

ATIPICIDAD DEL CONTRATO Y ESPONSORIZACIÓN O PATROCINIO PUBLICITARIO

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA *

Sponsoring. Mot magique. Qui a en fin
acquis définitivement son droit de cité
dans l'univers de la communication **

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Tipicidad y atipicidad contractual*. III. *Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos*. IV. *El contrato de patrocinio. Bosquejo histórico*. V. *El patrocinio como instrumento de comunicación empresarial*. VI. *Concepto de patrocinio*. VII. *Naturaleza jurídica*.

I. INTRODUCCIÓN

La incesante evolución de las relaciones económicas, la inacabada revolución tecnológica, la globalización de los mercados que causa la estandarización de las reglas de derecho, la economía en constante expansión, las renovadas exigencias del tráfico mercantil y el cambio que cotidianamente se efectúa en todos los ámbitos de la vida, determinan la aparición y profusión de relaciones contractuales no previstas en los ordenamientos legales que generan el surgimiento de nuevas figuras estipulantes; por lo que los clásicos contratos típicos no devienen —en ocasiones— el esquema más adecuado para regular dichas innovadoras conductas.

Ante circunstancias de esta magnitud, cualquier observador advierte que se plantea una alternativa en los términos binarios que señalaba Josseland: o el derecho se adecua a la nueva realidad o ésta prescinde del

* Investigador por oposición en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

** Sahnoun, Pierre y Doury, Nathalie, en Rouffiaie, François (pról.), *Comment chercher un sponsor*, 2a. ed., París, Chotard, 1990, p. 15.

derecho. Ahora bien, cuando los hechos desairan al derecho, la juridicidad es puesta en crisis y la sociedad también deja de lado a los operadores jurídicos.

Por otra parte, la *autonomía de la voluntad* que encuentra una consagración expresa en los artículos 2o. incisos 14 y 24 a, y 62 de la Constitución peruana de 1993¹ se traduce en los dos clásicos principios: el de la libertad para contratar y el de la libertad contractual receptados en nuestra legislación civil y mercantil. Esa autonomía ampara dicha renovada creatividad en el ámbito de los negocios; así es como nacen los llamados contratos innominados y atípicos. La iniciativa privada, o si se quiere el *consentimiento*, es el mecanismo motor de toda conocida regulación recíproca de intereses privados; de toda obligación. En efecto, como enseña la doctrina, los institutos o figuras jurídicas tienen su origen, por lo general, no en la fantasía de los juristas o del legislador, sino en la inventiva de los propios interesados, y en las necesidades imprevisibles e impostergerables del tráfico, amén de regularse, primeramente, por los usos y luego por la costumbre antes que la respectiva legislación los haga suyos. Así que, el florecimiento de las diversas formas contractuales atípicas se debe, en primera instancia, a un proceso técnico de diferenciación de los modelos contractuales típicos, pero halla, particularmente, su justificación en el nacimiento de nuevos requerimientos económicos, ya que a mayor evolución de la vida social mayor es el número de las figuras contractuales.

Por lo demás, tanto el contrato innominado como el atípico devienen indicadores evidentes e inequívocos de que la vida jurídica no se esclerotiza en formas inmutables, sino por el contrario, está en perenne mutación y en constante devenir. Ellos acostumbra surgir en la vida social fuera de toda tutela por parte del derecho. Sólo después de que han alcanzado un cierto grado de madurez y han conseguido la aprobación de la práctica, entonces, es cuando el orden jurídico, partiendo de valoracio-

¹ “Toda persona tiene derecho (artículo 2o.): A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público (inciso 14). A la libertad y seguridad personales. En consecuencia, nadie está obligado a hacer lo que la ley manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (inciso 24 a). “La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”.

nes de oportunidad contingente, garantiza sus efectos con la propia autoidad. Pero antes de que esto acontezca, dichos contratos se practican en el tráfico bajo la tutela del uso y la corrección. Únicamente la buena fe que ha de acatarse en la celebración de las transacciones impone, en un principio, el respeto a la palabra dada y asigna a ella valor vinculante en la consideración social. El derecho, cuando se decide a considerar los contratos en cuestión como actos jurídicos, no hace más que reconocer, dada su función socialmente trascendente, aquél vínculo que, según la conciencia social, los mismos particulares, con antelación, ya percibían haber contraído en las relaciones entre sí. En efecto, el derecho fortalece y transforma más seguro dicho nexo, agregándole su propia sanción.

Conforme a lo anterior, los actos de autonomía privada devienen actos de autodeterminación, de autorregulación de los intereses propios entre los mismos interesados. Autorregulación que en la conciencia social es ya considerada como obligatoria para las partes, aún antes de que la conducta se convierta en acto jurídico; no se estima como un proyecto puro y simple al que las partes tienen la libertad de comprometerse o no, sino como un criterio vinculante, como una regla de comportamiento que requiere acatarse y que, en caso de contravención, ocasiona sanciones más o menos severas o seguras, tanto genéricas (por ejemplo, pérdida o disminución del prestigio o del crédito social) como específicas (por ejemplo, medidas de retorsión y de autotutela).

Ahora bien, no hay que olvidar que el orden jurídico, al reconocer, como lo hace, la autonomía privada, no ignora la cuestión de fijar *condiciones y límites* a dicho reconocimiento. Al respecto son claridosos y precisos tanto el Código Civil (CC) español como el anteproyecto de Código europeo de los contratos cuando expresan:

Los contratantes *pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público* (CC es. artículo 1255).

1. Las partes pueden determinar *libremente* el contenido del contrato, *dentro de los límites* impuestos por las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, tal como se fijan en el presente código, en el derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, siempre y cuando no persigan únicamente el fin de perjudicar a otros.

2. Dentro de los *límites* del inciso precedente, *las partes pueden concluir contratos* que no estén sometidos a la *reglamentación del presente código*, en particular, mediante la *combinación de tipos legales diferentes* y la relación entre varios actos (artículo 2o. Autonomía contractual, del Anteproyecto de Código europeo de los contratos).²

II. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD CONTRACTUAL

Respecto a la fenomenología contractual, la doctrina³ distingue y contrapone claramente, el aspecto de la valoración jurídica frente al *fluir efectivo* de las actividades económico-sociales; la primera la identifica con la *tipicidad estática*, la segunda con la *tipicidad dinámica*, ésta casi como correctivo para compensar la rigidez de una tipificación operada por el legislador.

Existe, pues, por un lado, una *tipicidad legislativa*, cuya creación tampoco responde a una mente más o menos genial, sino a una suma de comportamientos sociales homogéneos, estigmatizada por las disposiciones legislativas, que devienen producto de la tradición, normalmente decantada a través de la práctica comercial; que tiene por base una esque-

² Nuestras las cursivas. En el mismo sentido los Principios de Derecho Europeo de los Contratos: artículo 1:102: Libertad contractual: 1) las partes son *libres* para *celebrar* un contrato y *establecer su contenido*, dentro del *respeto* de la buena fe y de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios. 2) Las partes pueden *excluir* la aplicación de cualesquiera de los presentes principios o derogar o modificar sus efectos, salvo que los principios hubieran establecido otra cosa.

Artículo 1:103: Normas imperativas: 1) Cuando el Derecho en otro caso aplicable lo permita, las partes pueden optar por regir su contrato conforme a los presentes principios, *excluyendo así la aplicación del Derecho imperativo nacional*. 2) No obstante, *deberán respetarse* las normas imperativas del Derecho nacional, supranacional o internacional que sean aplicables según las normas de Derecho internacional privado, con independencia de la normativa que rija el contrato.

Consagra también el principio de la autonomía de la voluntad la famosa Ley Modelo sobre Comercio Electrónico: “En la formación de un contrato, *de no convenir* las partes otra cosa, la oferta y la aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. *No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato* por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos” (artículo 11.1). Las cursivas nos incumben.

En ese mismo orden de ideas los artículos 81 CCo., 1839 del CCF; ambas leyes mexicanas; y el 1354 del CC peruano: “Las partes pueden determinar *libremente* el contenido del contrato, siempre que *no sea contrario* a la norma legal de carácter imperativo”.

³ Ferri, G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milán, 1996, p. 181.

matización establecida a través de calificaciones tecnico-legislativas, cuya individualización se realiza por obra de la legislación; y por otra parte, una tipicidad *social*, que tiene por fundamento las concepciones predominantes en la conciencia social de la época en los distintos sectores de la economía, de la industria, de la tecnología, y de la moral, cuya particularización se configura mediante la labor de la doctrina, la jurisprudencia o la costumbre.⁴

Esta misma doctrina distingue, a su vez, entre tipificación social *simple*, siempre que el contrato se rige por los usos, la jurisprudencia o la doctrina, y el contrato con tipificación social *reiterada*, si estas fuerzas tipificadoras ya lo han configurado cabalmente. De esta forma, resulta claro que el contrato atípico es una categoría impuesta por la realidad negocial, que evidentemente rebasa toda pretensión de regulación y sistematización exhaustiva. En efecto, sería irreal pensar que las partes al celebrar un contrato lo hacen conforme a los arquetipos legales. Lo normal es que modifiquen en mayor o menor medida dichos moldes predispuestos, unas ocasiones sin querer por desconocimiento de la ley y, otras, no menos frecuentes, con la expresa intención de apartarse de dichos paradigmas. He aquí una muestra más de que el contrato atípico reproduce en términos tangibles y muy peculiares, aquél fenómeno general con base en el cual el *ius scriptum* ha sido desfasado por el *ius vivens*. O como lo percibieron los romanos cuando expresaron: *natura conditum est ut plura sint negocia quam vocabula*.⁵

Pues bien, el problema que plantean los contratos atípicos es diverso y complejo, la brevedad del tiempo y espacio nos constriñe a referirnos sólo a dos aspectos del mismo: su legitimidad y la aplicación de las normas que han de regularlos.

⁴ Betti, “Teoría general del negocio jurídico”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1959, p. 153; *id.*, *Diritto romano I, Parte general*, Padua, 1935, §§ 54, 84 y 93; Grasseti, *L'interpretazione del negozio giuridico, con particolare riguardo ai contratti*, Padua, 1938, pp. 167 y 168.

⁵ “Está impuesto por la misma naturaleza de las cosas que haya más *negocios* que *palabras*” —en el sentido de esquemas o parámetros—.

Según los teóricos más destacados del librecambismo el orden jurídico que se consolida a través de la praxis sería directamente mejor que el ofrecido, más bien impuesto, por el legislador; *cf.* Von Hayek, F. A., *Law legislation and liberty*, Routledge & Reagan Paul, Londres, 1973-1979, trad. it., *Legge, legislazione e libertà (1973-79)*, Milán, 1986, pp. 48 y ss. y *passim*.

Antes de abordar dichos aspectos, pareceme muy oportuno proporcionar un concepto de contrato jurídico atípico; por tal podemos entender: todo acuerdo de voluntades, «cuya causa, reconocida y valorada socialmente en forma específica, conforme al propósito de las partes, alcanza relevancia jurídica por no contradecir los principios generales conforme a los cuales ha sido configurado por la doctrina», la jurisprudencia, o los usos.⁶

Después de lo ya expresado, creo que todos podemos admitir que la *legitimidad* de los contratos atípicos encuentra su fundamento en la función generadora de la voluntad, en su triple aspecto de principio de *consensualidad* de los contratos, o sea, aquél según el cual los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento (artículos 78, 80 y 86 del Código de Comercio [CCo.]; 1796, 1832, 1833 y 2232 del Código Civil Federal (CCF); 1.3 de los Principios de Unidroit; 2:101 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos; el principio de la *autonomía de la voluntad* y el principio de la *libre contratación* (artículos 372 del CCo.; 6, 1832, 1833 y 1839 del CCF; 1.1 de los Principios de Unidroit; 1:102 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos). No podemos olvidar otro axioma que también aquí tiene aplicación: “las obligaciones surgidas de los contratos tienen fuerza de *ley* entre las partes contratantes y deben cumplirse” (artículo 1091 del CC español y artículo 1602 del CC colombiano; el artículo 1134 del CC francés sentencia: *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que les ont faites*), postulado que, aunque no con esas mismas palabras, sí está regulado en nuestra ley civil y comercial (artículo 1796 CCF; artículo 81 CCo.).⁷ Aún más, reitero, el poder que tienen las partes para determinar el contenido del contrato, implica ciertamente, el poder de celebrar contratos *atípicos* (artículos 1858 y 1859 CCF), y esta facultad incluye poder li-

⁶ Castro Lucini, F., “Los negocios jurídicos atípicos”, *RDN*, España, julio-diciembre de 1974, pp. 7-34. Messineo lo entiende como “aquél para el cual la ley no ha dispuesto previamente una particular disciplina jurídica”(Doctrina generale del contratto, Milán, Giuffrè, 1948, cap. VII, núm. 1). Es decir, aquél que la ley no regula en relación con las obligaciones principales que se generan como efecto de su celebración, aunque tengan un nombre o estén tipificados.

⁷ En ese tenor el CC de Chile indica: “Todo contrato es una *ley* para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su *consentimiento* o por *causas legales*” (artículo 1545); las cursivas nuestras. Esta máxima está suscrita por nuestra Suprema Corte en “Contratos interpretación de los”; *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. CXVI, p. 325.

brememente determinar su contenido normativo *fuera* de los moldes legales.⁸

Por lo tanto, en nuestro régimen jurídico al igual que en las legislaciones extranjeras, los particulares pueden perfeccionar toda clase de contratos, *aunque no encuadren* en alguno de los tipos previstos y regulados por la ley. Para que esto sea factible sólo se requiere actuar dentro de los límites que fijan los artículos 8, 1796, 1832, 1839 y 1858 del CCF en relación con el artículo 81 del CCo., y sujetarse a las normas imperativas sobre capacidad, objeto, causa y excepcionalmente forma.⁹

De ahí que el contrato atípico al carecer de requisitos específicos de validez, se le aplican los generales de todo contrato, amén de que debe contar con una finalidad lícita que se presume en virtud de los principios generales que se regulan en los (artículos 2224-2242 CCF).

Si ello es así, es decir, si está reconocida legalmente la autonomía privada, entonces, ¿qué valor tiene la previsión normativa de los tipos contractuales? El proceso de *tipificación* debe entenderse no como una limitación a la autonomía privada, sino como un respaldo a la libertad contractual, como referente puntual de inmediata utilidad para la disciplina normativa de una determinada relación jurídica. La *previsión legislativa* de los tipos contractuales desarrolla un cometido de *integración* de la voluntad de las partes (artículo 1796 CCF), no tanto para garantizar una regulación unívoca y constante de las relaciones económicas o para satisfacer una exigencia de certeza jurídica, sino más bien para *suplir* las normales y difusas carencias de los particulares al expresar y concordar

⁸ El artículo 425 del CC brasileño, expresamente dice: “Es lícito a las partes estipular contratos *atípicos*, observadas las normas generales fijadas en este Código”. Y el 405 del CC portugués de 1966, después de establecer el principio de la libertad contractual expresando que “dentro de los límites de la ley, las partes tienen la facultad de fijar libremente el contenido de los contratos, celebrar contratos *diferentes de los previstos en este Código*, o incluir en éstos las cláusulas que deseen”, añade: “las partes aun pueden reunir en el mismo contrato reglas de dos o más negocios jurídicos, total o parcialmente *reglados* en la ley”. Lo resaltado nos compete. Por otra parte, el principio de la autonomía de la voluntad se secciona en tres aspectos: i) como poder de autorregulación de intereses; ii) como poder de libre discusión de las condiciones del contrato, y iii) como poder de escoger libremente el tipo de contrato que conviene a sus intereses; Masnatta, *El contrato típico*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1961, p. 13; Alterini y López, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1989, p. 36.

⁹ *Cfr. supra*, nota 1.

un completo reglamento de intereses en el momento en que intentan celebrar un determinado negocio.

Entonces, el *tipo legal* corresponde —o intenta corresponder— a una observancia de *aquello que con mayor frecuencia sucede* en el mundo de los contratos, particularmente comerciales, sin pretensión alguna de contener en sí la síntesis de los intereses socialmente útiles. El derecho no tutela el mero arbitrio de la voluntad, el capricho individual, sino *las funciones* que son *socialmente relevantes y útiles* para la comunidad que rige y en que se desarrolla.¹⁰ Esa realidad social a la que se vincula el mundo jurídico se eleva, a través del fenómeno de la *tipificación*, a la categoría jurídica. Dicha sustantividad social, comúnmente es una determinada conducta, un *acuerdo de voluntades*.¹¹

La tipificación legal de los contratos no es otra cosa, sino la tipificación de sus efectos, aun si éstos ya tipificados aparecen vinculados a asuntos económicos legalmente definidos.¹²

Ahora bien, la categoría de los contratos atípicos es una *ultima o extrema ratio*: en cierto sentido, es una categoría negativa. Tiene que carecer de al menos uno de los *essentialia negotii* de un determinado tipo o esquema legal para que pueda decirse que se está ante un contrato atípico.¹³

Respecto a la *causa*, la distinción entre contrato típico y atípico surge por cuanto en el primero la causa recibe el reconocimiento *directo* de la ley (se trata de la causa en sentido objetivo *formal*);¹⁴ mientras que en el segundo, dicho registro es *indirecto*, doblemente subordinado al respeto de los límites impuestos por la ley y a que el contrato se destine a realizar intereses dignos de tutela según el ordenamiento jurídico, condicionamiento este último, que aun cuando no esté explícito en el CCF se

¹⁰ Betti, *op. cit.*, nota 4, pp. 52 y 53. Lo resaltado es nuestro.

¹¹ Gete Alonso, M. C., *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 13.

¹² Majello, “I problema di legittimità e di disciplina dei negozi atipici”, *R.D.C.*, XXXIII, 5, núm. 1, septiembre-octubre de 1987.

¹³ Véase Gennaro, de, *I contratti misti*, Padua, 1934, p. 3; Grassetti, “Deposito a scopo di garanzia e negozio fiduciario”, *R. D. C.*, 1941, p. 97.

¹⁴ Según Grassetti (*Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, Milán, 1936, p. 34) hay negocio típico cuando existen conjuntamente dos causas: la causa en sentido *material* (equivalente al propósito o intento de las partes, indispensable a todo negocio) y la causa en sentido objetivo *formal* (clichés o esquema legal del negocio).

puede inferir de varios de sus preceptos: 1796, 1827, 1830 *contrario sensu*, 1831 y 1832. De ahí que si la causa responde a dichos requerimientos, entonces, el contrato atípico está dotado de acción y puede hacerse valer en juicio, al igual que el típico, y ello debido a que está provisto de una causa en sentido objetivo *material*, que no está establecida en la ley.¹⁵

III. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS CONTRATOS ATÍPICOS

La distinción entre contrato típico y atípico,¹⁶ ciertamente, es relativa, puesto que no hay contrato alguno cuya tipicidad sea tan completa que su contenido jamás dé pie a problema alguno, y viceversa, tampoco existen contratos tan perfectamente atípicos que nunca necesiten de normas contractuales preestablecidas. En todo caso, es oportuno distinguir entre el contrato propia y *puramente atípico* (atípico *stricto sensu*), que no se ajusta a los tipos legales predeterminados, o bien, aquél que no obstante recibir un nombre en la ley, carece de una normación individualizada, a menos que la mención del contrato se haga por la ley en tal lugar que se pueda inducir mediante remisión la disciplina jurídica aplicable; y el *atípico impuro o mixto* (atípico *lato sensu*) conformado por una amalgama de elementos pertenecientes a dos o más contratos típicos.

En la hipótesis primera hay que revisar si es suficiente la reglamentación que las partes dieron al contrato (artículos 1832 y 1839 CCF). Si los contratantes se ciñeron a los requisitos sustanciales de la contratación (artículos 1794, 1824 y 1839 CCF), pero también si regularon su contenido y previeron sus efectos, entonces, la atipicidad del contrato no generará problema alguno.

¹⁵ Algunos artículos del CCF que se refieren a la causa son: 1304, 1795 fracción III, 1813, 1816, 1831, 2098, 2225 y 2769. El condicionamiento al que hemos hecho referencia aparece claramente en el artículo 1322 § 2, del CC italiano de 1942.

¹⁶ Dattilo, G. (“Tipicità e realtà nel diritto dei contratti”, *R. D. C.*, Italia, XXX, núm. 6, noviembre-diciembre de 1984, p. 774) señala que la dicotomía contrato nominado-innominado aparece sustituida, en el actual lenguaje legislativo, por la de típico-atípico. Con esta fórmula (contrato típico/atípico) se quiere evidenciar el carácter de normalidad o anormalidad que implican respectivamente, las dos contrapuestas categorías contractuales; ambas expresan un juicio de valor o más precisamente una apreciación positiva el primero y una valoración negativa el otro; *cf.* Costanza M., *Il contratto atipico*, Milán, Giuffrè, 1981, p. 8.

La incógnita surge cuando los contratantes han sido omisos en determinados aspectos del contrato, ¿cómo colmar dichas lagunas?, y, ¿cómo interpretar dichos contratos a falta de preceptos específicos que los regulen e integren? El artículo 1858 del CCF al proporcionarnos una respuesta nos indica un orden jerárquico de aplicación supletoria. Posiblemente, dicho precepto sufrió cierta influencia del artículo 1107 del Código Civil napoleónico y del 1103 de su homólogo italiano de 1865; aunque el artículo 1858 resultó más completo, ya que mientras ambos sujetan los contratos atípicos a las reglas generales de los contratos, el nuestro, en cambio, agrega *la voluntad de las partes* (elemento relevante que aquí ya atendimos) y *las disposiciones particulares a cada contrato, aplicables por analogía*.

No satisfechos con lo establecido por el legislador indagamos en los criterios jurisprudenciales con la esperanza de que explicitaran lo preceptuado en el artículo 1858 del CCF. Desafortunadamente, nuestros tribunales no se han pronunciado al respecto. Ello nos motivó para sugerir una propuesta.

Desde nuestro punto de vista, en los contratos atípicos —con tipicidad social— la aplicación supletoria *posterior a la autorregulación de intereses* libremente escogida por las partes (pues el contrato es ley para ambas), respetando las *normas generales de carácter imperativo*¹⁷ (artículos 6, 8, 1795 fracción IIII, 1830, 1831 del CCF, entre otros) ha de seguir este orden de precedencia:

1. Las *normas o criterios* establecidos por los *usos* del tráfico de los negocios y *costumbres* del lugar de la celebración del contrato (artículos 333; 393, fracción III, párrafo 4o. del CCo.; 1796, 1856 del CCF), y en defecto de ellos los *criterios* sentados por la jurisprudencia o por la doctrina científica;¹⁸

¹⁷ Este parecer es avalado por nuestros tribunales en “Contratos”, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XVI, p. 817.

¹⁸ Al respecto, señalan los Principios de Derecho Europeo de los Contratos en el artículo 1:105: Usos y prácticas:

1) Las partes quedan sujetas a los *usos* que hayan aceptado y a las *prácticas* entre ellas establecidas.

2) Quedan asimismo sujetas a todo *uso* que cualquier persona en la misma situación consideraría generalmente aplicable, salvo aquellos casos en los que su aplicación no fuera *razonable*.

2. Las *normas* regulatorias de los contratos *afines* (análogos) en cuanto sean compatibles con la finalidad del contrato¹⁹ (artículo 74, fracción XXV del CCo.);

3. Las *normas* supletorias *generales* de los *contratos y las obligaciones* (artículos 81 del CCo.; 1792-1859 del CCF);²⁰

4. Los *principios generales del derecho* (artículo 14, párrafo 3o., *in fine* de la Constitución), particularmente, los que se refieren a la contratación *privada* (principios de normatividad, de economicidad del contrato, etcétera) y dentro de éstos, los *principios especiales de la contratación mercantil* (principios de solidaridad de las obligaciones, de onerosidad, de lealtad negocial, etcétera), los cuales conceden un amplio margen al criterio del juez. En tratándose de contratos mercantiles atípicos se aplican, primeramente, los principios de la contratación *comercial* y luego, los de la contratación *privada*.

Desde luego, todo ello ha de sustentarse en el poder creador de la prudencia jurídica, en las circunstancias del caso y, muy particularmente, en el fin económico del contrato y en los legítimos intereses de los contratantes.²¹

Los Principios de Unidroit declaran al respecto: Artículo 1.8 (Usos y prácticas): 1. Las partes están obligadas por cualquier uso en cuya aplicación hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

2. *Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado* en el tráfico mercantil de que trate por sujetos participantes en dicho tráfico, *a menos* que la aplicación de dicho uso no sea *razonable*. Cursivas fuera de texto. La Suprema Corte ha sostenido que “es perfectamente legal y jurídico buscar esa interpretación en las *reglas de la doctrina*; *cfr. Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XLV, p. 5845.

¹⁹ El artículo 3o. del Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos ha señalado que: 2. Las reglas relativas a los contratos que tienen una denominación propia en el presente código se aplican por analogía a los contratos innominados. Véase al respecto este criterio suscrito por la Corte mexicana en “Contratos innominados”, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XXVII, p. 500.

²⁰ El Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos estableció: artículo 3o. Reglas generales y particulares aplicables a los contratos. 1. Los contratos, *tengan una denominación propia en el presente código, o no la tengan, quedan sometidos a las reglas generales* de este libro.

²¹ El artículo 6 del CC español implica la *prudentia iuris*; *cfr.* Castán Tobeñas, *Derecho civil español común y foral*, 6a. ed., Madrid, Reus, 1943-1944, t. III, p. 404; Ennecerus, *Tratado de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1935, t. II, vol. II, p. 6.

IV. EL CONTRATO DE PATROCINIO. BOSQUEJO HISTÓRICO

En realidad, este fenómeno siempre ha existido en la práctica, tanto que una teoría muy sugestiva y audaz lo ha ubicado operante en la *Ilíada*, donde el catálogo interminable de las naves que se encuentra en el libro II, (vers. 485-768) habría sido incrustado por el autor para satisfacer a los patrocinadores (espónsor-financiadores) de la obra, los cuales eran precisamente constructores de naves.

Otra opinión indica que este contrato se suele desprender del mecenazgo, el cual surge hacia el año 70 a.C., cuyo 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. Cabe destacar aquí el año 1492, fecha del descubrimiento de América, como uno de los acontecimientos que la doctrina estudiosa de la esponsorización suele tomar como punto de partida o como un evento de mecenazgo no exento de dosis de esponsorización.

En efecto, los reyes Católicos, particularmente 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.

En este sentido, el Informe Tummers elaborado por el Consejo de Europa sobre la economía de la cultura indica que el patrocinio es “una forma de mecenazgo moderna y adaptada a las estructuras económicas de hoy”, lo cual es lo mismo que afirmar que con el mecenazgo no se persigue la finalidad publicitaria que, sin embargo, se busca en el contrato de esponsorización.

En los Estados Unidos de América la figura del *sponsor* nace simultáneamente con el desarrollo y la difusión de los *mass media*.

V. EL PATROCINIO COMO INSTRUMENTO DE COMUNICACIÓN EMPRESARIAL

Desde hace unos años venimos asistiendo a una verdadera revolución publicitaria que progresivamente ha ido permeando 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 tradicionales como, por ejemplo, las que rodean los campos de fútbol. Otras, en las camisetas, pantaloncillos, calcetas, maletines de los jugadores o en el material que se utiliza en el torneo, de manera que el mensaje publicitario *forma prácticamente parte del paisaje*.

En el Mundial de Francia 1994, por ejemplo, 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. Por su parte, Tiger Woods, de veintitrés años, firmó con Nike por 100 millones de dólares, un contrato cuya duración es de cinco años. Mientras que el contrato de Audi con el Club alemán Bayern Munich —vigente desde el 1o. de junio de 2002 hasta el 30 de junio de 2008—, mediante el cual la firma automovilística suministrará 50 automóviles para los jugadores y la directiva, además de 5 millones de euros, por derechos publicitarios de cada temporada.

Estamos ante un fenómeno socioeconómico que en los últimos años está teniendo una gran importancia, la cual es debida a factores diversos, tales como la escasez de recursos públicos así como el interés que para el patrocinador representa el que la sociedad le reconozca su labor de promotor y auspiciador de determinadas actividades de interés general; reconociendo que el patrocinio se mide en publicidad.

VI. CONCEPTO DE PATROCINIO

Si se preguntara a alguien ajeno al mundo jurídico qué es el patrocinio, probablemente aventuraría una definición bastante simple, pero, a la vez, coincidente con su acepción técnica y nos diría que patrocinar 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 la gente se entere de su proceder.

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, etcétera, 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”.²²

Así que el patrocinio es un contrato atípico, mediante el cual una parte, llamado patrocinador (*espónsor*), se obliga a una prestación pecuniaria o a la entrega de cosas fungibles frente a otra parte, llamada patrocinado (*esponsorizado*), el cual se obliga a divulgar el nombre o la marca del patrocinador en varias manifestaciones de su actividad (deportiva, cultural, etcétera), o a veces también a modificar la propia denominación o razón social asumiendo la del patrocinador.

Este contrato se pacta en distintas formas que reducidas a cinco figuras presentan características homogéneas que podemos peculiarizar en el sector de los deportes, por ser el ejemplo más fértil en donde con mayor frecuencia se aplica este tipo de acuerdo contractual: patrocinio de un club; patrocinio de un deportista en particular; patrocinio de una manifestación (deportiva, radiotelevisiva, cultural, etcétera); patrocinio de una federación deportiva, y patrocinio asociado.

¿Cuáles son las *peculiaridades* de esta forma de comunicación?

1. La duración, frecuencia y aun intensidad del mensaje no dependen directamente del patrocinador, sino exclusivamente de las alternativas propias del evento deportivo o cultural patrocinado.
2. El contenido del mensaje es extremadamente concentrado. Usualmente se limita a la marca, un logo o denominación de la empresa.
3. *El control del mensaje por el patrocinador es más limitado* que la publicidad tradicional.
4. *La potencialidad de atraer la atención del público es más elevada* que la de la publicidad tradicional.

²² *Dizionario enciclopedico del diritto*, Cedam, Padua, 1996, vol. II, p. 1534. La Cámara de Comercio Internacional en su código sobre las esponsorizaciones entiende por tal « *toda comunicación mediante la cual un espónsor [o patrocinador] entrega contractualmente un financiamiento o cualquier otro apoyo a fin de asociar positivamente su imagen, identidad, marcas, productos o servicios a un evento, actividad, organización o a una persona esponsorizada [o patrocinada]* ». La traducción es nuestra.

5. No existe una directa identificabilidad de la fuente del mensaje.

VII. NATURALEZA JURÍDICA

El contrato de patrocinio no encuentra, por su novedad, una disciplina normativa específica en nuestros códigos vigentes ni un tratamiento singular en nuestra doctrina.

Los agentes económicos han pactado a lo largo de los últimos años, este tipo de acuerdos, pero frecuentemente sin conciencia —al igual que las personas que han recibido el patrocinio— de que se trata de una nueva modalidad contractual distinta a la clásica de la inserción publicitaria. El patrocinio deviene un instrumento de *communication mix*, cuyo fin consiste en persuadir al público respecto de la venta de productos o servicios. Su característica original es la de involucrar la personalidad de los contratantes.

En la práctica comercial las partes hacen uso del término espónsor sin percatarse que se trata de un negocio de patrocinio, y califican al contrato ya sea como un común contrato 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 en un espectáculo, sin advertir que el propio sujeto patrocinado ha realizado, como contraprestación, un retorno publicitario en favor del patrocinador.

Respecto a este punto, la interrogante que se plantea es si este contrato tiene perfil propio o si ha de subsumirse en la fisonomía de otro u otros tipos contractuales. La doctrina controvierte si se trata de un contrato de prestación de servicios, de publicidad, de difusión, de creación publicitaria, atípico puro o contrato complejo.

Se ha indagado también si tiene analogía con los contratos de sociedad y de arrendamiento de obras o de servicios.

Los italianos por su parte, opinan que se trata de un contrato de *inserzione pubblicitaria, di appalto, di somministrazione o di contratto atipico oneroso a prestazioni corrispettive*.

En la legislación comparada, encontramos que en España mediante la Ley General de Publicidad sólo da nombre y concepto a este contrato 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, mas no de los atípicos.

Este dato puramente fáctico, junto con otros, ha permitido a la doctrina afirmar que el contrato de patrocinio presenta una *fuerte tipicidad social*, ya que cuando se afirma tal situación 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.

La opiniones vertidas tienden a compartir la tendencia predominante que califica el contrato de patrocinio publicitario como un contrato marco, patrimonial, no solemne, innominado, atípico, conmutativo, causal, *intuitu personae*, bilateral con provechos y gravámenes recíprocos, cuya causa se individualiza en la utilización directa o indirecta con fines publicitarios de la actividad, nombre e imagen de otro a cambio de una contraprestación que puede consistir en un financiamiento pecuniario o mediante el suministro de material u otros bienes. La legitimación de tal pacto se fundamenta, precisamente, en el artículo 1858 del CCF, al cual ya hicimos referencia. Ciertamente, gracias a este precepto las nuevas figuras contractuales como el patrocinio publicitario encuentran reconocimiento jurídico en nuestro país.