

# DOCUMENTOS



Unión  
Colombiana  
de Empresas  
Publicitarias

**UCEP**

+ ideas que  
transforman



**La Unión Colombiana de Empresas Publicitarias** –UCEP–, desde hace varios años ha hecho el seguimiento a los términos de referencia, pliegos de condiciones, invitaciones y, en general, a las condiciones de las convocatorias, utilizados tanto por anunciantes privados como por entidades públicas, para la **selección de las agencias de publicidad y centrales de medios** y ha encontrado reiteradamente **serias fallas** en los procesos de selección y de contratación de estos servicios.



# Preguntas Frecuentes

FAQ

¿Por qué es importante seleccionar correctamente una agencia de publicidad?

¿Cuántas agencias debería convocar para una selección efectiva?

¿Puedo solicitarle a la agencia presentar como propuesta el objeto mismo a contratar?

¿Cómo afectan los costos de presentación de propuestas a las agencias de publicidad?

¿Es común que los contratos entre anunciantes y agencias de publicidad no estén bien estructurados?

¿Cuál es la forma más adecuada de remunerar a una agencia de publicidad?

¿Qué riesgos trae no establecer reglas claras en la relación con las agencias de publicidad?

¿Qué implicaciones legales existen si no se respetan los derechos de autor en la publicidad?

¿Cómo puede una agencia proteger su creatividad y garantizar la confidencialidad?

¿Por qué es fundamental un contrato claro entre anunciente, agencia de publicidad y agencia de medios?

# Inadecuados procesos de selección

de agencia por desconocimiento del objetivo que se busca al contratar la agencia, de cuál es el tipo de agencia y de la expertise que necesitan.

Pecado Capital I

Pocos anunciantes establecen procesos precontractuales para seleccionar agencia de manera que garanticen la equidad, la sana competencia y, más aún la selección de la agencia que resulte más conveniente para los fines del anunciantes.

## Convocar

un número indiscriminado y exagerado de agencias

Pecado Capital II

En Colombia, según indican los estudios, se convoca hasta a 20 empresas publicitarias para seleccionar agencia. Esto resulta superar la media de otros países, cercana a las 5 empresas, tal como indica Agency Scoop.



## Solicitar a la agencias presentar como propuesta **el objeto mismo a contratar**

Muchos anunciantes, a efectos de poder comparar las propuestas presentadas por las agencias, incurren en el equívoco de solicitarles el desarrollo de estrategias y campañas publicitarias o estrategias y planes de medios, según el caso, lo que constituye el objeto mismo de la contratación, situación que no se presenta en ninguna otra actividad de servicios.

Pecado Capital III

Al respecto es necesario considerar que con esta metodología se obtienen efectos indeseables para el anunciantes y para el mercado, como son:

★ **Elegir campaña y no agencia:** Mediante esta metodología de selección se evalúa la creatividad o la estrategia y la planeación de medios en un tema puntual (a veces hipotético, a veces real del producto o servicio del anunciantes) pero no elige necesariamente la mejor agencia o la más adecuada para sus necesidades.

★ **Riesgos en la confidencialidad de la información:** Para efectos de cumplir los requerimientos de los términos de convocatoria o invitaciones, las agencias se ven obligadas a hacer uso de información de mercado de las empresas convocantes que se encuentran expuestas a ser conocidas o utilizadas inadecuadamente por quienes

concursan y no resultan seleccionados y aún por la competencia.

### **Riesgo de violación de normas que protegen la propiedad intelectual:**

No amerita discusión alguna que obras como las que emanen del diseño de una estrategia de comunicación y de un plan de medios así como las obras publicitarias se encuentran protegidas por la Ley de Derechos de Autor. La exigencia de presentación de estrategia y creatividad que efectúan la mayoría de los términos de procesos de selección pone en evidente riesgo los derechos autorales ante la posibilidad de que ideas plasmadas en obras publicitarias protegidas que no resulten seleccionadas sean utilizadas por la empresa convocante, por la agencia contratada o por terceros en detrimento de los derechos de su autor. Cuando se presentan propuestas en un proceso para seleccionar una agencia, el hecho de utilizar una creación contenida en una propuesta que no fue seleccionada, puede considerarse una violación al principio de la buena fe en el período precontractual y por ello puede generar responsabilidad precontractual. Esta idea está consagrada por el artículo 859 del Código de Comercio el cual dispone que "el oferente no podrá utilizar las obras ejecutadas por las personas excluidas de la prestación ofrecida. Si lo hiciere, deberá en todo caso indemnizarla."

## **No pagar el costo** de presentación de las propuestas

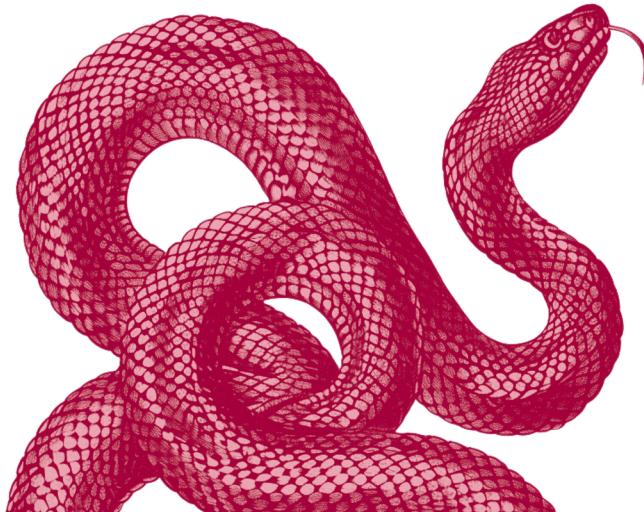
Pecado Capital IV

Las exigencias para la presentación de propuestas llegan aun a pretender la entrega de piezas publicitarias producidas y/o los planes de medios lo que genera altísimos costos para las agencias de publicidad, que evidentemente superan la asunción del riesgo normal en la presentación de propuestas de cualquier actividad o servicio de otra naturaleza.

Según nuestras afiliadas, presentar una propuesta que tiene estas exigencias puede generar costos de \$3 millones de pesos, para las campañas menores y en los casos de campañas de gran dimensión, entre \$50 millones entre costos directos (materiales, investigación, producción de piezas, grabaciones, impresiones), más horas hombre, que dependiendo de la estructura de la agencia puede llegar a \$40 millones.

En la mayoría de países del mundo con conciencia del valor que tiene la idea publicitaria, cuando se pretende seleccionar entre un número múltiple de empresas la que desarrollará la campaña para el anunciante, se le reconoce económicamente el riesgo de la presentación de ofertas que pueden no ser seleccionadas.

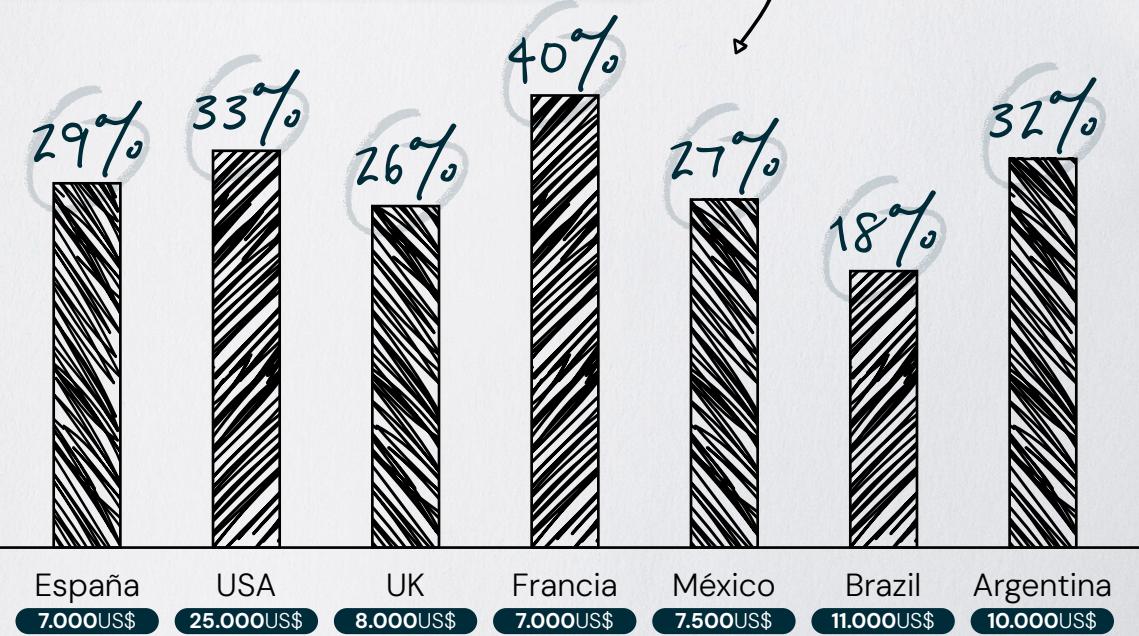
**Según estudio de  
Agency Scoop**  
estas cifras compensatorias  
alcanzan los siguientes niveles



## La selección de agencia

Porcentaje de anunciantes que remuneran licitaciones y remuneración media por participante

Remuneración de las licitaciones



## Realizar contratos

que no resultan acordes con el servicio publicitario

Pecado Capital V

El contrato que celebran las agencias de publicidad y de medios con los anunciantes es lo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia denomina contrato gemelo, en la medida en que involucra prestaciones propias de varios contratos: mandato y prestación de servicios. Adicionalmente, si se trata de contratos destinados a ejecutarse de manera sucesiva a través de una serie de prestaciones periódicas o continuadas, es decir una serie de campañas publicitarias, corresponderá a un contrato de suministro cuyo régimen se integrará adicionalmente con las reglas del mandato y la prestación de servicios. En todo caso, la relación que se establece entre una agencia de publicidad y de medios y el anunciantes, y entre aquellas y el medio de comunicación no es de agencia comercial.

No obstante, la inadecuada estructuración de los contratos o relaciones que se establecen entre anunciantes, agencia de publicidad (agencia creativa) y agencia de medios; trae como consecuencia que se desconozca la verdadera esencia de las relaciones que se establecen entre las partes y, en consecuencia, se generen conflictos que podrían evitarse de estar claramente diseñadas las obligaciones entre las partes.

## Establisher formas de remuneración

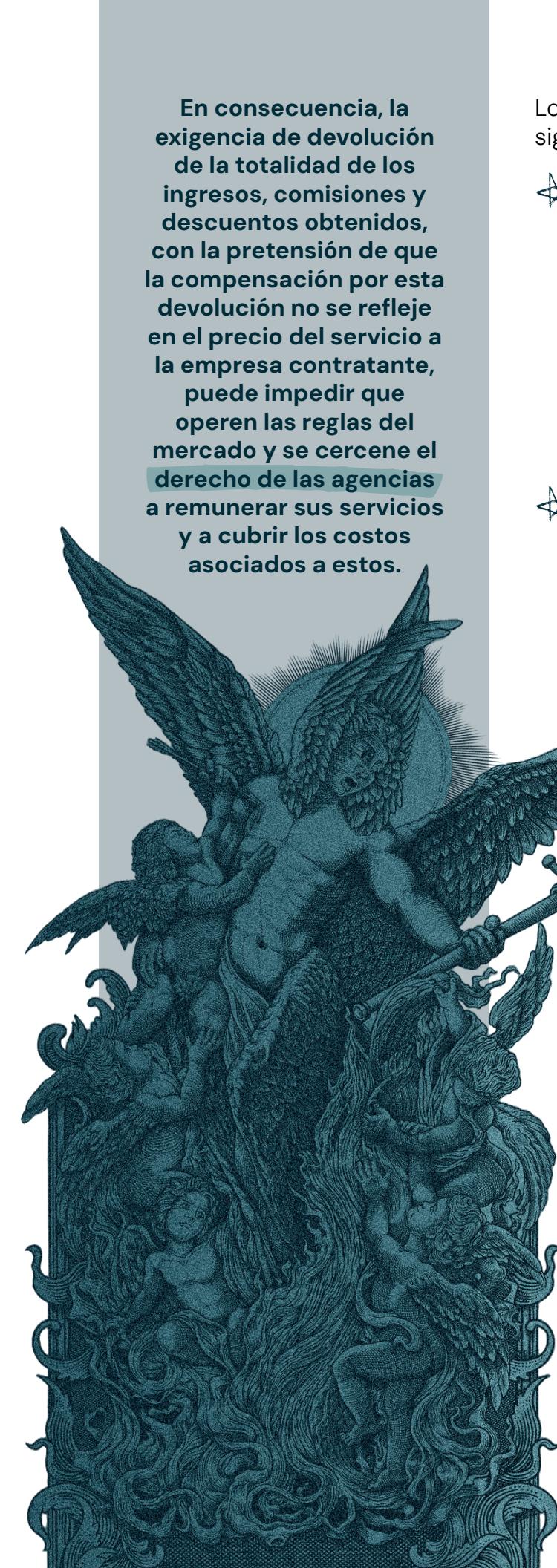
que no corresponden al servicio contratado o no lo remuneran adecuadamente

Pecado Capital VI

La exigencia de remuneraciones negativas, topes, devoluciones o cualquier modalidad que impida que la remuneración la determinen libremente las reglas del mercado, evidentemente constituyen desconocimiento de los principios de libre y leal competencia. Pretender que una labor seria y eficaz no tenga remuneración es una utopía y una clara incidencia de las entidades públicas en los principios que regulan los mercados en competencia.

Conforme con esas reglas del mercado, es legítimo que se presenten alternativas tales como: las comisiones (con porcentajes fijos sobre inversión de medios, en producción o en cualquier otro servicio prestado por la agencia) por porcentajes variables (para distintos niveles de inversión y por la cantidad de productos que manejan las agencias); por comisiones variables más cargos fijos; por honorarios fijos o variables (de acuerdo a dedicación –over head).

Adicionalmente, es de considerar que en la labor de inversión en medios, las agencias asumen unos servicios y costos en su prestación que deben reconocer legítima y transparentemente los medios tales como administración de cartera, el riesgo financiero, etc, que estos deben remunerar so pena de convertirse en un costo adicional para el anunciantes.



**En consecuencia, la exigencia de devolución de la totalidad de los ingresos, comisiones y descuentos obtenidos, con la pretensión de que la compensación por esta devolución no se refleje en el precio del servicio a la empresa contratante, puede impedir que operen las reglas del mercado y se cercene el derecho de las agencias a remunerar sus servicios y a cubrir los costos asociados a estos.**

Lo anterior puede llevar a que el proceso propicie las siguientes situaciones:

★ **Falta de transparencia en los precios:** Tanto para el anunciante como para la agencia, es indispensable tener certeza y claridad en relación con el costo de los servicios que contrata o presta. Por lo tanto, la presentación transparente y libre de los condicionamientos que utilizan los anunciantes frente al valor de los servicios que se ofertan, constituye la mejor práctica para que esta anhelada transparencia se cumpla a cabalidad.

★ **Violación a las normas de sana competencia:** Tratándose de un mercado en competencia, es este el que determina libremente el precio de sus servicios. Establecer topes de comisión, porcentajes máximos y cualquier otro condicionamiento que no obedezca al comportamiento del mercado, puede derivar en injerencias indeseables y contrarias a la ley de la libre oferta y demanda.

★ **Distorsión del mercado y pérdida del valor del trabajo profesional de las agencias:** Las agencias debidamente consolidadas y profesionales cuentan con talento humano de gran valor, herramientas de información y análisis valiosos, estructura administrativa y de servicio al cliente costosas que deben encontrar una sana y justa compensación so pena del deterioro de la calidad de los servicios y recursos.

★ **Riesgos de ruptura de equilibrio económico del contrato a mediano y largo plazo:** Cualquier servicio adicional requerido por el anunciante –situación claramente previsible en éste tipo de servicios– puede llevar a su agencia o central a una situación de pérdida que rompería el equilibrio financiero del contrato, con los inconvenientes que esto puede generar en su ejecución.



Por otra parte, no olvide que si no se ha pactado remuneración se debe la usual o, en su defecto, la que se determine por medio de peritos. Cuando se pacta como forma de remuneración un porcentaje de la inversión realizada en publicidad por los anunciantes, pero no se contrata la difusión de la publicidad, sería conveniente establecer que a la agencia se le paga una suma por su labor creativa. Igualmente es posible pactar una retribución en función del éxito de la campaña publicitaria.

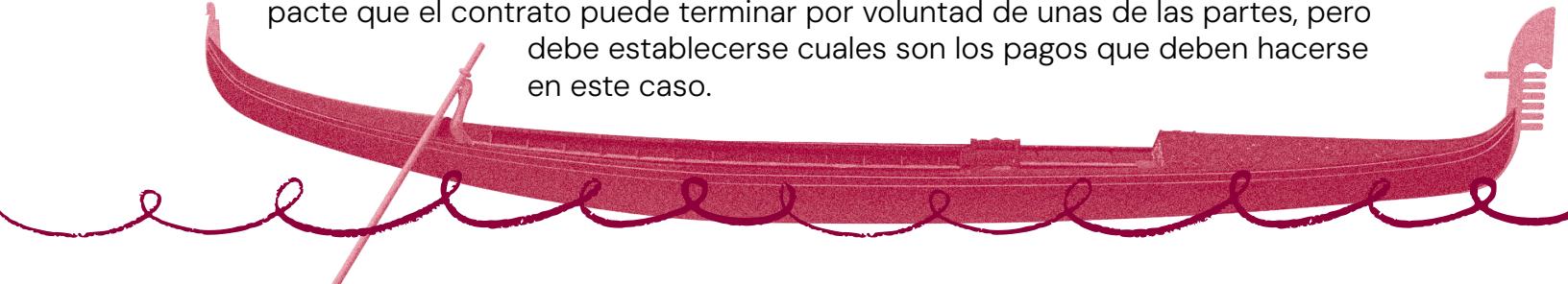
## No pactar reglas claras

para la relación Anunciante-Agencia  
de publicidad-Agencia de medios



Si bien legalmente es perfectamente lícito prescindir de un contrato escrito, en la práctica siempre existe el riesgo de que ello conduzca a dificultades cuando se presenten controversias acerca del contenido y alcance de la relación contractual. **En consecuencia, resulta recomendable suscribir previamente un contrato en el que se pacten con claridad las relaciones, derechos y obligaciones, en las que se ejecutan las relaciones entre las partes y que desarrolleen claramente aspectos tales como:**

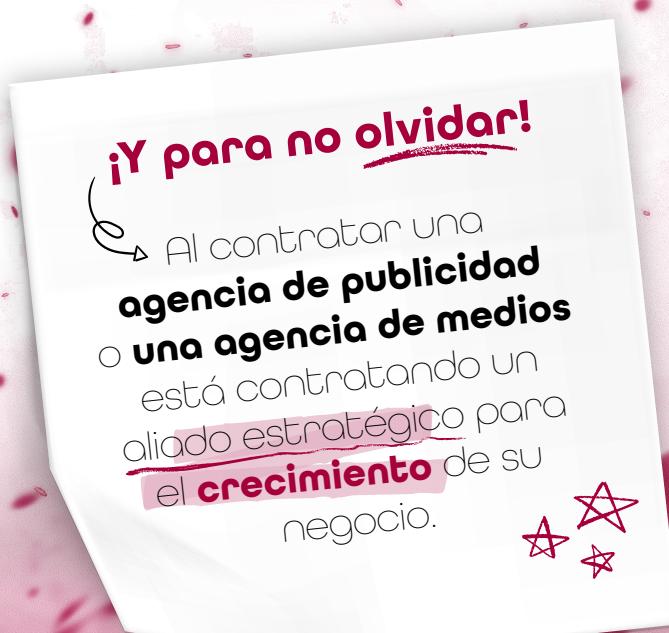
- ✳ La agencia no garantiza el éxito de la campaña publicitaria. Pero es responsable por el diseño de la campaña si no ha actuado en forma diligente.
- ✳ Cuando la agencia contrata para el anunciante debe buscar las mejores condiciones de contratación para su cliente. Si el anunciante suministra recursos a la agencia la misma debe destinarlos exclusivamente al fin previsto. La agencia debe mantener informado al anunciante.
- ✳ Al terminar el contrato, la agencia debe rendir cuentas, esto es enviar un informe del movimiento contable.
- ✳ La agencia debe actuar cuidadosamente para no lesionar derechos de terceros, en la publicidad que propone. Así mismo la doctrina señala que la agencia responderá si elabora una publicidad que claramente es contraria a las reglas de la sana competencia.
- ✳ Deben establecerse cláusulas para regular la responsabilidad de las agencias y de los anunciantes por razón de reclamaciones de terceros. Dichas cláusulas deben establecer los eventos en los cuales la responsabilidad corresponde a cada uno de ellos y las obligaciones de indemnizar que cada uno debe asumir. Lo anterior no impide que el tercero demande a quien él considera responsable.
- ✳ Debe aclararse la forma de terminación anticipada de los contratos. Es normal que se pacte que el contrato puede terminar por voluntad de unas de las partes, pero debe establecerse cuales son los pagos que deben hacerse en este caso.



- ＊ Para solucionar las controversias que pueden presentarse convendría incluir una cláusula arbitral.
- ＊ Debe precisarse en el contrato cuál es el tratamiento de los derechos de autor y la situación de los derechos de autor de quienes han elaborado los materiales precisando los pagos a los que los mismos tienen derecho, lo cual debe reflejarse en los contratos con ellos.
- ＊ Si de la negociación con el cliente-anunciante se pacta que la agencia ha de realizar el storyboard, boceto, jingle, texto publicitario, y en general la parte creativa del anuncio o campaña, (lo que aparece más acertado) el primer titular derivado de derechos patrimoniales de autor es la agencia y será del caso, según se haya negociado, proceder a la transferencia de estos derechos a favor del cliente-anunciante, como segundo titular derivado de dichos derechos patrimoniales.
- ＊ Si los aspectos creativos del anuncio o campaña (storyboard, boceto, jingle, texto publicitario, etc.) son realizados por personal empleado por la agencia mediante contrato laboral, el respectivo contrato debe incluir la cláusula que estipula la transferencia de los derechos del empleado-creador en favor de la agencia y en casos relevantes procederá firmar adendo específico para la obra en cuestión y efectuar el registro de dichos documentos ante la Dirección Nacional del Derecho de Autor.
- ＊ Si los aspectos creativos del anuncio o campaña (storyboard, boceto, jingle, texto publicitario, etc.) son realizados por personal independiente contratado al efecto (free-lance) habrá de hacerse uso del contrato agencia-autor que contenga la debida cláusula de cesión de los derechos de autor a favor de la empresa contratante, es decir la agencia, o el anunciante según sea el caso.
- ＊ Siempre que haya de utilizarse alguna pieza musical (letra o música) pre-existente deberá procederse previamente a obtener la debida autorización de ejecución con la sociedad de gestión colectiva de derechos de autor y conexos correspondientes (Sayco/Acodem) que represente los derechos del autor y/o conexos sobre la obra en cuestión. Si lo que se ha de usar es un fonograma (disco, casete comercial) la negociación debe involucrar a la correspondiente compañía que ha producido dicho disco (productor fonográfico).
- ＊ Al negociar la interpretación de obras musicales y la cesión de los correspondientes derechos conexos, con una orquesta, banda o grupo musical, el contrato respectivo deberá ser firmado por el director/representante legal del mismo para que tenga efectos y validez frente a todos los integrantes.
- ＊ Deberá tomarse en consideración en la redacción y celebración de todos los contratos que involucren derechos de autor que las distintas formas de utilización de la obra son independientes entre ellas y que por tanto la autorización del autor para una forma de utilización no se extiende a las demás.



- ＊ Siendo que por mandato legal, la interpretación de los contratos de derechos de autor es restrictiva, y que por tanto no es posible el reconocimiento de derechos más amplios de los expresamente concedidos por el autor en el respectivo contrato, la redacción de las cláusulas que involucren las acciones o utilizaciones a realizar con la obra o las interpretaciones, debe ser lo suficientemente amplia y completa para que después no sea necesario proceder a nuevas negociaciones y pagos adicionales.
- ＊ En todos los casos en que se celebre un contrato mediante el cual se encargue a tercero la creación o realización de una obra, debe incluirse o anexarse el plan e instrucciones técnicas y artísticas al que el contratista deberá ceñirse para el desarrollo y ejecución del contrato.
- ＊ La cesión de los derechos patrimoniales deberá extenderse al país y al extranjero (o al mundo entero) previendo futuras utilizaciones en el exterior.
- ＊ Los efectos de oponibilidad a terceros de cualquier cesión de derechos de autor o conexos solo surgen a partir del registro del respectivo documento ante la D.N.D.A. por lo que es altamente recomendable que por lo menos los de cuantías o repercusión importante sean debidamente registrados ante dicha entidad, previendo eventuales conflictos con terceros.
- ＊ Todos los contratos en cuyo desarrollo o ejecución se involucre la revelación de información confidencial y de algún valor económico deberán incluir cláusulas de confidencialidad para proteger debidamente el secreto de dicha información.
- ＊ La remuneración debe estar claramente pactada y considerar los distintos servicios y relaciones contractuales que se involucran en los servicios publicitarios, sean estos de estrategia, creación de piezas publicitarias, diseños de plan de medios y ordenación y seguimiento de pauta.





UNIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS PUBLICITARIAS



Unión  
Colombiana  
de Empresas  
Publicitarias

**UCEP**

+ ideas que  
transforman