

Repercusión jurídica de la COVID-19 en los contratos audiovisuales y comerciales de las SAD y clubes profesionales. Fuerza mayor vs *rebus sic stantibus*

Agustín Amorós Martínez

Abogado Ruiz-Huerta & Crespo

1. La COVID-19 y su impacto en la competición profesional

Como es sabido, el pasado 15 de marzo entró en vigor el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Del mismo modo, el día 18 de marzo se aprobó el Real Decreto Ley 8/2020 de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social la COVID-19.

Conforme al art. 10.3 del RD 463/2020 quedaba suspendida, entre otras actividades, la apertura al público de locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos, las actividades deportivas y de ocio indicados en el Anexo I, incluyendo éste, dentro de los deportivos, entre otros, los campos de fútbol, estadios y otros locales, instalaciones o actividades asimilables.

Por su parte, LaLiga y la RFEF acordaron inicialmente, el 13 de marzo, la suspensión de las competiciones profesionales de fútbol durante dos semanas y, posteriormente, tras la declaración del estado de alarma, el 23 de marzo, la ampliación de dicha suspensión hasta que las autoridades competentes del Gobierno y de la Administración General del Estado considerasen que se podrían reanudar las competiciones sin riesgo para la salud.

Por tanto, la limitación de la actividad deportiva derivada de la orden de suspensión gubernamental y las decisiones adoptadas por los organismos deportivos competentes tienen como consecuencia directa que, durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, no puedan desarrollarse en ningún punto del territorio nacional las competiciones que constituyen el objeto social y la actividad principal de las SAD y clubes profesionales.

Ello ha supuesto que la actividad deportiva competitiva misma, que constituye el objeto de las retransmisiones del espectáculo deportivo in situ y de la exposición publicitaria asociada a dicha actividad ha quedado impedida por las medidas gubernamentales y deportivas mencionadas, pudiendo así plantearnos si estamos ante un caso de fuerza

mayor imposibilitadora de cumplimiento de contratos, pero no por la pandemia *per se*, sino por las prohibiciones normativas adoptadas con relación a la misma.

Dentro de los ingresos totales de Laliga, si excluimos el precio de venta de los derechos federativos de los jugadores (ingresos por traspasos) y otros ingresos complementarios operativos y financieros, pueden destacarse cuatro grupos básicos: retransmisión (derechos audiovisuales); *match day* (incluye ingresos por competiciones y abonados/socios); comercialización (incluye ingresos por patrocinios y *merchandising*); y publicidad.

El precio de venta de derechos federativos quedará, como es lógico, afectado a futuro por las consecuencias de la actual pandemia sobre la economía de los clubes a nivel mundial, con todas las situaciones particulares que podamos imaginar.

En cambio, los contratos relativos a los demás conceptos (retransmisión, comercialización, publicidad y *match day*) ya han quedado directamente afectados, total o parcialmente (por ejemplo, el *merchandising* ha podido continuar a través de la venta *online*), por dicha pandemia, en la medida en que la celebración de eventos deportivos y la propia actividad deportiva han sido suspendidas por la autoridad gubernativa.

No obstante, conforme al art. 41 de la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, se establece que se podrá proceder a la reanudación de la competición profesional siempre y cuando la evolución de la situación sanitaria lo permita, lo que se efectuará sin público y a puerta cerrada, permitiéndose la entrada de medios de comunicación para la retransmisión de la competición.

Dicha orden supondrá, cuando se reanude la competición, cerrar un paréntesis en cuanto a la imposibilidad de explotación de los derechos audiovisuales. Sin embargo, el impacto se continuará dejando sentir de modo dispar en cuanto a otras fuentes de ingresos, desde una afectación total a ingresos como los de taquilla y eventos asociados al *match day*, a una afectación parcial y variable en cuanto a los contratos de patrocinio y publicidad.

Pese a que la Disposición Adicional 4ª del Real Decreto 463/2020 prevé la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos mientras dure el estado de alarma, dicha norma no puede interpretarse en modo alguno como la suspensión de los plazos de cumplimiento de las obligaciones.

De hecho, las medidas gubernativas acordadas hasta la fecha no alteran el marco jurídico de las obligaciones y contratos entre particulares, salvo excepciones relativas a préstamos hipotecarios.

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico contempla algunas excepciones al principio general de cumplimiento íntegro de las obligaciones y de responsabilidad de la parte incumplidora a las que dedicamos unas breves líneas en el apartado siguiente.

2. Fuerza mayor vs *rebus sic stantibus*

En primer lugar, y como es lógico, habrá que estar a lo expresamente pactado en los contratos de derechos audiovisuales, abono por temporada, publicidad y patrocinio deportivo suscritos por las SAD y clubes para el caso de haber regulado las consecuencias de situaciones de fuerza mayor o de una imposibilidad sobrevenida de cumplir con las obligaciones y establecer una determinada pauta de asignación de los riesgos en estos supuestos.

En tales casos, como recuerda el Tribunal Supremo, habrá que estar a lo pactado por las partes en virtud de lo establecido en el artículo 1255 CC, salvo que se tratase de contratos a los que resulte aplicable la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) que prohíbe la renuncia de derechos reconocidos a los consumidores (excepción aplicable, por tanto, a los abonos y ventas de localidades).

Sin perjuicio de lo anterior, no está de más recordar que nuestro ordenamiento proscribe el abuso de derecho y cualquier actuación contraria a la buena fe, exigible en todo marco contractual, por lo que ambos principios podrían alzarse como límite en situaciones en las que una parte pretenda aprovecharse lícitamente del presente contexto excepcional.

Cuando no exista una previsión contractual expresa en la que pueda subsumirse la situación generada por la actual pandemia, el Código Civil contempla la posibilidad de que existan sucesos que no se hubieran podido prever o que, en caso de ser previstos, fueran inevitables. Establece el art. 1.105 CC que "(...) nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables."

La jurisprudencia ha desarrollado el concepto de fuerza mayor como aquel (i) acontecimiento imprevisto; (ii) externo e independiente a la voluntad de las partes; (iii) que comporta una alteración del equilibrio interpartes; y, (iv) cuyo desequilibrio traiga causa del indicado acontecimiento: es decir, existencia nexo de causalidad.

El artículo 79.1 del Instrumento de Adhesión de España a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, y ratificado por España, regula la fuerza mayor como causa de exoneración de responsabilidad en la compraventa internacional de mercaderías, de la siguiente forma: "Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias".

La imposibilidad de prever tendrá, no obstante, que considerarse siempre en base a la actividad normal del hombre medio en relación a las circunstancias, como dispone, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1988.

Por otro lado, para evaluar si un acontecimiento o suceso fuera inevitable deberá ponerse en relación la obligación con los medios que cuenta el obligado, los medios con los que sería exigible que contara y la actividad que debería desplegar para cumplir con la

prestación a la que se ha obligado. Como dispuso el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de diciembre de 2006, "la fuerza mayor ha de entenderse constituida por un acontecimiento surgido a posteriori de la convención que hace inútil todo esfuerzo diligente, debiendo concurrir en dicho acontecimiento -hecho determinante- la cualidad de ajeneidad, en el sentido de que ha de ser del todo independiente de quién lo alega sin que pueda confundirse la ajeneidad con aquellas circunstancias que tienen que ser asumidas y previstas por la parte contratante de quien depende el cumplimiento".

La declaración de estado de alarma y las consecuencias que derivan de la misma en la actividad deportiva profesional pueden subsumirse, sin duda, en este supuesto de fuerza mayor. De hecho, si bien limitado al ámbito laboral, el propio Real Decreto Ley 8/2020 establece que los efectos de la declaración del estado de alarma y de crisis sanitaria sobre las empresas tendrán la consideración de fuerza mayor a los efectos de lo dispuesto en el artículo 47 ET.

No es la primera vez que nuestros tribunales reconocen en un problema de salud pública global un caso de "fuerza mayor" que reúne los requisitos de "imprevisibilidad", "inevitabilidad" y "ajeneidad".

En relación a la denominada Gripe A, la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 14ª), en Sentencia de 8 de junio de 2012, no dudó en reconocer que dicha epidemia constituyó una "incidencia sobrevenida e inesperada", como también lo hizo la Sentencia de 10 de diciembre de 2013 de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

No hay nada, por tanto, que impida en este caso asimilar la pandemia COVID-19 a la denominada Gripe A y considerarlo una situación de "fuerza mayor". La consecuencia inmediata de ello es que, como dispone el citado artículo 1105 de nuestro Código Civil, el obligado por cualquier contrato de naturaleza civil o mercantil no deberá responder de los incumplimientos de sus obligaciones que sean consecuencia directa de la situación generada por la COVID-19.

No obstante, deben hacerse una serie de precisiones.

En primer lugar, es importante tener en consideración que dicha fuerza mayor podrá ser invocada en las obligaciones de hacer, pero no en las de naturaleza pecuniaria. En este sentido el artículo 1184 del CC establece que "también quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible". Como ha señalado nuestro Tribunal Supremo en su sentencia 266/2015, de 19 de mayo, las deudas pecuniarias no se les puede aplicar la imposibilidad sobrevenida de la prestación por tratarse de una obligación genérica y, de ahí, que la imposibilidad sobrevenida no extinga aquella, desestimando la pretensión de la actora por invocar fuerza mayor y caso fortuito y no la cláusula *rebus sic stantibus*.

En segundo lugar, es necesario matizar que la fuerza mayor constituye una exención de la obligación de indemnizar a la otra parte, pero en ningún caso supone que una de las partes quede exenta de realizar su prestación cuando la contraparte ha cumplido con la suya. Lo que prevé el legislador al desarrollar el concepto de fuerza mayor es que nadie será responsable de sucesos imprevistos. Es decir, el obligado no queda exonerado del

cumplimiento de su obligación, pero ante el incumplimiento de ésta, mediando los requisitos citados no se le podrá exigir indemnización por daños y perjuicios.

Por consiguiente, se excluye la indemnización por incumplimiento o incumplimiento defectuoso, pero no permite que, alegando la existencia de fuerza mayor, una de las partes incumpla su prestación, de forma que una de las partes se beneficie a costa del sacrificio o pérdida de la otra (lo que supondría un enriquecimiento injusto).

La fuerza mayor también puede tener un carácter definitivo y no solo temporal, provocando la extinción del vínculo contractual cuando su cumplimiento devenga imposible como consecuencia del evento de fuerza mayor. Así, si se pierde el objeto del contrato como consecuencia del evento constitutivo de fuerza mayor, ambas partes sufren el perjuicio de forma que comparten el riesgo y se procederá a la devolución recíproca de las prestaciones, excluyéndose la obligación de indemnizar.

Precisamente, en relación con esta última posibilidad, conviene subrayar que en el ámbito analizado (retransmisiones, abono, patrocinio y publicidad) nos encontramos normalmente ante contratos de cumplimiento sucesivo y, por tanto, la afectación al objeto contractual - con algunas excepciones- no será esencial ni definitiva.

Esto nos conduce, necesariamente, a examinar la posibilidad de modificar el contrato cuando se ha producido un cambio en las circunstancias que había en el momento de su firma.

Esta modificación puede conseguirse acudiendo a un instrumento conocido con el nombre cláusula *rebus sic stantibus*, que no se encuentra regulada en nuestro Código Civil, es de elaboración puramente jurisprudencial e implica una alteración sustancial de las condiciones del contrato. Su finalidad es la de reestablecer el equilibrio de las prestaciones de las partes sobre un principio de equidad.

Esta cláusula se aplica en mayor medida a contratos como los analizados, que, por su naturaleza, están más expuestos a los cambios en las circunstancias sobre las cuales se perfeccionaron y deben reunir, con carácter general, las siguientes características esenciales:

- / Ser sinalagmáticos, esto es, bilaterales, recíprocos y conmutativos (STS de 15 de abril de 1991, que declaró que procedería aplicarla cuando durante el transcurso del plazo contractual se hayan producido circunstancias tan inusitadas que rompan el necesario equilibrio sinalagmático entre las prestaciones de las partes).
- / Ser de tracto sucesivo, o, en su caso, estar expuestos, en lo que a la determinación del contenido de sus prestaciones se refiere, a un hecho futuro, de modo que cuanto más se extienda en el tiempo la vigencia de un contrato más susceptible será de beneficiarse de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, en la medida en que tendrá una exposición mayor a hechos que puedan desequilibrar su contenido.

Las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 15 de octubre 2014 y 30 de junio de 2014 representan un *aggiornamento* del alcance de la cláusula *rebus sic stantibus*, cuya

aplicación era anteriormente muy restrictiva por ser considerada incluso peligrosa para el sistema, en cuanto se percibía como una ruptura del principio *pacta sunt servanda*.

Conforme a dichas resoluciones, en cambio, se entiende que la aplicación de la cláusula, en rigor no supone una ruptura o singularidad respecto de la regla preferente de la lealtad a la palabra dada, pues cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente, las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado.

Como indica la jurisprudencia, esta cláusula será de aplicación a los contratos de tracto sucesivo en los que concurran los siguientes requisitos:


1. Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplimiento del contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.
2. Desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes contratantes, que derrumban el contrato por aniquilamiento de las prestaciones.
3. Que todo ello acontezca por la sobrevenida aparición de circunstancias radicalmente imprevisibles.
4. Que carezca de otro medio para remediar y salvar el perjuicio.

Aunque los tribunales aplican esta fórmula con carácter restrictivo, la declaración de estado de alarma y de crisis sanitaria podría justificar la modificación de las condiciones del contrato y, en determinados supuestos, su resolución.

Como señala Magro Servet¹, en la citada Sentencia del Tribunal Supremo nº 333/2014 (Sala de lo Civil, Sec. 1ª) de 30 de junio de 2014 (Rec. 2250/2012) se indican varios puntos de interés que avalarían aplicar la cláusula “*rebus*” a la situación de pandemia de coronavirus, por cuanto en este caso:

- a) Se trata de una circunstancia ajena a lo pactado.
- b) No hay culpa del afectado por la pandemia de coronavirus.
- c) Resulta de forma sobrevenida e inesperada.
- d) No era un riesgo previsible. No se podría prever.
- e) La incidencia de los efectos del virus es relevante y grave.
- f) Se manifiesta con una inusitada beligerancia en la imposibilidad de cumplir el contrato conforme a lo pactado.

¹ “La crisis del coronavirus y la aplicación de las cláusulas *rebus sic stantibus* en los contratos” (ELDERECHO.COM, 18-03-2020).

- 
- g) El principio de buena fe determina que el afectado por el virus actuó de buena fe y no colaboró en la imposibilidad de cumplir conforme a lo pactado.

Dado que la cláusula *rebus sic stantibus* parece más operativa que la aplicación del concepto de fuerza mayor, pues no se pretende incumplir o extinguir las obligaciones contractuales sino simplemente adaptar lo pactado en su día a la realidad presente, consideramos que constituye un instrumento jurídico más apropiado para resolver los múltiples conflictos económicos derivados de la afectación al objeto contractual como consecuencia de las medidas normativas adoptadas por el impacto del coronavirus.