sec. 28ª), 23 octubre 2009 (AC 2010\130) “no cualquier beneficiado por el anuncio o interesado en el acto publicitario... goza de

²³ No parece opinar así VEGA VEGA (“La contratación publicitaria...”, *op.cit.*, p. 2001), para quien nada de interés aporta este art. 8 LGP «que no sea la mera enumeración y somera definición de posibles intervinientes en un contrato publicitario», deduciendo que el afán definidor del precepto «sirve exclusivamente para fijar el *nomen* y aclarar las funciones y el ámbito de actuación de estos participantes en los contratos».

legitimación pasiva”; citando la STS 26 julio 2007 [...], concluye que “sólo —goza de legitimación pasiva— el *interesado que impulsa el acto publicitario y tiene la posibilidad de controlar la ejecución de la campaña de publicidad* y, en consecuencia, de cesar en la conducta ilícita, esto es, *aquél en cuyo interés se realiza la publicidad*”²⁴

Esta interpretación razonable podría desvanecerse con la desaparición de los dos preceptos sobre los que se ha venido sosteniendo, los arts. 8 y 10 LGP, que el Anteproyecto omite.

En cuanto a la descripción legal de las agencias de publicidad, la coordinación del art. 8 con el art. 13, ambos de la LGP, es la que mejor permite diferenciar la dualidad de sus más características prestaciones en los contratos en que son parte: por un lado, idear las acciones precisas y disponer las actuaciones necesarias del proceso publicitario, por otro, ejecutar la publicidad, materializándola y consumándola a través de su difusión. El art. 8 LGP precisa un rasgo de la manera concreta de operar las agencias, en relación con la segunda de esas prestaciones, para alcanzar el fin propuesto: su actuar siempre por cuenta del anunciante, hágalo en nombre propio o de éste. La ejecución de la publicidad —según su proyecto aprobado por el anunciante— implica la actuación gestora por la agencia de los correspondientes contratos con terceros (medios de publicidad, productores de videogramas o de fonogramas, o cualquier otro realizador de material publicitario) que, sin duda, podría celebrar el propio anunciante sin la mediación de la agencia (v. gr. art. 17 LGP).

De ese modo es como el art. 8 LGP precisa y aclara que la intervención de la agencia de publicidad en el contrato de difusión —o, habría que añadir, en cualquier otro de ejecución publicitaria— se ha de entender realizada siempre por cuenta del anunciante, actúe o no en su nombre.

3.4. Deberes de deslinde e identificación de la publicidad

Según el art. 9 LGP, *los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios.*

El enclave sistemático del precepto —ubicado hoy en el capítulo I del Título III de la LGP (*Disposiciones generales de la contratación publicitaria*) — podría llevar a pensar que tales deberes son de base contractual y que *en principio* protegen directamente el interés privado de la contraparte a cuya tutela sirven y a la que corresponde, por tanto, la exigibilidad de su cumplimiento. Pero considerando su devenir histórico²⁵ y a la luz de la legalidad vigente, cabe mejor interpretar que, ante

²⁴ En contrapunto, vid. SAP Córdoba (Sección 3ª) de 9 noviembre de 2007 (AC\2008\148). A pesar de subrayar que “anunciante será el interesado en la realización de la publicidad, *generalmente quien celebra el contrato publicitario* en cualquiera de sus modalidades y, en consecuencia, el dueño de la comunicación publicitaria”, concluyó la Audiencia que *deberán tener la cualidad legal de anunciantes a efectos de soportar una acción de cesación por publicidad engañosa los interesados en y los beneficiarios de la comunicación publicitaria*”.

²⁵ El derogado Estatuto de 1964 determinaba contundentemente que «en el ejercicio de toda actividad publicitaria deberán ser observados los principios de... *autenticidad*» (art. 6º). En aplicación y desarrollo

todo, se trata de deberes legalmente establecidos en desarrollo del derecho fundamental de comunicar y recibir libremente *información veraz* [art. 20.1.d) CE], transmutando el primigenio significado jurídico que pudiera atribuírseles como vestigio de un abandonado principio de autenticidad publicitaria, causa autónoma de ilicitud de la publicidad que lo contraviniera.

Medios de difusión y anunciantes son emisores, y como tales responsables, de los mensajes que comunican. En la *comunicación informativa*, el medio es el *emisor* de la información que transmite, la cual malamente puede ser *veraz* si no la 'deslinda perceptiblemente' de los contenidos publicitarios con que pudiera mezclarse. En la *comunicación publicitaria*, el medio no es más que el titular de los vectores de conexión entre su destinatarios y el anunciante, verdadero *emisor* de la información publicitaria que difícilmente puede ser *veraz* si, de entrada, no 'revela inequívocamente' su condición de tal.

Reconducido hoy el régimen represivo de la publicidad ilícita al propio de la competencia desleal (arts. 18 y 32 LCD) y el de la encubierta, al propio de la publicidad engañosa por omisión (arts. 3 LGP y 7 y 26 LCD), no parece descabellada la supresión que pretende el Anteproyecto de este desubicado precepto —art. 9 LGP—, sin perjuicio de la conveniencia de sopesar su adecuada reubicación en otra sede normativa más idónea (cf. arts. 6.5, 13.1 y 14.2 LGCA y arts. 7 y 26 LCD).

3.5. Derecho del anunciante al control de la ejecución publicitaria

Según el art. 10.Pº 1º LGP, *el anunciante tiene derecho a controlar la ejecución de la campaña de publicidad*. Hablar de 'ejecución de publicidad'²⁶ significa "hacerla efectiva", produciéndose la realización publicitaria y el resultado comunicativo. Dado que esa ejecución se concertará siempre por cuenta del anunciante en cuyo interés se realiza la publicidad (art. 8 LGP), contrátese o no en su nombre, no puede menos que venirle legalmente reconocido el derecho de controlar la ejecución de la publicidad.

Este derecho se le reconoce *imperativamente* de forma *indisponible*²⁷. Sobre la indisponibilidad de este derecho se asienta el *deber* del anunciante *de desvelar*

de este principio, su art. 9º reconocía el *derecho del público* «a que toda actividad publicitaria se *identifique fácilmente* como tal actividad» y el correlativo deber de los medios de difusión de «*deslindar perfectamente (sic)* las afirmaciones hechas dentro de su función general de información y las que hagan como simples vehículos de publicidad».

La LGP mutiló la proclama del principio de *autenticidad* y la de un *derecho del público* en todo caso a la fácil identificación publicitaria, a pesar de lo cual transcribió el deber de los *medios* de 'deslindar perceptiblemente *las afirmaciones publicitarias de las efectuadas dentro de su función informativa*', añadiendo el de los *anunciantes* de 'desvelar inequívocamente' el carácter publicitario de sus anuncios. Curiosamente, la norma que impone tales deberes se entrelaza sistemáticamente con 'otras' *disposiciones generales* de la contratación publicitaria.

²⁶ El precepto se refiere literalmente a 'ejecución de la campaña de publicidad', entendible ésta como organización secuenciada y estratégica de actuaciones publicitarias proyectada hacia la óptima y eficaz comunicación de la publicidad. No obstante, esa referencia heredada del Estatuto de 1964 (art. 27) puede hoy interpretarse extensivamente como comprensiva de cualquier 'proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario' (cf. art. 20 LGP). En este sentido también, VEGA VEGA, J.A., "La contratación publicitaria...", *op. cit.* p. 2015.

²⁷ Reformulando extremos ya considerados por el art. 27 del Estatuto de 1964, el art. 10 LGP omite la referencia a la *nulidad* de la *renuncia previa* de este derecho, lo cual se justifica en la estimación de su

inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios (art. 9 LGP) y, en todo caso, su condición de legitimado pasivo frente al ejercicio de acciones derivadas de una eventual publicidad ilícita.

El art. 10.PPº 1º LGP trasciende la relatividad del contrato (art. 1257CC) estableciendo imperativamente un derecho del anunciante a controlar la ejecución de su publicidad *en todo caso*, incluido aquel en que no sea parte formal del contrato celebrado por 'su cuenta' con terceros 'ejecutores' de su publicidad.

La referencia de los párrafos 2º y 3º del art. 10 LGP al “control de la difusión por los medios” se entiende hecha en esa concreción por la magnitud que comporta y su dificultad de realización. A ese efecto, tal control se garantiza a través de organizaciones sin ánimo de lucro consideradas idóneas por agrupar a las distintas entidades del sector y resultar avalada su información por su aceptación general y transparencia de datos. Pero *esta comprobación se hará en régimen voluntario* (art. 10 *in fine*), dado que obviamente el control de difusión puede ser directo o indirecto, es decir, puede ser realizado por el propio anunciante o por quien éste designe, normalmente agencias de publicidad y/o agencias de medios que actúan por su cuenta.

No parece justificada, pues, la supresión del reconocimiento legal del derecho indisponible del anunciante a controlar la ejecución de su publicidad, sin que sirva de justificación el hecho de incluirse un apartado tercero en el art. 533-2 del Anteproyecto reconociéndole el *derecho a supervisar la ejecución* de la campaña de publicidad. Tal derecho (aun asignándole una sinonimia funcional con el de control) se contrae inexplicablemente al ámbito del contrato de publicidad, no siendo este el único a través del cual se ejecuta la publicidad del anunciante (*v. gr.*, sobre todo, el contrato de difusión publicitaria).

Tampoco parece asimilable el *derecho de control* del anunciante *ex* artículo 10.PPº 1º LGP al de *recabar información y de inspección* durante la ejecución del contrato, reconocido al comitente de la obra por el art. 523.1 del Anteproyecto. Salvada incluso la desubicación de los publicitarios entre los contratos de tal tipo, la asimetría entre ambos derechos se revela en la limitación funcional del segundo respecto del primero. El *derecho de control* del anunciante implica su capacidad de influir en la ejecución de la publicidad dando órdenes, directrices e incluso imponiendo vetos a su ejecución. Por el contrario, el de *información e inspección* del comitente de obra parece limitarse a una mera supervisión o captación de información que el contratista ha de facilitar (artículo 522-2 Anteproyecto). Este límite funcional es el que también parece desprenderse de los términos del art. 533-2 del Anteproyecto en relación con el contrato de publicidad.

indisponibilidad contractual, sin perjuicio de que el anunciante haga o no dejación de su ejercicio, o, en su caso, lo delegue (vid. GARCÍA PÉREZ, C., “Artículo 9”, *op. cit.*, esp. p. 207). Según VEGA VEGA, a pesar de no imponerse «un carácter imperativo e irrenunciable de esta facultad, [...] habida cuenta que es un derecho inherente al propio contenido obligacional, tampoco podría ser objeto de renuncia, ya que ello supondría dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes, con infracción de lo prevenido en el art. 1256 CC» (“La contratación publicitaria...”, *op. cit.* p. 2023).

3.6. Cláusulas contractuales nulas o neutras

Los arts. 11 y 12 de la LGP establecen dos disposiciones generales a través de las cuales se limita la voluntad contractual (art. 11) y el resultado objetivamente alcanzable a través de los contratos publicitarios (art. 12 LGP).

(i) El art. 11 LGP prohíbe incluir «*cláusulas de exoneración, imputación o limitación de la responsabilidad frente a terceros en que puedan incurrir las partes como consecuencia de la publicidad*» (art. 11 LGP). Dicho de otro modo, se prohíben los pactos por virtud de los cuales la responsabilidad frente a terceros se desplace, distribuya o limite por y entre las partes contractuales.

La desaparición del precepto nada supondría de cara a la eficacia externa de un pacto semejante, que sería del todo inoponible a terceros con base en la relatividad del contrato (art. 1257 CC) y lo indisponible, a tal efecto, de la responsabilidad en que pudieran incurrir las partes del contrato publicitario.

Sin embargo, en el ámbito interno, el suplemento normativo que el precepto añade (más allá de lo deducible de la disciplina general de los contratos) es la prohibición de modular o distribuir *internamente* el régimen de responsabilidad frente a terceros *en que puedan incurrir las partes como consecuencia de la publicidad difundida*. Representa un límite a la libertad contractual al resultar ineficaz, por prohibida, cualquier cláusula de desplazamiento, alteración o limitación *inter partes* de las consecuencias de la responsabilidad frente a terceros de modo que, una vez resarcidos estos, pudiera jugar entre ellas distinto criterio de atribución, con sus consecuentes reintegraciones o reembolsos.

La ausencia en el Anteproyecto de una disposición semejante a la del art. 11 LGP determinaría, sin duda, que una estipulación como la de la especie resultaría amparada por el art. 1255 CC e implicaría una merma de la máxima diligencia —hasta ahora— exigida a quienes operan en este sector del mercado, al permitirles el desplazamiento interno del riesgo de responsabilidad frente a terceros.

(ii) El art. 12 LGP determina que «*se tendrá por no puesta 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*». Tal garantía o responsabilidad pesaría —es obvio— sobre el contratante obligado a la prestación propiamente publicitaria.

El precepto parte de la base de ser los publicitarios contratos tendentes a producir un resultado y destaca lo ajeno al resultado publicitario del grado de eficiencia comercial alcanzable por la publicidad difundida. El «resultado publicitario» objeto del contrato se detiene en la «realización/difusión publicitaria», alcanzándose con ella, sin que el éxito comercial de la publicidad forme parte del nivel de riesgo económico-contractual controlable por las partes. Sólo la certeza de la «realización/difusión publicitaria» constituye el resultado esperable sobre el que basar eventuales reclamaciones por incumplimiento (cf. arts. 15,16, 18 y19 LGP).

Consecuentemente, el eventual pacto que, directa o indirectamente, garantice una eficiencia económica o comercial de la publicidad o la posible exigencia de responsabilidad por su defecto se tendrá por no puesto²⁸.

La ausencia en el Anteproyecto de una disposición semejante a la del art. 12 LGP podría suscitar la propia duda sobre la posible conversión del típico contrato publicitario, por esencia conmutativo, en contrato aleatorio²⁹.

4. DE ALGUNAS OMISIONES Y OTROS AÑADIDOS.

El Anteproyecto —arts. 533.3, 533.4, 533.6 y 533.7— transpone casi literalmente el régimen *ex* LGP de incumplimiento del contrato de publicidad y de difusión publicitaria, haciendo extensivo el de aquel al contrato de creación publicitaria en la medida que no resulte incompatible con la naturaleza de este (art. 533.10). Por otro lado 'retoca', con añadidos, el esquema legal del contrato de publicidad (art. 533.2), con omisiones significativas, el contrato de creación publicitaria (arts. 533.8 y 533.9) y considerablemente, el contrato de patrocinio (Sección 4ª, art. 533-11 a 13).

4.1. Contratos de publicidad y de creación publicitaria

Respecto del contrato de publicidad, el art. 533.2 —*obligaciones de las partes*— precisa la diligencia exigible a la agencia en el cumplimiento de la prestación propia, que será la *requerida por la índole del objeto contractual*³⁰, que no es otro que la *instrumentación* de la publicidad en alguna de sus etapas y su *ejecución* (art. 533.1 LGP).

El mismo precepto, en su apartado tercero, reconoce el derecho del anunciante a supervisar la ejecución de la campaña de publicidad y la correlativa obligación de la agencia de *suministrarle la información precisa a tal fin y de seguir sus instrucciones con arreglo a los términos pactados en el contrato* (vid. *supra* 3.5).

En cuanto al contrato de *creación publicitaria*, los arts. 533-8 y 533-9 omiten, el primero de ellos, su carácter oneroso y el segundo, el presuntivo *iuris tantum* de la cesión en exclusiva al comitente (anunciante o agencia) de los derechos de explotación de las creaciones publicitarias para los fines previstos en el contrato.

²⁸ No cabe confundir tal pacto con aquel otro por el cual pudiera determinarse la contraprestación debida al publicitario (agencia, creativo...) mediante su participación en los resultados prósperos de la publicidad, cuya admisión es defendida por NAVARRO CASTRO, M., "Artículo 14", en *Comentario a la Ley General de Publicidad*, cit., pp. 309-313, esp. p. 312. La rechaza indiscriminadamente, sobre la base de ser una vía indirecta de lograr en fraude de ley el fin prohibido por el precepto, VEGA VEGA, J.A., "La contratación publicitaria...", *op. cit.* p. 2031.

²⁹ Esta conversión es la que precisamente trata de impedir el art. 12 LGP, según PÉREZ DE LA CRUZ, A., "Contratos publicitarios", en VV.AA., *Curso de Derecho mercantil*, URÍA, R. y MENÉNDEZ, A. (dirs.), t. II, 2ª edición, Civitas, Barcelona, 2007, pp. 267-274, esp. p. 269.

³⁰ El precepto determina, literalmente, que «la agencia de publicidad deberá realizar la prestación objeto del contrato con la diligencia requerida por la índole de aquél». El empleo pronominal de este demostrativo tildado hace pensar que el redactor del Anteproyecto trata de evitar el riesgo de ambigüedad que de su uso sin tildar pudiera derivarse. Sin embargo, no se adivina que otro sustantivo masculino pueda ser el referente de 'aquél' sino el 'objeto del contrato'.

La omisión en el art. 533-8 de la referencia a la prestación de la parte ordenante de la creación publicitaria —*a cambio de una contraprestación*— no puede entenderse sino como involuntaria, achacable a un mero lapsus de transcripción, ya que no se concibe que en este contrato de obra publicitaria el ordenante (anunciante/agencia) no se obligue en correlativa contraprestación con la parte creativa.

Lo mismo pudiera pensarse de la omitida reseña en el art. 533-9 al carácter *iuris tantum* de la presunción de cesión en exclusiva al ordenante de los derechos de explotación de las creaciones publicitarias, ya que esa desaparición por sí sola no convierte la presunción en *iuris et de iure*. Según el art. 385.3 LEC «las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba»; prohibición que el art. 533-9 del Anteproyecto no contiene. Por tanto, no parece un destacado defecto merecedor de reforma el hecho de abundar para el caso en lo que el régimen procesal determina; donde hay abundancia disminuye la duda interpretativa.

El precepto que clausura la Sección 3ª —art. 533.3— hace extensivo al contrato de creación publicitaria, en lo que no le sea incompatible, el régimen de incumplimiento previsto para el contrato de publicidad. El distinto fin empírico perseguido por las partes, su diferente programa contractual y la inexplicable traslación casi literal (arts. 533-3 y 533-4 Anteproyecto) de unos preceptos —arts. 15 y 16 LGP— sobradamente criticados por sus defectos de técnica legislativa [vid. *infra* 4.3] hacen censurable que, sin más, estos se declaren aplicables *mutatis mutandis* al incumplimiento del contrato de creación publicitaria.

4.2. Contrato de patrocinio

El Anteproyecto amplía algo el esquema contractual del *contrato de patrocinio publicitario*, determinando algunas de las obligaciones de las partes (art. 533-12) y los requisitos del eventual pacto de exclusividad y de prioridad (art. 533-13), pero mutila la remisión legal a las normas del contrato de difusión publicitaria en cuanto le sean aplicables (cf. art. 22 *in fine* LGP).

Desde un planteamiento más elemental que el del art. 533-11 del Anteproyecto, pero según sus términos, el patrocinio vendría a ser el contrato por el que un sujeto —patrocinado— se obliga a *colaborar en la publicidad* de otro —patrocinador— *a cambio de una contribución económica* (dinero o bienes susceptibles de tal valoración) destinada a financiar la actividad propia de aquel.

El fin práctico y económico perseguido por el esquema contractual se proyecta, pues, hacia el establecimiento de una divulgable asociación ideológica entre la actividad patrocinada y la imagen corporativa del patrocinador. A tal fin, el patrocinado se obliga a promocionar dicha asociación a cambio de la contribución económica asumida por el patrocinador en espera de un razonable “retorno publicitario”³¹.

³¹ Sobre la caracterización y causa de este contrato, vid. SÁNCHEZ RUIZ, M., “Contrato de patrocinio”, en *Los contratos publicitarios, op. cit.*, pp. 261-298, esp. pp. 277-281.

La naturaleza del contrato de patrocinio, incluso hoy, resulta no poco controvertida a través del prisma del art. 22 LGP, del que no obstante se ha inferido su carácter de contrato *consensual, oneroso, sinalagmático y conmutativo*, aunque difícilmente remisible, en cuanto al régimen de obligaciones de las partes, a las propias del contrato de difusión. Haciéndose eco de las críticas doctrinales sobre la remisión legal a este contrato —segundo párrafo del precepto—, el Anteproyecto la omite pero sin arrojar más luz sobre la naturaleza del patrocinio, dada la precaria configuración del básico esquema contractual y la introducción de un elemento perturbador como es el posible pacto de participación del patrocinador *en los beneficios económicos obtenidos por el patrocinado como consecuencia de la actividad patrocinada* (art. 533-12). Pacto este que, de incluirse, hace que devenga aun más compleja la naturaleza jurídica del contrato.

Se introduce a cargo del patrocinado una obligación de rendir cuentas al patrocinador (art. 533-12.2) que requeriría una mayor concreción, por no decir una discriminación de casos de procedencia, habida cuenta de que, básicamente y salvo pacto en otro sentido, el interés del patrocinador gestionado por el patrocinado es únicamente el publicitario de divulgar la asociación entre ellos en lo tocante a la actividad de este; divulgación de la que el patrocinador sólo puede razonablemente esperar el correspondiente “retorno publicitario”, por lo demás imposible de garantizar en función de objetivos consolidables a favor del patrocinador (art. 533-12.1)

Por otro lado, los eventuales pactos de exclusiva y de prioridad (art. 513-3) parecen reclamar mayor atención que la mera exigencia legal de su acuerdo expreso.

4.3. Incumplimiento contractual

La traslación casi literal del régimen de incumplimiento de los contratos de publicidad (extendido en el Anteproyecto al de creación) y de difusión publicitaria puede considerarse como una omisión injustificable del deber legislativo de armonizar estos preceptos con el ideario europeo y la más actual doctrina civil sobre el incumplimiento contractual y la derivable responsabilidad, en su caso³².

Los preceptos trasladados (arts. 15-16 y 18-19 LGP) han sido objeto de no pocas críticas por parte de la doctrina³³ como para prescindir ahora de una reconsideración de su contenido normativo.

Las normas de la contratación, generales (1124 Cc) o propias (art. 1594 Cc), que supuestamente inspiran los correspondientes preceptos y los principios y reglas que los

³² Entre otros, PANTALEÓN PRIETO, F., “Resolución por incumplimiento e indemnización”, *ADC* 1989, vol. 42, núm. 4, pp. 1143-1168 y “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *ADC* 1993, vol. 46, núm. 4, pp. 1719-1745; SOLER PRESAS, A., “El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS 1ª de 15-11-94)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, núm. 2, 1995, pp. 951-970; MORALES MORENO, A.M., *La modernización del derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2007; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Aranzadi- Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, esp. Parte cuarta, capítulos 17 a 24; ASÚA GONZÁLEZ, C., “Artículo 1101”, en VV.AA. *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ, R. (coord.), t. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8058-8070; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 1124”, en *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, pp. 8213-8261.

³³ Se hace eco de tales críticas, compartiéndolas, MARCO ALCALÁ, L.A., “La contratación publicitaria (I)...”, *op. cit.*, pp. 2099 (n. 152) - 2100 y 2146-2148.

subyacen, resultan bastante enmascaradas por el uso de términos de difuso significado jurídico y por el abuso de referencias generalistas a una imputabilidad del incumplimiento, con base en un obrar 'injustificado'.

(i) Respecto del *contrato de publicidad*:

— El art. 15 LGP (trasladado literalmente al art. 533-3) contrae su supuesto de hecho al *cumplimiento inexacto* por la agencia de su correspondiente prestación, dado el desajuste de la publicidad «*en sus elementos esenciales*» con las previsiones contractuales o con las instrucciones expresas del anunciante. Se trata, pues, de un eventual cumplimiento defectuoso del contrato por no respetar la agencia los presupuestos fundamentales de su prestación. En tal caso, queda a elección del anunciante exigir su cumplimiento forzoso —total o parcial— según lo pactado o instruido, es decir, la correcta realización de la prestación desajustada, o bien una rebaja de su contraprestación (*quanti minoris*).

Optar por el cumplimiento en forma específica evidencia la total insatisfacción del anunciante —determinante de elegir este remedio— y la permanencia e inmutabilidad de la obligación contractual de la agencia, salvo caso de imposibilidad (arts. 1182 y 1184 Cc). Hacerlo por la rebaja de su contraprestación pone de manifiesto una cierta satisfacción, siquiera deficitaria, del interés del anunciante que opta por recomponer el equilibrio contractual sobre la base de un resultado disconforme con el razonablemente esperable. Ninguno de los dos remedios requiere una propia imputabilidad a la agencia de su cumplimiento inexacto.

Sea cual fuere la opción del anunciante, el art. 15 LGP (art. 533-3 Anteproyecto) le reconoce la acumulativa facultad de exigir la *indemnización de perjuicios* que se le hubieran irrogado. Acumulada a cualquiera de los otros dos remedios —cumplimiento forzoso o rebaja de la contraprestación—, su exigencia sí ha de presuponer la imputabilidad a la agencia del inexacto cumplimiento de su prestación, según los criterios de los arts. 1101ss del Cc. Ahora bien, de ser la *rebaja de la contraprestación* el remedio elegido, los perjuicios reparables habrán de ser aquellos distintos del menor valor de la prestación inexacta de la agencia (cf. artículo 1198 *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*).

El precepto plantea la duda acerca de si la omisión del remedio resolutorio (art. 1124 Cc), como alternativa del cumplimiento forzoso, se debe o no a una pretendida especialidad del régimen reparador del incumplimiento en el contrato de publicidad, según su peculiaridad. Una respuesta afirmativa podría fundarse en la tutela equilibrada del interés de la agencia que, de algún modo, ha instrumentado y ejecutado la publicidad, así como en la relativa eficiencia comunicativa de la publicidad ya difundida, aunque irregularmente; la negativa podría hacerlo en el dato de posible opción por el anunciante de un nuevo cumplimiento específico de la publicidad a pesar de este hecho y su consecuencia. Sin embargo, es precisamente el disponer de esta facultad, a la que es acumulable el remedio indemnizatorio, lo que parece justificar la excluyente preferencia legal por este remedio —o el de rebaja de la contraprestación—, en lugar del resolutorio, dada la realización —aunque irregular— por la agencia de su

prestación y la relativa utilidad residual para el anunciante de la publicidad ejecutada, por lo demás, imposible de restituir en especie.

El art. 15 LGP deja traslucir un principio de salvación del contrato de publicidad inexactamente cumplido que precisaría, quizá, de una mejor concreción (cf. art. 18 LGP).

— Del presupuesto de hecho del art. 16 LGP (trasladado casi literalmente al art. 533-4) se infiere que el incumplimiento por la agencia de su prestación ha de consistir bien en su no realización, bien en su realización extemporánea. Este incumplimiento de la agencia faculta al anunciante para resolver el contrato y obtener la devolución de lo pagado, así como para exigir la indemnización de daños y perjuicios.

Convendría precisar *de lege ferenda* que no toda realización extemporánea de la prestación publicitaria puede entenderse comprendida en este supuesto de incumplimiento, sino sólo aquélla que frustre objetivamente el fin publicitario perseguido, dado lo esencial del término acordado. Por muy efímera que sea la publicidad y relevante el factor tiempo, ello no permite presumir en cualquier hipótesis que el término establecido sea esencial en sentido jurídico. Es más, la propia LGP prevé en su art. 15 un supuesto de diferente catalogación en el que podría incluirse la falta de respeto por la agencia del plazo establecido para la ejecución publicitaria como desajuste de su prestación a un *elemento esencial* (en sentido no jurídico) según los términos del contrato o las expresas instrucciones del anunciante.

El término «injustificadamente» asociado por el precepto al incumplimiento del contrato por la agencia ha de entenderse en única relación con su imputabilidad de cara a responder por los daños y perjuicios causados. Como injustificado ha de considerarse un comportamiento contractual no provocado por el caso fortuito o la fuerza mayor (art. 1105 Cc).

El precepto parece suponer que un postrero cumplimiento forzoso por la agencia resultaría absolutamente insatisfactorio para el anunciante, excluyendo tal recurso de entre los posibles (cf. art. 1124 CC). Esa suposición resulta obvia en el supuesto de no haber respetado la agencia el *término esencial* fijado para la ejecución publicitaria, pero no parece justificarse en todo caso, salvo absoluta subyacente presunción legal de esencialidad del tiempo de ejecución publicitaria.

En lo referente al incumplimiento por parte del anunciante, el párrafo 2º del art. 16 contiene un cúmulo de despropósitos cuando habla disyuntivamente de *resolución o incumplimiento*, así como de un obrar del anunciante *unilateral* e 'injustificado' *sin que concurren causas de fuerza mayor*. La desaparición de algunas de esas locuciones en el Anteproyecto resulta, sin duda, acertada, aunque resta por saber el porqué de mantener la disyuntiva *resolución o incumplimiento* cuando aquella, si procede, será una facultad que compete al anunciante basada en el propio incumplimiento de la agencia (art. 1124 Cc). Si lo que la norma trata de reflejar es la consecuencia indemnizatoria de un desistimiento unilateral, tampoco se entiende la permanencia del término 'resolución' en el art. 533-4 del Anteproyecto y la ausencia de una remisión a los dispuesto en el art. 1594 Cc.

En cualquier caso, asimilando en consecuencias el cumplimiento parcial o defectuoso y el incumplimiento total por parte del anunciante, el precepto faculta a la

agencia para solo exigir la indemnización por daños y perjuicios a que hubiere lugar. Desde esta perspectiva, el término «injustificadamente» asociado al comportamiento del anunciante hace referencia a su exigida imputabilidad en la omisión de la conducta contractual, a ese único efecto reparador previsto. Desde ningún punto de vista se justifica que la norma prescinda del opcional remedio resolutorio o de cumplimiento forzoso *ex art. 1124 Cc.*

(ii) Respecto del *contrato de difusión publicitaria*:

— El art. 18 LGP (trasladado literalmente al art. 533-6 del Anteproyecto con nimia alteración literaria) contrae su supuesto de hecho al cumplimiento inexacto del contrato por el medio de publicidad que ejecuta la orden de la contraparte *con alteración, defecto o menoscabo de alguno de sus elementos esenciales*. Es decir, el cumplimiento defectuoso contemplado en el supuesto de hecho de la norma consiste en una difusión publicitaria desajustada de las órdenes del anunciante/agencia en cuanto a los presupuestos fundamentales de tal prestación, usualmente relacionados con la esperable incidencia de la publicidad sobre el comportamiento de los destinatarios.

Dado el caso, el medio de publicidad *vendrá obligado a ejecutar de nuevo la publicidad en los términos pactados*. Si tal repetición no resultara posible, por imposibilidad legal o física (art. 1184 Cc) o ineptitud para satisfacer el frustrado interés de la contraparte, esta podrá exigir la reducción del precio. Aunque la facultad de exigir indemnización de daños y perjuicios parece recluirse por el precepto, dada su estructura, a solo el caso de proceder la alternativa subsidiaria (reducción del precio), sin embargo, ha de entenderse que el remedio indemnizatorio procede en cualquier caso (cf. artículo 1190 *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*). Aceptar el precepto en su literalidad —y lo que es peor, reproducirlo en el Anteproyecto sin mejora técnica— podría llevar a entender que el cumplimiento forzoso exime a la parte que cumplió defectuosamente de reparar cualquier otro daño o perjuicio que hubiera padecido la contraparte como consecuencia de un resultado publicitario disconforme con el razonablemente esperable.

La locución «por causas imputables» al medio, que parece condicionar el propio supuesto de hecho de la norma, ha de entenderse distinta y discriminadamente en relación con cada uno de los remedios ligados a este incumplimiento. Respecto del prevalente cumplimiento forzoso y la subsidiaria reducción del precio, ha de entenderse como conjunto de criterios o factores que asignan al medio de publicidad la contingencia del incumplimiento contractual. Respecto del remedio indemnizatorio, ha de considerarse como atribución subjetiva de responsabilidad por el incumplimiento, únicamente desplazable por el caso fortuito o la fuerza mayor (art. 1105 Cc).

Ello sentado, es indudable que la norma trata de salvar el contrato, siquiera defectuosamente cumplido, al establecer relación de subsidiariedad entre el posible cumplimiento forzoso, preferente, y la reducción del precio, en defecto de aquel. La exclusión de facultad alguna de la contraparte insatisfecha para optar entre ambos remedios —la ley elige por ella— justifica que se eluda el recurso a la resolución (*vid.*, además, argumentos sobre la exclusión de este remedio en relación con el contrato de

publicidad —art. 15 LGP—). Sin embargo, lo que no resulta tan lógico es excluir la decisión de la contraparte sobre el remedio que mejor conviene a su interés.

— El art. 19 LGP (transcrito en el art. 533-6 del Anteproyecto) es el único precepto que, en lo tocante al total incumplimiento por el medio de publicidad, parece acoplar lo dispuesto en el art. 1124 Cc en el esquema normativo de un contrato publicitario. Si el medio incumple totalmente, porque no difunde la publicidad, la contraparte (anunciante/agencia) podrá optar entre el cumplimiento forzoso o la resolución (equívoco es el término 'denuncia' empleado por el precepto) del contrato, siendo indemnizables los daños y perjuicios en cualquier caso. La opción resolutoria implicará obviamente la restitución de la prestación realizada que, en el caso, la norma contrae a la *devolución de lo pagado por la publicidad no difundida*. Esta contracción de la consecuencia restitutoria a esos exclusivos términos lleva a entender que el incumplimiento determinante del remedio resolutorio —y, por lo tanto, el supuesto de hecho de la norma— es exclusivamente la falta de difusión de la publicidad, quedando excluido cualquier otro caso de incumplimiento que fuera absolutamente insatisfactorio para el interés de la contraparte (v. gr. difusión fuera del término esencial [cf. art. 16. Pf. 1º LGP]).

No se justifica la excepción del supuesto de hecho —*salvo caso de fuerza mayor*— en los términos tan generalistas en que se incluye. Para exigir al medio de publicidad el cumplimiento forzoso, según los términos pactados, o la resolución del contrato basta, en principio, su conducta omisa respecto de la previsión contractual (no difundir la publicidad). Exceptuar el caso de fuerza mayor ha de conectarse únicamente con la imputabilidad al medio a fin de excluir de su responsabilidad, en solo ese caso (cf. art. 1105 Cc), los daños y perjuicios que pudiera padecer la contraparte.

— Según el párrafo 2º del art. 19, si la falta de difusión estuviera a cargo de la agencia o del anunciante, por corresponderle su contingencia, aquella o este vendrán obligados al pago íntegro del precio y a la indemnización que corresponda, salvo que el medio haya realizado un contrato semejante de reemplazo.

El imposible cumplimiento por el medio de su prestación publicitaria y, con él, la insatisfacción de su interés en el cobro del precio acordado son remediados por el precepto a través del recurso al cumplimiento forzoso por la contraparte, que habrá de satisfacer íntegramente el precio y, en el caso de resultar acreditados daños y perjuicios, indemnizarlos. El precepto relativiza ambos remedios en la medida que el medio hubiera *ocupado total o parcialmente con otra publicidad las unidades de tiempo o espacio contratadas* que, por lo demás, debe procurar en observancia de su deber de mitigar los propios daños³⁴. La dinámica propia de la actividad de difusión publicitaria

³⁴ Como bien escribe MACANÁS, compendiando la doctrina científica y jurisprudencial al respecto, este deber se puede considerar hoy indiscutido (connatural al principio de buena fe en el ejercicio de los derechos —art. 7 Cc—, al de concurrencia de culpas en la causación del daño, incluso —añade— al de proscripción del enriquecimiento injusto) y pacíficamente reconocido por la jurisprudencia [MACANÁS, G., “La facultad de desistimiento en los contratos de servicios (¿incumplimiento remediable o instrumento responsable?)”, en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. y GARCÍA PÉREZ, C.L. (coords.), pp. 215-290, *vid.* doctrina citada en n. 100 y 101, y jurisprudencia recogida en n. 102]. Añade el citado autor que este deber *habría de afectar con la*

y del mercado en el que se desarrolla brindará normalmente otras oportunidades de reemplazo, facilitando al tiempo el *quantum* indemnizatorio, en su caso, por el propio sistema de tarificación que lo rige.

5. DE LOS NUEVOS TIPOS CONTRACTUALES: RECLAMO Y PERMUTA PUBLICITARIOS

El Anteproyecto —Secciones 5ª y 6ª— incorpora un 'diseño' legal de los hasta hoy atípicos contratos de *merchandising* (arts. 533-14 y 533-15) y *bartering* (arts. 533-16, 533-17 y 533-18).

(i) A grandes rasgos, los arts. 533-14 y 533-15 del Anteproyecto proyectan diseñar legalmente el contrato de reclamo publicitario (*merchandising*)³⁵ como una subespecie de licencia de explotación de bienes inmateriales³⁶, con cuyo régimen (arts. 536-1 a 8) se habrá de integrar el esquema contractual en lo compatible con la naturaleza del bien inmaterial de que se trate (art. 533-15.3). Sin embargo, no se encuentran en las citadas normas especialidades que particularicen con autonomía este contrato y, menos aún, que permitan calificarlo de publicitario. La vacua referencia a la *susceptibilidad de resultar* —el bien cuyo explotación se licencia— *atractivo para el público* y a la supuesta 'finalidad' contractual de *atraer clientela hacia los bienes o servicios* que el licenciataria ofrece en el mercado no representan especificación alguna en relación con la industria y el mercado publicitarios. Todo bien inmaterial es susceptible de resultar atractivo para el público y, por eso precisamente, todo licenciataria pretende devenir explotador de los mismos a fin de atraer clientela.

Tal y como es configurado el contrato, se trata de una simple licencia de explotación de bienes inmateriales a cambio de contraprestación que, como tal, no justifica su catalogación como contrato publicitario y tampoco una particularización normativa a través de una supuestas especialidades que no son tales:

misma intensidad a desistimiento o resolución (p. 267), siendo ambas causas las condicionantes del imposible cumplimiento por el medio de su propia prestación.

³⁵ Sobre el *merchandising* vid., entre otros, LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., “Aproximación a la figura del *merchandising*”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 195-1990, pp. 137-154; MARTÍN MUÑOZ, A.J., *El merchandising. Contrato de reclamo mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999; COUTO GONÇALVES, L.M., “*Merchandising* de marcas”, *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, t. 20-1999, pp. 95-106; NAVAS NAVARRO, S., *Contrato de merchandising y propiedad intelectual*, Ed. Reus, Madrid, 2001; BERCOVIZ ÁLVAREZ, G., “*Merchandising* y Derecho de Autor. Algunas cuestiones”, en AAVV, *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia: colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, Ed. Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial, 2005, pp. 125-150; FRANQUET SUGRAÑÉS, M.T., *El contrato de personalidad merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; PINA SÁNCHEZ, C., SIGÜENZA, A., “El contrato de merchandising”, *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 23-2008, pp. 533-537; VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Contrato de merchandising”, en AAVV, *Contratos mercantiles*, CUESTA, J.M. de la, (dir.), 2ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 892-893; MARCO ALCALÁ, L.A., “La contratación publicitaria (II)...”, en *op. cit.*, pp. 2265-2268.

³⁶ Entre otros se incluyen específicamente las marcas —*brand merchandising*— y las creaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual —*character merchandising*—, incluso el *nombre o la imagen de una persona física* —*personality merchandising*— (art. 533-14.2).

— que el licenciante haya de *mantener al* licenciatarlo *en el uso* del bien inmaterial *de manera pacífica en la forma y durante el período pactado* es algo propio de cualquier contrato de naturaleza locativa (cf. art. 1554.3º Cc), como también lo es abstenerse de conductas que menoscaben el valor (atractivo público) del bien inmaterial en relación con los productos o servicios para los que se autoriza su uso.

— que el licenciatarlo quede obligado a *servirse del bien inmaterial conforme a su naturaleza y en relación con los productos o servicios convenidos*, es otra forma de decir que lo está a *usar* el bien inmaterial *diligentemente, destinándolo al uso pactado* (cf. art. 1555.2º Cc); que lo esté a abstenerse de actuaciones susceptibles de menoscabar su valor (atractivo público) es algo que deriva de la propia naturaleza del contrato conforme a la buena fe, al uso y a la Ley (art. 1258 Cc).

En definitiva, poco o nada aporta el pre-diseño legal del contrato de reclamo publicitario que justifique especialidad alguna ni su inserción entre los de esa categoría. Si existe alguna novedad significativa en esta Sección 5ª dedicada al *merchandising* es la *inclusión del nombre o la imagen de una persona física* entre los bienes inmateriales cuyo uso puede ser cedido a un empresario a través de este contrato. Pero esta novedad no parece que deba llegar a serlo en tales términos, quizá poco reflexivos, dada la explotación comercial que implica de un derecho de la personalidad que, si bien mal encuadrada en el marco de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, se encuentra sometida a reglas de difícil conciliación —como por ejemplo la revocación *ad nutum* del consentimiento del cedente (art. 2.3)— con los legítimos intereses empresariales del cesionario de su uso, incluso con disposiciones generales de la contratación (art. 1256 CC)³⁷.

(ii) Por su parte, los arts. 533-16 a 18 proyectan una precaria tipificación del *bartering* publicitario, limitándose a conceptuarlo, a integrar parcialmente su régimen jurídico y a determinar una natural consecuencia del contrato en relación con los derechos de explotación de las creaciones artísticas que constituyan su objeto³⁸.

El contrato se configura como aquel por el que una de las partes —anunciante o agencia de publicidad— se obliga a poner a disposición de la otra —medio de comunicación— una producción artística (literaria, radiofónica o audiovisual) vinculada a la publicidad de sus bienes o servicios a cambio de su difusión por dicho medio.

El hecho de que las partes contractuales sean, por un lado, un anunciante o agencia de publicidad y, por el otro, un medio de comunicación, parece excluir a las agencias de medios como parte prestadora de la difusión publicitaria, de modo que el contrato tipificado queda contraído al *bartering* simple o directo. Llama la atención que la agencia de publicidad pueda ser la parte que se obligue a poner a disposición del

³⁷ Vid. FERNÁNDEZ-NOVOA, C., “La explotación publicitaria de los bienes de la personalidad”, en AAVV, *Problemas actuales del Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1984, pp. 38-53, esp. pp. 48-51.

³⁸ Sobre el *bartering publicitario* vid., entre otros, PINO ABAD, M., “El contrato de *bartering* publicitario”, *Derecho de los Negocios*, núm. 69-1996, pp. 16-23; SÁNCHEZ ARISTI, R., “Contratos publicitarios”, en AA.VV., *Tratado de contratos (civiles, mercantiles y administrativos)*, BERCOVITZ, R., (dir.), t. IV, pp. 4645-4750, esp. pp. 4743-4747; VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Contrato de *bartering*”, en *Contratos mercantiles*, op. cit., 2ª edición, pp. 891-892; MARCO ALCALÁ, L.A., “La contratación publicitaria (II)...”, op. cit., pp. 2257-2260; VERDÚ CAÑETE, M.J. “El contrato de *bartering* publicitario (A propósito de su regulación en el Anteproyecto de Código Mercantil)”, en prensa.

medio una producción artística a la que se encuentre vinculada la publicidad *de sus bienes o servicios*. Si tal eventualidad se diera, la agencia devendría anunciante, y en el caso normal de no serlo, el actuar de la agencia *por cuenta del anunciante* en la difusión publicitaria de los productos o servicios de éste, hágalo o no en su nombre, justifica un retoque de la confusa dicción del art. 533-16.

Objetivamente, la prestación del anunciante o agencia se concreta en poner a disposición del medio una producción artística, excluyéndose cualquier otra prestación en especie (por ejemplo, de bienes o servicios propios del anunciante o acceso a otros espacios publicitarios —*pure advertising bartering*—). Tal producción artística pudiera consistir, en principio, bien en una obra o grabación preexistente, bien en una producción a realizar, a las que se vincularía, en cualquier caso, la correspondiente publicidad a difundir; ambas posibilidades parecen admisibles considerando aisladamente el art. 533-16 del Anteproyecto. Sin embargo, una interpretación conjunta de los preceptos que integran la *Sección sexta* desaconseja admitir la primera posibilidad, de modo que el término *producción literaria, radiofónica o audiovisual* habrá de entenderse en el sentido de obra realizada por encargo del medio de comunicación.

El dato de quedar regidas las obligaciones del anunciante/agencia por la propias del contrato de creación publicitaria, —en relación con la parte creativa, parece obvio, y en lo no incompatible—, lleva a entender que la prestación típica de aquella parte consistirá en realizar una producción artística por encargo del medio de comunicación; prestación propia de un contrato de obra como lo es la de la parte creativa en ese contrato. Abundan en esta consideración la superflua declaración del primer párrafo del art. 533-18 —tales producciones *gozarán de los derechos de propiedad intelectual establecidos por las disposiciones vigentes*—³⁹ y la redundante consecuencia presuntiva de cesión en exclusiva de los derechos de explotación vinculada al contrato por el párrafo segundo del mismo precepto⁴⁰; presunción propia de los contratos de producción audiovisual (art. 88.1.Pfº 1º TRLPI) y de creación publicitaria (arts. 21.Pfº 2º LGP y 533-9.2 Anteproyecto) en los que la prestación del autor/creativo consiste en *realizar* por encargo un bien susceptible de ser objeto de propiedad intelectual cuyos derechos de explotación han de presumirse naturalmente cedidos *en exclusiva* a la parte que ordena su realización.

El dato de ser obligaciones del medio de comunicación las propias de tal en el contrato de difusión publicitaria, igualmente en lo no incompatible (art. 533-17 Anteproyecto), y la propia naturaleza de la industria de la comunicación fuerzan a una interpretación correctora del precepto definidor del contrato —art. 533-16

³⁹ Carece de relevancia en el caso por no ser las producciones a realizar creaciones publicitarias. Huelga, pues, precisar lo que en relación con estas últimas hace el art. 533-9.1, fiel heredero del art. 21.Pfº 1º LGP, desechando abiertamente la tesis de que las creaciones publicitarias puedan constituir por sí mismas una autónoma modalidad de creación intelectual (al respecto vid. LEMA DEVESA, C., “Los contratos publicitarios”, *Contratos mercantiles especiales*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 13-34, esp. p. 31 y SAP Madrid, Sec. 9ª, 11 enero 2006 [JUR 2006\63830]).

⁴⁰ Este efecto natural del contrato ya es deducible del hecho de ser el *bartering* un contrato por el que las obligaciones de la parte que ha de poner a disposición de la otra las producciones artísticas concertadas se registrarán por las propias del contrato de creación publicitaria en lo no incompatible con su naturaleza (art. 533-17).

Anteproyecto— de modo que la prestación típica del medio no sea una mera cesión *del espacio y tiempos necesarios para su difusión*, sino tal cesión unida al *desarrollo de la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario*; prestación esta típica de un contrato de obra como lo es la del medio de publicidad en el contrato de difusión.

Así entendido, la supuesta 'permuta publicitaria' vendría a ser un intercambio de obra por obra, de producto artístico con publicidad vinculada por su efectiva difusión. A este solo caso parece reconducirse la proyectada definición del *bartering publicitario*, no obstante la aparente amplitud objetiva del art. 533-16, supuestamente comprensiva, a primera vista y sin embargo, de cualquier cesión o licencia de explotación de producciones artísticas, con publicidad vinculada, a cambio de una cesión de uso de soportes para su difusión.

Desde este prisma se plantea, entonces, la cuestión crucial de cómo el *bartering publicitario* cumple la unitaria finalidad práctica pretendida.

La dicción del art. 533-17 favorece sobremanera la consideración de ser concebido el *bartering* como un contrato mixto o complejo en el que, según el esquema contractual, confluyen y se combinan las prestaciones típicas de otros contratos (de creación y difusión publicitarias) que, por ser compatibles, se funden en función de un único fin práctico⁴¹. Consecuentemente, su disciplina jurídica será la propia del tipo contractual regulador de cada una de las prestaciones, que es lo que viene a establecer el citado precepto, si bien salvando de su aplicación automática aquello en que resulte incompatible con la naturaleza de este contrato; incompatibilidad que difícilmente se puede llegar a atisbar desde la parquedad, por no decir ausencia, de un propio contenido normativo.

6. CONCLUSIÓN

En el Anteproyecto no se justifica la inclusión de la heterogénea categoría de los llamados contratos publicitarios —aglutinados sólo por encontrarse al servicio o en función de la publicidad— dentro de la más amplia y no menos heterogénea de contratos *de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales*. Las razones no son otras que la indudable proximidad de la causa de algunos de los clásicos contratos publicitarios —de creación y difusión— a la del contrato de obra por empresa 'publicitaria' y la sola y relativa conexión de algunos de ellos con una eventual cesión de derechos de explotación sobre bienes inmateriales que, curiosamente y en mayor medida, se encuentran protegidos por la propiedad intelectual, cuando no por los derechos de la personalidad (cf. EM VI-73 del Anteproyecto).

El régimen legal de los contratos publicitarios reclama un *Título* específico que no represente un mero traslado, con mínimos retoques, del material normativo de la

⁴¹ Rechazando que el objeto del contrato de empresa pueda integrar una prestación de *bartering publicitario*, se ha escrito que, en tal caso, «estariamos en presencia de una pluralidad de contratos independientes y unidos, o al menos de un contrato plural con varias causas y, posiblemente con múltiple objeto, y ello aunque las prestaciones permitieran a las contrapartes actuar en el tráfico económico de forma interrelacionada o conexas» (VEGA VEGA, J.A. *El contrato de permuta comercial (BARTER)*, Ed. Reus, Madrid, 2011, p. 194 .

LGP, no escaso de defectos de técnica legislativa. Los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales sobre los más clásicos contratos publicitarios son hoy suficientemente abundantes como para ser desconsiderados a la hora de re-diseñar su esquema contractual, corrigiendo sus deficiencias.

Esos mismos pronunciamientos obligan, igualmente, a reconsiderar la supresión indiscriminada —carente de explicación alguna en la EM— de las *disposiciones generales* que hoy abren el Título III de la LGP y que, hasta ahora, han venido integrando el régimen de unos precarios tipos contractuales, que no se mejoran en el Anteproyecto.

La integración sistemática que todo Código debe pretender impone evitar una mera yuxtaposición de normas experimentadas con otras nuevas diseñadoras de novedosos tipos contractuales cuya proyectada delimitación y esquema contractual no justifiquen una consideración autónoma ni su catalogación, tal y como son conceptuados, entre los contratos a través de los cuales se desarrolla la industria publicitaria.