

COMITÉ EDITOR:

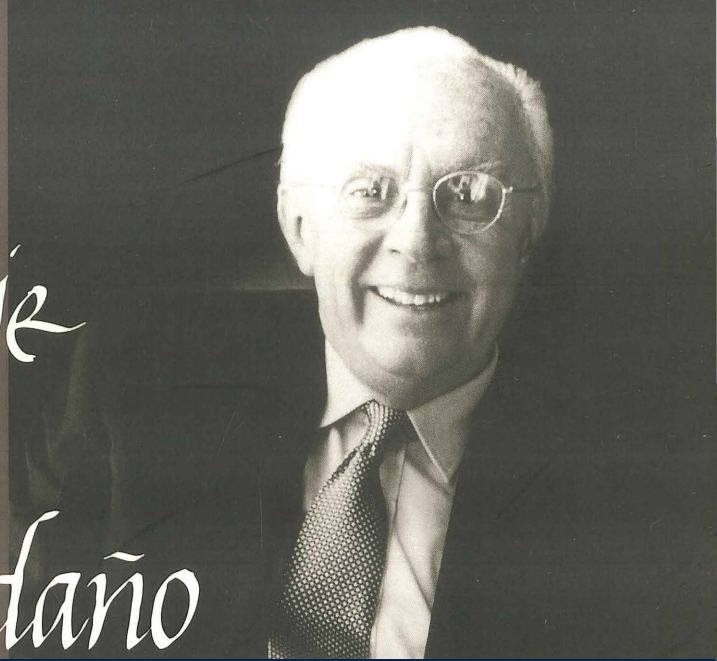
Javier de Belaunde López de Romaña

Alfredo Bullard González

Luis Pizarro Aranguren

Carlos Alberto Soto Coaguila

Homenaje
a
Jorge
Avendaño



Capítulo 48



Pontificia Universidad Católica del Perú
FONDO EDITORIAL 2004

Homenajea Jorge Avendaño
Tomo I

Comité Editor: Javier de Belaúnde López de Romaña
Alfredo Bullard González
Luis Pizarro Aranguren
Carlos Alberto Soto Coaguila

Diseño de carátula: Iván Larco

Copyright © 2004 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica
del Perú. Plaza Francia 1164, Lima
Telefax: 330-7405. Teléfonos: 330-7410, 330-7411
Correo electrónico: feditor@pucp.edu.pe

Obra Completa:
ISBN: 9972-42-645-9
Depósito legal: 1501052004-5274

Tomo II: 9972-42-647-5

Primera edición: junio de 2004

Derechos reservados, prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Contrato de esponsorización

Ulises Montoya Alberti

LA CALIDAD COMO PROFESOR UNIVERSITARIO del doctor Jorge Avendaño Valdez hace que sea considerado patrimonio de la Universidad. En el caso de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, se guarda especialmente el recuerdo de sus enseñanzas en la Facultad de Derecho y Ciencia Política durante la década de los años noventa del siglo pasado.

La virtud del maestro es saber transmitir sus conocimientos y formar a aquellos que los transmitirán a las generaciones futuras. En este aspecto, el doctor Avendaño ha cumplido con estos objetivos. Testimonio de ello son sus publicaciones, sus años de enseñanza y la formación de sus discípulos, quienes difunden sus enseñanzas como destacados profesionales y catedráticos en diversas universidades.

La labor pedagógica del doctor Avendaño no se ha limitado a las aulas; su labor trasciende hacia la sociedad. Sus declaraciones en materia jurídica sintetizan conocimientos para hacerlos inteligibles a la opinión pública. Esta labor pedagógica se proyectó también hacia la política. Su paso por ella estuvo marcado por su estilo de vida. En su condición de congresista, enseñó, con su comportamiento, cuáles son las actitudes que deben desarrollarse en este campo. Su actitud ponderada, digna, de respeto mutuo, de discusión civilizada, de escuchar la opinión ajena constituye una verdadera lección de comportamiento cívico.

Con esta contribución al libro homenaje al doctor Jorge Avendaño Valdez, rendimos tributo al ilustre jurista por su aporte a la Ciencia

del Derecho en sus diversos campos, a su trayectoria de vida, al profesor, al humanista y al amigo.

1. Antecedentes

Según sostiene la mayor parte de la doctrina, el contrato de «esponsorización» es el heredero directo del tradicional mecenazgo, que responde a una evolución y a un cambio de intención de la persona que entrega la ayuda. Dicha evolución se manifiesta en que la causa de la atribución patrimonial no es la mera liberalidad, sino la entrega a cambio de retorno de la publicidad.¹

Otro sector estima que se está ante un fenómeno totalmente nuevo, cuyo origen se encuentra en la industrialización y en el afán de las empresas por encontrar formas, diferentes de las tradicionales, para hacerse conocer, que las distinga de la competencia.

El mecenazgo tiene su origen alrededor del año 70 a. de C. Debe su nombre a Cayo Cilnio Mecenas (69 a. de C. al 8 d. de C.), ciudadano romano de fortuna, ministro y amigo del Emperador Octavio César Augusto, quien se distinguió por la ayuda y protección que brindó a escritores como Horacio, Virgilio y Propercio. Por este motivo, en diccionarios, enciclopedias, libros y en el mismo lenguaje coloquial, se denomina Mecenas a la entidad o persona que protege, ayuda o financia a personas o actividades del mundo de la cultura.²

En la Edad Media, entre los mecenas conocidos, destacan los Médicis, de la ciudad de Florencia; y los Reyes Católicos, por el apoyo brindado al viaje de Cristóbal Colón que da lugar al descubrimiento de América. Este acontecimiento suele ser considerado un evento de mecenazgo, no exento de dosis de esponsorización, ya que fue una forma de lograr prestigio y reconocimiento para la Corona de España.

Si bien, en un principio, la protección se brindaba a las actividades intelectuales y artísticas, este concepto, en la actualidad, se amplía e incluye, dentro de sus alcances, la actividad físico-deportiva.

En cuanto al contrato de esponsorización, encuentra su origen en los Estados Unidos dentro del sistema del *common law* con el nombre

¹ VICENTE DOMINGO, Elena. *El contrato de esponsorización*. ed. Civitas, 1998, p. 41.

² LANDABEREA UNZUETA, José Antonio. *El contrato de esponsorización deportiva*. Pamplona: Aranzandi, 1992, p. 22.

de *sponsorship*; en Italia, se le llamará *sponsorizzazione*; y, dentro de la doctrina española, se le denominará esponsorización.

2. Definición

En cuanto a los términos 'esponsorización' y 'mecenazgo', en muchas oportunidades, se utilizan indistintamente, ya que sus contornos se presentan a primera vista difusos.

En este sentido, es conveniente distinguir entre mecenazgo o patrocinio, y esponsorización o patrocinio publicitario comercial.

Se encuentran incorporados en el DRAE los vocablos «mecenas» y «mecenazgo»,³ así como «patrocinador», «patrocinante», «patrocinar» y «patrocinio».⁴ Al contrario, las palabras «espónsor» y «esponsorización» no encuentran inserción en diccionarios oficiales de la lengua.

Es importante la delimitación conceptual de la esponsorización, no solo por las diversas definiciones, sino porque el concepto tiende a confundirse con otros supuestos. La propia utilización del término, señala Vicente,⁵ 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».

Para algunos, las palabras 'patrocinio' y 'mecenazgo' tienen un significado idéntico, y pueden presentar dos matices: con un objetivo publicitario, esponsorización, o sin dicho objetivo publicitario. Así, para Sánchez Olea, distinguir patrocinio de mecenazgo es un error.

³ *Diccionario de la lengua española*. Vigésima edición. Madrid: Real Academia Española, p. 890, 1984.

«**Mecenas**. (por alusión a Cayo Cilnio Mecenas, amigo de Augusto y protector de las letras y de los literatos) m. fig. Príncipe o persona rica que patrocina a los literatos o artistas

Mecenazgo. m. Calidad de mecenas || 2. Protección dispensada por una persona a un escritor o artista»

⁴ DRAE. Ob. cit. p.1027. «**Patrocinador, ra**. Adj. Que patrocina. ú t c s.

Patrocinante. p a. de patrocinar. Que patrocina

Patrocinar. (del lat. *patrocinium*) tr. Defender, proteger, amparar, favorecer. || 2. Sufragar una empresa, con fines publicitarios, los gastos de un programa de radio o televisión, de una competencia deportiva o de un concurso **Patrocinio**. (del lat. *patrocinium*). Amparo, protección, auxilio [...]

⁵ VICENTE DOMINGO, Elena. *Op. cit.* p. 44.

Expresa que «resulta estéril una separación quirúrgica entre mecenazgo y patrocinio, pues es tarea casi imposible distinguir los grados de desinterés».⁶

Otros distinguen estos conceptos. Para Rigaud, en opinión que se menciona en el libro de Corredoira Y Alfonso: «el *sponsoring* busca asociar a un acontecimiento y a lo que este tiene de gratificante la marca de un producto o el nombre de la empresa. En cambio, el mecenazgo repudia las fórmulas de la publicidad y busca mejorar, a corto o a largo plazo, la imagen de la empresa. El mecenazgo es un modo más elegante, más sutil de informar un mensaje, ya sea publicitario, de relaciones públicas o propagandístico».⁷

El mecenas es definido por el Informe Tummers como quien «provee de medios económicos a un artista y organización cultural, sin buscar ventajas personales».⁸ A su vez, define al patrocinador o espónsor como la persona que promociona o fomenta una determinada actividad cultural y obtiene una ventaja acordada casi siempre en forma de publicidad, considerándose que esta es una forma de mecenazgo moderno y adaptada a las estructuras económicas de hoy.

Por su parte, la Ley Española de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General define el mecenazgo como

toda actuación positiva y altruista en beneficio de la enseñanza, la investigación científica, el arte o la cultura, realizada por personas físicas o jurídicas, ya sea de una manera directa, o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, mediante la aportación de medios económicos para posibilitar labores de creación o para garantizar la realización de producciones científicas, docentes, humanitarias o culturales en sentido amplio, es decir, incluyendo dentro del término cultura, el deporte, el ocio, la conservación del medio ambiente, la naturaleza o el patrimonio histórico-artístico.⁹

Es la nota de liberalidad y de altruismo la que define históricamente el mecenazgo y que se resalta en la norma.

⁶ Citado por LANDABEREA UNZETA, Jose Antonio. *Op. cit.* p. 29.

⁷ CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto. *Naturaleza Jurídica del Contrato de Patrocinio*. Barcelona: Bosh, 1991.

⁸ Informe Tummers del Consejo de Europa sobre la economía de la cultura de 10 de junio de 1987.

⁹ Ley 30/1994, del 24 de noviembre.

El mecenazgo se entiende como una liberalidad sin contraprestaciones de ninguna clase. Sin embargo, la referencia al mecenazgo se presenta, actualmente, como una actividad de financiación bajo dos modalidades: mecenazgo con contraprestación y mecenazgo sin contraprestación, en este último caso, como mera liberalidad.¹⁰

Fusi y Testa consideran como definición de esponsorización a las

diversas relaciones jurídicas de contenido extremadamente heterogéneo, pero prevalementemente atinentes a los sectores del deporte, de la cultura y de alguna forma de espectáculo o, más en general, del entretenimiento en sentido lato, por medio de los cuales una empresa (sponsor) se propone de incrementar la propia notoriedad e imagen a los ojos del público, a través del acoplamiento o conexión, en las más variadas formas y contra correspondiente, de su nombre o de sus marcas a hechos o personas de público interés.¹¹

Para lograr la finalidad del contrato de esponsorización, se requiere de auspicio. Este concepto es definido por el doctor Max Arias-Schreiber Pezet como «el acuerdo en virtud del cual el auspiciador entrega sumas de dinero o determinados bienes útiles al patrocinado para que este desarrolle la actividad pública que le es habitual o que, a través de algún otro mecanismo del más variado tipo, pueda lanzar algún mensaje de promoción de la empresa, producto o marca del patrocinador».¹²

En definitiva, señala Malpartida,¹³ podemos decir que el contrato de esponsorización es aquel celebrado entre el auspiciador o patrocinador, y el auspiciado o patrocinado. Mediante este contrato, el primero se obliga a la entrega de determinada suma de dinero o de bienes para que el segundo despliegue su actividad de carácter habitual y público. El auspiciado, a su vez, se obliga a, entre otros aspectos,

¹⁰ LANDABEREA UNZETA, José Antonio. *Op. cit.* p. 23.

¹¹ FUSI Y TESTA. «I contratti di sponsorizzazione». *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*. Citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Apuntes en torno al contrato de sponsorship». *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*. Vol. 54, n.º 2 y vol. 55 n.º 1, p. 35. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1997-1998.

¹² ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max. *Contratos Modernos*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, pp. 372-373, 1999.

¹³ MALPARTIDA CASTILLO, Víctor. «El contrato de sponsorship». *Contratos. Doctrina, Legislación, Jurisprudencia y Modelos*. Lima: Editorial Rao, 2000, p. 296.

portar o mostrar ante el público el nombre, marca, logotipo o signo distintivo que caracterice a la empresa patrocinante.

Entre los rasgos comunes entre el mecenazgo y el patrocinio, se señala que ambos surgen de la iniciativa de los particulares. En cuanto al objeto, se indica que las actividades promovidas o financiadas están dentro de la cultura, entendida en un sentido amplio, aunque el espónsor prefiere apoyar actividades deportivas, patrocina también conciertos, exposiciones de arte o, incluso, restauraciones del patrimonio histórico. A esta actividad se le conoce como esponsorización cultural.¹⁴ El mensaje publicitario tendrá una mayor intensidad cuando se trata de una actividad deportiva, a diferencia de la esponsorización cultural en la que, si bien el mensaje no llega en forma masiva, revaloriza la imagen del espónsor.

En lo que se refiere a las diferencias que se pueden encontrar en ambas figuras, se menciona la finalidad que se persigue. Mientras el espónsor persigue una finalidad publicitaria a cambio de la ayuda, en el caso del mecenas, la finalidad concluye con la ayuda que entrega sin exigir nada a cambio. El espónsor, mediante el patrocinio, trata de conseguir una revalorización de su imagen asociándola con un determinado evento. Como consecuencia, la esponsorización constituye uno de los medios publicitarios de los que se vale la empresa.

En cuanto al sujeto, el mecenas es una persona que actúa dentro del ámbito particular, a diferencia del espónsor, que lo hace dentro del ámbito empresarial. Esta diferencia surge de forma casi espontánea si se contempla el fenómeno del patrocinio publicitario como un paso en la evolución del mecenazgo hacia otras formas de fomento de la cultura con las que, en la actualidad, coexiste. La doctrina más especializada no ha dejado de difundir la idea, propuesta inicialmente por Franceschelli, de que el espónsor nace de la lenta evolución de un contrato unilateral a uno bilateral con prestaciones correspectivas con una finalidad directamente comercial más que liberal.¹⁵

Otra diferencia entre ambas figuras reside en el riesgo. La frustración del evento por caso fortuito o fuerza mayor significará, para el espónsor, que no tendrá la publicidad que esperaba. En cambio, en el caso del mecenas, al no esperar publicidad, no se presenta esta frustración.

¹⁴ VICENTE DOMINGO, Elena. *Op. cit.* p. 57.

¹⁵ En el Derecho anglosajón, la esponsorización se entiende como un *business deal*. De esta manera, se precisa su carácter empresarial.

La confusión puede presentarse cuando se trata de la esponsorización cultural, como la rehabilitación de un patrimonio artístico. En este caso, si bien no hay una publicidad directa, la referencia o la mención a la empresa patrocinadora contribuye a una mejora y difusión de su imagen.

De estas figuras, Vicente¹⁶ extrae la conclusión de que el punto de partida de ambos es el mismo: la financiación de actividades de naturaleza cultural. Pero esa financiación puede terminar con la realización de dicho evento, como ocurre con el mecenazgo, o hacerse con un objetivo publicitario, como sucede en la esponsorización.

En algunos casos, puede ser que la contraprestación no aparezca en forma evidente. Sin embargo, de una u otra forma, existe contraprestación, incluso tratándose de actividades culturales como exposiciones culturales, publicaciones de interés limitado, etc., en las que el nombre del auspiciador es mencionado. Además, estas acciones están consideradas en el presupuesto como parte de la propaganda y la publicidad.

3. Clases de esponsorización

El contrato de esponsorización, como se ha expuesto, reúne dos notas distintivas: la ayuda y la publicidad de retorno. La clasificación de la esponsorización se puede hacer atendiendo dos factores: el objeto y la contraprestación.

3.1. Objeto de la contraprestación

Esta clasificación dependerá de la actividad que se financie. Así, la esponsorización podrá ser cultural, deportiva, social o radiotelevisiva.

3.1.1. *Esponsorización cultural*

La esponsorización cultural es definida por Franzosi como «el fenómeno en virtud del cual un sujeto al que llama espónsor, promete o entrega dinero u otra utilidad para la realización o la mejora de una

¹⁶ VICENTE DOMINGO, Elena. *Op. cit.* p. 52.

obra o un evento con valor cultural siempre que el nombre del espónsor quede unido al de la obra o evento». ¹⁷

En la esponsorización cultural, se produce una unión entre el espónsor, y una obra o evento que es lo que va a ser objeto de la ayuda. Mientras que la esponsorización deportiva dirige sus mensajes a un público de masas, la esponsorización cultural se dirige a un público más elitista.

Dentro de la esponsorización cultural, destaca la rehabilitación del patrimonio artístico. Este tipo de esponsorización es de particular importancia en países como el Perú que cuenta con un incalculable patrimonio artístico e histórico. Así, se puede suplir la falta de apoyo por parte del Estado.

3.1.2. Esponsorización deportiva

Debido al auge del deporte y a que es un espectáculo de masas, se ha identificado a la esponsorización con este campo. Esta puede estar destinada a apoyar a un equipo, identificando a la empresa con el equipo, o bien a un deportista en particular. En ambos casos, la ayuda se presta para que pueda realizar su actividad y transmita el mensaje de quien lo patrocina.

3.1.3. Esponsorización televisiva

Se ha definido a esta clase de esponsorización como la unión entre el nombre de un producto o de una empresa, y un programa de televisión, de manera que el público identifique la emisión con el espónsor. Esta esponsorización corre el riesgo de confundirse con la publicidad tradicional.

El espónsor financia la emisión de los programas sin que esto signifique su participación en el contenido y dirección. Por otro lado, deberá especificarse que se trata de un programa patrocinado sin que tenga derecho a transmitir mensajes publicitarios para promover la compra de sus productos o la utilización de sus servicios.

En España, la esponsorización televisiva se encuentra regulada en la Ley de Actividades de Radiodifusión Televisiva. En ella, se define, en su artículo 3e, al patrocinio publicitario por televisión como «aquel

¹⁷ FRANZONI. «La sponsorizzazione culturale». *Sponsorizzazione e pubblicità*. Costanza, Ipsoa (ed.), 1989, p. 33.

contrato por virtud del cual una persona física o jurídica, denominada patrocinador, no vinculada a la producción, comercialización o difusión, contribuye a la realización de programas de televisión realizados por otra persona, física o jurídica, llamada patrocinado, con la finalidad de promover el nombre, marca, imagen, actividades o realizaciones del patrocinador».¹⁸

Una vez más, resaltan las notas esenciales de esponsorización en este tipo de patrocinio publicitario televisivo: el espónsor entrega ayuda a cambio de publicidad o promoción de los signos distintivos de la actividad del espónsor.

La esponsorización televisiva contará con las mismas prohibiciones publicitarias que la ley puede imponer al tabaco, al alcohol y a los medicamentos.

3.2. Contraprestación

En lo que se refiere a la clasificación de la esponsorización considerando la contraprestación, puede comprender tres clases: la propia o pura, la intermedia, y la impropia o impura. Esta última se deriva de la evolución histórica del mecenazgo a la esponsorización. Este aspecto concuerda con la doctrina de la protección a los escritores y artistas, propia del mecenazgo. Se ha pasado lentamente a proporcionar ayuda y protección con fines comerciales con la correspondiente contraprestación.

La esponsorización propia o pura se dará en el caso de que haya contraprestación, ya que las partes reciben tanto como dan. En el caso de la impropia o impura, el espónsor no recibe nada a cambio, pues entrega la ayuda con ánimo de liberalidad, lo que sería una acción de mecenazgo. La esponsorización puede ser también intermedia. A este tipo le atribuyen una naturaleza de donación modal, debido a que la publicidad que el espónsor recibe a cambio no llega a ser una verdadera contraprestación.

4. Características del contrato

El contrato de esponsorización se encuentra en la categoría de contratos atípicos, ya que no ha sido considerado legislativamente. La

¹⁸ Ley 25/1994 del 12 de julio.

distinción entre contratos típicos y atípicos radica en si existe o no una previa normatividad o una disciplina jurídica objetiva y general. Como expresa Diez Picazo, «son atípicos aquellos contratos que carecen de reconocimiento legal y de disciplina normativa» y «son típicos aquellos para los cuales existe en la ley una disciplina normativa».¹⁹

Doctrinariamente, se ha establecido una equivocada identidad entre contratos típicos y nominados, por un lado, y atípicos e innominados, por otro. Asimismo, en el Código Civil vigente, se habla de contratos nominados e innominados, en vez de típicos y atípicos.

Los contratos serán nominados cuando cuenten con un *nomen iuris*, es decir, aquella denominación que recibe un contrato, sea en la ley, la jurisprudencia o la doctrina. Asimismo, se hablará de contratos innominados cuando carezcan de un *nomen iuris*, en los términos referidos anteriormente.

Entre las principales características de este contrato se encuentran las siguientes:

4.1. Contrato consensual

Es un contrato consensual; es decir, se cumple, en este contrato, el principio que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes. El carácter mencionado tiene que ver con la libertad de forma predominante en este tipo de contratos. No obstante, la forma importa en la medida en la que sirva como protección complementaria al consentimiento.

4.2. Contrato oneroso

El contrato es a título oneroso, ya que cada uno de los sujetos celebrantes sufre un sacrificio que se compensa con una ventaja. Es parte esencial de esta figura el precio o la contraprestación.

4.3. Contrato bilateral

En este contrato, hay prestaciones recíprocas a las que se obligan las partes: por una, la entrega de la ayuda y, por la otra, la publicidad.

¹⁹ DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. I, Madrid: Tecnos, 1988, p. 253.

Debe precisarse que las prestaciones no se cumplen de modo simultáneo. En este sentido, Vega²⁰ señala que, dada la forma en que suelen ejecutarse las prestaciones a cargo de ambas partes, la eventual aplicación del artículo 1428 del Código Civil (relativo a la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de contrato no cumplido) podría requerir de cierta precisión. El esponsor que financia la actividad le entrega al esponsorizado dinero o bienes para que ejecute su cumplimiento. Por otro lado, el esponsorizado ejecuta la labor que le corresponde en un momento posterior a la entrega mencionada. Así, puede exhibir el logo del esponsor en las camisetas que este le proporcionó o permitir el uso de su imagen. Este carácter posterior del cumplimiento hace imposible la aplicación del mencionado artículo.

4.4. Contrato sinalagmático

Se desprende el carácter oneroso y sinalagmático del contrato, pues el patrocinador ayuda a cambio de un comportamiento del patrocinado. En este sentido, Díez Picaso se refiere a la idea de *sinalagma genético*, que subyace en el patrocinio publicitario, pues ambas partes reciben una contraprestación que se conoce y se constituye como la causa de la obligación desde su comienzo.

Puede suceder que una conducta impropia por parte del esponsorizado o una actuación que no esté de acuerdo con las expectativas produzcan un efecto negativo en la imagen del esponsor. Este sería el caso de un equipo de fútbol que baja a la segunda categoría. En esta situación, se asocia al equipo con el esponsor, lo que puede dar lugar a una publicidad negativa. Esta situación ha llevado a la Doctrina a cuestionarse acerca de si el grado de alea es lo normal del contrato o si el contrato de esponsorización es de naturaleza aleatoria.

Algunos consideran que se está ante un contrato de naturaleza aleatoria, pues una de las partes o ambas se obligan a una prestación incierta.

Para la mayoría, en la esponsorización no hay prestaciones inciertas. El espónsor se obliga a una ayuda económica y, a cambio, el esponsorizado se obliga a realizar una actividad haciendo conocer el signo o logotipo del espónsor.

²⁰ VEGA MERE, Yuri. *Consumidor y contratación moderna*, p.256.

4.5. Contrato conmutativo

Es un contrato conmutativo, ya que, desde el instante de su celebración, ambas partes conocen las obligaciones que les corresponden. A pesar de lo dicho, Max Arias-Schreiber establece una precisión importante. Según él, este contrato puede quedar expuesto, muchas veces, a los avatares de la actividad esponsorizada: «En efecto, la previsión, por parte del patrocinador, del beneficio que obtendrá del retorno publicitario habilitado por el auspiciado depende, en gran parte, de diversos elementos de juicio [...]».²¹

5. Elementos del contrato

5.1. Objeto del contrato

Teniendo en cuenta que la esponsorización se vincula con el campo publicitario, el objeto del contrato tendrá relación con la publicidad siempre que esta no sea ilícita. No se admitirá publicidad que atente contra la persona humana y, en general, aquella publicidad considerada como ilícita. Tal es el caso de la publicidad engañosa, desleal y subliminal.²² Del mismo modo, está prohibida la publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios, como en los casos del alcohol y del tabaco.

En cuanto a la normatividad que sanciona la competencia desleal, esta se encuentra en el decreto ley 26122, que considera en forma

²¹ ARIAS SCHREIBER, Max. *Op. cit.* p. 379.

²² Se entiende por publicidad engañosa aquella que induce o puede inducir a error a sus destinatarios. Puede afectar su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Así mismo, según el artículo 4 de la ley 34/1988, es engañosa la publicidad que silencie los datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error en los destinatarios. Por su parte, la publicidad desleal se refiere a aquella que, por su contenido, forma de presentación o difusión, provoca el descrédito, o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades. La publicidad desleal se refiere a aquella que, por su contenido, forma de presentación o difusión, provoca el descrédito, o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades. Finalmente, la publicidad subliminal es aquella que, mediante técnicas de promoción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogos, puede actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.

enunciativa como desleales los actos destinados a crear confusión, reproducir, imitar, engañar, inducir a error, denigrar, desacreditar la actividad, productos, prestaciones o establecimientos ajenos, efectuar comparaciones inapropiadas, violar secretos de producción o de comercio, o aprovechar indebidamente la reputación ajena. Asimismo, se considera desleal en general cualquier acto que, por su naturaleza o finalidad, pueda considerarse análogo o asimilable a aquellos que se han mencionado anteriormente.

En relación con estos actos, la Resolución 245-1999/TDC-INDECOPI de la Sala de Defensa del Consumidor, conforme con lo establecido en el artículo 43 del decreto legislativo 807, declaró que constituye precedente de observancia obligatoria la aplicación del principio que se enuncia a continuación:

Los componentes de la identidad de la persona, que engloban el nombre, la apariencia o imagen y otras características asimilables, constituyen un tipo de titularidad intangible que resulta asimilable al prestigio comercial (*goodwill*) y ante la clientela alcanzado por un determinado proveedor a través de la comercialización continuada de sus productos o servicios en el mercado, cuyo aprovechamiento indebido es sancionado por la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.²³

El aprovechamiento indebido de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro se sanciona, en el artículo 241 del Código Penal, con pena privativa de libertad no mayor de 2 años o con 180 a 365 días de multa.

Por otro lado, como el objeto de este contrato es el apoyo a actividades culturales, artísticas y deportivas, se plantea la pregunta de si este apoyo es parte del objeto de una empresa comercial. Lo cierto es, señala Alegría,²⁴ que, en muchos sistemas jurídicos, es motivo de preocupación en los siguientes casos:

²³ La infracción consistente en la explotación comercial no autorizada de alguno de los componentes de la identidad de las personas constituye un acto de competencia desleal en los términos del Artículo 7 del decreto ley 26122. Cuando se produzca imputación por la comisión de dicha infracción, el individuo o persona jurídica emplazada deberá acreditar que cuenta con las autorizaciones respectivas para poder explotar comercialmente alguno de los atributos de la identidad de quien se trate (resolución 245-1999/TDC-INDECOPI, expediente 045-1988-CCD. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia de fecha 16 de julio de 1999. Publicada en el Diario «El Peruano» del 29 de julio de 2000, p.191030).

²⁴ ALEGRÍA, Héctor. «Esponsorización o Mecenazgo». *Separata de las Revistas de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n.º 145/146, 1992.

- si cabe dentro del objeto de una sociedad comercial ocuparse de las ciencias, el arte, los deportes, la ecología, etc. y
- si esta clase de sujetos puede destinar sus fondos a liberalidades o actos a título gratuito.

En cuanto al desvío del objeto, expresa que cabrá razonar que la empresa no habrá abrazado objetos ajenos a los designados en sus instrumentos fundantes (estatutos, contratos sociales, etc.) por haber realizado actos de sponsorización. Se debe tratar de hacer una utilización racional y finalista de los fondos, precisamente destinados al fin para el que la empresa ha sido creada: la generación de utilidades.²⁵ No cabe confundir objeto social con los actos lícitos para su consecución.²⁶ Esta cuestión se resuelve con la utilización de criterios de razonabilidad, desde que, en efecto, la sponsorización está directamente vinculada con los actos societarios, pues se trata de un medio más de comunicación dentro de la estrategia de la empresa. Esta tiende, en definitiva, a mejorar o mantener su imagen social con el fin, precisamente, de que pueda realizar mejor los actos descritos en su objeto social y maximizar sus beneficios. En este sentido, tendría igual consideración que la publicidad tradicional o institucional.

El lo que se refiere a la segunda causa de preocupación, según Alegría, no se trata de liberalidades o actos gratuitos. Concluye en que el acto de sponsorización tiene un interés económico (directo o indirecto) para la empresa. Este hecho es fácilmente deducible, a su juicio, en el derecho argentino. Así, la legitimidad para la empresa (sociedad) es indudable.

Muchos estudiosos del fenómeno han abandonado la interpretación «caritativa», desprendida o de pura generosidad del mecenazgo a tal punto que la discreción de los nombres de los favorecedores fue interpretada sin sentido. En todo caso, se atribuye alguna finalidad al apoyo a manifestaciones culturales, casi siempre vinculadas con el reconocimiento público de la figura del mecenas o patrocinador.

²⁵ ALEGRÍA, Héctor. *Op.cit.* p. 8.

²⁶ Hay que tener presente el que el objeto de la sociedad es la actividad a la que puede dedicarse. El fin pretendido por los socios es la utilidad. ALEGRÍA, Héctor. *Op. cit.* p. 8.

5.2. Causa

En lo que se refiere a la causa esta es aplicable tanto a los contratos típicos como a los atípicos. En los primeros, el legislador hace un reconocimiento directo de su causa.; en los segundos, el reconocimiento es indirecto.

La causa se vincula con la finalidad del acto. Corresponde establecer cuál es el sentido del fin lícito y hacia dónde se orienta como requisito de validez. De ello, se extrae la consecuencia de que, en los contratos onerosos, la obligación de cada parte encuentra su causa en la obligación asumida por la contraparte.

En cuanto a la causa en el contrato de esponsorización, se considera que la obligación del patrocinador de compensar económicamente tiene su causa en la obligación del patrocinador de prestarse a la publicidad de aquel y viceversa.

Para Poletini,²⁷ estos contratos comparten la misma causa o función económica social: la de hacer publicidad de la actividad del espónsor. Esta se conoce, en el argot publicitario, como el retorno publicitario, por ser una publicidad que vuelve al espónsor mediante el éxito de una actividad que no es en sí publicitaria, que significa la unión, con fines comerciales, de la imagen y el nombre de ambas partes contratantes, y que se alza como la clave de la esponsorización.

Para otros autores, la causa de estos contratos es la liberalidad o la pura beneficencia. En este sentido, la causa objetiva es de ayuda aun cuando haya contraprestaciones más o menos equiparadas y cualquiera que sea la naturaleza jurídica del modo de ayuda o pago del patrocinador.

A pesar de que la esponsorización está unida al fin publicitario, reducir la causa exclusivamente a fines publicitarios tampoco resulta satisfactorio. Para López Menudo, considerando el carácter oneroso del contrato, es mejor hablar de causa para cada contratante, no de causa del contrato. Así, para el patrocinador, la causa es la prestación publicitaria del patrocinado y, para este, la causa del contrato es la aportación económica del espónsor.²⁸

²⁷ POLETTINI «Sponsorizzazione e buona fede contrattuale». *Il diritto industriale*, n.º 8, 1994, p. 803. Citado por UNZETA, Vicente. *Op. cit.* p.107.

²⁸ Citado por LANDABEREA UNZETA, José Antonio. *Op. cit.* p. 50.

5.3. Sujetos del Contrato

Entre los sujetos que intervienen en el contrato de esponsorización, se encuentran el patrocinador, que es la persona natural o jurídica por cuyo interés se realiza la publicidad, y el patrocinado, que es quien recibe la ayuda económica para la realización de una determinada actividad.

Puede suceder que el patrocinador comparta con otra firma la esponsorización.; esta modalidad da lugar al copatrocinio. Se trata de casos de concurrencia de varios patrocinadores que apoyan económicamente al patrocinado utilizando el mismo soporte publicitario. Este caso se puede apreciar en la camiseta de los tensitas, en la vestimenta de los automovilistas o en el automóvil de competencia, donde diversas firmas comparten un mismo espacio.

Para estos efectos, puede ocurrir que diversos patrocinios para un mismo sujeto se encuentren en un solo contrato o, por el contrario, que se trate de contratos independientes. En este último caso, puede presentarse una superposición de derechos y obligaciones a causa del desconocimiento de los diversos contratos por parte de los esponsoros.

En las relaciones entre el patrocinado y el patrocinador, pueden presentarse como intermediarios las denominadas agencia de esponsorización. Estas agencias, si bien pueden presentarse como agencias de publicidad, se han especializado en esta forma publicitaria. En este caso, quien abona la contraprestación económica es la agencia de publicidad en lugar de la empresa que se beneficia de la colaboración publicitaria. Dentro de este campo, se encuentran las denominadas agencias de deportes, nacidas en los Estados Unidos y relacionadas con el desarrollo de la publicidad en el deporte y con el asesoramiento a deportistas.

En principio, las agencias de publicidad fueron las primeras en tratar estos aspectos, vinculados con sus actividades. Posteriormente, surgen agencias especializadas en esponsorización. Entre ellas, se puede diferenciar a las que se dedican al asesoramiento y la estrategia, por un lado, y a las que se especializan en la administración del acontecimiento, por otro.

5.4. Consentimiento

El consentimiento de las partes es requisito indispensable para la celebración del contrato. Este requisito está relacionado con la capacidad

para otorgarlo. Dentro de esta capacidad, se encuentra la mayoría de edad. Tratándose de actividades deportivas, cuya práctica la realizan menores de edad que destacan como figuras individuales, se tendrá que tener presente la legislación aplicable en cuanto a la capacidad para contratar.²⁹

6. Obligaciones y derechos de las partes

6.1. Obligaciones de las partes

La obligación principal del espónsor es proporcionar una ayuda económica al esponsorizado. Este apoyo puede ser en dinero o en especie. Así, podría consistir, por ejemplo, en la entrega del material para el desarrollo de la actividad. Esta ayuda es materia de cuantificación y dependerá de diversos factores como la duración del contrato, y la existencia o no de exclusividad. Según la duración del contrato, la ayuda podrá hacerse a través de entregas parciales. De esta forma, disminuye el riesgo del espónsor en relación con circunstancias aleatorias.

Además de la cuantía y la forma de pago, puede pactarse el pago de una prima al patrocinado. Este pago estará en relación con el resultado altamente satisfactorio de la actividad para el espónsor. En este caso, el resultado supera las expectativas cifradas.

La principal obligación del patrocinado es colaborar con la publicidad del patrocinador. Para ello, puede utilizar la vestimenta y los

²⁹ Respecto de la capacidad legal para contratar, se alude a esta en el inciso 1 del artículo 1 del Código de Comercio que hace referencia, en términos generales, a la capacidad establecida por el Código Civil. El artículo 4 del Código de Comercio se refiere a tres situaciones: ser mayor de edad, ser menor legalmente emancipado y tener la libre disposición de los bienes. Conforme con las reglas del Código Civil, la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años (artículo 42) y el menor podrá ser legalmente emancipado o emanciparse a partir de los dieciséis (artículo 44). En cuanto a la libre disposición de los bienes, supone la posibilidad de realizar, respecto de ellos, todos los actos permitidos por la ley, puesto que, en el ejercicio de la actividad comercial, puede comprometerse el destino de los bienes.

Por otro lado, cabe distinguir las dos clases de capacidad que se reconocen en Derecho: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. Si bien los menores no emancipados y los incapacitados, en general, no tienen capacidad de ejercicio, sí tienen capacidad de goce por intermedio de sus representantes legales, sus padres, en ejercicio de la patria potestad (artículo 418 y 423 del Código Civil).

instrumentos de competición que le proporciona el espónsor, en los que se incluye el nombre comercial del patrocinador. Del mismo modo, puede incluir su nombre en los carteles o anuncios relacionados con el espectáculo.

La forma de la publicidad dependerá del tipo o clase de esponsorización. Así, si se trata de una esponsorización deportiva, el deportista se compromete a realizar la actividad deportiva que desarrolla y a llevar los símbolos o logos del espónsor, para que el público identifique su imagen con este. Cuando se trate de una esponsorización cultural, la obligación principal asumida por el esponsorizado es el resultado satisfactorio. En este caso, al igual que en el caso de la esponsorización deportiva, la finalidad es la publicidad de la imagen del espónsor.

La creación de la idea publicitaria es una labor que, habitualmente y salvo que se convenga lo contrario, atañe única y exclusivamente al patrocinador. Es él quien debe idear la fórmula de transmisión de la publicidad a través del patrocinado. Lo puede hacer por sí mismo o con la ayuda de una agenda de publicidad.

6.2. Derechos de las partes

Entre los derechos de espónsor, se encuentra el de dirigir y controlar la campaña de publicidad. En este sentido, en el caso de surgir responsabilidades derivadas de la publicidad como su rectificación o cesación, se dirigen contra el anunciante.

7. Esponsorización y figuras afines

Como se ha expresado, en el Perú, el contrato de esponsorización es de carácter atípico y no existe norma alguna que lo regule. Sin embargo, por tratarse de un contrato atípico, intervienen elementos que son partes de otros contratos tales como la construcción de obras (construcción de un pabellón o estadio), un contrato de cesión de derechos de la propiedad industrial (explotación de símbolos y emblemas del Club) o un contrato publicitario (explotación de la publicidad).

7.1. Subvención y donación

Debido a que la finalidad de la esponsorización es la ayuda económica, esta puede confundirse con contratos tales como la subvención y

la donación. En el caso de la esponsorización, igualmente, existe con una ayuda económica. Sin embargo, a diferencia de la subvención, el patrocinado se compromete a colaborar con la publicidad del patrocinador.

Además, en el caso de la subvención, hay un aporte para el beneficiario sin la obligación de restitución. Esta es otorgada por una entidad pública, mientras que, en la esponsorización, esta acción le corresponde a la actividad privada.

En cuanto a la donación, al igual que la esponsorización, es una forma de ayuda. Sin embargo, la característica de la donación es la ausencia de onerosidad; por lo tanto, constituye una liberalidad. En cambio, en la esponsorización, el patrocinador ayuda económicamente al patrocinado a cambio de su colaboración en la difusión publicitaria.

7.2. Contrato de *merchandising* deportivo

El *merchandising*, señala Vicente,³⁰ consiste en la concesión de una licencia para la fabricación, comercialización y distribución de productos de un determinado tipo, con el emblema, el logo, la imagen o cualquier otro signo del espónsor. En este caso, se trata de la explotación publicitaria de diferentes derechos como los símbolos y emblemas.

En el campo del deporte, comprender la venta de una serie de derechos que van desde la explotación de las instalaciones deportivas del club, de sus derechos televisivos, de los símbolos y de sus emblemas, hasta la explotación publicitaria de diversos derechos del club.

A este contrato se le denomina «*merchandising*» deportivo. A diferencia del contrato de esponsorización, el contenido de este no es fundamentalmente publicitario. Por otro lado, la contraprestación del club no es la de colaborar a cambio de la financiación económica en la publicidad de la entidad que le proporciona dicha financiación.

7.3. Esponsorización y *product placement*

Al *product placement* se le considera como una forma de publicidad oculta. Esta consideración se debe a que consiste en la muestra de un determinado producto en un espectáculo, en una película o en un

³⁰ VICENTA DOMINGO, Elena. *Op. cit.* p. 46.

evento cultural sin que fácilmente sea reconocible, pues no se anuncia, sino que aparece como producto de consumo.

Hay autores que consideran al *product placement* como una forma más de sponsorización. Sin embargo, lo que distingue a ambas figuras es la capacidad para reconocer la publicidad, que, en el *product placement*, aparece como algo fortuito.³¹

7.4. Esponsorización y testimonial

Esta figura es ampliamente difundida en los Estados Unidos. Se trata de una persona conocida quien, a cambio de una retribución, hace declaraciones públicas sobre tal o cual producto, y deja entrever que lo utiliza.

7.5. Esponsorización y patrocinio publicitario

En lo que respecta al patrocinio publicitario, la Ley General de Publicidad de España incorpora el contrato de publicidad al contrato de patrocinio. En su artículo 24, lo define como «aquel por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador».³²

Entre las diferencias que pueden apreciarse entre la esponsorización y el contrato de difusión publicitaria, se puede mencionar que, en el caso de la esponsorización, el esponsorizado se compromete a llevar a cabo su propia actividad con total independencia profesional sin recibir órdenes técnicas, mientras que, en el contrato de difusión publicitaria, el anunciante va a dirigir técnicamente la actividad publicitaria.

Por otro lado, en el contrato de publicidad, parte de este es la tarifa publicitaria. Dicha situación no se presenta en la esponsorización; en ella, el esponsorizado obtiene una remuneración en función de su capacidad personal de difundir el mensaje publicitario.

³¹ Tal podría ser el caso de una película acerca de un viaje en avión en la que aparezca el nombre de una compañía conocida o, al servirse una bebida, aparezca la marca y, en general, de cualquier producto de consumo.

³² Ley 34/1988, de 11 de noviembre (BOE 15-11-1988, R.2273).

7.6. El contrato de esponsorización y la locación de servicios

Algunos tratan de calificar el contrato de esponsorización como un contrato de locación de servicios.³³ Así, se señala que, en la locación, la retribución se identifica con la ayuda del espónsor al esponsorizado. En cuanto al servicio, corresponde a una forma especial de mensaje publicitario. Sin embargo, el espónsor no arrienda un servicio en sí, sino que la finalidad del negocio se consigue a través del servicio que presta. Corresponde al esponsorizado asumir el compromiso publicitario de transmitir el nombre y distintivo del espónsor con su actividad.

Para Vicente,³⁴ el principal elemento para rechazar esta opción se encuentra en que el esponsorizado no es el mero prestador de un servicio, sino que se le brinda ayuda o financiamiento para realizar su actividad con la condición de dar a conocer a la sociedad el mensaje del espónsor.

7.7. El contrato de esponsorización cultural y el contrato de obra

Se ha tratado de considerar al contrato de esponsorización cultural como un contrato de obra y especialmente de ayuda con fines publicitarios para la rehabilitación del patrimonio cultural.

En este contrato, una de las partes se obliga a ejecutar una obra por cierto precio. Se identifica al espónsor con el comitente, ya que es quien financia total o parcialmente la obra a través de la entrega de una ayuda al esponsorizado. Él debe realizar dicha actividad por sí mismo o por medio de otro. El contratista asume, además de la realización de la obra, la obligación de dar a conocer, en la forma prevista, el nombre y la imagen de la empresa que proporcionó la ayuda para materializar la obra.

En consecuencia, en el contrato de obra, la ayuda se proporciona a cambio de una obra, mientras que, en la esponsorización, la ayuda se brinda a cambio de publicidad.

³³ El Código Civil define al contrato de locación de servicios de la siguiente manera: «Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución».

³⁴ VICENTE DOMINGO, Elena. *Op. cit.* p. 89.

7.8. El contrato de esponsorización y la donación modal

La donación modal consiste en una subvención gratuita por parte del donante a cambio de la cual se recibe algo del donatario. Se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado. Un aspecto para definir la donación modal es el alcance de la contraprestación. Siempre que no se llegue a esa categoría, se estará frente a una donación modal.

El contrato de esponsorización tiene una naturaleza de carácter oneroso, aunque hay casos de patrocinios publicitarios dudosos. Este detalle lleva a que algunos califiquen este contrato como donación modal.

En ambos casos, hay ayuda y carga, aunque en el caso de la esponsorización se requiere que se divulgue la ayuda. Al donatario, en principio, no le corresponde esta divulgación; esta debe ser hecha por terceros.

La consecuencia del incumplimiento de la divulgación por parte del esponsorizado facultaría al espónsor a la resolución del contrato, y el resarcimiento de daños y perjuicios. A diferencia de este incumplimiento, en la donación, la consecuencia sería la revocación de la donación.

8. Cláusulas principales

Tratándose de un contrato atípico por no estar contemplado en la legislación, es necesario que las cláusulas detallen las obligaciones de las partes. Además de las cláusulas que corresponden a los contratos en general, hay ciertas cláusulas propias de estos contratos como las de no concurrencia, supremacía, prioridad, exclusividad, reducción de la contraprestación e incumplimiento.

8.1. Cláusula de no concurrencia

Este caso se presenta si no se suscribe ningún otro contrato de esponsorización. Esta prohibición puede ser total o parcial. Se dice que es total cuando el patrocinador prohíbe que el club o federación pueda asociar cualquier derecho suyo (carteles, eventos, indumentaria, etc.) a la imagen de otra empresa. El espónsor excluye así toda otra posibilidad de explotación publicitaria.

La admisión de la concurrencia de más patrocinadores da lugar al copatrocinio. Es habitual que el patrocinador, con el fin de preservar la eficacia de la publicidad programada, estipule una supremacía de su patrocinio sobre cualquier otro. La técnica más sencilla para verificar dicha supremacía es la determinación de espacios.

8.2. Cláusula de exclusividad

Esta cláusula tiene relación con la cláusula de no concurrencia. En este caso, se prohíbe al esponsorizado que celebre otros acuerdos de patrocinio publicitario con otras empresas mientras el contrato celebrado se encuentre vigente.

De la misma forma que la anterior, esta exclusividad puede ser absoluta o relativa. Será absoluta si se tiene el compromiso de no celebrar ninguna clase de contrato; será relativa si se establece la limitación de no contratar con empresas que compiten contra el espónsor.

8.3. Cláusula de prioridad o preferencia

Mediante esta cláusula, al concluir el contrato, el espónsor tendrá preferencia en su renovación, siempre que las condiciones sean similares a aquellas ofrecidas por un tercero.

8.4. Cláusula de participación en ventas o beneficios

A través de esta cláusula, el esponsorizado asume la obligación de entregar al espónsor un porcentaje de los beneficios que se obtengan a través de la actividad patrocinada con la finalidad de que el espónsor recupere parte de su inversión. Esta cláusula suele ser habitual en un tipo específico de esponsorización como la cultural, ya que, una vez conseguida la rehabilitación de la obra o la celebración exitosa del concierto, se generan unos beneficios en los que el espónsor participa, como puede ser la venta de catálogos y de entradas.

Asimismo, el espónsor puede obtener lo que los ingleses denominan *credits and benefits*, tales como la entrega de las mejores entradas para la primera representación o el «paquete de hospitalidad» que el COOB'92 reservó a las empresas patrocinadoras.

8.5. Cláusula de resolución de controversias

En lo que concierne a la solución de controversias provenientes de la ejecución del contrato de esponsorización, lo usual es pactar el sometimiento al arbitraje. Para ello, es necesaria una cláusula arbitral que podrá aparecer en el contrato principal o en cualquier otro documento donde las partes expresen su voluntad de resolver las controversias en la vía arbitral.

8.6. Cláusula de distribución contractual de los riesgos

En este contrato, el riesgo natural es que el retorno publicitario no se produzca sin que sea culpa o negligencia del esponsorizado. Si bien el retorno de la publicidad es el fin primordial del contrato, la ayuda no queda condicionada a su logro.

En algunas oportunidades, el esponsorizado asume, contractualmente, el riesgo de la frustración del contrato por causas imprevisibles. En estos casos, está obligado a suscribir un seguro a su cargo que, en algunas compañías, se le conoce con el nombre de seguro de *sponsoring*.

8.7. Cláusula de extinción de las obligaciones

En esta cláusula, se pueden incluir como causas de la extinción de las obligaciones contraídas por las partes el incumplimiento de obligaciones como la falta del aporte comprometido por parte del espónsor, la ausencia de la difusión de la publicidad por parte del esponsorizado, la celebración de un contrato de esta naturaleza con un tercero a pesar de la existencia de la cláusula de exclusividad. También, pueden ser motivo de extinción de obligaciones, en el caso de los contratos de esponsorización deportiva, la suspensión de una competencia, la lesión de la figura publicitaria, una huelga de los deportistas, etc.

Las conductas indebidas imputables a cualquiera de las partes dará lugar a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

El incumplimiento puede deberse, en el caso del espónsor, a la falta de entrega de los bienes o del dinero que se ha comprometido a entregar. En el caso del esponsorizado, lo constituye la no realización de su actividad, lo que impide que se lleve a cabo el fin publicitario.

Pueden presentarse situaciones de incumplimiento, en el caso de deportes colectivos, debido a que uno o varios de sus integrantes se

nieguen a exhibir el logo o marca del esponsorizador durante las prestaciones del equipo. Este aspecto adquiere especiales características si se trata de un equipo u organización en los que las personas, en forma individual, no tienen ningún vínculo con el esponsorizador. Se plantean, en consecuencia, los alcances de la responsabilidad del esponsorizado si uno de los miembros del equipo no utiliza la vestimenta con la publicidad que atañe al espónsor. Este también sería el caso del animador de un programa televisivo que no menciona el nombre del patrocinador o no exhibe su producto. Hay que tener presente que el esponsorizador ha pactado el retorno publicitario. Su interés es el resultado, al margen de si la publicidad es realizada por el organizador o las personas a quienes les dio el encargo.

8.8. Cláusula resolutoria expresa

Se trata de una cláusula en el caso de incumplimiento, por alguna de las partes, de sus obligaciones. Este incumplimiento da lugar a que la parte afectada pueda solicitar la resolución del contrato. A causa de la autonomía de voluntad de las partes, estas pueden acordar la resolución del contrato sin acudir a los tribunales.

En los contratos de esponsorización, este tipo de cláusulas son habituales, ya que facilitan la resolución del contrato y permiten al espónsor desligarse del mismo cuando el esponsorizado mantiene cierta clase de comportamientos que no solo son en sí mismos causa de frustración del contrato por incumplimiento, sino que también suelen ser la causa del perjuicio o del daño sufrido por el espónsor, quien soporta una publicidad negativa

Entre las causas de incumplimiento en el caso de esponsorizado, se puede deber a la inexistencia del retorno publicitario o a que no se alcancen las metas de publicidad previstas. Como ejemplo, se puede citar el caso de un equipo de fútbol que desciende a segunda división o que no se ubica entre los primeros puestos. Similar situación puede presentarse en la publicidad televisiva, cuando el *rating* del programa alcanza niveles muy bajos.

El incumplimiento puede presentarse, además, debido a una sanción de suspensión de la actividad deportiva o, en el caso de deportes individuales, por lesiones o enfermedades del deportista.

8.9. Cláusula de reparación de daño

El incumplimiento de las obligaciones de una de las partes trae como consecuencia la reparación de los daños causados. La determinación de la cuantía del daño, en particular del lucro cesante, responde a factores de difícil evaluación. En este sentido, se plantea hasta qué punto se ha afectado la actividad usual del esponsorizado por la falta de este apoyo. Igualmente, en lo que respecta al esponsorizador, se intenta precisar qué consecuencias tendría en la venta de sus productos la falta de la actividad del esponsorizado, la misma que impide la promoción de sus productos o imagen. En todo caso, sería de aplicación el artículo 1332 del Código Civil, según el cual «Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa».

8.10. Cláusula penal

Considerando las dificultades de aplicación de criterios para la determinación de daños y perjuicios, la cláusula penal puede servir para remediar esta situación. En ella, se pacta el pago de una suma de dinero previamente determinada a cuenta de la determinación de los daños y perjuicios ocasionados.

9. Esponsorización deportiva

La Comisión Howell define la esponsorización deportiva como «el apoyo a un deporte, acontecimiento deportivo, organización deportiva o deportista, por parte de un organismo o persona externa al deporte para beneficio mutuo de ambas partes».

Debido a que la actividad deportiva en el mundo actual cuenta con patrocinios empresariales —entre ellos, el patrocinio de transmisión de espectáculos por televisión, la imagen de los deportistas destacados— da lugar a que pueda utilizarse como explotación comercial.

En el caso del deporte, determinadas actividades alcanzan una gran aceptación y se constituyen en un espectáculo de masas. Los clubes y sus integrantes individuales de destacada actuación gozan de una importante popularidad. Esta situación se presenta, igualmente, con aquellos que practican deportes individuales como el boxeo, el tenis el automovilismo, etc. De esta manera, se convierten en verdaderos per-

sonajes, circunstancia que determina que los aspectos relacionados con la esponsorización alcance una mayor resonancia en estos casos que en otras actividades.

En la esponsorización deportiva, se presentan casos en los que se involucra a varias partes como puede ser un grupo de auspiciantes y clubes, además de la federación o asociación deportiva. Así mismo, el espónsor puede obtener un doble beneficio publicitario. Así, en el caso de que el equipamiento proporcionado sea de fabricación de la empresa del espónsor, se promocionará el producto y la empresa.

La naturaleza de la esponsorización deportiva da lugar a aspectos particulares. Entre ellos, se encuentran la capacidad para contratar en relación con la edad, los riesgos del contrato, la utilización de la imagen, la objeción de conciencia publicitaria y el derecho a la personalidad.

En el contrato de esponsorización deportiva, el seguro adquiere una importancia particular si se tiene presente que este contrato se celebra considerando la figura del deportista. Por parte del espónsor, se requiere un aporte importante de dinero, bienes o ambos. Pueden presentarse problemas que no dependan de las partes tales como la lesión del deportista, la anulación de la competencia, la pérdida de la embarcación, etc. Estos imprevistos frustran el contrato sin que se haya podido cumplir con el objetivo publicitario.

Por otro lado, cuando se trata de deportistas y, en particular, de deportistas que practican deportes individuales, se requiere de profesionales que conozcan los aspectos financieros, comerciales y jurídicos de los negocios publicitarios. Esto ha dado lugar a la aparición de las agencias de esponsorización.

Se considera, en este caso, que la entidad patrocinada no está obligada a colaborar con la publicidad de la agencia, sino con la cesión de espacios o unidades de tiempo para la explotación publicitaria.

En lo concerniente a la capacidad para contratar, los deportistas, en muchos casos, son figuras destacadas sin haber alcanzado la mayoría de edad. Por ello, a menos que alcancen la edad para emanciparse y poder celebrar ellos mismo el contrato, requerirán de la intervención de representantes legales, aspecto que se menciona en el acápite 5c.

9.1. Esponsorización y derecho a la propia imagen

En lo que se refiere a la utilización de la imagen de los deportistas, se entiende que esta corresponde con su imagen comercial, es decir, a la relacionada con su actividad profesional.

Dentro de la legislación comparada, el artículo 18.1 de la Constitución española garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.

Por su parte, la ley orgánica 1/1982 del 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, en su artículo 7.6, considera introducción ilegítima «la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de materia análoga».

La sentencia del Tribunal Constitucional de España, Sala Primera, del 3 de octubre de 1996, recuerda que el desarrollo del concepto de imagen es una construcción jurisprudencial. Se define a la imagen como la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa, entendiéndose por aquella, a efectos de protección civil por la ley orgánica del 05 de mayo de 1982, la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y, en sentido jurídico, que es la facultad del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto y en cuanto se trata de un derecho de la personalidad.

La utilización de la imagen del deportista requiere del consentimiento expreso de este. Un aspecto diferente es la reproducción de su imagen con fines informativos. Para ello, se no requiere de su consentimiento expreso y no da lugar a compensación económica.

Definida la necesidad de consentimiento expreso, el siguiente paso es la celebración de un convenio en el que se establezcan los beneficios económicos que le representará al deportista la explotación de su imagen.

Por otro lado, se plantea hasta qué punto los terceros pueden lucrarse con la imagen de un deportista sin su consentimiento y conformidad si se tiene presente que, jurídicamente, la imagen de la persona se integra dentro de sus bienes o derechos.

Para algunos, debido a que los clubes profesionales son propietarios del espectáculo, tienen el derecho a utilizar la imagen del deportista con la finalidad de obtener ingresos a través de la publicidad. Por su parte, los jugadores tienen el derecho de explotar su imagen

personal, excepto en los encuentros, entrenamientos o actos públicos del club, a menos se haya pactado de forma diferente.

En principio, señala Landaberea,³⁵ en la medida en que los contratos de sponsorización requieren de la utilización de la imagen de los deportistas, se necesita su consentimiento. Precisamente, el derecho a la imagen se contempla como aquel que no permite, sin el consentimiento de su titular, la fijación, reproducción, distribución o apropiación comercial de la imagen de la persona. En este sentido, es conveniente considerar las implicancias que puede tener para un club celebrar un contrato de sponsorización con publicidad en la camiseta del club sin consentimiento ni autorización del deportista. Esta situación se agrava si dicha publicidad atenta contra las creencias religiosas o de otra índole del deportista.

En consecuencia, para evitar problemas durante la ejecución del contrato, estos aspectos deberán estar debidamente establecidos en los contratos por celebrarse entre el club y el deportista. Por ejemplo, debe estipular la utilización de la vestimenta para fines comerciales, apariciones, utilización de logotipos, etc.

Se presenta una situación especial en la apropiación comercial de la imagen de los deportistas por parte de terceros como aquellas empresas que comercializan en cromos los nombres e imágenes de los deportistas. Si bien hoy día no existe ninguna duda en integrar la imagen de la persona dentro de los bienes o derechos de la personalidad, este asunto fue materia de fallos de tribunales de diversos países de Europa durante la década de los años setenta del siglo pasado. En España, se planteó la legitimidad de que terceros pudieran lucrar con la explotación publicitaria de la imagen de unos deportistas sin su consentimiento y conformidad. Este hecho sucedió cuando los Tribunales de Barcelona fallaron a favor de la Asociación de Futbolistas Españoles (AFE) y en contra de una empresa que comercializaba, en cromos, los nombres e imágenes de los futbolistas. Posteriormente, la Constitución española, en su artículo 18, reconoce que la imagen es un derecho de la personalidad. La ley orgánica 1/1982 del 5 de mayo, de protección del honor, la intimidad personal y familiar, y de la propia imagen, va a considerar intromisión ilegítima «la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga».

³⁵ LANDABEREA UNZETA, Juan Antonio. *Op. cit.*, p. 72.

La obra de Fernando Igartua Arregui, *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*,³⁶ da múltiples ejemplos de apropiación comercial de la imagen de deportistas. Por ejemplo, se cita la sentencia (1979 GRUR 425) de un Tribunal alemán en la que se niega una indemnización al futbolista Frank Beckenbauer por el uso de su fotografía en la portada de un calendario de contenido futbolístico, por entenderse que prevalecía el propósito de diseminar información. Dicha sentencia tiene otro antecedente en la resolución de un Tribunal (Tull-Hardcr-1929) en el que se decidió que era lícita, en contra del criterio jurisprudencial español, la utilización de la imagen de un conocido futbolista en una colección de cromos.

En Francia, la jurisprudencia entiende que la publicación de fotografías de un futbolista, sin ningún artículo de fondo en una revista mensual como desplegable, tiene el objetivo de explotar financieramente al deportista (Tribunal de Gran Instancia de París, 30 de abril de 1986, asunto Platini). Sucedió lo mismo en el asunto Fignon, fallado por el Tribunal de Gran instancia de París el 4 de abril de 1970.

Cuando hay referencia a la explotación comercial de la imagen, esta comprende el nombre y apelativo, la voz, y la figura.

El deportista, señala Ricardo Frega,³⁷ puede explotar comercialmente su derecho de imagen bajo distintas formas:

- La explotación la efectúa en su propio nombre (por no haberla cedido a terceros).
- La explotación la realiza a través de una sociedad interpuesta. En esta forma, el deportista cede el derecho de explotación de su imagen a una tercera empresa. Esta, a su vez, cede esta explotación al propio club o entidad deportiva contratante del deportista profesional.

Landaberea Unzueta,³⁸ expresa que no deben confundirse los contratos de esponsorización deportiva sujetos al artículo 24 de la ley 34/1988 (Ley General de Publicidad de España), suscrito entre las

³⁶ IGARTUA ARREGUI, Fernando. *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*. Madrid: Tecnos, 1991. Citado por Landaberea U. Juan A. *Op. cit.*, p. 72.

³⁷ FREGA NAVIA, Ricardo. *Contrato de Trabajo Deportivo*. Buenos Aires: Editorial Ciudad de Buenos Aires, p. 128, 1999.

³⁸ LANDABEREA UNZETA, Juan Antonio. *Op. cit.*, p. 155.

empresas comerciales y los clubes, con los contratos celebrados, no siempre laborales, entre estas entidades deportivas y sus deportistas. De esta manera, acuerdan la compensación económica por la utilización de la imagen de los deportistas para posibilitar la suscripción de los pertinentes contratos de esponsorización por parte de los clubes.

9.2. Objeción de conciencia

La objeción de conciencia es el rechazo a una ley o disposición que atenta contra lo que se considera como principios fundamentales de las personas.

En este sentido, existe la posibilidad de que el deportista, basándose en una objeción de conciencia, se niegue a prestar su imagen para la difusión publicitaria de entidades carentes de buena fama, o de ciertos productos como el tabaco o las bebidas alcohólicas.

En consecuencia, se plantea si es posible una objeción de conciencia por parte del deportista y si este puede negarse a anunciar publicitariamente una determinada firma comercial por razones de conciencia.

Desde un punto de vista de protección a los derechos de la personalidad, se puede concordar con el deportista en su rechazo a participar en el anuncio. Aquí habrá que distinguir entre dos circunstancias: si se trata de obligársele sin haber prestado su consentimiento, o si ha cedido los derechos de imagen contractualmente y se niegue a lucir una determinada publicidad.

El primer caso es claro: no podrá haber imposición. En el segundo, si ha prestado su consentimiento, habrá que determinar los alcances de dicho consentimiento, aunque quien ha convenido contractualmente a que se utilice su imagen es poco lo que tiene que argüir.

10. Protección al derecho de la utilización de la imagen del deportista en la legislación peruana

La actual Constitución Política de 1993, así como el Código Civil, reconocen el derecho a la imagen de la persona.

El artículo 2 inciso 7 de la Constitución Política dispone que toda persona tiene derecho a la voz y a la imagen propias. Por su parte, el Código Civil, en su artículo 15, expresa que la imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella.

Esto significa que no puede existir presunción de autorización de utilización de la imagen. Este aspecto está determinado en el artículo 141 del Código Civil,³⁹ que dispone, en su segundo párrafo, que no puede considerarse la existencia de manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa, como sería el presente caso.⁴⁰

Con la finalidad de que lo dispuesto sea respetado, el Código Procesal Civil considera como una medida cautelar específica la medida innovativa. Esta medida puede ser dictada para la preservación y debido aprovechamiento de imagen o voz de una persona.⁴¹

En lo que se refiere a la legislación en materia de deporte, la ley 26566 regula el régimen laboral para los jugadores de fútbol, estableciendo las normas que rigen el contrato por celebrarse entre las partes, tales como el pacto sobre remuneraciones, premios por partido, seguro y demás conceptos retributivos, así como las causas de resolución del contrato acordes con la naturaleza del servicio.

Como se observa, se menciona «demás conceptos retributivos», acepción bastante amplia que no limita lo que vendría a ser el objeto principal del contrato: las remuneraciones y premios por partido.

Por otro lado, el artículo 7 inciso b, concordante con lo expuesto, considera que el deportista tiene derecho a los beneficios pactados en

³⁹ El mencionado artículo fue modificado por la ley 27291 de 24 de junio de 2000. Texto según modificatoria.

⁴⁰ Se puede mencionar la siguiente jurisprudencia en lo que respecta a la manifestación expresa: [El artículo 141° del Código Civil] señala, en forma inequívoca, que no puede considerarse que existe manifestación tácita [de autorización para utilizar la imagen y voz de una persona,] cuando la ley exige la declaración expresa, [no siendo [...] de aplicación tampoco las excepciones contenidas en el segundo párrafo del [...] artículo 15° [del Código Civil], en razón a que las publicaciones en referencia no constituyen hechos de importancia pública o general puesto que se han realizado con fines publicitarios y lucrativos.

Casación. N.° 2162.97.Lima, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema. Lima, 18 de junio de 1998. (Diario «El Peruano», 19 de septiembre de 1998, págs. 1607-1608).

⁴¹ Código Procesal Civil:

Artículo 682.- Medida innovativa.- Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que solo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley.

Artículo 686.- Derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz.- Cuando la demanda pretenda el reconocimiento o restablecimiento del derecho a la intimidad de la vida personal o familiar, así como la preservación y debido aprovechamiento de la imagen o la voz de una persona, puede el Juez dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada.

el contrato y especialmente a «explotación comercial de su imagen y/o participar en la que el club haga de la misma».

En este sentido, se reconoce el derecho a que el deportista explote su imagen. Esto supone la posibilidad de que lo haga en forma personal o que sea el club quien la explote. El deportista tiene derecho a participar en los beneficios que, por este concepto, el club pueda obtener.

En lo que se refiere a la explotación en forma personal de la imagen, hay ciertos límites. Por ejemplo, la publicidad que promueva no podrá ir en contra de los intereses del club que lo ha contratado o en deterioro de su imagen. En principio, no se requiere ninguna autorización del club para que el deportista explote su imagen.

Tratándose de que el club sea quien explote su imagen, deberán ser materia de precisión los beneficios que le corresponderían al deportista. De otra manera, el club se expondría a los reclamos que el deportista le pueda formular.