

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

El Ambush Marketing: ¿Una Práctica de Competencia Desleal?

Andrea Nathaly Muñoz Saritama

Sophia F. Espinosa Coloma, JSD., Directora

Trabajo de titulación como requisito para la obtención del título de abogada

Quito, diciembre del 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

"El Ambush Marketing: ¿Una Práctica de Competencia Desleal?"

Andrea Nathaly Muñoz Saritama



Hugo García, LL.M.
Presidente del tribunal

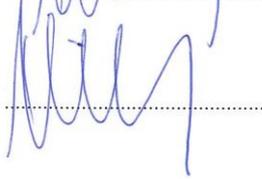
Mario Navarrete, LL.M.
Informante del ensayo jurídico



Sophia Espinosa, J.S.D
Directora del ensayo jurídico



Dr. Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, diciembre del 2015

TESINA/TITULO: **El Ambush Marketing: ¿Una Práctica de Competencia Desleal?**

ALUMNO: Andrea Muñoz Saritama

E VALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

La regulación sobre Competencia Desleal es un tema que ha sido abordado desde hace algún tiempo por nuestra normativa, en especial dentro del enfoque de la propiedad intelectual. No obstante, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, esta área del derecho toma fuerza. De esta manera, la normativa de competencia pasa a ser un régimen de ordenación que promueve en general la transparencia y buenas prácticas del mercado, identificándose ciertas conductas que podrían caer dentro del espectro de la deslealtad por parte de los operadores económicos. Por tanto, todo estudio que coadyuve a profundizar el conocimiento de esta área del derecho es relevante. En este caso, la estudiante realiza un análisis sobre la práctica publicitaria del marketing de emboscada o Ambush Marketing, estableciendo guías para su análisis y tratamiento.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis planteada por la estudiante es que "únicamente ciertas prácticas de marketing de emboscada pueden ser objeto de sanción al constituir actos de competencia desleal." Esta hipótesis es sin duda trascendental porque permite quitar los estereotipos sobre esta práctica, evidenciando que en ciertas circunstancias puede constituir una forma creativa de promocionar un producto o servicio. De ahí, que sea fundamental tanto para la autoridad de control como para los operadores económicos, contar con un estudio de este tipo que proponga parámetros de cómo tiene que ser analizada la práctica en función del mercado concurrencial.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

El material empleado es suficiente y pertinente. Es importante resaltar que la estudiante ha realizado una exhaustiva investigación en lo referente a doctrina y *papers* de *Journals* importantes en esta área. Asimismo, el análisis de casos jurisprudenciales se ha realizado con base en sentencias y no artículos que se refieren a éstas, lo que es meritorio ya que muchas de estas corresponden a USA. Por tanto, la estudiante ha utilizado doctrina y jurisprudencia relevante. Se ha realizado un análisis de casos y jurisprudencias que evidencian con claridad el punto en discusión. Por tanto, el trabajo constituye un aporte para el Derecho de la Competencia Desleal.

- d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada). El contenido argumentativo de la investigación es relevante y de calidad. Se tratan los puntos de interés principales además de realizar un análisis de casos y jurisprudencias adecuado. La estudiante realiza un profundo análisis sobre el Ambush Marketing, permitiendo identificar cuándo esta práctica afecta al mercado concurrencial y cuándo constituye una innovadora forma de promocionar productos o servicios. Por tanto, este estudio constituye un aporte tanto para autoridades de control como para operadores económicos.

FIRMA DIRECTOR:


Sophia Espinosa Coloma, J.S.D.

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Andrea Nathaly Muñoz Saritama

Código: 00104153

C. I.: 1103777841

Fecha: Quito, diciembre de 2015

A mi madre, mi eterna compañera e inagotable fuente de amor.

A mi padre, mi mayor ejemplo de dedicación y excelencia.

A mi hermano, por ser esa persona especial.

A mis tíos, por enseñarme el valor de la familia.

*Agradezco a Sophia Espinosa por ser además de una gran directora una amiga,
A mis profesores, especialmente a Carlos Alberto Arroyo del Río por su ayuda
brindada en la realización del presente trabajo,
A Andrea, Carolina, María Cristina, María Clara y Martina, por hacer de Quito mi
segundo hogar.*

RESUMEN

El presente trabajo, tiene como finalidad, determinar bajo qué circunstancias las prácticas de *ambush marketing* pueden ser objeto de sanción al afectar al mercado concurrencial. En primer lugar, se analizan los conceptos principales alrededor de este fenómeno. A continuación, a partir del estudio de la noción de competencia desleal, se definen los actos que tienen relación directa con el marketing de emboscada. En tercer lugar, se analizan dichos actos y se examinan los escenarios en los que podría o no existir una práctica de competencia desleal a través del *ambush marketing*. Este es un análisis práctico de ambos conceptos mencionados, con el propósito de que este, además de ser una guía para identificar casos de *ambush marketing* para la autoridad, constituya un aporte al desarrollo de los operadores económicos, quienes a partir de dicha identificación, tendrán la oportunidad de diseñar sus ideas publicitarias sin infringir normas de competencia desleal.

ABSTRACT

The present study seeks to determine under which circumstances ambush marketing practices can be object of a sanction as they may affect the development of the market. Firstly, the main concepts that define this phenomenon will be defined. Next, from the analysis of the notion of unfair competition, the acts that have direct relation with ambush marketing are defined. Thirdly, these acts are examined in order to determine the different scenarios in which there may exist (or not) unfair competition through ambush marketing. This is a practical analysis of both concepts mentioned, with two core purposes: being a guide for the authority in the quest of identifying ambush marketing cases, as well as being a contribution for the economic operators, which, through the same identification, will have the opportunity of developing their advertising ideas without violating unfair competition law.

TABLA DE CONTENIDO

<u>INTRODUCCIÓN</u>	12
<u>1 CAPÍTULO I: CONTRATO DE PATROCINIO PUBLICITARIO Y AMBUSH MARKETING: NOCIONES GENERALES</u>	15
1.1 CONTRATO DE PATROCINIO PUBLICITARIO	15
1.1.1 DEFINICIÓN DE PATROCINIO	16
1.1.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE PATROCINIO	18
1.1.3 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE PATROCINIO	20
1.2 AMBUSH MARKETING: NOCIONES GENERALES	22
1.2.1 MARKETING DE GUERRILLA	22
1.2.2 ORIGEN Y CONCEPTUALIZACIÓN DEL AMBUSH MARKETING	28
1.2.3 ESTRATEGIAS DE AMBUSH MARKETING	33
<u>2 CAPÍTULO II: DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL: NOCIONES GENERALES</u>	49
2.1 ORIGEN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL	49
2.2 ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN ECUADOR	51
2.3 COMPETENCIA DESLEAL: NOCIONES GENERALES	55
2.3.1 MODELOS DE COMPETENCIA DESLEAL	55
2.3.2 CONCEPTOS DE COMPETENCIA DESLEAL	56
2.4 CLÁUSULA GENERAL DE COMPETENCIA DESLEAL	63
2.5 ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL	65
2.5.1 CLASIFICACIÓN DE HEFERMEHL	66
2.5.2 CLASIFICACIÓN DE GHIDINI	66
2.5.3 CLASIFICACIÓN DE EMMERICH	67
2.5.4 ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA NORMATIVA ECUATORIANA	67
<u>3 CAPÍTULO III: EL AMBUSH MARKETING: ¿UNA PRÁCTICA DE COMPETENCIA DESLEAL?</u>	80
3.1 ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL QUE SE PUEDEN VERIFICAR EN LAS PRÁCTICAS DE AMBUSH MARKETING	80
3.1.1 ACTOS DE ENGAÑO	80
3.1.2 ACTOS DE CONFUSIÓN	84

	11
3.1.3 ACTOS DE APROVECHAMIENTO DE LA REPUTACIÓN AJENA	87
3.2 ANÁLISIS DE CASOS DE AMBUSH MARKETING	94
3.2.1 NATIONAL FOOTBALL LEAGUE VS GOVERNOR OF THE STATE OF DELAWARE	94
3.2.2 NATIONAL HOCKEY LEAGUE (NHL) vs. PEPSI-COLA CANADA LTD	99
3.2.3 NEW ZEALAND OLYMPIC AND COMMONWEALTH GAMES ASSOCIATION INC V. TELECOM NEW ZEALAND LIMITED	104
<u>4 CONCLUSIONES</u>	<u>110</u>
<u>5 BIBLIOGRAFÍA</u>	<u>117</u>

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el marketing constituye una de las herramientas más importantes para que una empresa logre posesionarse en el mercado en tanto que permite determinar las necesidades, deseos del consumidor y cómo satisfacerlos. En este sentido, son distintas las estrategias de marketing que pueden ser implementadas por las empresas para la consecución de sus objetivos, algunas consideradas convencionales y otras que se apartan un tanto de los postulados tradicionales y conllevan el desarrollo de nuevas estrategias. Es así que, frente al marketing tradicional surge el marketing de guerrilla, como un tipo de marketing agresivo que apela a la imaginación e ingenio humano para la realización del material publicitario a la vez que se fundamenta en el comportamiento del consumidor.

Gracias a los logros obtenidos a partir de la ejecución de estrategias de marketing de guerrilla, es cada vez mayor el número de empresas que basan su campaña publicitaria en este tipo de marketing. Entre una de las herramientas desarrolladas a partir de los postulados del marketing de guerrilla se destaca el *ambush marketing*, estrategia enfocada en reducir los costos de publicidad a favor de un agente económico. Así, el marketing de emboscada implica la realización de material publicitario en torno a un evento, que al aprovechar de la difusión y reconocimiento de estos espectáculos sin contribuir con su realización, permite disminuir los costos destinados a publicidad.

Son distintas las prácticas de *ambush marketing* que han permitido a los agentes económicos beneficiarse de un evento determinado; de ahí que, sea cada vez mayor el número de empresas que prefieran basar su publicidad en una estrategia de marketing de emboscada que incurrir en los costos elevados que involucra un contrato de patrocinio. No obstante, dado que el *ambush marketing* implica un comportamiento parasitario, desde sus inicios se han planteado dudas respecto a su legitimidad. Es así que, debido a la carga ética y moral implícita en estas prácticas, el marketing de emboscada ha sido catalogada por la doctrina como un área gris del derecho que genera cierta disquisición en lo que respecta a su posible sanción.

Así, por un lado tenemos a los organizadores, quienes al incurrir en grandes costos (de tiempo y dinero) en la realización de un evento, consideran que las prácticas de *ambush marketing* interfieren con sus intereses y los de sus patrocinadores, ya que son estos últimos los legitimados para realizar publicidad referente a un evento al haber adquirido legalmente los derechos para hacerlo. Por otro lado, entran en juego los intereses de los agentes económicos quienes pretenden publicitar su producto o servicio de una forma creativa en torno a un evento social.

Entendida así la problemática que plantea el tema en cuestión, la hipótesis que se pretende corroborar con la presente investigación es que únicamente ciertas prácticas de marketing de emboscada pueden ser objeto de sanción al constituir actos de competencia desleal. De ahí que, sea necesario un estudio de la figura a fin de definir las circunstancias bajo las cuales una práctica de *ambush marketing* podrá ser catalogada como desleal al afectar el mercado concurrencial.

Para tal efecto, el presente trabajo ha sido estructurado en tres capítulos. En el primero, se hará un breve estudio del contrato de patrocinio: concepto, naturaleza jurídica y características principales. Posteriormente, a fin de entrar a analizar el *ambush marketing*, se hará referencia al marketing de guerrilla, su concepto y herramientas principales. Así, una vez contextualizado el marketing de emboscada, se procederá a su estudio: origen, conceptualización y análisis de las principales estrategias de marketing de emboscada.

El segundo capítulo se centrará en el Derecho de la Competencia Desleal: su origen y evolución a nivel internacional y nacional, su diversas acepciones, los distintos modelos existentes y los requisitos para que se configure un acto desleal. Una vez entendidas estas nociones generales, se procederá a analizar los actos de competencia desleal, sus diferentes clasificaciones y su recepción en la normativa ecuatoriana, realizándose un estudio detallado de aquellos actos desleales que se relacionan directamente con el *ambush marketing*.

Finalmente, en el tercer capítulo se tomarán los diferentes elementos analizados en los capítulos anteriores, para poder determinar qué circunstancias han de tener que verificarse para que una práctica de marketing de emboscada sea considerada como desleal y, por ende objeto de sanción. Por último, se realizará un análisis de la casuística

más relevante en el desarrollo del ambush marketing, lo cual permitirá analizar de forma práctica la posibilidad de que una práctica de marketing de emboscada deba o no ser sancionada.

1 CAPÍTULO I: CONTRATO DE PATROCINIO PUBLICITARIO Y AMBUSH MARKETING: NOCIONES GENERALES

En este primer capítulo se pretende dilucidar algunos de los conceptos esenciales para la comprensión de la temática a tratarse. En este sentido, se empezará por estudiar el contrato de patrocinio publicitario y el marketing de guerrilla, todo lo cual constituye la antesala para comprender el fenómeno objeto de la presente investigación: el *ambush marketing*. Así, una vez contextualizada esta herramienta de marketing, se procederá a un análisis detallado de su origen, conceptualización y estudio de las diferentes prácticas de marketing de emboscada empleadas por los agentes económicos.

1.1 CONTRATO DE PATROCINIO PUBLICITARIO

Es menester empezar por un breve análisis del contrato de patrocinio publicitario pues este constituye la base para el desarrollo del *ambush marketing*, objeto de la presente investigación. Es así que, se procederá a conceptualizar el contrato en mención, detallar sus características y exponer el régimen jurídico aplicable al mismo. Así, una vez entendidas ciertas nociones generales atinentes al patrocinio será pertinente continuar con el análisis del marketing de emboscada.

El patrocinio comercial ha experimentado cambios a lo largo del tiempo, siendo su transformación de una actividad de pequeña escala a una emprendida por la gran industria global uno de los desarrollos más evidentes de la misma¹. Es así que, si bien las empresas gozan de una amplia gama de herramientas de promoción de su mensaje publicitario, aquellas encuentran cierta dificultad para llamar la atención y llegar al público consumidor. De ahí que, el patrocinio al presentarse como una nueva opción para la difusión de información publicitaria, se haya consolidado como una herramienta de promoción ampliamente aceptada tanto por los consumidores como por las empresas².

¹ Tony Meenaghan. "Current developments & future directions in sponsorship". *International Journal of Advertising: The Review of Marketing Communications*, Vol. 17 (1998), p. 1.

² Gerd Nufer y André Bühler. "How effective is the sponsorship of global sports events? A comparison of the FIFA World Cups in 2006 and 1998". *International Journal of Sports Marketing & Sponsorship* (2010), p. 303.

En la actualidad, el patrocinio es una de las herramientas que hacen más atractivo el marketing global ya que tiene la capacidad de trascender las lenguas y las barreras culturales³. Así, gracias a este medio las empresas pueden lograr ciertos objetivos como: “improving goodwill, enhancing image, increasing awareness, improving profitability, management interest and staff recruitment (...)”⁴. De igual forma, el celebrarse un contrato de patrocinio se puede crear valor emocional a favor de una marca lo que conlleva a que una empresa se consolide y abra sus puertas al mercado mundial⁵.

En este sentido, como bien lo destacan los autores Nufer y Bühler, las empresas optan por el patrocinio para la consecución de objetivos económicos y psicológicos. Los objetivos de carácter económico tienen un impacto positivo en los aspectos financieros monetarios, como por ejemplo ganancias, aumento de la cifra de negocios, entre otros. Esto, sólo se puede lograr por medio de objetivos psicológicos, tales como el aumento de los niveles de conciencia en el consumidor respecto de la marca publicitada, mejora de la imagen e incremento en la motivación del público para adquirir el producto o servicio⁶.

Son todos estos resultados lo que motiva a que un gran número de multinacionales y empresas opten por esta figura sin importar las cuantiosas sumas que se deben pagar por derechos de asociación con un evento o en la contratación de una persona natural para la realización de material publicitario. Esto, ya que generalmente los beneficios obtenidos superan la inversión o, al menos, son proporcionales a la misma.

1.1.1 Definición de Patrocinio

El patrocinio ha sido un concepto sujeto a distintas definiciones, es así que hay quienes prefieren definirlo como una forma de comunicación, mientras que otros lo

³ Tony Meenaghan. “Ambush Marketing –A Threat to Corporate Sponsorship-”. *MIT Sloan Management Review* (1996), p. 1.

⁴ Bettina Cornwell e Isabelle Maignan. “An International Review of Sponsorship Research”. *Journal of Advertising*, Vol. 27 (1998), p. 12.

⁵ Pedro Labariega. *El Patrocinio Publicitario: Una Nobel Figura Contractual, Una Nueva Forma de Comunicar, Una Modalidad de la Estrategia de Marketing*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2722/13.pdf> (acceso: 07/07/2015).

⁶ Gerd Nufer y André Bühler. “How effective is the sponsorship of global sports events? A comparison of the FIFA World Cups in 2006 and 1998”. *Óp. cit*, p. 305.

identifican como una herramienta empleada para financiar una actividad⁷. Por ejemplo, para el autor Meenaghan: “(...) sponsorship can be regarded as the provision of assistance either financial or in-kind to an activity by a commercial organization for the purpose of achieving commercial objectives”⁸. Siguiendo la misma línea de pensamiento, Gardner y Shuman destacan que: “sponsorship may be defined as investments in causes or events to support corporate objectives (for example, by enhancing corporate image) or marketing objectives (such as increasing brand awareness)”⁹. De igual forma, conforme al IEG (*Independent Evaluation Group*), el patrocinio implica un pago –generalmente a un evento deportivo o de entretenimiento- a cambio de acceso al potencial comercial explotable asociado a esa propiedad¹⁰. En el mismo sentido, la autora Sandra Echeverry destaca que:

El contrato de patrocinio consiste en un acuerdo de voluntades entre el sujeto patrocinador y el sujeto patrocinado, quienes consienten en obligarse, el primero a efectuar un beneficio de naturaleza patrimonial en dinero o en especie a favor del segundo a cambio de la realización de una actividad de naturaleza publicitaria a cargo del patrocinado en un evento concreto o durante un tiempo determinado¹¹.

Por otro lado, hay autores que prefieren destacar el elemento comunicativo del patrocinio. Así, Cornwell establece que “sponsorship is the orchestration and implementation of marketing activities for the purpose of building and communicating an association to a sponsorship”¹². Siguiendo la misma línea argumentativa, el autor Otker señala que el término *sponsorship* no sólo se refiere a la asociación entre el patrocinador y el patrocinado, sino que incluye también todos los esfuerzos comunicativos realizados por el patrocinador para aprovechar su inversión en el evento o actividad patrocinada¹³. Asimismo, Geldard y Sinclair señalan al patrocinio como una

⁷ Bettina Cornwell e Isabelle Maignan. “An International Review of Sponsorship Research”. *Journal of Advertising*, Vol. 27 (1998), p. 2.

⁸ John Meenaghan. “Commercial Sponsorship”. *European Journal of Marketing*, Vol 5 (1983), p. 5.

⁹ Meryl Gardner y Philip Shuman. “Sponsorship: An Important Component of the Promotion Mix”. *Journal of Advertising*, Vol 16 (1988), p. 44.

¹⁰ IEG. “Year One of IRL Title Builds Traffic, Awareness for Northern Ligh”, *IEG Sponsorship Report*, Vo. 19 (2003) p. 1.

¹¹ Sandra Echeverry. *El contrato de patrocinio deportivo*. España: REUS S.A., 2015, p. 42.

¹² Bettina Cornwell. “Sponsorship-Linked Marketing Development”. *Sport Marketing Quarterly*, Vol 4, p. 15.

¹³ Ton Otker. “Exploitation: The Key to Sponsorship Success”. *European Research*, Vol 16 (1988), p. 78.

herramienta de comunicación de marketing que tiene el potencial de permitir a una empresa formar una relación directa y personal con los consumidores¹⁴.

En virtud de lo expuesto, el término patrocinio incluye dos actividades: i) un intercambio entre el patrocinador y el patrocinado mediante el cual este último recibe un pago y el primero obtiene el derecho a asociarse a la actividad patrocinada y, ii) el marketing de la asociación emprendido por el patrocinador¹⁵. Respecto a la segunda actividad, es importante resaltar que si bien el patrocinio está ligado al marketing y a la publicidad, no se puede confundir con estos términos.

El marketing alude a un proceso social y administrativos por el cual los individuos y grupos obtienen lo que necesitan y desean a través de la creación y el intercambio de productos con otros¹⁶. Así, su finalidad se centra en que una empresa logre sus metas gracias a la determinación de las necesidades, los deseos de los consumidores y la satisfacción de estos de forma más eficaz y eficiente que sus competidores¹⁷. Por su parte, la publicidad es toda forma de comunicación realizada por una persona natural o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones¹⁸.

1.1.2 Naturaleza Jurídica del Contrato de Patrocinio

El contrato de patrocinio es un contrato atípico ya que no existe ninguna norma legal que determine cuál es el régimen aplicable a las obligaciones nacidas de esta convención. No obstante, al estar ligado al tema publicitario, son aplicables toda las normas que regulan la publicidad en el ordenamiento ecuatoriano, como por ejemplo las

¹⁴ Edward Geldard y Laurel Sinclair. *The Sponsorship Manual: Sponsorship Made Easy*. Sídney: Sponsorship Unit, 2001.

¹⁵ Bettina Cornwell e Isabelle Maignan. "An International Review of Sponsorship Research". *Óp. cit.*, p. 11.

¹⁶ Guillermo Bilancio. *Marketing, las ideas, el conocimiento y la acción*. Naucalpán de Juárez: Pearson Educación de México S.A. de C.V., 2008, p. 4.

¹⁷ Abraham Pizam y Youcheng Wang. *Destination marketing and management theories and applications*. Cambridge: CAB International, 2011, pp. 135-136.

¹⁸ Nigel Morgan, Annette Pritchard y Roger Pride. *Destination Brands: managing place reputation*. Oxford: El Sevier, 2011, p. 56.

prohibiciones en cuanto a publicidad abusiva y engañosa¹⁹. Respecto a este tipo de contratos, la Corte Suprema de Justicia –hoy Corte Nacional de Justicia- ha establecido lo siguiente:

Dentro del principio de libertad de las convenciones nada hay que se oponga al valor y eficacia de los que revisten la condición de innominados mientras no pugnen con los preceptos jurídicos de orden público, que corresponden a los actos y declaraciones de voluntad y a las prescripciones generales que reglan toda clase de contratos. - Deben calificarse de innominados los contratos no comprendidos en los que se hallan especialmente definidos por la ley y sujetos a sus reglas especiales. - No siendo el contrato ninguno de los definidos por el Código Civil debe calificarse como innominado y regirse por las estipulaciones del propio contrato y por los preceptos legales que, por analogía puedan avenirse a las peculiares modalidades, a los efectos de su cumplimiento²⁰.

En este sentido, para interpretar un contrato de patrocinio se debe en primer lugar analizar las disposiciones del propio contrato y, en caso de que subsistan vacíos es plausible buscar un contrato típico cuya naturaleza sea lo más parecida a aquel y aplicarle la normativa de este último en lo que fuere posible. Así, uno de los contratos nominados cuyas prestaciones se podrían considera similares a las del contrato de patrocinio es el contrato de arrendamiento.

Las obligaciones que abarca dicho contrato son, entre otras: i) la prestación de un servicio y, ii) el pago de un precio determinado por dicho servicio²¹. Esto, permitirá que, en caso de que se presente alguna controversia en relación a un contrato de patrocinio y que no pueda ser resuelta conforme a lo establecido en las cláusulas del contrato celebrado, se puedan aplicar ciertas normas del contrato análogo. Además, para analizar los contratos atípicos resulta aplicable la teoría general de los contratos, por lo

¹⁹ Art. 2.- Definiciones.- Para efectos de la presente ley, se entenderá por: (...) Publicidad Abusiva.- Toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, alterar la paz y el orden público o inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva. (...) Publicidad Engañosa.- Toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcialmente contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 2. Registro Oficial Suplemento No. 116 de 16 de enero de 2015.

²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.

²¹ Art. 1856.- Arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio y, la otra a pagar por ese goce, obra o servicio un precio determinado, salvo lo que disponen las leyes del trabajo y otras especiales. Código Civil Libro IV. Artículo 1505. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

que a continuación se procederá a caracterizar el contrato de patrocinio conforme a dicha teoría.

1.1.3 Características del Contrato de Patrocinio

El contrato de patrocinio, como bien lo destaca la literatura, deviene un instrumento jurídico que se configura meramente a partir de las necesidades sociales. En la mayoría de legislaciones, incluyendo la ecuatoriana, no existe un marco normativo específico sobre la regularización del contrato en mención, de ahí que como se mencionó en el punto anterior este sea de naturaleza atípica.

El contrato de patrocinio es bilateral puesto que incluye prestaciones tanto para el patrocinador como para el patrocinado. Así, el primero se obliga a satisfacer una obligación generalmente económica y el segundo a colaborar en la publicidad del patrocinador. Estas contraprestaciones no son necesariamente simultáneas ya que las partes pueden acordar que las obligaciones queden sujetas a un plazo²². Si bien las prestaciones anteriormente mencionadas denotan el carácter de onerosidad que generalmente tiene dicho contrato, esto no obsta a que las partes acuerden un contrato de patrocinio gratuito, en el que el patrocinador no deba realizar un pago al patrocinado²³.

Otra característica importante del contrato en análisis es su carácter *intuitio personae*, pues lo común es que el patrocinador tome en cuenta la calidad y las circunstancias del patrocinado para elegirlo. Esto, dado que es justamente su imagen lo que el sponsor intenta asociar, con fines publicitarios, a su marca²⁴. Esta particularidad es relevante para determinar el cumplimiento o no por parte del patrocinado. De igual forma, idénticas consideraciones se pueden contemplar respecto al patrocinador. Así, el contrato será *intuitio personae* cuando este se haya concluido con base a las cualidades y circunstancias del patrocinador, pues la identidad de aquel puede no resultar favorable

²² Sandra Echeverry. *El contrato de patrocinio deportivo*. Óp. cit. p, 63.

²³ Lidia Arnau. *El contrato de patrocinio publicitario: aproximación a su régimen jurídico*. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/patrocinio-publicitario-aproximacion-231640> (acceso: 07/07/2015).

²⁴ Pedro Labariega. *El Patrocinio Publicitario: Una Nobel Figura Contractual, Una Nueva Forma de Comunicar, Una Modalidad de la Estrategia de Marketing*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2722/13.pdf> (acceso: 07/07/2015).

al patrocinado. De ahí que, sea una práctica común la inclusión de cláusulas que restringen a las partes la cesión de derechos derivados del contrato a terceros²⁵.

Por otro lado, en lo que se refiere a su estructura, el contrato de patrocinio es un contrato marco, de manera que, en principio, la figura contractual no recurre a la acumulación o fusión de varios contratos. Es así que, el contrato de patrocinio es principal dado que subsiste por sí mismo sin que necesite de otra convención para existir o cumplir su función²⁶. Asimismo, se destaca que la etapa formativa del contrato es simple pues se generan prestaciones específicas para las partes, las mismas que deben ser cumplidas en la etapa de ejecución²⁷.

En cuanto a su perfeccionamiento, el contrato en mención es consensual puesto que al no estar regulado no puede requerirse ninguna solemnidad legal, lo que conlleva a que el contrato de patrocinio se perfeccione por el mero consentimiento, sin perjuicio de las formalidades que convencionalmente podrían pactar las partes. Finalmente, es importante mencionar que el contrato en comento al ser un contrato bilateral, va envuelta la condición resolutoria en caso de incumplimiento por alguno de los contratantes²⁸. De ahí que, el contratante podrá, a su arbitrio, pedir la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo, con indemnización de daños y perjuicios. Así, podría presentarse el caso de que el patrocinador no cumpla con su prestación dineraria o que el patrocinado, por causas imputables al mismo, realizare su obligación publicitaria con alteración, defecto o menoscabo de algunos de sus elementos esenciales, supuesto en que el patrocinador podrá pedir un cumplimiento forzoso de la obligación conforme a los términos pactados, más la indemnización por daños y

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Art. 1458.- El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella. Código Civil Libro IV. Artículo 1458. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²⁷ Lidia Arnau. *El contrato de patrocinio publicitario: aproximación a su régimen jurídico. Óp. cit.*, p. 12.

²⁸ Art. 1505.- En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios. Código Civil Libro IV. Artículo 1505. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

perjuicios o, pedir a la autoridad judicial dejar sin efecto el contrato más los daños y perjuicios ocasionados por tal resolución²⁹.

Ahora bien, una vez que se ha conceptualizado brevemente el contrato de patrocinio y sus características más importantes es plausible continuar con el análisis del *ambush marketing*, estrategia que se desarrolla alrededor del *sponsorship* y que guarda una estrecha relación con el patrocinio. Así, a continuación se expondrán las nociones generales atinentes que permiten comprender qué es el marketing de emboscada y sus prácticas más recurrentes.

1.2 AMBUSH MARKETING: NOCIONES GENERALES

1.2.1 Marketing de Guerrilla

Con el fin de comprender el alcance del *ambush marketing* es necesario empezar por conceptualizar el Marketing de Guerrilla, pues como se analizará en líneas siguientes, el marketing de emboscada es tan sólo uno de las herramientas empleadas dentro de este tipo de marketing. Así, resulta relevante acudir a la definición de Marketing de Guerrilla señalada por las autoras Katharina Hutter y Stefan Hoffman, quienes establecen:

Guerrilla marketing is an umbrella term for unconventional advertisement campaigns which aim at drawing the attention of a large number of recipients to the advertising message at comparatively little costs by evoking a surprise effect and a diffusion effect. In this way, guerrilla marketing campaigns are highly efficient in terms of the ratio of costs and benefits³⁰.

En este sentido, el Marketing de Guerrilla designa aquellas actividades de marketing atípicas y no dogmáticas que tienen como fin el logro de objetivos convencionales, tales como beneficios y rendimientos, por medio de métodos no convencionales, como la inversión de energía y creatividad en lugar de grandes cantidades de dinero³¹. Jay Conrad Levinson, considerado el autor más emblemático en cuanto al desarrollo académico del tema en mención, señala que la esencia del Marketing de Guerrilla está en maximizar los resultados empleando los mínimos

²⁹ Sandra Echeverry. *El contrato de patrocinio deportivo*. Óp. cit. p. 63.

³⁰ Katharina Hutter y Stefan Hoffmann. Guerrilla Marketing: “The Nature of the Concept and Propositions for Further Research”. *Asian Journal of Marketing* (2011), p.4.

³¹ Robert Kaden. *Guerrilla Marketing Research: Marketing research techniques that can help any business make mor money*. Nueva York: Kogan Page, 2007, p. 16.

recursos. Así, establece: “Guerrilla marketing is more about matching marketers’ creativity than matching marketing budgets”³².

Según sus planteamientos, el Marketing de Guerrilla difiere del marketing tradicional en varios aspectos, entre los que destaca: i) la cantidad de dinero invertida en marketing –siendo mayor en el marketing tradicional-, ii) la práctica del marketing clásico está adaptada a los grandes negocios mientras que el marketing de guerrilla se ajusta también a pequeños negocios y, iii) la práctica del marketing clásico está basada en la experiencia y el juicio personal, el marketing de guerrilla se basa en las leyes del comportamiento humano³³. De igual forma, el autor Jie Chien, al comparar el marketing tradicional con el marketing de guerrilla, establece:

(...) Rather than traditional marketing which heavily focus in explaining product functions, guerrilla marketing presents marketing campaign as an exploration journey of product followed by the rules of customer behavior. It brings in imagination, energy into the product with a consumer point of view. Secondly, guerrilla marketing uses different marketing weapons. Guerrilla marketers believe the most powerful weapon comes from the business itself³⁴.

Debido a estas diferencias y el logro de resultados óptimos, el Marketing de Guerrilla ha alcanzado un alto nivel de popularidad ya que permite debilitar a los competidores consiguiendo atraer la atención de un mayor número de consumidores³⁵. Además, responde a la realidad actual atinente a que la disciplina del marketing se enfoca más en el consumidor. Es así que, a diferencia del marketing tradicional –

³² Aaron Brody y John Lord. *Developing new food products for a changing marketplace*. Nueva York: CRC Press Taylor - Francis Group, 2007, p. 549.

³³ Jay Conrad Levinson. *Marketing de Guerrilla*. Nueva York: Morgan James Publishing, 2009, p. 9.

³⁴ Jie Chen. *Explore Guerrilla Marketing Potentials for Trade Show*. <http://digitalscholarship.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2052&context=thesisdissertations> (acceso: 06/06/2015).

³⁵ El primer libro publicado por Levinson (en 1984) sobre Marketing de Guerrilla apareció durante la época de crisis corporativa que enfrentaba Estados Unidos, lo que derivó en que la competencia sea difícil debido a la numerosa aparición de “Small & Medium Enterprises (SME)”. Así, las tácticas de Marketing de Guerrilla fueron pensadas para que este tipo de empresas puedan sobrevivir. Esto, sumado a que en la actualidad, la crisis financiera ha forzado a que las empresas tengan que recortar su presupuesto destinado a publicidad, ha conllevado a que el Marketing de Guerrilla siga evolucionando y ganando popularidad pues su objetivo de ganar grandes resultados con bajos costos sigue siendo una necesidad. Al respecto, véase Katharina Hutter y Stefan Hoffmann. “Guerrilla Marketing: The Nature of the Concept and Propositions for Further Research”. *Óp. cit.*, p. 2.

orientado en el competidor-, el Marketing de Guerrilla se orienta en el consumidor pues a la final del día lo que se pretende es que una empresa gane nuevos compradores³⁶.

1.2.1.1 Herramientas del Marketing de Guerrilla

El Marketing de Guerrilla puede ser implementado gracias a diferentes herramientas. Al ser uno de los elementos esenciales de este tipo de marketing la creatividad, no se puede enlistar de forma taxativa los instrumentos de los que se pueden valer las empresas para publicitar sus productos o servicios conforme a los planteamientos anteriormente mencionados. No obstante, la literatura destaca ciertas herramientas ampliamente empleadas en los últimos tiempos que se circunscriben al campo del Marketing de Guerrilla. Así, se procederá a realizar un breve análisis de las herramientas que abarcan los siguientes tipos de Marketing de Guerrilla: i) *Infection Guerrilla Marketing*, ii) *Surprise Guerrilla Marketing* y, finalmente, iii) *Ambush Marketing*³⁷.

1.2.1.1.1 Infection Guerrilla Marketing

La literatura le acuñe el término “infección” ya que el efecto de difusión de las herramientas que comprende este tipo de Marketing de Guerrilla es similar al de una patología. De esta forma, como bien lo destaca el autor Gerd Nufer, el foco infeccioso que se espera se disemine exponencialmente es el mensaje de publicidad a favor de una empresa. Inclusive en ciertos casos es el propio consumidor quien se encarga de difundir y expandir la publicidad al comentar acerca del producto o servicio ofrecido a quienes le rodean³⁸.

Las herramientas de este tipo de marketing que logran el mencionado efecto de amplia difusión son: i) *Viral Marketing* y, ii) *Guerrilla Mobile*. Respecto al primero, la doctrina señala que: “Viral marketing describes any strategy that encourages individuals to pass on a marketing message to others, creating the potential for exponential growth

³⁶ Vikas Behail y Sania Sareen. “Guerrilla Marketing: A low Cost Marketing Strategy”. *International Journal Management Research and Business Strategy*, Vol. 3 (2014), p. 2.

³⁷ Gerd Nufer. *Guerrilla Marketing –Innovate or Parasitic Marketing?* <http://dx.doi.org/10.4236/me.2013.49A001> (acceso: 02/06/2015).

³⁸ *Ibíd.*

in the message's exposure and influence”³⁹. En este sentido, el Marketing Viral explota las redes sociales y alienta a los consumidores a compartir información del producto, convirtiéndose aquellos en los vehículos del mensaje publicitario, aún cuando ni el transmisor ni el receptor del mensaje perciben que la recomendación o información que están transmitiendo es publicidad⁴⁰.

Uno de los ejemplos más empleados por la doctrina para conceptualizar el Marketing Viral es la estrategia usada por Hotmail para aumentar el número de usuarios. La táctica de la empresa pionera en el servicio de correo electrónico gratuito consistió en adjuntar un *tag* en la parte inferior de cada mensaje, en el que se incitaba al destinatario del mensaje a conseguir un correo electrónico de Hotmail en caso de carecer. Así, los usuarios al circular los emails a sus círculos de amistad o trabajo lograron ampliar exponencialmente el número de usuarios en beneficio de dicha empresa⁴¹.

Por su parte, el Marketing de Guerrilla Móvil ha sido definido como: “a set of practices that enables organizations to communicate and engage with their audience in an interactive and relevant manner through any mobile device or network”⁴². De esta forma, al haberse convertido los dispositivos móviles en una necesidad, las empresas han optado por aprovechar del potencial de este medio de comunicación. Así, por medio del envío de mensajes creativos o graciosos, el objeto no es sólo que el destinatario lea y asimile inmediatamente la publicidad sino también que aquel los distribuya a sus amigos o conocidos⁴³.

Un ejemplo clásico referido por la doctrina es la publicidad emprendida por la compañía *Twentieth Century Fox* para el lanzamiento de la película *Hide and Seek*. Fox

³⁹ Ralph Wilson. *The Six Simple Principles of Viral Marketing*. <http://library.softgenx.com/Children/marketing/ViralMarketing.pdf> (acceso: 06/06/2015).

⁴⁰ Jurij Leskovec, Lada Adamic y Bernardo Huberman. *The Dynamics of Viral Marketing*. <http://www.ladamic.com/papers/viral/viral-market-short.pdf> (acceso: 06/06/2015).

⁴¹ Philip Kotler y Gary Armstrong. *Fundamentos de Marketing*. México D.F: Editorial Pearson, p. 102.

⁴² Mobile Marketing Association. *MMA Updates Definition of Mobile Marketing*. <http://mmaglobal.com/news/mma-updatesdefinition-mobile-marketing> (acceso: 07/06/2015).

⁴³ Antoine Lamarre, Simon Galarneau y Harold Boeck. “Mobile Marketing and Consumer Behaviour Current Research Trend”. *International Journal of the Latest Trends Computing*, Vol. 3 (2012), p. 2.

envío alrededor de 100.000 mensajes a jóvenes con el siguiente texto: “Why don’t you tourn around...”. Los destinatarios al desplazar el mensaje hacia abajo, podían leer la continuación del texto: “You don’t see me! I am hiding. HIDE AND SEEK, the horror thriller now at the cinema”. Estos mensajes lograron atraer la atención de un gran número de adolescentes quienes efectivamente acudieron al cine a ver la película publicitada⁴⁴.

1.2.1.1.2 Surprise Guerrilla Marketing

En general, el Marketing de Guerrilla tiene como efecto generar sorpresa en el consumidor, así se logra dirigir su atención al mensaje publicitario. No obstante, hay ciertas herramientas que específicamente se centran en generar dicho efecto. De esta forma, como bien lo señala Donald Lindsley, “surprise leads to a change in the cognitive activation, a surprise individual suspends his previous activity and focuses his attention in the surprising effect”⁴⁵.

Las empresas pueden utilizar distintos métodos para sorprender a los consumidores. La literatura contempla dos herramientas que explícitamente logran generar asombro en el consumidor por medio de la colocación de publicidad en lugares en que el público no lo espera, dichos instrumentos son: i) *Ambient Marketing* y, ii) *Sensation Marketing*. En cuanto al primero, este ha sido definido como la herramienta del Marketing de Guerrilla que representa a la tradicional publicidad puertas afuera. Así, “ambient marketing is the placement of advertising in unusual and unexpected places often with unconventional methods and being first or only ad execution to do so”⁴⁶.

El *Ambient Marketing* implica la transmisión de mensajes publicitarios en lugares populares como clubs, paradas de buses, vitrinas o espacios en aeropuertos o centros comerciales⁴⁷. Un ejemplo claro es la publicidad emprendida por el canal *TV2 New Zealand* para publicitar el lanzamiento de la película *Kill Bill* en la televisión. La

⁴⁴ Stephen Jackel. Guerrilla Marketing - Grundlagen, Instrumente und Beispiele. *Erfurter Hefte Zum Angewandten Marketing*, No. 15 (2007), p. 3.

⁴⁵ Donald Lindsley. *Handbook of Experimental Psychology*. Stevens Yantis (ed). Nueva York: John Wiley & Sons, 1951, pp: 473-516.

⁴⁶ Sandra Luxton. “What is this thing called “Ambient Marketing”?”. *ANZMAC* (2000), p. 735.

⁴⁷ Max Martinsson & Serban Semenescu. *The “Ambient” Strategy to diminish the resistance*. Tesis de maestría. Universidad Lund, Suecia, 2012.

campaña implicó la colocación de un anuncio con la imagen de la protagonista principal en uso de un arma que proyectaba grandes cantidades de “sangre” en una de las calles más transitadas de Auckland. La publicidad resultó un gran éxito ya que no sólo que el anuncio era evocativo al contenido de la película, sino que además se logró sorprender a un gran número de transeúntes que proyectaron su atención al mensaje publicitario⁴⁸.

Otra herramienta que se enfoca en específicamente generar sorpresa al consumidor es el *Sensation Marketing*, que si bien es bastante similar al *Ambient Marketing*, difiere de este último en que la publicidad se limita en cuanto a sus repeticiones, pues sólo ocurre una vez. Así, como bien lo establecen Katharina Hutter y Stefan Hoffman:

Sensation marketing aims at surprising pedestrians in public places by actions that go beyond the scope of familiarity (...). Passersby look at a specific action, because it is unconventional and spectacular (e.g., actors performing a play in front of the theatre to attract pedestrians’ attention to the theatre)⁴⁹.

Un claro ejemplo de este tipo de marketing es la publicidad emprendida por la marca de chicles *Trident* que, al ser patrocinador de una gira gratuita de la artista *Beyonce*, contrató a cien mujeres para que bailen una de las canciones más reconocidas de la cantante en mención. De esta forma, todos quienes se encontraban en el *Picadilly Circus* (en Londres) dirigieron su atención a este show que logró publicitar ampliamente el concierto a realizarse y más aún la marca patrocinadora⁵⁰.

1.2.1.1.3 Ambush Marketing

Como se ha explicado, si bien todos los instrumentos anteriormente mencionados tienen como resultado generar sorpresa al consumidor y difusión del mensaje publicitario con un presupuesto menor, cada herramienta se centra en un tipo de efecto en particular, de ahí su clasificación. Así, la doctrina destaca una última herramienta enfocada principalmente en generar un efecto de bajo coste –disminuir el presupuesto de una empresa destinado a la publicidad-, siendo esta el *ambush marketing*.

⁴⁸ Gerd Nufer. *Guerrilla Marketing –Innovate or Parasitic Marketing?*. *Óp. cit.*, p. 4.

⁴⁹ Katharina Hutter y Stefan Hoffmann. *Guerrilla Marketing: “The Nature of the Concept and Propositions for Further Research”*. *Óp. cit.*, p. 5.

⁵⁰ Ed Kemp. *Trident promotes Beyonce tour with musical-chairs stunt*. <http://www.marketingmagazine.co.uk/article/928393/trident-promotes-beyonce-tour-musical-chairs-stunt> (acceso: 09/07/2015).

Este instrumento empleado por un gran número de empresas se fundamenta en un *free riding effect*, concepto económico que denota el comportamiento parasitario de una parte para beneficiarse de las acciones de otra persona cuyos costos son únicamente cubiertos por esta última⁵¹. Así, el free rider “is one who obtains a benefit without paying all or part of its cost”⁵². Este concepto al igual que otros fundamentos de derecho en relación con en el marketing de emboscada serán analizados con mayor profundidad en el tercer capítulo.

1.2.2 Origen y Conceptualización del Ambush Marketing

El origen del término *ambush marketing* o, traducido al español, marketing de emboscada, se remonta a 1984, año en el que el publicista americano Jerry Welsh en miras de aprovechar algún espacio publicitario a favor de American Express en las Olimpiadas de Los Ángeles acuñó esta denominación. Es así que, de manera general y sin pensar en el poder que adquiriría el término en mención, decidió denominar a las estrategias comerciales realizadas por empresas no patrocinadoras de eventos deportivos que tienen como fin aprovechar de los espacios vacíos dejados por los contratos de patrocinio como prácticas de *ambush marketing*⁵³.

Desde entonces, son distintos los autores que han tratado de definir el *ambush marketing*, algunos optando por una postura en contra y otros defendiendo este tipo de prácticas. De ahí que, como se expondrá en líneas siguientes, las definiciones de marketing de emboscada pueden ser agrupadas en dos categorías: la de sus detractores y la de sus defensores.

1.2.2.1 Definiciones a favor del Ambush Marketing

Uno de los más grandes defensores del *ambush marketing* es el propio creador del término, Jerry Welsh, quien treinta años más tarde se muestra sorprendido tras entrar a internet y ver la cantidad de información que se había desarrollado en relación con

⁵¹ Elke Mack y otros. *Absolute Proverty and Global Justice*. Gran Bretaña: MPG Books Group, 2009, p. 185.

⁵² David Gauthier. *Morals by Agreement*. Londres: Oxford University Press, 1986, p. 96.

⁵³ José Piñeiro Salguero y Antoni Rubí Puig. *Ambush marketing en eventos deportivos*. Barcelona: Paidós, 2007, p. 9.

dicha denominación. Al respecto, decide publicar una breve aclaración sobre el origen y principios del marketing de emboscada. Así, destaca:

Companies routinely compete, mostly, we hope and expect, honestly and hard; and Ambush Marketing, correctly understood and rightly practiced, is an important, ethically correct, competitive tool in a non-sponsoring company's arsenal of business- and image-building-weapons⁵⁴.

Según su planteamiento, el *ambush marketing* no alude a un comportamiento parasitario pues implica el aprovechamiento de aquellos espacios que no han sido cubiertos en los contratos de patrocinio. De esta forma, dicha estrategia de marketing es el resultado natural de una competencia sana y tiene como efecto a largo plazo el aumentar el valor de los contratos de patrocinio, así como ayudar a la eliminación de aquellas propuestas de patrocinio que sean inferiores⁵⁵.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, el autor Jorge Otamendi señala que en la medida en que algún aspecto relacionado con un evento no haya sido objeto de un contrato de patrocinio, es perfectamente factible que un tercero aproveche de dicho vacío. Caso contrario, sería dar un alcance mayor al que el contrato delimita. De ahí que, para él sea imposible recurrir a algo racional si se trata de definir al *ambush marketing* pues a su parecer, no hay nada de emboscada en las prácticas de esta estrategia de marketing⁵⁶. De igual forma, Tony Meenaghan define al *ambush marketing* como: “a whole variety of wholly legitimate and morally correct methods of intruding upon public consciousness surrounding an event”⁵⁷. Según su planteamiento, al ser múltiples los escenarios en los que, gracias a la creatividad, las empresas pueden aprovechar de un magno-evento, resulta inútil catalogar a un concepto tan ambiguo como ilegal⁵⁸.

⁵⁴ Jerry Welsh. *Ambush Marketing: What it is; What it isn't?* http://welshmktg.com/WMA_ambushmktg.pdf (acceso: 11/06/2015).

⁵⁵ *Id.*, p 3.

⁵⁶ Jorge Otamendi. “Ambush Marketing”. *Anuario Andino de Derechos Intelectuales* No. 7 (2011), p. 281.

⁵⁷ Tony Meenaghan. “Ambush marketing: immoral or imaginative practice?”. *Journal of Advertising Research* Vol 34 (1994), p. 79.

⁵⁸ Tony Meenaghan. “Ambush marketing: Corporate strategy and consumer reaction”. *Psychology & Marketing*, Vol. 15 (1998), pp. 305-319.

Asimismo, según Janet Hoek y Philip Gendall, “ambushing appears to encompass legitimate competitive behaviour through to passing off and misuse of trademarks”⁵⁹. Para ellos, el catalogar a la publicidad que pretende asociarse a un evento bajo la denominación de *ambush marketing* no ayuda a clarificar las acciones realizadas, mucho menos a encontrar los posibles remedios para las partes afectadas. Así, recalcan que en varios casos los organizadores de eventos y patrocinadores oficiales confunden la situación jurídica de la conducta de los competidores –siendo ésta legal- con las emociones que dicho comportamiento evoca⁶⁰.

En el mismo sentido, Jason Schmitz destaca que el *ambush marketing* estrictamente definido no implica la falsificación o el uso ilegal de marcas, nombres comerciales o símbolos. Las empresas simplemente desarrollan publicidad meramente creativa en torno al evento, no usan directamente los signos distintivos del evento, consecuentemente cuando se emplea con eficacia, el marketing de emboscada no puede ser considerado ilegal. No obstante, recalcan que constituye un gran problema difícil de enfrentar para los organizadores y patrocinadores de un evento⁶¹.

Otro de los grandes autores defensores del *ambush marketing* es Robert Davis, quien conceptualiza a esta herramienta de la siguiente forma:

"Ambush" or "parasite" marketing may not be illegal, but many Olympic sponsors believe that companies engaged in the practice should be punished. Both of these terms have been used in the marketing industry to describe a company that is not an official sponsor of an event but, because its advertising campaign is centered around the event, appears to be one of the official sponsors. While the non-sponsoring company may not use official logos and other trademarks associated with the sporting event, nothing prohibits the company from airing a commercial featuring former Olympians endorsing its product (...)⁶².

Por su parte, Curthoys & Kendall destacan que el *ambush marketing* implica una asociación no autorizada de una empresa con un evento particular, obteniendo así beneficios en la realización de publicidad. Sin embargo, señalan que al no existir un límite en el ingenio humano, el marketing de emboscada continuará existiendo, “indeed,

⁵⁹ Janet Hoek y Philip Gendall. “Ambush Marketing: More than Just a Commercial Irritant?”. *Entertainment Law*, Vol 1 (2002), p. 72.

⁶⁰ *Id.*, p. 89.

⁶¹ Jason Schmitz. *Ambush Marketing: “The Off-Field Competition at the Olympic Games”*. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 3 (2005), p. 205.

⁶² Robert Davis. “Ambushing the Olympic Games”. *Jeffrey S. Moorad Sports Law Journal*: Vol. 3: Iss. 2, (1996), p. 423.

it has almost become a game in its own right and one that, arguably, the public quite enjoys”⁶³. Por último, José Piñeiro y Antoni Rubí establecen que el *ambush marketing* debe reputarse per se lícito. Esto, dado que en la medida en que las prácticas comerciales y publicitarias implican la compra de derechos correspondientes para llevarlas a cabo –como por ejemplo el patrocinio de un deporte o la compra de paquetes publicitarios en televisión durante la celebración de un evento deportivo- éstas no pueden ni deben ser impedidas⁶⁴.

Como se ha expuesto, el *ambush marketing* es considerado por una parte de la doctrina como una estrategia de marketing legalmente válida, pues gracias a la creatividad de quienes desarrollan los espacios publicitarios es plausible que se aproveche de algún espacio vacío dejado en los contratos de patrocinio. No obstante, si bien los autores anteriormente mencionados defienden –algunos en mayor nivel que otros- el marketing de emboscada, todos coinciden en que esta herramienta constituye un gran problema para quienes organizan o patrocinan eventos de gran magnitud.

1.2.2.2 Definiciones en detrimento del Ambush Marketing

Otra parte de la doctrina ha preferido definir al *ambush marketing* desde un enfoque menos alentador, pues a su criterio las prácticas de marketing de emboscada no son del todo legales. Así, según los planteamientos que se expondrán a continuación, ciertas prácticas pueden constituir competencia desleal o una infracción de derecho marcario, todo lo cual conlleva a que se conciba al *ambush marketing* con una connotación negativa.

En este sentido, es importante destacar la definición de marketing de emboscada establecida por los autores Sandler y Shani, quienes conciben este tipo de marketing como: "a planned effort by an organization to associate itself indirectly with an event in order to gain at least some of the recognition and benefits that are associated with being an official sponsor"⁶⁵. De esta forma, acorde a su planteamiento, en la mayoría de

⁶³ Jeremy Curthoys y Christopher Kendall. “Ambush Marketing and the Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act: A retrospective”. *Murdoch University Electronic Journal of Law* Vol 8 (2001), p. 27.

⁶⁴ José Piñeiro Salguero y Antoni Rubí Puig. *Ambush marketing en eventos deportivos*. Óp. cit., p. 34.

⁶⁵ David Shani y Dennis Sandler. “Ambush Marketing: Is Confusion to blame for the flickering of the Flame?”. *Psychology & Marketing*, Vol. 15 (1998), p. 368.

prácticas de *ambush marketing* se crea una confusión en la mente del consumidor respecto a quien es el sponsor oficial⁶⁶.

Asimismo, Steve McKelvey ha definido al marketing de emboscada como aquellos esfuerzos empleados intencionalmente por una empresa para debilitar o emboscar el contrato de patrocinio de su competidor directo. Esto lo logra mediante la participación en promociones y publicidad aprovechando de la reputación del evento, generando confusión en el público consumidor respecto a quién es el patrocinador oficial del evento en cuestión⁶⁷. En el mismo sentido, Stephen McDaniel y Lance Kinney resaltan que los *ambush marketers* son empresas que gracias al uso de publicidad imaginativa e inteligente logran vincular su marca con un gran evento en la mente del consumidor sin tener que incurrir en cuantiosos gastos por la compra de derechos de patrocinio oficial⁶⁸.

De igual forma, Stephen Townley, Dan Harrington y Nicholas Couchman señalan:

The term parasite or ambush marketing refers to any communication or activity that implies, or from which one could reasonably infer, that an organization is associated with an event, when in fact it is not. It is defined as the unauthorised association by businesses of their names, brands, products or services with a sports event or competition through one or more of a wide range of marketing activities -unauthorised in the sense that the controller of the commercial rights in such vents has neither sanctioned nor licensed the association-⁶⁹.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, el autor Michael Payne destaca que el marketing de emboscada implica un intento por parte de las empresas de inducir al error al público consumidor respecto de quién es el patrocinador de un gran evento. Este engaño resulta contrario a una de las premisas básicas en la ética publicitaria atinente a la veracidad que debe regir a toda comunicación e información en la producción de publicidad. Asimismo, añade que en la medida en que los eventos deportivos de gran magnitud dependen del financiamiento de los patrocinadores y anunciantes, cualquier

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Steve McKelvey. "Atlanta '96: Olympic countdown to ambush armageddon?". *Seton Hall Journal of Sports Law* Vol. 4(2) (1992), p. 398.

⁶⁸ Stephen McDaniel y Lance Kinney. "The implications of recency and gender effects in consumer response to ambush marketing". *Psychology & Marketing* Vol. 15 (1998), p. 385.

⁶⁹ Stephen Townley, Dan Harrington y Nicholas Couchman. "The Legal and Practical Prevention of Ambush Marketing in Sports". *Psychology & Marketing* Vol. 15 (1998), p. 333.

actividad que socava su participación puede resultar perjudicial para la viabilidad de este tipo de eventos⁷⁰.

Por su parte, la autora Lori Bean establece que el marketing de emboscada se refiere a la intención de una empresa para aprovechar la reputación y popularidad de un evento por medio de la asociación con aquel, sin la autorización o consentimiento necesario⁷¹. En el mismo orden de ideas, Mark Blayney señala:

Ambush marketing is when a company that hasn't paid to be a sponsor of an event, gets free publicity by unofficially communicating their brand in places where spectators, cameras or reporters will see them. Additionally, and somewhat more subtly, it is when a company seeks to create an association between their brand and a sporting event, in order to create positive publicity for their own products or services⁷².

Conforme a lo anteriormente expuesto, son distintos los conceptos de *ambush marketing* que ha ido desarrollando la doctrina. Así, algunos autores han conceptualizado el marketing de emboscada desde con una connotación negativa, recalcando principalmente el aprovechamiento indebido del evento y la posible confusión que este tipo de prácticas genera al público consumidor. Por otro lado, hay quienes han preferido definir a este tipo de marketing desde un enfoque plenamente legal, reforzando así la validez del *ambush marketing* y su continua vigencia en torno a los magnos eventos.

1.2.3 Estrategias de Ambush Marketing

Son distintas las estrategias de *ambush marketing* que pueden ser empleadas por las empresas para desarrollar su publicidad en relación con un evento. De ahí que, la doctrina haya identificado las practicas comúnmente empleadas para proceder a su respectivo análisis. Esto con la finalidad de distinguir la legalidad entre una u otra estrategias pues, como se analizará en las siguientes líneas, cada práctica es distinta lo que conlleva a que su análisis legal difiera.

⁷⁰ Michael Payne. *Ambush Marketing: The Undeserved Advantage*. <http://blogs.lt.vt.edu/cads19932/files/2015/02/Ambush-Marketing-The-Undeserved-Advantage.pdf> (acceso: 19/06/2015).

⁷¹ Lori Bean. "Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act". *Boston University Law Review* (1995), p. 14.

⁷² Mark Blayney Stuart. *Ambush Marketing and the Law*. <https://www.cim.co.uk/files/ambush.pdf> (acceso: 21/01/2015).

1.2.3.1 Patrocinio del equipo de un país o de deportistas individuales

Una de las prácticas más comunes de *ambush marketing* es la compra de derechos de patrocinio de deportistas o equipos. De esta forma, en múltiples ocasiones las empresas optan por el empleo de participantes –en lugar del evento como tal- para la realización de anuncios creativos que logran una conexión indirecta con un evento en particular⁷³. Al respecto, como bien lo destaca Conor Griffin: “This has been an issue for many years, as advertisers who invested heavily in the event watched helplessly as the participants freely advertised a rival product”⁷⁴.

Uno de los grandes ejemplos es la publicidad de Puma en torno a los Juegos Olímpicos de Atlanta en 1996. La estrategia de marketing de emboscada implicó la contratación del famoso velocista Linford Christie, quien en la rueda de prensa previa a la final de la competencia de 100m lució lentes de contacto con la imagen de un puma. Este suceso generó asombro y llamó la atención de todos los espectadores, especialmente de Reebok quien era el sponsor oficial del evento en mención⁷⁵.

Otra de las grandes estrategias que permiten ejemplificar esta clase de *ambush marketing* es la publicidad realizada a favor de la marca Paddy Power por el futbolista Nicklas Bendtner en la Copa Europea 2012. Así, tras anotar un segundo gol, aquel mostró su ropa interior publicitando claramente al signo anteriormente mencionado. Esto trajo como resultado una sanción y una multa de cien mil euros a dicho deportista, la misma que posteriormente fue asumida por la empresa Paddy Power, ya que se optó por no apelar la decisión adoptada por la Unión de Federaciones de Fútbol Europeas⁷⁶.

Por último, otro ejemplo al respecto fue lo ocurrido durante los Juegos Olímpicos de Barcelona en 1992, año en el que Reebok compró los derechos de patrocinio de todo el equipo de baloncesto estadounidense. Sin embargo, Nike suscribió contratos con algunos de los deportistas estrellas de dicho equipo, entre aquellos Michael Jordan y

⁷³ Conor Griffin. “Ambush Marketing – Pushing the Boundaries or a Legitimate Sales Tactic?”. *Product Law and Advertising*, Vol 21 (2014), p. 12.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ The Telegraph. *The eyes have it: five other Olympic sponsorship rows*. <http://www.telegraph.co.uk/sport/olympics/9067527/The-eyes-have-it-five-other-Olympic-sponsorship-rows.html> (acceso: 22/06/2015).

⁷⁶ BBC. *Euro 2012: Nicklas Bendtner banned for underpants celebration*. <http://www.bbc.com/sport/0/football/18443469> (acceso: 22/06/2015).

Charles Barkley. Durante la premiación, en la cual todo el equipo debía vestir el uniforme proporcionado por Reebok, la figura principal del equipo –Michael Jordan– acudió al pódium con una bandera de su país en sus hombros logrando tapar el signo de Reebok. Este suceso generó bastante controversia, desatando la denominada “guerra de marcas”, en la que Nike es catalogado como el vencedor⁷⁷.

Ahondando un poco más en el análisis del marketing de emboscada por medio del uso de participantes, es pertinente citar a Dean Crow y Janet Hoen, quienes destacan:

Although official sponsors may see the appearance of rivals’ insignia at an event as likely to create confusion, this argument overlooks the fact that rivals have the right to promote their sponsorship associations (...) The ability to exploit these relationships is constrained only by the legally binding agreements that exists between individual athletes, teams, associations, governing bodies and event owners⁷⁸.

En el mismo sentido, Tony Meenaghan establece que los deportistas son cada vez más conscientes de su gran posición de negociación por lo que buscan ganar derechos de patrocinio que les sean favorables. En el caso de los equipos, las empresas pueden optar por patrocinar todo el equipo contribuyendo con los *players’ pool* y los ingresos obtenidos se distribuyen en beneficio del equipo y de sus miembros. Gracias al empleo de esta estrategia, las empresas adquieren derechos de patrocinio que pueden ser libremente ofrecidos por los jugadores o equipos. Así, si bien en un principio esta práctica era considerada como un sabotaje al patrocinador oficial de un evento, ahora es ampliamente considerada como legítima dado que involucra un pago a los atletas, quienes gozan del derecho de libertad de contratación⁷⁹.

1.2.3.2 Adquisición de derechos publicitarios en los medios que retransmiten el evento

Esta estrategia implica la compra de derechos publicitarios en los canales en que los eventos van a ser retransmitidos. Así, uno de los beneficios más evidentes es lograr atraer la atención de millones de espectadores ya que, como es de suponerse, el número

⁷⁷ Robert Goldman y Stephen Papon. *Sign Wars. The Cluttered Landscape of Advertising*. Nueva York: Guilford Press, 1996, p. 44.

⁷⁸ Dean Crow y Janet Hoek. “Ambush Marketing: A Critical Review and Some Practical Advice”. *Marketing Bulletin* Vol 14 (2003), p. 6.

⁷⁹ Tony Meenaghan. “Ambush Marketing –A Threat to Corporate Sponsorship-”. *Óp. cit.*, p. 6.

de consumidores que acuden a la sede de los eventos es mínimo en comparación al número de personas que visualizan el evento desde diferentes sitios⁸⁰.

En el año 1984 se presentó uno de los primeros sucesos en torno al marketing de emboscada, la empresa Fuji pagó los derechos para figurar como sponsor oficial de los Juegos Olímpicos de los Ángeles, mientras que su competidor directo Kodak patrocinó a la cadena de televisión *American Broadcasting Company* (ABC), la cual gozaba de los derechos para transmitir el evento en cuestión, todo esto a un costo mucho más bajo. Así, pese a que Fuji era el patrocinador de las Olimpiadas, un gran número del público erróneamente identificó a Kodak como uno de los sponsors oficiales⁸¹.

Esta estrategia conllevó a que surjan las primeras discusiones respecto a la legalidad de estas prácticas. Es así que, conforme a Michael Payne, Fuji en su calidad de patrocinador tenía un legítimo derecho de publicidad en relación con los Juegos Olímpicos, mientras que Kodak por medio de la compra de derechos de patrocinio en la difusión del evento infringió su derecho⁸². En el mismo sentido, Toon Meulemans resalta: “(...) This strategy was aimed at undermining and reducing Fuji’s benefits of being associated with a major event like the Olympic Games (...)”⁸³.

No obstante, la gran mayoría de autores coinciden en que el comportamiento de Kodak no interfirió en el contrato de patrocinio suscrito entre Fuji y el Comité Olímpico Internacional. Más bien, la estrategia en mención develó una protección insuficiente por parte del organizador de dicho evento. De esta forma, se resalta que Kodak únicamente tomó ventaja de una oportunidad legítimamente abierta para aquel o cualquier empresa que hubiese deseado patrocinar a la cadena ABC⁸⁴.

⁸⁰ Jeremy Curthoys y Christopher Kendall. “Ambush Marketing and the Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act: A retrospective”. *Óp. cit.*, p. 7.

⁸¹ Caspar Copetti. *Building Brands through Event Sponsorships: Providing On-Site Audiences with a Vivid Brand Experience*. [http://www1.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/2925/\\$FILE/dis2925.pdf](http://www1.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/2925/$FILE/dis2925.pdf) (acceso: 23/06/2015).

⁸² Dean Crow y Janet Hoek. *Ambush Marketing: “A Critical Review and Some Practical Advice”*. *Óp. cit.*, p. 3.

⁸³ Toon Meulemans. *Ambush marketing: An indefensible marketing strategy*. Tesis de maestría. Universiteit van Amsterdam. Amsterdam, 2011.

⁸⁴ Dean Crow y Janet Hoek. *Ambush Marketing: “A Critical Review and Some Practical Advice”*. *Óp. cit.*, p. 4.

Así, se ha establecido que para evitar este tipo de prácticas, los organizadores de eventos han optado por ofrecer a los patrocinadores potenciales la compra de paquetes de publicidad más completos que incluyen publicidad en el canal que retransmite el evento o la potestad de impedir que sus competidores directos puedan emitir publicidad durante los mismos⁸⁵. De ahí que, en la actualidad sea muy difícil que una empresa logre poner en marcha una estrategia de ambush marketing de este tipo pues los organizadores de eventos han bloqueado totalmente la posibilidad de que una empresa logre aprovechar estos espacios.

1.2.3.3 Ambush Marketing por intrusión

Esta categoría abarca aquellas actividades que tienen como objetivo dirigir la atención del público hacia su producto relacionándolo de forma directa con el evento al que hacen alusión⁸⁶. Así, como bien lo señala el autor Conor Griffin: “Ambush marketing by intrusion usually involves a brand seeking to get exposure during an event either in the background of broadcast coverage outside the event or by a presence inside the event”⁸⁷. Algunas de las prácticas mayormente empleadas que se circunscriben a esta clase de marketing de emboscada son: i) utilización de espacios cercanos al evento, ii) exhibiciones aéreas y iii) dar regalos gratis a los espectadores.

Respecto a la primera práctica, un ejemplo claro es la publicidad de Nike durante los Juegos Olímpicos de Atlanta en 1996, esta empresa rentó una parte importante del espacio público alrededor de los lugares más importantes y construyó un *Nike Village* junto a la Villa Olímpica. Además, repartió banderas a un gran número de espectadores, todo lo cual conllevó a que Nike tuviera un mayor impacto visual que Reebok, uno de los sponsors oficiales del evento en mención⁸⁸.

⁸⁵José Piñeiro Salguero y Antoni Rubí Puig. *Ambush marketing en eventos deportivos*. *Óp. cit.*, p. 10.

⁸⁶ José Ramón. *Ambush Marketing ¿Qué es este fenómeno?*. http://www.lmt.mx/publicaciones_es/Ambush_Marketing-Que_es_este_fenomeno.pdf (acceso: 24/06/2015).

⁸⁷ Conor Griffin. “Ambush Marketing – Pushing the Boundaries or a Legitimate Sales Tactic?”. *Óp. cit.*, p. 12.

⁸⁸ Taylor Wessing. *Ambush Marketing- an Olympic Headache*. http://www.taylorwessing.com/download/article_ambush.html#.VYroQVV_Oko (acceso: 24/06/2015).

De igual forma, un ejemplo que permite ilustrar la segunda práctica mencionada anteriormente es la publicidad llevada a cabo por Budweiser en relación a los Juegos Olímpicos de Sochi 2014. En esta ocasión, la empresa de cervezas creó un gigantesco globo para que se encienda cada vez que los canadienses marquen un gol. La campaña denominada *red light* se basó en la tradicional luz roja que se encuentra en las porterías de hockey y que se enciende cada vez que algún equipo anota un gol. Así, la sola promoción de un video en el que se mostró la realización del gigantesco globo llamado *The Red Zeppelin* durante la transmisión del Super Bowl en Canadá logró atraer la atención de millones de consumidores.

En efecto, el gigantesco globo recorrió diferentes lugares de Canadá, siendo el ícono de los canadienses en cada festejo tras la anotación de un gol. Si bien esto molestó a la Liga Nacional de Hockey Canadiense (NHL) –dado que el patrocinador oficial del equipo era la compañía de cervezas Molson Canadian-, el inconveniente no quedó en más que meras discusiones fuera del ámbito legal pues todos los anuncios recalcan que Budweiser no era sponsor oficial ni mantenía ninguna relación o asociación con la NHL o los Juegos Olímpicos⁸⁹.

Por último, en relación con la tercera práctica se presentó uno de los casos de *ambush marketing* más reconocido: Bavaria y el Mundial de Sudáfrica 2010. La compañía cervecera contrató un grupo de mujeres de distintas nacionalidades para que asistan a los partidos de Holanda con vestidos de color naranja (sin el signo de Bavaria), evocando un anuncio previamente presentado en Holanda. Durante el primer partido de este país, las mujeres fueron enfocadas por las cámaras por varios momentos lo que evidentemente llamó la atención de miles de espectadores.

Este hecho fue catalogado como una práctica de *ambush marketing* violatoria a la normativa expedida en Sudáfrica en miras a la protección de la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA) y sus sponsors oficiales –entre estos la empresa cervecera Heineken-⁹⁰. Consecuentemente, la Policía decidió retirar del estadio a las chicas y

⁸⁹ Jim Andrews. *The Ambush Marketing vs. Sponsorship Debate Springs Eternal*. <http://www.sponsorship.com/About-IEG/Sponsorship-Blogs/Jim-Andrews/February-2014/The-Ambush-Marketing-vs--Sponsorship-Debate-Spring.aspx> (acceso: 24/06/2015).

⁹⁰ Fabrizio Modica. *El Ambush Marketing en la Ley General de la Copa (Campeonato Mundial de Fútbol Brasil 2014). Un análisis internacional y su aplicación en el derecho paraguayo*.

posteriormente dos de ellas (las únicas con nacionalidad holandesa) fueron detenidas por supuesta organización de publicidad no autorizada. No obstante, dichos cargos fueron retirados tras un acuerdo entre la FIFA y Bavaria, el mismo que se pactó en total confidencialidad. Así, este suceso culminó con una nota expuesta por la FIFA en la que se establecía que Bavaria se había comprometido a respetar plenamente la integridad del programa comercial de la FIFA hasta el año 2022⁹¹.

Todas estas prácticas han conllevado a que los organizadores de eventos establezcan como uno de los remedios para combatir el *ambush marketing* la creación de “zonas limpias”. Esto, con la finalidad de asegurar que publicidad no autorizada no aparezca en el evento o alrededor del campo de juego o en un perímetro en el que las cámaras puedan enfocarlo, protegiéndose así los intereses de los organizadores y de sus sponsors oficiales⁹².

1.2.3.4 Realización de anuncios en fechas cercanas o que coinciden con el evento patrocinado

Una empresa puede optar por la realización de publicidad que coincide con la difusión de publicidad del sponsor oficial de un evento en específico. De ahí que, como lo resalta Tony Meenaghan, la legalidad y ética de este tipo de prácticas depende de la estrategia que lleve a cabo cada empresa, entre las que destaca: i) Publicidad temática y, ii) Publicidad tradicional⁹³.

En relación con la primera, una publicidad temática aprovecha de los beneficios de una celebridad más que del evento como tal. Esta estrategia ha sido objeto de molestia de algunos patrocinadores oficiales, quienes han expresado su inconformidad y preocupación en relación a la publicidad temática llevada a cabo por sus competidores

<http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/marcas/Fabrizio-Modica-El-Ambush-Marketing-en-la-Ley-General-de-la-Copa.pdf> (acceso: 24/06/2015).

⁹¹ César Pérez. *Ambush Marketing: la emboscada continúa*. <http://marketisimo.blogspot.com/2010/07/ambush-marketing-la-emboscada-continua.html> (acceso: 24/06/2015).

⁹² Steve Mckelvey y John Grady. “Sponsorship Program Protection Strategies for Special Sport Events: Are Event Organizers Outmaneuvering Ambush Marketers?”. *Journal of Sport Management* Vol 2, (2008), p. 568.

⁹³ Tony Meenaghan. “Ambush Marketing –A Threat to Corporate Sponsorship-”. *Óp. cit.*, p.6.

directos⁹⁴. Un gran ejemplo es lo sucedido en 1992 durante los Juegos Olímpicos de Invierno, año en el que McDonalds fue el patrocinador oficial del equipo de Estados Unidos. Por su parte, la cadena de restaurantes Wendys suscribió un contrato de patrocinio con la figura más emblemática de patinaje artístico olímpico, Kristi Yamaguchi, logrando obtener la atención de los espectadores.

McDonalds emitió críticas respecto al comportamiento de su competidor, sosteniendo que este configuraba como una práctica de *ambush marketing*. No obstante, Wendys se justificó recalcando que cualquier empresa tiene derecho a promover su marca durante los Juegos Olímpicos pues el uso de tiempo al aire está legítimamente disponible para todos los anunciantes⁹⁵. Todas estas alegaciones finalizaron en meras discusiones entre dichas empresas ya que no se ejerció ninguna acción legal.

Respecto a la segunda estrategia, Meenaghan señala que un emboscador puede optar por publicidad y promoción tradicional en respuesta a la publicidad de un patrocinador oficial.

Both companies employ legitimate but different approaches to compete for overall “share of voice”; such activity is not construed as unethical. If, however, the competitor seeks to purchase advertising media time in the slots around television relays of the event that a competitor is sponsoring, the move might be considered an ambush. Some ambushers used this practice successfully in the past, but it is less prevalent now because broadcasters in many countries will either offer the sponsor a first option to purchase available slots or refuse to allow directly competing advertising in slots around televised events⁹⁶.

Para ilustrar esta estrategia se puede citar a Qantas y Adidas, ambos no patrocinadores de los Juegos Olímpicos de Sydney 2000, quienes compraron anuncios de televisión que fueron difundidos durante la cobertura de dicho evento, en desmedro de sus competidores directos –Nike y Ansett- quienes sí adquirieron derechos de patrocinio⁹⁷. Sin embargo, como se mencionó en la cita anterior, hoy en día es muy difícil que se logre obtener espacios durante la transmisión de un evento ya que este medio permite que se presenten prácticas de *ambush marketing* predecibles, que son

⁹⁴ Dean Crow y Janet Hoek. “Ambush Marketing: A Critical Review and Some Practical Advice”. *Óp. cit.*, p. 7.

⁹⁵ Kevin Byon y James Zhang. “Concept and Strategies of Ambush Marketing”. *Proceedings of the Annual Meeting of Association of Collegiate Marketing Educators* (2008), p.391.

⁹⁶ Tony Meenaghan. “Ambush Marketing –A Threat to Corporate Sponsorship-”. *Óp. cit.*, p.6.

⁹⁷ Jeremy Curthoys y Christopher Kendall. “Ambush Marketing and the Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act: A retrospective”. *Óp. cit.*, p. 25.

fácilmente evitadas por los organizadores por medio de una adecuada planificación contractual.

1.2.3.4.1 Ambush Marketing por asociación haciendo referencia a los signos de un evento

Una empresa puede crear una asociación directa o indirecta por medio del uso no autorizado de signos registrados a favor del organizador de un evento. Como bien lo señala Conor Griffin, ejemplos extremos implican el uso de una marca o de un logotipo sin permiso por parte de una empresa no patrocinadora, mientras ejemplos más sutiles pueden presentarse cuando el emboscador busca asociar su producto o servicio sin utilizar los signos directamente⁹⁸.

En este punto es importante recalcar que hay una minoría que prefiere distinguir el *ambush marketing* frente a los actos de piratería comercial y, por otro lado quienes incluyen también a este tipo de prácticas dentro del marketing de emboscada. Así, por ejemplo para los autores José Piñeiro y Antoni Rubí:

Las estrategia de *ambush marketing* (...) deben distinguirse de ciertos actos de piratería, como la venta de *merchandising* olímpico o falso o la utilización sin autorización de marcas y otros signos distintivos, que pueden constituir sin más una violación del derecho de marcas. Sin embargo, no son pocos los autores que prefieren agrupar ambas categorías⁹⁹.

De igual forma, Jason Schmitz destaca que el *ambush marketing* no implica la falsificación o el uso ilegal de marcas, nombres comerciales o símbolos, sino que únicamente abarca aquellas actividades que recurren a la creatividad e ingenio para lograr asociación con un evento en particular¹⁰⁰. Siguiendo la misma línea de pensamiento, Robert Davis destaca que el uso no oficial de logos u otros signos es una actividad completamente ilícita, a diferencia de las prácticas de *ambush marketing* cuya ilegalidad no es del todo clara¹⁰¹.

⁹⁸ Conor Griffin. “Ambush Marketing – Pushing the Boundaries or a Legitimate Sales Tactic?”. *Óp. cit.*, p. 12.

⁹⁹ José Piñeiro Salguero y Antoni Rubí Puig. “Ambush marketing en eventos deportivos”. *Óp. cit.*, p. 12.

¹⁰⁰ Jason Schmitz. Ambush Marketing: “The Off-Field Competition at the Olympic Games”. *Óp. cit.*, p. 205.

¹⁰¹ Robert Davis. “Ambushing the Olympic Games”. *Óp. cit.*, p. 423.

Al contrario, la mayoría de autores prefieren incluir el uso no autorizado de signos distintivos como una práctica de marketing de emboscada. Así, por ejemplo Townley, Harrington y Couchman destacan que el ambush marketing puede dividirse en dos clases de actividades:

1. Activities traditionally considered piracies - these will usually have a clear-cut remedy in law. They are activities that clearly constitute infringements of the property rights in an event, for example, unauthorized use of a registered event logo on merchandise, or false claims to be official suppliers of a particular team.
2. Other activities - more subtle practices for which the remedy is less clear-cut or may not even exist¹⁰².

Asimismo, el autor André Soldner señala que el *ambush marketing* puede ser directo o indirecto. El primero incluye aquellas prácticas en las que una empresa sugiere al público consumidor que es el sponsor oficial de un evento mediante el uso no autorizado de signos que se encuentran protegidos por el organizador. En estos casos existen remedios legales claros que pueden ser empleados por los organizadores para lograr el cese de la actividad publicitaria puesto que estas prácticas involucran una violación directa a derechos de propiedad intelectual. El segundo, por su parte, involucra estrategias de asociación más sutiles que se enmarcan dentro de un área gris del derecho¹⁰³. En el mismo orden de ideas, Peter Barlett establece que el *ambush marketing* por asociación puede incluir desde el uso de marcas, nombres comerciales o logos en la comercialización de servicios o productos o en la realización de material publicitario hasta la asociación con un evento por medio de formas más creativas que no implican el uso directo de signos distintivos¹⁰⁴.

De igual manera, los organizadores de magnos eventos en los programas *anti ambush* que suelen realizarse previamente a llevarse a cabo un evento, califican a las prácticas de piratería como supuestos de marketing de emboscada. Así, por citar algunos ejemplos, con anterioridad a la realización de los Juegos Olímpicos de Invierno en *Salt Lake City* 2002, en el programa anti ambush pertinente se previó una serie de actividades de *ambush marketing* ilegales en las que se incluía la violación de un

¹⁰² Stephen Townley, Dan Harrington y Nicholas Couchman. "The Legal and Practical Prevention of Ambush Marketing in Sports". *Óp. cit.*, p. 333.

¹⁰³ André Soldner. "Ambush Marketing and the 2010 World Cup". *German South African Lawyers Association Newsletter* (2006), p. 1.

¹⁰⁴ Peter Barlett. "Ambush Marketing". *Convergence*, Vol 3 (2007), p. 32.

derecho de marca y la realización de anuncios falsos o engañosos que implicaren una asociación ilícita¹⁰⁵. Asimismo, en la Guía de Publicidad difundida por el *International Cricket Council*, en torno a la realización del Mundial de Cricket 2015, se menciona que es ilegal tanto el uso no autorizado de signos distintivos protegidos así como la asociación, afiliación o supuesta relación de patrocinio con el evento¹⁰⁶, ambas consideradas prácticas de marketing de emboscada.

Ahora bien, para efectos del presente trabajo de investigación se tomará la conceptualización de prácticas de *ambush marketing* por asociación conforme a lo establecido por la mayoría de la doctrina. Esto, dado que el marketing de emboscada hace alusión a todo tipo de asociación parasitaria siendo incorrecto la exclusión de los actos de piratería aún cuando los remedios legales para estos actos sean claros y no generen mayor problema para los organizadores de magnos eventos.

Una vez expuesta esta dicotomía es plausible exponer ciertos ejemplos que permiten ilustrar el *ambush marketing* por asociación directa e indirecta. En cuanto al primero, se puede citar el caso *Ansett Airlines vs Qantas Airlines* en torno a los Juegos Olímpicos de Sydney 2000. La compañía Ansett invirtió aproximadamente cincuenta millones de dólares australianos para ser la aerolínea oficial olímpica más siete millones a una empresa de marketing para el desarrollo del material publicitario¹⁰⁷. Por su parte, Qantas suscribió distintos contratos con jugadores estrellas y emprendió una campaña agresiva empleando ciertas frases como “Sydney 2000”, “Juegos Olímpicos y el nuevo milenio” y, “El Espíritu de Australia Qantas”, todos acompañados con el logo Olímpico, gastando menos de quince millones en su campaña publicitaria. Ansett decidió demandar a su competidora por vulneración de derechos de propiedad intelectual y competencia desleal; sin embargo, ambas compañías llegaron a un acuerdo impidiendo que los tribunales conozcan esta controversia¹⁰⁸.

¹⁰⁵ International Olympic Committee. *The Salt Lake 2002 Sponsorship Overview*. http://www.olympic.org/documents/reports/en/en_report_561.pdf (acceso: 29/06/2015).

¹⁰⁶ International Cricket Council. *Brand and Content Protection Guidelines*. http://live.s3.amazonaws.com/cms/media/about_docs/54abd58ec586f-ICC%20Cricket%20World%20Cup%202015%20-%20Brand%20and%20Content%20Protection%20Guidelines%20-%202015.pdf (acceso: 29/06/2015).

¹⁰⁷ ABC. *Ansett vs Qantas*. <http://www.abc.net.au/worldtoday/stories/s184865.htm> (acceso: 30/06/2015).

¹⁰⁸ José Ramón. *Ambush Marketing ¿Qué es este fenómeno?. Óp. cit.*, p. 5.

De igual forma, en relación al ambush marketing por asociación indirecta se pueden mencionar algunos ejemplos. La compañía Nestlé organizó un concurso en torno al Campeonato de Fútbol Europeo 2012, ofreciendo a los consumidores la oportunidad de ganar dos mil doce euros. Así, en los empaques de las barras de chocolate Kit Kat se incorporó dicho aviso y la letra “o” de la palabra “euros” fue reemplazada por una pelota de fútbol. Si bien la compañía no tenía ninguna asociación formal con el evento anteriormente mencionado sí logró que en la mente del consumidor se genere dicha conexión¹⁰⁹.

Un caso similar se presentó en el Campeonato de Wimbledon 2009, año en el que la empresa *Procter & Gamble* puso en marcha una estrategia de marketing de emboscada para aprovechar la presencia de los fanáticos de tenis que acudieron a este prestigioso evento. La táctica implicó la distribución de tubos de papas *Pringles* en cuya etiqueta se mencionaba el lema: "These are not tennis balls!", los cuales eran entregados en la entrada del evento y que afortunadamente no fueron confiscados. Además, se logró una atención extra gracias a la contratación de los tenistas Roger Federer y Bjorn Borg para que interactuasen con los consumidores. Así, si bien la compañía *Procter & Gamble* no era auspiciante del Campeonato, aquella logró llamar la atención no sólo de quienes acudieron a este evento sino también de los medios de comunicación, quienes a su vez permitieron que miles de televidentes puedan observar la publicidad de la marca *Pringles*¹¹⁰. Estos últimos casos no desencadenaron ninguna disputa legal pues los organizadores prefirieron mantenerse al margen de la situación.

1.2.3.5 Uso no autorizado de entradas en una campaña promocional

Otra estrategia empleada por las empresas para lograr una asociación indirecta con un evento en particular es la utilización de entradas a favor de terceros. Así, la empresa desarrolla un plan publicitario en el que se otorgan de manera gratuita entradas ya sea por una suerte de concurso o simplemente por un reconocimiento a los mejores clientes. Esta práctica, comúnmente empleada, fue ampliamente discutida en el año 2002 gracias

¹⁰⁹ Conor Griffin. “Ambush Marketing – Pushing the Boundaries or a Legitimate Sales Tactic?”. *Óp. cit.*, p. 12.

¹¹⁰ Chantelle Thorley. *Pringles 'ambushes' Wimbledon Championships*. <http://www.eventmagazine.co.uk/pringles-ambushes-wimbledon-championships/article/918090> (acceso: 30/06/2015).

a una demanda interpuesta por la Asociación Nacional Atlética Colegial (NCAA) en contra de la empresa Coors.

La cervecera Coors realizó una promoción en la que obsequiaba al ganador dos tickets para los últimos tres partidos del torneo de atletismo a llevarse a cabo entre los meses de marzo y abril. Esta utilización no autorizada de entradas ocasionó que la NCAA presente una demanda ante la Corte del estado de Indiana en abril de 2003. Los fundamentos principales de esta fueron incumplimiento contractual y vulneración de derecho de la competencia. Así, se estableció que las entradas son licencias revocables y que Coors vulneró dicha licencia pues en el reverso de los tickets expresamente se establecía la prohibición de ser usados como regalo en promociones, salvo contar con una autorización expresa. Asimismo, se alegó una violación al *common law of unfair competition* de Indiana por una asociación no autorizada con la NCAA lo que generó confusión en el público consumidor respecto de quién es sponsor oficial¹¹¹.

Por su parte, Coors argumentó que la NCAA únicamente podría ejecutar los términos establecidos en las entradas en contra del titular de las mismas, siendo aquellos los ganadores del sorteo. Al respecto, la entidad organizadora respondió que eso implicaría la obligación de identificar a los titulares de las entradas entre aproximadamente cuarenta y cinco mil espectadores, sumado a tener que soportar la publicidad negativa que se generaría por negarse a admitir a los espectadores desprevenidos¹¹². Este potencial caso de *ambush marketing* hubiese sido el motivo ideal para conocer el pronunciamiento de la autoridad respecto al uso no autorizado de entradas, lastimosamente este no finalizó en sentencia ya que en el año 2003 la NCAA aceptó una oferta de transacción confidencial.

1.2.3.6 Desarrollo de prácticas imaginativas

Finalmente, al ser el *ambush marketing* una herramienta del marketing de guerrilla que tiene como principal elemento la imaginación, son múltiples las prácticas de marketing de emboscada que se pueden llevar a cabo en torno a la realización de un magno evento. Es más, son precisamente las estrategias meramente imaginativas las que

¹¹¹ Steve Mckelvey. *Jury's Still Out on Ticket Promotions*. <http://m.sportsbusinessdaily.com/Journal/Issues/2003/05/20030519/Opinion/Jurys-Still-Out-On-Ticket-Promotions.aspx> (acceso: 25/06/2015).

¹¹² *Ibíd.*

generan más controversia pues, como se expondrá a continuación, resulta muy difícil para el organizador prevenir este tipo de prácticas.

Como bien lo destacan Townley, Harrington y Couchman: “The ambusher who employs the tactics set out under this heading is likely to be a more sophisticated and commercially wily animal”¹¹³. De igual forma, Curthoys y Kendall establecen que existen ciertas prácticas de marketing de emboscada más sutiles que generan cierta incertidumbre al tratar de buscar un remedio para detenerlas¹¹⁴. Asimismo, Barlett señala que el empleo de forma creativa de eufemismos para referirse a un evento con otro nombre que el público consumidor reconocerá fácilmente, constituye una estrategia imaginativa de marketing de emboscada¹¹⁵.

Son distintos los casos que permiten ejemplificar este tipo de prácticas de *ambush marketing*. Uno de estos se presentó durante la Copa del Mundo de Rugby en 1991, año en el que la empresa de cervezas *Stein lager* era el patrocinador oficial del evento en mención. *Fosters*, la marca competidora, llevó a cabo una campaña publicitaria utilizando el lema “Swing Low, Sweet Carry-out”, la misma que fue difundida por todo Reino Unido. El lema empleado provenía de una parte del himno del equipo de rugby inglés: “Swing Low, Sweet Chariot”¹¹⁶. Si bien este caso no fue objeto de una controversia, constituye un gran ejemplo para denotar la creatividad de los publicistas para lograr atención en el desarrollo de un evento deportivo.

Otro ejemplo que vale la pena destacar es la campaña “Find your Greatness” llevada a cabo por Nike a propósito de los Juegos Olímpicos de Londres 2012. El anuncio indicaba distintas imágenes de atletas anónimos en “Londons” de todo el mundo –calles llamadas “London” y objetos con esa denominación- pero no se hacía referencia directa a Londres – Inglaterra. La asociación con los juegos era evidente y logró mantenerse dentro del marco jurídico establecido por el Comité Olímpico, el cual parecía ser suficiente para prevenir las estrategias de *ambush marketing* comúnmente

¹¹³ Stephen Townley, Dan Harrington y Nicholas Couchman. “The Legal and Practical Prevention of Ambush Marketing in Sports”. *Óp. cit.*, p. 335.

¹¹⁴ Jeremy Curthoys y Christopher Kendall. “Ambush Marketing and the Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act: A retrospective”. *Óp. cit.*, p. 6.

¹¹⁵ Peter Barlett. “Ambush Marketing”. *Óp. cit.* p. 32.

¹¹⁶ Isabel Olguin y Elizabeth Zhang. “Ambush Marketing from a Swedish Consumer Perspective”. Tesis de maestría. Universidad Kristianstad. Suecia, 2014.

empleadas. Así, una vez más Nike logró emboscar a su competidor Adidas, quien pagó millones de dólares para ser el sponsor oficial de los Juegos Olímpicos¹¹⁷.

De igual forma, durante la Copa Mundial de Fútbol Brasil 2014, la marca de sandalias Havaianas logró aprovechar el magno evento y comercializó con gran popularidad las “World-Cup themed sandals”. Así, se crearon varios diseños de sandalias de acuerdo con los colores de las camisetas de los distintos equipos, resultando un gran éxito. Esto generó molestias a la FIFA y a la marca de sandalias Amazonas, la cual incurrió en gastos para ser la marca oficial de sandalias del Mundial 2014. No obstante, no se tomó ninguna medida al respecto¹¹⁸.

Otra gran estrategia imaginativa se presentó durante el Mundial 2010 Sudáfrica, en este año la compañía francesa de aerolíneas “Comair Ltd.” fue el centro de atención en cuanto a prácticas de marketing de emboscada. La compañía en mención es dueña de la aerolínea Kulula, la cual llevó a cabo una campaña publicitaria ofertando vuelos a Sudáfrica de una forma bastante jocosa. Así, en sus anuncios la aerolínea se declaró como la “unofficial national carrier of the 'you-know-what” y, utilizó ciertas imágenes relacionadas con el fútbol.

Con la finalidad de cesar dichos anuncios publicitarios, la FIFA optó por enviar una carta de alerta a la compañía Comair Ltd., ya que a su juicio los anuncios publicitarios generaban una asociación indirecta con el Mundial 2010 y constituían una práctica de ambush marketing por intrusión, lo cual era sancionado bajo la normativa vigente para la protección del evento en cuestión¹¹⁹. Al respecto, Kulula respondió a dichas alegaciones de una forma inesperada y muy creativa que incluyó la creación de un nuevo anuncio-bastante similar al anterior- en el que se cambió el texto a uno aún más ambiguo: “Not Next Year, Not This Year, But somewhere in between”, evitando así hacer uso del “2010”. Además, se aclaró que ciertas imágenes empleadas en el anuncio

¹¹⁷ Adam Epstein. “The Olympics, Ambush Marketing and Sochi Media”. *Arizona State University Sports and Entertainment Law Journal* Vol. 3 (2014), p. 117.

¹¹⁸ Poonam Majithia. *How succesful were FIFA and its sponsors at protecting their brands during the World Cup?*. <http://www.lawinsport.com/articles/intellectual-property-law/item/how-successful-were-fifa-and-its-sponsors-at-protecting-their-brands-during-the-world-cup> (acceso: 28/06/2015).

¹¹⁹ Monika Piatkowska y Jolanta Zysko. “Off-Field Competition at Major Sport Events. Case Study of 2010 FIFA World Cup South Africa”. *Physical Culture and Sport Studies and Research*, Vol. 49 (2010), p. 12.

no eran en realidad lo que parecían, así por ejemplo se estableció que el hombre que parece estar jugando fútbol en verdad solo está poniendo su pie derecho hacia delante y moviéndolo. La publicidad resultó un éxito para Kulula. ya que la FIFA no ejecutó ningún tipo de acción en su contra.¹²⁰

Como se ha expuesto, son distintas las prácticas que pueden ejecutar las empresas para tomar ventaja de un magno evento. Así, si bien algunas de estas han sido aceptadas como legítimas en la medida que involucran un pago para la obtención de derechos de patrocinio, existen otras prácticas que se circunscriben a un área gris del derecho. De ahí la importancia de continuar con el análisis del derecho de la competencia desleal e identificar los supuestos que al concurrir en ciertas prácticas de *ambush marketing* podrían conllevar a que estas prácticas puedan ser sancionadas.

¹²⁰ Tendai Chari y Nhamo Mhiripiri. *African Football Identity Politics and Global Media Narratives*. Londres: Palgrave Macmillan, 2014, p.192.

2 CAPÍTULO II: DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL: NOCIONES GENERALES

Una vez que se han esclarecido los conceptos claves relacionados con la presente investigación, es necesario adentrarse al estudio de la rama del derecho que resulta aplicable para reprimir ciertas prácticas de marketing de emboscada. Así, en el presente capítulo se procederá al análisis doctrinario y jurisprudencial del derecho de la competencia desleal, resaltándose los requisitos que se han de tener que verificarse para que un acto sea considerado desleal y demás nociones generales en torno a esta rama. Adicionalmente, se realizará un estudio de los actos de competencia desleal, centrándonos en el análisis de aquellos actos que la doctrina los ha relacionado con el fenómeno del *ambush marketing*.

2.1 Origen del Derecho de la Competencia Desleal

En primer lugar, a fin de clarificar la temática objeto de análisis de este segundo capítulo, es necesario empezar por diferenciar el derecho de la defensa de la competencia de la rama de la competencia desleal, pues si bien son áreas que guardan algunos aspectos en común, estas son independientes ya que, como se explicará brevemente, los bienes jurídicos protegidos son distintos.

El derecho de la competencia en términos generales abarca la defensa de la competencia o derecho *antitrust* y la competencia desleal o *unfair competition*, siendo este último el tema de estudio objeto de la presente investigación. Así, como bien lo destaca el autor Jorge Witker:

El derecho de la competencia es una rama del derecho económico que regula y ordena los mercados sancionando las prácticas mercantiles anticompetitivas atentatorias a la libre competencia y concurrencia, premisas básicas de las economías de mercados. Es una reglamentación específica que recae sobre ciertos comportamientos de los agentes económicos¹²¹.

Así, el derecho de defensa de la competencia tiene como objeto jurídico protegido la libre competencia¹²², entendiéndose por esta aquella situación de mercado en la que

¹²¹ Jorge Wikter. *Derecho de la Competencia Económica en el TLCAN*. México DF: Editorial Porrúa, 2003, p. 11.

¹²² El Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú (INDECOPI), ha señalado que el fundamento de la libre elección de consumidores y productores tiene

los competidores pueden desarrollar su actividad libremente y, a su vez, los consumidores pueden tomar decisiones libres de compra en el mercado, con información suficiente sobre los productos o servicios a adquirir, sin que en estas decisiones intervengan fuerzas distintas del mercado mismo¹²³. De ahí que, el derecho *antitrust* vele porque la competencia no sea restringida por acuerdo de los empresarios o que no exista abuso de una posición dominante o prácticas concertadas que generen una falla o un posible detrimento al mercado, encargándose del estudio de dichas prácticas.

Por su parte, el derecho de la competencia desleal tiene como bien jurídico protegido la concurrencia de los competidores en el mercado a fin de que la competencia se desarrolle por medio de prácticas honestas¹²⁴. Es así que esta rama del derecho se encarga de establecer las pautas que deben seguir los competidores entre sí¹²⁵. Por lo tanto, al ser dos bienes jurídicos protegidos distintos es plausible concluir que son dos áreas diferentes que implican un estudio individual.

Ahora bien, una vez diferenciados los ámbitos del derecho de la competencia, es procedente continuar con el análisis del derecho de la competencia desleal. El surgimiento de esta rama del derecho tiene su origen en el siglo XIX gracias a la influencia de la libertad de industria y comercio a partir del triunfo de la Revolución Francesa, dejándose atrás el sistema monárquico y gremial¹²⁶. Así, una vez eliminados dichos sistemas –limitantes del desarrollo comercial y de la competencia-, se deja abierta la posibilidad de que las personas se dediquen libremente al desarrollo de

que darse en simultáneo con otros principios del buen funcionamiento de los mercados, entre los que se destaca: la libre información en los mercados, la definición precisa sobre los derechos de cada quien respecto de los bienes y servicios que se transan en el mercado, las garantías de ejecutabilidad de los pactos y el resarcimiento por daños que se ocasionen a terceros. INDECOPI. *Preguntas sobre la libre competencia en el marco de una economía global*, Lima: Indecopi, 1997, pág. 8.

¹²³ Diego Bauche. *La Empresa*. México: Editorial Porrúa, 1983, p. 61. Citado por Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia: Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 45.

¹²⁴ Dánice Vázquez. *La competencia desleal en el mercado cubano*. La Habana: Editorial Unijuris, 2013, p. 23.

¹²⁵ Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia: Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 23.

¹²⁶ Delio Leyva. *De las Restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica*. Santa Fe de Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1998, p. 248.

actividades económicas y, en poco tiempo, se ve la necesidad de evitar que los competidores perjudiquen a otros por actuaciones incorrectas o deshonestas.

De esta forma, se recurre al derecho como una herramienta de protección contra la competencia desleal. En Francia dicha protección se confirma con la interpretación del Código Civil francés sobre responsabilidad extra-contractual, y, más adelante, en Alemania se promulga la primera Ley de Competencia Desleal (1986)¹²⁷. Por su parte, en Estados Unidos si bien el derecho de la competencia se origina con la promulgación del *Sherman Act* en 1890, normas directamente atinentes a la protección contra la competencia desleal se encuentran en la *Federal Trade Commission Act*, ley promulgada simultáneamente a la *Clayton Act* en 1914, en donde se señala que la Comisión está facultada, entre otras cosas, a evitar prácticas desleales de competencias y actos desleales o engañosos que afecten al comercio¹²⁸. Así, la evolución del derecho de la competencia desleal ha implicado que en la mayoría de países se incluya normativa específica que restrinja las prácticas deshonestas al igual que se han adoptado convenios internacionales que proporcionan un marco jurídico de protección en contra de dichos actos.

2.2 Origen y evolución del derecho de la competencia desleal en Ecuador

En el Ecuador, en un principio no existía normativa específica que regule la competencia desleal, por lo que al igual que el caso francés, ciertos tribunales empezaron por aplicar las normas referentes a la responsabilidad extracontractual del Código Civil para sancionar las conductas desleales que se presentasen entre los competidores. Así, el principio por el cual “el que causa un daño está obligado a repararlo”, consagrado en los Arts. 2214 y 2229 del Código Civil¹²⁹, resultaba aplicable

¹²⁷ Dánice Vázquez. *La competencia desleal en el mercado cubano. Óp, cit.*, p. 24.

¹²⁸ Comisión Federal de Comercio. *Federal Trade Commission Act*. <https://www.ftc.gov/es/enforcement/statutes/federal-trade-commission-act> (acceso: 19/07/2015).

¹²⁹ Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

Art. 2229.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Están especialmente obligados a esta reparación: 1. El que provoca explosiones o combustión en forma imprudente; 2. El que dispara imprudentemente una arma de fuego; 3. El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche; 4. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él; y, 5. El que fabricare y pusiere en circulación productos, objetos o artefactos que, por

frente a la inexistencia de normas en torno a la competencia desleal¹³⁰. No obstante, rara vez el concepto era empleado en acciones judiciales¹³¹, aunque en asuntos de propiedad industrial los abogados solían hacer referencia a la existencia de competencia desleal con el objeto de impedir el registro o uso de una marca¹³².

A manera de ejemplo, se puede citar la opinión recogida por la ex Corte Suprema de Justicia en el caso Francisco Baquerizo vs Ibope Latinoamericana S.A., en donde se estableció que antes de la entrada en vigencia de la Ley de Propiedad Intelectual, los artículos del Código Civil atinentes a la responsabilidad extracontractual eran aplicables en situaciones de usos comerciales para que las partes afectadas puedan reclamar indemnización o reparación al demostrar la existencia de delito o cuasidelito¹³³.

A partir del año 1996, el Ecuador pasó a ser miembro de la Organización Mundial del Comercio (OMC), lo cual implicó la aplicación del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual. Dicho instrumento si bien no aborda como tal la competencia desleal, sí señala que sobre este punto se deberá estar conforme al artículo 10 del Convenio de París¹³⁴, el mismo que establece lo siguiente:

defectos de elaboración o de construcción, causaren accidentes, responderá de los respectivos daños y perjuicios. Código Civil Libro IV. Artículo 2214. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹³⁰ Carlos Cabezas. *Propiedad Intelectual y Competencia Desleal. Relación y Evolución Normativa en Ecuador*. http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/10/1.2.-Carlos-Cabezas-Propiedad-Intelectual-y-Competencia-Desleal_Relaci%C3%B3n-y-Evoluci%C3%B3n-Normativa-en-Ecuador.pdf (acceso: 20/07/2015).

¹³¹ Alejandro Ponce, Paola Andrade y Cristina Ponce. *La Competencia Desleal en Ecuador*. http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/propiedad-intelectual-tomo-1/2-la_competencia_desleal.pdf (acceso: 20/07/2015).

¹³² Uno de los casos pioneros de infracción marcaria y competencia desleal se presentó en 1981, año en el que la multinacional Mc Donalds Corporation inició un juicio en contra de Olga Romero de la Torre por uso indebido de marca, piratería comercial y competencia desleal. La demandada tenía registrado a su favor el nombre comercial “Mc Donalds” en el Ecuador y era la propietaria de 11 restaurantes que operaban bajo esa denominación. Si bien uno de los argumentos de la parte actora se basaba en la competencial desleal entrañada por la demandada, en el fallo de primera instancia (que acepta la demanda) no se hace referencia directa a dicho argumento. Juzgado Undécimo de lo Civil de Pichincha. *McDonald's Corporation v. Olga Romero de la Torre*. Revista de Jurisprudencia No. 7 (1995), pp. 81-84.

¹³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Causa No. 296-2001, de 20 de junio de 2002.

¹³⁴ Artículo 39 1. Al garantizar una protección eficaz contra la competencia desleal, de conformidad con lo establecido en el artículo 10bis del Convenio de París (1967), los Miembros protegerán la información no divulgada de conformidad con el párrafo 2, y los datos que se hayan sometido a los gobiernos o a organismos oficiales, de conformidad con el párrafo 3. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (1994), Artículos 22 y 39.

Artículo 10 bis.- 1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a lo nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.

2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.

3) En particular deberán prohibirse:

1. cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

2. las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

3. las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos¹³⁵.

Posteriormente, el 19 de mayo de 1997 entró en vigencia la Ley de Propiedad Intelectual, en cuyo libro IV se hace referencia expresa a la competencia desleal, concibiéndola como “todo hecho, acto o práctica contraria a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas”¹³⁶. Adicionalmente, se señalan de forma no taxativa ciertos actos o prácticas consideradas desleales y, se confiere a los afectados por actos de competencia desleal las mismas acciones atinentes a la vulneración de derechos de propiedad intelectual¹³⁷.

Por otro lado, desde el año 2000 entró a regir en la Comunidad Andina la Decisión 486 (sustitutoria de la Decisión 344), publicada en el Ecuador en el Registro Oficial N° 258 de 02 de febrero de 2001¹³⁸. En este instrumento se definen los actos de competencia desleal y se enlistan algunos de aquellos bajo el Título XVI “De la Competencia Desleal Vinculada a la Propiedad Industrial”. Además, se señalan ciertas normas respecto de las acciones por competencia desleal¹³⁹, todo lo cual permite la

¹³⁵ Convenio de París (1967). Artículo 10bis.

¹³⁶ Ley de Propiedad Intelectual. Artículo 284. Registro Oficial No. 320 de 19 de mayo 1998.

¹³⁷ Art. 287.- Sin perjuicio de otras acciones legales que sean aplicables, toda persona natural o jurídica perjudicada podrá ejercer las acciones previstas en esta Ley, inclusive las medidas preventivas o cautelares. Las medidas a que se refiere el inciso anterior podrán ser solicitadas también por asociaciones gremiales o de profesionales que tengan legítimo interés en proteger a sus miembros contra los actos de competencia desleal. Ley de Propiedad Intelectual. Artículo 287. Registro Oficial No. 320 de 19 de mayo 1998.

¹³⁸ Decisión del Acuerdo de Cartagena 486. Registro Oficial No. 258 de 02 de febrero de 2001.

¹³⁹ Art. 267.- Sin perjuicio de cualquier otra acción, quien tenga legítimo interés podrá pedir a la autoridad nacional competente que se pronuncie sobre la licitud de algún acto o práctica comercial conforme a lo previsto en el presente título.

Art. 268.- La acción por competencia desleal conforme a este título prescribe a los dos años contados desde que se cometió por última vez el acto desleal, salvo que las normas internas establezcan un plazo distinto.

consolidación de un Régimen Común sobre Propiedad Industrial en el que se incluyen disposiciones que restringen las prácticas desleales o deshonestas que estén en relación con la propiedad industrial.

Por último, el 13 de octubre de 2011 entró en vigencia la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), la cual tiene como uno de sus objetos: “la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales”¹⁴⁰. Así, entre una de las disposiciones derogatorias se estableció la eliminación de los artículos atinentes a la competencia desleal de la Ley de Propiedad Intelectual y este tema pasó a ser regulado únicamente por la ley en mención¹⁴¹.

El 07 de mayo de 2012 se expidió el Reglamento a ley anteriormente mencionada, en donde se fija la competencia respecto de prácticas desleales según los efectos de dichos actos. De esta forma, conforme a lo establecido en los artículos 30 y 31 del Reglamento mencionado, aquellas prácticas desleales relativas a la propiedad intelectual entre pares y que no puedan producir una afectación al interés general o al bienestar de los consumidores son de conocimiento de la autoridad nacional competente en materia de propiedad intelectual.

Y, por el contrario aquellas prácticas que puedan producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores son de conocimiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM)¹⁴². Si bien dichos criterios resultan un tanto subjetivos, la Superintendencia mediante sus resoluciones ha interpretado la afectación al interés general desde un enfoque meramente económico, de tal forma que el poder de mercado de un agente es uno de los factores determinantes

Art. 269.- Si la legislación interna del País Miembro lo permite, la autoridad nacional competente podrá iniciar, de oficio, las acciones por competencia desleal previstas en dicha legislación. Decisión del Acuerdo de Cartagena 486. Artículos 267, 268 y 269. Registro Oficial No. 258 de 02 de febrero de 2001.

¹⁴⁰ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

¹⁴¹ Art. 37.- Facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica. Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado. Artículo 37. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

¹⁴² Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado. Artículos 30 y 31. Registro Oficial No. 697 de 07 de mayo de 2012.

para concluir si una práctica afecta o no el interés general y por ende si es juzgada por la SCPM o por el Instituto de Propiedad Intelectual¹⁴³.

2.3 Competencia Desleal: Nociones Generales

La competencia ha sido entendida por la doctrina como “la lucha entre dos personas con necesidades o deseos similares que quieren o aspiran satisfacer con bienes o recursos análogos limitados”¹⁴⁴. Así, la competencia resulta ser aquella situación en que se encuentran las empresas que concurren en el mercado, en virtud de la cual cada transacción comercial que efectúa cualquiera de ellas puede ser considerada por las demás como una oportunidad comercial perdida, lo que le da el carácter de pugna y coloca a los agentes económicos en una posición de enfrentamiento¹⁴⁵. En esta lucha, los competidores pueden optar por emplear diversos métodos para ganar a sus adversarios; no obstante, no todos los actos resultan ser leales u honestos y, es justamente para corregir y restringir estas prácticas deshonestas que entra el derecho de la competencia desleal.

2.3.1 Modelos de Competencia Desleal

Son varios los modelos mediante los cuales la competencia desleal ha evolucionado, entre los que se destacan: i) el modelo paleoliberal, ii) el modelo profesional y, iii) el modelo social. En cuanto al primero, como se mencionó anteriormente, el derecho de la competencia desleal tuvo su origen a partir de la Revolución Francesa, periodo en el que se estableció la más irrestricta libertad de comercio. Es así que, en un primer momento, la regulación de la competencia quedó entregada completamente a las leyes de oferta y demanda, caracterizándose por una ausencia de normativa general¹⁴⁶.

¹⁴³ Superintendencia de Control de Poder de Mercado. *Resolución No. SCPM-IIPD-2012-002*, 04 de febrero de 2013. Registro Oficial No. 36 de 15 de julio de 2013.

¹⁴⁴ Juan Ignacio Font. *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*. Madrid: Editorial Tecnos, 1987, p. 27.

¹⁴⁵ Mauricio Jalife. *Competencia Desleal: Régimen Jurídico Mexicano*. México DF: Editorial Porrúa, 2008, p.14

¹⁴⁶ Óscar Contreras. *La Competencia Desleal y el Deber de Corrección en la Ley Chilena*. Santiago de Chile: Edición Universidad Católica de Chile, 2012, p. 41.

Posteriormente, durante siglo XX, los sectores profesionales comenzaron a exigir una protección frente a los actos de competencia desleal, demandando así una intervención estatal en miras de la defensa de sus derechos. De esta forma, se opta por la adopción de una normativa general prohibitiva en contra de la competencia desleal. Es así que, como bien lo destaca Pinkas Flint, bajo el modelo en cuestión, “la normativa tiene un carácter general aspirando a tutelar la posición de la empresa en el mercado y se aplica solamente a los supuestos de deslealtad entre empresarios en situación competitiva”¹⁴⁷.

Finalmente, desde la terminación de la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad, en la mayoría de legislaciones -incluida la nuestra-, se aplica el modelo social, el cual conllevó grandes cambios en la concepción y configuración de los actos de competencia desleal. La protección ya no se dirige únicamente a los competidores -como en el modelo profesional- sino también a los consumidores y al interés público, es decir la normativa de competencia desleal ofrece protección a todos quienes participan en el mercado. De esta forma, “se procede a la sustitución de un enfoque estrictamente individualista de la disciplina para otorgar una verdadera función social al Derecho de la competencia”¹⁴⁸.

Asimismo, en cuanto a los actos catalogados como desleales se generan ciertos cambios, algunos actos que se consideraban ilícitos pasan a no serlo, como por ejemplo la publicidad comparativa o la invasión de una zona exclusiva y, otros que no lo eran pasan a serlo, como por ejemplo las ventas a bajo precio o las ventas agresivas. Esto, dado que se empieza a incluir la protección del interés colectivo de la competencia y el de los consumidores, además de considerarse el interés de los competidores¹⁴⁹.

2.3.2 Conceptos de Competencia Desleal

El concepto de la competencia desleal es un tema complejo que ha generado cierta disquisición doctrinaria, lo que ha conllevado a que en las legislaciones que han

¹⁴⁷ Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia: Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia. Óp. Cit.*, p. 111.

¹⁴⁸ Luis Velasco y otros. *La aplicación privada del derecho de la competencia*. Madrid: Lex Nova, 2011, p. 866.

¹⁴⁹ Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia: Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia. Óp. Cit.*, p. 114.

incorporado esta figura no exista uniformidad al definir qué se entiende por actos desleales. Es así que, como bien lo destaca Jaeckel, la competencia desleal es una de las instituciones jurídicas que genera mayor nivel de dificultad tanto para el legislador como para el intérprete, pues para empezar el adjetivo “desleal” no es un término jurídico, sino que está en relación con la ética y la moral -ámbitos subjetivos-¹⁵⁰.

Son distintos los conceptos que se han desarrollado a nivel doctrinario respecto a qué se entiende por competencia desleal. Así, según el autor Sebastián García, la competencia desleal es “el acto realizado directa o indirectamente por un operador de mercado, objetivamente contrario a los correctos usos y costumbres mercantiles y a la buena fe, el cual afecta o puede afectar el normal desarrollo concurrencial de otros operadores”¹⁵¹. Siguiendo la misma línea de pensamiento, Gómez Leyva señala que los actos de competencia desleal tienen como objeto modificar las libres adhesiones de los consumidores a través de maniobras y maquinaciones o utilizando medios reprochables que contrarían las costumbres o los usos que rigen la emulación de los participantes oferentes en el mercado¹⁵².

Por su parte, los doctrinarios Vargas y Martínez destacan que la competencia desleal en sentido amplio puede definirse como:

La abusiva práctica de comercio por quien trata de desviar en provecho propio la clientela de otra persona, establecimiento industrial o comercial, empleando para conseguirla equívocos, fortuitas coincidencias de nombres, falsas alarmas o cualquier medio de propaganda deshonesto, buscando atraer una clientela que sin dichas maniobras se dirigiría a otra parte. Es decir que en la competencia desleal se pone de manifiesto, por una parte una conducta maliciosa, contraria a la lealtad y buena fe comercial, y de otro lado, la capacidad de esa conducta de causar daño a la empresa de otro profesional o al comercio en general, al afectar los intereses de comerciantes y consumidores¹⁵³.

De igual forma, el autor Mauricio Velandia considera que la competencia desleal abarca aquellos comportamientos malintencionados por personas comerciantes o

¹⁵⁰ Jorge Jaeckel. *Apuntes sobre Competencia Desleal*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, 1998, p. 8.

¹⁵¹ Sebastián García. *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor*. *Óp. Cit.*, p. 70.

¹⁵² Delio Gómez Leyva. *De las Restricciones, del Abuso y de lada Deslealtad en la Competencia Económica*. *Óp. Cit.*, p. 247.

¹⁵³ Margarita Vargas y José Martínez. Competencia desleal. Primer encuentro de responsables de Organismos Iberoamericanos de Competencia. Citado en Magdú Cordero y Betty Andrade. *La competencia desleal en la Ley para proteger y promover el derecho a la libre competencia*. www.procompetencia.gov.ve/competenciadesleal.html (acceso: 03/08/2015).

partícipes de un mercado, cuyas consecuencias son el debilitamiento de una empresa a cambio del fortalecimiento de otro agente económico, que no necesariamente debe ser el sujeto infractor¹⁵⁴. Adicionalmente, Baylos Carroza establece que:

Se denomina competencia desleal a la actividad concurrencial encaminada a la captación de clientes, que se desarrolla mediante maniobras y maquinaciones o a través de formas y medios que la conciencia social reprueba como contrarios a la moral comercial dentro de la concepción representada por la costumbre y por el uso¹⁵⁵.

Como se puede constatar, son varias las definiciones que se han desarrollado en relación a la competencia desleal. De ahí que, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en un intento por armonizar conceptos haya señalado que: “se reputará como acto de competencia desleal todo acto o práctica que tenga lugar en el ejercicio de actividades industriales o comerciales y que sea contrario a los usos honestos”¹⁵⁶.

A partir de las definiciones anteriormente expuestas, la doctrina ha desarrollado ciertos requisitos para que se configure un acto de competencia desleal: i) que el acto se realice en el mercado, ii) que se lleve a cabo con fines concurrenciales y, iii) que el acto o actividad sea objetivamente contrario a los buenos usos mercantiles y a la buena fe. En cuanto al primero, como bien lo señala el autor Juan Sánchez: “la definición del mercado (...) debe ser entendida en un sentido amplio, como equivalente al ámbito económico de las relaciones humanas (...) así constituye una actuación en un mercado cualquiera que incida real o potencialmente en las relaciones económicas”¹⁵⁷.

De igual forma, Rafael García, en relación con el requisito en mención, señala que el mercado a analizarse no debe comprenderse únicamente en su vertiente meramente horizontal sino también en la vertical¹⁵⁸. En este punto es importante resaltar que no es necesario la existencia de una relación de competencia directa entre sujeto agente y

¹⁵⁴ Mauricio Velandia. Competencia Desleal y Signos Distintivos. *Boletín Latinoamericano de Competencia* No. 17, 2003, p. 36.

¹⁵⁵ Hermenegildo Bayos. *Tratado de Derecho Industrial*. Madrid: Editorial Civitas, 1993, p. 314.

¹⁵⁶ Organización Mundial de Propiedad Intelectual. Disposiciones Tipo sobre la Protección contra la Competencia Desleal. http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/832/wipo_pub_832.pdf (acceso:03/08/2015).

¹⁵⁷ Juan Sánchez. “La Ampliación del Concepto de Competencia Desleal”. *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI*. José Gómez y Ángel García (eds). Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2010, p. 394.

¹⁵⁸ Rafael García. *Ley de Competencia Desleal*. Navarra: Editorial Arazandi, 2008, p. 44.

afectado, pues basta con que la conducta sea realizada en el mercado y con fines concurrenciales para que sea aplicable la normativa referente a la competencia desleal¹⁵⁹.

Respecto al segundo requisito, la doctrina ha establecido que “la concurrencia hace referencia a la pluralidad de empresarios oferentes en el mercado de bienes o servicios similares o intercambiables”¹⁶⁰. Como bien se ha mencionado, para la existencia de un acto de competencia desleal es necesario que aquel se realice con fines concurrenciales, entendiéndose que tal fin existe cuando por las circunstancias en las que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero¹⁶¹. Adicionalmente, se ha destacado que la finalidad concurrencial no significa “ir juntos” o “colaborar juntos”, sino que supone competir en el mercado con unas prestaciones similares con el objeto de equiparar el producto propio al ajeno, en desmedro de otro u otros competidores¹⁶².

En relación al tercer requisito, esto es que el acto sea contrario a la buena fe y a los usos o costumbres honestos, la doctrina ha señalado que:

La buena fe, aplicable al hablar de competencia desleal, sería la buena fe objetiva, por cuanto se traduce en el uso de la libertad de competir, en el hecho de que las reglas de conducta imponen la obligación de permitir el libre ejercicio de la competencia entre los agentes. (...), establecida la buena fe como regla de conducta, debe de entenderse la misma, a los fines de establecer su existencia o no dentro de una determinada conducta, como una competencia por eficiencia, la cual queda referida a la necesidad de que la lucha de concurrencias se desarrolle sobre prestaciones más eficientes que las de los competidores¹⁶³.

De igual forma, señala el autor Óscar Contreras que el juez calificará la buena fe de una conducta según si esta se adecúa o no a las creencias ético-valorativas imperantes en un tiempo determinado, desde un punto de vista objetivo. Así, una práctica o conducta podría no estar prohibida de forma expresa pero sí ser sancionable por violar

¹⁵⁹ Sobre la relación de competencia, vid. Sebastián García. *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor*. Buenos Aires: LexisNexis, 2004, pp. 55 - 59.

¹⁶⁰ Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia: Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia*. Óp. Cit., p. 99.

¹⁶¹ José Massaguer. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Civitas, 1999, p. 121.

¹⁶² Rafael García. *Ley de Competencia Desleal*. Óp. Cit., p. 40.

¹⁶³ Concepción Molina. *Protección Jurídica de la Lealtad en la Competencia*. Madrid: Montecorvo, 1993, p. 261.

el deber de conducta general¹⁶⁴. Adicionalmente, José Narváez destaca que la buena fe es la conciencia de no perjudicar a otra persona ni defraudar la ley y es por tal razón que se define a la buena fe en el ámbito comercial como “la convicción de honestidad, honradez y lealtad en la concertación y cumplimiento en los negocios”¹⁶⁵.

En el mismo sentido, Jaeckel indica que la buena fe constitutiva de competencia desleal es calificada con el adjetivo “comercial”, por lo cual no se trata de una buena fe común, sino que está referida a la buena fe que impera entre los comerciantes. En consecuencia, el juicio de valor respecto al acto en desleal debe revelar con certeza que la conducta es contraria a esta determinada especie de buena fe. Así, se debe entender que la noción de buena fe se refiere a la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a las actuaciones de los comerciantes¹⁶⁶.

En este sentido, la buena fe exige que un acto de competencia se adecue a los parámetros y a las reglas éticas económicas generalmente aceptados por un grupo social determinado¹⁶⁷. Este concepto de buena fe ha sido recogido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCAN) en varias interpretaciones prejudiciales¹⁶⁸; de ahí que, para que un acto sea considerado desleal aquel debe implicar mecanismos contrarios a la honradez y confianza que se espera en el actuar de los comerciantes.

En cuanto a los usos o costumbres honestos, la doctrina ha señalado que uno de los elementos esenciales de la institución de la competencia consiste en la obligación de utilizar medios habituales, evitando el empleo de aquellas herramientas que colocan a los demás competidores en una situación de desigualdad e inferioridad. Así,

[...]al prohibir la deslealtad, en realidad se sanciona la conducta del competidor que juega con ventaja (...), puesto que recurre a medios que ningún comerciante honrado

¹⁶⁴ Óscar Contreras. *La Competencia Desleal y el Deber de Corrección en la Ley Chilena*. Óp. cit., p. 154.

¹⁶⁵ José Narváez. *Derecho Mercantil Colombia*. Bogotá: Ediciones Bonet, 1976, p. 316.

¹⁶⁶ Jorge Jaeckel. *Apuntes sobre Competencia Desleal*. Óp. cit., p. 45.

¹⁶⁷ Sebastián García. *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor*. Óp. cit., p. 61.

¹⁶⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 51-IP-2013. *Importadora Comercial de Belleza S.A. vs. Superintendencia de Industria y Comercio*, 19 de junio de 2013. Este criterio se cita también en los procesos 38-IP-98, 143-IP-2006 y 14-IP-2007.

acostumbra a utilizar; a procedimientos que el uso rechaza, como contrarios a la probidad mercantil¹⁶⁹.

Por su parte el TJCAN en relación al concepto de acto contrario a los usos y prácticas honestos, ha considerado que: “son actos que se producen, precisamente, cuando se actúa con la intención de causar daño o de aprovecharse de situaciones que puedan perjudicar al competidor”¹⁷⁰.

Adicionalmente, la jurisprudencia Colombiana ha establecido que para efectos de probar los usos honestos y las buenas o sanas costumbres, por tratarse de principios morales y éticos en la actividad competitiva, no es necesario que se rijan conforme al procedimiento procesal probatorio pues basta con que la conducta desborde las prácticas usuales para que sea considerada como desleal¹⁷¹. Por otro lado, la costumbre mercantil, se deberá probar conforme a lo dispuesto en el cuerpo legal determinado, esto es cumpliendo con los requisitos establecidos por la ley para que pueda catalogarse como una costumbre¹⁷². Un criterio similar ha sido adoptado por el TJCAN, en el proceso Kraft General Foods Inc. vs Frutera Colombiana S.A., en donde se estableció que “cuando el legislador se refiere a la costumbre mercantil hace alusión a la costumbre como fuente de Derecho Comercial y cuando se utiliza la expresión buenas costumbres,

¹⁶⁹ Hugo Becerra. *Supuestos de Competencia Desleal en Propiedad Industrial*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2634/12.pdf> (acceso: 11/08/2015).

¹⁷⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 026-IP-2008. *Sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. vs. Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia*, 17 de abril de 2018. Este criterio se cita también en los procesos 38-IP-98, 143-IP-2006 y 51-IP-2013.

¹⁷¹ “Al efecto, esa terminología del artículo 75 del código de comercio, no puede entenderse como correspondería a la costumbre *secundum legem*, costumbre como norma positiva, sino apenas como esos principios éticos que deben presidir la competencia. No es pues que tenga que ubicarse como norma general abstracta con fuerza de ley, una costumbre mercantil, que deba ser probada de acuerdo a la ley procesal, y que sea preciso igualmente demostrar su violación, con la conducta del comerciante, no. Cuanto procede es la alegación de una conducta del empresario competidor, frente a su competidor, que desborde esos principios éticos que deben presidir la competencia, que sea contrario a la buena fe comercial, al normal y honrado desenvolvimiento de la actividad competitiva, que no sea probo ni correcto, de acuerdo con los usos y comportamientos normales en el comercio; cualquier conducta que desborde esas prácticas usuales, es perniciosa y desleal.” Tribunal Superior de Medellín. Sala Civil. *Banco Extebandes de Colombia S.A. vs. Hotel Humboldt S.A.* Causa No. 5208. Sentencia de 03 de febrero de 1992.

¹⁷² Mariana Calderón. *Concepto 01086015 del 12 de Diciembre de 2001*. http://www.sic.gov.co/recursos_user/historico/d2011sic7933.htm (acceso: 12/08/2015).

en cambio, se cautela la moral social aceptada o predominante según el lugar y la época¹⁷³.

Ahora bien, una vez analizados los requisitos para que un acto sea considerado desleal, es menester realizar ciertas precisiones respecto a la competencia desleal y la competencia prohibida. La doctrina concibe a la competencia ilícita como un concepto amplio que comprende las dos modalidades de competencia: desleal y prohibida. Así, como bien lo establece Baylos:

La competencia desleal por violación de normas y la competencia prohibida son practicas de competencia ilícita. Sin embargo, mientras la competencia desleal por violación de normas supone realizar una actividad económica permitida y en ejercicio de dicha actividad obtener una ventaja competitiva ilícita derivado del incumplimiento de una norma legal, la competencia prohibida implica realizar una actividad económica que la ley no permite. Así, la diferencia principal radica en que lo ilícito en la competencia desleal es el mecanismo utilizado y en la competencia prohibida lo ilícito es competir¹⁷⁴.

De igual forma, Hugo Becerra señala que la competencia ilícita implica el ejercicio de una actividad mercantil de la que hay obligación de abstenerse y comprende dos categorías. Por una parte, la competencia prohibida que alude a aquellos actos en los que lo ilícito resulta ser el ejercicio mismo de la concurrencia, en sus palabras: “no se puede lícitamente desarrollar un determinado tipo de actividades, que se declaran vedadas jurídicamente para determinados sujetos, sobre los cuales recae una obligación de abstenerse de realizarse competencia”¹⁷⁵. Así, por ejemplo existe dicha prohibición cuando por ley se crean monopolios estatales, cuando la administración otorga concesiones a ciertas personas y, en los casos de derechos de propiedad intelectual e industrial. En todos estos supuestos, una determinada actividad queda bloqueada a favor de un único titular, permaneciendo prohibida a todos los demás¹⁷⁶.

Por otro lado, en la competencia desleal la actividad concurrencial en sí misma es lícita siempre que se desarrolle correctamente, pues sólo es prohibido ejercitarla bajo

¹⁷³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 30-IP-96. *Sociedad Kraft General Foods vs. Frutera Colombiana S.A.*, 12 de septiembre de 1997. Registro Oficial No. 212 de 10 de diciembre de 1997.

¹⁷⁴ Hermenegildo Bayos. *Tratado de Derecho Industrial. Óp. cit.*, p. 327.

¹⁷⁵ Hugo Becerra. *Supuestos de Competencia Desleal en Propiedad Industrial. Óp. cit.*, p. 198.

¹⁷⁶ Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia: Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia. Óp. Cit.*, p. 103.

determinados medios que son los que la convierten en ilícita¹⁷⁷. De ahí que, exclusivamente en aquellos casos en que los agentes económicos concurren al mercado con herramientas deshonestas y contrarias a la buena fe, la competencia va a ser desleal y por ende ilícita y sancionada.

2.4 Cláusula General de Competencia Desleal

Como bien lo destaca Pinkas Flint, las legislaciones sobre competencia desleal comúnmente establecen una cláusula general en la que se recoge la definición de acto o práctica desleal y, posteriormente se enlistan de forma no taxativa ciertos actos que se consideran deshonestos e ilícitos¹⁷⁸. La importancia de dicha cláusula radica en su adaptabilidad a las circunstancias futuras posteriores a la promulgación de la norma en la que se inserta, así, su flexibilidad permite que conductas antijurídicas se subsuman en ella, sin haber sido previstas por el legislador¹⁷⁹. En este sentido, la inclusión de una cláusula general persigue una finalidad interpretativa -ya que permitirá al juez aplicar en el caso determinado los criterios valorativos que recoge la cláusula- y, una finalidad de seguridad jurídica -en la medida en que gracias a la cláusula general el operador económico es consciente de que los actos contrarios a la buena fe o a los usos o costumbres honestos son desleales-¹⁸⁰.

No obstante, su amplitud ha generado cierta problemática¹⁸¹, pues como bien se ha manifestado en la doctrina: “las cláusulas generales tienen una textura abierta o

¹⁷⁷ Hugo Becerra. *Supuestos de Competencia Desleal en Propiedad Industrial*. Óp. cit., p. 203.

¹⁷⁸ Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia: Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia*. Óp.cit., p. 108.

¹⁷⁹ Juan Ignacio Peinado y María José Carazo. “La Publicidad Desleal. Aproximación a la Publicidad Comparativa en su Proyecto de Regulación en la Unión Europea”. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (ed.). *La Constitución Española en el Ordenamiento Comunitario Europeo*. Madrid: Centro de Publicaciones, 1999, p. 608.

¹⁸⁰ Alberto Emparaza. *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*. Civitas Ediciones, 2000. Citado en Sebastián García. *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor*. Buenos Aires: LexisNexis, 2004, p. 65.

¹⁸¹ Una mínima parte de la doctrina no está de acuerdo con la existencia de una cláusula general, así entre los autores que han manifestado su opinión disconforme se encuentra Jorge Danós, quien señala que en virtud del principio de legalidad, las normas con rango de ley deben contener dos elementos: i) la tipificación de las conductas que se consideran infracciones y, ii) la determinación de las sanciones aplicables. Por tal motivo, expresa el autor, resulta incompatible con dicho principio aquella técnica en el derecho sancionador por la que la norma tipificadora de la conducta antijurídica carece de contenido materia propio y se estila de manera genérica como infracción toda contravención a los mandatos contemplados por una norma determinada. Huáscar Ezcurra y Christian Chávez. *La Cláusula General Prohibitiva*. Lima: UPC, 2007, p. 97. En el mismo sentido, se ha pronunciado el doctrinario García de

vaguedad que complica extraordinariamente su aplicación”¹⁸². De ahí que, la doctrina haya calificado a dicha cláusula como “una norma jurídica en sentido técnico” esto es, una norma completa de la que derivan deberes jurídicos precisos para los particulares. Es así que, la cláusula general tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, distinto a los actos de competencia desleal que la ley ha estimado tipificar en concreto. Por lo que su aplicación ha de hacerse en forma autónoma para reprimir aquellas conductas que no han podido ser subsumidas en los supuestos contemplados en la tipificación particular¹⁸³.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, el profesor Felipe Palau, destaca que la cláusula general es una norma sustantiva que salva del anquilosamiento al sistema y cuya infracción constituye como tal un acto de competencia desleal. Asimismo, enfatiza que la aplicación de la cláusula general exige descartar la aplicación de los tipos específicos, siendo improcedente una aplicación conjunta o acumulada¹⁸⁴. Este criterio, atinente a la aplicación de la cláusula general, ha sido recogido por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia en múltiples resoluciones¹⁸⁵, estableciéndose que la cláusula general no es un artículo de aplicación subsidiaria respecto de las conductas específicas, sino una verdadera norma autónoma que sanciona aquellas conductas que se escaparon a la previsión del legislador¹⁸⁶.

Enterría, según el cual las cláusulas generales permiten que el órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio, lo cual con una especificación normativa no sería plausible. Eduardo García de Enterría. *Curso de Derecho Administrativo Tomo II*. Madrid: Editorial Civitas, 2000, p. 174.

¹⁸² Daniel Irigoyen y Rafael García. “La cláusula general de la Ley de Competencia desleal tras su reforma por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre”. Javier Juste et al. *Cuestiones actuales de Derecho de la Empresa*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla, 2011, p. 158.

¹⁸³ José Ramón. *Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial, Publicidad y Derecho de la Competencia*. Madrid: Nueva Imprenta S.A., 2007, p. 967.

¹⁸⁴ Felipe Palau. Competencia Desleal. <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/03.-FELIPE-PALAU-Competencia-desleal-2013.pdf> (acceso: 13/08/2015).

¹⁸⁵ Son múltiples las resoluciones en las que la Superintendencia ha puesto en manifiesto el carácter autónomo de la cláusula general, de manera ejemplificativa se pueden mencionar las siguientes: Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. *Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, Occidente y Caribe Celular Ocel S.A. y, Empresa Regional de Comunicaciones Celulares de la Costa Atlántica S.A. Celcaribe S.A. vs Colombia Móvil S.A.* Expediente No. 03-056401, 28 de diciembre de 2017. Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. *Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A. vs Servir S.A. y Solsalud Entidad Promotora de Salud S.A.* Expediente No. 06117234, 27 de octubre de 2010.

¹⁸⁶ Alejandra Jaramillo. *Desarrollo jurisprudencial de la cláusula general de prohibición de actos de competencia desleal*.

En cuanto a la legislación ecuatoriana, la LORCPM en su artículo 26 recoge la cláusula general de prohibición de competencia desleal:

Art. 26.- Prohibición.- Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios (...) ¹⁸⁷.

En el mismo sentido, el artículo 258 de la Decisión 486, señala que se considera desleal: “todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestos ¹⁸⁸”. Estas disposiciones revisten gran importancia puesto que permiten que, en caso de no existir la práctica o acto tipificado como desleal, se pueda sancionar dicha conducta al aplicarse de forma autónoma la cláusula general. De esta forma, se logra que la protección contra la competencia desleal no quede obsoleta respecto al desarrollo de nuevas prácticas empresariales.

2.5 Actos de Competencia Desleal

Como se mencionó en el punto anterior, son innumerables los actos que pueden constituir competencia desleal ya que la misma evolución del tráfico mercantil conlleva el desarrollo de nuevas prácticas comerciales. No obstante, existen ciertos actos que por su incidencia han sido recogidos y tipificados de forma específica en la mayoría de legislaciones. A continuación, se procederá a realizar un análisis general de dichos actos y, específicamente de aquellos que resultan pertinentes al objeto de la presente investigación.

Existen varias clasificaciones de actos de competencia desleal que la doctrina ha desarrollado, no obstante existen ciertos esquemas que han sido la base para categorizar las distintas prácticas desleales. De ahí que, por su importancia, a continuación se realizará un recuento breve de aquellas clasificaciones.

https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri471.pdf
(acceso: 14/08/2015).

¹⁸⁷ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado. Artículo 26. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

¹⁸⁸ Decisión del Acuerdo de Cartagena 486. Artículo 258. Registro Oficial No. 258 de 02 de febrero de 2001.

2.5.1 Clasificación de Hefermehl

Como bien lo señala Sebastián García, una de las clasificaciones de actos desleales más difundidas es la elaborada por el alemán Hefermehl, la misma que ha sido adoptada en la mayoría de la doctrina alemana y una parte de la suiza¹⁸⁹. El autor en mención agrupa los actos de competencia desleal en cinco estamentos: i) *Kundenfang* o captación desleal de la clientela, en donde se incluyen actos de confusión de prestaciones, engaño, publicidad engañosa, publicidad molesta, la atracción mediante estímulos distintos a la propia prestación y la explotación de confianza; ii) *Behinderung* u obstaculización desleal de los competidores, que incluye, entre otros, actos de denigración, discriminación, boicot, *dumping* y la publicidad comparativa que no cumple con los parámetros legales; iii) *Ausbeutung* o explotación desleal de los esfuerzos ajenos, en esta categoría se encuentran los actos de imitación servil, la divulgación de secretos y el aprovechamiento de la reputación ajena, iv) *Rechtsbruch* o creación de una ventaja competitiva mediante violación de normas, que incluye la violación de precios impuestos por ley, incumplimiento contractual, inducción a la violación contractual y la ruptura del vínculo de distribución y, v) *Marktstörung* o perturbación del mercado, dentro de este apartado se encuentra la entrega gratuita de productos y el abuso de posición dominante¹⁹⁰.

2.5.2 Clasificación de Ghidini

Gustavo Guidini es el autor de la clasificación de actos desleales más extendida entre la doctrina italiana. Él menciona que para clasificar los actos de competencia desleal se debe centrar en los perfiles funcionales de los actos concurrenciales y su coherencia con los intereses constitucionales¹⁹¹. Así, teniendo en cuenta este criterio, los actos se dividen de la siguiente forma: i) actos relativos a la función distintiva -aquellos que afectan la capacidad de las empresas para diferenciarse-, entre los que se incluyen la confusión, el abuso de signos distintivos y la imitación; ii) actos relativos a la función

¹⁸⁹ Sebastián García. *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor*. Óp. Cit., p. 72.

¹⁹⁰ Wolfgang Hefermehl. *Wettbewerbsrecht*. Munich: Beck, 1981. Citado en Carlos Cabezas. *Propiedad Intelectual y Competencia Desleal. Relación y Evolución Normativa en Ecuador*. http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/10/1.2.-Carlos-Cabezas-Propiedad-Intelectual-y-Competencia-Desleal_Relación-y-Evolución-Normativa-en-Ecuador.pdf (acceso: 17/08/2015).

¹⁹¹ Gustavo Ghidini. "La Competencia Desleal. Desde las corporaciones al corporativismo". *Revista de Derecho Mercantil* (1975), p. 118.

promocional -aquellos que pueden afectar a la promoción de los productos de una empresa-, aquí se encuentran los actos de denigración, la comparación desleal, la publicidad engañosa y el aprovechamiento de la reputación ajena; iii) actos relativos a la función distributiva -aquellos que afectan a la función de libre acceso al mercado y distribución equitativa de los bienes-, dentro de esta categoría se destacan los actos de violación de derechos de exclusividad, dumping y boicot; iv) actos relativos a la función de política de personal, entre los que se incluyen los actos de transferencia desleal de dependientes y agentes y, v) los actos relativos a la función de investigación y desarrollo, dentro del cual se encuentran los actos de violación de secretos, abuso de competencia, competencia parasitaria y violación de normas legales¹⁹².

2.5.3 Clasificación de Emmerich

Otra de las clasificaciones que más relevancia ha alcanzado es la elaborada por Emmerich, la misma que ha sido adoptada por la mayoría de autores españoles, entre los que se destacan Virgos Soriano y Aurelio Menéndez¹⁹³. Estos autores clasifican a los actos de competencia desleal según los intereses afectados. De esta forma, los actos desleales se agrupan en: i) actos desleales frente a los consumidores, tipificándose actos de confusión, engaño, promoción en especie y comparación; ii) actos desleales frente a los competidores; entre los que se incluyen los actos de imitación, explotación de la reputación ajena, denigración, inducción a la infracción contractual y violación de secretos; iii) actos desleales que vulneran el interés público, donde aparecen los actos de discriminación, venta a pérdida, prácticas predatorias y violación de normas¹⁹⁴.

2.5.4 Actos de Competencia Desleal en la normativa ecuatoriana

Todas las clasificaciones propuestas han servido como punto de partida para entender la naturaleza de los actos de competencia desleal, los cuales pueden ser agrupados de distintas formas, siendo algunas sistematizaciones más relevantes que otras. En el caso de Ecuador, los actos desleales han sido clasificados conforme a valores normativos -separándose de las clasificaciones que parten de un criterio más

¹⁹² Sebastián García. *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor*. Óp. cit., p. 73.

¹⁹³ Sobre las ideas que se resumen en esta parte, *cfr.* Virgos Soriano. *El comercio internacional en el nuevo Derecho Español de la competencia desleal*. Madrid: Civitas, 1993 y, Aurelio Menéndez. *La Competencia Desleal*. Madrid: Civitas, 1988.

¹⁹⁴ Dánice Vázquez. *La competencia desleal en el mercado cubano*. Óp. cit., p.77.

fenomenológico y sociológico-, como las descritas en líneas anteriores. Es así que, la LORCPM, en su artículo 27, enumera de forma no taxativa algunas prácticas consideradas desleales, entre las que se contemplan: actos de confusión, actos de engaño, actos de imitación, actos de denigración, actos de comparación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos empresariales, inducción a la infracción contractual, violación de normas y prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores¹⁹⁵.

Ahora bien, para efectos del presente trabajo únicamente se analizarán los actos desleales que se encuentran en relación con el *ambush marketing*, siendo estos: i) actos de confusión, ii) actos de engaño y, iii) explotación de la reputación ajena.

2.5.4.1 Actos de Confusión

Conforme al artículo 27 de la LORCPM, entre otras, se consideran prácticas desleales:

1.- Actos de confusión.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos. En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero¹⁹⁶.

Como bien lo establece Jorge Otamendi, una de las formas clásicas y más habituales de competencia desleal es la de tratar de confundir al consumidor. Así, el competidor desleal intenta cambiar la elección del público consumidor mostrándole una realidad que no es, ya sea generando confusión respecto de los productos o servicios o respecto del origen de los mismos¹⁹⁷. De igual forma, Pedro Portellano resalta que la confusión se produce a través de todas aquellas actividades que resultan idóneas para provocar en el consumidor un error acerca de la procedencia o del producto o servicio como tal¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado. Artículo 27. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

¹⁹⁶ *Ibíd.*

¹⁹⁷ Jorge Otamendi. *La Competencia Desleal*. <http://dspace.palermo.edu/dspace/bitstream/10226/338/1/032Juridica01.pdf> (acceso: 19/08/2015).

¹⁹⁸ Pedro Portellano. *La Imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*. Madrid: Civitas, 1995, p. 261.

En el mismo sentido, Massaguer define al acto de confusión como cualquier clase de comportamiento idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o establecimientos ajenos, circunstancia que inclusive se produce cuando el acto es apto para crear un riesgo de asociación respecto a la procedencia empresarial¹⁹⁹. Así también, Delio Gómez destaca que: “en la confusión hay el deseo de engañar para lucrarse cabalgando sobre el prestigio del empresario rival, sus signos distintivos, sus productos o servicios y el de sus establecimientos de comercio”²⁰⁰.

La confusión, conforme a los criterios doctrinarios previamente señalados y en virtud de lo establecido por el artículo 27 de la LORCPM, tiene un ámbito de aplicación amplio que conlleva a que cualquier medio apto para causar confusión al público consumidor pueda ser sancionado. La confusión también se encuentra regulada en el ámbito de la propiedad industrial, de ahí que sea importante conocer ciertas precisiones doctrinarias y jurisprudenciales que se han establecido en torno al acto de confusión como acto de competencia desleal y el riesgo de confusión marcaría como infracción a los derechos de propiedad industrial.

La doctrina es consistente en señalar para que exista un correcto funcionamiento de una economía de mercado basada en el principio de la libre competencia es indispensable que sea posible diferenciar entre las distintas empresas que concurren en el mercado y entre los diferentes productos y servicios que estas ofrecen²⁰¹. Así, al protegerse la distintividad de las actividades no sólo se resguarda el interés de los competidores sino también el de los potenciales consumidores, quienes en el margen de lo posible deben estar seguros de su elección²⁰². La propiedad industrial y la competencia son ramas que se complementan, así por un lado la tutela en la esfera de la competencia desleal se otorga en consideración de la función diferenciadora que cumplen los signos distintivos en el mercado, mientras que la protección de aquellos en

¹⁹⁹ José Massaguer. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Civitas, 1999, p. 125.

²⁰⁰ Delio Leyva. *De las Restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica*. *Óp. Cit.*, p. 327.

²⁰¹ Alfredo Bullard y Carlos Patrón. “El otro poder electoral: Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal”. *Revista de Estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* N° 39 (1999), p. 445.

²⁰² José María de la Cuesta. “Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena”. *La Regulación Contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991*. Cano Bercovitz et al (coords). Madrid: p. 36.

el ámbito de la propiedad industrial se confiere al titular de los mismos en consideración de los derechos que aquel ha adquirido²⁰³.

En nuestro ordenamiento, la confusión es también regulada por la Ley de Propiedad Intelectual y la Decisión 486, cuerpos legales en los que el riesgo de confusión y asociación constituyen un impedimento para registrar un signo distintivo²⁰⁴, al igual que se consagra como un derecho del titular de una marca el impedir que cualquier tercero use un signo que pueda causar confusión o riesgo de asociación²⁰⁵. Al respecto, es importante resaltar que la confusión, vigente tanto en la propiedad industrial como en la competencia desleal es una sola figura jurídica que hace alusión al uso de productos, establecimientos o servicios de tal forma que no se los pueda distinguir o que exista error respecto del origen empresarial de los mismos²⁰⁶.

Tanto jurisprudencial como doctrinariamente se ha establecido que la identidad o la semejanza de los signos puede dar lugar a dos tipos de confusión: directa e indirecta. La primera, se produce cuando el consumidor, debido a la identidad o gran similitud de las prestaciones, considera que se trata del mismo signo distintivo²⁰⁷. En el mismo sentido, el TJCAN ha sostenido que la confusión directa “se caracteriza porque el vínculo de identidad o semejanza induce al comprador a adquirir un producto o usar un servicio determinado en la creencia de que está comprando o usando otro, lo que implica la existencia de un cierto nexo también entre los productos o servicios”²⁰⁸.

La segunda clase de confusión, se da en aquellos casos en que el público confunde el origen de las marcas atribuyéndolo a una misma empresa. Es así que, el TJCAN ha destacado que la confusión indirecta se caracteriza porque el vínculo de identidad o

²⁰³ Delio Leyva. De las Restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica. *Óp. Cit.*, p. 329.

²⁰⁴ Ley de Propiedad Intelectual. Artículo 135. Registro Oficial No. 320 de 19 de mayo 1998 y Decisión del Acuerdo de Cartagena 486. Artículo 135. Registro Oficial No. 258 de 02 de febrero de 2001.

²⁰⁵ Ley de Propiedad Intelectual. Artículo 155. Registro Oficial No. 320 de 19 de mayo 1998 y Decisión del Acuerdo de Cartagena 486. Artículo 155. Registro Oficial No. 258 de 02 de febrero de 2001.

²⁰⁶ Karina Espinoza. *El acto de confusión como acto de competencia desleal y el riesgo de confusión marcaria como infracción a los derechos de la propiedad industrial*. <http://servicios.indecopi.gob.pe/revistaCompetencia/castellano/articulos/primavera2007/ESPINOZA.pdf> (acceso: 21/08/2015).

²⁰⁷ Pedro Portellano. *La Imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*. *Óp. Cit.*, p. 268.

²⁰⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 108-IP-2012. *ISAGRO S.A. vs. Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual*, 03 de octubre de 2012, p. 9.

semejanza, “hace que el consumidor atribuya, en contra de la realidad de los hechos, a dos productos o dos servicios que se le ofrecen, un origen empresarial común”²⁰⁹.

Por otro lado, el riesgo de asociación, implica que el consumidor aún siendo consciente de que los productos o servicios tienen una procedencia empresarial diferente, supone equivocadamente que entre las empresas oferentes existen relaciones económicas, comerciales o de organización²¹⁰. De igual forma, el TJCAN ha resaltado que el riesgo de asociación es “la posibilidad de que el consumidor, que aunque diferencie las marcas en conflicto y el origen empresarial del producto, al adquirirlo piense que el productor de dicho producto y otra empresa tienen una relación o vinculación económica”²¹¹.

Ahora bien, aún cuando la figura de la confusión es la misma en la propiedad industrial que en la competencia desleal, existen diferencias en cuanto a los criterios empleados por las autoridades competentes para determinar la existencia confusión. Así, como bien lo señala el autor Massaguer, en el sistema de marcas el riesgo de confusión posee carácter normativo pues los criterios empleados por la autoridad encargada de asuntos de Propiedad Intelectual se encuentran regulados por la Decisión 486 y la ley interna de cada país miembro. Mientras que, en el sistema de represión de la competencia desleal, la confusión tiene un carácter esencialmente fáctico ya que en la normativa referente no se han determinado los criterios para el análisis de la actos de confusión. Así, por ejemplo en Perú, la Comisión de Represión de Competencia Desleal, ha desarrollado los “Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial”, en donde se señala que para determinar si se ha producido un acto de confusión se debe observar, entre otros puntos, lo siguiente:

- (i) la forma como se distribuyen los productos o se proveen los servicios en cuestión (por ejemplo, si concurren en una misma plaza, en un mismo segmento del mercado o empleando similares canales de distribución), (ii) el nivel de experiencia de los

²⁰⁹ *Ibíd.*

²¹⁰ Existen dos tesis en cuanto a los alcances del riesgo de asociación. La primera afirma que el riesgo de asociación debe ser interpretado como un concepto amplio que sus contornos sean más extensos que los del riesgo de confusión. Por otro lado, se encuentra la corriente que entronca el riesgo de confusión con el de asociación, así el riesgo de confusión en sentido amplio involucra el riesgo de asociación. Sobre las ideas que se resumen en esta parte, cfr. Vilma Sánchez. *La Publicidad en Internet: Régimen Jurídico de las Comunicaciones Electrónicas*. Madrid: La Ley, 2007, pp. 258-260.

²¹¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 265-IP-2014. *The Prudential Insurance Company of America. vs. Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual*, 26 de febrero de 2015, p. 8.

consumidores que adquieren tales bienes o servicios, (iii) el grado de distintividad de la forma o apariencia externa del producto o de la prestación del servicio o de sus medios de identificación (esto es, si dichos elementos cumplen una función indicadora de procedencia empresarial) y (iv) el grado de similitud existente entre los elementos que distinguen a los productos o a la prestación de los servicios objeto de evaluación²¹².

Adicionalmente, otra diferencia que destaca la doctrina es que el derecho de marcas se rige por los principios de registro y de especialidad. Es así que, la protección sobre el riesgo de confusión se determina con base al título de registro y se limita a los productos o servicios protegidos o aquellos que se encuentran directamente relacionados (exceptuando las marcas notorias y de alto renombre). Por su parte, la competencia desleal incluye también la protección de signos no inscritos u otros instrumentos de identificación que no sean susceptibles de amparo por la propiedad industrial, lo que no implica que la aplicación de esta rama del derecho se limite a dichos supuestos²¹³.

De ahí que, la doctrina, en su mayoría, manifieste que la confusión desleal no tiene como objeto duplicar la protección que ofrece el derecho marcario, sino que ambas ramas que incluyen esta figura se complementan para lograr una protección más amplia a los agentes económicos y consumidores²¹⁴.

2.5.4.2 Actos de engaño

El artículo 27 de la LORCPM también cataloga los actos de engaño como prácticas deshonestas, estableciéndose que:

2.- Actos de engaño.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla

²¹² Comisión de Represión de la Competencia Desleal. *Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial. Resolución No 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI*. <http://www.bn.com.pe/transparenciabn/transparencia-financiera/LineamientosobreCompetenciaDeslealyPublicidadComercial-Indecopi.pdf> (acceso: 26/08/2015), p. 12.

²¹³ Montiano Monteagudo. *El riesgo de confusión en derecho de marcas y en derecho contra la competencia desleal*. <http://vlex.com/vid/riesgo-confusion-marcas-competencia-desleal-262466> (acceso: 26/08/2015), p. 18.

²¹⁴ Karina Espinoza. *El acto de confusión como acto de competencia desleal y el riesgo de confusión marcaria como infracción a los derechos de la propiedad industrial*. *Óp. Cit.*, p. 137.

tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje²¹⁵.

Al respecto, la doctrina destaca que la deslealtad por engaño tiene una implicación directa para el consumidor, quien toma una decisión de una forma no clara al momento de adquirir el producto o servicio. De ahí que, la tipificación del acto sea el error en que incurre el consumidor al momento de tomar su decisión ya sea por la acción expresa o tácita o por la omisión del agente económico²¹⁶. Adicionalmente, Massaguer destaca que el engaño no solo es el paradigma de la deslealtad frente al consumidor quien puede sufrir un daño económico -o uno aún más grave- debido a la información incorrecta proporcionada, sino también una fuente de perjuicio para el competidor honrado, quien puede ser afectado por la desviación de la clientela y, sobre todo, perjudica la operatividad del mercado mismo puesto que disminuye su transparencia.

El autor Rafael García menciona que el acto de engaño es la clásica conducta de competencia desleal que perjudica de forma directa al consumidor, siendo los elementos del acto en mención:

- i) Un comportamiento positivo, consistente en utilizar o difundir, o uno negativo, consistente en omitir menciones verdaderas;
- ii) Que el comportamiento pueda causar o cause un error en el consumidor;
- iii) Que los destinatarios sean directos o indirectos; y,
- iv) Que se refiera a la naturaleza, modo de elaboración o características en general del producto que se trata²¹⁷

A partir de estos elementos, se pueden deducir ciertas circunstancias que deben concurrir para que el engaño sea susceptible de ser calificado como desleal. En primer lugar, la acción debe ser relevante, esto es que se debe verificar la presencia de indicaciones incorrectas o falsas o una omisión de estas que sean importantes para que el consumidor forme su preferencia, lo cual se logra tomando en cuenta la realidad

²¹⁵ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado. Artículo 27. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

²¹⁶ Dánice Vázquez. *La competencia desleal en el mercado cubano. Óp, Cit.*, p. 94.

²¹⁷ Rafael García. *Ley de Competencia Desleal*. Navarra: Thomson-Arazandi, 2008, p. 202.

objetivamente demostrable de los productos o servicios ofertados. En segundo lugar, se debe constatar un acto externo de utilización o difusión de los datos o indicaciones de que se trate, lo cual puede darse por múltiples medios, como por ejemplo: publicidad, rotulado, promotores, etc. Por último, para que un acto sea engañoso, las indicaciones o afirmaciones que se formulen tienen que tener la aptitud para influir en la decisión del consumidor, lo que se conoce como la idoneidad del engaño²¹⁸.

Al respecto, el TJCAN analizando el artículo 259 de la Decisión 486 -que regula algunos actos de competencia desleal vinculados a la propiedad industrial-²¹⁹, ha establecido lo siguiente:

El tercer grupo de actos, se refiere a las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos, no es más que una especie del primer grupo de actos de competencia desleal, es decir, es un conjunto de actos de competencia desleal por confusión²²⁰.

Es decir, según el criterio del TJCAN, el proporcionar información incorrecta sobre un producto o servicio es una práctica deshonesta que configura un acto de competencia desleal por confusión. No obstante, la LORCPM distingue varios actos de competencia desleal, separando los actos de confusión de los actos de engaño, tendencia que es compartida por la doctrina y por la legislación interna de los otros países miembros de la Comunidad Andina de Naciones. Así, como bien lo señala la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia,

(...) los actos desleales de engaño y confusión se caracterizan por su aptitud para inducir a error a las personas a las que se dirige; sin embargo, en el acto de engaño el error se circunscribe a la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos y se proyecta sobre la actividad, prestaciones mercantiles o el establecimiento, lo que constituye la propia prestación

²¹⁸ Enrique Pasquel, Carlos Patrón y Gabriela Pérez. *El Derecho de la Competencia Desleal*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas SAC, 2007, pp. 127-131.

²¹⁹ Art. 259.- Constituyen actos de competencia desleal vinculados a la propiedad industrial, entre otros, los siguientes: a) Cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor, b) Las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; o, c) Las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos. Decisión del Acuerdo de Cartagena 486. Registro Oficial No. 258 de 02 de febrero de 2001.

²²⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 51-IP-2013. *Importadora Comercial de Belleza S.A. vs. Superintendencia de Industria y Comercio*, 19 de junio de 2013.

(creación material); mientras que el objeto del acto desleal de confusión está constituido por los medios de identificación empresarial, esto es, los signos distintivos y, en general, los elementos que permitan establecer el origen empresarial de una determinada prestación mercantil y diferenciarla de otras ofertas que concurren al mercado, ejemplo de lo cual es la presentación de un producto (creación formal)²²¹.

Por otro lado, es relevante indicar que para evaluar si un acto de engaño constituye una práctica desleal se debe realizar un análisis atendiendo a la capacidad de diferenciación de un consumidor medio²²², entendiéndose por aquel al “consumidor común y corriente de determinada clase de productos, en quien debe suponerse un conocimiento y una percepción corrientes”²²³. En este mismo sentido, la doctrina y el TJCAN definen al consumidor medio como aquel que actúa con diligencia ordinaria, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, es decir aquel que efectúa un examen ni muy riguroso ni muy negligente al producto o servicio que piensa adquirir²²⁴.

En la legislación europea el estándar del consumidor medio es conocido como el criterio del consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Es así que, entre los elementos del concepto de consumidor medio que ha destacado la jurisprudencia comunitaria en múltiples fallos se encuentran: i) la actitud del consumidor, lo que se traduce en el deber del consumidor de acceder a la información disponible sin tener que realizar una investigación exhaustiva y; ii) los conocimientos del consumidor, pues no se trata de que el consumidor posea un determinado nivel académico o cultural, sino de que cuente con cierta experiencia y aptitud para interpretar la información que se le proporciona sobre los productos y servicios y las condiciones en las que estos se comercializan²²⁵.

Así, conforme a lo previamente expuesto, la noción de consumidor medio y los elementos concurrenciales necesarios para que se configure un acto de engaño deben

²²¹ Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. *Caso Industria Dormiluna S.A. vs Sueño de Luna Ltda.* Sentencia No. 143 de 31 de enero de 2012.

²²² El criterio del consumidor medio también es empleado en el análisis de los actos de confusión.

²²³ Primera Sala del Comité de Propiedad Intelectual. *Caso Gloria S.A. vs Colombina S.A. y Reybanpac Rey Banano del Pacífico C.A.* Resolución No 193-2013-CPI-1S, de 26 de marzo de 2013.

²²⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 09-IP-2001. *Eternit Colombiana S.A. vs Superintendencia de Industria y Comercio*, 16 de enero de 2001.

²²⁵ Luis González. La noción de consumidor según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*

ser sujetos a análisis para verificar si una conducta constituye una práctica desleal objeto de sanción.

2.5.4.3 Actos de aprovechamiento de la reputación ajena

Los actos de aprovechamiento de la reputación ajena constituyen la sexta práctica desleal regulada por la LORCPM, estableciéndose que:

6.- Explotación de la reputación ajena.- Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

Al respecto, como bien lo destaca Eva Domínguez, en los actos de explotación a la reputación ajena, la deslealtad se fundamenta en el recurso al buen nombre, fama o reputación ajena para presentar la propia oferta en el mercado y atraer así a la clientela. De esta forma, el competidor desleal logra emplear para sí los resultados del esfuerzo ajeno que fueron el producto de una cuidada, intensa y costosa actividad de promoción en el mercado en la cual incurrió el competidor leal para ganar un espacio en el mercado²²⁶.

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia han destacado ciertos requisitos que deben concurrir para que se configure un acto de aprovechamiento de la reputación ajena, siendo estos: i) que exista reputación o prestigio adquirido por un tercero, ii) que exista la realización de un comportamiento apto para lograr un aprovechamiento o ventaja de esa reputación ajena y, iii) que el aprovechamiento sea indebido²²⁷. En cuanto al primer requisito, conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua se entiende por reputación el “prestigio o estima en que son tenidos alguien o algo”²²⁸. Son distintos los conceptos que doctrinariamente se han presentado respecto a la reputación empresarial, encontrándose como puntos comunes de la mayoría de las propuestas los siguientes:

²²⁶ Eva María Domínguez. “Algunas cuestiones sobre la distribución de productos de imitación: el aprovechamiento de la reputación ajena desde la perspectiva del derecho de marcas y del derecho contra la competencia desleal”. *Marcas y Distribución Comercial*. Eduardo Galán y Fernando Carbajo (coords.). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2011, pp. 309- 330.

²²⁷ Audiencia Provisional de Barcelona. *Caso Master, SPA y Eurotronic vs Distribuciones Sergipack S.L y Distribuciones Eurotronic*. Sentencia de 05 de marzo de 2013.

²²⁸ Real Academia de la Lengua. Definición de la palabra “reputación”. <http://lema.rae.es/drae/?val=reputación> (acceso: 30/08/2015).

- Constituye un proceso de valoración de actuaciones pasadas y perspectivas futuras que son capaces de generar rentas.
- Esta valoración está realizada por diferentes grupos de poder con intereses en la empresa.
- Mediante la reputación se consigue reconocimiento y legitimidad social²²⁹.

Así, la reputación, económicamente hablando, constituye una especie de garantía, no de aquellas que son exigibles en vía judicial, sino de aquellas suponen que el prestigio de la empresa disminuirá -y por ende las ventas- si es que el producto no responde a las expectativas del público consumidor²³⁰. Como bien lo manifiesta la jurisprudencia de la Comunidad Europea, no todas las empresas que operan en el mercado gozan de prestigio o reputación, sino únicamente aquellas que han logrado cierta consolidación en el mercado, lo cual generalmente se logra mediante la implantación de una marca en el mercado. De esta forma, cuanto mayor sea el grado de implantación del signo en el mercado, mayor será el riesgo de la explotación de la reputación ajena²³¹.

En cuanto al segundo requisito, es necesario que el acto en cuestión efectivamente implique un aprovechamiento de la reputación ajena, como sería por ejemplo el empleo de signos distintivos de forma no autorizada. En este sentido, el uso parasitario de dichos signos por parte del competidor desleal generaría una asociación explotada en provecho del infractor, diluyendo la capacidad de atracción del signo distintivo utilizado indebidamente²³². De igual forma, la autora Silvia Barona indica que el empleo de signos distintivos implica la traslación de la fama o buen nombre ganadas con esfuerzo a un competidor deshonesto, quien indebidamente logra aprovecharse del prestigio de una empresa²³³.

²²⁹ Gregorio Martín de Castro. *Reputación empresarial y ventaja competitiva*. Madrid: ESIC Editorial, 2008, p.31.

²³⁰ José Riviera. “De la imitación desleal, on unfair imitation, de l’imitation déloyale”. *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado* No. 6 (2014), pp. 15-34.

²³¹ Eva María Domínguez. “Algunas cuestiones sobre la distribución de productos de imitación: el aprovechamiento de la reputación ajena desde la perspectiva del derecho de marcas y del derecho contra la competencia desleal”. *Óp. cit.*, p. 330.

²³² Nicolás Martínez. *Explotación de la Reputación Ajena: Comentario del Artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal Española*. http://www.teleley.com/informes/inf_explotacion.pdf (acceso: 30/08/2015).

²³³ Silvia Barona. *Competencia Desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 292.

Respecto al tercer requisito, como bien lo destaca Baldo Kresalja, es lógico que el aprovechamiento de la reputación ajena sea indebido “(...) pues la reputación industrial no puede considerarse como una propiedad excluyente de su titular, ya que en muchos casos los terceros pueden hacer mención o uso de ella dentro de las normas de corrección generalmente aceptadas²³⁴”. Así, se ha hecho énfasis en que el aprovechamiento a ser sancionado debe ser indebido ya que pueden presentarse supuestos de uso de buena fe de los signos distintivos o casos de licencia de los signos distintivos en los cuales efectivamente hay un aprovechamiento de la reputación de otro competidor que se legitima al existir una autorización por parte del titular de dichos signos.

El aprovechamiento de la reputación ajena también se encuentra regulado en la Decisión 486 a propósito de la protección a las marcas notorias. Así, se establece la prohibición de usar en el comercio un signo idéntico o similar a una marca notoriamente conocida cuando ello pudiese causar al titular un daño económico por razón de un aprovechamiento injusto del prestigio de la marca o de su titular²³⁵.

Si bien las disposiciones en dicho ordenamiento se refieren exclusivamente a la marca notoria, la Ley de Propiedad Intelectual complementa dichas disposiciones y establece un marco normativo más general, señalándose que no podrán ser registrados como marcas los signos que puedan causar daño a su titular al crear un aprovechamiento injusto del prestigio de la marca o de su titular²³⁶. Adicionalmente, como se mencionó en líneas anteriores, la LORCPM señala qué se entiende por aprovechamiento de la reputación ajena como acto de competencia desleal, todo lo cual ha permitido reforzar la protección legal en contra de este tipo de actos.

Por último, cabe hacer mención a lo establecido por TJCAN en relación a los actos de aprovechamiento de la reputación ajena:

(...) En un mercado competitivo ganar prestigio es muy difícil; lograr posicionar una marca es un trabajo soportado en grandes esfuerzos empresariales. Por lo tanto, si un competidor se aprovecha de la reputación ajena con la finalidad de falsear la competencia

²³⁴ Baldo Kresalja. “Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre represión de la Competencia Desleal”. *Revista de Derecho* No. 47 (1993), p. 42.

²³⁵ Decisión del Acuerdo de Cartagena 486. Artículos 136, 155 y 226. Registro Oficial No. 258 de 02 de febrero de 2001.

²³⁶ Ley de Propiedad Intelectual. Artículo 196. Registro Oficial No. 320 de 19 de mayo 1998.

y causar daño a un competidor específico, estaríamos en frente de un acto de competencia desleal vinculado con la propiedad industrial. En el presente caso, el aprovechamiento del prestigio ajeno se materializa en el hecho de que un competidor se cuelga o utiliza la fama, el prestigio o la notoriedad de determinada marca para distorsionar la competencia y causar perjuicio a un competidor, que bien podría ser la disminución de las ventas o la dilución de la capacidad distintiva de la marca²³⁷.

De esta forma, como bien lo destaca María Luisa Llobregat la razón por la cual el legislador reprime los actos de aprovechamiento de la reputación ajena es porque de no ser sancionado se frenaría el esfuerzo de los empresarios, quienes para continuar con el desarrollo de iniciativas industriales tienen que tener un marco de protección respecto de su reputación o fama alcanzada²³⁸. Adicionalmente, en lo que respecta al consumidor, si bien no se protegen de forma tan directa sus intereses, al refrenarse este tipo de actos se trata de no vulnerar la confianza de los consumidores en la reputación del competidor afectado, evitándose a la vez que los productos o servicios adquiridos no defrauden sus expectativas.

²³⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 032-IP-2013. *Nestlé Perú S.A. vs. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de la República del Perú*, 23 de agosto de 2013.

²³⁸ María Luisa Llobregat. *Temas de Propiedad Industrial*. Madrid: Wolters Kluwer España, 2007, p. 461.

3 CAPÍTULO III: EL AMBUSH MARKETING: ¿UNA PRÁCTICA DE COMPETENCIA DESLEAL?

Una vez estudiados los puntos fundamentales del derecho de la competencia desleal y, analizados específicamente aquellos actos de competencia desleal que han sido relacionados con el *ambush marketing*, en el presente capítulo se procederá a analizar bajo qué circunstancias las prácticas de marketing de emboscada pueden constituir actos desleales que afectan al mercado, conforme a la hipótesis planteada en la presente investigación.

Finalmente, a fin de conocer la casuística en torno al *ambush marketing*, se analizarán los casos más representativos respecto de los cuales se ha emitido un pronunciamiento judicial. Esto permitirá delimitar el alcance de ciertas prácticas de marketing de emboscada a la vez que se podrá examinar la posibilidad de que estas estrategias sean sancionadas al ser catalogadas como desleales.

3.1 ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL QUE SE PUEDEN VERIFICAR EN LAS PRÁCTICAS DE AMBUSH MARKETING

Como bien se manifestó en el capítulo anterior, son tres los actos de competencia desleal que la doctrina ha relacionado con el *ambush marketing*, por lo que en líneas siguientes se procederá al análisis de cada uno de estos a fin de conocer su real aplicabilidad en caso de presentarse una controversia al margen de una práctica de marketing de emboscada.

3.1.1 Actos de Engaño

Un sector de la doctrina ha relacionado las prácticas de marketing de emboscada con los actos de engaño. En este sentido, se ha establecido que al realizarse publicidad en torno a un evento y al no proporcionarse información específica respecto de la no existencia de una relación de patrocinio se estaría engañando al consumidor. Dicho engaño implicaría que en la mente del consumidor se genere una impresión falaz en torno a la existencia de una supuesta relación o vinculación económica con la realización de un evento.

Al respecto, es importante recordar los requisitos exigidos por la doctrina y jurisprudencia para que se configure un acto de engaño, siendo estos: i) que la acción

sea relevante, ii) que se constata un acto externo de utilización o difusión de los datos o indicaciones de que se trate, iii) que las afirmaciones u omisiones sean idóneas para influir en la decisión del consumidor²³⁹. Por su parte, nuestra legislación si bien recoge ciertos supuestos en los que se puede inducir a engaño al consumidor, no señala qué presupuestos han de presentarse para que se verifique este tipo de acto desleal; de ahí que, sea procedente recurrir a los criterios mencionados.

En este sentido, a fin de analizar las prácticas de *ambush marketing* en lo que respecta a los actos de engaño, resulta pertinente enfocarnos en el tercer requisito previamente descrito. Como bien lo enfatiza el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú (INDECOPI), el acto de engaño debe presentarse “de forma tal que pueda inducir a un consumidor a efectuar una decisión de consumo inadecuada, es decir una elección que de no mediar las circunstancias referidas, no hubiera realizado”²⁴⁰. Es así que, para que se pueda catalogar a un acto como engañoso la información proporcionada u omitida, respecto de un producto o servicio, debe ser relevante y capaz de influir en la decisión del consumidor.

Como bien lo manifiestan algunos autores, el hecho de que una empresa sea patrocinador no constituye un factor determinante al momento en que el consumidor ejerce su poder de decisión respecto a la adquisición de un producto o servicio. En este sentido, son varios los estudios que corroboran dicha afirmación²⁴¹. Así, a manera de ejemplo, se puede citar la investigación publicada por Brenda Pitts y Jennifer Slattery respecto del patrocinio y el comportamiento del consumidor en la cual se estableció que la mayoría de consumidores entrevistados declararon que el conocer que una empresa

²³⁹ Para revisar los actos de engaño, *vid.* sección 2.5.4.1 de esta tesina.

²⁴⁰ Comisión de Represión de la Competencia Desleal. *Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial*. *Óp. cit.*, p. 14.

²⁴¹ Existen varios estudios enfocados en el comportamiento del consumidor frente al ambush marketing, por medio de los cuales se concluye que las prácticas de marketing de emboscada resultan irrelevantes para el público consumidor en general. Entre dichas investigaciones se destacan las siguientes: Tony Meenaghan. “Ambush marketing: Corporate strategy and consumer reaction”. *Óp. cit.*, pp. 305-319; David Shani y Dennis Sandler. “Ambush Marketing: Is Confusion to blame for the flickering of the Flame?”. *Óp. cit.*; pp. 267-383; Mark Lyberger y Larry McCarthy. “An Analysis of Volume Consumption, Consumer Interests and Perceptions of Sport Sponsorship as they relate to the Super Bowl”. *International Journal of Sports Marketing & Sponsorship* Vol. 3 (2001), pp. 429-448.

era patrocinador no influía en su decisión de compra, evidenciándose que el patrocinio no es un factor relevante el poder adquisitivo del consumidor²⁴².

Tomando en cuenta lo expuesto, resultaría erróneo sostener que las prácticas de marketing de emboscada pueden implicar un acto de engaño. Así, pese a que el patrocinio tiene como objeto aumentar la conciencia de una marca en el público consumidor y permite proyectar y desarrollar la imagen de una empresa, lo cual puede conducir a un aumento de ventas²⁴³, esto no quiere decir que el patrocinio como tal sea un factor a considerarse para que el consumidor tome una decisión. De ahí que, contrario a lo establecido por ciertos autores, a nuestro juicio las prácticas de *ambush marketing* no pueden ser catalogadas como un acto de engaño.

Adicionalmente, es importante resaltar que conforme a la LORCPM para que se configure un acto de engaño en lo que respecta a la actividad publicitaria, las afirmaciones sobre los productos o servicios no deben ser veraces y/o exactas. En otras palabras, en lo que atañe a la difusión de publicidad constituye un acto de engaño el anunciar características o bondades de productos que no sean apegadas a la realidad, a lo cual la doctrina añade que también constituirá engaño la omisión de características relevantes de los productos o servicios ofertados²⁴⁴. Consecuentemente, al no constituir una característica como tal del producto o servicio el que el anunciante mantenga una vinculación económica con un evento, no se puede establecer que la omisión de esta información conlleve a un engaño en la difusión de publicidad.

Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, existe la posibilidad de que por medio de la ejecución de publicidad, el *ambusher* genere un acto de engaño para un segmento restringido de consumidores. Así, podría pensarse que para el consumidor

²⁴² Brenda Pitts y Jennifer Slattery. "An examination of the Effects of Time on Sponsorship Awareness Levels". *Sport Marketing Quarterly* Vol. 13 (2004), p. 52.

²⁴³ George Amoako y otros. "The effect of sponsorship on marketing communication performance: A case study of Airtel Ghana". *African Journal of Marketing Management* Vol. 4 (2012), p. 65.

²⁴⁴ Como bien lo destaca la doctrina, la información respecto de un producto o servicio ofertado puede ser muy amplia, por lo que sería prácticamente imposible que en el material publicitario se expresen todas las características de un bien. En este sentido, para que se configure un acto de engaño por omisión de información, es necesario que esta sea relevante, es decir que la información omitida tenga el carácter de necesaria en relación con el contenido del mensaje. Así, "se considera engañosa por omisión la publicidad que omita un dato que, conocido por el público, le haría cambiar de opinión con respecto a la compra o la contratación de un bien o servicio; por tanto, el dato omitido inducirá a error cuando sea determinante en la elección que, finalmente, realice el destinatario". Sandra Vilajona. *Las Leyes de la Publicidad; Límites Jurídicos de la Actividad Publicitaria*. Barcelona: Editorial UOC, 2011, p. 74.

fanático de un evento²⁴⁵, el hecho de que el anunciante sea un patrocinador puede ser un factor considerable al momento de ejercer su poder de decisión de compra. Así, como bien lo señalan Mazodier y Quester, para ciertos consumidores el *ambush marketing* puede generar frustración al adquirir productos o servicios bajo la errónea idea de que una empresa tiene la calidad de patrocinador, cuando en realidad no la posee²⁴⁶.

En este sentido, en aquellos casos en que un anunciante publicite su marca de tal forma que esta clase de consumidor crea que existe una relación de patrocinio y que este sea un factor relevante al momento de adquirir el producto o servicio ofertado, se podría verificar un acto desleal de engaño. No obstante, esto debería ser probado, lo que generaría cierta nivel de dificultad dado el número limitado de consumidores fanáticos que normalmente existen.

Por otro lado, es importante precisar que un análisis similar deber efectuarse en lo que respecta a la publicidad engañosa. Existe un sector de la doctrina que afirma que el *ambush marketing* puede ser objeto de sanción por constituir publicidad engañosa, bajo la normativa de defensa al consumidor²⁴⁷. Sin embargo, para que un material publicitario sea catalogado como engañoso, la omisión de información debe ser respecto de datos esenciales del producto o servicio ofertado²⁴⁸. Consecuentemente, al no ser una característica relevante el que el anunciante del producto o servicio sea o no patrocinador de un evento, difícilmente se podría concluir que la difusión de publicidad en el marco de una estrategia de marketing de emboscada constituya publicidad engañosa.

²⁴⁵ Se entiende por consumidor fanático aquel cuyos hábitos y actitudes de compra se guían por la admiración hacia una marca. Kanuk Schiffman. *Comportamiento del Consumidor*. México D.F.: Pearson, p. 15.

²⁴⁶ Marc Mazodier y Pascale Quester. “Ambush Marketing Disclosure Impact on Attitudes toward the Ambusher’s Brand”. *Recherche et Applications en Marketing* Vol. 25 (2010), p. 51.

²⁴⁷ Carlos Delvasto y Paola Cote. “El *ambush marketing* y el Mundial de Fútbol Brasil 2014: una reflexión a la luz de la regulación en Colombia”. *Revista de Derecho Privado* No. 52 (2014), p. 16. y José Piñeiro Salguero y Antoni Rubí Puig. *Ambush marketing en eventos deportivos*. *Óp. cit.*, p. 17.

²⁴⁸ “Publicidad Engañosa.- Toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcialmente contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor”. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 2. Registro Oficial Suplemento No. 116 de 10 de julio de 2000.

Por lo expuesto, las prácticas de *ambush marketing* en realidad no se relacionan con los actos de engaño, pues difícilmente se verificará un acto desleal de este tipo en la publicidad ejecutada por un *ambusher*. Sin embargo, como se analizará a continuación, el marketing de emboscada puede ser sancionable en la medida en que se configure un acto de confusión y/o aprovechamiento de la reputación ajena, generándose una afectación a la concurrencia de los agentes económicos en el mercado.

3.1.2 Actos de Confusión

Un gran número de autores al analizar el *ambush marketing* como una práctica de competencia desleal coinciden en que principalmente se configura un acto de confusión. Como se mencionó anteriormente, la confusión puede ser de diferentes clases, verificándose en los actos de marketing de emboscada un riesgo de asociación.

Es así cómo generalmente, este tipo de prácticas conllevan a que el consumidor piense que existe una relación o vinculación económica entre quien ofrece el producto o servicio y el organizador de un evento. En este sentido, la doctrina es enfática en destacar que ciertos actos de marketing de emboscada efectivamente pueden provocar confusión por medio de la actividad publicitaria realizada ya sea cuando explícitamente el anunciante se presenta como el patrocinador de un evento o cuando la publicidad es llevada a cabo de tal forma que conduce a que el público crea que lo es²⁴⁹.

Para determinar la existencia de riesgo de asociación en una práctica de *ambush marketing* específica no es necesario probar la producción efectiva de confusión, pues basta con acreditar la aptitud del acto para confundir²⁵⁰. Así, como bien se manifestó en el capítulo anterior, es suficiente con que la práctica objeto de análisis –en este caso la publicidad ejecutada- resulte idónea para provocar la confusión. Nuestra legislación en lo que respecta a los actos de confusión no establece una regulación específica atinente a la carga prueba, por lo que en virtud del principio *onus probandi incumbit actoris*, quien alega un hecho debe probarlo²⁵¹. De ahí que, en este caso el organizador del

²⁴⁹ José Piñeiro Salguero y Antoni Rubí Puig. *Ambush marketing en eventos deportivos*. *Óp. cit.*, p. 15.

²⁵⁰ Gustavo Guidini. *La Concorrenza Sleale*. Roma: UTET, 2001, p. 64.

²⁵¹ Juan Galindo. *Lecciones de Derecho Procesal Administrativo, Volumen II*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana. p. 460.

evento o el agente económico que alegue que la publicidad o estrategia de marketing llevado a cabo por el *ambusher* está generando confusión, debe probarlo.

Siguiendo esta línea de pensamiento, al ser los intereses de los consumidores lo que directamente se pretende proteger al reprimir los actos de confusión, la prueba ha de tener que evidenciar la posibilidad de que un consumidor medio considere que existe una vinculación económica entre quien ha llevado a cabo la publicidad a su favor y el organizador de un evento. Este tipo de pruebas pueden incluir estudios respecto del consumidor por medio de los cuales se pueda acreditar el riesgo de asociación que se está generando en la mente de aquel.

Así, como bien lo destaca Jorge Otamendi, a fin de acreditarse cualquier tipo de confusión, se pueden emplear encuestas de opinión, estudios de comportamiento del consumidor, testimonios, entre otros. Estos documentos, si bien no obligan al funcionario administrativo o judicial, aquel está obligado a motivar su rechazo (en caso de no considerar como pertinentes dichos medios probatorios) o, por el contrario, pueden ser tomados en cuenta para su resolución²⁵².

Ahora bien, con el fin de evitar generar un riesgo de asociación, los agentes económicos suelen optar por el empleo de *disclaimers*, mediante los cuales se recalca al público consumidor que no existe ningún tipo de vinculación con un evento determinado. Este tipo de mensajes podrían ser empleados a favor de los *ambushers*, por lo que a continuación se procederá a realizar un breve análisis respecto de los *disclaimers* con el fin de dilucidar su alcance. Como bien lo señala Stephen Befort: “a disclaimer in its most basic sense, is an attempt to repudiate or deny a potential claim”²⁵³. De igual forma, Rupert Haigh establece que un *disclaimer* es aquel mensaje empleado por una parte con el fin de evitar responsabilidad respecto de un hecho o situación determinada²⁵⁴.

En el tema objeto del presente trabajo, estos mensajes han generado cierta disquisición, pues como se analizará en el siguiente acápite, en uno de los primeros y

²⁵² Jorge Otamendi. *Derecho de Marcas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002, p. 191.

²⁵³ Stephen Befort. “Employee Handbooks and the Legal Effect of Disclaimers”. *Berkeley Journal of Employment & Labor Law* Volume 3 (1992), p. 349.

²⁵⁴ Rupert Haigh. *Legal English*. Nueva York: Taylor & Francis Group, 2015, p. 11:4:5.

más importantes casos referentes al marketing de emboscada –NHL vs PepsiCo-, el haberse incluido este tipo de mensajes fue uno de los grandes elementos a considerar a favor de la parte demandada. De igual forma, en el caso *NFL vs Governor of Delaware*, la Corte consideró oportuno la inclusión de *disclaimers* en las cartillas de apuestas expendidas por la Lotería de Delaware con el fin de evitar que el público consumidor considere erróneamente la existencia de una relación de patrocinio o vinculación de otra índole con los juegos. Estas decisiones dado que consideraron como un elemento positivo la inclusión de *disclaimers* a fin de evitar generar confusión en el público consumidor, conllevaron a que en un principio los *ambushers* opten por incluir estos mensajes en su publicidad²⁵⁵.

No obstante, conforme lo señala la doctrina, la tendencia de emplear *disclaimers* ha disminuido en tanto que el uso de estos mensajes puede ser considerado de mala fe o, por el contrario, obligar a quien los emplea a probar que estos efectivamente disminuyen las probabilidades de causar confusión²⁵⁶. En este punto es importante resaltar que la existencia de un *disclaimer* no constituye por sí sola una causal de exclusión de responsabilidad, pues como bien lo ha destacado la jurisprudencia, la presencia de estos mensajes no protege necesariamente a quien los usa de asumir responsabilidad ni tampoco exime a quien los emplea de probar los efectos de la inclusión de un *disclaimer*²⁵⁷.

En el mismo sentido, el Tribunal Arbitral de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ha señalado que: “the presence or absence of a disclaimer is not conclusive or fatal”²⁵⁸. Así, en lo que respecta a la ausencia de *disclaimers* se ha concluido que este hecho no afecta directamente en el análisis de que un acto genere o no confusión en el público consumidor. Adicionalmente, el Tribunal ha manifestado que estos mensajes conllevan a que se realice un estudio detenido puesto que pueden ser

²⁵⁵ Teresa Scassa. “Ambush Marketing and the Right of Association: Clamping Down on References to That Big Event With All the Athletes in a Couple of Years”. *Journal of Sport Management* (2011), p. 357.

²⁵⁶ José Piñero Salguero y Antoni Rubí Puig. *Ambush marketing en eventos deportivos*. *Óp. cit.*, p. 18.

²⁵⁷ Corte de Apelación de Ohio. *Caso Northpoint Properties Inc. vs Charter One Bank*. Sentencia de 13 de junio de 2011.

²⁵⁸ Tribunal Arbitral de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Caso LINBIT Information Technologies GMBH vs Technical Support*. Sentencia de 14 de octubre de 2014.

realizados de buena o mala fe²⁵⁹. Es así que, en aquellos casos en los que este mensaje se haya realizado con el único propósito de eliminar responsabilidad respecto de un acto ejecutado contrario a las buenas prácticas, este podría ser considerado de mala fe; mientras que, en aquellos casos en los que no se esté generando confusión y que se haya empleado un mensaje de este tipo, este sería considerado de buena fe.

De esta forma, resulta pertinente establecer que los *disclaimers* si bien pueden ayudar a reducir el riesgo de asociación en la mente del consumidor, su empleo no es suficiente para determinar que no se ha configurado un acto de confusión. Así, quien alega que la inclusión de un *disclaimer* ha conllevado a que no exista riesgo de asociación en la mente del consumidor debe probarlo. Consecuentemente, al delimitarse el los efectos de estos mensajes, el empleo de los mismos no constituye una herramienta tan atractiva para los *ambushers*²⁶⁰.

Una vez determinado el alcance de los *disclaimers*, es pertinente establecer que, conforme a lo expuesto, aquellas prácticas de *ambush marketing* capaces de generar un riesgo de asociación en la mente del consumidor constituirán actos de confusión y por ende serán objeto de sanción al afectar el mercado y los intereses de los agentes económicos que en este concurren. Sin embargo, se pueden presentar prácticas de marketing de emboscada que sean lo suficientemente imaginativas y que no generen un riesgo de asociación en el público consumidor. En dichos casos, tendrá que examinarse si la práctica en cuestión constituye un acto de aprovechamiento de la reputación ajena de acorde al análisis que se expondrá a continuación.

3.1.3 Actos de aprovechamiento de la reputación ajena

El último acto vinculado con el *ambush marketing* es el aprovechamiento de la reputación ajena. Como se manifestó en el segundo capítulo, debe existir una protección jurídica a la reputación en tanto que esta constituye un coste de garantía de fidelidad de los clientes hacia una marca. Por este motivo, los agentes económicos luchan por alcanzar una buena reputación y después conservarla. En este sentido, el ordenamiento

²⁵⁹ Tribunal Arbitral de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Caso Sephora vs Whois Data Protection SP. Z.O.O., Paul Tchernitsky of sephoravip and Radoslaw Szulc of Sephoravip* Sentencia de 14 de noviembre de 2014.

²⁶⁰ Edward Vassallo, Kristin Blemaster y Patricia Werner. “An International Look at Ambush Marketing”. *The Trademark Reporter* Vol. 95 (2005), p. 1355.

jurídico debe impedir que la buena reputación sea injustamente empañada o que otro agente económico obtenga una ventaja inmerecida al aprovecharse indebidamente de la reputación ajena²⁶¹.

Ahora bien, las prácticas de marketing de emboscada pueden ser sancionadas en aquellos casos en que se configure un acto de aprovechamiento de la reputación ajena, para lo cual es necesario que se verifiquen ciertos requisitos establecidos por la doctrina y jurisprudencia, conforme a lo mencionado en el capítulo anterior. En este sentido, es necesaria una valoración caso por caso a fin de verificar si es que se cumplen los siguientes criterios generales de enjuiciamiento. En primer lugar, debe existir una reputación o prestigio adquirido por un agente económico, lo cual efectivamente se cumple en los casos de *ambush marketing* ya que los eventos en cuestión gozan de prestigio y de un gran reconocimiento por parte del público consumidor. De ahí que, los organizadores de dichos espectáculos en la medida en que han logrado consolidar y posicionar el evento al igual que las signos distintivos en relación al mismo, gozan de un alto nivel de reputación.

Adicionalmente, es importante destacar que las marcas de un evento al ser ampliamente conocidas y difundidas podrían constituir marcas notorias o de alto renombre, lo cual tiene ciertas implicaciones jurídicas en cuanto a su protección. Así, se entiende por marca notoria aquella que es conocida por la mayor parte de los consumidores que usualmente adquieren los productos o servicios en relación con los cuales la marca es usada²⁶². Mientras que, la marca de alto renombre es aquella reconocida por el público en general, sea o no consumidor directo de la marca, siendo aún más extenso el conocimiento respecto de la misma²⁶³. En este sentido, el TJCAN ha destacado lo siguiente:

Marca notoria es la que goza de difusión, o sea la que es conocida por los consumidores de la clase de producto o servicio de que se trate. Esta notoriedad es fenómeno relativo y dinámico, según sea el grado de difusión o de reconocimiento de la marca entre el correspondiente grupo de consumidores. A diferencia de ella, la marca “renombrada”, que antes se mencionó, debe ser conocida por diferentes grupos de consumidores, en mercados diversos y no sólo dentro de un grupo particular, como ocurre con la marca

²⁶¹ Pedro Portellano. *La Imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*. Óp. cit., p. 537.

²⁶² Manuel Otero. “Regimen de Marcas en la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena”. *Revista Jurídica de Perú* (2001), p. 59.

²⁶³ Jorge Otamendi. *Derecho de Marcas*. Óp. cit., p. 341.

notoria. Puede decirse entonces que toda marca renombrada es notoria, pero no toda marca notoria es renombrada, calidad esta última más exigente²⁶⁴.

Ahora bien, estas marcas dado el grado de conocimiento alcanzado merecen un ámbito de protección mayor. De ahí que, la Ley de Propiedad Intelectual al igual que la Decisión 486 establezcan un marco normativo a favor de estas marcas a fin de que terceros no se aprovechen de la imagen y reputación alcanzada por las mismas²⁶⁵. Es así que, como bien lo destaca Pedro Portellano, la marca ampliamente conocida aparte de cumplir una función indicadora de procedencia, también cumple una función publicitaria, pues “no sólo condensa prestigio (goodwill), sino que al mismo tiempo constituye el instrumento más efectivo para captar las preferencias de los consumidores”²⁶⁶. Consecuentemente, ha de brindarse una protección mayor, lo que incluye una defensa en aquellos casos en que se diluya su función publicitaria²⁶⁷.

Como se manifestó, generalmente las marcas o signos distintivos registrados a favor del organizador de un evento gozan de un alto nivel de conocimiento, por lo que resultaría conveniente para aquel demostrar la notoriedad y/o renombre alcanzado por el signo distintivo en cuestión²⁶⁸. De esta forma, bajo el supuesto de presentarse un acto de *ambush marketing*, se tendría que tomar a consideración un margen de protección más riguroso en contra de la pérdida o afectación al valor publicitario de dichos signos. En este sentido, como bien lo destaca la doctrina, cuanto más intensa sea la fama o buen

²⁶⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 1-IP-87. Aktiebolaget VOLVO vs. Consejo de Estado de la República de Colombia, 03 de diciembre de 1987.

²⁶⁵ Decisión del Acuerdo de Cartagena 486. Artículos 136, 155 y 226. Registro Oficial No. 258 de 02 de febrero de 2001 y Ley de Propiedad Intelectual. Artículo 196. Registro Oficial No. 320 de 19 de mayo 1998.

²⁶⁶ Pedro Portellano. *La Imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*. Óp. cit., p. 543.

²⁶⁷ Para revisar la doctrina de la dilución marcaria, vid. sección 4.2.3.2 de esta tesina.

²⁶⁸ Respecto a la prueba de la notoriedad o renombre alcanzado por una marca, la Ley de Propiedad Intelectual establece lo siguiente: Art. 197.- Para determinar si una marca es notoriamente conocida, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes criterios: a) La extensión de su conocimiento por el sector pertinente del público como signo distintivo de los productos o servicios para los cuales se utiliza; b) La intensidad y el ámbito de la difusión y de la publicidad o promoción de la marca; c) La antigüedad de la marca y su uso constante; y, d) El análisis de producción y mercadeo de los productos o servicios que distinguen la marca. Art. 198.- Para determinar si una marca es de alto renombre se tendrán en cuenta, entre otros, los mismos criterios del artículo anterior, pero deberá ser conocida por el público en general. Ley de Propiedad Intelectual. Artículos 197 y 198. Registro Oficial No. 320 de 19 de mayo 1998.

nombre de que goza el signo distintivo en el tráfico o cuanto más sea la implantación del signo en el mercado, mayor será el riesgo de explotación de una reputación ajena²⁶⁹.

Respecto al segundo requisito, esto es que el acto sea apto para lograr un aprovechamiento de la reputación ajena, resulta indispensable que la práctica de marketing de emboscada se presente de tal forma que en realidad comporte una explotación del prestigio alcanzado por el organizador de un evento respecto del mismo. La doctrina es enfática en destacar que el empleo de signos distintivos sin autorización y de mala fe conlleva a que se configure un acto de aprovechamiento de la reputación ajena. Por lo que en aquellos casos de marketing de emboscada en los que el *ambusher* emplee signos distintivos idénticos o similares a los registrados a favor de un organizador –sin la autorización respectiva–, no hay dudas de que dicha práctica sería sancionable al verificarse un acto de aprovechamiento a la reputación ajena.

No obstante, el marketing de emboscada se caracteriza por emplear estrategias de marketing sumamente imaginativas en las que el *ambusher* trata de evitar el empleo de signos idénticos o similares a los registrados por el organizador de un evento. De ahí que, sean precisamente estas estrategias meramente imaginativas las que plateen cierta dificultad para determinar si se configura o no un acto de explotación a la reputación ajena. En este sentido, es importante conocer ciertos factores expuestos por la doctrina y jurisprudencia que han de servir para analizar la probabilidad de que se configure un acto de aprovechamiento de la reputación ajena en el margen de una práctica de marketing de emboscada.

Entre dichos factores, resultan aplicables para el tema objeto de la presente investigación los siguientes: i) hay una mayor probabilidad de comportamiento oportunista cuanto menor sea la inversión o los recursos empleados en la creación de reputación y, ii) hay una mayor probabilidad de comportamiento oportunista cuanto más intenso sea el intercambio de información entre los consumidores²⁷⁰. Las prácticas de *ambush marketing* generan un efecto de bajo coste, logrando que se reduzca el presupuesto destinado por una empresa para la realización de publicidad.

²⁶⁹ José Massaguer. Comentario a la Ley de Competencia Desleal. *Óp. cit.*, p. 363.

²⁷⁰ Montiano Monteagudo. *El riesgo de confusión en derecho de marcas y en derecho contra la competencia desleal*. *Óp. cit.*, p. 61.

De igual forma, estas prácticas en la medida en que involucran la ejecución de estrategias de marketing creativas y llamativas, logran atraer la atención del consumidor, quien a su vez puede difundir la información atinente a la campaña publicitaria entre otros consumidores. Así, los factores descritos pueden ser tomados en cuenta para analizar una práctica determinada.

En este sentido, como bien lo resalta la doctrina, además de la existencia de reputación ajena, es preciso que se presente un acto capaz de aprovechar de dicha fama o buen nombre, con independencia de que este pueda inducir a error los consumidores²⁷¹. No obstante, es importante manifestar que no es necesario probar el resultado derivado del aprovechamiento pues basta con su mera potencialidad. De ahí que, al ser la explotación a la reputación ajena el ilícito en sí mismo, no sea exigible prueba en cuanto a sus efectos respecto de la utilidad o beneficios derivados de dicho comportamiento²⁷².

Por último, para que una práctica de marketing de emboscada sea objeto de sanción, conforme al tercer requisito manifestado por la doctrina, el acto de aprovechamiento a la reputación ajena debe ser indebido. Así, es importante recalcar que los requisitos previamente descritos parten de la premisa que no todo acto que explote la reputación ajena constituye un acto de competencia desleal, sino sólo aquel que atendiendo todas las circunstancias concurrentes, pueda reputarse como indebido²⁷³. Siguiendo esta línea de pensamiento, aquellos actos en los que la explotación a la reputación ajena se encuentra legitimada ya sea porque existe una autorización tácita o expresa o en virtud de los límites al derecho marcario, entre otros casos, no podrá considerarse que la explotación a la reputación alcanzada por otro sea indebida²⁷⁴.

En este punto, es necesario recordar las distintas estrategias de *ambush marketing* expuestas en el primer capítulo, pues algunas de estas en la medida que involucran una adquisición de derechos para la realización de publicidad en torno a un evento, no

²⁷¹ Alicia Arroyo Aparicio. “Explotación a la reputación ajena”. *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Alberto Bercovitz et al (coords). Navarra: Thomson Reuters, 2011, p. 340.

²⁷² *Ibíd.*

²⁷³ José Massaguer. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal. Óp. cit.*, p. 363.

²⁷⁴ Alicia Arroyo Aparicio. “Explotación a la reputación ajena”. *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Alberto Bercovitz et al (coords). Navarra: Thomson Reuters, 2011, p. 342.

generarían un acto de aprovechamiento a la reputación ajena considerado indebido. V. gr., aquel que patrocina a un equipo o deportistas individuales o el *ambusher* que ha adquirido derechos publicitarios en los medios que retransmite el evento, está legitimado para realizar publicidad en torno al mismo. En este sentido, si bien en dichas prácticas el agente económico no tiene la calidad de patrocinador, existe una adquisición de derechos que legitima la realización de material publicitario alusivo a un evento determinado. Claro está, siempre que este no interfiera con derechos marcarios en perjuicio del organizador de un evento.

Por otro lado, las prácticas de *ambush marketing* por intrusión, aquellas que implican el uso de signos distintivos de forma no autorizada y el desarrollo de estrategias imaginativas, entre otras, implican un comportamiento parasitario. De ahí que, en caso de presentarse, se tendrá que proceder al análisis de los hechos en concreto y la verificación de los requisitos previamente expuestos, pues únicamente bajo estas circunstancias una prácticas de marketing de emboscada podrá constituir un acto de aprovechamiento indebido a la reputación ajena. Y, consecuentemente, podrá ser objeto de sanción bajo la normativa de competencia desleal al existir la posibilidad de afectar los intereses de otros agentes económicos y por ende una posible irrogación al mercado.

Por último, en este acápite es procedente realizar un breve análisis del efecto *free riding* que se configura en las prácticas de marketing de emboscada y que es empleado constantemente por la doctrina al referirse al *ambush marketing*. En este sentido, como se manifestó en el primer capítulo, el *free rider* es quien obtiene una ventaja sin haber contribuido en costo alguno para la realización de la actividad²⁷⁵, es decir se trata de un comportamiento meramente parasitario por parte de quien lo ejecuta ya que no se incurre en ningún coste (de tiempo o dinero) en la consecución de una actividad. Así, en lo que respecta al marketing de emboscada, el agente económico que incurre en estas prácticas sería considerado un *free rider* que toma ventaja de la difusión de un evento sin haber participado en los costos para la ejecución y desarrollo del mismo²⁷⁶.

²⁷⁵ Frayne Olson y Michael Cook. *The Complexities of Measuring Free Rider Behavior: Preliminary Musings*. [http://www.isnie.org/ISNIE06/Papers06/08.1%20\(no%20discussant\)/ISNIE%202006%20Olson%20and%20Cook.pdf](http://www.isnie.org/ISNIE06/Papers06/08.1%20(no%20discussant)/ISNIE%202006%20Olson%20and%20Cook.pdf) (acceso: 11/10/2015).

²⁷⁶ Gerd Nufer. *Ambush Marketing in Sports*. Nueva York: Routledge, 2013, p. 32.

El concepto económico en cuestión ha sido objeto de análisis por Cortes extranjeras en varios conflictos marcarios. Así, en el caso *The Tea Board vs. Delta Lingerie*, el Tribunal General de Luxemburgo señaló:

El aprovechamiento indebido del carácter distintivo o del renombre de una marca, también designado con los términos de parasitismo y de «free-riding», no está ligado al perjuicio sufrido por la marca, sino a la ventaja obtenida por el tercero por el uso de un signo idéntico o similar (...). El carácter indebido del aprovechamiento obtenido en esas circunstancias nace de la explotación, sin compensación económica alguna y sin tener que desarrollar un esfuerzo propio para ello, del esfuerzo comercial realizado por el titular de la marca anterior para crear y mantener la imagen de ésta²⁷⁷.

De igual forma, según la Oficina de Armonización en el Mercado Interno de la Unión Europea (*Office for Harmonization in the Internal Market*), el *free-riding* ha sido entendido como una ventaja deshonesta, mediante la cual se logra una explotación indebida a la reputación. En este sentido, el comportamiento parasitario por parte de un agente económico implica que el buen nombre o fama que ha adquirido otro competidor sea aprovechado injustamente por aquel²⁷⁸. En efecto, dado que el *free-riding* implica la explotación de una ventaja respecto de la cual no se ha incurrido en ningún tipo de coste, este concepto ha sido vinculado a un acto desleal. Sin embargo, ha de tomarse en cuenta que el comportamiento parasitario no es *per se* sancionable sino que se deberá demostrar la probabilidad de que involucre un aprovechamiento indebido del esfuerzo alcanzado por otro agente económico en el mercado.

Conforme a lo analizado en el presente acápite, es plausible establecer que el aprovechamiento a la reputación ajena constituye el acto desleal que se relaciona en mayor medida con las prácticas de *ambush marketing*. De ahí que, si bien puede configurarse o no un acto de confusión, generalmente las prácticas de marketing de emboscada estarán vinculadas con el acto de explotación a la reputación ajena. Consecuentemente, la autoridad competente tendrá que enfocarse en la posibilidad de que dichas prácticas impliquen un aprovechamiento indebido de la reputación alcanzada por un evento en desmedro de los intereses de los organizadores de dichos espectáculos y de la operatividad del mercado.

²⁷⁷ Tribunal General de Luxemburgo. *The Tea Board vs. Delta Lingerie*. Sentencia de 02 de octubre de 2015.

²⁷⁸ Oficina de Armonización en el Mercado Interno de la Unión Europea. *Adidas AG vs. Dawi Liu*. Resolución de 15 de septiembre de 2015.

3.2 ANÁLISIS DE CASOS DE AMBUSH MARKETING

Una vez analizados los actos de competencia desleal que se relacionan con el *ambush marketing* y establecidas las circunstancias o requisitos que han de tener que verificarse para que una práctica de marketing de emboscada sea sancionable, es plausible continuar con el análisis de la casuística más importante en torno al tema objeto de la presente investigación. Es así que, como bien lo expone la doctrina, los casos a continuación constituyen precedentes relevantes al ser los primeros casos –y unos de los pocos- en ser llevados a un tribunal y por lo tanto, constituyen la base jurisprudencial para el desarrollo doctrinario del fenómeno del *ambush marketing*.

En este sentido, los cuatros casos a ser analizados en el siguiente acápite permiten conocer el criterio judicial respecto a la posible sanción de prácticas de *ambush marketing*. Todo lo cual resulta pertinente para comprobar la hipótesis planteada ya que algunos de dichos precedentes permiten constatar la posibilidad de que ciertas prácticas de marketing de emboscada puedan ser catalogadas como desleales y por ende sancionables al perjudicar los intereses de los organizadores de un evento o de otros agentes económicos, afectándose así al mercado concurrencial.

3.2.1 NATIONAL FOOTBALL LEAGUE VS GOVERNOR OF THE STATE OF DELAWARE

3.2.1.1 Hechos del caso y decisión de la Corte

En el año de 1976, la Oficina de *Delaware State Lottery* anunció un plan para instituir un juego de apuestas basado en los juegos de la *National Football League* (NFL). De forma inmediata, la NFL y sus veintiocho clubes miembros interpusieron una demanda ante la Corte Distrital de Delaware, buscando obtener un *preliminary and permanent injunctive relief*, por medio del cual se prohíba la ejecución del esquema de apuestas previamente mencionado. El Estado de Delaware intervino y la demanda fue modificada para añadir como una nueva petición a la Corte la creación de un fideicomiso en nombre de los clubes de la NFL con los ingresos derivados de la lotería. No obstante, al no encontrarse amenaza de daño irreparable al demandante, la Corte negó dicha petición.

Es así que, a inicios de septiembre de 1976, los juegos de lotería de futbol comenzaron dado que se desestimó la alegación respecto de que los juegos violaban la

Cláusula de Protección Igualitaria de la Decimocuarta Enmienda y la Cláusula de Comercio de la Constitución, al igual que se denegó un juicio verbal sumario. Los argumentos presentados por la NFL básicamente sostenían que el esquema de apuestas anunciado interfería de forma ilegítima con derechos marcarios, a la vez que constituía un acto de *misappropriation* conforme al *common law* y una violación a las leyes federales regulatorias de juegos y apuestas. Por su parte, los acusados negaron que dicho esquema haya sido violatorio de cualquier doctrina de la ley federal, estatal o del *common law* y presentaron una contrademanda bajo la *Sherman and Clayton Act* por supuesta violación a la normativa de competencia, argumentando que los demandantes han conspirado para monopolizar propiedad que está en dominio público.

En cuanto al acto de *misappropriation*, los demandantes probaron que invirtieron tiempo, esfuerzo, talento y cuantiosas sumas de dinero para la organización, desarrollo y promoción de los juegos de la NFL, al igual que demostraron el éxito de dicha inversión y la reputación alcanzada. No obstante, la Corte sostuvo que el único producto tangible empleado por la lotería de Delaware fueron los calendarios de los juegos de la NFL y sus resultados, los mismos que eran obtenidos de fuentes públicas solo una vez que los demandantes los habían difundido y respecto de los cuales ya no esperan generar más ingresos. Así la Corte señaló:

It is undoubtedly true that defendants seek to profit from the popularity of NFL football. The question, however, is whether this constitutes wrongful misappropriation. I think not. We live in an age of economic and social interdependence. The NFL undoubtedly would not be in the position it is today if college football and the fan interest that it generated had not preceded the NFL's organization. To that degree it has benefited from the labor of others. The same, of course, can be said for the mass media networks which the labor of others have developed²⁷⁹.

En este sentido, se recalcó que lo que la Lotería de Delaware ha hecho es ofrecer un servicio a quienes deseen apostar respecto de los juegos de la NFL. De ahí que, si bien es cierto que Delaware está generando ganancias que no habrían sido posibles sin la existencia de la NFL, esto no puede ser considerado como un *misappropriation* pues este supuesto no difiere sustancialmente de aquellos servicios que se generan en torno a un importante evento como serían por ejemplo, los buses que transportan a los espectadores o las personas que venden alimentos alrededor de los estadios.

²⁷⁹ Corte Distrital de Delaware. *National Football League vs Governor of the State of Delaware*. Sentencia de 11 de agosto de 1977.

En palabras de la Corte: “while courts have recognized that one has a right to one's own harvest, this proposition has not been construed to preclude others from profiting from demands for collateral services generated by the success of one's business venture”²⁸⁰. Adicionalmente, se concluyó que la reputación de la NFL no se ve afectada por la existencia de un concurso de lotería, de hecho las apuestas en torno a los juegos de la NFL han existido durante años, lo cual no ha generado ningún tipo de perjuicio al demandante o a su reputación.

En lo referente a la supuesta infracción de derechos marcarios, la Corte señaló que la Lotería de Delaware no ha empleado el nombre de la NFL o de alguna de sus marcas o signos con el fin de identificar el servicio que ofrece. Es así que, el nombre utilizado para los juegos de apuesta fue “Scoreboard” mientras que los juegos individuales eran identificados como “Football Bonus”, y “Touchdown II”. Las tarjetas en las que los clientes marcaban sus opciones de apuestas identificaban los partidos de fútbol a llevarse a cabo mediante el empleo de los nombres de las ciudades cuyos equipos de la NFL estaban programados para competir. Todo lo cual no infringía de ningún modo los registros marcarios respecto de los cuales los demandantes solicitaban protección.

Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, la Corte estableció que es prohibido publicitar servicios de tal manera que se genere una impresión incorrecta en el segmento pertinente del público consumidor respecto de la existencia de una conexión entre los servicios ofrecidos y el titular de una marca registrada. De ahí que, en el presente caso se prefirió adoptar medidas positivas para evitar que los consumidores crean que la Lotería de Delaware es el *sponsor* de la NFL o que existe una aprobación por parte de este último, por lo que se ordenó la inclusión de un *disclaimer* en toda la publicidad respecto de las apuestas.

En cuanto a la contrademanda, la Lotería de Delaware señaló que todas las licencias otorgadas por la NFL eran exclusivas y que únicamente se podía acceder a estas si se aceptaba un paquete total de marcas correspondiente a los veintiocho clubes. Adicionalmente, se requería el pago anticipado de un *royalty*, todo lo cual según lo alegado por la demandada implicaba una violación al *antitrust law*. Respecto de este punto, la Corte concluyó que al no existir pruebas suficientes respecto de los programas

²⁸⁰ *Ibíd.*

de licencias ofrecidos por la NFL y al no constatarse un daño por las supuestas prácticas anti-competitivas, no eran procedentes las alegaciones realizadas por la parte demandada.

En virtud de lo mencionado, la Corte resolvió ordenar a los demandados la inclusión en los materiales difundidos de una declaración visible en la que se establezca que no existe ninguna relación de patrocinio ni asociación entre la NFL y la lotería de Delaware y declaró el juego de apuestas denominado “Touchdown II” como ilegal dado que violaba la normativa reguladora de la Lotería de Delaware.

3.2.1.2 Análisis del caso

A nuestro juicio, el presente caso constituye un gran precedente para el desarrollo del *ambush marketing* pues la decisión emitida por la Corte es lo suficientemente acertada al establecer límites a los derechos de quienes organizan un evento. En este sentido, si bien es entendible que las entidades organizadoras de magnos eventos, en la medida que incurren en grandes inversiones de dinero y tiempo para el desarrollo de este tipo de espectáculos, luchen por un marco de protección a sus actividades, este no tiene que exceder de los límites que razonablemente deben existir.

Así, concordamos con el pronunciamiento de la Corte respecto de que los resultados de los juegos al constituir información de dominio público no pueden ser objeto de exclusividad a favor del organizador de un evento. De esta forma, como bien lo destaca Yochai Benkler, “la información es de dominio público en la medida en que ninguna persona tiene el derecho de excluir a otra el uso de la información; en otras palabras, la información es de dominio público si todos los usuarios son igualmente privilegiados de usarla”²⁸¹.

De ahí que, si bien los resultados de los partidos constituyen información que se ha generado gracias a la existencia del evento, no se puede pretender que terceros no se puedan beneficiar de dicha información. Caso contrario, se llegaría al absurdo de afirmar que este tipo de espectáculos deben únicamente generar beneficios a favor de sus organizadores, olvidando la esencia social de estos eventos que en tanto no

²⁸¹ Yochai Benkler. “Free as the air to common use: First Amendment Constraints on enclosure of the Public Domain”. *NYU Law Review* Vol. 74 (1999), p. 360.

interfieran con derechos reconocidos a favor de los organizadores, pueden también servir como una herramienta que favorece a terceros.

Adicionalmente, cabe hacer mención a la decisión de la Corte respecto de la utilización de *disclaimers* para evitar cualquier tipo de confusión o riesgo de asociación por parte del público consumidor. Así, aún cuando la autoridad no constató que efectivamente los consumidores estaban siendo inducidos a error, prefirió ordenar la inclusión de estos mensajes con el fin de evitar una posible vulneración al consumidor. A nuestro parecer, esta orden de la Corte no es conveniente por dos razones. En primer lugar, tomando en cuenta que los *disclaimers*, como bien se estableció en el acápite anterior, no constituyen un medio que como tal prevenga que el público sea confundido y que, por el contrario, quien los emplea tiene que demostrar su eficacia, no resulta pertinente que la Corte haya anticipado su eficacia al obligar su inclusión. Es así que, como lo resalta Steve McKelvey, en vista de que son varios los estudios que concluyen que los *disclaimers* en los que se emplea expresiones negativas como “no es” o “no se encuentra” generalmente son inefectivos, no resulta conveniente que las Cortes amplíen el alcance de esta clase de mensajes²⁸².

En segundo lugar, esta decisión es considerada un precedente en lo que atañe al juzgamiento de las prácticas de marketing de emboscada pues constituye la primera disputa llevada a una instancia judicial. En este sentido, el hecho de que la Corte haya ordenado la inclusión de *disclaimers*, conllevó a que los *ambushers* consideren que la inclusión de este tipo de mensajes excluía la posibilidad de confusión o riesgo de asociación y por ende, podría ser usado como medio para evadir responsabilidad. Así, la doctrina es enfática en precisar que esta decisión generó una visión positiva hacia esta clase de mensajes, incrementándose su uso por parte de los *ambushers*²⁸³.

Por otro lado, un punto analizado por la doctrina respecto a la presente controversia es el hecho de que en un principio los organizadores de eventos deportivos -como la NHL- se reusaban a celebrar contratos de patrocinio con empresas de juegos de apuesta. De ahí que, entre los varios motivos que conllevaron a que la NHL haya decidido llevar

²⁸² Steve McKelvey. “NHL v. Pepsi-Cola Canada, Uh-Huh! Legal Parameters of Sports Ambush Marketing”. *Entertainment & Sports Law*, Vol. 5 (1993), p. 13.

²⁸³ José Piñeiro Salguero y Antoni Rubí Puig. *Ambush marketing en eventos deportivos*. *Óp. cit.*, p. 18.

a instancias judiciales a la Lotería de Delaware, uno de estos haya sido la naturaleza de la actividad que pretendía beneficiarse del evento en cuestión, pues se consideraba que los juegos de azar no permiten generar una buena imagen a los eventos deportivos²⁸⁴.

Si bien en la demanda no existe una alegación al respecto, hubiese sido interesante que la NHL alegue un posible desmedro a su imagen empresarial al ser asociada con actividades que generan cierta discusión moral o ética –como son las apuestas-, lo que hubiese abierto las puertas a que una práctica de *ambush marketing* pueda ser objeto de sanción por otros supuestos de competencia desleal aparte de los previamente analizados.

Por último, si bien no es objeto de análisis del presente trabajo las prácticas que atentan contra la competencia, es importante lo alegado por la demandada en torno a una supuesta violación al *antitrust law* por parte de la NFL. Así, pese a que la Corte desechó dicho argumento por considerar falta de pruebas que respalden dicha afirmación, resulta interesante que una alegación de este tipo haya sido llevada a los tribunales. Esto, dado que ciertos organizadores en la medida en que gozan de un alto nivel de poder pueden ser efectivamente sancionados por prácticas restrictivas de la competencia o abuso de derecho.

Como se ha podido determinar, el presente caso es relevante para el estudio y desarrollo del *ambush marketing* en tanto que permite delimitar el alcance de los derechos de los organizadores en torno a un evento. En este sentido, la disputa en análisis permite develar que no toda aquella práctica de marketing de emboscada es sancionable sino únicamente aquellas prácticas en las que se compruebe su deslealtad ya sea en desmedro de los intereses de los consumidores, agentes económicos y/o del bienestar del mercado.

3.2.2 NATIONAL HOCKEY LEAGUE (NHL) vs. PEPSI-COLA CANADA LTD

3.2.2.1 Hechos del caso y decisión de la Corte

Sin dudas la presente disputa constituye el caso más representativo de *ambush marketing* ya que ha sido una de las pocas controversias llevadas a una instancia judicial y cuya resolución, como se analizará a continuación, generó una posición a favor del

²⁸⁴ Paul Anderson y otros. *Sports Betting: Law and Policy*. Wisconsin: TMC Asser Press, p. 950.

marketing de emboscada. En el año 1990, la *National Hockey League* (en adelante NHL) comprendía veintiún equipos de hockey y tenía afiliada una compañía de servicios, the *National Hockey League Services Ltd.* Dicha compañía se encargaba de licenciar los diferentes paquetes para aquellas empresas que deseaban figurar como patrocinadores o tener cualquier otro tipo de asociación a la NHL, gracias a lo cual se obtenían grandes cantidades de ingresos que contribuían en parte a la realización de los juegos.

Uno de los contratos más importantes fue el celebrado con *Coca Cola Ltd.*, en virtud del cual la “coca cola” fue designada como la bebida -no alcohólica- oficial de la NHL a cambio de un pago de aproximadamente \$2.6 millones. No obstante, dicho contrato no incluía el derecho de *Coca Cola Ltd.* a publicitar sus productos durante las transmisión de los juegos, pues los derechos de difusión fueron otorgados a *Molson Coors Brewing Company*. El problema se presentó cuando esta última compañía celebró, a su vez, contratos publicitarios con *Pepsi Co.* -el rival directo de *Coca Cola-*, gracias a lo cual los productos de *Pepsi* logran entrar a la gran pantalla²⁸⁵.

La campaña publicitaria además fue bastante ingeniosa puesto que se recurrió a diferentes estrategias para lograr llamar la atención del público consumidor. Así, por ejemplo se realizaron distintos anuncios televisivos y se llevo a cabo un concurso denominado “the Diet Pepsi four million dollar pro-hockey playoff pool”, el mismo que consistía en que los consumidores de gaseosas *Pepsi* encuentren en las tapas de las botellas el resultado del juego, con lo cual se podían ganar hasta \$10.000, al igual que otros premios como cantidades de dinero inferiores y gaseosas gratis. Adicionalmente, *Pepsi Co.* patrocinó al exitoso programa “Coach’s Corner”, el mismo que era transmitido durante los entretiempos en los partidos²⁸⁶, todo lo cual genero beneficios a

²⁸⁵ Sobre el caso NHL vs PEPSI CO CANADA LTD, *vid.* Steve Mackelvey. “Coca-Cola vs. PepsiCo- A “Super” Battleground for the Cola Wars?”. *Sport Marketing Quarterly, West Virginia University* No. 15 (2009) p. 119.; Sudipta Bhattacharjee. *Ambush Marketing- The Problem and the Projected Solutions vis-a-vis Intellectual Property Law- A Global Perspective.* [http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/4908/1/JIPR%208\(5\)%20375-388.pdf](http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/4908/1/JIPR%208(5)%20375-388.pdf) (acceso: 05/09/2015) y, José Piñeiro y Antonio Rubí. *Ambush Marketing en eventos deportivos.* http://www.indret.com/pdf/439_es.pdf (acceso: 05/09/2015).

²⁸⁶ Uno de los comentaristas más reconocidos en Canadá, Don Cherry, era quien dirigía el programa mencionado y fue el encargado de explicar el concurso. Así a manera de monólogo decía: “Just cool it! Just cool it! There’s \$4 million to be won in Diet Pepsis’s Playoff Pool. Now look here! Check under the caps of Pepsi and 7-Up products! If, for instance, it says “Calgary in 6” an they win the Playoff final in 6,

Pepsi, quien no recurrió en costos tan altos para publicitar su marca (en comparación con *Coca Cola*). Y, expresamente indicó tanto en los avisos televisivos como en las tapas de las botellas el no mantener ningún tipo de asociación ni vínculo con la NHL.

La NHL, al ver que los intereses de uno de sus sponsors más importantes al igual que los suyos estaban siendo afectados por la campaña publicitaria de *Pepsi Co.*, demandó a esta empresa ante los tribunales canadienses, fundamentándose principalmente en el *common law tort of passing off* e infracción de derecho de marcas. Así, la NHL argumentó que los anuncios televisivos realizados por *Pepsi* transmitían una falsa impresión al público respecto de que la NHL de alguna manera aprobaba o apoyaba el concurso en mención. La respuesta de *Pepsi* fue simple, la campaña de marketing ejecutada si bien era un poco agresiva, era legal sin poder inducir a confusión al consumidor pues en los *disclaimers* empleados expresamente se mencionaba que no existe ningún tipo de relación o vinculación entre *Pepsi Co.* y la NHL.

Antes estos hechos y al examinar el *tort of passing off*, la Corte Canadiense señaló:

Having viewed the television advertisements several times and read the printed material relating to the contest, I am unable to say that the contest suggests, to my mind, that the plaintiffs approved, authorized or endorsed the contest in any way or that there was some form of business connection between the defendant and the plaintiffs. I recognize that my own perception may very well have been influenced by the trial itself. Accordingly, I attach little weight to it. The result, however, is that in respect of the contest there is neither evidence nor the appearance of passing off.

(...) Having concluded that the contest was not likely to mislead the public into believing that it was in any way approved, authorized or endorsed by the plaintiffs or that the plaintiffs in any way approved or endorsed the defendant's products and that, in any event, the disclaimer was adequate to dispel any misconceptions that could possibly have arisen in respect of these matters, the action, so far as it is founded on the tort of passing off, is dismissed²⁸⁷.

Así, la Corte Canadiense concluyó que los anuncios publicitarios de *Pepsi* no implicaban un *passing off*, puesto que para este se configure “there must be a representation that the defendant’s goods are connected with the plaintiff in such a way as would lead people to accept them on the faith of the plaintiff’s reputation”²⁸⁸. Además, en la medida en que el consumidor fue debidamente informado respecto a que

you could win \$10.00, \$10.000 or free Diet Pepsi. Now, hit the ice you guys! Play Diet Pepsi’s \$4 million Playoff Pool”.

²⁸⁷ Corte Suprema de Columbia Británica. Caso *National Hockey League (NHL) vs Pepsi-Cola Canada Ltd.* Sentencia de 02 de junio de 1992.

²⁸⁸ *Ibíd.*

no existía relación entre *Pepsi Co.* y la NHL difícilmente podría sostenerse que se ha generado confusión o se ha inducido a error al consumidor. Por otro lado, en cuanto a la infracción de derechos de marca, tal argumento no fue aceptado por la Corte dado que en ningún anuncio publicitario *Pepsi Co* usó indebidamente alguna de las marcas en perjuicio de la NHL.

3.2.2.2 Análisis del Caso

A nuestro juicio, la resolución de la Corte Canadiense fue correcta al concluir que *Pepsi Co.* no debía ser sancionado. No obstante, hay un punto que la autoridad no analiza a profundidad y que resulta clave para determinar si efectivamente la publicidad y marketing llevado a cabo por la demandante en relación con los Juegos de la NHL constituye una práctica de *ambush marketing* sancionable.

Como se expuso en los hechos del caso, *Pepsi Co.* adquirió derechos para difundir su campaña publicitaria a *Molson Coors Brewing Company*, la cual era titular de los derechos de difusión de los juegos de la NHL. No existió ningún limitante contractual impuesto por la NHL a dicha compañía respecto de la difusión de los partidos, por lo que lo que los contratos publicitarios celebrados a su vez con *Pepsi Co.* gozaban de validez y eficacia. Consecuentemente, dicha empresa estaba facultada legalmente para promocionar su producto durante la transmisión de los partidos de la NHL, lo cual permite anticipar que el comportamiento de *Pepsi Co.* no constituye un acto meramente parasitario. De esta forma, como bien lo destaca la doctrina, debió existir un pronunciamiento expreso por parte de la autoridad en cuanto a que *Pepsi Co.* al haber adquirido válidamente un espacio para difundir su publicidad durante los juegos, estaba legitimada para tener una conexión con dicho evento²⁸⁹.

Ahora bien, en cuanto a la campaña publicitaria, por una parte esta implicó la contratación de un presentador famoso para que publicite la gaseosa *Pepsi* en un programa transmitido durante los entretiempos de los partidos. Esto no puede ser objeto de sanción ya que los derechos de difusión fueron cedidos a *Molson Coors Brewing Company*, perdiendo la NHL el control respecto de la transmisión de los partidos.

²⁸⁹ Steve McKelvey. “NHL v. Pepsi-Cola Canada, Uh-Huh! Legal Parameters of Sports Ambush Marketing”. *Óp. cit.*, p. 8.

Por otro lado, en lo que atañe al concurso ejecutado por *Pepsi Co.*, gracias al cual los consumidores podían ganar gaseosas o dinero en caso de que la tapa del producto acierte con los resultados de los juegos, es importante destacar que los obsequios brindados al público consistían en bienes de propiedad de *Pepsi Co.*, por lo que dichos regalos como tal no generaban asociación con la NHL.

Así, el único elemento empleado en la campaña que podría pensarse que generaba una asociación con el evento eran los resultados de los partidos, los cuales en la medida en que constituye información de dominio público no puede ser objeto de protección exclusiva a favor de la parte demandante. De ahí que, la práctica de *ambush marketing* objeto de estudio, sea considerada uno de los grandes estrategias que si bien son arriesgadas, resultan ser lo suficientemente imaginativas para emboscar a un competidor sin caer en un supuesto de ilicitud²⁹⁰.

Adicionalmente, *Pepsi Co.* mediante un *disclaimer* resaltó que no era sponsor ni mantenía ningún tipo de vinculación con la NHL, lo cual constituyó el elemento principal gracias al cual la Corte decidió no sancionar a la demandada. Al respecto, consideramos que si bien el hecho de que haya existido un mensaje de este tipo ayuda a que no exista confusión, este no puede ser considerado el punto principal para que las prácticas de *ambush marketing* sean o no sancionadas.

Como se analizó en el acápite anterior, quien alega que un *disclaimer* ha conllevado a que el público consumidor no se confunda está en la obligación de probarlo, caso contrario su alegación no es relevante pues esta clase de mensajes por sí mismos no constituyen una causal de exclusión de responsabilidad. Consecuentemente, no resulta adecuado que las Cortes consideren la existencia de un *disclaimer* como un elemento determinante para sancionar o no una práctica de marketing de emboscada.

Finalmente, es importante destacar que la NHL -en su calidad de organizadora del evento- es quien debe tratar de brindar una protección sólida a sus auspiciantes, por lo que el hecho de que *Coca Cola Ltd.* haya invertido millones de dólares para ser el patrocinador oficial de los juegos no constituye un factor relevante en el análisis del presente caso. Esto, dado que la NHL fue quien falló al no tomar las medidas

²⁹⁰ Sudipta Bhattacharjee. “Ambush Marketing –The Problem and the Projected Solutions vis-a-vis Intellectual Property Law –A Global Perspective”. *The National University of Juridical Sciences* (2003), p. 379.

pertinentes para que su auspiciante no sea emboscado. De ahí que, como bien lo resalta Teresa Scassa, esta controversia haya sido una lección clara para los organizadores de un evento respecto al patrocinio y derechos de transmisión²⁹¹.

Este caso es considerado un precedente relevante para la historia del *ambush marketing* con dos grandes impactos. Por un lado, se dejaron las puertas abiertas a las prácticas de marketing de emboscada y, por otro, los organizadores empezaron a anticiparse a dichas prácticas, tratando de ser lo suficientemente astutos al no dejar vacíos contractuales que puedan ser aprovechados por terceros²⁹².

Si bien la resolución de la Corte no profundiza el análisis respecto de algunos puntos, esta es lo suficientemente motivada tomando en cuenta el año de la disputa y el poco desarrollo doctrinario en torno al *ambush marketing* en aquella época. Así, gracias a la decisión se pudo empezar a delimitar el alcance de los derechos de los organizadores en torno a un evento, a la vez que permite marcar una línea divisoria entre aquellas prácticas que irritan al organizador o a sus patrocinadores de aquellas que además de molestar a dichos agentes económicos deben ser sancionada al verificarse su ilicitud.

3.2.3 NEW ZEALAND OLYMPIC AND COMMONWEALTH GAMES ASSOCIATION INC V. TELECOM NEW ZEALAND LIMITED

3.2.3.1 Hechos del caso y decisión de la Corte

En el año 1996, en torno a los Juegos Olímpicos, se presentó otro de los grandes casos de *ambush marketing*. En esta oportunidad, la *New Zealand Olympic and Commonwealth Games Association Inc (New Zealand CGAI)* llevó a los tribunales a *Telecom*, defendiendo así los intereses de *Bellsouth*, compañía telefónica patrocinadora oficial del equipo olímpico de Nueva Zelanda. La estrategia de *ambush marketing* empleada implicó la publicación de anuncios en la prensa en el que aparecía cinco veces la palabra RING, cada una reflejaba el color y emulaba la forma de los reconocidos anillos olímpicos, lo cual generaba una conexión inmediata con los Juegos que se realizaban.

²⁹¹ Teresa Scassa. “Ambush Marketing and the Right of Association: Clamping Down on References to That Big Event With All the Athletes in a Couple of Years”. *Journal of Sport Management* (2011), p. 364.

²⁹² Edward Vassallo, Kristin Blemaster y Patricia Werner. “y Patricia Werner. *emastelemasteMarketingia Óp. cit.*, p. 1346.

Con el fin de cesar dicha publicidad, la *New Zealand CGAI* interpuso un *interim injunction* ante los tribunales alegando básicamente que la publicidad ejecutada por *Telecom* podría generar la impresión en el consumidor de que existe una asociación o conexión entre dicha compañía y los Juegos Olímpicos o con el equipo olímpico de Nueva Zelanda, lo cual configuraba un acto de *passing-off* y publicidad engañosa bajo la *Fair Trading Act*. Al respecto, *Telecom* respondió que la campaña publicitaria únicamente tenía como fin que los consumidores conozcan que pueden usar su telefonía en caso de viajar a Atlanta para los Juegos Olímpicos.

Durante el proceso, se escucharon la opinión de diferentes expertos referente a la asociación o confusión generada por la publicidad. Por una parte, los expertos de *Telecom* señalaron que muy pocos consumidores se tomarían el tiempo y el nivel de atención necesaria para reconocer la metáfora o interpretarla como producto de un contrato de patrocinio. Asimismo, se estableció que los *sponsors* generalmente resaltan su calidad de patrocinadores en los anuncios publicitarios o en cualquier tipo de comunicación, mediante expresiones como “sponsored by” or “proud sponsors of”, lo cual no se manifestó en los anuncios de la prensa realizados por *Telecom*. Todo lo cual permitía concluir que no existía contrato de patrocinio entre *Telecom* y la *New Zealand CGAI*.

Por su parte, los expertos de la *New Zealand CGAI* sostuvieron que la publicidad en cuestión generaba una asociación con el evento a realizarse. Así, conforme a la opinión de un diseñador gráfico, los consumidores podrían reconocer la metáfora implícita en relación a los Juegos Olímpicos y asociarían a *Telecom* como su patrocinador, más aún tomándose en consideración que años atrás *Telecom* figuraba como patrocinador de las Olimpiadas.

Al respecto, el Tribunal de Nueva Zelanda estableció que en vista de que *Telecom* no ha manifestado ser el patrocinador del equipo olímpico de Nueva Zelanda o mantener algún tipo de asociación con los Juegos Olímpicos, no se puede evidenciar que la publicidad sea falsa. De igual forma, el argumento en cuanto a que *Telecom* había figurado como *sponsor* en eventos anteriores y que por lo tanto los consumidores lo relacionarían como patrocinador no fue considerado como relevante.

Adicionalmente, se concluyó que un lector normal que revisa el periódico de manera típica es muy poco probable que asuma que la publicidad sea autorizada por la Asociación Olímpica o resultado de un contrato de patrocinio: “those who noticed the five coloured “ring” words and then made an association with the five circle Olympic symbol would be mildly amused. The advertisement would then seem like a cartoon or clever device (...) It quite simply and patently is not the five circles as such”²⁹³.

Finalmente, el Tribunal concluyó que: “*Telecom* has been adventurous, perhaps unwisely so, but the Olympic Association, pushed by the competitor *BellSouth*, may have been a little paranoid as to possible repercussions”²⁹⁴. En este sentido, si bien no se analizaron las presiones competitivas a las cuales están sujetos los patrocinadores, sí se estableció que la sanción a las prácticas ejecutadas por los competidores requieren de un análisis más reflexivo y no tomar como base la mera irritación que este tipo de actos puede generar.

3.2.3.2 Análisis del Caso

Consideramos que la decisión de la Corte en el presente caso no ha sido la correcta ya que el acto de *ambush marketing* llevado a cabo por *Telecom* debió ser sancionado. Para tal efecto, y en orden de proceder con el análisis de esta práctica de marketing de emboscada es menester realizar un breve estudio de la dilución marcaría.

Como bien lo destaca J. Thomas McCarthy, la dilución es el proceso mediante el cual se produce un debilitamiento o reducción en el poder de atracción o distintividad que posee una marca²⁹⁵. En el mismo sentido, Frank Schchter menciona que la dilución “es el cercenamiento gradual o la dispersión de la identidad y retención de la marca o nombre en la mente del público (...)”²⁹⁶. De ahí que, una de las razones principales que fundamenta la protección contra la dilución de los signos distintivos sea precisamente el

²⁹³ Corte Suprema de Nueva Zelanda. *New Zealand Olympic and Commonwealth Games Association Inc. vs Telecom New Zealand Ltd* (1996) 7 TCLR 167.

²⁹⁴ *Ibíd.*

²⁹⁵ J. Thomas McCarthy. *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, Vol 2. Nueva York: West Group, 2001, p. 24:67.

²⁹⁶ Frank Schchter. “The Rational Basis of Trademark Protection”. *Harvard Law Review* P. 342.

hecho de que la pérdida de poder distintivo de una marca vulnera el derecho de propiedad respecto de aquella²⁹⁷.

Profundizando un poco más en el tema, la doctrina contempla dos tipos de dilución: i) por empañamiento o *blurring* y, ii) por degradación o *tarnishment*²⁹⁸. Para efectos del presente caso, el análisis se centrará en la primera clase de dilución, entendiéndose por esta la difuminación o pérdida del carácter distintivo de la marca por su uso en productos diferentes²⁹⁹. Así, bajo este tipo de dilución, “consumers will see the plaintiff’s mark used by other persons to identify other sources on a plethora of different goods and services”³⁰⁰. En este sentido, la dilución por empañamiento tiene lugar cuando la identidad del signo es gradualmente dispersada mediante usos no autorizados por terceros de signos idénticos o similares sobre productos de cualquier clase³⁰¹.

Adicionalmente, es importante resaltar que la dilución no es lo mismo que confusión, pues como bien lo manifiesta la doctrina “la dilución empieza donde la confusión termina”³⁰². En este sentido, la dilución requiere un tipo una asociación mental diferente por parte del público consumidor, ya no se está bajo la hipótesis de que aquel se confunde o considera que existe algún tipo de vinculación económica entre las empresas, sino que al estar frente al signo idéntico o similar recuerda el signo cuya fuerza distintiva está siendo diluida³⁰³. Al respecto, la Corte Suprema de Estados Unidos ha señalado que la dilución se aparta del enfoque de protección directa al

²⁹⁷ Frederick Mostert. “Trademark Dilution and Confusion of Sponsorship in United States, German and English Law”. *International Review of Industrial Property and Copyright Law* (1986), p. 87.

²⁹⁸ La dilución por denigración hace referencia a un uso no autorizado del signo con el propósito de degradar su poder distintivo, así por ejemplo se produce este tipo de dilución cuando el signo es usado en productos o servicios considerados inferiores u ofensivos respecto a aquellos que la marca identifica.

Sobre las ideas que se resumen en esta parte, *cfr.* Alfredo Martel. *La protección reforzada en el caso de las marcas notorias y el fenómeno de la dilución*. <http://www.anuarioandino.com/Anuarios/Anuario01/art12/ANUARIO%20ANDINO%20ART12.pdf> (acceso: 23/09/2015).

²⁹⁹ Alexandra Olson. “Dilution by Tarnishment: An Unworkable Cause of Action in Cases of Artistic Expression”. *Boston College Law Review* Vol 53 (2012), p. 696.

³⁰⁰ J. Thomas McCarthy. *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*. *Óp. cit.*, p. 24:67.

³⁰¹ Federico Silva “La dilución de una marca registrada. Una protección extensiva a marcas notoriamente conocidas que no requiere de confusión ni de competencia para su procedencia”. *Revista Jurídica Paraguaya* No. 11 (2012), p. 9.

³⁰² Alfredo Martel. *La protección reforzada en el caso de las marcas notorias y el fenómeno de la dilución*. *Óp. cit.* p. 277.

³⁰³ Kathleen McCabe. “Dilution-by-blurring: A Theory Caught in the Shadow of Trademark Infringement”. *Fordham Law Review* Volume 68, (2000), p. 1841.

consumidor –presente en los actos de confusión- y se dirige más bien a la protección de los intereses del agente económico, cuyos derechos de propiedad respecto de su marca o signo distintivo están siendo interferidos³⁰⁴.

Ahora bien, en el presente caso Telecom llevó a cabo una campaña publicitaria en la que los aros de los Juegos Olímpicos fueron emulados de una forma bastante creativa. No obstante, dicha publicidad, contrario a lo establecido por la Corte, sí vulnera derechos de propiedad intelectual obtenidos a favor de la *New Zealand CGAI*, con mayor razón si se toma en cuenta lo mencionado referente a la dilución marcaría.

En este sentido, aún cuando se haya concluido que los consumidores no asociaban a Telecom como patrocinador de los Juegos Olímpicos y que por lo tanto no se generaba un acto de confusión, se debió haber sancionado la dilución al signo generada por esta publicidad. El hecho de que el consumidor tenga claro que no existe vinculación de ningún tipo entre *Telecom* y la *New Zealand CGAI* no quiere decir que la práctica en cuestión no esté generando un daño al poder distintivo o magnetismo comercial del signo. Al contrario, mediante este tipo de actos se está aprovechando indebidamente de la reputación y fama de los aros olímpicos, lo cual a todas luces debe ser sancionado.

Son varios los autores que coinciden en que la resolución del presente caso no ha sido la deseada pues sólo permite inferir el area gris en el que se desarrollan las prácticas de *ambush marketing*³⁰⁵. De igual forma, a propósito del caso en cuestión, los autores destacan la ineficacia del ordenamiento jurídico de Nueva Zelanda para proteger los intereses de los patrocinadores de un evento. Así, como bien lo señalan Ellis, Scassa y Séguin, la única opción para la *New Zealand CGAI* era demandar a *Telecom* bajo la normativa de *passing off*, lo cual no resultaba viable ya que para que se configure un acto de este tipo era necesario que el demandado haya generado confusión respecto a los productos o servicios de otro agente económico. De ahí que:

(...) A company seeking to draft on the goodwill associated with a particular event is not attempting to suggest that their products or services are those of their competitor, the official sponsor. On the contrary, they want to promote themselves as the source of their own products and services—they simply want to benefit from the larger audiences

³⁰⁴ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. *Ringling Bros.-Barnum & Bailey Combined Shows, Inc. v. Utah Div. of Travel Dev.* Sentencia de 16 de marzo de 1999.

³⁰⁵ Stephen Townley, Dan Harrington y Nicholas Couchman. “The Legal and Practical Prevention of Ambush Marketing in Sports”. *Óp. cit.*, p. 338.

attracted to the event in question. This makes the tort of passing off, particularly the element of misrepresentation, difficult to establish³⁰⁶.

En este sentido, aparte de que la normativa vigente dificultaba que los intereses del organizador sean debidamente precautelados, es importante mencionar que la presente resolución fue emitida en el año 1996, época en la que la doctrina de la dilución aún no era ampliamente difundida. De ahí que, tanto la defensa a favor de la New Zealand CGAI al igual que la Corte hayan omitido pronunciarse respecto de este punto. No obstante, en la actualidad en el supuesto de presentarse una práctica de *ambush marketing* similar, ésta debería ser sancionada en miras de proteger los intereses de los titulares de signos tan reconocidos cuyo poder distintivo es difuminado o diluido.

Así, el caso en cuestión, resulta relevante para el presente trabajo en tanto que permite conocer los hechos de una controversia que efectivamente implica un aprovechamiento a la reputación ajena, por lo cual debería ser sancionada bajo la normativa de competencia desleal. Adicionalmente, en caso de que el organizador comprobare la existencia de un riesgo de asociación, también se configuraría un acto de confusión, lo que de igual forma conllevaría a que la práctica sea objeto de sanción.

Como se manifestó anteriormente, la casuística expuesta en el presente acápite permite conocer los casos más importantes en lo que respecta al *ambush marketing*. Así, consideramos acertadas algunas de las resoluciones expuestas que, aunque en caso de presentarse en la actualidad exigirían un análisis más profundo respecto de ciertos puntos, la decisión en lo que se refiere a la sancionabilidad resulta acertada.

De igual forma, el último caso constituye el ejemplo perfecto de una estrategia de marketing que al constituir un acto de competencia desleal sería, a todas luces, objeto de sanción. En este sentido, el conocer los hechos que involucran una práctica de marketing de emboscada permite esclarecer qué circunstancias en la práctica podrían conllevar a que un caso de *ambush marketing* sea objeto de sanción al vulnerar los intereses de los agentes económicos y por ende irrogar al mercado concurrencial, conforme la hipótesis planteada en la presente investigación.

³⁰⁶ Dana Ellis, Teresa Scassa y Benoit Séguin. "Framing ambush marketing as a legal issue: An Olympic perspective". *Sport Management Review* Vol. 14, p. 300.

4 CONCLUSIONES

El *ambush marketing* se genera a propósito del patrocinio, figura que se presenta como una opción llamativa para aquellas empresas que desean difundir información publicitaria. De ahí que, los contratos de patrocinio sean una herramienta de promoción eficaz para desarrollar el marketing global a la vez que permiten incrementar el valor de una marca. En el Ecuador y en gran parte de países, estos acuerdos son atípicos, es decir que no poseen regulación específica, regulándose en base a los principios generales del negocio jurídico. Así, entre las características que se pueden destacar respecto del mismo está su carácter bilateral, *intuitio personae* y consensual.

El marketing de emboscada constituye una de las herramientas del marketing de guerrilla, entendiéndose por este último aquel tipo de marketing que por medio de métodos no convencionales -basados principalmente en la creatividad-, permite la consecución de grandes beneficios a favor de una empresa. Así, al enfocarse principalmente en el comportamiento del consumidor, el marketing de guerrilla consigue atraer la atención de un número mayor de consumidores que los que se atraería por medio de una estrategia de marketing tradicional.

Son varias las estrategias de marketing de guerrilla que pueden ser ejecutadas por un agente económico, sin perjuicio de lo cual la doctrina ha agrupado dichas prácticas en tres grupos: i) *Infection Guerrilla Marketing*, ii) *Surprise Guerrilla Marketing* y, iii) *Ambush Marketing*. El primero, como bien lo indica su nombre, comprende aquellas estrategias que tienen como fin principal la difusión de un mensaje publicitario, tal y como si la publicidad fuese un foco infeccioso que se va extendiendo ampliamente. Por su parte, el segundo tipo de marketing de guerrilla tiene como objeto generar sorpresa en el consumidor, logrando atraer su atención. Así, mediante la transmisión de mensajes publicitarios en lugares populares y de forma llamativa, se puede lograr captar al futuro consumidor.

Por último, el *ambush marketing* constituye la tercera herramienta del marketing de guerrilla que se enfoca principalmente en generar un bajo coste, permitiendo que una empresa disminuya su presupuesto destinado a publicidad. Es importante concluir que si bien cada una de las herramientas anteriormente mencionadas se orienta a un fin en específico, todas se relacionan. De esta forma, en lo que respecta al marketing de

emboscada, si bien el objeto principal es llevar a cabo publicidad a favor de un agente económico -evitándose que la inversión en esta área sea muy elevada o generándose otras opciones más rentables-, también se logra una amplia difusión del mensaje publicitario. Adicionalmente, en la medida en que la publicidad es creativa e imaginativa, se consigue atraer la atención del consumidor.

Ahora bien, en cuanto al concepto de *ambush marketing*, al ser este un fenómeno que continúa en desarrollo, no existe una noción homogénea. Al contrario, las definiciones propuestas son distintas, siendo agrupables en dos categorías. Por un lado, quienes consideran que las prácticas de *ambush marketing* son positivas, coinciden en que el marketing de emboscada alude a una variedad de estrategias que, gracias a la creatividad humana, logran un aprovechamiento legítimo de aquellos espacios que no han sido cubiertos por los contratos de patrocinio. Por otro lado, quienes estiman que el marketing de emboscada debe ser reprimido afirman que este implica un comportamiento parasitario que genera un vínculo de asociación no autorizado con un evento determinado.

En lo que atañe a las estrategias de *ambush marketing*, en la medida en que su desarrollo depende de la imaginación e ingenio humano, no es posible enlistar de forma taxativa las prácticas de marketing de emboscada. Sin perjuicio de lo cual, es plausible enunciar a manera de ejemplo algunas de estas. En este sentido, se destacan: el patrocinio a un equipo o a deportistas individuales, la adquisición de derechos publicitarios en medios que retransmiten el evento, la realización de anuncios que coinciden con las fechas del evento patrocinado, la realización de publicidad haciendo referencia a los signos distintivos registrados a favor del organizador, el uso no autorizado de entradas y el desarrollo de prácticas meramente imaginativas.

Algunas de aquellas, v. gr. el patrocinio a un equipo o a deportistas y el difundir publicidad valiéndose de los medios de retransmisión del evento, constituyen prácticas legales en tanto que involucran la adquisición de derechos que legitima la realización de publicidad en torno a un evento. Sin embargo, es importante resaltar que en la actualidad los organizadores proporcionan un marco consolidado de protección al patrocinador, por lo que resulta prácticamente impensable que se dejen espacios vacíos que puedan ser aprovechados por terceros para la ejecución de una práctica de

marketing de emboscada de este tipo. Por otro lado, en lo respecta a las otras prácticas de *ambush marketing*, como el uso de signos distintivos de forma no autorizada o el desarrollo de estrategias imaginativas, estas no pueden ser a priori catalogadas como ilegales sino que será necesario un estudio detallado de los hechos de cada caso para llegar a una conclusión en relación a su posible sanción.

Las prácticas en mención han sido objeto de análisis en el campo del derecho de la competencia desleal, rama que tiene como uno de sus bienes jurídicos protegidos la concurrencia de los agentes económicos en el mercado. El concepto de competencia desleal es un tema que ha generado cierta disquisición debido a la carga ética que involucra el establecer qué se entiende por “desleal”. De ahí que, no exista uniformidad legal ni doctrinaria al señalarse qué significa que un agente económico actúe de forma desleal. En nuestro caso, conforme a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado, las prácticas desleales son concebidas como todo hecho o acto contrario a los usos o costumbres honestos. De forma similar, la Decisión 486 señala que se considera desleal todo acto que resulte contrario a los usos y prácticas honestas. Estos principios de la actividad competitiva permiten inferir que un acto será desleal en aquellos supuestos en que un agente económico se valga de herramientas que ningún otro comerciante honrado acostumbra a emplear en perjuicio de otro/s agentes económicos.

En lo que respecta a los actos desleales, la ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado enumera de forma no taxativa algunas prácticas consideradas como desleales. Para efectos del presente trabajo de investigación se realizó un análisis específico de aquellos actos de competencia desleal que han sido vinculados con las prácticas de *ambush marketing*. En este sentido, los actos de confusión, engaño y aprovechamiento de la reputación ajena fueron objeto de estudio particular.

En lo que atañe al primero, son distintas las clases de confusión que se pueden presentar: i) la directa, que se presenta cuando el consumidor no distingue el producto o servicio ofertado debido a la similitud de los signos distintivos, ii) la indirecta, que ocurre en aquellos casos en que el consumidor confunde el origen de las marcas atribuyéndolas a un mismo origen empresarial y, iii) el riesgo de asociación, que implica que el consumidor suponga equivocadamente que existe una relación o algún

tipo de vinculación económica entre quien oferta el producto o servicio y otro agente económico.

Por su parte, el acto de engaño alude a aquellas prácticas que inducen a error al consumidor, de tal forma que se influye en el comportamiento de aquel ya sea por la acción expresa u omisión de información por parte de quien oferta el producto o servicio. Así, en esta clase de actos, además de vulnerarse los intereses de los consumidores, también se verifica un daño económico en la operatividad del mercado en tanto que se resta transparencia al mismo en desmedro de los otros agentes económicos honestos. En cuanto a los actos de aprovechamiento de reputación ajena, la deslealtad se fundamenta en la explotación de la fama o reputación lograda por un competidor, quien se ha esforzado por alcanzar un buen nombre en el mercado, siendo injusto que otro agente económico tome ventaja de dicho esfuerzo.

Ahora bien, una vez analizadas las prácticas de *ambush marketing* dentro de la competencia desleal es plausible realizar las siguientes conclusiones. En primer lugar, si bien hay autores que establecen que el marketing de emboscada se relaciona con los actos de engaño, consideramos que por regla general no se verifica un acto de este tipo en las prácticas de marketing de emboscada ya que uno de los requisitos impuestos por la doctrina y jurisprudencia es que la expresión u omisión de información sea relevante en la decisión de compra del consumidor. En este sentido, el que el consumidor conozca si el ofertante del producto o servicio es o no el patrocinador de un evento no constituye información que influya directamente en su comportamiento. Por lo que, en realidad la publicidad llevada a cabo al margen de una estrategia de marketing de emboscada no resulta engañosa al consumidor.

En segundo lugar, en lo que atañe a los actos de confusión, las prácticas de marketing de emboscada podrían ser sancionables al generar un riesgo de asociación. De esta forma, mediante la publicidad llevada a cabo por un *ambusher*, el consumidor podría considerar que existe una relación o vinculación económica entre quien ofrece el producto o servicio y el organizador de un evento. Todo lo cual tiene que ser probado por el organizador o por aquel agente económico cuyos intereses se vean afectados para que la práctica sea sancionable. En este punto, es importante resaltar que el empleo de *disclaimers* o mensajes mediante los cuales se aclara que no existe una relación de

patrocinio, si bien podría conllevar a que una práctica de *ambush marketing* no genere confusión, se tiene que probar que efectivamente el mensaje ha cumplido su propósito. De esta forma, el alcance que se le debe dar a este tipo de mensajes tiene que ser limitado, evitando un uso indiscriminado o de mala fe por parte de los agentes económicos que realicen publicidad en torno a un evento.

En tercer lugar, las prácticas de marketing de emboscada pueden ser sancionables en caso de verificarse un acto de aprovechamiento de la reputación ajena. Así, a nuestro juicio es precisamente este acto desleal el que se relaciona de forma directa con el *ambush marketing*. La explotación de la reputación y de los esfuerzos alcanzados por otro implica un actuar parasitario, al igual que el emboscar a un organizador para tomar ventaja del renombre de su evento. De ahí que, la doctrina establezca que el marketing de emboscada tiene un *free-riding effect*, entendiéndose por este aquel comportamiento parasitario que involucra el aprovechamiento de alguna ventaja creada por otro agente económico en cuyos costos no se ha colaborado. De esta forma, en la medida en que se cumplan los requisitos para que se configure un acto de explotación a la reputación ajena, una práctica de *ambush marketing* puede ser objeto de sanción bajo la normativa atinente a este tipo de actos.

Adicionalmente, es importante destacar que la cláusula general de competencia desleal no será a prima facie aplicable en los casos de marketing de emboscada. Así, en tanto exista un acto de confusión o de aprovechamiento a la reputación ajena ya no será plausible recurrir a la misma, pues su aplicación se agota en caso de verificarse alguno de los actos desleales expuestos por el legislador. Sin perjuicio de lo cual, no descartamos completamente la posibilidad de que exista un caso en que no se verifique ninguno los actos anteriormente mencionados, resultando pertinente recurrir a la cláusula general a fin de refrenar una práctica de *ambush marketing*.

Los eventos permiten generar riqueza social por lo que desde un enfoque económico, no resulta conveniente restringir completamente la realización de publicidad en torno a un espectáculo. Al contrario, consideramos que por regla general los agentes económicos están facultados para llevar a cabo estrategias publicitarias llamativas que permitan redirigir la atención del consumidor a los productos o servicios ofertados en el marco de un evento. No obstante, en ciertos casos dicha publicidad

puede conllevar una sanción al perjudicar los intereses del organizador o de otros agentes económicos.

De esta forma, una vez estudiado a profundidad el fenómeno del *ambush marketing*, resulta plausible concluir que las prácticas de marketing de emboscada necesariamente demandan un análisis minucioso que ha de tener que realizarse caso por caso. Así, únicamente serán objeto de sanción aquellas prácticas en las que se verifique un acto de confusión o aprovechamiento de la reputación ajena, lo cual tiene que ser debidamente probado por el organizador o por el agente económicos cuyos intereses están siendo interferidos por un *ambusher*. De ahí que, solo bajo estas circunstancias un acto de marketing de emboscada deberá ser reprimido en miras a la protección del mercado, corroborándose la hipótesis planteada en el presenta trabajo de investigación.

En este sentido, en vista de que el *ambush marketing* no es *per se* sancionable, a nuestro juicio no resulta conveniente que el país sede de un evento emita legislación ad hoc para refrenar las posibles prácticas de marketing de emboscada. Dicha normativa aparte de generar cierta incertidumbre en cuanto a su legitimación –dado que se expide por un tiempo de vigencia determinado y para lo protección específica de los intereses de los organizadores de un evento-, puede interferir injustificadamente con derechos a la libertad de expresión publicitaria. De ahí que, no sea una medida proporcional ni necesaria el establecer un marco normativo previo a la realización de un espectáculo de este tipo.

En este sentido, consideramos como medidas alternativas la ejecución de programas de protección que tienen como objeto guiar a los agentes económicos para que su publicidad no vulnere derechos de propiedad industrial o resulte desleal. Así, al proporcionarse directrices claras se puede incitar a un comportamiento positivo por parte de los agentes económicos, quienes podrán publicitar sus productos o servicios ofertados siempre que no vulneren derechos de propiedad industrial o que su publicidad llegue a ser catalogada como desleal.

Adicionalmente, en aquellos países en que existe un marco de autorregulación publicitaria, sería favorable la inclusión de normas de carácter disuasivo en contra de aquellas prácticas de marketing de emboscada que generen confusión al consumidor o que impliquen un aprovechamiento indebido a la fama o buen nombre de un evento. En

el Ecuador, no existe como tal un marco de autorregulación publicitaria, pues el “Código de Ética y Autorregulación Publicitaria” fue impartido en el año 1982 y a partir de entonces no se ha realizado ningún tipo de cambio o mejora del mismo, constituyendo en la actualidad un marco referencial obsoleto. Si bien este tipo de normas no son de carácter vinculante pueden ayudar a generar parámetros que permitan una mejor comprensión del fenómeno del *ambush marketing*, por lo que sería viable su implementación.

Por lo expuesto, el presente estudio aparte de servir como guía para la autoridad en tanto que le permitirá identificar las distintas estrategias de marketing de emboscada y conocer respecto de su posible sanción, constituye también un aporte a los operadores económicos quienes por medio del estudio de la figura pueden llevar a cabo campañas publicitarias en torno a un evento, minimizando los costos a su favor sin caer en un supuesto de competencia desleal.

5 BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- ABC. *Ansett vs Qantas*. <http://www.abc.net.au/worldtoday/stories/s184865.htm> (acceso: 30/06/2015).
- Amoako, George y otros. "The effect of sponsorship on marketing communication performance: A case study of Airtel Ghana". *African Journal of Marketing Management* Vol. 4 (2012).
- Anderson, Paul y otros. *Sports Betting: Law and Policy*. Wisconsin: TMC Asser Press, 2010.
- Andrews, Jim. *The Ambush Marketing vs. Sponsorship Debate Springs Eternal*. <http://www.sponsorship.com/About-IEG/Sponsorship-Blogs/Jim-Andrews/February-2014/The-Ambush-Marketing-vs--Sponsorship-Debate-Spring.aspx> (acceso: 24/06/2015).
- Arnaú, Lidia. *El contrato de patrocinio publicitario: aproximación a su régimen jurídico*. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/patrocinio-publicitario-aproximacion-231640> (acceso: 07/07/2015).
- Arroyo, Alicia. "Explotación a la reputación ajena". *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Alberto Bercovitz et al (coords). Navarra: Thomson Reuters, 2011.
- Barlett, Peter. "Ambush Marketing". *Convergence*, Vol 3 (2007).
- Barona, Silvia. *Competencia Desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 292.
- Bauche, Diego. *La Empresa*. México: Editorial Porrúa, 1983, p. 61. Citado por Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia: Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- Bayos, Hermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial*. Madrid: Editorial Civitas, 1993, p. 314.
- BBC. *Euro 2012: Nicklas Bendtner banned for underpants celebration*. <http://www.bbc.com/sport/0/football/18443469> (acceso: 22/06/2015).
- Bean, Lori. "Ambush Marketing: Sports Sponsorship Confusion and the Lanham Act". *Boston University Law Review* (1995).
- Becerra, Hugo. *Supuestos de Competencia Desleal en Propiedad Industrial*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2634/12.pdf> (acceso: 11/08/2015).
- Befort, Stephen. "Employee Handbooks and the Legal Effect of Disclaimers". *Berkeley Journal of Employment & Labor Law* Volume 3 (1992).
- Behal, Vikas y Sania Sareen. "Guerrilla Marketing: A low Cost Marketing Strategy". *International Journal Management Research and Business Strategy*, Vol. 3 (2014).

- Benkler, Yochai . “Free as the air to common use: First Amendment Constraints on enclosure of the Public Domain”. *NYU Law Review* Vol. 74 (1999).
- Bhattacharjee, Sudipta. “Ambush Marketing –The Problem and the Projected Solutions vis-a-vis Intellectual Property Law –A Global Perspective”. *The National University of Juridical Sciences* (2003).
- Bilancio, Guillermo. *Marketing, las ideas, el conocimiento y la acción*. Naucalpán de Juárez: Pearson Educación de México S.A. de C.V., 2008.
- Blayney, Mark. *Ambush Marketing and the Law*. <https://www.cim.co.uk/files/ambush.pdf> (acceso: 21/01/2015).
- Brody, Aaron y John Lord. *Developing new food products for a changing marketplace*. Nueva York: CRC Press Taylor - Francis Group, 2007.
- Bullard, Alfredo y Carlos Patrón. “El otro poder electoral: Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal”. *Revista de Estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* N° 39 (1999).
- Byon, Kevin y James Zhang. “Concept and Strategies of Ambush Marketing”. *Proceedings of the Annual Meeting of Association of Collegiate Marketing Educators* (2008).
- Cabezas, Carlos. Propiedad Intelectual y Competencia Desleal. Relación y Evolución Normativa en Ecuador. http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/10/1.2.-Carlos-Cabezas-Propiedad-Intelectual-y-Competencia-Desleal_Relaci%C3%B3n-y-Evoluci%C3%B3n-Normativa-en-Ecuador.pdf (acceso: 20/07/2015).
- Calderón, Mariana. Concepto 01086015 del 12 de Diciembre de 2001. http://www.sic.gov.co/recursos_user/historico/d2011sic7933.htm (acceso: 12/08/2015).
- Comisión de Represión de la Competencia Desleal. Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial. Resolución No 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI. <http://www.bn.com.pe/transparenciabn/transparencia-financiera/LineamientossobreCompetenciaDeslealyPublicidadComercial-Indecopi.pdf> (acceso: 26/08/2015).
- Contreras, Óscar. *La Competencia Desleal y el Deber de Corrección en la Ley Chilena*. Santiago de Chile: Edición Universidad Católica de Chile, 2012.
- Copetti, Caspar. *Building Brands through Event Sponsorships: Providing On-Site Audiences with a Vivid Brand Experience*. [http://www1.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/2925/\\$FILE/dis2925.pdf](http://www1.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/2925/$FILE/dis2925.pdf) (acceso: 23/06/2015).
- Cornwell, Bettina e Isabelle Maignan. “An International Review of Sponsorship Research”. *Journal of Advertising*, Vol. 27 (1998).
- Cornwell, Bettina. “Sponsorship-Linked Marketing Development”. *Sport Marketing Quarterly* Vol 4 (1995).
- Crow, Dean y Janet Hoek. “Ambush Marketing: A Critical Review and Some Practical Advice”. *Marketing Bulletin* Vol 14 (2003).

- Chari, Tendai y Nhamo Mhiripiri. *African Football Identity Politics and Global Media Narratives*. Lóndres: Palgrave Macmillan, 2014.
- Chen, Jie. *Explore Guerrilla Marketing Potentials for Trade Show*.
<http://digitalscholarship.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2052&context=theses-dissertations> (acceso: 06/06/2015).
- Davis, Robert. "Ambushing the Olympic Games". *Jeffrey S. Moorad Sports Law Journal*: Vol. 3: Iss. 2, (1996).
- De la Cuesta, José María. "Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena". *La Regulación Contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991*. Cano Bercovitz et al (coords). Madrid: 2000.
- Domínguez, Eva María. "Algunas cuestiones sobre la distribución de productos de imitación: el aprovechamiento de la reputación ajena desde la perspectiva del derecho de marcas y del derecho contra la competencia desleal". *Marcas y Distribución Comercial*. Eduardo Galán y Fernando Carbajo (coords.). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2011.
- Echeverry, Sandra. *El contrato de patrocinio deportivo*. España: REUS S.A., 2015.
- Emparaza, Alberto. *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*. Civitas Ediciones, 2000. Citado en Sebastián García. *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor*. Buenos Aires: LexisNexis, 2004.
- Epstein, Adam. "The Olympics, Ambush Marketing and Sochi Media". *Arizona State University Sports and Entertainment Law Journal* Vol. 3 (2014).
- Espinoza, Karina. *El acto de confusión como acto de competencia desleal y el riesgo de confusión marcario como infracción a los derechos de la propiedad industrial*.
<http://servicios.indecopi.gob.pe/revistaCompetencia/castellano/articulos/primavera2007/ESPINOZA.pdf> (acceso: 21/08/2015).
- Ezcurra, Huáscar y Christian Chávez. *La Cláusula General Prohibitiva*. Lima: UPC, 2007.
- Flint, Pinkas. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia: Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- Font, Juan Ignacio. *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*. Madrid: Editorial Tecnos, 1987.
- Galindo, Juan. *Lecciones de Derecho Procesal Administrativo, Volumen II*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana. p. 460.
- García de Enterría, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo Tomo II*. Madrid: Editorial Civitas, 2000.
- García, Rafael. *Ley de Competencia Desleal*. Navarra: Editorial Arazandi, 2008.
- Gardner, Meryl y Philip Shuman. "Sponsorship: An Important Component of the Promotion Mix". *Journal of Advertising*, Vol 16 (1988).
- Gauthier, David. *Morals by Agreement*. Londres: Oxford University Press, 1986.

- Geldard, Edward y Laurel Sinclair. *The Sponsorship Manual: Sponsorship Made Easy*. Sidney: Sponsorship Unit, 2001.
- Goldman, Robert y Stephen Papson. *Sign Wars. The Cluttered Landscape of Advertising*. Nueva York: Guilford Press, 1996.
- Griffin, Conor. “Ambush Marketing – Pushing the Boundaries or a Legitimate Sales Tactic?”. *Product Law and Advertising*, Vol 21 (2014).
- Guidini, Gustavo. *La Concorrenza Sleale*. Roma: UTET, 2001.
- Haigh, Rupert. *Legal English*. Nueva York: Taylor & Francis Group, 2015, p. 11:4:5.
- Hefermehl, Wolfgang. *Wettbewerbsrecht*. Munich: Beck, 1981. Citado en Carlos Cabezas. Propiedad Intelectual y Competencia Desleal. Relación y Evolución Normativa en Ecuador. http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/10/1.2.-Carlos-Cabezas-Propiedad-Intelectual-y-Competencia-Desleal_Relación-y-Evolución-Normativa-en-Ecuador.pdf (acceso: 17/08/2015).
- Hoek, Janet y Philip Gendall. “Ambush Marketing: More than Just a Commercial Irritant?”. *Entertainment Law*, Vol 1 (2002).
- Hutter, Katharina y Stefan Hoffmann. Guerrilla Marketing: “The Nature of the Concept and Propositions for Further Research”. *Asian Journal of Marketing* (2011).
- IEG. “Year One of IRL Title Builds Traffic, Awareness for Northern Ligh”, *IEG Sponsorship Report*, Vo. 19 (2003).
- International Cricket Council. *Brand and Content Protection Guidelines*. http://icc-live.s3.amazonaws.com/cms/media/about_docs/54abd58ec586f-ICC%20Cricket%20World%20Cup%202015%20-%20Brand%20and%20Content%20Protection%20Guidelines%20-%202015.pdf (acceso: 29/06/2015).
- International Olympic Committee. *The Salt Lake 2002 Sponsorship Overview*. http://www.olympic.org/documents/reports/en/en_report_561.pdf (acceso: 29/06/2015).
- Irigoyen, Daniel y Rafael García. “La cláusula general de la Ley de Competencia desleal tras su reforma por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre”. Javier Juste et al. *Cuestiones actuales de Derecho de la Empresa*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla, 2011.
- Jackel, Stephen. Guerrilla Marketing - Grundlagen, Instrumente und Beispiele. *Erfurter Hefte Zum Angewandten Marketing*, No. 15 (2007).
- Jaeckel, Jorge. *Apuntes sobre Competencia Desleal*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, 1998.
- Jalife, Mauricio. *Competencia Desleal: Régimen Jurídico Mexicano*. México DF: Editorial Porrúa, 2008.
- Jaramillo, Alejandra. Desarrollo jurisprudencial de la cláusula general de prohibición de actos de competencia desleal. https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri471.pdf (acceso: 14/08/2015).

- Jeremy Curthoys y Christopher Kendall. "Ambush Marketing and the Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act: A retrospective". *Murdoch University Electronic Journal of Law* Vol 8 (2001).
- Jerry Welsh. *Ambush Marketing: What it is; What it isn't?* http://welshmktg.com/WMA_ambushmktg.pdf (acceso: 11/06/2015).
- Kanuk Schiffman. *Comportamiento del Consumidor*. México D.F.: Pearson, 2010.
- Kemp, Ed. *Trident promotes Beyonce tour with musical-chairs stunt*. <http://www.marketingmagazine.co.uk/article/928393/trident-promotes-beyonce-tour-musical-chairs-stunt> (acceso: 09/07/2015).
- Kotler, Philip y Gary Armstrong. *Fundamentos de Marketing*. México D.F: Editorial Pearson, p. 102.
- Kresalja, Baldo. "Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre represión de la Competencia Desleal". *Revista de Derecho* No. 47 (1993), p. 42.
- Labariega, Pedro. *El Patrocinio Publicitario: Una Nobel Figura Contractual, Una Nueva Forma de Comunicar, Una Modalidad de la Estrategia de Marketing*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2722/13.pdf> (acceso: 07/07/2015).
- Lamarre, Antoine, Simon Galarneau y Harold Boeck. "Mobile Marketing and Consumer Behaviour Current Research Trend". *International Journal of the Latest Trends Computing*, Vol. 3 (2012).
- Leskovec, Jurij, Lada Adamic y Bernardo Huberman. *The Dynamics of Viral Marketing*. <http://www.ladamic.com/papers/viral/viral-market-short.pdf> (acceso: 06/06/2015).
- Levinson, Jay Conrad. *Marketing de Guerrilla*. Nueva York: Morgan James Publishing, 2009.
- Leyva, Delio. *De las Restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica*. Santa Fe de Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1998.
- Lindsley, Donald. *Handbook of Experimental Psychology*. Stevens Yantis (ed). Nueva York: John Wiley & Sons, 1951.
- Luxton, Sandra. "What is this thing called "Ambient Marketing"?". *ANZMAC* (2000).
- Mack, Elke y otros. *Absolute Poverty and Global Justice*. Gran Bretaña: MPG Books Group, 2009.
- Mackelvey, Steve. "Coca-Cola vs. PepsiCo- A "Super" Battleground for the Cola Wars?". *Sport Marketing Quarterly, West Virginia University* No. 15 (2009) p. 119.; Sudipta Bhattacharjee. *Ambush Marketing- The Problem and the Projected Solutions vis-a-vis Intellectual Property Law- A Global Perspective*. [http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/4908/1/JIPR%208\(5\)%20375-388.pdf](http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/4908/1/JIPR%208(5)%20375-388.pdf) (acceso: 05/09/2015).
- Majithia, Poonam. *How succesful were FIFA and its sponsors at protecting their brands during the World Cup?*. <http://www.lawinsport.com/articles/intellectual-property-law/item/how-successful-were-fifa-and-its-sponsors-at-protecting-their-brands-during-the-world-cup> (acceso: 28/06/2015).

- Maria Luisa Llobregat. *Temas de Propiedad Industrial*. Madrid: Wolters Kluwer España, 2007.
- Martel, Alfredo. *La protección reforzada en el caso de las marcas notorias y el fenómeno de la dilución*. <http://www.anuarioandino.com/Anuarios/Anuario01/art12/ANUARIO%20ANDINO%20ART12.pdf> (acceso: 23/09/2015).
- Martín de Castro, Gregorio. *Reputación empresarial y ventaja competitiva*. Madrid: ESIC Editorial, 2008.
- Martínez, Nicolás. *Explotación de la Reputación Ajena: Comentario del Artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal Española*. http://www.teleley.com/informes/inf_explotacion.pdf (acceso: 30/08/2015).
- Martinsson, Max y Serban Semenescu. *The “Ambient” Strategy to diminish the resistance*. Tesis de maestría. Universidad Lund, Suecia, 2012.
- Massaguer, José. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Civitas, 1999.
- Mazodier, Marc y Pascale Quester. “Ambush Marketing Disclosure Impact on Attitudes toward the Ambusher’s Brand”. *Recherche et Applications en Marketing* Vol. 25 (2010).
- McCabe, Kathleen. “Dilution-by-blurring: A Theory Caught in the Shadow of Trademark Infringement”. *Fordham Law Review* Volume 68, (2000).
- McCarthy, J. Thomas. *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, Vol 2. Nueva York: West Group, 2001.
- McDaniel, Stephen y Lance Kinney. “The implications of recency and gender effects in consumer response to ambush marketing”. *Psychology & Marketing* Vol. 15 (1998).
- Mckelvey, Steve y John Grady. “Sponsorship Program Protection Strategies for Special Sport Events: Are Event Organizers Outmaneuvering Ambush Marketers?”. *Journal of Sport Management* Vol 2, (2008).
- McKelvey, Steve. “Atlanta '96: Olympic countdown to ambush armageddon?”. *Seton Hall Journal of Sports Law* Vol. 4(2) (1992).
- McKelvey, Steve. “NHL v. Pepsi-Cola Canada, Uh-Huh! Legal Parameters of Sports Ambush Marketing”. *Entertainment & Sports Law*, Vol. 5 (1993).
- Mckelvey, Steve. *Jury’s Still Out on Ticket Promotions*. <http://m.sportsbusinessdaily.com/Journal/Issues/2003/05/20030519/Opinion/Jurys-Still-Out-On-Ticket-Promotions.aspx> (acceso: 25/06/2015).
- Meenaghan, John. “Commercial Sponsorship”. *European Journal of Marketing*, Vol 5 (1983).
- Meenaghan, Tony. “Ambush Marketing –A Threat to Corporate Sponsorship-”. *MIT Sloan Management Review* (1996).
- Meenaghan, Tony. “Ambush marketing: Corporate strategy and consumer reaction”. *Psychology & Marketing*, Vol. 15 (1998).
- Meenaghan, Tony. “Ambush marketing: immoral or imaginative practice?”. *Journal of Advertising Research* Vol 34 (1994).

- Meenaghan, Tony. "Current developments & future directions in sponsorship". *International Journal of Advertising: The Review of Marketing Communications*, Vol. 17 (1998).
- Meulemans, Toon. *Ambush marketing: An indefensible marketing strategy*. Tesis de maestría. Universiteit van Amsterdam. Amsterdam, 2011.
- Mobile Marketing Association. *MMA Updates Definition of Mobile Marketing*. <http://mmaglobal.com/news/mma-updatesdefinition-mobile-marketing> (acceso: 07/06/2015).
- Modica, Fabrizio. *El Ambush Marketing en la Ley General de la Copa (Campeonato Mundial de Fútbol Brasil 2014). Un análisis internacional y su aplicación en el derecho paraguayo*. <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/marcas/Fabrizio-Modica-El-Ambush-Marketing-en-la-Ley-General-de-la-Copa.pdf> (acceso: 24/06/2015).
- Molina, Concepción. *Protección Jurídica de la Lealtad en la Competencia*. Madrid: Montecorvo, 1993.
- Monteagudo, Montiano. El riesgo de confusión en derecho de marcas y en derecho contra la competencia desleal. <http://vlex.com/vid/riesgo-confusion-marcas-competencia-desleal-262466> (acceso: 26/08/2015).
- Morgan, Nigel, Annette Pritchard y Roger Pride. *Destination Brands: managing place reputation*. Oxford: El Sevier, 2011.
- Mostert, Frederick. "Trademark Dilution and Confusion of Sponsorship in United States, German and English Law". *International Review of Industrial Property and Copyright Law* (1986).
- Narváez, José. *Derecho Mercantil Colombia*. Bogotá: Ediciones Bonet, 1976.
- Nufer, Gerd y André Bühler. "How effective is the sponsorship of global sports events? A comparison of the FIFA World Cups in 2006 and 1998". *International Journal of Sports Marketing & Sponsorship* (2010).
- Nufer, Gerd. *Ambush Marketing in Sports*. Nueva York: Routledge, 2013, p. 32.
- Nufer, Gerd. *Guerrilla Marketing –Innovate or Parasitic Marketing?* <http://dx.doi.org/10.4236/me.2013.49A001> (acceso: 02/06/2015).
- Olguin, Isabel y Elizabeth Zhang. "Ambush Marketing from a Swedish Consumer Perspective". Tesis de maestría. Universidad Kristianstad. Suecia, 2014.
- Olson, Alexandra. "Dilution by Tarnishment: An Unworkable Cause of Action in Cases of Artistic Expression". *Boston College Law Review* Vol 53 (2012).
- Olson, Frayne y Michael Cook. *The Complexities of Measuring Free Rider Behavior: Preliminary Musings*. [http://www.isnie.org/ISNIE06/Papers06/08.1%20\(no%20discussant\)/ISNIE%202006%20Olson%20and%20Cook.pdf](http://www.isnie.org/ISNIE06/Papers06/08.1%20(no%20discussant)/ISNIE%202006%20Olson%20and%20Cook.pdf) (acceso: 11/10/2015).
- Organización Mundial de Propiedad Intelectual. *Disposiciones Tipo sobre la Protección contra la Competencia Desleal*. http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/832/wipo_pub_832.pdf (acceso: 03/08/2015).

- Otamendi, Jorge. "Ambush Marketing". *Anuario Andino de Derechos Intelectuales* No. 7 (2011), p. 281.
- Otamendi, Jorge. *Derecho de Marcas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002, p. 191.
- Otamendi, Jorge. La Competencia Desleal. <http://dSPACE.palermo.edu/dSPACE/bitstream/10226/338/1/032Juridica01.pdf> (acceso: 19/08/2015).
- Otero, Manuel. "Regimen de Marcas en la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena". *Revista Jurídica de Perú* (2001).
- Otker, Ton. "Exploitation: The Key to Sponsorship Success". *European Research*, Vol 16 (1988).
- Palau, Felipe. Competencia Desleal. <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/03.-FELIPE-PALAU-Competencia-desleal-2013.pdf> (acceso: 13/08/2015).
- Pasquel, Enrique, Carlos Patrón y Gabriela Pérez. *El Derecho de la Competencia Desleal*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas SAC, 2007.
- Payne, Michael. *Ambush Marketing: The Undeserved Advantage*. <http://blogs.lt.vt.edu/cads19932/files/2015/02/Ambush-Marketing-The-Undeserved-Advantage.pdf> (acceso: 19/06/2015).
- Peinado, Juan Ignacio y María José Carazo. "La Publicidad Desleal. Aproximación a la Publicidad Comparativa en su Proyecto de Regulación en la Unión Europea". Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (ed.). *La Constitución Española en el Ordenamiento Comunitario Europeo*. Madrid: Centro de Publicaciones, 1999.
- Pérez, César. *Ambush Marketing: la emboscada continúa*. <http://marketisimo.blogspot.com/2010/07/ambush-marketing-la-emboscada-continua.html> (acceso: 24/06/2015).
- Piatkowska, Monika y Jolanta Zysko. "Off-Field Competition at Major Sport Events. Case Study of 2010 FIFA World Cup South Africa". *Physical Culture and Sport Studies and Research*, Vol. 49 (2010).
- Piñeiro, José y Antoni Rubí. *Ambush marketing en eventos deportivos*. Barcelona: Paidós, 2007.
- Pitts, Brenda y Jennifer Slattery. "An examination of the Effects of Time on Sponsorship Awareness Levels". *Sport Marketing Quarterly* Vol. 13 (2004).
- Pizam, Abraham y Youcheng Wang. *Destination marketing and management theories and applications*. Cambridge: CAB International, 2011.
- Ponce, Alejandro, Paola Andrade y Cristina Ponce. *La Competencia Desleal en Ecuador*. http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/propiedad-intelectual-tomo-1/2-la_competencia_desleal.pdf (acceso: 20/07/2015).
- Portellano, Pedro. *La Imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*. Madrid: Civitas, 1995.
- Ramón, José. *Ambush Marketing ¿Qué es este fenómeno?*.

- http://www.lmt.mx/publicaciones_es/Ambush_Marketing-Que_es_esto_fenomeno.pdf (acceso: 24/06/2015).
- Ramón, José. *Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial, Publicidad y Derecho de la Competencia*. Madrid: Nueva Imprenta S.A., 2007.
- Real Academia de la Lengua. Definición de la palabra “reputación”. <http://lema.rae.es/drae/?val=reputación> (acceso: 30/08/2015).
- Riviera, José. “De la imitación desleal, on unfair imitation, de l’imitation déloyale”. *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado* No. 6 (2014).
- Robert Kaden. *Guerrilla Marketing Research: Marketing research techniques that can help any business make more money*. Nueva York: Kogan Page, 2007.
- Sánchez, Juan. “La Ampliación del Concepto de Competencia Desleal”. *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI*. José Gómez y Ángel García (eds). Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2010.
- Sánchez, Vilma. *La Publicidad en Internet: Régimen Jurídico de las Comunicaciones Electrónicas*. Madrid: La Ley, 2007.
- Scassa, Teresa. “Ambush Marketing and the Right of Association: Clamping Down on References to That Big Event With All the Athletes in a Couple of Years”. *Journal of Sport Management* (2011).
- Schechter, Frank. “The Rational Basis of Trademark Protection”. *Harvard Law Review*.
- Schmitz, Jason. Ambush Marketing: “The Off-Field Competition at the Olympic Games”. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 3 (2005).
- Shani, David y Dennis Sandler. “Ambush Marketing: Is Confusion to blame for the flickering of the Flame?”. *Psychology & Marketing*, Vol. 15 (1998).
- Silva, Federico “La dilución de una marca registrada. Una protección extensiva a marcas notoriamente conocidas que no requiere de confusión ni de competencia para su procedencia”. *Revista Jurídica Paraguaya* No. 11 (2012).
- Soldner, André. “Ambush Marketing and the 2010 World Cup”. *German South African Lwyers Association Newsletter* (2006).
- The Telegraph. *The eyes have it: five other Olympic sponsorship rows*. <http://www.telegraph.co.uk/sport/olympics/9067527/The-eyes-have-it-five-other-Olympic-sponsorship-rows.html> (acceso: 22/06/2015).
- Thorley, Chantelle. *Pringles 'ambushes' Wimbledon Championships*. <http://www.eventmagazine.co.uk/pringles-ambushes-wimbledon-championships/article/918090> (acceso: 30/06/2015).
- Townley, Stephen, Dan Harrington y Nicholas Couchman. “The Legal and Practical Prevention of Ambush Marketing in Sports”. *Psychology & Marketing* Vol. 15 (1998).
- Vargas, Margarita y José Martínez. Competencia desleal. Primer encuentro de responsables de Organismos Iberoamericanos de Competencia. Citado en Magdú Cordero y Betty Andrade. La competencia desleal en la Ley para proteger y

- promover el derecho a la libre competencia. www.procompetencia.gov.ve/competenciadesleal.html (acceso: 03/08/2015).
- Vassallo, Edward, Kristin Blemaster y Patricia Werner. "An International Look at Ambush Marketing". *The Trademark Reporter* Vol. 95 (2005).
- Vázquez, Dánice. La competencia desleal en el mercado cubano. La Habana: Editorial Unijuris, 2013.
- Velandia, Mauricio. Competencia Desleal y Signos Distintivos. Boletín Latinoamericano de Competencia No. 17, 2003.
- Velasco, Luis y otros. La aplicación privada del derecho de la competencia. Madrid: Lex Nova, 2011.
- Vilajona, Sandra. *Las Leyes de la Publicidad; Límites Jurídicos de la Actividad Publicitaria*. Barcelona: Editorial UOC, 2011.
- Wessing, Taylor. *Ambush Marketing- an Olympic Headache*. http://www.taylorwessing.com/download/article_ambush.html#.VYroQVV_Oko (acceso: 24/06/2015).
- Wikter, Jorge. Derecho de la Competencia Económica en el TLCAN. México DF: Editorial Porrúa, 2003.
- Wilson, Ralph. The Six Simple Principles of Viral Marketing. <http://library.softgenx.com/Children/marketing/ViralMarketing.pdf> (acceso: 06/06/2015).

Legislación

- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (1994), 15 de abril de 1994.
- Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.
- Comisión Federal de Comercio. Federal Trade Commission Act. <https://www.ftc.gov/es/enforcement/statutes/federal-trade-commission-act> (acceso: 19/07/2015).
- Convenio de París (1967), 20 de marzo de 1883.
- Decisión del Acuerdo de Cartagena 486. Registro Oficial No. 258 de 02 de febrero de 2001.
- Ley de Propiedad Intelectual. Registro Oficial No. 320 de 19 de mayo 1998.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial Suplemento No. 116 de 10 de julio de 2000.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial Suplemento No. 116 de 16 de enero de 2015.
- Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado. Artículos 30 y 31. Registro Oficial No. 697 de 07 de mayo de 2012.

Jurisprudencia

- Audiencia Provisional de Barcelona. *Caso Master, SPA y Eurotronic vs Distribuciones Sergipack S.L y Distribuciones Eurotronic*. Sentencia de 05 de marzo de 2013.
- Corte de Apelación de Ohio. *Caso Northpoint Properties Inc. vs Charter One Bank*. Sentencia de 13 de junio de 2011.
- Corte Distrital de Delaware. *National Football League vs Governor of the State of Delaware*. Sentencia de 11 de agosto de 1977.
- Corte Suprema de Columbia Británica. *Caso National Hockey League (NHL) vs Pepsi-Cola Canada Ltd*. Sentencia de 02 de junio de 1992.
- Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. *Ringling Bros.-Barnum & Bailey Combined Shows, Inc. v. Utah Div. of Travel Dev.* Sentencia de 16 de marzo de 1999.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Causa No. 296-2001, de 20 de junio de 2002.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.
- Corte Suprema de Nueva Zelanda. *New Zealand Olympic and Commonwealth Games Association Inc. vs Telecom New Zealand Ltd* (1996) 7 TCLR 167.
- Juzgado Undécimo de lo Civil de Pichincha. *McDonald's Corporation vs. Olga Romero de la Torre*. Revista de Jurisprudencia No. 7 (1995).
- Oficina de Armonización en el Mercado Interno de la Unión Europea. *Adidas AG vs. Dawi Liu*. Resolución de 15 de septiembre de 2015.
- Primera Sala del Comité de Propiedad Intelectual de Ecuador. *Caso Gloria S.A. vs Colombina S.A. y Reybanpac Rey Banano del Pacífico C.A.* Resolución No 193-2013-CPI-1S, de 26 de marzo de 2013.
- Superintendencia de Control de Poder de Mercado. Resolución No. SCPM-IIPD-2012-002, 04 de febrero de 2013. Registro Oficial No. 36 de 15 de julio de 2013.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. *Caso Industria Dormiluna S.A. vs Sueño de Luna Ltda*. Sentencia No. 143 de 31 de enero de 2012.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. *Comunicación Celular S.A. Comcel S.A, Occidente y Caribe Celular Ocel S.A. y, Empresa Regional de Comunicaciones Celulares de la Costa Atlántica S.A. Celcaribe S.A. vs Colombia Móvil S.A.* Expediente No. 03-056401, 28 de diciembre de 2017.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. *Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A. vs Servir S.A. y Solsalud Entidad Promotora de Salud S.A.* Expediente No. 06117234, 27 de octubre de 2010.

- Tribunal Arbitral de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Caso LINBIT Information Technologies GMBH vs Technical Support*. Sentencia de 14 de octubre de 2014.
- Tribunal Arbitral de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Caso Sephora vs Whois Data Protection SP. Z.O.O., Paul Tchernitsky of sephoravip and Radoslaw Szulc of Sephoravip* Sentencia de 14 de noviembre de 2014.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 026-IP-2008. *Sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. vs. Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia*, 17 de abril de 2018.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 032-IP-2013. *Nestlé Perú S.A. vs. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de la República del Perú*, 23 de agosto de 2013.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 09-IP-2001. *Eternit Colombiana S.A. vs. Superintendencia de Industria y Comercio*, 16 de enero de 2001.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 108-IP-2012. *ISAGRO S.A. vs. Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual*, 03 de octubre de 2012, p. 9.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 1-IP-87. *Aktiebolaget VOLVO vs. Consejo de Estado de la República de Colombia*, 03 de diciembre de 1987.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 265-IP-2014. *The Prudential Insurance Company of America. vs. Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual*, 26 de febrero de 2015.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 30-IP-96. *Sociedad Kraft General Foods vs. Frutera Colombiana S.A.*, 12 de septiembre de 1997. Registro Oficial No. 212 de 10 de diciembre de 1997. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 51-IP-2013. *Importadora Comercial de Belleza S.A. vs. Superintendencia de Industria y Comercio*, 19 de junio de 2013.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 51-IP-2013. *Importadora Comercial de Belleza S.A. vs. Superintendencia de Industria y Comercio*, 19 de junio de 2013.
- Tribunal General de Luxemburgo. *The Tea Board vs. Delta Lingerie*. Sentencia de 02 de octubre de 2015.
- Tribunal Superior de Medellín. Sala Civil. *Banco Extebandes de Colombia S.A. vs. Hotel Humboldt S.A.* Causa No. 5208. Sentencia de 03 de febrero de 1992.