



Ambush marketing

JORGE OTAMENDI

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Definición de ambush marketing. 3. El uso de marcas de Terceros. 4. Los casos de confusión. 5. Los demás casos. 6. ¿Es ilegal la práctica?

1. INTRODUCCIÓN

Los organizadores de las principales competencias deportivas, el Comité Olímpico Internacional, y la FIFA, vieron hace ya algunos años, que involucrar en los eventos que organizaban a empresas comerciales, constituiría una fuente importante de ingresos. Fue así que, y no sé cuándo sucedió, comenzaron a utilizar la figura del patrocinador del evento. El patrocinador es quien, a cambio del pago de un precio y con exclusividad en su rubro, puede presentarse al mundo como patrocinador del evento en cuestión. Además, estará autorizado a usar los símbolos y marcas del organizador y a realizar publicidad (salvo en las Olimpíadas), en el lugar en el que se desarrolla el evento. Cuando el evento es transmitido por televisión, el patrocinador se verá beneficiado por la aparición de su marca en tantos lugares como televidentes vean el evento.

El organizador recibirá una cantidad de dinero acorde con la difusión del evento. Obviamente, a mayor audiencia, más dinero. No todos los patrocinadores lo son de eventos con gran audiencia, y hasta hay quienes patrocinan y asocian su nombre con obras benéficas o de investigación -para dar solo dos ejemplos- que no podrían desarrollarse sin esos patrocinios. Pero no es con respecto a esos patrocinios que se presentan los problemas, ya que aquí no hay publicidad masiva.

Los Juegos Olímpicos, los campeonatos mundiales de fútbol y las competencias de automovilismo de Fórmula Uno, seguramente son las competencias que más repercusión y audiencia tienen. Desde luego que hay otras competencias internacionales y nacionales con menor audiencia, que también generan una importante audiencia. También hay ferias y exposiciones, espectáculos artísticos, congresos académicos, entre tantos, que tienen sus patrocinadores. En definitiva, casi todos quieren tener un patrocinador porque ello significará dinero.

Como dije recién, los problemas se dan cuando se trata de eventos patrocinados que tienen una gran audiencia. Muchos competidores de los patrocinadores quieren también asociar sus marcas al evento en cuestión. Lo hacen de distintas maneras, como ya veremos, provocando la reacción de los patrocinadores que tienen la expectativa de ser los únicos en poder hacerlo. Reacción que se traslada a los organizadores que reciben su dinero, y que inician acciones contra los que realizan la publicidad en cuestión.

En el análisis de esta problemática, los patrocinadores y organizadores de eventos y aquellos que escriben en defensa de éstos, olvidan o soslayan los verdaderos y únicos derechos que tienen y que han contratado.

El patrocinador paga por usar marcas del organizador publicitando que es patrocinador del evento, y tiene el derecho a exhibir sus marcas y realizar publicidad en determinados lugares sobre los que el organizador tiene el control de acceso. El organizador tiene la propiedad sobre sus marcas y derecho de disponer de determinados espacios geográficos o publicitarios que habrá contratado.

Es natural que tanto organizador como patrocinador, quieran que nadie más haga la más mínima referencia al evento o asocie en su publicidad algo relativo al evento. Prácticamente, ellos quieren que su contrato se transforme en ley.

A la publicidad realizada asociando el evento a la marca de un tercero, se la denominó “ambush marketing”. El término fue inventado en la década del ‘80 por un especialista en publicidad, el Sr. Jerry Welsh, un estadounidense que a la sazón trabajaba en American Express.

Como buen publicista, creó un nombre que tuviera un rápido impacto y reconocimiento, “ambush marketing”. Lamentablemente, no solo no tiene este nombre relación con la práctica que intenta distinguir, sino que además tiene un alto contenido peyorativo y descalificatorio. Quienes realizan estas publicidades lo hacen a la luz del día y abiertamente. No se ocultan en la oscuridad, ni se esconden para dar su mensaje publicitario. Si se pudiese englobar todas las diferentes clases de publicidad en un solo concepto, este podría tal vez ser “publicidad de asociación”, lo cual es muy común ya que por lo general las publicidades se asocian con algo.

Esto ha hecho que la cuestión tuviera un mal paso de partida. El propio Welsh casi 30 años después de crear la expresión, se mostró sorprendido con las consecuencias que tal creación había tenido, luego de entrar en Google para ver qué había de nuevo sobre el tema. Manifiesta haberse sentido shockeado “...al encontrar la absurda tontería que ahora debe pasar como comentario legítimo sobre Ambush Marketing, que evidentemente ha venido a significar –para algunos mayormente organizadores de eventos deportivos, sospecho- algo semejante a un robo comercial.”¹

2. DEFINICIÓN DE AMBUSH MARKETING

Antes de seguir con la calificación legal de la práctica, veamos qué se entiende por ambush marketing. Hay distintas interpretaciones, no sólo entre los abogados, sino también entre los especialistas en comercialización.

¹ Jerry Welsh en <http://Welshmktg.com>, pág. 1. Jose E de Vasconcellos Pieri en “La Propiedad Intelectual ante el “Ambush Marketing” y la transmisión de la Copa del Mundo”, en *Derechos Intelectuales Editorial Astrea* tomo 14, 2008, pag. 93, opina en igual sentido que “Ambush 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.”

Comencemos con lo que entiende el propio Welsh, creador de la expresión. Él nos dice que “Ambush Marketing 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.”²

Una definición, repetida después por varios autores, de Shani y Shaw, especialistas en comercialización, dice que “Ambush Marketing será definido como: “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...”³

En esa misma línea, se la ha definido también como “...un intento por una compañía a aprovechar (cash in) el prestigio (goodwill) o popularidad de un evento en particular creando una asociación entre él y el evento, sin permiso de la organización relevante y sin pagar el precio para devenir un patrocinador oficial.”⁴

Meenaghan nos dice que constituye “un intento de desviar la atención de la audiencia para sí y lejos del patrocinador.”⁵

Hay definiciones más específicas como la de que se busca “crear la impresión de que están (los ambush marketers) oficialmente asociados con un evento cuando, de hecho, no existe tal asociación.”⁶ Cuando “se hacen pasar como patrocinadores oficiales cuando no lo son.”⁷

Por su parte Piñeiro Salguero y Rubi Puig, señalan con bastante razón, que “una definición general del marketing de emboscada resulta estéril, pues pueden encuadrarse en su concepto prácticas muy heterogéneas.”⁸ Mientras que Hoek y Gendall afirman que una “considerable ambigüedad rodea este concepto.”⁹

Es indudable que definir ambush marketing resulta imposible si es que se quiere recurrir a algo racional. En primer lugar, porque hay prácticas que se consideran tales que no tienen la más mínima relación entre sí, como veremos. En segundo lugar porque no hay nada de “emboscada” en tales prácticas como ya dije antes. Y en tercer lugar porque tampoco están unidas por la ilegalidad que la denominación presupone.

² Welsh op. cit pag 3.

³ Dennis M. Sandler y David Shani “Olympic Sponsorship vs. “Ambush” Marketing”, Journal of Advertising Research, august-september 1989, pag 11.

⁴ Edward Vasallo, Kristin Blemaster y Patricia Werner, “An Internacional Look at Ambush Marketing”, The Trademark Reporter, Vol. 95, No 1, pag 1339.

⁵ Tony Meenaghan “Ambush Marketing – A threat to Corporate Sponsorship”, Sloan Management Review/ Fall 1996, pag 103.

⁶ Sam Fullerton, Sports Marketing, Cap VI, Ambush Marketing, pag 107.

⁷ Jay Badiyani, Shri Jaysukhlal Vadhar y Shri Bipin Vadhar, “Parasitic Marketing or Ambush Marketing”, en http://www.indianmba.com/Faculty_Column/FC164/fc164.html

⁸ Jose Piñeiro Salguero y Antonio Rubi Puig, “Ambush Marketing en eventos deportivos”, InDret Revista para el Analisis del Derecho, Barcelona, abril 2007, pag 4.

⁹ Janet Hoek y Philip Gendall, “Ambush Marketing: More than just a coommercial irritant?”, Entertainment Law, Publicado por Frank Cass, Londres, Vol 1, No 2, Summer 2002, pag 73.

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. El segundo comprende los casos en que hay un uso de signos que están registrados como marcas o de símbolos cuyo uso está prohibido por leyes especiales. Aquí se recurrirá a estas leyes o a la ley de marcas para combatir estos ilícitos. En ninguno de estos casos es necesario recurrir a extrañas teorías para condenar el acto. Mucho antes de que se acuñara el término “ambush marketing”, esos actos eran ya ilícitos. El tercer grupo es el más concurrido y el que abarca actos cuya legalidad es para mí evidente.

3. EL USO DE MARCAS DE TERCEROS

En el contexto que estamos comentando, se trata del uso en publicidad, de signos que el patrocinador del evento ha registrado como marcas. Estas marcas no se aplican a producto o servicio alguno. Simplemente aparecen en avisos, dando a entender que el anunciante es el patrocinador del evento. Estos signos, por lo general, están compuestos por elementos denominativos y figurativos, y son los que se usan como distintivos del evento. Los patrocinadores los usan en su publicidad, de acuerdo a lo acordado con los organizadores del evento, y casi siempre comunican que son patrocinadores del evento en cuestión.

Hay casos en los que una empresa paga por usar los logos del patrocinador, fuera del contexto de evento alguno, y también en este caso se puede dar un uso indebido.

Señalan Vasallo, Blemaster y Werner “mientras el uso no autorizado de una marca registrada de comercio o de servicio constituiría infracción de marca, el ambush marketing cae fuera de este paraguas porque las campañas no usan marcas de terceros; mas bien, en forma creativa, se refieren a un evento y usan sus propias marcas y nombre comercial para asociarse con él.”¹⁰ Esto es cierto en la mayoría de los casos. Pero puede suceder que en la estrategia de hacerse pasar por patrocinador se usen marcas ajenas. Y también sucede, como enseguida veremos, que el patrocinador entienda que se han violado sus marcas por la utilización de signos que él considera confundibles con aquéllas.

Un problema que puede haber en estos casos se da con aquellas que son genéricas. Como dije recién, las marcas de los patrocinadores son, por lo general, marcas compuestas. No siempre ha sido así. Hay marcas como Campeonato Mundial o Mundial, simplemente cuyo valor marcario es muy discutible. Pretender un monopolio sobre este tipo de términos me parece un exceso cuando se refieren a campeonatos mundiales.

También hay un exceso cuando se alega confusión con signos que lo son. Supongamos que Tokio 2010 está registrada. No puede sostenerse que hay confusión si alguien usase Mundial 2010, o Vamos a Tokio. Me pregunto qué confusión podría existir, y no encuentro una respuesta razonable.¹¹ Nadie ha de creer que por este uso se es un patrocinador del

¹⁰ Op. cit. Pag 1341

¹¹ Jason K. Schmitz “Ambush Marketing: The off field competition at the Olympic Games”, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, 2005, Vol 3, No 2, pag 207, opina respecto de la apli-

evento en cuestión. Y, dado que no hay venta de productos ni de servicios no veo razón para un reclamo marcarío.

Un caso muy interesante fue el de Bellsouth contra Telecom New Zealand, que tuvo lugar en Nueva Zelanda.¹² Telecom publicó un aviso en el que el 80% del espacio aparecía la palabra RING cinco veces –cada una en uno de los colores olímpicos- tres en una línea superior y dos debajo de ésta, y en la parte inferior del aviso se leía la frase “Con Telecom Ud. puede llevar su propio teléfono a las Olimpiadas.” Tanto el Comité Olímpico local como Bellsouth alegaron uso indebido de marca, y que Telecom se hacía pasar por patrocinador. Ambas pretensiones fueron rechazadas por la justicia. Por un lado se dijo que “Es muy simple y patente que el uso no es el de los cinco círculos como tales.” Y también se negó que el público fuese engañado.

En Argentina, en una medida precautoria, se ordenó el cese temporal de las expresiones “Tokio 2002” -que se usaba en una publicidad para bebidas gaseosas- y “Lay’s Mundial 2002” y “Cheeto’s Mundial 2002”, que se usaban en los envases de snacks. La FIFA, parte actora, tenía la marca mixta compuesta por un logotipo y por “2002 Korea Japan” en las clases 29, 30 y 32 de la Clasificación Internacional. Ni en la clase 29 ni en la clase 30, estaba registrada la marca Mundial, mientras que en la clase 30 estaba, y está, registrada a nombre de un tercero. La FIFA alegó confusión con sus marcas, que se aprovechaban sus activos intangibles, que Pepsi Cola, la demandada se hacía pasar por sponsor oficial de la Copa del Mundo, y que hacía creer que su gaseosa era la bebida gaseosa de dicho torneo. Sin mayor fundamento, aunque aludiendo a la posibilidad de una confusión respecto del carácter de patrocinador del evento, se ordenó el cese. Lamentablemente no habrá en esta causa una sentencia desde que la causa de fondo ha sido concluida por las partes durante la tramitación del juicio.

En los Estados Unidos hubo un caso en el que había uso de marca, en el que se concluyó que tal uso era para hacer creer que se trataba de un patrocinador. Sprint era patrocinador del campeonato mundial de football que se celebraba en ese país y tenía los derechos para usar las marcas de ISL Football AG para llamadas de larga distancia. Sin embargo, usó la marca de la Copa del Mundo en 100.000 tarjetas para llamadas telefónicas, derecho que tenía Mastercard. En este fallo, se dice que Sprint quería usar las marcas de la Copa del Mundo para “transmitir al mundo la falsa impresión de que su uso de las marcas en tarjetas de llamada es oficialmente decretado por la organización de la Copa del Mundo.”¹³

En Canadá, en el llamado caso “NHL-Pepsi”, se trató la cuestión de la infracción marcaría. Pepsi realizó una campaña publicitaria en la que organizó un concurso que consistía en imprimir en la parte interna de las tapas de las botellas distintas leyendas de este tipo:

cación de la Lanham Act a casos en los que están en discusión los signos Olímpicos, que el concepto de “posibilidad de confusión por lo general no es aplicable a los hechos de casos de ambush. Los emboscadores generalmente no usan o exhiben la marcas Olímpicas, pero en cambio crean una falsa asociación con las marcas y las Olimpiadas.”

¹² Ver Hoek y Gendall, op. Cit. Pag 80.

¹³ Mastercard Inc v. Sprint Communications Co., en <http://www.abanet.org/forums/entsports/programs/pdfs/MasterCardvSprint.pdf>

“Si Québec gana 4 partidos Ud. gana \$10.000”. El nombre del equipo no era Québec, esta era la ciudad en la que el equipo tenía su sede, y cualquiera podía asociar este nombre con el del equipo. Este concurso fue intensamente publicitado.

En la publicidad realizada, Pepsi expresó “El \$4.000.000 Pro Hockey Playoff Pool, de Pepsi Diet, no está asociado con, ni patrocinado por, la Nacional Hockey League ni por ninguno de sus equipos miembros u otros afiliados.”¹⁴

La NHL alegó violación de marcas. La Corte lo rechazó. Dijo que los signos usados no eran las marcas de la NHL, ni confundibles con ellas. Más interesante fue la argumentación para sostener que en el “disclaimer” realizado no había tampoco infracción marcaria: “No acepto que por referirse a cualquier organización por su correcto nombre, cuando se desea referirse a esa organización, pueda ser una infracción. Si esto fuera así, todos los medios estarían precluidos de reportar los resultados de cualquiera de los juegos organizados por los actores. Ningún periódico podría reportar, “Pittsburg Penguins barren a los Chicago Blackhawks en 4 partidos consecutivos en la N.H.L. Stanley Cup.” No sólo esa situación sería altamente indeseable desde el punto de vista de los actores, sería absurda.”

Un caso en el que pudo haberse discutido si había uso indebido de marca, ya que no parece haber llegado a la justicia, tuvo lugar en Noruega con motivo de las Olimpiadas de Invierno de 1994. El patrocinador oficial era Visa, que había publicitado que American Express no era aceptada en la villa olímpica. American Express respondió con una publicidad en la que dijo que quienes viajaran a Noruega no necesitaban Visa. Tal vez las partes llegaron a un acuerdo, lo cierto es que no hay sentencia en los tribunales.

4. LOS CASOS DE CONFUSIÓN

Como dije antes, sólo puede haber una confusión posible en estos casos y es creer que alguien es patrocinador de un evento cuando no lo es. Ello, desde luego, provocado por la publicidad realizada por quien quiere provocar esa confusión. Y esto se puede dar cuando el anunciante explícitamente se presenta como tal, o bien cuando la publicidad se realiza de tal manera que el público puede creer que lo es. Aquí estamos frente a publicidad engañosa, y como tal debe ser tratada. No puede haber mayor discusión al respecto, y no se necesita elaborar ninguna teoría específica para castigarla.

Cosa muy distinta es crear una categoría de actos llamada ambush marketing, llenarla con distintos supuestos y decretar que todos ellos son engañosos. Cosa muy distinta es ver ilegalidad en toda referencia o evocación a lo que esté relacionado con el evento en cuestión, o hacer creer que tales invocaciones provocan automáticamente un engaño.

Con lo cual, cada caso deberá ser analizado para determinar si hay publicidad engañosa. Tengo para mí que la intención de los mal llamados “emboscadores” no es hacerse pasar por patrocinadores, sino aprovechar el fervor o atención que determinados eventos despiertan en el público. Esto se comprueba fácilmente al recorrer la lista de los distintos

¹⁴ Nacional Hockey 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).

casos incluidos por los autores en la categoría de Ambush Marketing y que veremos a continuación.

Admito que es posible que parte del público pueda creer que por la publicidad realizada, alguien sea equivocadamente tenido como patrocinador, sin que ello haya sido buscado por el anunciante. En esos casos yo sería muy prudente en sancionar con la ilegalidad. Aprovechar la pasión, el fervor como recién dije, es legítimo, y el error del público al atribuir un status inexistente al anunciante no le puede ser atribuido a este. No está probado, por otra parte, que el carácter de patrocinador de la mayoría de los eventos mejore su imagen, y desde luego que haga mejores los productos o servicios que ofrezca. Con esto quiero demostrar que lo que importa es la publicidad y no el decirse o hacerse pasar por patrocinador, y por ello, en la gran mayoría de los casos no hay tal interés en crear la imagen de patrocinador si no se es.

5. LOS DEMÁS CASOS.

- Publicidad que hace Referencia al Evento

La publicidad, tal vez más habitual y discutida a la que me referí más arriba al hablar sobre el uso de marcas, es la que se realiza evocando directamente al evento o bien a algo relacionado con el evento, aunque sin el uso de signos que den lugar a la acción marcaría. Es la publicidad en la que se apela al sentimiento del público, de los simpatizantes y fanáticos, para atraer su atención. Es la que usa frases, como “Vamos todos al mundial”, “Acompañemos a nuestros muchachos”, “Estamos con ellos en Atlanta”, “En básquet somos los mejores”, entre tantas otras que podemos imaginar. Todas estas frases están claramente asociadas con el evento en cuestión. Porque se hace alusión al evento, al lugar en que se lleva a cabo, al deporte o competencia que se desarrolle, a los competidores individualmente o a los equipos, no hay duda alguna sobre la asociación que hace el anunciante.

- Patrocinar un Programa de TV o de Radio Relacionado al Evento

Este programa puede realizarse antes, durante o después del evento. Su contenido obviamente será algo que esté relacionado con el mismo, o con eventos anteriores y lo que sucedió en ellos. Es obvio que hay eventos que concitan una gran atención. Y también todo lo relacionado con ese evento: participantes y sus historias, resultados de ese y de eventos anteriores, especulaciones sobre quienes serán los ganadores, análisis de la actuación de los participantes, información sobre cómo llegar al lugar en que se llevará a cabo el evento, dónde alojarse y comer. Las posibilidades son infinitas y todas tendrán como denominador común el evento.

El caso más célebre fue cuando Kodak patrocinó los programas de la cadena ABC en los EEUU en los que se transmitían los Juegos Olímpicos de 1984, mientras Fuji era el patrocinador del evento. Cabe notar que Fuji no tenía los derechos para realizar publicidad en las transmisiones¹⁵. El caso no tuvo resolución judicial.

¹⁵ Dean Crow y Janet Hoek “Ambush Marketing: A Critical Review and Some Practical Advice”, Marketing Bulletin, 2003, 14 Article 1, pag 14, en <http://marketing-bulletin.massey.ac.nz>

- Patrocinar una Subcategoría

Por esto se entiende patrocinar a quien participa o va a participar en el evento y que llevará, en la medida en que no se le pueda impedir legalmente su uso, marcas que no son las del patrocinador del evento. Esto incluye a equipos o a jugadores individualmente, dependiendo de los deportes. O bien puede patrocinar en rubros más limitados, como el de hacer publicidad en un ámbito reducido en la calle o en programas específicos de televisión, para dar sólo dos ejemplos.

En el caso NHL-Pepsi antes comentado, también se discutió una situación que entra en la llamada subcategoría. Coca Cola, una de estas firmas, había adquirido el derecho a ser el proveedor oficial de bebidas gaseosas. Molson Breweries adquirió a NHL derechos de transmisión y cedió parte de ellos a PepsiCo. Esta última, además del concurso descripto, patrocinó un programa de televisión, en el que un periodista de la CBS entrevistaba a un periodista deportivo en los entretiempos de los partidos de la NHL. La liga alegó passing off y perdió porque la Corte entendió que no había evidencia de ello.

- Realizar publicidad intensamente durante el evento.

Esto simplemente es lo que el título indica, realizar más publicidad durante la realización del evento, sin que esta contenga la más mínima evocación a nada relacionado con el evento. Dado que las audiencias de la televisión aumentan considerablemente cuando se transmiten ciertos eventos como la Copa del Mundo de Fútbol, aunque hay muchos otros, tanto internacionales como nacionales, parece lógico que los anunciantes quieran tener una mayor exposición.

- Realizar publicidad periférica

Es la publicidad que se realiza para aprovechar el público que presencia el evento, o el que lo va a presenciar, o bien para aprovechar las transmisiones televisivas que se realizan del evento. Es el caso de quienes realizan publicidad alrededor del sitio en que se desarrolla el evento, o a lo largo del recorrido si es una carrera, o desde las alturas, pasando con un avión que arrastra un cartel.

Esta publicidad debe ser importante a juzgar por lo que se ha tratado de hacer para impedirla. En China, durante los Juegos Olímpicos de 2008, el gobierno “tomó control de todos los sitios prominentes de la ciudad durante el transcurso de los juegos, para garantizar que hubiera publicidad sólo de los productos oficiales, algo que otros países, con leyes que protegen la propiedad privada, están imposibilitados de hacer.”¹⁶

Para cuando se jugó el partido entre Bélgica y Holanda por la Eurocopa del año 2000, la UEFA alquiló todos los espacios de publicidad dentro de un radio de 3 kms. del estadio.¹⁷

¹⁶ “Ambush Marketing: la emboscada continúa” en [http:// Marketisimo.blogspot.com/2010/07/ambush-marketing-la-emboscada-continua.html](http://Marketisimo.blogspot.com/2010/07/ambush-marketing-la-emboscada-continua.html), pag 8.

¹⁷ Op cit “Ambush Marketing: la emboscada continúa”, pag. 8.

Otra forma de realizar publicidad en esta categoría es la de abrir un negocio de venta de productos propios en la cercanía al lugar del evento, para aprovechar el flujo de público asistente.

- Realizar Publicidad en el lugar donde se realiza el evento

Obviamente la publicidad dentro del lugar, por ejemplo un estadio, está reservada a quienes han pagado por ello. Esto impide que otros coloquen carteles o vendan sus productos dentro de ese lugar. Sin embargo, hay anunciantes que desean burlar estas restricciones. Por ejemplo si miles de espectadores entraran al lugar con gorras o con atuendos que llevaran una marca, podrían causar un impacto publicitario importante. Claro que en estos casos, el organizador -que se reserva el derecho de admitir el ingreso de los espectadores- podría impedir la maniobra, si puede superar los problemas prácticos que ello tendría.

En el Mundial de Fútbol jugado en Sudáfrica en 2010, Bavaria, una empresa cervecera holandesa, envió 36 mujeres con vestidos de color naranja, a ver el partido Holanda-Dinamarca. Digo envió, porque todas habían sido contratadas para ello en Sudáfrica, y sólo había dos holandesas. Vestidos iguales habían sido regalados en Holanda por esa empresa como parte de una campaña publicitaria. Esa cantidad de lindas mujeres en un solo color era claramente visible. En virtud de la legislación de ese país, a la que me referiré luego, las mujeres fueron expulsadas del estadio y arrestadas por la policía, aunque los cargos fueron luego retirados por la FIFA, al llegar a un acuerdo con dicha empresa.¹⁸

- Realizar concursos relacionados con el evento.

Esta publicidad consiste en realizar concursos basados en información o pronósticos del evento en cuestión. Me he referido más arriba al caso NHL-Pepsi, en el que se realizó un concurso de esta naturaleza, y que no fue considerado ilegal por la Corte canadiense que lo decidió.

- Entregar premios relacionados con el evento

El concurso puede no tener nada que ver con el evento, pero sí su premio. Puede éste consistir en la entrega de entradas al mismo, o en el pago del traslado al lugar o de la estadía en él (para dar solo unos ejemplos). Obviamente, es posible que haya una referencia concreta al lugar o evento al que se accederá con la entrada respectiva, o al lugar en que se ha de viajar.

6. ¿ES ILEGAL LA PRÁCTICA?

Hemos visto cantidad de diferentes situaciones que son reconocidas como ambush marketing. No todos los que así las consideran, las califican de ilegales. Por el contrario, para la mayoría son legítimas prácticas competitivas. Y esto no sólo sucede con la doctrina, también sucede con los tribunales. No hay casos en los que, ausente el uso de marcas de terceros, o el hacerse pasar como patrocinador oficial, se haya condenado como ilegal alguna de las prácticas descriptas.

¹⁸ Op cit “Ambush Marketing: la emboscada continúa”, pags 5 a 7

Conviene recordar que para que esta cuestión de la “asociación” sea considerada ilegal, al menos dos países dictaron legislación específica. Ello implica reconocer que sin esta legislación, la publicidad en cuestión era antes perfectamente legal. Los países que conozco que han dictado tal legislación son Australia y Sudáfrica.

Australia fue la sede de los Juegos Olímpicos del año 2000, designada como tal en 1993. En 1996 dictó la llamada Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act 1996, a pedido del Comité Olímpico Internacional.¹⁹ Dictada específicamente para ese evento, y que quedó sin efecto el 31 de diciembre de 2000.

La lectura de esta norma muestra las dificultades existentes -sino la imposibilidad- de considerar la ilegalidad de lo que se conoce como ambush marketing, con la normativa existente. Y esto es aplicable, creo yo, al resto de los países.

El Art 8 define lo que entiende son indicativos (indicia) de los juegos, además de los símbolos olímpicos, y cuyo uso prohibía: “Games City”, “Millennium Games”, “Sydney Games”, o cualquier combinación de las palabras “Games” y el número “2000” o las palabras “Two Thousand”. Y también: “Olympiad”, “Olympic”, “Share the Spirit”, “Summer Games”, “Team Millennium” y cualquier combinación de “24th”, “Twenty-Fourth” o “XXIVth” y las palabras “Olympics” o “Games”, y cualquier combinación de palabras de la Lista A, “Olympian” y “Olympics” con palabras o frases de la Lista B, entre las que estaban, “Bronze, Games, Gold, Green and Gold, Medals, Millennium, Silver, Spirit, Sponsor, Summer, Sydney, Two Thousand y 2000.”

El Art. 9 a su vez define lo que entiende son las imágenes de los juegos:

“...cualquier representación visual o auditiva que, para una persona razonable, en las circunstancias de la presentación, sugerirían una conexión con los Juegos Olímpicos Sydney 2000 y los Juegos Paraolímpicos Sydney 2000.”

El Art. 12 (1) prohíbe el uso de los indicativos y de las imágenes a quienes no estén autorizados, y en 12 (5) se extiende la prohibición a los indicativos que sean tan parecidos que puedan ser confundidos “por una persona razonable” como los indicativos de los Juegos.

El uso estaba prohibido para fines comerciales, y entre otros tiene tal finalidad, según el Art. 11 (3) (c), el uso que “sugiera que la primera persona (una persona) es o fue patrocinador de, o es o fue el proveedor de otro apoyo para...”, los juegos.

Como vemos, es una redacción algo confusa, pero que prohíbe el uso de signos específicos, que no se limitan a los símbolos oficiales del Comité Olímpico Internacional. Seguía abierta la cuestión de las publicidades que no usaran esos signos, y desde luego varias de las otras prácticas detalladas. Con lo cual esta legislación, si bien concebida por sus impulsores para impedir dichas prácticas, no sirvió para ello tal como fue sancionada.

¹⁹ Jerome Curthoys y Christopher N Kendall, “Ambush Marketing and the Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act: A retrospective.”, Murdoch University Journal of Law, Vol. 8, No 2 (June 2001) Australia.

El otro país que dictó legislación fue Sudáfrica, y lo fue para “prohibir ciertas prácticas conocidas como “ambush marketing...”, y, seguramente con motivo de la Copa del Mundo que se celebraría en 2010. Llamada Trade Practices Amendment Act, modificaba la Trade Practices Act de 1976 agregando el inc. (d) al art. 9 que considera violatorio de la ley al que:

“con relación a un evento patrocinado, hace, publica o expone cualquier afirmación falsa o engañosa, comunicación o aviso que represente, implique o sugiera una conexión contractual u otra conexión o asociación entre esa persona y el evento, o con la persona que patrocina el evento, o que causa que tal afirmación, comunicación o aviso sea hecho, publicado o expuesto.”

Sin duda se trata de una norma muy amplia que puede abarcar todos los casos detallados como ejemplos de ambush marketing, y aún otros más. Esta norma cuya violación merece hasta pena de prisión, fue aplicada en el caso de las mujeres vestidas de color naranja al que me referí antes. Propiamente, es la única norma que conozco que se refiere concretamente al ambush marketing.

Volvamos a la cuestión de la legalidad de las distintas prácticas. Corresponde, en primer término, describir los hechos reales, y volver sobre algo que traté al comienzo, que es delimitar el objeto de la relación jurídica existente entre el patrocinador y el organizador del evento.

Claramente estamos frente a un contrato entre privados. Contrato que tiene una parte que es la organizadora de un evento, que en la mayoría de los casos es una competencia deportiva, y que otorga a terceros distintos derechos contra el pago de un monto de dinero, que aumentará según aumente el interés del público en presenciar el evento o verlo por televisión. Las cifras alcanzan niveles millonarios en muchos casos. Por el otro lado están quienes desean tener alguno de los derechos ofrecidos y así poder realizar una publicidad que captará la mayor atención del público del evento en cuestión.

Los derechos concedidos pueden variar pero usualmente consistirán en:

- Ser patrocinador oficial del evento o del organizador
- Usar los símbolos y marcas del organizador
- Realizar publicidad en el lugar en que se desarrolla el evento y en los lugares que controla el organizador
- Vender productos en el lugar en que se desarrolla el evento y en los lugares que controla el organizador

Estos derechos son concedidos con exclusividad por rubro, es decir, nunca a quienes son competidores en un mismo rubro.

Los patrocinadores quieren que su inversión en el evento rinda los mayores frutos posibles, lo que implica el mayor grado posible de exclusividad en todo lo que significa la más mínima relación con el mismo. Para ello, presionan a los organizadores para que accionen contra terceros, justificando su pretensión en lo que han pagado. De esta manera entre ambos pretenden ampliar el derecho que tienen e impedir que terceros realicen actos que no forman parte de lo convenido contractualmente, o mejor dicho, pretenden

que el contrato entre ellos, sea ley para terceros, y aún con alcances mayores a los que el contrato delimita.

Además los organizadores presionan a los países organizadores para que tengan una legislación que no solo proteja contra el uso de la propiedad intelectual y marcas, sino que vaya más allá y otorgue una protección contra el ambush marketing. No olvidemos que la organización de ciertos eventos constituye una formidable fuente de ingresos para el país organizador y seguramente habrá alguna sensibilidad para dictar alguna legislación “protectora”.

Es el caso de las leyes que se han dictado con relación a los símbolos del Comité Olímpico Internacional. Y obviamente los casos señalados de Australia y Sudáfrica.

Es bueno detenerse en los argumentos que dan quienes claman por la ilegalidad de las prácticas en cuestión para justificar su pretensión. Primero está el encumbramiento de la calidad de patrocinador, como si fuera una calificación de extraordinaria importancia para el público consumidor, y determinante para el mejoramiento de la imagen y el aumento de las ventas.

Como consumidor estoy convencido que el carácter de patrocinador de estos mega eventos no mejora la imagen del patrocinador por ese solo hecho. Mejorará por la publicidad misma, y seguramente también mejoraría si el concepto con el que se asocia la marca fuera un concepto atractivo. El mega evento siempre tiene grandes audiencias y desde luego su evocación atraerá mucha atención. Pero hay tantas otras publicidades que provocan atención, igual o mayor que la derivada de mostrarse como patrocinador.

Tampoco tal carácter ha de mejorar la calidad del producto ni del servicio publicitados. Nadie razonable ha de creer, que el organizador certifica la calidad de los productos o si quiera que el juicio del patrocinador sobre la calidad de los productos tenga algún valor.

Obviamente, los que no patrocinan saben que hacerse pasar por patrocinador no es lo redituable que alegan los organizadores y los patrocinadores, y es por ello que no se ven publicidades en las que pueda verse tal objetivo. Es que tales campañas son para atraer la atención, no para confundir.

La táctica de los organizadores consiste también en sostener que cualquier asociación con el evento constituye un intento de hacerse pasar por patrocinador, y un engaño. Para evitar entrar en la discusión de si el tercero paso por patrocinador, es mucho mejor encontrar en el mero uso de la “asociación” una confusión automática. A juzgar por los resultados obtenidos en los distintos países y los poquísimos casos llevados a la justicia, esta táctica no ha dado resultados. Y no ha dado resultados porque no hay tal engaño automático.

Finalmente entonces se recurre a argumentar que la mera “asociación” es ilegal, aunque no haya confusión. También se esgrimen argumentos económicos. Sin una “adecuada” protección, los ingresos a los organizadores disminuirían sensiblemente, y hasta peligraría la realización del evento mismo. La respuesta a esto es que con la protección existente, que es la suficiente contra el uso indebido de marcas y contra el engaño, no parecen haberse cancelado eventos. Sin duda ningún mega evento ha sido cancelado.. Con lo cual, lo único que estamos discutiendo es la mayor o menor ganancia de los organizadores. Además,

cabe preguntarse por qué tiene el Estado que garantizar mayores ganancias a un sector determinado, torciendo la interpretación de las leyes o dictando nuevas leyes para cambiar su interpretación tradicional. No encuentro respuesta afirmativa razonable. El hacerlo sería dar ventajas competitivas discriminadamente.

Las prácticas en cuestión, ausente el uso de marcas y el hacerse pasar por patrocinador, es decir la intención de confundir, no son ilegales y no pueden ser impedidas por patrocinadores ni por los organizadores de eventos.

A poco que se analice cada una de las prácticas se arribará a la misma conclusión. La publicidad que de alguna manera “se conecta”, hace referencia o evoca un determinado evento es la más criticada, por ponerlo de alguna manera. Como dije antes, no se trata de hacerse pasar por patrocinador, se trata de atraer la atención de la audiencia. Audiencia que por su fanatismo, fervor o interés en el evento, estará más proclive a prestarle atención a esa publicidad. Ni el patrocinador ni el organizador tienen el monopolio sobre el derecho a tal apelación, como no lo podría nadie tener sobre la apelación a la naturaleza, a los animales salvajes, a los niños o a las mujeres bonitas. Ellos no tienen el monopolio a atraer la atención del público usando el evento.

Tampoco puede pretenderse que nadie pueda patrocinar un programa de radio o de TV, dedicados a comentar el evento y la actuación de sus protagonistas, o su historia, o cualquier otro aspecto relacionado con el mismo. Ello constituiría una seria restricción a la libertad de expresión. Si no es ilegal hacer el programa, mucho menos puede serlo el realizar publicidad patrocinándolo.

Es también legal publicitar una subcategoría que luego de alguna manera se entrelaza con el evento en cuestión. Los interesados en que esta publicidad no se realice bien pudieron contratar esas subcategorías en su momento, para que otros no lo hicieran luego.

Tampoco puede considerarse indebido o ilegal el realizar más publicidad durante el evento, o alrededor o arriba del lugar en que se desarrolla el evento. Los patrocinadores y organizadores no son los dueños del espacio público, y mucho menos del privado ajeno, del que sus dueños tienen el derecho de disponer.

Por último, están los que realizan la publicidad organizando concursos en los que se juega con datos relacionados con el evento, o bien se entregan entradas, viajes o estadias para asistir al evento. Nada de esto puede impedirse.

Terminaré citando a Welsh, creador de la expresión analizada:

“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 poseen”.²⁰

²⁰ Welsh, Op. Cit. pág. 3

