

## ***El contrato de esponsorización***

**Por José L. Silva Cueva**

### **1. El fenómeno de la esponsorización. La esponsorización como instrumento de comunicación**

Es sabido que uno de los fenómenos más llamativos del derecho patrimonial de hoy es la aparición, en los últimos años, de una larga serie de contratos nuevos, muchos de los cuales se han importado del derecho anglosajón, mientras que otros son solamente nuevas variedades de los tipos contractuales tradicionales, como es el caso del contrato de esponsorización, que examinaremos con claridad y profundidad en nuestra investigación.

Al parecer este fenómeno se debe a la razón económica de la “externalización” de funciones y servicios que antes realizaban directamente las empresas, en tanto que ahora suelen encargarse a terceros, señaladamente a otras empresas especializadas en determinados servicios.

Es este fenómeno económico el que ha impulsado, en el plano jurídico, una tenaz multiplicación de los contratos; pues, como consecuencia del mismo, los tipos tradicionales se han desdoblado y subdividido dando lugar a nuevas figuras contractuales que, aunque adquieren pronto un *nomen iuris* propio, en muchas ocasiones apenas reciben un régimen jurídico fragmentario e incompleto.

La mencionada realidad problemática presenta entre otras las siguientes características:

Si se preguntara a alguien ajeno al mundo jurídico qué es la esponsorización, probablemente aventuraría una definición bastante simple, pero a la vez coincidente con su acepción técnica y nos diría que esponsorizar es financiar o ayudar económicamente a alguien para que pueda llevar a cabo su actividad, de carácter deportivo, científico o cultural, con la finalidad de que se sepa.

Desde un punto de vista técnico-jurídico, Galgano lo ha definido como “el contrato por el que un empresario, espónsor, con la finalidad de aumentar la notoriedad de sus signos distintivos, entrega una cantidad de dinero, o de bienes y servicios, al organizador de manifestaciones deportivas o de iniciativas culturales, de espectáculos televisivos, etc., o de un personaje individual del deporte, del espectáculo (esponsorizado), para que éste publicite, en el modo previsto en el contrato, los productos o la actividad del empresario”<sup>1</sup>.

Desde hace unos años, venimos asistiendo a una verdadera revolución publicitaria que progresivamente se ha ido introduciendo en el mundo del deporte, de las artes y de la cultura en general.

No hay espectáculo de masas en el que no se muestren los logotipos o marcas de determinadas empresas. Unas veces en forma de vallas o espacios publicitarios

---

<sup>1</sup> Galgano, Francesco, *Dizionario enciclopédico del diritto*, Cedam, Padova, 1996, vol. II, p. 1534.

tradicionales como las que rodean los campos de fútbol. Otras, en las camisetas de los jugadores o en el material que se utiliza en el evento, de manera que el mensaje publicitario “forma prácticamente parte del paisaje”<sup>2</sup>.

En el Mundial de Francia 94, las compañías norteamericanas coparon la mayor parte de la publicidad en los estadios ante el temor de que las firmas japonesas ocuparan masivamente los anuncios.

Hemos extraído de Internet –de las páginas oficiales–, algunas noticias que nos amplía el panorama de la sponsorización y de los millones que están en juego. Veamos, el Valencia, club de fútbol de primera división de la Liga Española firmó un contrato de 300 millones de pesetas con la empresa Metrored hasta el 30 de junio de 2002. El mejor golfista del mundo, Tiger Woods, de veintitrés años, firmó con Nike por 90 millones de dólares, el contrato es de cinco años. Nike también firmó con la selección brasileña de fútbol por 160 millones de dólares. El Manchester United es el club de fútbol que recibe la mayor sponsorización en la historia del fútbol, los 30 millones de libras esterlinas que le da la empresa de telecomunicaciones Vodafone por aparecer cuatro años.

El contrato de Audi con el Club alemán Bayern Munich –vigente desde el 1 de junio de 2002 hasta el 30 de junio de 2008–, por el cual le suministrará 50 automóviles para los jugadores y la directiva, además de 5 millones de euros, por temporada, por derechos publicitarios. Como se sabe este club de fútbol tenía un contrato con Opel, la competencia de Audi que finalizaba recién el 30 de junio de 2003, sin embargo, tuvo que resolver por las dificultades económicas que sufre la sucursal de la General Motors. De todas maneras y como todo dinero es bienvenido, el espónsor principal es la Deutsche Telekom que pagó 120 millones de euros hasta el 2008 (20 millones por temporada), por la publicidad en las camisetas.

En Perú<sup>3</sup> la Cervecería del Sur, compañía que anunciaba su producto –Cerveza Cuzqueña– en la camiseta del Club Universitario de Deportes, firmó un convenio que incluía publicidad en camisetas, buzos, maletines, chalecos de entrenamiento, la tarjeta de crédito –que nunca se hizo realidad–; el propósito de esta acción de marketing era aumentar la simpatía hacia la marca y mejorar su posicionamiento en el mercado limeño. Ahora, vemos los resultados, los logros son bastante tangibles, superaron las metas de crecimiento previstas en más de 50% y además elevaron significativamente la participación de la cerveza en el mercado limeño. Además, Cervecería del Sur apoya al deporte de la tabla, las competencias automovilísticas y el tenis.

Anteriormente, a la camiseta del Club Universitario de Deportes, la sponsorizaba Anchor, un producto importado que para su introducción utilizó la camiseta del club.

Todo este fenómeno antes descrito se conoce como *esponsorización*<sup>4</sup>, en efecto, se puede observar que esta última forma de darse a conocer una empresa es

---

<sup>2</sup> Juan De Andrés, Amado, *Mecenazgo y patrocinio: las claves del marketing del siglo XXI*, Madrid, Editmex, 1993, p. 9.

<sup>3</sup> *Mucho más que camisetas: el mercado de sponsor crece en el país*, “Business, Mercados Consultora y Publicaciones”, año 2, n° 7, abril 1995, p. 60 a 63.

<sup>4</sup> Franceschelli, *I contratti di sponsorizzazione*, Giurisprudenza Commerciale, año XIV, Giuffrè, Milano, 1987, t. I, p. 291 y siguientes.

más “respetuosa” con el consumidor, a quien siempre se dirige la publicidad, porque no le muestra abiertamente su producto o su servicio y le incita directamente al consumo, sino que le proporciona un espectáculo de su gusto y a la vez que el espectador lo contempla se siente agradecido a quien lo ha hecho posible, el espónzor. Esta persona, sin ser muy consciente de ello, pasa de mero espectador a consumidor virtual de los productos del espónzor, a quien, al menos, le va a otorgar su reconocimiento.

Dado este mecanismo de simpatía que se produce en el espectador, la publicidad se consigue de manera indirecta, a través de la actividad desarrollada por el deportista y de su éxito. A esta forma de publicidad se la conoce como de retorno, porque vuelve a la empresa mediante actividades que no son en sí publicitarias<sup>5</sup>.

## 2. Figura contractual novedosa. Atipicidad legal

El contrato de *sponsoring* forma parte de una serie de nuevas figuras contractuales, cercanas todas ellas al mundo empresarial y comercial, como son el *leasing*, el *merchandising*, el *franchising*, el *factoring*, el *catering* y un largo etcétera de contratos de importación, cuya denominación anglosajona hemos adoptado como inevitable. Si bien el contrato de *sponsoring* o esponsorización –seguimos a Díez-Picazo– como fenómeno publicitario actual, viene del *sponsorship* anglosajón, su origen etimológico es latino, pues el espónzor en el derecho romano era el garante, de acuerdo con el significado de la terminología adoptada.

Todas estas figuras negociales, pese a que llevan años de práctica empresarial, siguen conociéndose todavía como “contratos atípicos o innominados”, en el sentido que el legislador no ha previsto para ellos un esquema legal y cuya validez no se discute en atención al principio general de autonomía de la voluntad. Lo cual ha sido objeto de crítica no sólo porque tal denominación parece entrañar en sí misma el matiz negativo de falta o ausencia de regulación, sino también porque, tal y como afirma Ghestin, “la noción de contrato innominado no tiene en el derecho positivo actual el mismo sentido que en el derecho romano”<sup>6</sup>, por lo que la doctrina ha señalado que es más correcto hablar simplemente de “nuevos contratos”.

A nuestro modo de ver, la crítica apuntada, pese a no ser de fondo, es acertada, pues la equivalencia conceptual atípico e innominado y típico y nominado no es del todo correcta, ya que el contrato, como se sabe, puede tener un *nomem iuris* y, sin embargo, carecer de tipicidad legal, como ocurre con el contrato de esponsorización, con el *franchising*, con el *know how*, y esto ocurre, porque algunos contratos son complejos y atípicos, son regidos por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, y aunque no tiene regulación en el ordenamiento jurídico privado,

---

<sup>5</sup> Inzitari, Bruno, *La sponsorizzazione*, en Costanza, Maria - Barilli, Domenico - Giorgi, María Vita de, “Sponsorizzazione e pubblicità”, Atti del Convegno di Parma, 15 aprile 1988, IPSOA informatica, Milano, p. 248.

<sup>6</sup> Ghestin, Jacques, *Traité de droit civil. Les obligations. Les effets du contrat*, París, Libraire Generale du Jurisprudente, 1992, p. 99.

civil y mercantil, su otorgamiento es posible en el lícito ejercicio del principio de autonomía negocial y de libertad que proclama el art. 1354 del Cód. Civil peruano<sup>7</sup>.

Con todo, muchos de estos contratos, como se ha dicho, nos dejan una sensación de *deja vu*, impresión que ha sido un arma de doble filo pues, por una parte, ha propiciado los diversos intentos de reconducción a los esquemas ya pensados por el legislador, pero por otra, su particularidad suele sobresalir respecto de éstos, lo que en muchos casos justifica su atipicidad.

En definitiva, estamos ante un fenómeno –el de los nuevos contratos– que no sólo “significa el normal desenvolvimiento de la vida jurídico-económica”, sino que es el más claro exponente de que las actuales transformaciones jurídicas no vienen de la mano de las leyes sino que “el principal instrumento de la innovación jurídica es el contrato”.

En atención a lo expuesto, el contrato de sponsorización es un contrato nuevo dentro de los contratos publicitarios, en el que resaltan, como novedad, los elementos de apoyo o ayuda económica a cambio de retorno de publicidad.

El contrato de sponsorización no encuentra, por su novedad, una disciplina normativa propia en nuestro ordenamiento jurídico.

Los agentes económicos han celebrado, a lo largo de los últimos años, una serie continuada de estos acuerdos, pero muchas veces sin tener conciencia –al igual que las personas que han recibido la sponsorización– de que se trata de una nueva modalidad contractual diversa a la clásica de la inserción publicitaria.

En los hechos las partes hacen uso del término *esponsor* sin darse cuenta que se trata de un negocio de sponsorización, y califican al contrato ya sea como un contrato común de publicidad o como un contrato de prestación de servicios. En otros casos –diría límites pero no infrecuentes– se ignora la naturaleza contractual del acuerdo y se estima que una empresa dada ha colaborado con un evento, sin advertir que el propio sujeto *esponsorizado* ha realizado, como *contraprestación*, un retorno publicitario en favor del *esponsor*.

En la legislación comparada, en la Unión Europea la directiva CEE 89/552 del Consejo del 3 de octubre de 1989, trata sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. En Portugal, el art. 24 del Cód. da Publicidade. En Francia, el decreto del 6 de enero relativo a la terminología económica y financiera; la ley 87-571 del 23 de julio de 1987 sobre el desarrollo del mecenazgo; la ley 90-559 del 4 de julio de 1990 que crea las fundaciones de empresas y que modifica las disposiciones de la ley 87-571 relativas a las fundaciones. En España, ley general de publicidad 34, del 11 de noviembre de 1988; ley de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general 30 del 24 de noviembre de 1994. En Italia, ley 223 del 6 agosto de 1990 (Gazz. Uff., 9 agosto 1990, n° 185) disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato.

En España es un contrato de los legalmente atípicos pues no encuentra una respuesta satisfactoria en el ordenamiento<sup>8</sup>, ya que la ley sólo le da nombre y lo de-

---

<sup>7</sup> Art. 1354: *Libertad contractual*. “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

fine, pero no lo regula. Esta parquedad legislativa, sin embargo, es al menos una manera de reconocer su licitud y de extraerlo del grupo de los contratos innominados. El contrato de esponsorización o de patrocinio publicitario ha encontrado un mínimo espacio en la ley general de publicidad 34, por virtud del cual tiene un *nomen* que, sin embargo, no lo saca de su condición de atípico.

Este dato puramente fáctico, junto con otros, ha dado pie a la doctrina para afirmar que el contrato de esponsorización presente una fuerte tipicidad social. Lo cual es cierto, por varias razones, como veremos a continuación.

Como es sabido, cuando se afirma que un determinado contrato tiene tipicidad social, significa que dicho contrato se encuentra identificado, que tiene un nombre que hace referencia a cierto esquema contractual, nacido de una forma espontánea, pero que carece todavía de una disciplina normativa individualizada.

Por tanto, el *nomen*, como identificación puramente conceptual, si bien pudiera ser un primer paso para lograr una tipicidad legal, también es cierto que pudiera muy bien quedarse ahí y no satisfacer el contenido jurídico de la figura. *Nomen* es un indicio que coopera a la identificación social del contrato y a que en su circulación en el tráfico –tipicidad social– se le llame por el mismo nombre.

### 3. Su naturaleza jurídica

El *iter* natural para dotar de régimen jurídico a las instituciones que en el derecho positivo tienen una regulación deficiente o no la tienen, es el de indagar acerca de su naturaleza jurídica. Así, con la asimilación a otras figuras, se logra a veces dotar a la figura analizada de un régimen concreto.

Para los autores que se han dedicado al tema, opinan que habría una subsunción en algún tipo contractual de la categoría de prestación de servicios<sup>9</sup>, contrato atípico puro<sup>10</sup>, contrato publicitario y contrato complejo<sup>11</sup>.

En la doctrina española se discute si se está ante un contrato de publicidad, de difusión o de creación publicitaria, se busca si tiene analogías con los contratos de sociedad y de arrendamiento de obras o de servicios, sin embargo, atribuyen una fisonomía o naturaleza jurídica propia o un contrato que ha de subsumirse en la fisonomía de otro u otros tipos contractuales<sup>12</sup>.

El problema de su calificación no escapa a los italianos quienes optan por la de *contratto de inserzione pubblicitaria, di appalto, di somministrazione, di società, d'opera, di lavoro subordinato y atipico oneroso ea prestazioni corrispettive*.

<sup>8</sup> Vicente Domingo, Elena, *El contrato de esponsorización*, Madrid, Civitas, afirma que “carece de una regulación legal apropiada”.

<sup>9</sup> Arias Schreiber Pezet Max y otros, *El contrato de auspicio, patrocinio o esponsorización (sponsorship)*, en “Contratos modernos”, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 378.

<sup>10</sup> Vega, M. Yuri, *Contrato de auspicio o esponsorización*, en “Derecho privado”, Lima, Grijley, t. I, 1996, p. 260.

<sup>11</sup> Espinoza, E. Juan, *Apuntes en torno al contrato de sponsorship*, Lima, Gaceta Jurídica, p. 43 y 48, y *Contrato de sponsorship*, en Huayanay Chuquillanqui, Hugo, “Contratos”, Lima, Rao, p. 443 y 448.

<sup>12</sup> Vidal Portabales, José I., *El contrato de patrocinio publicitario en el derecho español*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 92.



#### 4. El vocablo “esponsorización” y su diferencia con el mecenazgo y patrocinio

Del contrato de esponsorización se ha dicho que es el heredero directo del tradicional mecenazgo y que responde a una evolución y a un cambio de intención de la persona que entrega la ayuda.

Evolución, que como describe Franceschelli, es un *lento passaggio* que consiste en que la causa de la atribución patrimonial no es la mera liberalidad sino la entrega a cambio de retorno de publicidad<sup>13</sup>. No obstante, aun siendo ésta la opinión mayoritaria, también hay quienes mantienen que estamos ante un fenómeno totalmente nuevo cuyo origen se encuentra en la industrialización y en el afán de las empresas de encontrar formas de darse a conocer diferentes de las tradicionales, que las distinguan de las de la competencia. A nuestro juicio, ambos puntos de vista son compatibles, ya que siendo cierto que la esponsorización en sentido propio responde a criterios empresariales pues se utiliza como un instrumento para lograr publicidad, sin embargo, su origen se identifica con el del mecenazgo o patrocinio.

En cuanto al mecenazgo, es sabido que tiene su origen hacia el año 70 a.C., y que su significado y nombre se deben a Cayo Clinio Mecenas, rico ciudadano romano, ministro y amigo del emperador Augusto, quien hacia aquel año se distinguió por la protección y ayuda que prestó a diversos escritores y artistas. Posteriormente, siendo Trajano emperador, se sigue apoyando de forma altruista a diferentes artistas y arquitectos de la época, como a Plinio el Joven.

Es a lo largo del siglo XV cuando se conocen, principalmente en Italia y en España, numerosas acciones de ayuda y colaboración desinteresada con el mundo de las artes. El patrocinio se ejerce, unas veces, por parte de familias acaudaladas como los Médicis, los cuales practican y proyectan su generoso mecenazgo en la ciudad de Florencia, y otras, por parte de la Corona, como en España. Es de destacar que el año 1492, con el descubrimiento de América, es una de las fechas que la doctrina que ha estudiado la esponsorización suele tomar como punto de partida o como un evento de mecenazgo con características de esponsorización.

Efectivamente, los Reyes Católicos, en especial la Reina Isabel, financiaron los diversos viajes de Cristóbal Colón como forma de lograr un prestigio y un reconocimiento mundial para la Corona de España.

Como acabamos de apuntar, aunque siempre es importante la delimitación conceptual, en nuestro caso es imprescindible, pues la esponsorización no sólo puede dar lugar a distintas acepciones en sí misma, sino que también, y sistemáticamente, tiende a confundirse con otros supuestos. La propia utilización del término es discutida y la doctrina ha manifestado que “contamos con las palabras como patrocinio y mecenazgo que traducen muy fielmente el concepto sajón de *sponsoring* y que hacen totalmente innecesaria la utilización del término inglés”.

En nuestra opinión, puede ser discutible, en un arranque de purismo lingüista, el término esponsorización, pues la riqueza de nuestra lengua nos permite encontrar

<sup>13</sup> Franceschelli, *I contratti di sponsorizzazione*, p. 288 y siguientes.

la traducción adecuada. Pero resulta claro que su traducción no es la de patrocinio o mecenazgo, que identifican otra realidad jurídica, sino la de patrocinio publicitario o incluso la de patrocinio empresarial, que no llevan a equívocos sobre la naturaleza del negocio jurídico celebrado.

En la doctrina italiana se usan los términos *sponsorizzazione* y *patrocinio* o *mecenatismo*. Mientras que el primero se considera como un acto de comercio ligado preferentemente al deporte, los segundos (*patrocinio* o *mecenatismo*) se catalogan como actos de liberalidad que pueden perseguir fines no exclusivamente comerciales, tales como fines de protección de bienes artísticos, arquitectónicos, etc., para lograr una mejora de la imagen del benefactor<sup>14</sup>. Ahora bien, en la práctica, las diferencias entre ambas figuras no son tan netas y claras como pudiera parecer a primera vista, siendo muchas veces imposible mantener deslindado el significado de ambas expresiones<sup>15</sup>.

En la doctrina francesa se distingue entre *sponsoring* y *mécénat de d'entreprise*<sup>16</sup>. En Francia se usan también los términos anglosajones *sponsor* y *sponsoring*. Mas el uso de estos neologismos ha sido prohibido en los documentos oficiales de la Administración pública. De ahí que el Consejo de la Academia Francesa de la Lengua propusiera sustituirlos por los términos *parían* o (*commandataire*) y *parrainage*. Sin embargo, en la práctica, pese a estas restricciones, aquellas voces se usan con frecuencia. Hubo una sentencia que rechazó el empleo del nombre *sponsoring* y recomendó el de *parrainage publicitaire*.

En Inglaterra se emplean los términos *sponsorship* y *patronage*, en correspondencia con las palabras francesas *sponsoring* y *mécénat d'entreprise* y a las italianas *sponsorizzazione* y patrocinio (o mecenatismo). Townley y Grayson definen el *sponsorship* de este modo: "el patrocinio supone una relación comercial, aceptada mutuamente entre dos o más partes, en la cual una de ellas (patrocinador) busca promover la imagen de su empresa, sus productos o servicios asociándose, ya con una persona individual, ya con su acontecimiento (sujeto o evento patrocinado)"<sup>17</sup>.

En la doctrina norteamericana la terminología es más compleja. Así, se habla de una manera indiscriminada de *patronage*, *philanthropy*, *grant-making*, *giving*, *gift*, *support*, *sponsorship*, *underwriting*, *contribution*, *donation*, etc. Y, como consecuencia de ello, se emplean también los términos de *donor*, *patron*, *funder*, *sponsor*, *underwriter*. El término *sponsoring* se usa en el sector de la televisión y asociado a los deportes, la voz *patronage* se asocia a las artes, y el término *underwriting*, que procede del ramo de los seguros y de la publicidad, se usa sobre todo en los supuestos de patrocinio de programas televisivos. De todos modos, las voces referidas se utili-

<sup>14</sup> Bianca, Mirzia, *I contratti di sponsorizzazione*, Maggioli, Rimini, 1990, p. 35.

<sup>15</sup> Giorgi Vita de, María, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, Cedam, Padova, p. 8. Debe aclararse que en Italia se identifica con lo que se llama en doctrina "mecenazgo".

<sup>16</sup> Piquet, S., *Sponsoring et mécénat: la communication par l'événement: union des annonceurs*, 3ª ed., Vuibert, París, 1992, p. 124.

<sup>17</sup> "Sponsorship is a mutually acceptable commercial relationship between two or more parties in which one party (called the sponsor) acting in the cause of a business, trade, profession or calling seeks to promote or enhance on image, product or service in association with an individual, event, happening property or object (called the sponsee)" (Townley, Stephen - Grayson, Edward, *Sponsorship of sport, arts and leisure: law, tax and business relationships*, London, Sweet & Maxwell, 1984, p. 4).

zan, vulgarmente, de una manera intercambiable, sin demasiadas pretensiones de precisión<sup>18</sup>.

En España, para designar a la persona que presta ayuda económica para la realización de actividades deportivas, benéficas, culturales, científicas, etc., en contrapartida a la colaboración publicitaria que el beneficiario de la ayuda debe prestar, se suelen utilizar diversos vocablos: “esponsor”, “mecenas”, “filántropo” y “patrocinador”. A modo de ejemplo reseñamos que en el diccionario de la Real Academia Española, el patrocinio se identifica con “amparo, protección, auxilio”, y la voz patrocinador con “defender, proteger, amparar y favorecer”, sin embargo la nueva edición contiene ya las voces esponsorización<sup>19</sup> y esponsorizar<sup>20</sup>, aunque a este último se lo relaciona con “patrocinar”.

En nuestra investigación optaremos la mayoría de las veces por referirnos al contrato de esponsorización y, en ocasiones por patrocinio publicitario.

Además, conviene precisar el concepto, pues, por una parte, la esponsorización, como tal, hace referencia según la doctrina internacional a dos realidades distintas, dependiendo de si el fenómeno se produce en el ámbito del comercio internacional o en el de la publicidad. Nos encontramos ante la esponsorización internacional cuando una empresa, generalmente una multinacional, contrata con el gobierno de un país no desarrollado, para llevar a cabo lo que se suele conocer como *joint venture*, por la que cobrará una comisión. Supuesto que dejamos de lado porque su problemática jurídica es ajena a nuestra realidad, salvo pacto en contrario.

Por otra parte, recordemos que el contrato de esponsorización que a nosotros nos interesa es el que surge también entre una empresa y una persona –física o jurídica– o un grupo o incluso un ente para financiar una actividad de carácter deportivo o cultural, con el fin de hacerse publicidad. Es la empresa la que mediante la entrega de una ayuda se convierte en el espónsor de la persona o de la actividad a desarrollar. A cambio, quien recibe la ayuda, el esponsorizado, se compromete a realizar la actividad financiada y, además, a dar a conocer al público cuál es la empresa que lo ha hecho posible.

Este es el supuesto más habitual de esponsorización y el que nos obliga a precisar lo más ajustadamente posible la realidad a tratar, ya que esta figura, por ser bastante nueva, presenta el problema particular de que sus contornos tienden a confundirse con otras, bastante menos nuevas, que ejercen sobre aquélla gran poder de atracción. Me refiero al mecenazgo o patrocinio, esa otra forma de fomento de actividades de la llamada sociedad civil.

Dentro de esta realidad, se ha puesto de relieve por la doctrina más especializada en la materia que la delimitación conceptual de ambos supuestos –esponsorización y mecenazgo– excede de ser una cuestión puramente terminológica, como tendremos ocasión de ver, pues afecta profundamente a la naturaleza del negocio y envuelve, por tanto, un tema de fondo, que tenemos que delimitar como cuestión preliminar.

---

<sup>18</sup> Giorgi Vita de, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, p. 5.

<sup>19</sup> “Acción y efecto de esponsorizar”, Diccionario de la Real Academia Española, 2001.

<sup>20</sup> “Patrocinar” (apoyar o financiar una actividad), Diccionario de la Real Academia Española, 2001.



El contraste entre la figura del mecenas y del espónsor es a primera vista difuso y –a nuestro juicio–, en ocasiones, deliberadamente provocado, pues es fácil observar cómo, tanto en el campo publicitario como en el empresarial, se intercambian las expresiones esponsorización y mecenazgo y se habla de patrocinio publicitario o empresarial, así como de mecenazgo de empresa, a la hora de referirse a una realidad como es la de la esponsorización, cuyo perfil tiene rasgos que lo distinguen de la figura del mecenazgo, que a continuación vamos a analizar.

En este sentido, a poco que se profundice en la materia se disipan las dudas sobre la identidad de ambas figuras. Es relativamente fácil darse cuenta de que ambos fenómenos tienen características comunes, pero también se aprecian aspectos que los diferencian claramente. En efecto, a nuestro modo de ver son dos los fenómenos que hay que distinguir: mecenazgo o patrocinio, y esponsorización o patrocinio publicitario o comercial. Veamos qué es lo que distingue a los sujetos que entregan la ayuda.

A grandes rasgos, atendiendo al aspecto subjetivo, el espónsor es quien financia la actividad de atletas, artistas, organiza exposiciones de artes o programas televisivos, con el fin de hacerse publicidad. Es cada vez más habitual también que por medio de la esponsorización se financie la rehabilitación del patrimonio histórico artístico, lo que se conoce como esponsorización cultural. Esta actividad es encauzada a través del contrato de esponsorización. Por lo tanto, espónsor es la empresa que aporta la ayuda. Nos encontramos, como se ha señalado ante una “operación comercial y un contrato especial”. Como afirma Gobin, “el espónsor tiene como motivación esencial la de dar a conocer su nombre o su marca comercial”.

Por su parte, mecenas “es aquel que da una atribución gratuita para promover o proteger determinadas actividades relacionadas con las artes, las letras y la cultura en general, sin ninguna finalidad comercial, pues el contrato no trasciende más allá de las partes”. En este sentido se pronuncia el informe Tummers, que ha definido al mecenas como “quien provee de medios económicos a un artista u organización cultural, sin buscar ventajas personales”. Por su parte, Gobin afirma que “les mécènes sont ceux qui, sans but lucratif, consacrent, en toute liberté de choix et d’intervention, leur temps, leur argent, ou les deux à la fois, à la création artistique, à son épanouissement, à sa protection”.

## 5. Esponsorización y figuras afines. Inserción publicitaria

Con todo, es conveniente delimitar el contrato de esponsorización no sólo del tradicional mecenazgo, del que nos hemos ocupado con más detalle, sino también –aunque brevemente– de una serie de figuras próximas y más desconocidas, tales como el *partnership*, el *merchandising*, el *product placement* y la inserción publicitaria.

En la inserción publicitaria, el empresario busca la difusión y promoción publicitaria de sus productos a través de los medios masivos de comunicación y similares. Los diarios, los periódicos, la radio y la televisión, los avisos y letreros posados en las vías públicas, son medios directos de publicidad, por así decir, típicos y comunes. En este caso, el agente económico contrata un espacio (en los medios impre-

sos y cartelones) o un segmento de tiempo (en la radio y televisión) para llegar al consumidor.

Los vínculos y el camino recorrido en la inserción publicitaria son, en algún modo, más numerosos y más largo, respectivamente. En efecto, el empresario contrata con una agencia publicitaria para que ésta sea quien idee la campaña, contrata con los actores que prestarán su imagen en la realización de los *spots* y contrata, en última instancia, con los propietarios o concesionarios de los medios de comunicación masiva. En este recorrido, además, el empresario ha invertido fuertes sumas de dinero para saber llegar a los consumidores, creando, cuando no existe, la necesidad de adquirir el bien que produce.

Existen otros casos de inserción publicitaria que tienen menos vida. Así, los espacios que son tomados por los empresarios en los lugares en los que se llevan a cabo eventos de gran concurrencia.

La inserción publicitaria también es una teoría que busca a través de ella explicar la naturaleza jurídica del contrato de sponsorización, sin embargo, *esta teoría pretende reducir el fenómeno de la sponsorización a la simple concesión temporal de un espacio publicitario*.

En definitiva, como se puede apreciar, el contrato de sponsorización mantiene semejanzas con otros contratos de publicidad igualmente novedosos, pero difiere de todos ellos en su esencia o en sus características más particulares. Por el contrario, donde la doctrina que ha estudiado la materia ha encontrado más dificultades ha sido con la conocida figura del mecenazgo ya analizada en el punto 4.

## **6. Inaplicabilidad del artículo 1428 del Código Civil peruano al contrato de sponsorización**

En la terminología del Código Civil peruano está aceptado que uno de los caracteres del contrato de sponsorización es la de ser un contrato de prestaciones recíprocas<sup>21</sup>, donde una de las partes, el espónsor, se compromete a realizar una prestación (de dar o de hacer) a favor del sponsorizado, a cambio de prestaciones de tipo activo o permisivo predeterminadas por el mismo espónsor.

En esa medida, parece viable la aplicación del régimen sobre esta clase de contratos previsto dentro del mencionado Código en los arts. 1426, 1427, 1428, 1429, 1430, 1431, 1432 y 1433.

Sin embargo, dada la forma en que suelen ejecutarse las prestaciones a cargo de ambas partes, la eventual aplicación del art. 1428<sup>22</sup> del Cód. Civil (relativo a la

---

<sup>21</sup> Arias Schreiber y otros, *El contrato de auspicio, patrocinio o sponsorización (sponsorship)*, p. 378; Espinoza, *Apuntes en torno al contrato de sponsorship*, p. 44; Vega, *Contrato de auspicio o sponsorización*, p. 256.

<sup>22</sup> Art. 1428: *Resolución del contrato por incumplimiento*. "En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación".

*exceptio non adimpleti contractus* o excepción de contrato no cumplido), podría requerir de cierta precisión.

En efecto, el espónsor que financia la actividad de alcance público del esponsorizado (mediante la entrega de sumas de dinero), o le provee de bienes o materiales útiles para la ejecución de aquélla, cumple primero su prestación. A su turno, el esponsorizado despliega la labor que le es propia y habitual exhibiendo o portando el nombre, marca u otro signo del espónsor. No obstante, esta obligación es cumplida siempre en un momento posterior.

Incluso en caso que el esponsorizado quede obligado a otras prestaciones (permitir el uso de su imagen, de las declaraciones vertidas sobre los productos o bienes del servicio, etc.), la ejecución no coincide en el tiempo con la obligación que atañe al espónsor. En otras hipótesis, además, el esponsorizado puede grabar *spots* –que serán difundidos por el espónsor– antes de percibir la esponsorización. Pero aquí tampoco se ejecutan de modo simultáneo.

Ello parecería indicar que es de rara configuración el supuesto en que ambas partes del contrato vengan obligadas a cumplir sus prestaciones en el mismo momento, haciendo improbable la aplicación del art. 1428 del Cód. Civil.

## **7. Aplicación errónea como contrato de prestación de servicios**

Debido a la amplia redacción del art. 1757<sup>23</sup> del Cód. Civil el operador podría encuadrar esta figura dentro de los contratos de prestación de servicios, dada la ausencia de un tratamiento legislativo *ad hoc* para este contrato.

El citado artículo si dice *también* es porque el art. 1756 se refiere a las modalidades de la prestación de servicios nominados para el Código Civil: locación de servicios, contrato de obra, mandato, depósito y secuestro.

Sin embargo, difícilmente han de aplicarse al contrato de esponsorización los arts. 1758, 1759 y 1762, dada la naturaleza del acuerdo.

Por otro lado, la obligación del esponsorizado también podría ser una prestación de no hacer (*pati*), como por ejemplo tolerar que el espónsor haga uso de la imagen o del nombre del esponsorizado, o permitir que, sin exigir alguna otra contraprestación adicional, aquel promocióne su empresa o sus productos con la calidad de espónsor oficial de un determinado evento.

En este acápite seguimos a Vega, quien afirma: “es poco coherente sostener que, si la obligación que asume el auspiciado es la de realizar una clara alusión al espónsor (preparando los sets televisivos o colocando carteles con el nombre del espónsor) –lo que trasunta una indiscutible prestación de hacer a su cargo– en este caso sí será aplicable el art. 1757 del Cód. Civil, ya que entonces se calificaría al contrato de esponsorización como una modalidad de la prestación de servicios, mientras que en otras hipótesis –como la descrita en el párrafo anterior, en la que la prestación es de no hacer– el contrato de esponsorización carecería de un debido

---

<sup>23</sup> Art. 1757. Contratos innominados de prestación de servicios "son también modalidades de la prestación de servicios, y les son aplicables las disposiciones contenidas en este capítulo, los contratos de doy para que hagas y hago para que des".

encuadramiento dentro de las categorías de prestación de servicios previstas en el Código”<sup>24</sup>.

Y es que, más allá de esta imposibilidad de encontrar una clasificación en la que se enmarque el contrato de auspicio, estamos –nos dice– frente a un contrato atípico puro<sup>25</sup>, por la novedad de prestaciones que involucra.

La doctrina, que tanto ha dedicado esfuerzos a la ideación de un método de aplicación de las normas de los contratos típicos a los contratos atípicos, ha propuesto diversas opciones, según se trate de un contrato típico puro, es decir, con elementos del todo nuevos, ya sea que se trate de un contrato atípico mixto, o sea, de un acuerdo que involucre elementos similares a los de algunos contratos típicos, que concurren con elementos ajenos a cualquier figura regulada dentro del respectivo ordenamiento.

Para los contratos atípicos mixtos se han formulado los métodos de la absorción y de la combinación. De acuerdo al primero, es menester determinar cuál es la prestación principal que contiene el contrato atípico mixto para aplicar el régimen del contrato típico que contempla dicha prestación como la que lo caracteriza y distingue de los demás. Según el método de la combinación, dado que no es siempre posible establecer cuál es la prestación principal en un contrato atípico mixto, con el riesgo de subordinar deberes que son igualmente importantes, es más adecuado aplicar individualmente, a cada prestación, el tratamiento del contrato típico que da lugar a un débito igual.

No obstante, sería extremadamente dificultoso, por no decir improbable, que dicha aplicación sea pacífica y libre de serios obstáculos, hasta llegar al punto de invocar normas incompatibles o contradictorias.

Por ello, en la doctrina alemana –que ha estado a la vanguardia en este tópico– se ha sugerido el uso prudente de la analogía, a fin de evitar que se obtengan conclusiones reñidas con la naturaleza del contrato atípico mixto.

Para el caso de los contratos atípicos puros, en cambio, se ha deslizado la opción de recurrir a la analogía, para lo cual es indispensable identificar el régimen del contrato típico que más se les aproxima.

Sin embargo, la atipicidad de este contrato no deja de presentar serios tropiezos, fundamentalmente porque no existe, dentro del Código Civil, una figura contractual que se avecine lo suficiente para deducir de ella la disciplina que le sea más cercana.

Lo fundamental es que, dado el vínculo de colaboración de las partes, del cual pueden surgir las más variadas prestaciones a cargo del auspiciado, y teniendo en cuenta que todas ellas apuntan hacia un único objetivo, esto es, el retorno publicitario a favor del espónsor, es de advertirse que existe una única causa y no una pluralidad de causas como sucede en los llamados contratos coligados.

---

<sup>24</sup> Vega, *Contrato de auspicio o esponsorización*, p. 260

<sup>25</sup> Variando su posición que sostuvo en el II Congreso Nacional de Derecho Civil y Derecho Procesal Civil realizado en la ciudad de Trujillo del 7 al 10 de julio de 1994, en el que se inclinó por caracterizar al contrato de auspicio como un contrato atípico mixto, aproximándolo al de prestación de servicios.

La función de esponsorización, por ende, se ve asistida por una miríada de comportamientos de los más disímiles que hace difícil todo intento de uniformación para aplicar analógicamente las normas de algún o algunos contratos típicos.

Mediante la res. 009-2002/CCD-INDECOPI del 30/1/02, expediente llevado por The Coca-Cola Company (denunciante) contra Pepsico Inc. sucursal del Perú, Bebidas La Concordia SA y Embotelladora Rivera SA, por presuntas infracciones al principio de no denigración contenido en el art. 7° del decr. supremo 039-2000-ITINCI, Texto Único Ordenado de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

La denuncia fue interpuesta a raíz de una campaña publicitaria de Pepsico en el programa denominado “R con R” conducido por Raúl Romero. El señor Romero durante la secuencia “Canta y Gana” los días 9, 11, 16 de abril de 2001 realizó afirmaciones sobre la idoneidad y calidad de los productos que competían con la bebida “Pepsi”, que al haber sido difundidas en un segmento auspiciado por Pepsico y La Concordia *constituirían una publicidad “realidad” como una contraprestación derivada del contrato de esponsorización o auspicio existente entre los denunciados.*

Cuando Pepsico realizó los descargos afirmó: *“Pepsico celebró un contrato de prestación de servicios publicitarios con Panamericana Televisión SA –en adelante Panamericana–, para efectos de la promoción del producto ‘Pepsi’ en el programa concurso ‘R con R’ siendo que, Pepsico no se había reservado el derecho de controlar y/o supervisar las afirmaciones que a iniciativa persona hiciera el señor Romero” (la bastardilla es nuestra).*

Como podemos analizar del texto reproducido de la resolución, a aquel contrato se le denomina como tal siendo éste un contrato de inserción publicitaria (inserción es diferente de esponsorización), sin embargo la Comisión califica mal la figura contractual. He ahí nuestro interés por dejar muy en claro que aunque entre el contrato de esponsorización y el contrato de prestación de servicios tienen sus semejanzas, no son lo mismo y mal hace el operador en tratar de persistir en este propósito, que no hace otra cosa que dañar a esta figura contractual.

En la parte III correspondiente al análisis de la materia controvertida se señala que “las afirmaciones materia de denuncia referida a los envases de plástico retornables para bebidas gaseosas han sido difundidas por el señor Romero durante la secuencia que es auspiciada por Pepsico”; es claro que estamos ante un contrato de esponsorización.

La Comisión analizando la responsabilidad de Pepsico expresa: “de acuerdo con la denunciante, las afirmaciones materia de análisis se habrían difundido en el marco de la campaña publicitaria del producto Pepsi de 2 1/4 litros; siendo que el señor Romero las habría realizado como una contraprestación derivada del contrato de esponsorización o auspicio existente entre los denunciados”.

Al respecto Pepsico señaló que: “Pepsico Inc. sucursal Perú celebró un contrato de Prestación de Servicios Publicitario con la empresa Panamericana Televisión SA.

En virtud del referido contrato, Panamericana Televisión SA se obligaba a prestar servicios publicitarios a favor del [sic] nuestra empresa, otorgándonos el derecho de transmitir avisos publicitarios para promocionar nuestro producto dentro del programa ‘R con R’ en el segmento ‘Canta y Gana’.



Como se aprecia claramente, nuestra relación es con el medio y no con el animador de televisión y de ninguna manera nos reservamos al derecho de controlar o supervisar sus iniciativas personales [del señor Romero], como fue la referencia a los envases retornables.

Rechazamos la pretendida condición de anunciantes en relación a las afirmaciones vertidas por el señor Romero, pues no fueron parte de nuestra campaña, ni fueron naturaleza publicitaria, y menos aún tuvieron origen o vinculación con alguna instrucción de Pepsico.

Al demostrarse que no existe un nexo causal entre nuestra conducta y la comisión de la presunta infracción... nuestra empresa no resulta responsable por ella”.

La Comisión se refirió en los siguientes términos: “finalmente, respecto al requisito referido a la existencia de una vinculación entre Pepsico y la difusión de las afirmaciones materia de denuncia, debemos señalar que, de los medios probatorios existentes en el expediente, específicamente del *contrato de prestación de servicios publicitarios celebrado entre esta empresa y Panamericana Televisión, ha quedado acreditado que la denunciada contrató la difusión de espacios publicitarios del producto ‘Pepsi’ para promocionar dicho producto dentro del programa ‘R con R’ en el segmento ‘Canta y Gana’*” (la bastardilla es nuestra).

© Editorial Astrea, 2003. Todos los derechos reservados.

