

Ambush marketing: ¿un acto anticompetitivo o de infracción?

Por: Ernesto Rengifo García*

Las siguientes líneas harán una breve presentación del *ambush marketing* o mercadeo de emboscada con el fin de determinar si con dicha práctica, promovida con ocasión de los grandes eventos deportivos o culturales, se comete una violación al derecho de la competencia o una infracción al derecho marcario. Según Jerry Welsh, creador de esta expresión, propia de la moderna mercadotecnia, la figura del mercadeo de emboscada “*debería ser entendido simplemente como una estrategia de marketing cuyos resultados programáticos ocupan el espacio temático de un competidor patrocinador, y formulada para competir con ese patrocinador competidor por una preeminencia en la comercialización*”¹. Para Shani el *ambush marketing* constituye “*un esfuerzo planeado (campaña) por una organización para asociarse indirectamente con un evento para ganar al menos algo del reconocimiento y beneficios que están asociados con ser un patrocinador oficial*”².

La doctrina no ha sido unánime en sostener que esta estrategia de mercadeo constituye un acto ilegal o que deba estar prohibido; es más, existen decisiones de cortes extranjeras que han declarado su legalidad por estar acorde con la libertad de expresión y la competencia en el mercado. Así pues, se podría adelantar que el mercadeo de emboscada no constituye una conducta ilegal *per se* e *in se*, como se cree, y que, en otros países solo ha sido declarado como tal cuando: (i) existe una reglamentación al respecto; (ii) se emplean signos distintivos de un tercero, y (iii) en casos en que el tercero se anuncia como un patrocinador oficial sin serlo.

En materia legislativa, se ha intentado ampliar la protección que reciben los organizadores de grandes eventos deportivos, como ha ocurrido en Sudáfrica, Nueva Zelanda, Australia y el Reino Unido, países que adoptaron legislaciones para crear un derecho de asociación (“*right of association*”), el cual, permitiría a los organizadores del evento determinar quiénes pueden y quiénes no, asociar sus marcas o signos distintivos con el evento deportivo. Sin embargo, este derecho no ha sido catalogado como de propiedad intelectual.

Este tipo de normatividad, para la doctrina³, representaría una protección extralimitada de los derechos de los organizadores y no equilibra adecuadamente

* Profesor de Derecho de Contratos y Director del Departamento de Propiedad Intelectual en la Universidad Externado de Colombia.

¹ Jerry Welsh. En: OTAMENDI, Jorge. *Ambush Marketing*. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Año VII- No. 7., Lima, Perú, 2011, p 281.

² David Shani “Olympic Sponsorship vs. “Ambush Marketing”, *Journal of Advertising Research*, august-september 1989, pag 11. En: OTAMENDI, Jorge, ob cit, p. 281.

³ Cfr. OTAMENDI, Jorge, ob cit, p. 282.

los intereses en juego, pues, en muchos casos infringe la libertad de expresión y, porque “*solo una pequeña porción de conductas de ambush marketing realmente cruzan la línea de la competencia desleal según lo establecido por la ley*”⁴.

Entre los casos que han declarado la legalidad de campañas publicitarias en las que se hace alusión a eventos deportivos sin tener la calidad de patrocinador del mismo y, por lo tanto, del *ambush marketing*, se pueden encontrar los decididos en Alemania, Países Bajos, Canadá, Francia, India y Estados Unidos, por nombrar solo algunos. En todos ellos, se concluyó que la publicación de información relacionada con deportes como el fútbol, el rugby, el hockey, la maratón y eventos como los juegos olímpicos, en portales de internet y otros medios masivos de información, no configura un aprovechamiento indebido de la reputación de los administradores deportivos que organizan tales eventos, de los participantes, ni de los eventos en sí mismos. En pocas palabras, esto no constituye mercadeo parasitario o un *ambush marketing*.

En el año 2010 la Corte Suprema Federal Alemana (*Bundesgerichtshof, BGH*), resolvió el caso iniciado por la liga de fútbol de la región de *Wuerttemberg* contra el portal web “*Hartplatzhelden.de*” con fundamento en la Ley Alemana contra la Competencia Desleal (*of § 4 No. 9 b of the German Act Against Unfair Competition*). La liga deportiva alegaba que la publicación en el portal de fragmentos de partidos organizados por la liga que eran grabados por aficionados, constituía un acto de aprovechamiento desleal de su reputación. A los ojos del Alto Tribunal, el portal *web* no incurrió en la conducta que se le endilgaba debido a que no ofrecía servicios que imitasen los del demandante, de forma que no competía con él, y porque no estaba tomando una ventaja injusta ni causando daño a la reputación de los servicios del demandante, por no haber una transferencia de la reputación de ésta al demandado⁵.

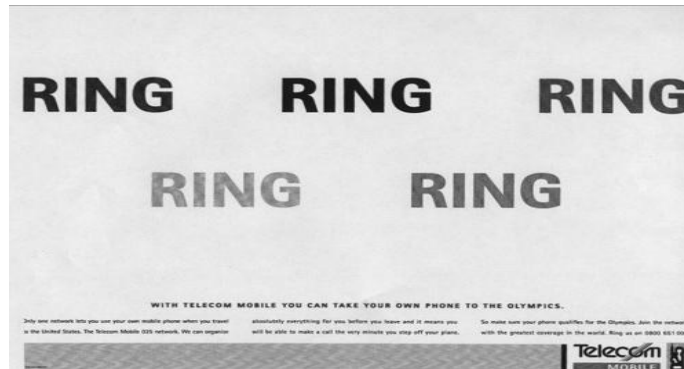
La Corte Suprema Federal alemana reconoció que la actividad del portal *web* estaba amparada por los derechos a la información, a la iniciativa privada y a la libertad de empresa, derechos consagrados en la constitución política de Alemania.

En el mismo sentido, se decidió en Holanda el caso iniciado por los organizadores de los juegos Olímpicos de 1996, *New Zealand Olympic and Commonwealth Games Association Inc*, contra la empresa de telecomunicaciones, *Telecom New Zealand Ltd*. En esta ocasión los organizadores de las olimpiadas demandaron a la empresa *Telecom New Zealand Ltda.*, por publicar un aviso en el que la palabra “*ring*”, que significa al mismo tiempo anillo y timbre de teléfono, dispuesta en el

⁴ “*Only a small portion of ambush marketing conduct actually crossed the lines of unfair competition as laid down by law*”. En: SCASSA, Teresa. *Ambush Marketing and the Right of Association: Clamping Down on References to that Big Event with all the athletes in a couple years*. Journal of Sport Management. University of Ottawa, 2011.

⁵ Corte Suprema de Alemania, Bundesgerichtshof, BGH, IZR 60/09, 28 de octubre de 2010.

mismo orden y con los mismos colores que los aros Olímpicos, acompañados por una leyenda que decía: “Con Telecom puedes llevar tu propio celular a los Olímpicos”, como se muestra a continuación:



Desde la perspectiva de los organizadores de los juegos, tal publicidad sugería una asociación a los aros Olímpicos, lo que violaba las leyes contra la competencia desleal de Holanda (*Fair Trading Act*) por crear una asociación inexistente con los juegos Olímpicos, sus patrocinadores o con los equipos de la Asociación Olímpica. Sin embargo, la corte holandesa reconoció el verdadero sentido y alcance de la publicidad al señalar:

“No había ninguna probabilidad significativa de que los lectores creyeran que el demandado estaba relacionado con o que era un patrocinador de los Juegos Olímpicos. Los lectores de anuncios en los periódicos tienden a ojear y no a leer de una manera completamente enfocada, al menos a primera vista. Aquellos que se dieron cuenta de las cinco palabras "anillo" del color y luego hicieron una asociación con el símbolo olímpico de los cinco círculos se sentirían ligeramente divertidos. El anuncio parecería entonces un dibujo animado o una forma inteligente (...) Es bastante simple y evidentemente no son los cinco anillos como tales”⁶.

A su turno, la Corte Suprema de la provincia de British Columbia en Canadá reconoció la legalidad de aludir a eventos deportivos en campañas publicitarias, al resolver el litigio iniciado por la Liga Nacional de Hockey contra Pepsi-Cola Canada Ltda⁷. La empresa Pepsi-Cola lanzó una campaña publicitaria en el marco de la Copa Stanley de Hockey, en la cual participan equipos de varias regiones de Canadá que pertenecen a la Liga Nacional de Hockey. La campaña publicitaria consistía en que en las botellas de la bebida gaseosa los consumidores encontrarían

⁶ “There was no significant likelihood of assumption by readers that the defendant was connected with or a sponsor of the Olympics. Readers of newspaper advertisements tend to browse and will not read in a closely focused way, at least in the first instance. 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.” New Zealand Olympic and Commonwealth Games Association Inc. v Telecom New Zealand Ltd (1996) 7 TCLR 167.

⁷ National Jockey League et Al. vs. Pepsi-Cola Canada Ltd. y Pepsi-Cola Canada Ltee, Corte Suprema de British Columbia, No C902104, del 2 de junio de 1992. Ref. (1992) 92 DLR (4th) 349 (BC Sup Ct).

una leyenda así: “Si [seguido del nombre de la ciudad o estado “casa” de uno de los equipos pertenecientes a la liga] gana en [seguido de uno de los siguientes números 4,5, 6, o 7] partidos tu ganas”, esto seguido de una lista de los premios que podría obtener el consumidor los cuales variaban desde bebidas gratis hasta CD\$10.000. En ese sentido, si un consumidor - concursante compraba una bebida cuya tapa decía: “Si Quebec gana 4 partidos tu ganas \$10.000” y ese resultado se presentaba en los partidos de la Copa Stanley, el consumidor-concursante podría ser ganador de un premio luego de llenar un formato de registro.

La Liga Nacional de Hockey inició acciones legales contra Pepsi-Cola Canadá alegando que la campaña publicitaria constituía un intento por aprovecharse de la publicidad que se derivaría de la Copa Stanley, al hacerlos pasar como productos de la liga o de alguna forma estar autorizados o relacionados con el evento deportivo, conducta que en el *common law* se conoce como *passing off*. Además, la liga de Hockey alegó la violación de sus marcas registradas.

En su sentencia, la Corte Suprema explicó que el problema jurídico que le planteaban las partes consistía en determinar si la publicidad de Pepsi-Cola había pasado los límites de la legalidad al llevar a los consumidores a pensar erróneamente que la Liga Nacional de Hockey había autorizado el concurso o que había algún tipo de relación comercial entre las partes del litigio. Apelando al sentido común, como ordenaba el precedente jurisprudencial de Canadá, la corte concluyó:

“El Concurso no constituía el acto de imitación, no ha infringido ninguna de las marcas registradas de la demandante y no interfiere con las relaciones comerciales de los demandantes. De hecho, estoy de acuerdo con la categorización del señor Nathanson al señalar que los anuncios de televisión no son nada más que parodias divertidas que ningún espectador razonable interpretaría en el sentido de sugerir que el concurso en alguna forma está autorizado, patrocinado o avalado por las demandantes⁸”.

En la India, en el caso *ICC Development (Int'l Ltd.) vs. Arvee Enterprises & Philips⁹*, la Alta Corte, analizó si los avisos publicitarios contentivos de los slogans: “*Philips: Diwali Manao World Cup Jao*” y “*Buy a Philips Audio System, Win a Ticket to the World Cup*”, y que tenían imágenes de un tiquete con un asiento ficticio y una puerta en la cual estaba la inscripción “*Cricket World Cup 2003*”, relacionadas

⁸ “*The Contest did not constitute the tort of passing off, it did not infringe any of the plaintiff's registered marks and did not interfere with the plaintiffs' business relations. Indeed, I agree with Mr. Nathanson's categorization of the TV advertisements as being nothing more than amusing but obvious spoofs which no reasonable viewer would interpret as suggesting that the Contest was in any way authorized, sponsored, endorsed or approved by the plaintiffs.*” *Nacional Jockey League et Al. vs. Pepsi-Cola Canada Ltd. y Pepsi-Cola Canada Ltee*, Corte Suprema de British Columbia.

⁹ Delhi High Court of India, caso: *ICC development (Int'l Ltd.) v. Arvee Enterprises & Philips*, 2003(26) PTC 245 (Del)

con la Copa Mundial de Cricket del 2003, constituían *passing off*, competencia desleal y “*ambush marketing*”. Los dos primeros cargos fueron desestimados por la Alta Corte, señalando que los avisos únicamente informaban que los compradores de los productos de Philips tendrían una posibilidad de ganar un premio y, asimismo, que no confundían al público en el sentido de hacer creer que Philips era un patrocinador o un licenciatarario.

En cuanto al *ambush marketing*, la Corte consideró que en esta clase de conductas no hay un elemento de engaño, sino más bien una explotación oportunista de un evento. La Corte explicó que el *ambush marketing* no es contrario al interés público, en particular porque la publicidad comercial está protegida por el derecho de libre expresión previsto en la Constitución de la India, además, si las marcas del demandante no fueron utilizadas, la publicidad no era ilegal. Por último, la Corte de la India señaló que las expresiones “World Cup” y “Cricket World Cup” son genéricas y por lo tanto no pueden ser protegidas como marcas o ser apropiadas por una empresa.

Obsérvese que el análisis que hizo la Corte partió de la base de que el *ambush marketing* no es contrario al interés público, en tanto que es una expresión del derecho a la libre expresión y porque no se usaron las marcas del demandante, por lo cual no existía el riesgo de que las personas vincularan a Philips con la Copa Mundial de Cricket o con alguno de sus participantes.

Uno de los casos más emblemáticos sobre el *ambush marketing* es el de la *Fédération Française De Rugby (FFR) Vs. FIAT France, Léo Burnett et autres*, en el que se debatió la configuración de “*ambush marketing*” y de competencia desleal, por una campaña publicitaria de la sociedad FIAT France, en la que se hacía alusión al Torneo de Rugby de las VI Naciones de 2008, al emplear el calendario de este evento, al resultado del juego entre Francia e Italia, a un juego próximo que se desarrollaría entre Italia e Inglaterra. Esta campaña tenía como finalidad promocionar el nuevo modelo de automóvil -FIAT 500- e informarle al público las direcciones de los concesionarios en donde podían comprarlo.

El Tribunal de *Grande Instance de Paris*, en fallo de primera instancia del día 30 de marzo de 2010, declaró infundada la demanda interpuesta por la FFR por una supuesta violación al derecho de explotación exclusiva, en tanto que la existencia de un contrato de patrocinio no podía impedir que otro agente económico apoyara su publicidad en un deporte, siempre que no utilizara los símbolos, logos o la imagen de la federación que organiza el evento. Asimismo, señaló que un evento deportivo le pertenece al público porque constituye un hecho actual y, únicamente su transmisión directa o por televisión puede ser objeto de los derechos reconocidos por el artículo L333-1 del Código de Deportes¹⁰.

¹⁰ “*sponsorship cannot deprive another economic player from basing its publicity on a sport provided it does not use the symbols or logos of the federation that organizes the event, nor the image. A sports event belongs to everyone because it constitutes part of current affairs and only its direct or televised showing can be the subject of specific rights acknowledged by article L.333-1 of the Code des Sports [Law on Sports]*”. En:

Esta decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Paris (fallo del 12 de diciembre de 2012-10/10996), con el argumento principal de que tratándose de un periódico deportivo, los lectores saben que los patrocinadores autorizados de eventos deportivos habitualmente acompañan sus anuncios con el término “patrocinador oficial” y dado que en la publicidad de FIAT no se utiliza dicha expresión o una similar, los lectores no se confundirían¹¹.

Además de lo anterior y dado que en la publicidad no había ninguna mención o indicación que pudiese hacer creer que existía algún vínculo jurídico entre FIAT y la FFR, para la Corte francesa, no podía constatarse un acto de parasitismo o *ambush marketing*, máxime que no había evidencia de que FIAT estuviere aprovechándose de la notoriedad del torneo o del equipo de Francia¹². Es importante mencionar que la Corte de Casación Francesa confirmó estas decisiones mediante fallo No. 515 del 20 de mayo de 2014.

Como se aprecia del caso anterior, la celebración de contratos de patrocinio no puede servir de barrera de entrada para que agentes o empresas no patrocinadoras de eventos deportivos, hagan alusión a los mismos o a las selecciones que en ellos compiten, siempre que no se empleen los signos distintivos de los organizadores del evento (la Federación de Rugby). También, vale resaltar del caso anterior que el consumidor sabe que los *sponsors* o patrocinadores emplean expresiones como “patrocinador oficial” en sus campañas y, por contera, al no usarse ese término o uno similar, el riesgo de confusión no se configura.

En Argentina la Asociación de Fútbol Argentino (AFA) y Procter & Gamble Argentina S.R.L. (“P&G”) ¹³ –socio oficial de la selección- iniciaron un proceso de competencia desleal en contra de Unilever como consecuencia de la campaña publicitaria denominada “*sponsor oficial de todo lo que aprendemos cuando*

http://www.africansportslawjournal.com/Bulletin%201_2013_Marmayou.pdf (visto el día 18 de febrero de 2015).

¹¹ Se lee en el fallo : “*Mais considérant que la promotion d'un véhicule automobile FIAT, et de ses signes distinctifs, en utilisant dans les conditions précitées les résultats d'un match, l'annonce d'un prochain match et les noms des nations concernées n'a pu induire en erreur les lecteurs, même moyennement attentifs, du journal sur la qualité des sociétés FIAT et concessionnaires, étant ajouté que s'agissant d'un journal spécialisé en matière de sport ses lecteurs sont par ailleurs plus avertis dans ce domaine et habitués aux encarts publicitaires de parrains officiels, se présentant clairement, et habituellement, par un appellation incluant le terme 'officiel', comme partenaire (ou parrain, sponsor ou fournisseur) du XV de FRANCE (ou de l'équipe de France) ainsi qu'il résulte des encarts précités du journal et des publicités produites (en copie) par la société LEO BURNETT, à la différence de la publicité incriminée qui n'y fait nullement référence ainsi que relevé par les premiers juges, ce qui exclut toute possibilité d'équivoque et d'association avec la FFR*”.

¹² Cfr. Cour D'appel De Paris, Pôle 5 - Chambre 1, Arrêt du 12 Décembre 2012 (10/10996): “*Que la FFR n'est pas fondée à soutenir que la présentation incriminée serait ainsi susceptible de créer un risque de confusion dans l'esprit du public sur la qualité des sociétés FIAT et concessionnaires à l'égard de la FFR, alors qu'elle ne comporte aucune mention ou indication pouvant laisser croire qu'elles exerceraient leur activité dans le cadre d'un rapport juridique quelconque avec la FFR; qu'elle ne peut donc être regardée comme un acte de parasitisme commis au détriment de cette dernière*”.

¹³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 10/06/2014. Asociación del Fútbol Argentino y Otros c. Unilever de Argentina S.A. s/ medidas cautelares.

estamos creciendo” que salió al aire en los medios argentinos meses previos al Mundial de Brasil de 2014.

En este asunto, la Cámara Civil y Comercial Federal, Sala III el día 10 de junio de 2014, decidió conceder la medida cautelar solicitada por la AFA y P&G al considerar que la pauta al ser protagonizada por el jugador del seleccionado nacional, Javier Mascherano, y el empleo de la expresiones: “*ALA SPONSOR OFICIAL DE TODO LO QUE APRENDEMOS CUANDO ESTAMOS CRECIENDO*”, “*ALA YA ESTAMOS LISTOS PARA TRANSPIRAR LA CAMISETA...*” y “*SPONSOR OFICIAL*”, podía generar un riesgo de confusión.

Nótese que la Cámara Civil y Comercial Federal concedió la medida cautelar porque en el comercial aparecía un jugador de la selección, Javier Mascherano, y se señalaba que ALA (un producto de Unilever) era “*sponsor oficial*”, sin serlo.

Ahora bien, el registro de una palabra como marca, no necesariamente la suprime del lenguaje. En el derecho anglosajón existe la doctrina del *fair use* en materia marcaria, cuya aplicación representa un límite al derecho de explotación exclusiva del signo distintivo cuando la marca recae en palabras del lenguaje común, a términos descriptivos y genéricos del comercio; por ello, no se prohíbe su uso. Algo equivalente se establece en el artículo 157 de la Decisión 486 de 2000¹⁴.

Como la marca tiene como función principal la de identificar productos y servicios de una persona en el mercado, no habrá un uso comercial de la misma, cuando ella sea empleada en forma genérica o descriptiva y no se pretenda distinguir un producto o un servicio.

El “*ambush marketing*” y los llamados “*Event Marks*”¹⁵ tienen límites que se concretan en la libertad de todo comerciante de utilizar aquellas palabras genéricas que los describen así estén registradas como marcas. Sería contrario a la libertad de expresión, impedir el uso de palabras y expresiones genéricas para referirse a un evento deportivo o a las personas que participaran en él, como lo es el uso de la expresión “Mundial Brasil 2014”.

Es más, si bien el derecho de marca protege el uso de palabras como Copa Mundo, FIFA, Olympics y Brasil 2014, esta protección no evita que personas

¹⁴ Decisión 486 de 2000, artículo 157: “*Los terceros podrán, sin consentimiento del titular de la marca registrada, utilizar en el mercado su propio nombre, domicilio o seudónimo, un nombre geográfico o cualquier otra indicación cierta relativa a la especie, calidad, cantidad, destino, valor, lugar de origen o época de producción de sus productos o de la prestación de sus servicios u otras características de éstos; siempre que ello se haga de buena fe, no constituya uso a título de marca, y tal uso se limite a propósitos de identificación o de información y no sea capaz de inducir al público a confusión sobre la procedencia de los productos o servicios*”.

¹⁵ El concepto de *event marks* ha sido entendido como: “*un signo usado para identificar un evento, una presentación y un desempeño, en el cual el organizador del evento tiene un interés sobre el uso (y protección) de la marca en conexión con un grupo de productos o servicios.*” En: KORNELIA TRAUTMANN. DIE EVENTMARKE – MARKENSCHUTZ VON SPONSORING UND MERCHANDISING. 85 (Konstanz, 2008).

naturales o jurídicas las usen incluso para promocionar sus productos. Esa libertad de expresión se ve reflejada en el uso de imágenes generales (v. gr. una imagen de una bandera, un balón, un estadio, personas celebrando), en el uso del lenguaje común (v. gr. Fútbol, Brasil 2014, Selección Colombia) o en el patrocinio de jugadores y equipos de fútbol que no estén vinculados comercialmente con los patrocinadores oficiales de un evento.

Es de conocimiento que Adidas es el patrocinador oficial de FIFA y de la Copa Mundo, pero dicho patrocinio no impide que otras marcas deportivas patrocinen a jugadores y equipos de fútbol que participan en ese evento deportivo, como lo hace Nike, Beats by Dre, Puma, Lufthansa, etc. En el mismo sentido, en el caso de la Selección Colombia de Fútbol, uno de sus patrocinadores oficiales es la marca de cervezas Águila, la cual no coincide con la del patrocinador oficial de la Copa del Mundo y la FIFA, esto es, la marca de cervezas Budweiser. Considerar que un solo patrocinador pueda acaparar y ser el único que haga referencia a un deporte como el fútbol llevaría a prohibir o limitar la libertad de expresión de manera injustificada.

En materia judicial, la Corte de Apelaciones del Primer Circuito de los Estados Unidos, en el caso de *Boston Athletic Association vs. WCVB-TV* en el que se discutió si el uso de la marca *Boston Marathon* por parte del Canal 5 en su programa de televisión constituía un *passing off* y posiblemente *ambush marketing*, señaló que la expresión se utilizó para describir el evento y no a título de marca; para la Corte, el uso de las palabras para describir un propósito es un uso justo y permitido de la marca (*fair use*), y la ley avala su uso no obstante que las palabras constituyan una marca registrada¹⁶.

En este sentido, frente al uso de marcas de equipos deportivos se ha señalado, lo siguiente: *“Frente a muchas marcas conocidas, como Jell-O, Scotch tape y Kleenex, existen palabras informativas que pueden emplearse para describir los productos (gelatina, cinta de celofán y pañito facial). Pero a veces no hay sustituto descriptivo, y un problema estrechamente relacionado con el carácter genérico y descriptivo se presenta cuando muchos bienes y servicios son efectivamente identificables sólo por sus marcas. Por ejemplo, se podría hacer referencia a ‘los dos veces campeones del mundo’ o ‘el equipo profesional de baloncesto de Chicago’, pero es mucho más simple (y tiene mayor probabilidad de ser entendido) el referirse a los Bulls de Chicago. En estos casos, el uso de la marca*

¹⁶ En palabras de la Corte: *“That reason consists of the fact that those words do more than call attention to Channel 5's program; they also describe the event that Channel 5 will broadcast. Common sense suggests (consistent with the record here) that a viewer who sees those words flash upon the screen will believe simply that Channel 5 will show, or is showing, or has shown, the marathon, not that Channel 5 has some special approval from the BAA to do so. In technical trademark jargon, the use of words for descriptive purposes is called a “fair use,” and the law usually permits it even if the words themselves also constitute a trademark”* (United States Court of Appeals, First Circuit. *WCVB-TV, Plaintiff, Appellee, v. BOSTON ATHLETIC ASSOCIATION, et al., Defendants, Appellants*. No. 90-1315.).

no implica patrocinio o respaldo del producto: debido a que la marca se utiliza sólo para describir la cosa, en lugar de identificar su fuente”¹⁷.

En el mundial de fútbol de Alemania de 2006, la FIFA decidió registrar como marcas las expresiones “FUSSBALL WM 2006” y “WM 2006”. WM es la abreviación en alemán de copa mundial (“Weltmeisterschaft”) y es la expresión usada para referirse a eventos deportivos internacionales como lo es, por ejemplo, el Mundial de Fútbol de la FIFA.

La sociedad Ferrero controvertió la validez de aquellas marcas, debido a que algunos de sus productos de chocolate se identificaban con las expresiones “Germany 2006” y “WM 2006” y con la imagen de jugadores de fútbol de la selección alemana. En abril de 2006, la Suprema Corte Federal de Alemania, canceló el registro de las marcas “FUSSBALL WM 2006” en todos los productos y servicios solicitados por la FIFA y “WM 2006” en aquellos que tuvieran que ver con el evento deportivo.

La decisión de la Corte Suprema tuvo como fundamento que dichas expresiones, “FUSSBALL WM 2006” y “WM 2006”, eran términos comunes que usaban las personas para identificar un evento deportivo, como lo era la Copa del Mundial de la FIFA de 2006, que se estaba realizando en Alemania, por lo cual, aquellas expresiones no cumplían con la función de identificar un origen empresarial (*Herkunftshinweis*)¹⁸, como exige ley de marcas alemana y la regulación de marcas comunitaria (*German Trademark Act* y la *Community Trademark Regulation*).

Para la Corte alemana, el hecho de que la FIFA fuese el organizador del evento no ocasionaba que las personas pensarán que los productos y servicios registrados con las marcas fueran producidos o estuvieran bajo el control de la FIFA, ni que esta fuera la responsable de sus cualidades y no identificaban o asimilaban el origen empresarial de las marcas con la FIFA.

¹⁷ *New Kids on the Block v. News America Publishing, Inc.*, 971 F. 2d 302, 306 (noveneno. Cir 1992): “With many well-known trademarks, such as Jell-O, Scotch tape and Kleenex, there are equally informative non-trademark words describing the products (gelatin, cellophane tape and facial tissue). But sometimes there is no descriptive substitute, and a problem closely related to genericity and descriptiveness is presented when many goods and services are effectively identifiable only by their trademarks. For example, one might refer to “the two-time world champions” or “the professional basketball team from Chicago,” but it’s far simpler (and more likely to be understood) to refer to the Chicago Bulls. In such cases, use of the trademark does not imply sponsorship or endorsement of the product because the mark is used only to describe the thing, rather than to identify its source.”

¹⁸ “In the Court’s opinion, trademark “FUSSBALL WM 2006” consisted of a common term to identify the happening of the World Cup Soccer in Germany in 2006. Arguably, the public in general was used to the use of such type of sign to identify major sports events like the FIFA World Cup. The term “Fussball WM 2006” was simply referencing a major sporting event and did not imply a message about commercial origin”. En: DANNEMANN, Lundgren, Felipe. *Event Marks: a necessary form to protect anti ambush marketing?* Munich Intellectual Property Law Center, 2010, p 21.

Así pues, cuando se utilizan expresiones o palabras que se encuentran registradas como marcas, como lo es “Brasil 2014” a nombre de la FIFA, o se hace referencia a un evento deportivo o a alguno de sus participantes, sin ofrecer los productos y servicios en las que aquellas se encuentran registradas, nos encontraríamos ante una excepción al derecho exclusivo de los signos distintivos y, por contera, a un acto que no configura *ambush marketing*, que nada tiene de desleal ni de ilegal, en tanto que dichas expresiones son genéricas y las personas no identifican su origen empresarial, o la relacionan con la FIFA, de allí que no puedan excluirse del lenguaje común.

Refuerza lo anterior, el estudio que se adelantó en el Reino Unido con ocasión de la Copa del Mundo 2006; allí se señaló que los consumidores reconocen la diferencia entre patrocinadores oficiales y patrocinadores no oficiales¹⁹. En efecto, el estudio señala que tres patrocinadores oficiales fueron asociados altamente por los consumidores con el evento deportivo principal, y que dicha asociación aumentó después de la realización del evento. Por ejemplo, Coca-Cola tenía niveles de reconocimiento del 45.7 % antes del evento y 55.3% después; Budweiser 35.7% antes y 64.9 % después, y Adidas 28.9% antes y 43.3 después. Mientras que los patrocinadores alternos tuvieron un muy bajo reconocimiento. Nike quien fue la más alta, tenía 16.2 % antes del evento, y bajó al 13.7 % después del mismo.

En Colombia se encuentra en discusión si la campaña comercial “*Súmate a los 11 y haz parte de lo que ya creen*” lanzada por CLARO para la época del mundial de fútbol pasado (Brasil 2014), constituía una especie de *ambush marketing* en la medida en que podría estar sugiriendo que era patrocinador oficial de la Selección Colombia o del Mundial de Fútbol. En la primera instancia decidida por la Superintendencia de Industria y Comercio²⁰ (el fallo se encuentra en trámite de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá), se determinó que en el video comercial no existe ninguna marca de La Federación o de la FIFA, imagen de un jugador o de un dirigente, o una expresión que señalara que CLARO era patrocinador de la selección nacional o del mundial de fútbol organizado por la FIFA.

En ese sentido, como quiera que no está prohibido como conducta desleal o ilegal la alusión genérica a eventos deportivos –*ambush marketing*–, el material publicado por CLARO en el marco del Mundial “Brasil 2014” estaría amparado por el principio de la libertad de empresa.

¹⁹ A. Portlock & S. Rose, ‘Effects of Ambush Marketing: UK Consumer Brand Recall and Attitudes to Official Sponsors and Non-Sponsors Associated with the FIFA World Cup 2006’ [2009] 10 *International Journal of Sports Marketing & Sponsorship* 271-286.

²⁰ Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura Asuntos Jurisdiccionales, sentencia Federación Colombiana de Fútbol (FCF) vs Claro, de 27 de mayo de 2015.

En la decisión de la primera instancia la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC planteó la existencia de un conflicto de intereses entre patrocinadores y demás agentes del mercado deseosos de explotar comercialmente un evento deportivo mundial. Aquí se señaló lo que sigue: *“Empecemos por precisar que en asuntos como este existe una tensión de intereses legítimos: en una parte se encuentra el organizador del evento o el encargado de conformar una selección nacional de un deporte popular, quienes ciertamente tienen derecho a obtener los ingresos derivados de la realización del evento o de la presentación de la selección. En la otra parte se encuentran todos los participantes en el mercado que, como ya está claro, tienen derecho a apelar a los sentimientos, fanatismo o interés que en el público genera el evento o el equipo deportivo en cuestión. [...] En consecuencia, es evidente que, contrario a lo que aspira La Federación, el conflicto de fondo que plantea el caso no puede resolverse impidiendo a Claro y a todos los demás participantes en el mercado que, de manera absoluta, hagan cualquier alusión al equipo de fútbol que participa en nombre de Colombia en eventos como el Mundial Brasil 2014”*.

Más adelante indicó el fallo: *“[D]ado que la Federación ha referido que una de las razones por las cuales solicitó la protección de las autoridades jurisdiccionales consistió en la afectación de sus patrocinadores, quienes sí han realizado las cuantiosas inversiones necesarias para asociarse a la Selección Colombia, la posición absoluta que ahora criticamos desconoce que el derecho a aludir no hace parte de los que la Federación confiere –o podría conferir- a sus patrocinadores. Ya hemos explicado que lo único que adquieren estos últimos como contraprestación de su inversión es la posibilidad de anunciarse ante el público con esa calidad, utilizar los signos distintivos correspondientes y realizar publicidad en los lugares donde se desarrolle el evento en cuestión. El derecho a atraer la atención del consumidor, insistimos, no es exclusivo de la Federación y, menos, de sus patrocinadores”*.

Un competidor puede aludir a los grandes eventos deportivos, es decir, que dicha conducta no es desleal y, antes por el contrario, estimula la competencia. La situación es desleal cuando el anunciante, se presenta como patrocinador del evento, sin serlo. *“En el extremo opuesto se encuentran los comportamientos en los que el anunciante emplea signos distintivos o la imagen de terceros, o en los que mediante afirmaciones expresas de ostentar la calidad de patrocinador o la difusión de mensajes que permitan llegar a esa conclusión a través de sugerencias o medios similares, ese anunciante se coloca en una situación en la que pueda ser considerado por el público como un patrocinador de la Selección Colombia de fútbol o de la Federación, obviamente si carece de esa condición. Este extremo es evidentemente desleal”*.

El comportamiento es desleal cuando algún actor del mercado se presenta como patrocinador, sin serlo, o, incluso, cuando alguien utilizando publicidad engañosa hace creer que es patrocinador. Pero no lo es cuando un agente del mercado evoca o hace referencia al evento deportivo, sin presumir de patrocinador y sin

crear confusión respecto de un patrocinador. “Claro no dio a entender, expresa o tácitamente, que tenía la condición de patrocinador de la Selección Colombia o de La Federación”, señaló la sentencia referida.

Sería desproporcionado que se hubiese condenado con el argumento del *ambush marketing* a una campaña de opinión en la que no se empleaba ninguno de los activos marcarios de La Federación Colombiana de Fútbol o de la FIFA, y en la que solo se usaban elementos que no son *per se* susceptibles de apropiación, como lo son, el fútbol como actividad deportiva; los símbolos patrios del país; la exaltación de un sentimiento de orgullo, la identidad y el patriotismo por la Selección Colombia. De aceptarse su apropiación, se produciría una grave limitación al derecho de expresión y, por supuesto, a la competencia en el mercado.

O mejor: admitir, a través del régimen de la competencia desleal, la apropiación de eventos deportivos, de actividades culturales y sociales, de un ente genérico y representativo de un país como lo sería su selección nacional fútbol, sería avalar un monopolio injusto que sí tendría repercusiones negativas en el mercado.

En síntesis, la alusión por un competidor a un evento de interés general, en un ambiente publicitario, no supone un aprovechamiento de aquello a lo cual se alude y esto puede ser considerado como un comportamiento que favorece la competencia. El *ambush marketing* -moderno concepto de mercadotecnia-, no configura *per se* e *in se* una conducta antijurídica. En el derecho comparado, la protección frente al “mercadeo de emboscada” ha operado solo en los casos en los que el competidor se presenta como un patrocinador oficial del evento deportivo. El reconocimiento casi que instintivo de la notoriedad de muchas marcas en el mercado que patrocinan estos eventos de gran formato, ha convertido el *ambush marketing* en casi una excepción de difícil reproche dentro de la fenomenología del derecho de la competencia.

La jurisprudencia, pues, ha venido limitando los derechos que han pretendido extender los patrocinadores. Por ello vale la pena concluir esta corta presentación con la reflexión de Jerry Welsh: “Los patrocinadores han comprado una propiedad específica, no han comprado un espacio temático. Por lo tanto, no tienen derecho a vigilar, proteger y administrar de otra manera lo que ellos no han comprado, no han creado y, por ello, no poseen²¹. (Subrayas nuestras).

²¹ WELSH, Jerry, *Ambush Marketing: What it is; What it isn't*, publicado en <http://welshmktg.com/>, p.2.