

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

Fabrizio Modica Bareiro (¹)

1. Introducción

El hecho de que la selección paraguaya de fútbol haya quedado eliminada del Mundial no significa que debamos utilizar esto como pretexto para ser indiferentes y desentendernos completamente de lo que sucederá próximamente en el vecino país. En el caso de las empresas que pretendan realizar campañas publicitarias con motivo del Mundial de Fútbol y más concretamente, para aquellos compatriotas que a pesar de la triste eliminación de la albirroja decidan igual asistir al próximo evento mundial a alentar a otros seleccionados nacionales, no podemos dejar de referirnos necesariamente a la Ley General de la Copa – Ley N° 12.663 sancionada en Brasil en junio del 2012- con el fin de suministrar garantías de parte del gobierno brasileño a la Federación Internacional de Fútbol (FIFA) - para la ya realizada Copa Confederaciones (2013) y la próxima Copa Mundial de Brasil 2014.

La Ley General de la Copa trata -entre diversos aspectos- temas relacionados con la protección de la propiedad intelectual. Al respecto se establecen mecanismos para la protección especial de signos, mascotas y símbolos oficiales de la FIFA. Así mismo, reconoce a esta institución la titularidad exclusiva de todos los derechos relacionados con imágenes, sonidos y otras formas de expresión, correspondiéndole además la prerrogativa de explotar, negociar, autorizar o prohibir la captación, exhibición, transmisión y retransmisión de los eventos.

Pero lo que nos interesa de la Ley General de la Copa y que será motivo de análisis en el presente trabajo, es que la misma establece una serie de normativas a favor de la FIFA referidas a la represión de lo que se conoce hoy en día con el nombre de *ambush marketing* (marketing de emboscada) que en los últimos años se ha convertido en una práctica muy frecuente durante la realización de los grandes eventos deportivos como son el Mundial de Fútbol y los Juegos Olímpicos. El presente artículo se centrará en el estudio de esta nueva modalidad de campañas publicitarias ingeniosas desarrolladas generalmente por empresas competidoras que en cada país de acuerdo con ciertas normativas y criterios es calificada como una práctica contraria a la buena fe y a los usos honrados en el comercio.

El objetivo del presente trabajo consiste en describir esta nueva modalidad de conducta

¹ Abogado egresado de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (Paraguay). Candidato al Doctorado en Derecho por la Universidad Austral de Buenos Aires (Argentina). Magíster en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral de Buenos Aires (Argentina). Candidato al Master en Docencia en Educación Superior por la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (Paraguay). Coordinador Académico del Diplomado en Propiedad Intelectual en Paraguay de la Universidad Austral de Buenos Aires (Argentina). Socio del estudio jurídico Bareiro Modica Abogados (Paraguay). Email: fabriziomodica@gmail.com

teniendo como parámetro la Ley General de la Copa de Brasil. Pero no sólo nos limitaremos a esta referencia normativa, sino que analizaremos doctrinariamente los elementos característicos, algunas situaciones y fallos jurisprudenciales de diversos países que han permitido una mejor visión y desarrollo del tema, como así también los distintos supuestos que podrían ser considerados dentro de esta práctica de dudosa licitud. Nos centraremos luego en la realidad de Paraguay, con algunos casos concretos que se produjeron en nuestro país, aunque no fueron llevados al ámbito judicial. Luego estudiaremos la posibilidad de reprimir esta práctica de acuerdo con nuestras leyes vigentes, en particular con la que se refiere a la competencia desleal. Finalmente, se expondrá una conclusión sobre el tema.

2. ¿Qué es el *ambush marketing*?

El *ambush marketing*, llamado también marketing de emboscada o parasitario, puede ser definido como:

[E]l intento de una empresa de aprovecharse de la buena fama o popularidad de un evento particular creando una asociación entre ella y el evento, sin permiso de la organización relevante y sin pagar las tarifas para ser considerada un sponsor oficial ⁽²⁾.

Otra definición, más descriptiva, la considera como:

[L]a conducta de empresas que aprovechan la reputación y la repercusión de un gran evento para promover su nombre, sus marcas, sus productos o servicios, sin incurrir para tal efecto en los costos y responsabilidades impuestos a un patrocinador oficial ⁽³⁾.

La Ley General de la Copa sin embargo establece una distinción entre dos clases de conductas que configuran *ambush marketing*, pudiendo ser ésta por asociación o bien por intrusión ⁽⁴⁾. Mientras que la primera consiste en la asociación directa o indirecta con los símbolos oficiales del evento sin la autorización de la FIFA con el fin de obtener ventajas económicas o publicitarias, en el segundo caso se produce la atención pública de las marcas, productos o servicios no autorizados por la FIFA en los lugares oficiales del evento con el fin de obtener ventajas económicas o publicitarias para éstos terceros. El primer caso constituye el clásico ejemplo de *ambush marketing*, mientras que en el segundo caso no existe una asociación con los signos o símbolos del evento, pero sí una violación o traspaso del perímetro reservado exclusivamente a los patrocinadores del

² VASALLO Edward, BLEMASTER Kristin y WERNER, Patricia. “An International Look at Ambush Marketing”, *The Trademark Reporter*, N° 6, Vol. 95, INTA, noviembre — diciembre, 2005, 1339.

³ WOLTZENLOGEL Constanza, “Uma breve visita ao marketing de emboscada”, *Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual*, N° 84, setiembre-octubre 2006, 36.

⁴ Art. 18. Marketing de Emboscada por Asociación. Divulgar marcas, productos o servicios, con el fin de obtener ventaja económica o publicitaria, por medio de asociación directa o indirecta con los Eventos o Símbolos oficiales, sin autorización de la FIFA o de la persona por ella indicada, induciendo a terceros a creer que tales marcas, productos o servicios son aprovechados, autorizados o patrocinados por la FIFA.

Art. 19. Marketing de Emboscada por Intrusión. Exponer marcas, negocios, establecimientos, productos o servicios o practicar actividades promocionales no autorizadas por la FIFA o por personas por ella indicada, atrayendo de cualquier forma la atención pública en los Locales Oficiales del Evento, con el fin de obtener ventaja económica o publicitaria.

evento.

La traducción literal de la expresión *ambush marketing* como “marketing de emboscada o de trampa” no es compartida por algunos sectores de la doctrina. Incluso parecería que con esa expresión se partiera del criterio de que todo aprovechamiento publicitario de la popularidad de un evento en beneficio de productos o servicios propios, sin haber contratado con sus organizadores, es forzosamente ilícito, descartando la posibilidad de que pueda haber en este ámbito alguna práctica no reñida con la legalidad. Se ha dicho que:

[A]mbush marketing y su traducción literal no es la mejor definición para el tema en cuestión, pues el significado despectivo de la palabra ‘trampa’ hace que parezca no existir marketing de asociación lícito, que respeta los derechos de los organizadores y de sus patrocinadores oficiales. Por ello, la expresión ‘marketing de asociación’ o ‘asociativo’ nos parece más apropiada, pues abarca tanto la asociación lícita como la ilícita (5).

Según este criterio, el género sería el marketing asociado indirectamente a un evento de masas, mientras que las especies serían la asociación lícita (no viola derechos de terceros) y la asociación ilícita (daña legítimos intereses de terceros). Aun admitiendo la razonabilidad del criterio que acepta el marketing asociativo con sus posibilidades de licitud e ilicitud, resulta inevitable tratar el tema desde la óptica generalizada de actividad reñida con la buena fe en los negocios. En relación a los diversas situaciones planteadas en distintos países sobre el tema en cuestión, si bien han asumido contornos determinados –así como las soluciones han variado de país en país--, en la mayoría de los casos se han identificado ciertas características o elementos comunes. Pasaremos revista a esas características y echaremos mano a algunos ejemplos conocidos a fin de ilustrarlas.

3. Características del *Ambush Marketing*

En primer lugar, el *ambush marketing* suele producirse en conexión con grandes anunciantes, generalmente multinacionales o empresas locales con suficiente poderío económico como para poder hacer frente a los grandes gastos de publicidad que implica una campaña agresiva de posicionamiento y relacionamiento de la marca con el evento, en competencia con otra marca cuyo titular haya contratado el patrocinio de dicho evento. Por ejemplo, en 1994 la empresa de tarjetas de crédito Mastercard, que no era sponsor oficial de los Juegos Olímpicos de Invierno en Lillehammer, realizó un anuncio publicitario en el que afirmaba que los viajeros norteamericanos no necesitan de una “visa” para viajar a Noruega. Si bien la información era técnicamente correcta, la expresión visa tenía un doble significado, ya que se refería tanto a la autorización para ingresar en un país extranjero, como a la marca de la competencia VISA de tarjetas de crédito, auspiciante oficial del evento (6).

En segundo lugar es importante destacar que las prácticas de *ambush marketing* suelen referirse no a marcas ajenas sino a las propias, con la cual una empresa intenta la

⁵ VASCONCELLOS PIERI José E. “La propiedad intelectual ante el ‘ambush marketing’ y la transmisión de la Copa del Mundo”, *Derechos Intelectuales* 14, Astra, Buenos Aires, 2009, 93.

⁶ Conf. VASALLO Edward *et al.*, 1338.

asociación de su imagen a un evento de gran impacto popular con la cual no tiene ninguna relación oficial de patrocinación⁽⁷⁾. Durante el Mundial de FIFA Corea – Japón 2002, la compañía cervecera “Corona” había realizado una campaña publicitaria llamándose así misma “patrocinador oficial de la afición mexicana”, en una clara provocación a su rival, la cerveza “Sol”, que en ese entonces era el sponsor oficial de la selección mexicana de fútbol⁽⁸⁾. Lo mismo sucedió con otra marca de cerveza que se promocionaba como “el sponsor no oficial de la Copa del Mundo 2002”.

Una tercera característica es que los eventos organizados deben de ser de gran magnitud y atención popular realizados con el apoyo de grandes inversiones privadas, como por ejemplo los principales eventos deportivos ya mencionados: la Copa del Mundo de Fútbol FIFA y los Juegos Olímpicos. Aunque también se encuentran en menor medida las Ligas Nacionales de los diferentes deportes de cada país o bien referirse a eventos culturales o artísticos como ser conciertos, recitales, exposiciones de arte, etc. El primer litigio judicial a nivel mundial del que se tuvo noticias fue en 1990 en Canadá. La empresa Pepsi fue demandada por la Liga Nacional de Hockey --NHL por su siglas en inglés-- por realizar una campaña publicitaria durante las finales de la Copa Stanley en que usaba el nombre de las ciudades que representaban a los equipos finalistas del campeonato de hockey. Si bien Coca Cola era el sponsor oficial del evento, Pepsi realizaba concursos con la presencia de jugadores de hockey que otorgaban al público diferentes premios. Todos los materiales promocionales otorgados como premios incluían una nota aclarativa acerca de que la campaña publicitaria no estaba asociada o patrocinada por la NHL. Si bien la Corte consideró que en principio parecería que la atención del público fue desviada en cuanto a que la NHL estaba de alguna manera autorizando dicha promoción, esta falsa impresión fue mínima, y en todo caso eliminada, al incluir la nota aclarativa que indicaba que Pepsi no era patrocinadora oficial del evento, siendo por lo tanto la asociación lícita⁽⁹⁾.

Otro requisito fundamental es que el público consumidor sea capaz de inferir de forma más o menos clara algún tipo de vínculo o conexión existente entre la empresa en cuestión y el evento al cual pretende asociarse. Al respecto es importante mencionar un caso ocurrido en Nueva Zelanda, en que el Comité Olímpico de dicho país demandó a la empresa Telecom New Zeland sobre un anuncio publicitario en el que figuraban las palabras *ring* (anillo o aro en inglés) distribuidas de una manera similar a los aros del slogan de los Juegos Olímpicos:

ring ring ring

⁷ Para VICENTE DOMINGO Elena, el contrato de patrocinación “es el que surge entre una empresa y una persona -física o jurídica- o un grupo o incluso un ente para financiar una actividad de carácter deportivo o cultural, con el fin de hacerse publicidad. Es la empresa la que mediante la entrega de una ayuda se convierte en el espónsor de la persona o de la actividad a desarrollar. A cambio, quien recibe la ayuda, el patrocinado, se compromete a realizar la actividad financiada y, además, a dar a conocer al público cuál es la empresa que lo ha hecho posible”. (VICENTE DOMINGO Elena, “El concepto de patrocinación y figuras afines; en particular el mecenazgo”, “Elementos y contenido típico”, “Las características de la patrocinación”, Ed. Civitas, 45. En todo el presente trabajo utilizaremos la palabra sponsor y patrocinio como sinónimos.

⁸ PINA Carolina y GIL-ROBLES Ana, “*Sponsorship of Sports and Ambush Marketing*”, Opinion, 2005, E.I.P.R., v. 27, N° 3, 93

⁹ Conf. VASALLO Edward *et al.*, 1346.

ring ring

Estas palabras aparecían junto al eslogan “con Telecom Mobile, usted puede llevar su propio teléfono a las Olimpiadas”. El Comité Olímpico Australiano solicitó una medida cautelar, alegando que el anuncio constituía una clara asociación entre las Olimpiadas y Telecom. Sin embargo, la Corte desestimó la medida cautelar por considerar que el simple lector del periódico no se equivocaría con el anuncio. Es decir, sostuvo que el lector al dar un vistazo al periódico no suele analizar detenidamente los anuncios para poder inferir de forma clara, que las cinco palabras hayan sido hechas con la autorización del Comité Olímpico (¹⁰).

4. Supuestos de *ambush marketing*

Entre las prácticas más comunes que podrían ser consideradas como *ambush marketing* la doctrina distingue entre:

a) Utilización de marcas, signos, símbolos oficiales y de obras protegidas: Como bien es sabido, palabras como “Rio 2016”, “FIFA World Cup”, “Brasil 2014”, “Albirroja”, o bien signos figurativos como el slogan del mundial de Brasil, la mascota oficial del mundial, la Copa del Mundo, el logo de la selección paraguaya de fútbol reciben protección a través de la Ley de Marcas (¹¹). Mientras que la Ley del Deporte otorga al Comité Olímpico Paraguayo la propiedad exclusiva de los símbolos olímpicos y de expresiones relacionadas al olimpismo(¹²) sin necesidad de ningún tipo de solicitud de registro. Por su parte, en lo que respecta a personajes característicos o bien a la utilización de la imagen comercial de las personas, éstos se encuentran protegidos por la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos (¹³).

Lo normal es que los organizadores antes de la realización de los grandes eventos en los diferentes países, soliciten con antelación los registros marcarios en las diferentes oficinas públicas correspondientes de los signos asociados al evento, con el fin de que una vez otorgados los títulos de propiedad marcarios, ellos sean los únicos titulares en poder ejercer los derechos derivados de esos registros. Sin embargo en algunos casos se

¹⁰ Conf. VASALLO Edward *et al.*, 1347.

¹¹ Art. 1º Ley 1294/98: “Son marcas todos los signos que sirvan para distinguir productos o servicios. Las marcas podrán consistir en una o más palabras, lemas, emblemas, monogramas, sellos, viñetas, relieves; los nombres, vocablos de fantasía, las letras y números con formas o combinaciones distintas; las combinaciones y disposiciones de colores, etiquetas, envases y envoltorios. Podrán consistir también en la forma, presentación o acondicionamiento de los productos o de sus envases o envolturas, o de los medios o lugar de expendio de los productos o servicios correspondientes. Este listado es meramente enunciativo.”

¹² Art. 35 Ley 2874/06: “El Comité Olímpico Paraguayo es el propietario de los emblemas olímpicos nacionales y depositario de la bandera, del himno, del símbolo olímpico y de las expresiones “Juegos Olímpicos”, “Olimpiadas” y “Comité Olímpico”, y de cualquier otro signo o identificación que por similitud se preste a confusión con los mismos. La explotación o utilización comercial o no comercial de los mismos queda reservada al Comité Olímpico Paraguayo. Ninguna persona jurídica pública o privada puede utilizar dichos emblemas y denominaciones sin autorización expresa del Comité Olímpico Paraguayo.”

¹³ Art. 3º Ley 1328/98: “La protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, de carácter creador, en el ámbito literario o artístico, cualquiera sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad, la nacionalidad o el domicilio del autor o del titular del respectivo derecho, o el lugar de publicación de la obra.”

les reconoce una protección directa obviando los trámites de solicitud de registro, como es el caso en nuestro país de la Ley del Deporte para la protección de los símbolos Olímpicos a favor del Comité Olímpico Paraguayo, y en el caso de Brasil la Ley General de la Copa ⁽¹⁴⁾ hace este mismo reconocimiento pero para la protección a favor de la FIFA de los símbolos, emblemas y mascotas relacionadas a la Copa Confederación 2013 y a la Copa del Mundo 2014.

Además, por medio del contrato de patrocinio, éstos organizadores otorgan a las empresas oficiales patrocinadoras la autorización para el uso exclusivo de signos y símbolos del evento mediante las llamadas licencias de uso. La infracción a estos derechos se daría cuando terceros realizan un uso marcario de estos signos, utilizan los símbolos olímpicos sin autorización del Comité Olímpico Paraguayo, o bien la reproducción de una obra o imagen protegida, con el fin de generar una asociación al evento y no contando con la correspondiente autorización o licencia de uso de parte del titular de los derechos. Sin embargo, estas situaciones son las menos frecuentes, ya que en la mayoría de los casos las empresas no auspiciantes buscan de manera inteligente vincularse a los grandes eventos evitando la utilización de signos o símbolos oficiales. En el año 2002 la FIFA obtuvo en la Argentina una medida cautelar contra la empresa Pepsico, por la cual se ordenaba a ésta última el cese inmediato en la publicidad televisiva, gráfica o realizada por cualquier otro medio, del producto bebida Pepsi asociada con la frase “Tokyo 2002”. El Juzgado consideró que la publicidad:

(...) vinculada con la frase TOKYO 2002 entre dos logotipos de Pepsi y detrás de ella la imagen de un equipo de fútbol -que en apariencia sería el seleccionado nacional- podría llevar a confusión al público consumidor de una supuesta relación -sponsor- entre el anunciante y FIFA, en relación al Campeonato del Mundo⁽¹⁵⁾.

El Comité Organizador de los Juegos Panamericanos de Río 2007 demandó a una cooperativa de taxis por el uso no autorizado que hacía ésta compañía en su flota de taxis de la marca “Rio 2007”. Para ello, el Tribunal de Apelación de Río de Janeiro ⁽¹⁶⁾ confirmó el fallo del juez inferior que había establecido que el uso no autorizado de la marca “Rio 2007” era ilegal y que el demandado debía pagar al Comité organizador el costo de licencia por el uso de la marca en cuestión. En este caso -a diferencia del fallo anterior contra Pepsi en la Argentina- sí estaba registrada como marca la frase “Rio 2007”, por lo que fue considerado como un clásico caso de infracción marcaria.

b) Promoción y publicidad en las áreas de restricción comercial y vías de acceso: Una de las formas más usuales de realización de *ambush marketing* de parte de las empresas

¹⁴ Art. 3 de la Ley 12663/12. El Instituto Nacional de la Propiedad Intelectual - INPI promoverá la anotación, en sus registros, del alto renombre de las marcas que consistan en los siguientes símbolos oficiales de titularidad de la FIFA, en los términos y para los fines de la protección especial de que trata el artículo 125 de la Ley N° 9.279 del 14 de mayo de 1996: I. emblema de la FIFA; II. emblemas de las Copas de las Confederaciones FIFA 2013 y de la Copa del Mundo FIFA 2014; III. mascotas oficiales de las Copas de las Confederaciones FIFA 2013 y de la Copa del Mundo FIFA 2014; III y otros símbolos oficiales de titularidad de la FIFA a ser suministrada por la referida entidad al Instituto Nacional de la Propiedad Intelectual-INPI, que podrá ser actualizada en cualquier momento.

¹⁵ Federation Internationale de Football Association c/ Pepsico de Argentina S.R.L. S/ Medidas Cautelares. Causa Nro. 4422/02. Juzgado Civil y Comercial Federal N° 1, Secretaría N° 1. 03/06/02.

¹⁶ Cámara de Apelación en lo Civil del Estado de Río de Janeiro 2008. 001. 40874, Décima Quinta Sala.

competidoras no oficiales consiste en la promoción a través de la distribución de productos y servicios marcados o en la realización de actividades publicitarias en los locales oficiales de competición, en las inmediaciones y en las principales vías de acceso. Esto lo establece claramente la Ley General de la Copa⁽¹⁷⁾ al establecer los límites de exclusividad. A su vez, este tipo de publicidades suele comprender otras conductas diversas como obsequiar al público en forma previa al evento –generalmente en las afueras de los estadios-- alimentos o bebidas, diversos presentes como camisetas, pantalones, gorras, anteojos y souvenirs⁽¹⁸⁾ con el fin de que, una vez que en el estadio sean vestidos o llevados consigo por los aficionados, sean captados de entre el público por las cámaras de televisión. Especialmente esto se ve acentuado por el hecho de las transmisiones en alta definición, que al enfocar al público permiten captar a la perfección los mínimos detalles con una gran precisión, como podría ser el caso en que se tenga puesta una indumentaria o algún producto de la competencia de los sponsors oficiales. Para evitar este tipo de prácticas, es común que las entidades organizadoras del evento restrinjan el acceso a personas con elementos característicos de exposición de las marcas competidoras, obligándoles en muchos casos a quitarse cierta ropa o a abandonar algunos accesorios antes del ingreso o durante el desarrollo del espectáculo, como ser por ejemplo la restricción de alimentos o bebidas que no sean de los sponsors oficiales. Otras conductas se refieren a la publicidad ostensiva en vehículos automotores⁽¹⁹⁾, aeronaves o embarcaciones⁽²⁰⁾ en las cercanías de los estadios o lugares oficiales.

Durante el mundial de Sudáfrica de 2010 se presentó el caso de una compañía cervecera holandesa que había contratado a un grupo de chicas de diferentes nacionalidades para que asistan a los partidos del seleccionado holandés, vestidas todas de color naranja y llevando ropas características de la empresa cervecera. Una vez en el estadio, las mismas fueron demoradas y llevadas a la comisaría donde luego de haber pagado una fuerte multa a la FIFA fueron liberadas. Esto fue debido a que el único sponsor oficial del Mundial de Sudáfrica 2010 para el ámbito de bebidas alcohólicas era la empresa Heineken, y Sudáfrica había aprobado una ley contra el ambush marketing parecida a la actual Ley General de la Copa que prohibía este tipo de conductas.

¹⁷ Art. 11. De las Áreas de Restricción Comercial y Vías de Acceso La Unión colaborará con Estados, Distritos Federales y Municipios que controlarán los eventos y con las demás autoridades competentes para asegurar a la FIFA y a las personas por ellas indicadas la autorización para, con exclusividad, divulgar sus marcas, distribuir, vender, dar publicidad o realizar propaganda de productos o servicios, bien como otras actividades promocionales o de comercio en las calles, en los locales oficiales de competición, en las inmediaciones y principales vías de acceso. Los límites de las áreas de exclusividad relacionadas a los locales oficiales de competición serán tempestivamente establecidos por la autoridad competente, considerando los requerimientos de FIFA o de terceros por ellos indicados.

¹⁸ Art. 23 de la Ley 12663/12. I prohíbe las actividades de publicidad, inclusive la oferta de pruebas de comida o bebida, distribución de panfletos u otros materiales promocionales o incluso actividades similares de cuño publicitario en los locales oficiales de competición, en sus principales vías de acceso, en las áreas a que se refiere el artículo 11 o en lugares que sean claramente visibles a partir de aquellos.

¹⁹ Art. 23 de la Ley 12663/12. II prohíbe la publicidad ostensiva en vehículos automotores, estacionados o circulando por los locales oficiales de competición, en sus principales vías de acceso, en las áreas a que se refiere el artículo 11 o en lugares que sean claramente visibles a partir de aquellos.

²⁰ Art. 23 de la Ley 12663/12. III prohíbe la publicidad aérea o náutica, inclusive por medio de uso de globos, aeronaves o embarcaciones en los locales oficiales de competición, en sus principales vías de acceso, en las áreas a que se refiere el artículo 11 o en lugares que sean claramente visibles a partir de aquellos.

c) Promociones que involucren regalar entradas: Es común que ante la proximidad de un gran evento los esponsores oficiales ofrezcan en promociones entradas gratuitas. Incluso son comunes los casos en que dichos premios incluyen pasajes en compañía de jugadores del respectivo seleccionado a título personal, más la estadía en el sitio de la competición y entradas para acceder a ella. Sin embargo cuando empresas competidoras o simplemente empresas que no pagaron las grandes sumas de dinero para ser consideradas esponsores oficiales del evento, distribuyen mediante la promoción de concursos a título de publicidad entradas gratuitas están en estos casos generando una asociación directa ilícita con el evento, ya que pretenden que sus clientes afortunados viajen o asistan a estas competiciones, con los cuales ellas no tienen ningún vínculo de relación contractual. Para la Ley General de la Copa ⁽²¹⁾ esto será objeto de sanciones civiles y penales. Recordemos que para el trámite de solicitudes de entradas para los partidos del Mundial FIFA Brasil 2014, el canal exclusivo de entradas para el gran público es a través del sitio web oficial www.fifa.com

d) Comerciales en los medios: Empresas no patrocinadoras oficiales del evento compran espacios publicitarios para ser exhibidos durante la transmisión radial o televisiva del mismo, ya sea en los intervalos, al inicio, a la finalización, o bien durante la semana, mes o el tiempo que dure el torneo. Si bien esta asociación parecería lícita, el organizador del evento tiene la potestad de obligar a la emisora con los derechos de transmisión a restringir a sus anunciantes. Creemos que esta es una de las prácticas más comunes que se da en nuestros medios, ya que durante la transmisión televisiva de los partidos de fútbol del campeonato paraguay es común observar durante el encuentro publicidad de competidores directos de los patrocinadores oficiales. La Ley General de la Copa contempla esta situación al considerarla como un acto ilícito⁽²²⁾.

f) Patrocinio de atletas: Quizás sea una de las prácticas más extendidas y utilizadas entre las empresas que no poseen la calificación de patrocinadoras oficiales. Durante los eventos, en vez de contratar en forma exclusiva con los equipos o seleccionados, se contratan atletas que participarán en éstos y se negocia con ellos en forma particular la correspondiente exclusividad. De esta manera la empresa se ahorra costos en la negociación de auspicios, ya que lo hace en forma individual y sin perder “protagonismo”. En principio este tipo prácticas no lleva ningún elemento de ilicitud. El inconveniente que suele darse es cuando el patrocinador individual de un atleta es diferente del patrocinador del equipo o seleccionado del que el atleta forma parte y se configura una superposición. Por ende, es importante aclarar que el uso de la imagen personal individual del atleta lo tiene el patrocinador individual, mientras que el uso de la imagen colectiva pertenece al patrocinador del equipo. El problema que suele darse normalmente con este tipo de conductas se relaciona con el hecho de que la marca deportiva que auspicia a un equipo o selección nacional solamente se limita a la

²¹ Art. 23 de la Ley 12663/12. VI prohíbe el uso de entradas, invitaciones o cualquier otro tipo de autorización o credencial para los eventos para fines de publicidad, venta o promoción, como beneficio, premio de concursos, competiciones o promociones, como parte de paquetes de viajes u hospedaje, o su disposición o su anuncio para esos propósitos.

²² Art. 23 de la Ley 12663/12. IV prohíbe la exhibición pública de los Partidos, por cualquier medio de comunicación, en local público o privado de acceso público, asociada con la promoción comercial del producto, marca o servicio.

indumentaria, teniendo los jugadores la libertad de elegir la marca de los botines de fútbol, al igual que el arquero lo tiene con sus guantes de atajar, ya que estos últimos son considerados como verdaderos elementos o herramientas de trabajo personal a cargo de cada jugador.

f) Anuncios publicitarios alrededor de los estadios: Esta práctica consiste básicamente en colocar avisos de promoción de la marca competidora a través de paneles, pancartas, murales, entre otros, en lugares estratégicamente ubicados próximos al lugar en que el evento tendrá lugar. Es común colocarlos alrededor de los estadios, de manera que no sólo el público que se encuentre en las afueras del complejo deportivo pueda apreciarlos, sino que también en algunos casos incluso el público espectador dentro del estadio también llegue a visualizarlos. Esto formaría parte de la conducta prohibida en el Art. 23 en los incisos I, II y III de la Ley General de la Copa, que se refiere a la promoción de marcas y actividades publicitarias cuando las mismas sean visibles desde los lugares oficiales de competición. Así, siendo la empresa de prendas deportivas Reebok sponsor oficial de los Juegos Olímpicos de 1996 en Atlanta para el ramo de su actividad, la empresa competidora Nike instaló unos paneles con su marca en las afueras del estadio donde los juegos se llevaban a cabo, que incluso podían ser vistos por quienes se encontraban dentro del estadio.⁽²³⁾.

g) Felicidades: Es común la congratulación de parte de las empresas al seleccionado nacional o atleta ganador de una importante competición. Sin embargo, estos mensajes de felicitación sólo podrían ser realizados por los patrocinadores oficiales porque dichos mensajes significan una asociación directa entre la empresa que felicita y el evento disputado. Por ello, se ha establecido que “*en la fórmula 1, sólo el patrocinador de la escudería puede festejar la victoria de su piloto*”⁽²⁴⁾. Sin embargo, se podría sostener como una eventual defensa por parte la empresa congratuladora no patrocinadora, el ejercicio del derecho constitucional de libertad de expresión. Sin embargo, cuando lo es con un fin netamente comercial de asociación o aprovechamiento con el evento del cual no se es auspiciante, creemos constituye un caso clásico de *ambush marketing*.

5. ¿Situaciones dadas en el Paraguay?

De los diferentes ejemplos mencionados precedentemente sobre situaciones que configuraron prácticas de *ambush marketing* que se dieron en varios países y que así mismo se encuentran regulados en la Ley General de la Copa, podemos mencionar algunas probables ocurridas en Paraguay. Si bien hasta la fecha no ha habido en la justicia paraguaya fallos en que se hayan juzgado dichos comportamientos --por lo que sabemos, ni siquiera ha habido demandas al respecto--, consideramos que las situaciones demuestran que ni siquiera un país de pocos habitantes y reducidos recursos económicos escapa de estas prácticas, más aún teniendo en cuenta la importancia que el fútbol tiene para nuestro país como pasión de multitudes.

Uno de los primeros casos del cual tuvimos noticias se relaciona con la promoción de un

²³ Conf. PINA, GIL y ROBLES, *Sponsorship of sports events and ambush marketing, Opinión, E.I.P.R. 2005, 505*

²⁴ VASCONCELLOS PIERI José E., 101

producto por medio de billetes de entrada. Para el Mundial de la Copa del Mundo Alemania 2006, una empresa paraguaya de cervezas empezó a realizar anuncios publicitarios acerca de una promoción consistente en otorgar entradas gratuitas para asistir a los partidos del mundial FIFA que Paraguay disputaría en dicho país. La promoción captó la atención de *Budweiser*, una de las empresas patrocinadoras oficiales del Mundial, que ante estos hechos amenazó con pedir a la FIFA la anulación de las entradas que la empresa cervecera paraguaya otorgaba en promoción. En este caso, estaba de por medio una situación de exclusividad contractual. Es decir, al comprar las entradas se aceptaban una serie de reglas tendientes a proteger la exclusividad de los patrocinadores, siendo una especie de contrato de adhesión. Entre las obligaciones asumidas se encuentran principalmente la naturaleza intransferible del boleto, la prohibición de llevar vestimentas que expongan en forma clara una marca de la empresa competidora y, en lo que hace al tema en análisis, la prohibición de cualquier tipo de promoción en la que se busque premiar al público, salvo en el caso obviamente de los patrocinadores oficiales.

Otras situaciones ocurridas se relacionan con anuncios publicitarios en estadios y comerciales de televisión. El sponsor oficial del seleccionado paraguayo durante las anteriores eliminatorias para el Mundial del Sudáfrica 2010 para el ramo de telecomunicaciones era una conocida empresa de telefonía celular. Ahora bien, en los partidos que disputó el seleccionado local, en varios encuentros hinchas de fútbol desplegaron unas banderas gigantes con la forma de la camiseta de Paraguay y sus colores en las que figuraba el logo de una de las principales empresas competidoras de telefonía celular.

Posterior a esto, luego de la clasificación de la selección paraguaya al Mundial de Sudáfrica e incluso durante el mundial de fútbol, apareció en los principales medios —especial el televisivo— un anuncio de otra empresa competidora del ramo en que se observaba a uno de los jugadores estrellas del seleccionado paraguayo que recreaba la figura del Mariscal Francisco Solano López, comandando a su más leales soldados en la Guerra de la Triple Alianza y diciendo que ellos no llegaron tan lejos para perder en octavos ni en cuartos de final, que no toleraría la derrota y que pelearan hasta el final en el Mundial. Tuvimos noticias que hubo reclamos extrajudiciales, y debido a esto en las sucesivas publicidades de esta compañía de telefonía celular se pudo observar nuevamente al “Mariscal” y sus tropas, pero éstas ya no hacían mención alguna a partidos o al Mundial. Si bien esta compañía de telefonía celular era el patrocinador individual del referido jugador de fútbol, esta publicidad creaba en el público consumidor la idea que el auspiciante del “Mariscal” estaba asociado con la selección paraguaya y con el Mundial de Fútbol de Sudáfrica 2010.

Probablemente una de las situaciones que tuvo mayor repercusión y prensa, no sólo a nivel nacional sino que recorrió el mundo entero, fue la relacionada a la campaña publicitaria realizada en uno de los partidos de Paraguay durante el Mundial de Sudáfrica por una conocida modelo de nuestro medio quien portaba un teléfono celular entre sus pechos y la inscripción del nombre de una conocida marca de desodorantes masculinos en uno de ellos. Si bien la modelo estaba siendo solamente patrocinada por la marca de desodorantes, lo que realmente captó la atención del público y recorrió el mundo entero - catapultando su fama- no fue la marca de desodorante sino la del celular, que por cierto

ninguna de las cuales eran sponsor oficial de la selección paraguaya de fútbol y mucho menos del Mundial. De más está decir el gran impacto y la asociación que generó en todo el público las respectivas marcas y por sobre todo la propia modelo con el Mundial de Sudáfrica, llegando incluso a recibir ésta última el apodo de “la novia del Mundial”, situación que significó “grandes dolores de cabeza” para la FIFA. Analizando esta situación de acuerdo a la Ley General de la Copa, podríamos decir que si el hecho se registraba en uno de los estadios de Sudáfrica en que Paraguay disputaba sus partidos oficiales, no habría dudas en encuadrar el caso como Marketing de Emboscada por Intrusión. Sin embargo, como el hecho ocurrió en nuestro país y por ende alejado de la exclusividad de los locales oficiales del evento y sus alrededores, cabría preguntarnos si podría configurar un caso típico de Marketing de Emboscada por Asociación.

Entre las últimas situaciones – no relacionadas al ámbito futbolístico- encontramos la del famoso nadador compatriota cuya imagen fue asociada a los Juegos Olímpicos de Londres 2012. Se trata del primer paraguayo en haber clasificado a los Juegos Olímpicos al superar la marca A en natación y considerado además el deportista del año 2011 en nuestro país. Una compañía de telefonía celular empezó a realizar una campaña publicitaria donde aparecía la imagen del deportista junto a la marca comercial en cuestión, con la leyenda: “Sponsor Oficial de la esperanza paraguaya en Londres”. Entendemos que esta compañía no tenía la autorización del Comité Olímpico Paraguayo para asociarse a los Juegos Olímpicos de Londres 2012, de acuerdo a lo establecido en el Art. 35 de la ley 2874/06 del Deporte. También hubo reclamos extrajudiciales pero la cuestión no pasó a mayores.

6. Normativa aplicable

De todo lo mencionado hasta ahora, conviene establecer cuál es la normativa aplicable para el tratamiento jurídico del *ambush marketing*. Es evidente que los derechos implicados recaen sobre marcas, símbolos, imágenes y además, particularmente en ámbitos relacionados con exclusividades contractuales. En algunos países fueron dictadas normativas especiales para hacer frente a estas prácticas, y en la mayoría de los casos es tratada bajo competencia desleal.

En los países donde fueron sancionadas legislaciones especiales para combatir el *ambush marketing*, esto se ha dado esencialmente para el caso de ciudades o países que fueron o serán sede de eventos de gran magnitud, como por ejemplo los Juegos Olímpicos o el Mundial de Fútbol FIFA como lo vimos viendo en este trabajo. En el caso de Sudáfrica, fue uno de los primeros países en modificar su legislación para que el *ambush marketing* fuera considerado una ofensa criminal, resultando en la imposición de fuertes multas y hasta penas de prisión, cuando son realizados durante el desarrollo de los eventos protegidos. En el caso de Londres donde tuvo lugar la organización de los recientes Juegos Olímpicos del 2012, se firmó un compromiso entre el Comité Organizador Olímpico (COI) y la Alcaldía de Londres, por la cual se exigía al Reino Unido que armonice su legislación de modo a evitar el *ambush marketing* y controlar la publicidad durante la realización de los juegos⁽²⁵⁾. Y más recientemente y que viene siendo motivo

²⁵ Conf. CHAUDRE Abida, “London Olympics 2012: the race is on”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2006, vol. I, N° 2

de estudio en este trabajo, tenemos la Ley General de Copa N° 12.663 del 5 de junio de 2012, que dispone sobre las medidas relativas a la Copa de Confederaciones FIFA 2013 y la Copa del Mundo FIFA 2014, conteniendo sanciones tanto civiles como penales.

En lo que respecta a las infracciones marcarias y nombres comerciales como así también de derechos de autor, para reprimir en forma efectiva el *ambush marketing*, entendemos que serían de aplicación aislada, puesto que las prácticas irregulares no siempre suelen referirse a marcas, designaciones o imágenes ajenas, sino fundamentalmente a las propias del que incurre en ellas. En otras palabras, estas prácticas creativas se refieren a un evento en concreto y las empresas no oficiales utilizan sus propias marcas, nombres e imágenes para buscar una asociación directa con el evento, configurándose muy raras veces infracciones a las marcas o nombres de los patrocinadores oficiales. Además, este tipo de campañas son realizadas de una manera inteligente e innovadora por las empresas competidoras cuidándose de posibles riesgos de infracción.

Exista la posibilidad de que el *ambush marketing* implique indirectamente una violación contractual. Para la FIFA los billetes de entradas, constituidos en instrumentos de un contrato de adhesión, tienen al dorso una serie de prohibiciones –entre otras, la de revender el billete a terceros, la de que el portador introduzca en el estadio elementos promocionales que constituyan una competencia para las empresas patrocinadoras que se enumeran— que acepta el adquirente. Como las entradas son nominales, los compradores que las revendieran para su uso en campañas promocionales no autorizadas o que introdujeron en el estadio material publicitario competitivo incurrirían en violación contractual. En la Ley General de la Copa se establece como pena de detención de tres meses a un año, o multa, el que sin autorización de la FIFA intente obtener una ventaja económica con su entrada⁽²⁶⁾,

En los países que no poseen una regulación específica contra el *ambush marketing*, consideramos que la mejor solución para reprimir esta práctica la otorga el hecho de considerarlo como un caso de competencia desleal. De hecho, en el Paraguay --y también a nivel mundial-- de los ejemplos analizados a lo largo de este trabajo, entendemos que la normativa que mejor se adapta para combatir estas prácticas de asociación, usadas por empresas que aunque no son patrocinadoras oficiales del evento, no quieren perder la oportunidad de aprovecharse del éxito de éstos, la constituye la que reprime la concurrencia ilícita.

El Art. 80 de la Ley 1294/98 de Marcas, de Paraguay, define la competencia desleal como “*todo acto contrario a la buena práctica y al uso honrado en materia industrial o comercial*”. Esta ley establece a título meramente enunciativo una serie de actos considerados de competencia desleal como ilícitos civiles, así como la Ley del Comerciante enumera, a su vez, otros actos, incluyendo algunos que son coincidentes con los de la ley marcaria. En relación a los criterios de sistematización de actos tradicionales de competencia desleal, adoptados por algunos autores, podemos encontrar actos de

²⁶ Art. 18, párrafo único de la Ley 12663/12. En la misma pena incurre la persona quien, sin autorización de la FIFA o de persona por ella indicada, vincula el uso de su entrada, invitación o cualquier especie de autorización de acceso a los eventos de publicidad o actividades comerciales, con el objetivo de obtener una ventaja económica.

confusión, de denigración, de publicidad comparativa, de publicidad engañosa y de violación de secretos comerciales. Sin embargo, creemos que ninguno de estos supuestos encajan correctamente a los casos de *ambush marketing*, si bien algunos autores entienden que podría configurar un caso de publicidad engañosa (²⁷).

Se presenta el problema de que en el ámbito comercial las posibilidades de competencia desleal son amplias. Por ello, la enunciación que hacen las leyes no es taxativa, sino que es posible encontrar otros actos de competencia que resulten prohibidos. La prohibición en aquellos casos no establecidos concretamente en la ley tiene como base lo dispuesto por el Art. 299º, Inc. c del Código Civil Paraguayo, que expresa que no podrán ser objeto de los actos jurídicos los hechos imposibles, ilícitos, contrarios a la moral y a las buenas costumbres y que perjudiquen derechos de terceros(²⁸).

Lo esencial para que haya ilicitud en materia de competencia desleal es que el acto cuestionado riña con la buena fe que debe existir en los negocios. Y justamente la conducta de quien incurre en el *ambush marketing* se destaca por maliciosa, abusiva y confusionista, caracteres de un accionar desleal. De cualquier manera, corresponderá a la decisión de los tribunales determinar en cada caso si la conducta cuestionada es de mala fe o, por contrario, es una demostración de inteligencia y creatividad en los negocios.

El Inc. d del Art. 108 de la Ley del Comerciante considera competencia desleal “*utilizar directa o indirectamente cualquier medio contrario a los principios de la ética profesional que pueda causar daño al competidor*”. Esta norma –al igual que el Art. 80 de la Ley 1294/98- es lo suficientemente amplia para abarcar distintas conductas relativamente habituales y otras que incluso ni siquiera pueden ser previstas, atendiendo la amplia gama de posibilidades. Es así, que el *ambush marketing* en Paraguay cae bajo las disposiciones de la normativa general de la competencia desleal. Ha de tenerse en cuenta que el patrocinador oficial espera obtener beneficios a partir de un derecho exclusivo que en la práctica no lo es por el comportamiento engañoso –es decir, desleal-- del competidor, que se aprovecha de la inversión ajena y de la reputación del evento, que se encuentra destinado solamente a aquellas empresas que hayan pagado para estar asociadas con el emprendimiento, de manera exclusiva para el ámbito específico de sus productos o servicios. La empresa competidora desarrolla una actividad parasitaria que obtiene ganancias gracias a una asociación fraudulenta –en un sentido genérico-- con la fuerza vendedora que emana del prestigio del evento.

Finalmente algunos estudios consideran que el *ambush marketing* puede ser combatido

²⁷ OTAMENDI Jorge, “Marketing de emboscada. Ambush Marketing”, La Ley, 2011, 2. Al respecto menciona: “Veremos las diferentes prácticas o estrategias publicitarias. Las podemos dividir en tres grupos. El primero comprende los actos que intentan hacer creer al público que se es un patrocinador oficial, cuando ello no es así. Claramente estamos aquí frente a un caso de publicidad engañosa, y por tanto de competencia desleal”. Sin embargo entendemos que los casos típicos de publicidad engañosa son aquellos que se refieren a las falsas descripciones realizadas sobre la naturaleza, calidad o utilidad de determinado producto o servicio con el fin de inducir a engaño al público consumidor, situación distinta a la presentada en el *ambush marketing*.

²⁸ MODICA Carmelo, *Derecho paraguayo de marcas*, Arandura, Asunción, 2007, 353

por medio de la figura del enriquecimiento sin causa. Sin embargo, esta solución presenta dificultades en el Derecho paraguayo. En efecto, el Art. 1817 del Código Civil establece que “*el que se enriquece sin causa en daño de otro está obligado, en la medida de su enriquecimiento, a indemnizar al perjudicado la correlativa disminución de su patrimonio(...)*” De esto surge que el demandante deberá probar el monto en que el demandado se enriqueció por medio de su conducta fraudulenta, así como su “empobrecimiento” paralelo, lo que resultará poco menos que imposible de probar. Si embargo existen doctrinas que dan una interpretación más elástica al enriquecimiento ilícito, que consideran que el simple hecho de aprovecharse o beneficiarse a costa de otro es requisito suficiente para probar que existió un correlativo empobrecimiento en el damnificado. Como sostiene un autor brasileño:

Es posible argumentar que las empresas u organizaciones que realizan esfuerzos e inversiones para producir, promocionar y llevar a cabo actividades y eventos deportivos, artísticos, educacionales o culturales tienen derecho a recibir una correspondiente remuneración por los ingresos generados. Además, los sponsors oficiales, que han pagado por ese derecho, están autorizados a recibir los beneficios completos por sus auspicios. Cualquier tercero que no haya realizado el esfuerzo y los gastos necesarios, y no haya corrido con los riesgos de un posible infructuoso negocio, no debe de poder beneficiarse. Esta es la esencia del enriquecimiento sin causa ⁽²⁹⁾.

7. Conclusión

El *ambush marketing* es un tema un tanto controvertido, ya que para algunos autores constituye una forma ingeniosa e innovadora de realizar publicidad mientras que para otros implica una situación de deslealtad en las buenas prácticas comerciales. Entendemos que existen situaciones en que es perfectamente lícita la estructuración de campañas publicitarias en relación a ciertos temas de parte de empresas competidoras con el objetivo de captación de clientela, siempre y cuando éstas respeten un cierto límite, de lo contrario sería desleal.

En cuanto a la represión en Paraguay de esta conducta cuando contenga ilicitud, la amplitud de la figura de la competencia desleal hace que ésta se constituya en una normativa comprensiva de todas las formas que puede adquirir las formas parasitarias del marketing. Incluso aquellas situaciones que tienen sus propias formas represivas —como la violación de marca, la de derechos de autor y la ley del deporte— encajan dentro de la competencia desleal, por lo que ésta puede ser invocada como un fundamento adicional del reclamo.

Siguiendo las corrientes modernas lo ideal sería contar con una legislación específica que combata al *Ambush Marketing*, como lo es en el caso de la actual Ley General de la Copa en Brasil o la legislación en Sudáfrica. Esto es de trascendental importancia por el hecho de que los jueces se mostrarán reticentes a la hora de fallar en cuestiones que no están expresamente reguladas, que requieran construcciones artificiales y hagan mención a principios amplios y vagos como son los usos honrados en el comercio o cuestiones contrarias a la moral y las buenas costumbres.

²⁹ VASCONCELLOS PIERI José E. “Ambush Marketing from a Brazilian Perspective”, Derechos Intelectuales 16, Legis Editores S.A, Bogotá, 2011, 32.

Finalmente, nos parece razonable la opinión que sostiene que:

[a]ntes de satanizar la práctica del ambush marketing, preferimos verla como la respuesta inteligente que un competidor tendría en el mercado a fin de sacar el mayor provecho a una oportunidad de promocionar e incentivar la oferta propia. De hecho, esta práctica podría tener efectos positivos al revelar la real dimensión y fortaleza de la exclusividad obtenida en virtud del sponsorship ⁽³⁰⁾.

Sin embargo, existe una fina línea divisoria entre el marketing de asociación, resultado de la creatividad, y aquel que es claramente fraudulento. La jurisprudencia habrá de establecer las pautas para distinguirlo, pero será definitorio el análisis de cada caso en particular.

³⁰ RODRÍGUEZ GARCIA Gustavo, “Competencia desleal en la modalidad de ambush marketing: ¿realmente debe preocuparnos?”, *Actualidad Jurídica*, N° 9, Lima, 2009, 320