

RESOLUÇÃO 01/2019 VEHÍCULO DE COMUNICACIÓN/DIVULGACIÓN

Associadas
Fundadoras



Associadas
Institucionais



El Consejo Superior de las Normas Estándar de CENP, considerando consulta realizada por dos de sus entidades fundadoras (que llevó a un dictamen jurídico elaborado por la oficina Sampaio Ferraz Advogados – doc. adjunto), de conformidad con lo dispuesto en el art. 4º, de la Ley nº 4.680/65 y con el entendimiento previo de la entidad (en el ámbito de la metodología del sistema CENP-Medios), aprueba la presente Resolución:

Primero – Sin perjuicio del reconocimiento consagrado por el tiempo del mercado en cuanto a los Vehículos de Divulgación o Comunicación existentes, y siendo indispensable la identificación de los vehículos sugeridos en consecuencia del desarrollo tecnológico, CENP declara y reconoce, de forma consolidada, como Vehículos de Divulgación o Comunicación, para los efectos de la legislación de regencia, toda y cualquier entidad jurídica individual que haya obtenido ingresos provenientes de su capacidad de transmisión de mensajes de propaganda/publicidad, de entre los cuales se deben considerar los medios/categorías generales a continuación:

- CINEMA;
- INTERNET-BÚSQUEDA;
- INTERNET-SOCIAL;
- INTERNET-VIDEO;
- INTERNET-AUDIO;
- INTERNET-DISPLAY Y OTROS;
- PERIÓDICO;
- REVISTA;
- TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN;
- OOH/MEDIA EXTERIOR;
- RADIO;
- TELEVISIÓN ABIERTA.

Segundo – Siempre que preguntado por cualquier autoridad competente, administrativa o judicial, CENP utilizará el listado de medios/categorías consolidada arriba en cuanto al reconocimiento de los tipos de Vehículos de Divulgación o Comunicación disponibles en el mercado brasileño a las agencias de publicidad para divulgación de propaganda/publicidad contratada por anunciantes privados y/o públicos.

São Paulo, el 16 de julio de 2019.

Avenida Paulista, 2.073 - Edifício Horsa II - 6º andar
CEP: 01311-940 - São Paulo - SP - Brasil
Fone: +55 11 2172-2367
cenp@cenp.com.br | www.cenp.com.br

Aprobado por el Consejo Superior el 16/07/19.

DICTAMEN JURÍDICO

El Departamento Jurídico de CENP nos consulta a nosotros, ante el cuestionamiento recibido por dos de sus entidades fundadoras, la Asociación Brasileña de Agencias de Publicidad – ABAP y la Federación Nacional de las Agencias de Propaganda – FENAPRO, con el tenor a continuación:

“La Asociación Brasileña de las Agencias de Publicidad (“ABAP”), y la Federación Nacional de las Agencias de Propaganda (“FENAPRO”), entidades que representan las agencias brasileñas de publicidad y propaganda, fundadoras de CENP, se ponen ante V.S. para exponer y solicitar lo que sigue:

1. Las Agencias de Publicidad y Propaganda actúan por orden y cuenta de sus clientes anunciantes – personas jurídicas de derecho privado y público – de conformidad con lo que establece el art. 3º de la Ley nº 4.680/65, que rige las actividades publicitarias que desarrollan y, con eso, tienen el compromiso de orden legal y técnica tanto en lo que hacen como en lo que ejercen en nombre de las empresas anunciantes que las contratan;

2. Las relaciones con terceros están doblemente divididas, primero con suministradores de servicios, seleccionados en el mercado por la calidad/precio, y con los vehículos de comunicación y divulgación, indicados para la divulgación de las piezas publicitarias por criterios que deben obedecer a normas técnicas, con base en investigación de media, y bien definidas por las Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria, cuyos contratos serán realizados solamente tras previa y expresa autorización del cliente-anunciante;

3. En la relación con vehículos de comunicación y divulgación, además del universo de la oferta tradicional reuniendo las más diferentes medias (impresa, audiovisual, de entre otras), las agencias topan con otras posibilidades para divulgación de publicidad, también los más diversos, en especial más recientemente en el ámbito de la internet;

4. La legislación de regencia de la actividad publicitaria asignó “a las entidades y órganos de clase, así considerados las asociaciones civiles locales y regionales de propaganda, así como los sindicatos de publicitarios” la atribución de



reconocimiento de los vehículos de divulgación, siendo estos, “para efectos de esta Ley, cualesquier medios de comunicación visual o auditiva capaces de transmitir mensajes de propaganda al público” (art. 4º de la ley nº 4.680, de 18 de junio de 1965). Más recientemente, la Ley nº 12.232, de 2010, se refirió, en este contexto, a “formas innovadoras de comunicación publicitaria” en el apartado III del pár. 1º de su art. 2º;

5. No es necesario decir que CENP, por reunir las entidades nacionales que representan los tres sectores de la actividad – Agencias, Vehículos y Anunciantes – se encuentra legitimado a aclarar, en los términos del art. 4º de la Ley nº 4.680/65, mencionado arriba, cuáles los vehículos de comunicación y divulgación que actúan en el mercado divulgando publicidad, según la evolución tecnológica, debiendo todos aquellos que compiten entre sí observar cualesquier leyes y normas aplicables a todos con la misma calificación, de forma isonómica, se evitando asimetrías regulatorias o competitivas con respecto a la comercialización de espacios para publicidad;

6. De conformidad con lo expuesto, solicitan las entidades signatarias que CENP analice el contexto actual de mercado tecnológico, con respecto a los agentes que divulgan publicidad, se posicionando en cuanto al reconocimiento o no de agentes que actúen exclusivamente en el ámbito de la internet en general en la calificación legalmente prevista para Vehículos, así como cualesquier otros, cuando aplicable;

7. Por fin, se solicita informar sobre esta consulta y sobre la respuesta que le sea formulada a todas las entidades fundadoras de CENP para conocimiento y eventuales contribuciones sobre el material en discusión.

Es lo que solicitamos.”

I – LEGISLACIÓN Y AUTORREGULACIÓN EN CUANTO A LA DEFINICIÓN DE VEHÍCULOS DE DIVULGACIÓN Y PROPAGANDA

01.) Básicamente, la cuestión levantada se refiere a la interpretación sobre la aplicabilidad del modelo brasileño de publicidad a situaciones nuevas provenientes de la evolución tecnológica, en especial, con respecto a los denominados “Vehículos de Comunicación o de Divulgación”, se mencionando dispositivos de la Ley nº

4.680/65 que, de un punto de vista normativo, estableció los hitos centrales del modelo brasileño mencionado.

02.) Esta Ley, de hecho, presenta definiciones para “agencia de propaganda”, consagrando el modelo *full service* (es decir, la agencia que integradamente estudia planifica, ejecuta y distribuye propaganda a los vehículos por orden y cuenta de clientes anunciantes), y para “Vehículos de divulgación”, en este caso, limitadamente al espectro de aplicación de esta Ley:

“Art. 3º La Agencia de Propaganda es persona jurídica, ... VETADO ..., y especializada en el arte y técnica publicitaria, que, a través de especialistas, estudia, planifica, ejecuta y distribuye propaganda a los vehículos de divulgación, por orden y cuenta de clientes anunciantes, con el objetivo de promover la venta de productos y servicios, difundir ideas o informar el público con respecto a organizaciones o instituciones colocadas a servicios de este mismo público.”

Art. 4º Son vehículos de divulgación, para los efectos de esta Ley, cualesquier medios de comunicación visual o auditiva capaces de transmitir mensajes de propaganda al público, desde que reconocidos por las entidades y órganos de clase, así considerados las asociaciones civiles locales y regionales de propaganda, así como los sindicatos de publicitarios.”

03.) Así se percibe que la definición de agencias de propaganda y de Vehículos de divulgación (para efectos de la Ley) ocurre por las actividades por éstas realizadas. En el caso de las agencias, el conjunto de actividades de “*estudiar, planificar, ejecutar y distribuir a los vehículos*” propaganda de orden y cuenta de anunciantes. Ya en el caso de los vehículos de divulgación, su definición es amplia, porque se refiere a “*cualquier medios de comunicación visual o auditiva*” que sean “*capaces de transmitir mensajes de propaganda al público*”. Es decir, la definición, en este caso, considera la potencialidad de un determinado medio de divulgación de propaganda.

04.) Ocurre que la propia Ley, en su art. 5º, también define propaganda, se complementando, de esta forma, las dos definiciones de los agentes que se relacionan:

“Art. 5º Se comprende por propaganda cualquier forma remunerada de difusión de ideas, mercancías o servicios, por parte de un anunciante identificado.”

05.) Para la Ley nº 4.680/65, por lo tanto, la propaganda se define por 04 características: a) se debe tratar de comunicación remunerada; b) la comunicación debe difundir ideas, mercancías o servicios; c) el interesado en la difusión debe ser un anunciante y d) éste debe ser identificado. Es importante destacar que la remuneración de la publicidad es la regla general, habiendo, con todo, casos de permuta o mismo de cesión de espacio/tiempo gratuito por parte de Vehículos debido a alguna particularidad, lo que no altera las características de las partes involucradas como tales, siguiendo a tratarse, en esos casos, de anuncio publicitario.

06.) Así, aunque no haya propiamente una definición de “anunciante” o de “cliente anunciante” en la Ley nº 4.680, es evidente que él es el principal interesado en la divulgación de la publicidad, que remunera la divulgación, independientemente de las condiciones previstas en el art. 11, en cuanto a una remuneración específica de las agencias de propaganda y agentes, la cual se establece por los Vehículos (el descuento o comisión). Ante el consumidor, el anunciante es aquel que se identifica en el mensaje, directamente o por medio de sus marcas.

07.) Esta Ley fue reglamentada por el Decreto nº 57.690/66, que reproduce las definiciones legales arriba referenciadas en sus arts. 6º, 10º y 2º, respectivamente. Se innovó en el decreto al establecer una definición también para los anunciantes, aunque sucinta y solamente explicando lo que ya constaba indirectamente en la Ley:

“Art. 8º Se consideran Clientes o Anunciante la entidad o individuo que utiliza la propaganda.”

08.) Se consideró exactamente todo este contexto normativo en que se insiere que, en 1998, las Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria presentaron definiciones, con base en las normas legales, tanto para los agentes cuanto para la propia actividad de la propaganda:

*“**Publicidad o Propaganda:** es, en los términos del art. 2º del Dec. nº 57.690/66, cualquier forma remunerada de difusión de ideas, mercancías, productos o servicios por parte de un anunciante identificado.*

***Anunciante o Cliente:** es, en los términos del art. 8º del Dec. nº 57.690/66, empresa, entidad o individuo que utiliza la propaganda.*



SAMPAIOFERRAZ

Agencia de Publicidad o Agencia de Propaganda: es, en los términos del art. 6º del Dec. nº 57.690/66, empresa creadora/productora de contenidos impresos y audiovisuales especializada en los métodos, en el arte y en la técnica publicitarios, a través de profesionales a su servicio que estudia, planifica, ejecuta y distribuye propaganda a los Vehículos de Comunicación, por orden y cuenta de Clientes Anunciantes con el objetivo de promover la venta de mercancías, productos, servicios e imagen, difundir ideas o informar el público sobre organizaciones o instituciones a que sirven.

Vehículo de Comunicación o, simplemente, Vehículo: es, en los términos del art. 10º del Dec. nº 57.690/66, cualquier medio de divulgación visual, auditiva o audiovisual.”

09.) También se puede mencionar, en el mismo sentido, el Código de Autorregulación Publicitaria, que disciplina las actividades de CONAR y presenta una definición de anuncio:

“Artículo 18

Para los efectos de este Código:

- a. la palabra anuncio se aplica en su sentido lato, abarcando cualquier especie de publicidad, sea cual sea el medio que la divulgue. Envases, rótulos, folletos y material de punto de venta son, para este efecto, formas de publicidad. La palabra anuncio abarca solamente, con todo, la publicidad realizada en espacio o tiempo pagados por el Anunciante;*
- b. la palabra producto incluye bienes, servicios, facilidades, instituciones, conceptos o ideas que sean promovidos por la publicidad;*
- c. la palabra consumidor se refiere a toda persona que pueda ser alcanzada por el anuncio, sea como consumidor final, público intermediario o usuario.”*

10.) A partir del expuesto, en cuanto a los vehículos, que es el tema específico de la consulta realizada por las entidades nacionales de agencias, se percibe que la definición del legislador, seguida por la autorregulación, es muy amplia, abarcando una multiplicidad de posibles agentes pasibles de encuadramiento en esta categoría.

11.) De hecho, cuando se considera el acuerdo original de las Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria y la constitución de CENP, por sus entidades fundadoras de Vehículos, ya se observa tal variedad, porque existen entidades nacionales que

representan agentes actuantes con radiodifusión sonora (radios) y, también, de sonidos e imágenes (televisión), de televisión por suscripción, de periódicos, de revistas y de outdoors.

12.) Todos estos agentes son Vehículos, para los efectos de la Ley nº 4.680/65, debido al hecho de “*ser capaces de transmitir propaganda al público*”. En cuanto al aspecto del potencialidad, es increíble que la televisión por suscripción inicialmente tenía volumen bastante menor de inserciones de publicidad y, eventualmente, en algunos programas o canales ni siquiera había publicidad, pero la posibilidad de transmitir propaganda fue cada vez más explorada, siendo inequívoco tratarse de un Vehículo de Divulgación. Algo que parece ocurrir también con el inicio de pruebas por parte, p. ej., de prestadores de servicios de *streaming* (p. ej. Netflix, de entre otros) de inserción de publicidad en sus series y otros contenidos audiovisuales disponibles de forma no linear.

13.) Dado el primer conjunto de Vehículos de divulgación cuyas entidades fundaron el CENP, también se percibe que su heterogeneidad lleva, obligatoriamente, a reconocer que ni todos los Vehículos de Divulgación (para efectos de la Ley 4.680/65) son simultáneamente vehículos de prensa o medios de comunicación social, en el sentido más tradicional, porque ni todos insieren la propaganda transmitida al público en un contexto más amplio de contenido propio producido por el propio Vehículo o por éste adquirido y envasado (ya sean noticias o entretenimiento). Es el caso de los *outdoors*, que pura y simplemente, divulgan publicidad, sin simultáneamente entregar otro servicio al público. El propio término “*media*” designa la actividad de mediación ejecutada por los Vehículos, entidad que transmite el discurso de las fuentes, las informaciones (verificadas por medios propios o no) y opiniones al público, y pueden, aún, transmitir a público-blanco de un productor de bienes o servicios (un anunciante) su mensaje publicitario. En este último caso, el medio es él propio un “*servicio*”.

14.) Así, los vehículos de prensa o medios de comunicación social, según este entendimiento, transmiten opinión, noticias (= informaciones de carácter editorial, verificadas por criterios periodísticos) y eventualmente entretenimiento, además de divulgaren anuncios publicitarios (= informaciones de carácter comercial, prestadas por anunciantes). Ya los “*Vehículos de Divulgación*” como género incluyen, estrictamente, también aquellas que divulgan solamente mensajes publicitarios y dependen de licencia de la autoridad para prestar el servicio.

15.) Tradicionalmente, los Vehículos de Divulgación, muchas veces, también son vehículos de Prensa o medios de comunicación social que funcionan como

una “plataforma o mercado de dos lados”, poseyendo dos grupos distintos de consumidores o clientes a quien se suministra productos o servicios distintos.

16.) Así, un Vehículo como una televisión, un periódico o una revista ofrecen un contenido de noticias, informaciones, teledramaturgia, entretenimiento a un grupo de consumidores o clientes y, **simultáneamente**, ofrecen a potenciales anunciantes interesados en alcanzar estos grupos de consumidores o clientes difundiendo sus ideas, mercancías o servicios, espacios para publicidad, vendiendo, de hecho, la atención que logran captar de sus lectores o telespectadores. De hecho, mismo en casos de Vehículos de Divulgación que no ofrecen contenido editorial también hay una plataforma de dos lados, en cierto sentido, porque en el caso de *outdoors*, mencionado arriba, también hay de un lado el(los) anunciante(s) y de otro aquellos que son alcanzados por los mensajes, siendo necesario, también, capturar de alguna forma su atención. En este contexto, es importante destacar también que la propia comunicación publicitaria también es percibida como fuente de información/contenido (incluso integrando el principio constitucional de la libertad de expresión, en el caso de libertad de expresión comercial).

17.) La idea de plataforma o mercado de dos lados, que se trabaja ya desde hace décadas en la literatura y teoría económica por autores como David Evans, innegablemente se aplica a los vehículos conocidos como tradicionales, por lo tanto, sino a los Vehículos de Divulgación en general. En cualesquier de los casos, se puede tener diferentes formatos en cuanto a la financiación de la plataforma o mercado de dos lados, se asignando a uno de los grupos de consumidores o clientes toda la financiación y se ofreciendo gratuitamente al otro grupo aquello que desean (como es el caso, por ejemplo, de las radios o de las televisiones abiertas), pero puede haber, aún, una distribución en alguna proporción de tales costes o ingresos (como ocurre, por ejemplo, en la televisión por suscripción, en que conviven suscripciones pagadas por suscriptores y anuncios pagados por anunciantes).

18.) De hecho, lo que se verifica es que existen diversas formas muy distintas de divulgar propaganda que no involucren la utilización de vehículos de prensa o medios de comunicación social *stricto sensu*, como, por ejemplo, la distribución de panfletos, la fijación de carteles, la figura tradicional en el centro de algunas ciudades como São Paulo de los “hombres sándwich” que simplemente, por medio de carteles junto al cuerpo, ofrecen espacio para divulgación de propagandas de tiendas ubicadas en las cercanías de donde se ubican y mismo la utilización de coches con altavoces como es común en los rincones del País.

19.) En todos estos casos, existen potencialmente presentes las 04 características arriba identificadas en la definición de propaganda (hay comunicación en regla remunerada, que difunde ideas, mercancías o servicios, por parte de anunciante identificado). Por lo tanto, por todos estos casos involucrar la capacidad de difundir propaganda al público, estamos ante Vehículos de Divulgación, para efectos de la Ley nº 4.680/65, aunque no se trate de vehículos de prensa o de medios de comunicación social en todos los casos.

20.) En las últimas décadas, la realidad evolucionó y surgieron otros medios capaces de divulgación de propaganda, es decir, nuevos Vehículos de divulgación. Se debe destacar que mismo Vehículos de divulgación ya actuantes y reconocidos, con el desarrollo tecnológico, pasaron, también, a hacer disponible otras plataformas, por veces, para sus clientes anunciantes, como es el caso, por ejemplo, de periódicos y revistas, que siempre constituyeron la media impresa de un país, pero hoy también participan activamente del ecosistema digital, ofreciendo tiempo/espacio para publicidad en línea.

21.) En el ámbito de CENP y de la autorregulación de la publicidad, tal es muy evidente al considerarse el ingreso, al lado de las entidades fundadoras, de otras entidades de Vehículos a sus cuadros, como ABMOOH y Fenapex. Se trata de entidades que congregan nuevos Vehículos actuantes en media *out of home* y publicidad exterior, como es el caso de la divulgación de propaganda en autobús, aeropuertos, restaurantes, aviones, metros, paradas de autobús, de entre otros, siendo que, así como mencionado en el párrafo anterior, también tales Vehículos pueden ser actuantes en el ámbito de la Internet.

22.) Al solicitar el ingreso en CENP y éste, por medio de su Consejo Ejecutivo, admitir la participación de tales entidades en el ámbito de un órgano de autorregulación que trata exactamente del mercado de propaganda, se reconoció, evidentemente, que tales entidades reunían nuevos Vehículos. Tal ocurrió en la medida en que estas entidades nacionales representativas que ingresaron en CENP no congregan agencias de propaganda, tampoco anunciantes propiamente dichos (una vez que éstos no son bien una categoría, porque las empresas anunciantes no son “por naturaleza” anunciantes, es decir, producen y ofrecen a los consumidores otras mercancías y servicios y, eventualmente, son anunciantes, siendo que, asimismo, los propios Vehículos y agencias pueden, aún, anunciar los servicios que prestan a sus propios potenciales consumidores. Asimismo, la entidad de anunciantes en CENP es la Asociación Brasileña de Anunciantes – ABA).

23.) El reconocimiento de la multiplicidad de Vehículos de divulgación disponibles a los anunciantes está presente, aún, en la doctrina, muchas veces mencionando autores especializados en publicidad y propaganda:

“Los vehículos de comunicación, por otro lado, son los medios colocados a la disposición del anunciante para divulgar la publicidad a los consumidores. También denominado media, que deriva del latín media (plural de médium) y significa “medios”, los vehículos, en la definición de J. B. Pinho, se dividen básicamente en tres: media impresa (periódicos, revistas y outdoors); media electrónica (radio, televisión abierta y por suscripción, cine) y, más recientemente, media interactiva (internet). Esta última (interactiva), además de ser una opción cada vez más creciente de media publicitaria, representa un mixto de medio de comunicación y sistema de ventas. El outdoor, que en portugués significa publicidad exterior o externa, consiste en media impresa que incluye luminosos, paneles o carteles. También es común verificar lo que se denominó de busdoor, panel fijado en la lateral o en la parte trasera de los autobuses, actualmente también observado en metros, taxis, coches de empresa y camiones de entrega.

Armando Sant’Anna, por otro lado, divide las medias en: i) vehículos visuales (para que sean leídos o vistos), en los cuales se incluyen prensa (periódicos, revistas y periódicos especializados), outdoor, publicidad directa (prospectos, folletos, cartas, catálogos y congéneres) y exhibiciones (displays, vitrinas y exposiciones); ii) vehículos auditivos (para que sean oídos), como el radio y altavoces; iii) vehículos audiovisuales (para que sean oídos y vistos), que abarcan televisión, cinema y audiovisual (diapositivas o VT); y iv) vehículos funcionales (para desempeñar dada función), como las muestras, los brindis y las competiciones.

La elección cierta del vehículo es decisiva para se alcanzar el público-blanco deseado. La campaña publicitaria puede involucrar uno o más vehículos. La utilización de diversos medios de comunicación para alcanzar un objetivo publicitario se denomina, técnicamente, de campaña de propaganda multimedia (o media mix o cross media). (...)” (de Magalhães Días, Lucia Ancona Lopez. Publicidade e Direito: Enganosa, Abusiva, Infantil, Digital, Comparativa. 3ª ed. 2018, pp. 36-37).

24.) Es decir: la cuestión colocada en la presente Consulta parece no presentar cualquier polémica, porque los conceptos presentes tanto en la legislación en cuanto en la autorregulación para Vehículo de divulgación son claros y amplios,

habiendo espacio inclusive para plenamente abarcar nuevos Vehículos que surjan por causa de la evolución tecnológica.

25.) Observe, en este sentido, que en el caso AT.39740 involucrando Google Search (Shopping), la Comisión Europea, además de reconocer que el principal ingreso de Google es con publicidad, también se pronunció en cuanto a los mecanismos de búsqueda como plataforma de dos lados:

“(7) Google’s business model is based on the interaction between the online products and services it offers free of charge and its online advertising services from which it generates the main source of its revenue.

(...)

(159) Second, offering a service free of charge can be an advantageous commercial strategy, in particular for two-sided platforms such as a general search engine platform that connect distinct but interdependent demands. In two-sided platforms, two distinct user groups interact. At least for one of these users groups, the value obtained from the platform depends on the number of users of the other class. General search services and online search advertising constitute the two sides of a general search engine platform. The level of advertising revenue that a general search engine can obtain is related to the number of users of its general search service: the higher the number of users of a general search service, the more the online search advertising side of the platform will appeal to advertisers.”¹

¹ Traducción: (7) El modelo de negocios de Google se basa en la interacción entre sus productos y servicios *online*, ofrecidos sin costes, y sus servicios de publicidad *online* a partir de la cual se genera su principal fuente de ingreso.

(...)

(159) En segundo lugar, ofrecer un servicio no cobrado puede ser una estrategia comercial ventajosa, en particular para una plataforma de dos-lados como la plataforma de búsqueda genérica que conecta demandas distintas, pero interdependientes. En una plataforma de dos-lados, dos grupos distintos de usuarios interactúan. Por lo menos para uno de esos grupos, el valor obtenido de la plataforma depende del número de usuarios del otro grupo. Servicios de búsqueda genérica y búsqueda de publicidad *online* constituyen dos lados de una plataforma de búsqueda genérica. El nivel de facturación proveniente de la publicidad que una plataforma de búsqueda puede obtener se relaciona al número de usuarios de su servicio de

26.) Ahora, surge la importancia que asume la cuestión de las mediciones y métricas (exentos e independientes) de la publicidad en línea, en términos de alcance, lo que es nada más que evaluación de audiencia, algo común y necesario cuando se trata de Vehículos de Divulgación, una vez que precios a los anunciantes ciertamente son evaluados e influenciados, se considerando tales datos.

27.) Además, a propósito, esta orientación del legislador de 1965 fue reiterada recientemente, en 2010, con la promulgación de la Ley nº 12.232, que dispone sobre normas generales para licitación y contratación por la administración pública de servicios de publicidad prestados por intermedio de agencias de propaganda. Esta Ley afirma, de forma expresa, la aplicabilidad complementaria de la Ley nº 4.680 a las licitaciones de agencias de propaganda, se incorporando, por lo tanto, las definiciones existentes desde hace décadas, sino que refuerza la apertura para Vehículos de divulgación y mismo otros medios que tengan surgido o surjan en virtud de la tecnología y sus avances, se mencionando no sólo vehículos y demás medios de divulgación, sino que destacando nuevas formas de comunicación publicitaria en virtud de nuevas tecnologías:

*“Art. 2º Para fines de esta Ley, se consideran servicios de publicidad el conjunto de actividades realizadas integradamente que tengan por objetivo el estudio, la planificación, la conceptualización, la creación, la ejecución interna, la intermediación y la supervisión de la ejecución externa y la distribución de publicidad **a los vehículos y demás medios de divulgación**, con el objetivo de promover la venta de bienes o servicios de cualquier naturaleza, difundir ideas o informar el público en general.*

§ 1º En las contrataciones de servicios de publicidad, se podrán incluir como actividades complementarias los servicios especializados pertinentes:

(...)

*III – a la creación y al desarrollo de **formas innovadoras de comunicación publicitaria, de acuerdo con nuevas tecnologías**, visando a la expansión de los efectos de los mensajes y de las acciones publicitarias.”*

búsquedas: cuanto mayor el número de usuarios de un sitio de búsqueda, mayor el apelo de sus búsquedas por publicidad a los anunciantes.

28.) Observe que esta Ley 12.232 es de 2010, desde hace solamente 08 años, siendo que en aquel momento el uso de las medias digitales se encontraba ya en plena ascensión en el mercado publicitario brasileño y mundial.

29.) Así siendo, **no resta cualquier duda en cuanto a la caracterización como Vehículos de divulgación, para los efectos de la Ley nº 4.680/65, de todo y cualquier agente actuante en la Internet, independientemente de la tecnología, del formato, del medio utilizado, importando esencialmente que sean “capaces de transmitir propaganda al público”, consideradas las características legales mencionadas arriba que permiten reconocer que se está ante “propaganda”. Poco importa si el servicio prestado al anunciante emplea bits, papel o el éter. Se *divulga* publicidad, vehículo es.**

II – UNA FALSA CONTROVERSIA Y LA INICIATIVA DE VEHÍCULOS DE DIVULGACIÓN EN LA INTERNET DE DISFRAZAR, RENEGANDO SU IDENTIDAD

30.) De acuerdo con la sección anterior, podría parecer inocua la consulta formulada por las entidades nacionales de agencias de propaganda. Pero, se identificó una discusión judicial que presenta un ejemplo concreto de cómo la cuestión, de hecho, puede ser relevante.

31.) Se trata del proceso nº 583.00.2007.222035-6 interpuesto por una empresa denominada Hotlist Webmarketing Ltda. contra Google Brasil Internet Ltda. Entre otras cuestiones, se debatió la calificación o no de Google como Vehículo de Divulgación especialmente para efectos de la aplicación de la Ley nº 4.680/65 y de la asignación o no a la autora de descuento remunerado por divulgación de propaganda.

32.) Mientras no hubiera un pronunciamiento final definitivo del Judicial, porque hasta donde fue posible obtener informaciones las partes llegaron a un acuerdo, siendo importante transcribir un trecho relativamente largo de la contestación de Google Brasil, del 06 de febrero de 2008, pp. 20-22, que presenta sus argumentos y la afirmación de que no se consideraba Vehículo:

“VI – INEXISTENCIA DEL DERECHO A LA COMISIÓN

82. Como se demostrará a continuación y podrá ser objeto de eventual dilación probatoria, en el remoto caso de este d. Juicio sobrepase la preliminar de ausencia de jurisdicción estatal sobre la cuestión, es cierto que Hotlist no tiene derecho a la comisión denominada descuento estándar de agencia.

83. Eso porque, a pesar del régimen de las actividades de las agencias de publicidad, Hotlist efectivamente no posee tal derecho en el marco de su relación comercial con Google BR, ya sea porque ejerció opción contractual que no contemplaba tal ganancia, ya sea porque tal imposición representaría su enriquecimiento indebido, porque ya recibió tal comisión de los propios anunciantes. Observemos.

84. Con respecto a las agencias de propaganda, el artículo 3º de la Ley 4.680/65 establece los requisitos a continuación para su caracterización: a) debe constituirse bajo la forma de persona jurídica; b) debe ser especializada en la arte y técnica



SAMPALIOFERRAZ

publicitaria; c) a través de especialistas, estudia, planifica, ejecuta y distribuye propaganda; d) presta sus servicios por orden y cuenta de clientes anunciantes.

85. Así, una agencia de propaganda debe contar con una estructura suficiente para cumplir todos esos requisitos. En especial, debe haber en sus cuadros profesional registrado como publicitario, capaz de efectivamente estudiar y planificar la propaganda en beneficio de su cliente, a partir de los conocimientos técnicos y artísticos que posee.

86. La propia creación y producción intelectual de las empresas debe ser ejecutada por las agencias, así como la selección de los vehículos en los cuales la publicidad será divulgada, se utilizando estudios, fundamentos y análisis técnicos para su elección.

87. Además de determinar las características de las agencias de propaganda, la Ley 4.680/65 y su reglamentación también establecen algunos parámetros básicos con respecto de la remuneración debida a las agencias de propaganda. A pesar del artículo 11 de la mencionada ley establecer de hecho la previsión de una comisión, es cierto que **solamente las agencias de propaganda certificadas por CENP es que tiene derecho a recibir una remuneración.**

88. De hecho, CENP, a través de la misma Norma-Estándar de la Actividad Publicitaria, invocada por la Autora, establece que solamente las agencias de publicidad que obtengan de CENP el Certificado de Calificación Técnica (apartado 2.5.1, de la Norma-Estándar) tiene derecho al 'descuento de agencia' Y ES CIERTO QUE LA EMPRESA QUE POSEE EL CERTIFICADO NO ES LA AUTORA, pero su socia, denominada Roi Marketing de Resultados.

89. Se debe destacar que el Acuerdo de Cooperación anexo a las hjs. 50 es res inter alios acta y, evidentemente, no es oponible contra terceros, ya sean estos la propia Rea o CENP. Por lo tanto, por esta primera razón, la Autora no puede tener el pretense derecho a la comisión denominada descuento estándar de agencia.

90. Por otro lado, se debe destacar, con base en el principio de la legalidad, que:

a) los dispositivos de la Norma-Estándar son autorreglamentares y no se caracterizan como normas que deben ser integralmente cumplidas;



SAMPAIOFERRAZ

b) de este modo, solamente podrán alcanzar las entidades que voluntariamente se sometan a su régimen, **no siendo Google BR parte de este régimen, una vez que no es vehículo de comunicación, pero simple revendedora de anuncios;**

c) tales dispositivos de la Norma-Estándar, mismo que deban ser cumplidos integralmente, tratan exclusivamente de la remuneración debida por los anunciantes a las agencias de propaganda.

91. Es importante hacer referencia a la sentencia del exministro del STF, Paulo Brossard, en que cuestiona la legalidad del Decreto 4.563/02, porque, de la forma como alteró el artículo 7º, del Decreto 57.690/66, violó el principio constitucional de la jerarquía de las normas por alterar el artículo 11 de la Ley 4.680/65 ‘los decretos en cuestión, mientras pretendieron alterar la Ley 4.680 fueron insubsistentes ab initio, y siguieron insubsistentes’.

92. Así, en principio, **no existen fundamentos jurídicos que sostengan la aplicación necesaria del apartado 2.5 de la Norma-Estándar sobre toda y cualquier entidad involucrada con publicidad, menos aún con una simple revendedora de anuncios que ni siquiera puede caracterizada como vehículo de comunicación como es el caso de Google BR.** El cumplimiento es voluntario y proveniente de la percepción de los agentes de que la autorreglamentación, tal como negociada entre sí, es a ella favorable.”

33.) En este mismo proceso judicial, con todo, existen dos documentos que contrarían, por lo menos en parte, el argumento de Google:

- primeramente, el Contrato de Google AdWords – entre Google Brasil Internet Ltda., y como Anunciante la operadora de telefonía TIM y agencia Hotlist Webmarketing Ltda., plazo entre el 06 de agosto de 2007 y el 08 de octubre de 2007, en que, en la práctica, Google se pone como Vehículo, al presentar opción que implica el pago por ella de comisión a la agencia, siendo esta comisión “debida bajo la legislación local”:

“Forma de Facturación – Agencia. Sujeto a los términos de la legislación aplicable, en el caso de que el presente Contrato sea celebrado por una Agencia, actuando como una apoderada, un representante, o de otra forma actuando en nombre de un Anunciante también definido en el Orden de Inserción (“Anunciante”), la forma de facturación a continuación podrá ser aplicable, a exclusiva discreción de Google.



SAMPAIOFERRAZ

*OPCIÓN 1. Google enviará a la Agencia o al Anunciante una factura indicando el valor contractual neto (es decir, la comisión debida a la Agencia ya deducida) a ser pagada por el Anunciante. En este caso, la Agencia reconoce y está de acuerdo que el Anunciante será responsable por el pago de la comisión debida bajo la legislación local. OPCIÓN 2. **Google enviará a la Agencia o al Anunciante una factura indicando el valor contractual bruto a ser pagado por el Anunciante. En este caso, Google será responsable por el pago de la comisión debida de conformidad con la legislación local.** OPCIÓN 3. Google enviará a la Agencia una factura indicando el valor contractual neto a ser pagado directamente. En este caso, la Agencia será responsable por el pago del valor total de la factura a Google”.*

- en segundo lugar, la 6ª Alteración del Contrato Social de Google Brasil Internet Ltda. (CNPJ/MF nº 06.990.590/0001-23, NIRE 35.219.399.203), del 07 de diciembre de 2006, la cual, al describir el objeto social de la empresa usa, exactamente, el verbo “divulgar” para referirse a los anuncios publicitarios que comercializa:

“OBJETO SOCIAL

*Cláusula 2ª. La Sociedad tiene como objeto el marketing, soporte y prestación de servicios y productos relacionados a la internet, incluso servicios de búsqueda y **divulgación de anuncios**, así como otros programas, productos, servicios y aplicaciones de Internet. La Sociedad podrá participar en otras sociedades como socia o accionista”.*

34.) Por lo tanto, parecen que se contradicen las afirmaciones ante el Poder Judicial en el ámbito del proceso con Hotlist y los documentos oficiales que constan en el mismo proceso indicando la divulgación de anuncios como objeto social de Google y que la propia Google admite pagar la comisión debida de conformidad con la legislación local, es decir, la legislación brasileña.

35.) Pero eso no es todo. Ante las autoridades competidoras, posteriormente a la declaración en que afirma no ser Vehículo, pero simple revendedor de anuncios, en más de una oportunidad Google sigue intentando sostener no sólo que comercializa publicidad para Anunciantes (lo que fue confirmado en respuestas de anunciantes a oficios, en especial en el primer proceso administrativo mencionado a continuación), siendo, por lo tanto, un Vehículo, sino que compite con todos los demás Vehículos, ya sea en línea, ya sea offline:



- Defensa de Google en el Proceso Administrativo ante el CADE nº 08700.005694/2013-19, pp. 40-43:

“96. Google enfrenta fuerte competencia a sus servicios de publicidad, tanto de fuentes en línea como de fuentes offline. Uno de los factores determinantes de cómo los anunciantes asignan sus despesas es el retorno sobre la inversión (‘ROI’). Cuanto mayor, más un anunciante está dispuesto a invertir en una plataforma específica o sitio.

97. Los anunciantes poseen un incentivo para ajustar sus carteras a fin de maximizar su ROI, y las empresas que prestan servicios de publicidad saben que todas las formas de publicidad, tanto en línea como offline, están en constante competencia para captar inversión publicitaria: ‘La publicidad en la Internet no ocurre en un vacuo. Cuando llega el momento de elaborar el presupuesto, los anunciantes deben decidir donde invertir su verba de marketing para obtener el máximo de retorno de la inversión. La publicidad en la Internet es solamente uno de los varios medios de comunicación y debe competir por ese dinero con otras medias, como televisión, periódicos y correo el lote’ (K. Weide, Market Analysis, U.S. Internet Advertising 2007-2011 Forecast and Analysis, at 5, IDC Report – June 2007).

98. Como el objetivo del anunciante es identificar la combinación de diferentes formatos de publicidad y tecnologías de orientación que maximizarán el ROI, los anunciantes ‘mezclan y combinan’ diferentes formatos de anuncios, tecnologías de orientación y canales de ventas.

1. La Búsqueda Patrocinada Compite con Otras Formas de Publicidad En Línea

99. Los anuncios de texto ofrecidos por Google, al lado de los resultados de búsqueda, compiten con otras formas de publicidad en línea, inclusive anuncios de display y de rich-media en sitios de terceros. Del punto de vista del anunciante, los anuncios son reemplazables, porque poseen la misma finalidad: aumentar las ventas del producto o servicio del anunciante. Por ejemplo, como los usuarios pasan cada vez más tiempo en redes sociales, la capacidad de esas plataformas de atraer verbas publicitarias de otras fuentes en la internet aumenta. En Brasil, de acuerdo con ComScore, a partir del 15 de marzo de 2013, el 36% de los consumidores pasaron el mayor porcentual de su tiempo en sitios de media social.

(...)



2. La Publicidad En Línea compite con la Publicidad Offline

103. Además de otras formas de publicidad en línea, los anunciantes de Google normalmente anuncian en varias medias, incluso offline. Como tal, Google enfrenta la competencia de otras formas de publicidad, como televisión, radio, periódicos, revistas y outdoors. Aunque los medios de medir el desempeño y ROI de publicidad offline actualmente puedan diferir en cierta medida de la en línea, esas diferencias siguen disminuyendo, porque la publicidad offline adopta cada vez más la tecnología digital (por ejemplo, paneles digitales, televisión digital, radio digital), que suministra la misma medición o una similar, como las previstas en el modo en línea.

104. El supuesto mayor nivel de elaboración de informes y prestación de cuentas actualmente disponible en publicidad en línea y los mecanismos de precios supuestamente diferentes no deben, por lo tanto, ser considerados una indicación de que la publicidad offline constituye un mercado separado. De hecho, al decidir como asignar gastos de publicidad, el coste relativo de los varios tipos de anuncios y del ROI son los factores más importantes para la elección de la media. Asimismo, el cambio entre los diferentes tipos de publicidad es técnicamente simple, porque los anuncios son generalmente elaborados en el formato digital.

105. Aunque las diferencias entre los varios tipos de publicidad ocurran principalmente en el tipo de media (páginas web versus periódicos, versus televisión), ellas son semejantes en sus objetivos. En cada caso, el anunciante intenta atraer clientes hacia sus tiendas y sitios web, a fin de construir su marca y realizar ventas. La publicidad es cada vez más medida por medio del ROI, independientemente del canal, y la medición de ROI para la publicidad en línea y offline permite al anunciante fácilmente asignar los gastos entre los varios canales inmediatamente para producir el mayor retorno.

106. Como resultado, Google compite con todas las formas de publicidad para entregar el mejor ROI al anunciante. Definir el mercado de forma restricta como 'búsqueda patrocinada' no consideraría, de forma adecuada, esas presiones de competencia que Google enfrenta. Asimismo, dada la capacidad de los anunciantes para cambiar fácilmente los gastos entre todas las alternativas de publicidad, es cierto que Google no tiene poder de mercado."



SAMPAIOFERRAZ

- Formulario de Notificación al CADE del Acto de Concentración nº 08700.003373/2013-80 (Google Inc. Adquiriendo participación societaria en Vevo LLC), el 12 de abril de 2013:

“Google es una empresa estadounidense que ofrece gratuitamente, por medio de un mecanismo de búsqueda en la internet, servicios de búsqueda en línea a sus usuarios. Google también ofrece espacio para anuncios publicitarios en línea en su propio sitio electrónico, así como en sitios electrónicos asociados. Todo su ingreso se origina del suministro de espacios publicitarios en línea.

(...)

Considerando las actividades desarrolladas por Google y VEVO, las Requirentes entienden que uno de los mercados afectados por la operación es lo de “suministro de espacio publicitario en línea”.

Aunque haya una amplia variedad de formatos en que anuncios pueden ser hechos disponibles (por ejemplo, con base en textos de búsqueda, con base en el contexto de la página, publicidad estática, anuncios en formatos de “rich media”, anuncios en clasificados, anuncios para dispositivos muebles y correos electrónicos), son todos esos plenamente reemplazables entre sí.

Los anunciantes consideran todas esas formas de publicidad al planificar una campaña, y responderían a cambios en el coste total de un tipo de publicidad con respecto a otro por medio de la reasignación de gastos entre ellos.

Las Requirentes actúan en diferentes niveles de la industria de publicidad. Publicidad consiste en la promoción pública de bienes o servicios a través de una amplia variedad de medias: televisión, radio, impreso, outdoors, móviles, internet, etc. Todos esos medios de publicidad (incluso media en línea y offline) compiten entre sí por la elección de los anunciantes.

De hecho, cuando una campaña publicitaria es elaborada, los planificadores de media consideran todos los medios para determinar la mejor forma de atraer la atención del público hacia un bien o servicio. Así, el valor asignado en diferentes medios de publicidad debe ser considerado fungible: la inversión es asignada en un medio de publicidad, muchas veces, en detrimento de otros medios de comunicación. Cada medio de publicidad puede tener sus puntos fuertes y flacos para un segmento de público, producto o mercado en particular, pero todos ellos poseen la misma



finalidad. Hay una serie de suministradores que ofrecen servicios de publicidad en línea y offline.

De todos modos, considerando que el CADE adoptó entendimiento más restricto con respecto a ese mercado anteriormente, las Requirentes, para fines de este análisis, adoptarán un abordaje más conservador y limitarán el análisis para el mercado de publicidad en línea.”

36.) Parece que la controversia o el problema, con respecto a Google, por lo tanto, fue superada, porque, dadas sus afirmaciones más recientes, no hay como no considerarlo Vehículo de Divulgación, en los términos de la Ley nº 4.680/65, porque, como él mismo llega a afirmar al CADE, toda su facturación se originaría de la comercialización de espacios publicitarios. Hoy día, no hay cualquier disfraze posible en este caso: evidentemente se trata de Vehículo de Divulgación, para los efectos de la Ley nº 4.680.

37.) En concordancia con lo expuesto, es importante aún destacar la incidencia de I.S.S., en los términos de la Ley Complementaria nº 116/2003, alterada por la Ley Complementaria nº 157/2016, que incluyó, de forma expresa, en la lista de servicios sujetos a tributación “17.25 – *Inserción de textos, diseños y otros materiales de propaganda y publicidad, en cualquier medio (excepto en libros, jornales, periódicos y en las modalidades de servicios de radiodifusión sonora y de sonidos e imágenes de recepción libre y gratuita)*”. En comunicado a sus asociados, emitido el 12/01/18, el IAB-BR aclaró:

“Así, con la alteración de la LC 116/2003, los municipios pasan a tener autorización legal para cobrar el ISS sobre los servicios de inserción de material de propaganda y publicidad realizados por vehículos en línea, así como por empresas de media indoor (divulgación de publicidad en elevadores, shoppings, metros, etc.) y por vehículos outdoor. Es importante recordar que la divulgación de publicidad realizada en periódicos, revistas, radio y TV abiertos, sigue no tributada, ante la inmunidad prevista en el art. 150, inciso VI, letra d, de la Constitución Federal.”

38.) Es importante destacar, por fin, que, aunque la presente sección tenga adoptado como ejemplo el mayor Vehículo de Divulgación de publicidad en el ámbito de la internet, Google, evidentemente las consideraciones aquí expuestas se aplican a todos sus competidores que actúen en el ecosistema digital comercializando tiempo o espacio publicitario virtuales para anunciantes.

III – CONCLUSIÓN

39.) En resumen: a nos parece que la definición legal de Vehículo de Divulgación, que fue seguida tanto por el decreto regulador como por las normas de autorregulación es clara y permite lidiar con las diferentes especies de potenciales Vehículos, se identificando cuáles se caracterizan como Vehículos de Divulgación.

40.) Evidentemente, puede haber agentes que busquen disfrazarse por cualesquier motivos, de entre los cuales, por ejemplo, intentar eximirse del cumplimiento de la legislación local que, según Google afirma arriba, exige el pago de comisión (o descuento) a agencias de propaganda.

41.) Pero, en el ámbito del mercado publicitario brasileño, en la medida en que CENP, mientras entidad de autorregulación que tutela las Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria, que son armónicas con la legislación, admite en sus cuadros, ya sea como entidades fundadoras, ya sea como entidades adherentes, entidades nacionales representativas de agentes que “sean capaces de distribuir propaganda al público”, para los efectos del art. 4º de la Ley nº 4.680, ya existe, como categoría, el reconocimiento e identificación de que se trata de Vehículos de Divulgación, porque mismo de entre los Vehículos de Divulgación más antiguos estos también pasaron a actuar como vehículos en el ámbito de la internet.

42.) No es, en principio, necesario que el referido reconocimiento e identificación mencionados por el legislador sean individualmente realizados, porque, hasta al momento actual, nunca hubo este tipo de abordaje con respecto a todos los Vehículos que actúan en el mercado publicitario.

43.) Pero, dadas eventuales controversias, se entiende que CENP puede editar Resolución que explicita las categorías de Vehículos de Divulgación disponibles hoy a los Anunciantes y Agencias, aunque no de forma amplia, buscando delimitar todos los tipos de distribución de propaganda al público posibles (eventualmente con ejemplos de algunos de los principales Vehículos para cada tipo de propaganda).

Son estas nuestras consideraciones. Permanecemos a disposición para cualesquier aclaraciones.

São Paulo, el 21 de septiembre de 2018.



Tercio Sampaio Ferraz Junior

Thiago Francisco da Silva Brito