

Breves Comentarios sobre la nueva Ley de Contratación de Publicidad

El 3 de junio de 2021, el Ejecutivo Federal publicó en el Diario Oficial de la Federación el *DECRETO por el que se expide la Ley para la Transparencia, Prevención y Combate de Prácticas Indebidas en Materia de Contratación de Publicidad* (la “**Ley**”), la cual introduce cambios relevantes que impactan a la industria de la publicidad en México. La Ley entrará en vigor el 3 de septiembre de 2021 y será aplicable a los actos, contratos, acuerdos o procedimientos que celebren entre sí dos o más de los agentes económicos a que se refiere la propia Ley (agencias de medios, anunciantes y medios de comunicación), si el anunciante correspondiente tiene su residencia en México y el anuncio del que se trate es difundido en territorio nacional.

Conforme a la exposición de motivos de la nueva Ley, su expedición responde a una necesidad de evitar “prácticas indebidas” presentes en la industria de la publicidad, tales como: **(i)** el doble cobro por parte de las agencias de medios, ya que reciben compensación tanto por parte de los anunciantes a quienes representan, como por parte de los medios de comunicación donde se ejecuta la publicidad; **(ii)** los conflictos de interés que existen cuando una agencia representa a un anunciante y, a su vez, tiene relaciones comerciales con el medio de comunicación donde se exhibe la publicidad de dicho anunciante; **(iii)** la compra de espacios publicitarios por parte de las agencias para su posterior reventa con sobreprecio (*markup*) a los anunciantes; y **(iv)** la celebración de contratos simulados o a precios superiores de los de mercado entre los medios de comunicación y las agencias de medios.

De tal suerte, la Ley tiene por objeto, en términos generales: **(a)** *promover la transparencia en el mercado de la publicidad*, específicamente, en los procesos de contratación de espacios publicitarios; y **(b)** *prevenir y combatir prácticas comerciales que constituyen una ventaja indebida* en perjuicio de los anunciantes y, en última instancia, de los consumidores, principalmente a través de *evitar conflictos de interés* por parte de las agencias, ya que uno de sus principales roles en el mercado publicitario es la intermediación entre anunciantes y medios de comunicación. Adicionalmente, aunque la Ley no lo menciona de manera expresa, pareciera que pretende establecer mecanismos para *evitar prácticas anticompetitivas en el mercado publicitario* por parte de dichos intermediarios, cuya falta de supervisión los hubiere llevado, en opinión del legislador, a inflar los precios de sus servicios u obtener “ganancias indebidas” al revender espacios publicitarios adquiridos de los medios de manera masiva.

La nueva regulación incorpora ciertas restricciones y obligaciones significativas para las Agencias y los Medios, a favor de los Anunciantes que celebren Contratos de Publicidad (según dichos términos se definen en la propia Ley). Así, prohíbe a las Agencias: **(i)** adquirir espacios publicitarios por cuenta propia para su posterior reventa a un Anunciante, ya que solo podrán adquirirlos por cuenta y orden de un Anunciante y “en el marco de un contrato de mandato”; **(ii)** prestar servicios simultáneamente a Anunciantes y a Medios; y **(iii)** recibir remuneración, comisión o beneficios en especie por parte de un Medio, por encima de la contraprestación que recibe el Anunciante.

Por lo que se refiere a las nuevas obligaciones, la Ley incorpora una serie de cargas y medidas que, en la mayoría de las industrias no reguladas, quedarían sujetas a la voluntad de los contratantes. Por ejemplo: **(i)** el contrato de mandato celebrado entre Agencia y Anunciante debe establecer las condiciones de remuneración y la Agencia solo puede recibir, como remuneración por los servicios prestados al Anunciante, la contraprestación establecida en dicho contrato; **(ii)** toda Agencia debe transferir integralmente al Anunciante cualquier descuento otorgado por el Medio (esquema conocido como *pass-through*); y **(iii)** toda Agencia está obligada a proporcionar información periódica al Anunciante relativa a los resultados de los servicios prestados, en los términos de los indicadores y criterios acordados (ej. impresiones, visibilidad, interacciones, *clicks* y acciones (*engagement*), segmentación de la audiencia, métodos de optimización, instrumentos tecnológicos utilizados para la prestación de los servicios, entre otros). Adicionalmente, la Ley impone ciertas obligaciones a los Medios que deberán cumplir frente a los Anunciantes, principalmente relacionadas con facturación y entrega de información relativa a la difusión de los Espacios Publicitarios.

Como puede advertirse, la nueva Ley pretende alcanzar sus objetivos incorporando al orden jurídico mexicano ciertas disposiciones complementarias en materia de contratación mercantil (específicamente por lo que se refiere a contratación de publicidad), transparencia, protección al consumidor y competencia económica. De cierta manera, la Ley convierte a la industria y a la contratación de publicidad en actividades reguladas.

A partir de un análisis preliminar de dichas normas, compartimos los siguientes comentarios:

- a) Algunas de las obligaciones de entrega de información *ayudarán a incrementar la transparencia* mediante la entrega de información por parte de las Agencias a favor de los Anunciantes, reduciendo los costos de transacción en que incurren las partes al negociar los contratos de publicidad. Es razonable anticipar que esta medida beneficiará en mayor proporción a los Anunciantes de menor tamaño o con menor presupuesto de publicidad, pues normalmente son ellos quienes están en una situación menos sólida para negociar los términos y condiciones de los contratos de publicidad con las Agencias.
- b) Ciertas restricciones impuestas a las Agencias *podrían contribuir a la prevención de conflictos de interés*, lo que resultaría en una representación más adecuada y efectiva de los intereses de los Anunciantes. De ser el caso, dichas medidas podrían incidir en la reducción del costo de los Espacios Publicitarios para beneficio de los Anunciantes.
- c) Por otro lado, las *medidas ideadas para prevenir concentración* en las operaciones de compraventa de espacios publicitarios (al obligar a las Agencias a comprarlos en nombre y por cuenta de Anunciantes, en su carácter de mandantes), *parecen poco adecuadas y podrían tener efectos nocivos en el mercado de la publicidad* y en mercados relacionados. En ciertos casos, la compra de Espacios Publicitarios por parte de las Agencias permite a los Anunciantes tener acceso a precios y condiciones a los que, de otra forma (es decir, actuando individualmente), no tendrían acceso. De tal suerte, al prohibirse la intermediación, se impide que los Anunciantes de menor tamaño o con menor presupuesto de publicidad puedan acceder, cuando menos parcialmente, a los descuentos por volumen que obtienen las Agencias que negocian precios de espacios publicitarios “al mayoreo”. En otras palabras, este tipo de compras de Espacios Publicitarios “al mayoreo” bien pueden resultar en eficiencias (vía reducción de costos) para los Anunciantes.

- d) De igual manera, *no es claro que restringir la compra de Espacios Publicitarios por parte de las Agencias “por cuenta propia para su posterior reventa a un Anunciante”, sea acorde con la libertad de comercio* cuando se trata de un servicio de intermediación lícito y que implica cierto grado de especulación mercantil. Así pues, es razonable anticipar que esta medida, junto con otras disposiciones de esta nueva Ley, vayan a ser impugnadas ante los tribunales competentes por parte de los agentes económicos que se consideren afectados.
- e) Además, la propia exposición de motivos de la Ley señala que se han identificado e investigado en varios países (Francia, Reino Unido, Estados Unidos) conductas similares a las que supuestamente se han identificado en la industria de la publicidad en México, a saber: falta de transparencia, prácticas de doble cobro e incumplimiento al deber fiduciario frente a los Anunciantes por parte de las Agencias. Asimismo, la propia iniciativa señala que *“dichas prácticas no se tipificaron (sic) como violatorias de las leyes de competencia, sino como materia de denuncias penales por fraude y chantaje”*. De tal suerte, *resulta cuestionable que la Ley faculte a la Comisión Federal de Competencia Económica para conocer y substanciar las denuncias* derivadas de las disposiciones de la Ley, *“de conformidad con los procedimientos previstos por la Ley Federal de Competencia Económica”*, especialmente cuando se trata de las conductas descritas en este inciso.
- f) Por otro lado, *si existieren en la industria de la publicidad en México conductas que se consideren violatorias de la libre competencia y competencia*, es importante tener en cuenta que ya existen en nuestro orden jurídico reglas sustantivas, procedimientos y autoridades competentes para conocer de dichas denuncias, a saber: la Ley Federal de Competencia Económica y la Comisión Federal de Competencia Económica (la **“COFECE”**).

En ese sentido, la Ley no es clara y es omisa en cuanto a **(i)** qué sujetos estarán legitimados para presentar una denuncia relacionada con la Ley; **(ii)** los requisitos que dicha denuncia debe contener y más importante aún, cómo se relacionan dichas cuestiones o conductas con la materia de competencia económica, y **(iii)** cuál de los procedimientos establecidos en la Ley Federal de Competencia Económica deberá ser seguido por la COFECE para determinar o no la imposición de una sanción.

Resulta complicado afirmar que la COFECE utilizaría el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas para investigar las denuncias de referencia, toda vez que el simple hecho de incumplir con los preceptos establecidos en la Ley no apareja la existencia de una práctica prevista como ilícita en la propia Ley Federal de Competencia Económica. En todo caso, algunos de los supuestos de incumplimiento encuadran quizás con obligaciones fiscales o administrativas de carácter formal, los cuales difícilmente podrían ser sancionados por la COFECE en un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio.

Por todo lo anterior, consideramos importante que los agentes económicos que participan en la industria de la publicidad en México evalúen: **(i)** aquellas medidas que pueden o deben tomar para dar cumplimiento a las disposiciones introducidas por la nueva Ley, para evitar o mitigar afectaciones a su operación y/o modelo de negocio, así como **(ii)** las alternativas y oportunidades para impugnar aquellas disposiciones

que consideran violatorias de sus derechos. Ponemos a su disposición los conocimientos y la experiencia de nuestro equipo para asesorarles en dicho análisis y, en su caso, en la implementación de las medidas corporativas y contractuales que correspondan, así como en la presentación de los medios de impugnación correspondientes.

Para obtener información adicional, favor de contactar a nuestros expertos:

Luis Burgueño, Socio:

+52 (55) 5258-1003 | lburgueno@vwys.com.mx

Fernando Carreño, Socio:

+52 (55) 5258-1042 | fcarreño@vwys.com.mx

Pablo Jiménez, Socio:

+52 (55) 5258-1016 | pjimenez@vwys.com.mx

Diego Sierra, Socio:

+52 (55) 5258-1039 | dsierra@vwys.com.mx

A T E N T A M E N T E

VON WOBESER Y SIERRA, S.C.

Ciudad de México, a 15 de junio del 2021.

VON WOBESER Y SIERRA, S.C.

Paseo de los Tamarindos 60

05120 Ciudad de México

+52 (55) 5258 1000

vonwobeser.com