CECA MAGÁN
ABOGADOS

CORONAVIRUS

Consideraciones especiales en el Sector de la Publicidad

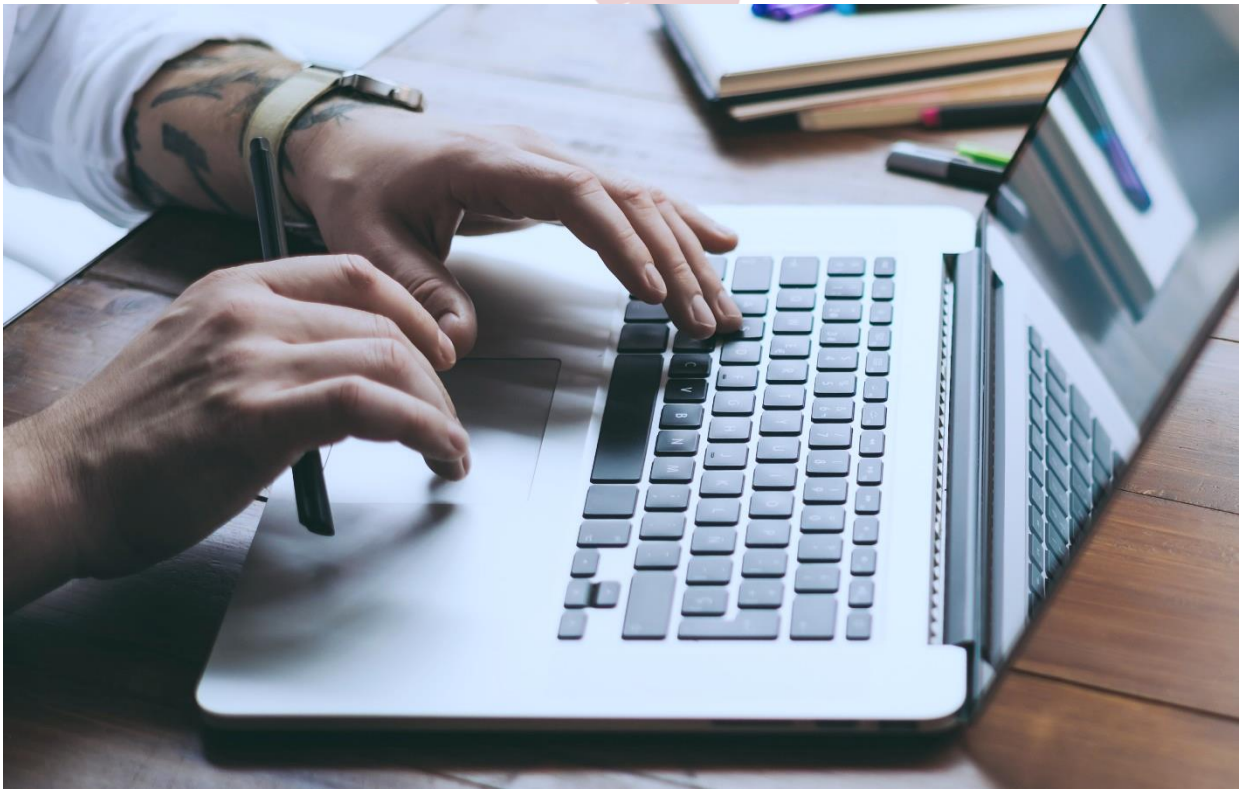
CUESTIONES PRÁCTICAS DESDE UN PUNTO DE VISTA JURÍDICO

25 Mayo 2020

CECA MAGÁN
ABOGADOS

Con la declaración del estado de alarma y la consecuente paralización de la mayor parte de los sectores de actividad de nuestro país, uno de los sectores que más consecuencias económicas va a sufrir será **el sector de la publicidad,** tanto en relación con las campañas publicitarias, como en relación con los contratos de **patrocinio de determinados eventos que se han visto obligados a suspender o posponer**, tanto deportivos como culturales, con las consecuencias económicas que ello va a provocar a las distintas marcas y empresas más importantes de nuestro país.

En esta guía tratamos de **analizar distintos problemas que pueden surgir y que pueden afectar a los distintos contratos ya suscritos**, ofreciendo respuestas desde un punto de vista práctico y jurídico.



#DerechoProcesalalEstiloCeca

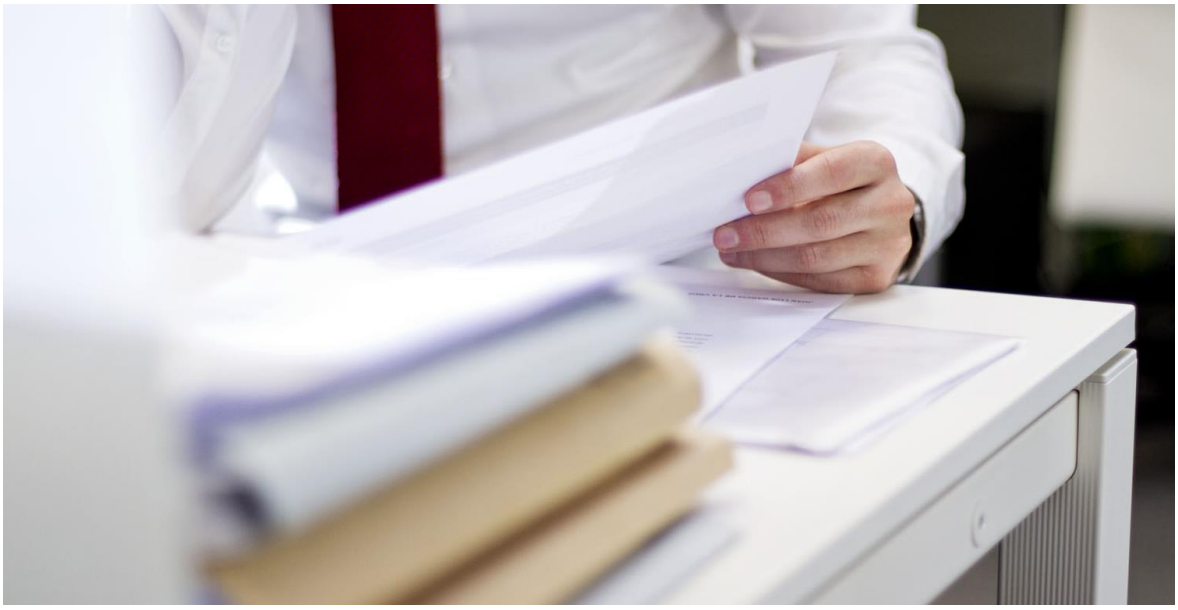
#EstiloCeca

1. A la vista de la situación provocada por el COVID 19, ¿podemos modificar nuestras condiciones contractuales?

Se ha hablado mucho sobre la cláusula *rebus sic stantibus* dada su incidencia en todas las obligaciones jurídicas que se han visto afectadas por la situación provocada por el COVID 19.

En el sector concreto de la publicidad, habrá que analizar de forma minuciosa cada contrato, pues no es lo mismo un contrato de tracto único o de obligaciones transitorias, como puede ser un contrato para una campaña publicitaria en concreto, donde la cláusula *rebus sic stantibus* no sería de aplicación y, por tanto, el contrato debe cumplirse en sus propios términos; que un contrato de tracto sucesivo, como puede ser la contratación por una marca de una agencia de publicidad para un largo período de tiempo, a cambio de una cuota mensual, en los cuales sí podrían ser de aplicación la cláusula *rebus sic stantibus*.

En estos casos, **habría que analizar en primer lugar si las partes han previsto y regulado las consecuencias que pueden generarse en un caso como el acaecido con el COVID 19**, en cuyo caso deberán estar a lo pactado en el contrato. En caso contrario, se podría aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* para restablecer el equilibrio económico del contrato, siendo recomendable siempre intentar llegar a un acuerdo previo entre las partes que conste por escrito.

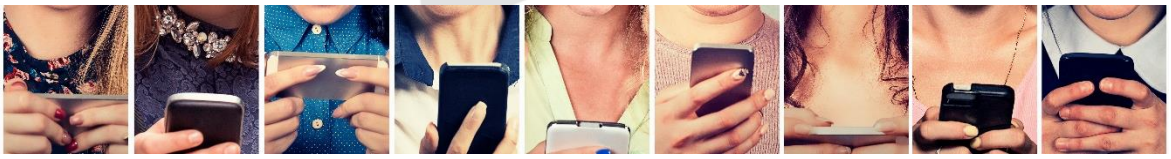


2. ¿Puedo desistir unilateralmente de un contrato de publicidad en caso de que el *influencer* al que se lo he encargado no cumpla con sus obligaciones?

Por regla general, los contratos de publicidad que se otorgan con una determinada persona para una campaña o promocionar un producto o servicio, suelen ser contratos de los denominados personalísimos regulados en el artículo 1.161 del Código Civil, es decir, aquellos que han sido otorgados teniendo en cuenta las cualidades personales del que debe llevar a cabo una acción determinada *-intuitu personae-*, de modo que **sólo puede llevarse a cabo la campaña publicitaria por parte de ese personaje público o *influencer* en concreto**.

La elección del *influencer* en la era digital tiene gran relevancia, tanto por el público al que se dirige como por el número de seguidores en las redes sociales que tienen cada uno de ellos, lo que a veces es determinante a la hora de elegir al protagonista de la campaña, cualquiera que sea el medio en el que se va a difundir.

Por tanto, en estos casos no podrían obligarnos a recibir el trabajo realizado por una persona distinta, pudiendo resolver unilateralmente del contrato y solicitar incluso una indemnización de daños y perjuicios.



3. ¿Puedo solicitar una indemnización de daños y perjuicios en caso de que el *influencer* alegue una causa justificada?

En las situaciones en las que la negativa del *influencer* se deba a una situación de fuerza mayor (imprevisible e inevitable), como puede ser que se haya contagiado de COVID 19 o que las limitaciones del Gobierno lo impidan, ya sea por restricciones de movilidad o por cualquier otra causa, **sí podríamos desistir del contrato, pero no podríamos solicitar una indemnización de los daños y perjuicios causados.**

En este caso, quien alegue la existencia de la causa de fuerza mayor deberá acreditarla fehacientemente, pues de lo contrario sí podrían exigírsele los daños y perjuicios causados.

4. ¿Se puede aplicar la fuerza mayor a los contratos de publicidad o patrocinio como consecuencia del COVID19?

La Ley General de Publicidad que regula ambas modalidades de contrato contempla las situaciones de fuerza mayor remitiéndose en su regulación a las disposiciones de derecho común (art. 1.105 del CC).

En la mayor parte de los casos, **serán los propios contratos los que regulen las consecuencias derivadas de una situación de fuerza mayor**, por lo que habrá que estar a lo pactado entre las partes.

En todo caso, no podemos perder de vista que es esencial determinar ante qué tipo de publicidad nos encontramos, pues no es lo mismo la publicidad por medios telemáticos, que podemos consumir directamente desde nuestras casas, teniendo un gran alto índice de audiencia, que la publicidad que no tiene tal difusión y no entra en nuestros hogares (vallas publicitarias, marquesinas, mobiliario urbano, etc.), cuya afluencia ha disminuido drásticamente como consecuencia de las limitaciones de movilidad acordadas por el Gobierno; así como también hay que diferenciar entre el producto o servicio que se publicita, pues si sus ventas se han visto completamente restringidas como consecuencia de las medidas gubernativas adoptadas, la causa del contrato desaparecería, siendo este uno de los elementos esenciales para que el contrato pueda tener eficacia

En este último caso, **podría argumentarse la existencia de fuerza mayor con el fin de desistir unilateralmente del contrato sin verse expuesto a la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios.**

5. ¿Cómo afecta la restricción de la movilidad ciudadana a la publicidad que se encuentra en la vía pública?

Es un hecho notorio que mucha publicidad a la que estamos expuestos se observa única y directamente en la calle (transporte público, marquesinas, carteles, etc.) por lo que la restricción de la movilidad ciudadana ha incidido directamente en su repercusión.

Por ese motivo, muchas empresas se plantean la cancelación de esta publicidad, que lógicamente va a tener un alcance mucho menor del pretendido cuando se otorgó el contrato.

El trabajo que hay detrás de esa publicidad se lleva a cabo por dos tipos de agencias: por un lado, podemos hablar de **la agencia de publicidad que se encarga de crear la campaña publicitaria** y, por otro lado, encontramos **la agencia de medios**, que se encarga de gestionar su difusión, comprando espacios de medios (marquesinas, autobuses, vallas, etc.), por lo que tendremos que distinguir entre cada una de ellas.

5.1. ¿Cómo afecta a las agencias de publicidad?

En el caso de las agencias de publicidad, en principio, no tendrían por qué verse afectadas por esta situación, pues nada impide que la publicidad se difunda una vez haya transcurrido la crisis.

No obstante, sí podrían darse situaciones en las que se pueda alegar la existencia de fuerza mayor para resolver su contrato sin miedo a una indemnización, como podría ser el caso de las campañas encargadas por las aerolíneas o el sector hotelero para las vacaciones de verano, en el caso de que sigan existiendo restricciones de movilidad con los diferentes países en período estival, toda vez que la motivación que llevó a tales empresas a otorgar sus contratos de publicidad (en este caso, vender viajes en verano) ha desaparecido por una causa sobrevenida, imprevisible e inevitable, como es el cierre de fronteras y la restricción de la movilidad ciudadana

Lo mismo sucedería en caso de publicitar un evento que se ha cancelado, como sería el caso de conciertos en los que es imposible mantener la distancia de seguridad de 2 metros y no han optado por un aplazamiento, sino por una cancelación definitiva, toda vez que estaríamos publicitando un hecho que no se va a producir.

Por tanto, se deberá **analizar cada caso concreto a fin de poder determinar si les puede afectar la fuerza mayor de forma tal que se permita el desistimiento del contrato sin verse expuesto a una indemnización.**

En todo caso, lo recomendable es siempre llegar a un acuerdo por escrito entre ambas partes.

5.2 ¿Cómo afecta a las agencias de medios?

Ante la declaración del estado de alarma y la restricción de la movilidad ciudadana, muchas empresas han solicitado la cancelación de sus contratos de forma repentina, ante la escasa repercusión que va a tener en el público y ello a pesar de que las agencias de medios ya habían invertido en gastos para la compra de los espacios publicitarios, que normalmente se compran con una antelación de un mes y medio a tres meses.

En estos casos se plantea quién debe asumir los costes de cancelación de los espacios publicitarios, tratando las agencias de repercutírselos al cliente final por haber sido este quien ha tomado la decisión de desistir del contrato, mientras que las empresas entienden que deben ser asumidos por la propia agencia al encontrarnos ante una situación de fuerza mayor.

Así, existe la posibilidad de aplazar la campaña para un momento posterior, una vez se levanten las restricciones de movilidad, en cuyo caso la ejecución del contrato se pospondría sin generar ningún tipo de gasto adicional; sin embargo, en los casos que esta solución no sea posible o no sea interesante para la empresa, **habrá que analizar de forma minuciosa cada contrato, centrándonos tanto en los plazos de antelación pactados y en la configuración del precio** (si estos gastos o costes de cancelación forman parte del precio o no), así como en la regulación que el contrato realiza sobre las causas de fuerza mayor, a fin de dar una respuesta adecuada a cada supuesto.

6. El sector en el que opero se ha visto totalmente paralizado por la declaración del estado de alarma, ¿puedo resolver mi contrato de publicidad?

Uno de los sectores que se ha visto más afectado es el turismo, ya sean aerolíneas, hoteles, agencias de viaje, etc., que por regla general invierten una considerable suma de dinero en publicidad.

En los casos en los que se haya contratado una campaña en concreto, podría verse afectada por la fuerza mayor, en cuyo caso no operarían indemnizaciones si una de las partes no cumple con sus obligaciones. Sin embargo, ello no le exime de que la contraparte pueda exigirle su cumplimiento.

Cuestión distinta se daría en los contratos de tracto sucesivo, en los que la empresa o la marca hayan encargado su publicidad durante un largo período de tiempo a una determinada agencia. En esos casos, dependiendo del sector y de las circunstancias concretas, podría solicitarse una revisión del contrato con base en la *cláusula rebus sic stantibus* (que no podemos olvidar es de aplicación restrictiva por nuestros tribunales), con el fin de restablecer el equilibrio económico del contrato.

En todo caso, lo recomendable es tratar de llegar a una solución amistosa, adecuada al caso concreto y teniendo siempre en cuenta las regulaciones contractuales específicas en cada caso.

7. ¿Podrían exigirme una indemnización en caso de desistir unilateralmente de mi contrato de publicidad?

Deberemos diferenciar cada caso concreto, pues no es lo mismo la publicidad de un sector esencial que ha continuado normalmente con su actividad (por ejemplo, los supermercados o productos alimenticios), aquellos otros que han podido continuar con la venta online (conocidas marcas de ropa, electrodomésticos, etc.), o aquellos otros cuya actividad se ha paralizado por completo (viajes, hoteles, etc.).

En los casos en los que la resolución del contrato sí venga soportada por una cuestión de fuerza mayor, no se devengaría indemnización alguna.

Por el contrario, en los casos en los que, aprovechando esta circunstancia, pero sin que tenga una repercusión real la situación que estamos viviendo, sí se podría analizar la procedencia de reclamar los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la resolución anticipada del contrato.

8. Se ha aplazado la competición deportiva que estaba patrocinando, ¿cómo afecta ello a mi contrato? ¿tengo obligación de mantener el patrocinio?

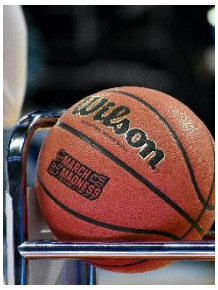
En la Ley General de Publicidad encontramos también el contrato de patrocinio, que suele tener gran importancia en eventos deportivos y culturales.

Una de las primeras decisiones adoptada por el Gobierno con la declaración del estado de alarma fue la suspensión de las competiciones deportivas, lo que directamente incide en el cumplimiento de los contratos de patrocinio.

En estos casos, tendremos que analizar, entre otras cosas, si en el contrato se hace referencia a la necesidad de que el evento en cuestión se celebre en unas fechas determinadas o únicamente se hace mención a la competición, independientemente de cuándo esta tenga lugar.

En caso de que el contrato se haya otorgado en relación con un evento deportivo en concreto sin hacer referencia a las fechas del mismo, el contrato deberá cumplirse en sus propios términos cuando el evento se produzca.

En este punto entrarán en juego factores como cuándo se espera la reanudación de las competiciones deportivas y en qué condiciones se celebrará (puerta cerrada, afluencia limitada de público, etc.), pues si estas condiciones varían de forma tal que afecte al interés del patrocinador de acudir al mismo, éste podrá valorar entre solicitar una modificación de sus condiciones a través de la cláusula *rebus sic stantibus* o, incluso, desistir unilateralmente del contrato, siempre y cuando la causa de fuerza mayor le afecte de forma esencial y, por tanto, no se vean sometidos a una indemnización.



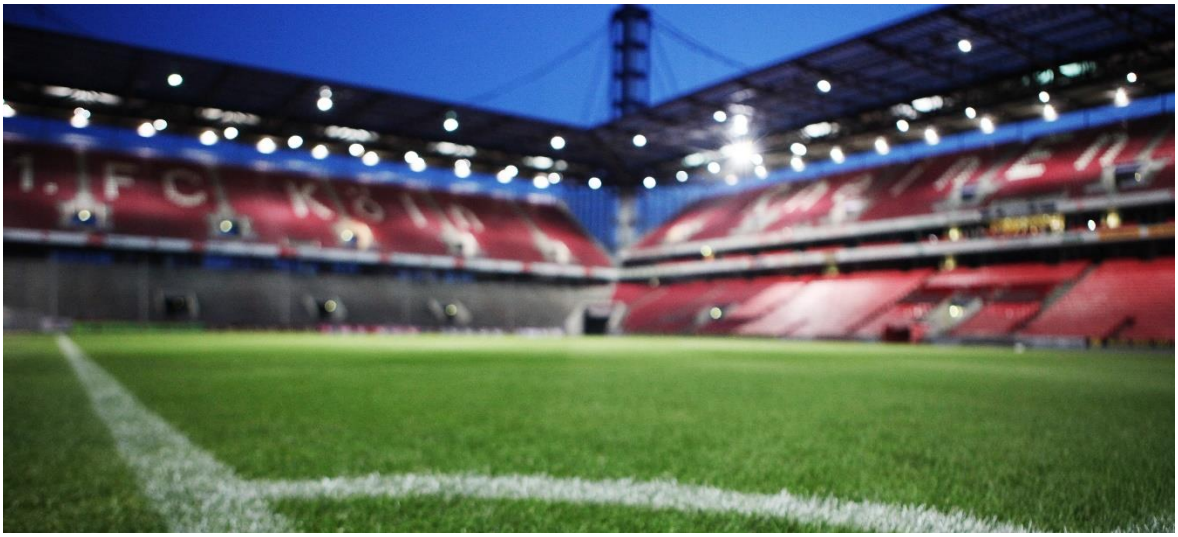
9. En caso de que se acuerde la celebración de eventos deportivos a puerta cerrada, ¿qué consecuencia puede tener para mi contrato de patrocinio?

Dependerá tanto del evento en sí como del sector del propio patrocinador.

Por ejemplo, en el caso de la Liga de Fútbol o de Baloncesto, si se reanuda la competición a puerta cerrada hay muchos patrocinadores que no se verán afectados, habida cuenta que la retransmisión por televisión tendrá el mismo efecto que su exhibición en el campo o incluso mayor (como es el caso de los patrocinadores oficiales: Liga Endesa, Liga BBVA, o publicidad en la indumentaria de los jugadores).

Sin embargo, hay otros patrocinadores cuyo uno de los principales intereses es, precisamente, el consumo que puede obtener de la afición que acude al estadio y adquiere productos en los stands (normalmente marcas de alimentos y bebidas).

Un ejemplo claro sería la celebración del Mutua Madrid Open de tenis a puerta cerrada puesto que uno de los principales motivos de los patrocinadores es, precisamente, los puestos de los que se sirve el recinto ferial para montar stands, realizando sorteos para darse a conocer ante la afluencia de público, etc. Al celebrarse a puerta cerrada, las condiciones por las que se otorgó el contrato de patrocinio habrían variado sustancialmente, por lo que podría darse una revisión de sus condiciones o, en determinados casos, podría incluso procederse al desistimiento unilateral del contrato, sin riesgo a verse expuestos a una reclamación de daños y perjuicios.

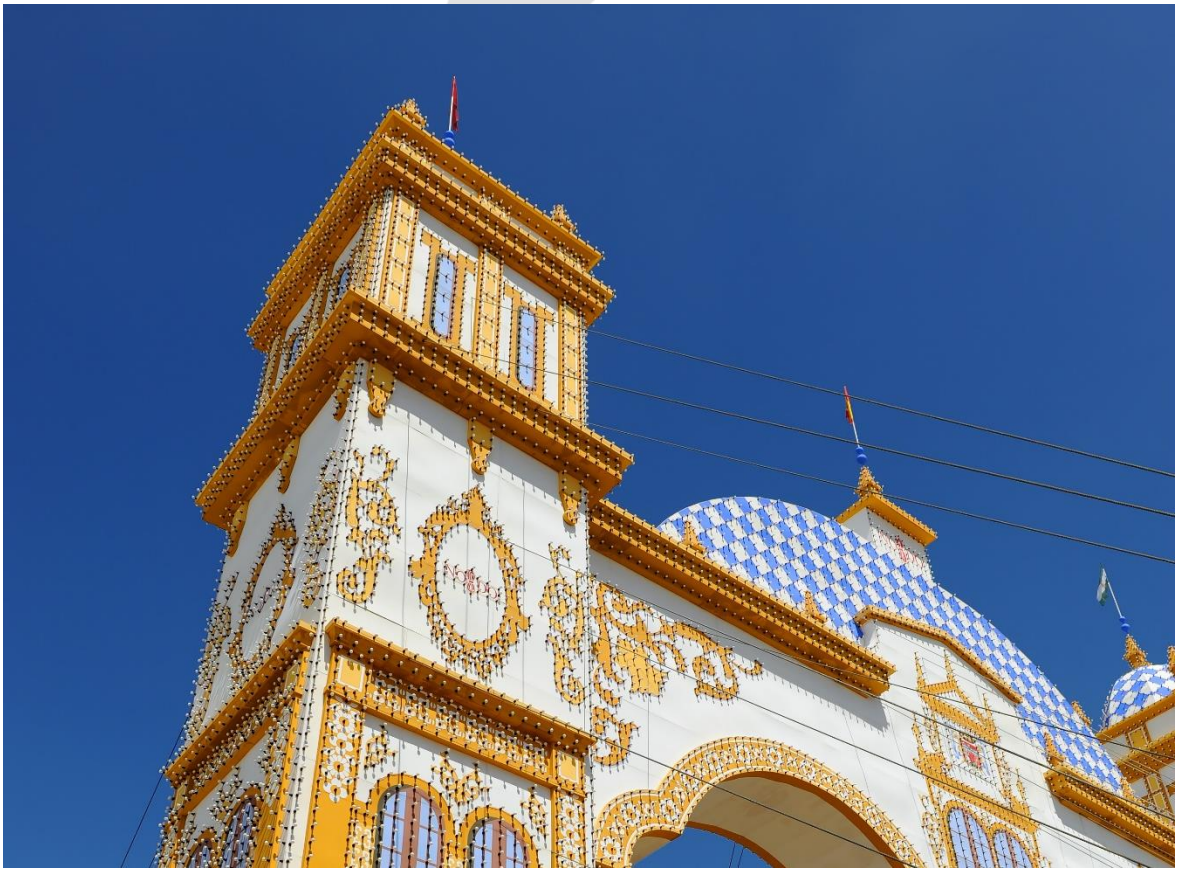


10. En caso de que se suspenda de forma indefinida la celebración de un evento deportivo o cultural, ¿qué consecuencias puede tener en relación con el contrato de patrocinio?

En este caso, podemos hablar ya no solo de eventos deportivos, sino incluso de fiestas populares como han sido la Feria de Sevilla o San Fermín, que en un primer momento pretenden aplazarse, pero puede darse la circunstancia de que finalmente no puedan celebrarse este año.

En caso de imposibilidad de su celebración, **estaríamos claramente ante un caso de fuerza mayor**, por lo que, salvo que contractualmente se pacte expresamente una cosa distinta, podría desistirse del contrato sin riesgo a verse expuesto a una indemnización, toda vez que estamos ante una situación imprevisible e inevitable.

En todo caso, dentro del ámbito de voluntad de las partes, nada impide que ambas partes acuerden la suspensión del contrato hasta que se pudiese celebrar el evento en cuestión.



11. Y si el evento deportivo y/o cultural se ha suspendido con anterioridad a la declaración del estado de alarma ¿pueden exigirme el cumplimiento del contrato?

El ejemplo más claro que podemos tomar como referencia es la cancelación de un importante congreso tecnológico que iba a celebrarse en de Barcelona que debía haberse celebrado entre el 24 y el 27 de febrero.

En este caso, las marcas exigieron a la asociación de operadores que organizaba el evento la no cancelación del mismo debido al perjuicio económico que tendrían que asumir y que, en ese momento, nuestras autoridades entendieron que no existía riesgo alguno en ese momento que impidiera la celebración del congreso.

Sin embargo, la firma organizadora canceló el evento, mientras que en las mismas fechas se celebraban otros similares por distintos países europeos.

Esta situación ha provocado multitud de reclamaciones millonarias frente a la firma organizadora en relación con los daños y perjuicios que han sufrido las empresas que no han podido acudir.

Sin embargo, la firma organizadora alega la existencia de fuerza mayor como causa que motivó la cancelación del evento debido a la incipiente amenaza que el COVID 19 produjo durante las fechas de celebración del congreso, para eximirse del pago de las reclamaciones millonarias que está recibiendo.

En este punto es importante resaltar que quien tiene que acreditar la existencia de fuerza mayor es quien la alega, en este caso, la organizadora del evento, que deberá acreditar de forma fehaciente que dos semanas antes de declararse el estado de alarma, en Barcelona existía un gran riesgo de contagio que recomendaba la cancelación del evento a fin de evitar la propagación del virus.

CECA MAGÁN
ABOGADOS

¿Podemos Ayudarte?

Emilio Gude

Socio
del área Litigación y Arbitraje

egude@cecamagan.com

Patricia Martínez

Abogada Senior
del área Litigación y Arbitraje

pmartinez@cecamagan.com

Alejandra Lorente

Abogada
del área Litigación y Arbitraje

alorente@cecamagan.com

Cruz María Peira

Abogada
del área Litigación y Arbitraje

cmpeira@cecamagan.com

Le recordamos, que todas las cuestiones del presente documento son de carácter informativo.

Para ampliar información y contratar nuestros servicios, por favor contacte con nuestros profesionales

info@cecamagan.com

CECA MAGÁN
ABOGADOS

MADRID

C/ Velázquez 150
28002 - Madrid

+34 91 345 48 25

BARCELONA

Avda. Diagonal 361 Ppal 2ª
08037 - Barcelona

+34 93 487 60 50

TENERIFE

Avda. Francisco La Roche 19 2ª
38001 - Sta Cruz de Tenerife

+34 92 257 47 84

#EstiloCeca