

## **Ambush marketing. Límites y encuadramiento legal**

*Comentario al fallo Asociación del Fútbol Argentino y Otros c/Unilever de Argentina SA s/Medidas Cautelares*

**Matías Giaccardi**

### **I. EL CASO**

El fallo que vamos a comentar en este trabajo se refiere a una medida cautelar planteada por la Asociación del Fútbol Argentino (AFA), Santa Mónica de Argentina SA (Santa Mónica) -que es el agente comercial exclusivo a nivel mundial de la AFA- y Procter & Gamble Argentina S. R. L. (P&G). Esta empresa junto con la AFA y Santa Mónica, los Demandantes, solicitaron ante la justicia que se le ordenara a Unilever de Argentina S. A. (Unilever), el cese inmediato de la difusión, en cualquiera de sus versiones, de su campaña publicitaria «sponsor oficial de todo lo que aprendemos cuando estamos creciendo», y/o cualquier variante de ella, por cualquier tipo de medio de comunicación.

El fallo aborda un tema de especial interés en estos tiempos, ya que analiza el denominado ambush marketing, o marketing de emboscada, una práctica publicitaria vigente -cuyas características se explicarán más adelante- muy frecuente en tiempos de mundiales de fútbol, olimpíadas y grandes eventos deportivos o culturales.

#### *Hechos*

Los hechos del caso son los siguientes:

- En el momento del conflicto, P&G había celebrado un contrato de patrocinio exclusivo con la AFA para diversas categorías de productos, entre las que se encontraba la de

jabones para lavar la ropa con la marca Ariel. En ese contrato, la AFA cedió a P&G y a su marca Ariel derechos de uso exclusivo de sus signos distintivos y la posibilidad de explotar comercialmente los elementos alusivos a la Selección Argentina en contraprestación al reconocimiento y pago de los derechos económicos asociados a tales elementos. En esos términos contractuales, la AFA no podía otorgar a ningún competidor de P&G, en la referida categoría, el derecho de uso de los elementos antes mencionados.

- Unilever comercializa en la Argentina un jabón para lavar la ropa de la marca Ala. Este producto es el principal competidor del producto de la marca Ariel de P&G en la categoría jabones para lavar la ropa.

- En el mes de abril del año 2014, en vísperas del mundial de fútbol Brasil 2014, Unilever lanzó la campaña publicitaria «sponsor oficial de todo lo que aprendemos cuando estamos creciendo», que incluía varios elementos (comercial de TV, material impreso, empaques y visuales) y que tenía las siguientes características:

o En el anuncio aparecía la imagen de Javier Mascherano, futbolista argentino que desde hace once años juega en la Selección Argentina de Fútbol.

o También aparecían la frase «sponsor oficial de todo lo que aprendemos cuando estamos creciendo» y los envases del producto Ala con los colores de la camiseta de la Selección argentina.

o En los empaques del producto, también se veía a un niño jugando al fútbol, con una pelota, vistiendo la camiseta con los colores de la bandera argentina.

o Los colores del fondo del aviso respondían a los colores de la Argentina (celestes y blanco), así como también los pape-

litos de colores que caían como si fuera un festejo futbolístico.

o En la publicidad televisiva se sumaban los siguientes elementos: Javier Mascherano aparecía representado de niño, vistiendo una camiseta con los colores celeste y blanco; de adulto, el futbolista lucía una camiseta azul con su nombre impreso en la espalda, vislumbrándose el número que llevaba en el equipo, el «14»; también se lo mostraba en el túnel de acceso al campo de juego, con una pelota, disponiéndose a ingresar a disputar un partido de fútbol. El anuncio finalizaba con una leyenda y con la voz en off de un locutor que decía: «Ala, sponsor oficial de todo lo que aprendemos cuando estamos creciendo».

o Similar composición presentaban los anuncios en Internet, donde además, la imagen de Javier Mascherano aparecía junto a la frase «Ala, ya estamos listos para transpirar la camiseta...» sobre un fondo celeste y blanco y papelitos de idéntico color cayendo sobre la frase.

- Los Demandantes tomaron conocimiento de la referida campaña publicitaria, iniciaron una denuncia ante el Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONARP) - del que forman parte tanto Unilever como P&G- y solicitaron una medida cautelar ante la justicia a fin de que Unilever suspendiera, de manera inmediata, la difusión de la campaña publicitaria referida.

#### *Solicitud de medida cautelar*

Los Demandantes -con fundamento en el Artículo 232, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; el Artículo 50, del ADPIC; el Artículo 10 y concordantes, del Convenio de París; el Artículo 953, del Código Civil, y la Ley de Marcas- solicitaron el dictado de una medida cautelar a fin de que se le ordenara a Unilever el cese inmediato de la difu-

sión, y que procediera a la remoción de aquellas publicidades ya exhibidas, de cualquiera de las versiones de la campaña publicitaria «sponsor oficial de todo lo que aprendemos cuando estamos creciendo», y/o cualquier variante que incluyera la composición descrita en la resolución, por cualquier tipo de medio de comunicación.

b) Confirmó el fallo de primera instancia que había rechazado la medida cautelar en lo referente a la solicitud de cese de uso con relación a los packaging de los productos Ala, que incluían los colores de la camiseta de la Selección Argentina de Fútbol.

Para decidir de este modo, la Cámara se basó en los siguientes argumentos:

- Que la verosimilitud en el derecho invocado encontraba adecuado sustento en el citado Artículo 50 del ADPIC, en lo dispuesto en el Artículo 10 bis del Convenio de París, en la titularidad de las marcas invocadas y en el contrato de patrocinio del que se derivaba el derecho de uso exclusivo de P&G de asociar la imagen corporativa de su marca Ariel a las selecciones de fútbol representativas de la AFA y sus símbolos oficiales en la comercialización de artículos de limpieza para máquinas lavadoras automáticas hasta diciembre de 2015.

- Que en la proximidad del mundial de fútbol Brasil 2014, la imagen del jugador Javier Mascherano, tal como estaba presentada en la publicidad, junto a la referencia «sponsor oficial», podía razonablemente generar confusión en el público en el sentido de que la marca Ala fuera patrocinadora oficial de la Selección Argentina de Fútbol. De hecho esa es la conclusión a la que arribaron ocho de cada diez personas encuestadas en el marco de la medición ad hoc efectuada por la empresa TrialPanel a pedido de los Demandantes.

- Que una determinada estrategia publicitaria es una manifestación de la libertad de expresión y goza de protección constitucional; no obstante ello, quien desarrolla una campaña publicitaria no queda exento de responder por las conductas que, eventualmente, infrinjan las leyes que reglamentan legítimamente el ejercicio de los derechos, por ejemplo, los contemplados en las Leyes 22362 y 22802, el Convenio de París y el ADPIC.

- Que debía tenerse presente el derecho constitucional de los consumidores a una información adecuada y veraz y a la protección de la libertad de elección; y que, por su parte, las empresas que actúan en el mercado local tenían derecho a concurrir conforme a prácticas leales y lícitas, y también derecho a acciones positivas de las autoridades tendientes a evitar toda forma de distorsión indebida.

- Que era dable concluir que la campaña publicitaria impugnada podía verosímilmente llevar a confusión al público en tanto sembrara la idea de que Unilever fuera el patrocinador oficial de la Selección Argentina de Fútbol, lo cual prima facie no era cierto, sin que fuera prudente descartar el impacto negativo, para quien verdaderamente revestía esa categoría en el mercado de los detergentes en polvo y líquido para máquinas lavadoras automáticas, que tal premisa -errónea- hubiera podido provocar en el consumidor a la hora de formular su elección entre los distintos productos que se le ofrecían.

- Que se excluía lo peticionado en torno al packaging de los productos, toda vez que no se advertía, en la presentación de los artículos exhibidos en las góndolas, la composición de elementos que favorecieran la asociación directa con la Selección nacional (p. ej., la figura del jugador Javier Mascherano o la terminología «sponsor oficial de...»).

## II. AMBUSH MARKETING: ASPECTOS PRINCIPALES

### *Concepto*

El auge que, en las últimas décadas, ha tenido el incremento de popularidad de diversos eventos deportivos y culturales ha dado lugar a un interés cada vez más creciente, por parte de las empresas que comercializan productos y servicios, en participar en ellos como patrocinadores.

Las empresas patrocinadoras y los organizadores han tomado debida nota de esto y de las importantes posibilidades de extraer enormes ganancias apalancadas en estos espectáculos de interés general, que tienen cada vez mayor cobertura geográfica y difusión gracias a la irrupción en Internet y en otras plataformas de transmisión de señales televisivas. El mercado del «esponsoreo» (patrocinio) ha crecido mucho y las empresas pagan cada vez tarifas más altas para convertirse en patrocinadores oficiales de determinados eventos.

Sin duda, el gran creador del concepto de «ambush marketing» fue Jerry Welsh, publicista que colaboró en su momento con American Express. Según este autor:

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[1].

Otra definición, muy utilizada por varios autores es la siguiente:

Ambush Marketing será definido como: Un esfuerzo planeado (campana) 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].

---

[1] WELSH, Jerry en , p. 3.

Existen un sinnúmero de posibles definiciones de ambush marketing. Incluso se corre el riesgo de adoptar definiciones tendenciosas porque, innegablemente, el tenor de la definición también va a estar influenciado por la postura que se tenga frente a este tipo de estrategias. Los detractores serán más duros o estrictos, por ejemplo, utilizando frases como «marketing parasitario», mientras que sus defensores lo considerarán simplemente agresivo, pero legal.

Lo cierto es que poco importa analizar cuál es la definición más correcta. Lo importante es comprender las características principales de este fenómeno para luego poder realizar un análisis jurídico correcto y fundamentado.

Es importante, también, entender que las prácticas de ambush marketing no deben ser vistas como legales o ilegales per se. Simplemente se trata de una estrategia publicitaria cuyo análisis de legalidad dependerá de muchos factores y que se debe estudiar caso por caso.

### *Características y tipos de ambush marketing*

Como dijimos antes, el ambush marketing es una estrategia publicitaria que, a modo de definición tentativa, podríamos decir que implica la realización de una campaña publicitaria o acción comercial por parte de una empresa con el fin de asociarse indirectamente a un evento para ganar atención, reconocimiento y prestigio entre los espectadores, el público en general y los consumidores, sin adquirir la investidura de patrocinador oficial del evento y sin pagar ningún tipo de tarifa de patrocinio.

Por lo general, para que una estrategia comercial tenga las características de ambush marketing, deberían darse las siguientes condiciones:

---

[2] La referencia ha sido tomada del siguiente trabajo: OTAMENDI, Jorge, «Marketing de emboscada. Ambush Marketing», publicado en LA LEY 06/09/2011, 1, p. 2.

- La existencia de un evento popular que sea lo suficientemente interesante para que la empresa en cuestión intente asociarse.
- La creación de una campaña publicitaria o acción comercial específica para asociarse al evento.
- Tener como finalidad captar la atención, el reconocimiento y el prestigio entre los espectadores, el público en general y los consumidores.
- No revestir el carácter de patrocinador del evento y no haber pagado ningún tipo de tarifa de patrocinio acorde con la publicidad que se realiza.
- La existencia de cierta cercanía temporal entre el lanzamiento y difusión de la campaña publicitaria y la realización del evento.

Existen diversas maneras de realizar campañas publicitarias con las características y fines antes mencionados. Como sabemos, las personas especialistas en publicidad y estrategia publicitaria son muy creativas y encuentran un sinnúmero de formas de crear asociaciones a grandes eventos a través de campañas de publicidad o de acciones comerciales. Este tipo de acciones pueden incluir:

- Realizar publicidad en el lugar del evento.
- Realizar concursos o entregar premios relacionados con el evento.
- Hacer publicidad que haga referencia al evento.
- Hacer publicidad durante algún programa especializado relacionado con el evento.



- Realizar mucha publicidad durante un evento, aun sin siquiera mencionarlo.

Desde el punto de vista jurídico, y a los fines didácticos y académicos, propondremos dividir este tipo de estrategias publicitarias en tres grandes grupos:

- Cuando se utilizan signos distintivos que están registrados como marcas y ese uso está prohibido por leyes especiales, como ser la Ley de Marcas (Ley N° 22.362).

- Cuando sin utilizar signos distintivos que estén registrados como marcas, se hace referencia a determinado evento deportivo o cultural de manera expresa o implícita dentro de la campaña de publicidad, intentando hacer creer al público que está en presencia de un patrocinador oficial cuando este no lo es.

- Cuando sin utilizar signos distintivos ni caer en un supuesto engaño al público para que crea que están en presencia de un patrocinador oficial, se hace algún tipo de referencia o evocación al evento del que se trata.

A continuación se comenzará a analizar cuál es la problemática legal de este tipo de prácticas en la Argentina y el derecho comparado a la luz del derecho vigente.

### *La problemática del ambush marketing desde la óptica legal*

Hasta aquí hemos expuestos las circunstancias adjetivas que rodearon el caso Mascherano, hemos explicado lo resuelto por primera y segunda instancia y tratamos de brindar ciertos conceptos sobre lo que se entiende por ambush marketing, sus características y principales implicancias.

En este punto del trabajo, se analizará cual es la problemática del ambush marketing desde la óptica legal. Como en muchas otras cuestiones, la problemática princi-

pal y discutida sobre esta materia es: ¿está prohibido o está permitido el ambush marketing?

La respuesta a ese interrogante dependerá de muchos factores. En primer lugar, de las circunstancias adjetivas del caso. Luego, habrá que analizar qué postura adopta la empresa que incurre en esta estrategia: si utiliza marcas de terceros, si hace una mera mención al evento, si trata de engañar y hacerse pasar por patrocinante oficial, etc.

Una vez que hayamos agotado el análisis anterior, deberemos recurrir a las dos fuentes principales del Derecho, la legislación y la jurisprudencia, para determinar si se infringe alguna ley o norma inferior que reglamente el ejercicio legítimo de algún derecho.

En este último punto, volvemos al esquema propuesto en el anterior. En los casos en donde se utilizan signos distintivos registrados como marca, habrá que revisar lo dispuesto en la legislación específica para determinar si el uso está prohibido o no, y decidir la suerte del caso. En aquellos en los que, sin utilizar signos distintivos que estén registrados como marca, se crea una confusión en el público que llega a considerar que está en presencia de un patrocinador oficial cuando no lo es, deberemos verificar si se trata de publicidad engañosa o de competencia desleal. Los casos del último grupo, es decir, aquellos en los que sin utilizar signos distintivos ni intentar hacer creer al público que está en presencia de un patrocinador oficial, se hace algún tipo de referencia o evocación al evento, implican, en nuestra opinión, actos de legalidad evidente.

En el capítulo siguiente se verá, en detalle, si cada una de las herramientas que hemos detectado, son válidas para intentar analizar casos de ambush marketing a la luz de la normativa vigente en la Argentina.

### III. HERRAMIENTAS LEGALES PARA ANALIZAR CASOS DE AMBUSH MARKETING

En el presente capítulo analizaremos cuáles son las herramientas que ofrece el Derecho para analizar casos de ambush marketing y determinar si una estrategia publicitaria puede ser reputada legal o no.

Desde ya, se advierte al lector que todas las herramientas actualmente disponibles presentan debilidades a la hora de ejercerlas prácticamente.

#### *3.1. Derecho de la propiedad intelectual*

Escasa utilidad de las normas de propiedad intelectual

La aplicación de las normas de propiedad intelectual (p. ej., Ley de Marcas) como herramienta para analizar y cuestionar una estrategia comercial de ambush marketing tiene una muy escasa utilidad. Esto es así porque, en la práctica, las empresas que emplean este tipo de estrategias comerciales rara vez suelen referirse a marcas ajenas.

Las estrategias de ambush marketing pocas veces infringen marcas de terceros. Lo que hacen es publicitar sus propias marcas en torno a un espectáculo de interés general. Las prácticas de ambush marketing evocan o se refieren a un evento en particular donde las empresas, que no gozan de los derechos de patrocinante oficial, utilizan sus marcas propias y, a través del ingenio y la creatividad publicitaria, buscan asociarse al evento en cuestión.

En definitiva, muy pocas veces se puede invocar una infracción marcaria en este tipo de casos que son realizados con mucha inteligencia y cuidado por las empresas con el fin de no caer en violaciones a las leyes de propiedad intelectual.

Nótese que en el caso que estamos comentando, la sentencia de primera instancia analiza la posibilidad de infracción marcaria y rechaza la medida cautelar basándose en este solo argumento:

Así las cosas, de un pormenorizado análisis de la documentación acompañada no se infiere de manera alguna el uso por parte de la demandada de ninguno de los signos que se encuentran registrados como marcas de la AFA.

Lo expuesto es simplemente a modo de ejemplificar lo que venimos explicando. Sin lugar a dudas la sentencia de primera instancia debió profundizar más y no solo quedarse con la cuestión marcaria.

Recordemos, por ejemplo, el caso que se dio en Nueva Zelanda entre BellSouth y Telecom[3]. En él Telecom utilizó una estrategia muy creativa y publicó un aviso donde aparecía solo la palabra «RING» que se repetía cinco veces -tres en una línea superior y dos debajo de esta- cada una con los colores olímpicos. Debajo de estos dibujos, la siguiente frase: «Con Telecom usted puede llevar su propio teléfono a las Olimpíadas». El Comité Olímpico de Nueva Zelanda y BellSouth alegaron uso indebido de marca y que Telecom se hacía pasar por patrocinador. Sus demandas fueron rechazadas, ya que se sostuvo que era muy claro que no se habían usado los cinco círculos olímpicos y también se descartó que el público fuese engañado.

Otro caso, que vale la pena destacar, se dio en Alemania e involucró a la empresa Nestlé. En el año 2012, Nestlé Alemania organizó un concurso en Facebook que incluía, entre los premios, entradas para el famoso festival de rock llamado Rock am Ring. Los organizadores del festival le solicitaron a Nestlé Alemania que cesara en el uso de la marca denominativa Rock am Ring, que ellos tenían registrada, para identificar los premios del concurso. La base de su reclamo fue el derecho marcario alemán y la legislación europea que prohíbe la utilización de cualquier afirmación o símbolo que indique que el producto es objeto de un patrocinio, cuando Nestlé Alemania no era patrocinador oficial del evento. Si bien el organizador consiguió una medida cautelar en contra de Nestlé

---

[3] La referencia y explicación han sido tomadas del siguiente trabajo: OTAMENDI, Jorge, op. cit., p. 3.

Alemania, el caso finalmente fue analizado en cuanto al fondo de la cuestión, y la justicia alemana concluyó que no le asistía razón al organizador y rechazó finalmente el reclamo.

En lo que respecta a la infracción marcaria alegada por el organizador, la justicia alemana consideró que el uso del nombre Rock am Ring estaba justificado como uso descriptivo. Sostuvo que para que Nestlé Alemania llevara a cabo el concurso, era indispensable que, siendo el premio las entradas, utilizara el nombre del festival. La justicia también consideró que al no haber usado Nestlé Alemania el logo oficial de Rock am Ring, sino la denominación escrita de manera simple, no existía ningún intento por tratar de aprovechar la reputación del festival[4].

Lo expuesto hasta aquí deja en evidencia que el uso del derecho marcario para atacar casos de ambush marketing es poco eficaz. Como se puede apreciar, las empresas suelen ser muy creativas para no caer en infracciones marcarias. Por su parte, los jueces son estrictos y, si no existe una clara infracción en donde se reproduzca la marca tal como fue registrada, no suelen hacer lugar a los reclamos.

#### *Casos en donde se viola un derecho de propiedad intelectual*

Sin perjuicio de lo expuesto, pueden existir prácticas de ambush marketing muy rústicas o torpes que pueden llegar a configurar una clara violación a un derecho de propiedad intelectual. Generalmente se trata de signos que tienen elementos denominativos y figurativos y que se usan para distinguir el evento, por ejemplo, «Mundial Brasil 2014» más el logo, registrado como marca por la FIFA en distintas jurisdicciones.

Estos son los típicos casos en que se utilizan logos o signos que el organizador de un evento registró como marcas en las campañas publicitarias. Las marcas no se aplican al

---

[4] Tribunal de Apelaciones de Frankfurt, 27.11.13, caso N° 6 U 177/13, publicado en .

pack de un producto, sino que aparecen con el objeto de exteriorizar que la empresa que realiza el anuncio es patrocinador del evento.

El problema viene dado cuando esa empresa, que no tiene ningún derecho de patrocinio, de manera clara y evidente utiliza signos registrados por el organizador del evento. Aquí podría plantearse un caso de ambush marketing violatorio de las leyes de propiedad intelectual, pero, como dijimos, se aplicaría en pocos y muy burdos casos.

### *Marcas genéricas o no susceptibles de protección*

Incluso en los casos en donde, prima facie, podría sostenerse que existe una violación a un derecho marcario, hay que ser muy cuidadoso.

Esto se debe a que muchas veces las marcas de los eventos deportivos -sobre todo- se componen de elementos que no son susceptibles de protección por el derecho marcario (p. ej., los números: 2010, 2014, etc.). Lo mismo sucede con la mera mención del país organizador.

La simple reproducción de ese tipo de elementos en una publicidad de una empresa, que no revista carácter de patrocinador oficial de determinado evento, no implicaría una violación al derecho marcario. Esto no basta para que se tengan por configurados los límites necesarios que den lugar a la protección marcaria.

Similar problema se presenta con aquellas marcas que son genéricas (como Mundial o Campeonato Mundial). Si bien hoy en día la mayoría de los organizadores opta por registrar marcas compuestas, incluyendo la denominación del evento y algún logo o tipografía específica, siguen existiendo este tipo de marcas genéricas. Tratar de conseguir un monopolio sobre estas denominaciones, es un exceso, más cuando se refiere a campeonatos mundiales.

Por lo expuesto, aun en los casos en donde podría alegarse la violación de un derecho marcario como herramienta para combatir un caso de ambush marketing, hay que ser cuida-

dosos porque la marca que se invoca, aun registrada, podría ser susceptible de un pedido de nulidad por ser genérica o no susceptible de registro.

### *La incidencia del sistema atributivo*

Por último, tampoco podemos dejar de mencionar que la utilización de la normativa marcaria como herramienta para atacar un caso de ambush marketing también tiene la dificultad de que, en muchos países, se protegen las marcas bajo el llamado sistema atributivo. Es decir, que la primera persona que registra la marca tiene derecho sobre ella.

Además, ese registro debe realizarse en cada uno de los territorios en los que el eventual organizador pretende defender sus derechos y el de sus patrocinadores oficiales.

Los dos elementos arriba mencionados (sistema atributivo y territorialidad de las marcas) hacen que el derecho marcario muchas veces no sirva como un instrumento eficaz para atacar acciones de ambush marketing.

### *3.2. Derecho de la competencia desleal*

#### *Competencia desleal y publicidad engañosa*

Podría decirse que un instrumento útil para combatir una campaña de ambush marketing es el facilitado por la normativa sobre competencia desleal y publicidad. Esto se sustentaría en el hecho de que muchas veces las campañas de ambush marketing pueden generar confusión en el público en general.

Como se verá en este capítulo, la situación tampoco es tan sencilla. En los países que tienen normativa específica sobre la materia, hay diversas cuestiones de interpretación que hacen que este instrumento sea difícil de aplicar. En la Argentina, que no tiene normas específicas de competencia desleal y publicidad, la situación también presenta sus dificultades.

*La situación en Europa*

En Europa las normas de competencia desleal y publicidad han sido señaladas como las más indicadas para que un patrocinador oficial u organizador intente frenar una estrategia de ambush marketing en particular. Esto se da, sobre todo, en aquellas estrategias publicitarias que tienen como objetivo generar confusión en el público en general sobre el carácter de patrocinador oficial del anunciante que incurre en la práctica de ambush marketing.

La norma fundamental en la Comunidad Europea (CE) sobre la materia[5], establece expresamente, en su sección sobre prácticas comerciales engañosas, artículo 6.c), lo siguiente:

Se considerará engañosa toda práctica comercial que contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, sobre uno o más de los siguientes elementos, y que en cualquiera de estos dos casos le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado: [...] c) el alcance de los compromisos del comerciante, los motivos de la práctica comercial y la naturaleza del proceso de venta, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el comerciante o el producto son objeto de un patrocinio o una aprobación directos o indirectos...

Como puede apreciarse, la norma antes transcripta establece los siguientes requisitos para que una práctica comercial se considere engañosa:

---

[5] Directiva sobre las prácticas comerciales desleales 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11.05.2005, publicada en .



- Que contenga información falsa o que pueda inducir a error al consumidor medio, aun cuando sea correcta.
- Que le pueda hacer tomar a ese consumidor una decisión sobre una transacción que, de otro modo, no hubiera tomado.
- Que verse sobre una afirmación o inclusión de cualquier símbolo que indique que el producto o el comerciante son objeto de un patrocinio (en el caso del ambush marketing).

La ventaja que tiene esta norma a nivel europeo, en cuanto a su aplicación, es que establece reglas relativas a la responsabilidad objetiva, sin que sea necesario probar la intención de engañar o confundir. Así, en el artículo 11, sección Disposiciones finales, se establece:

En el marco de las disposiciones legales a que se refiere el apartado 1, los Estados miembros conferirán a los tribunales o a los órganos administrativos unas competencias que les faculten para tomar las medidas que se indican a continuación si estiman que dichas medidas son necesarias habida cuenta de todos los intereses en juego y, en particular, del interés general: a) ordenar el cese de prácticas comerciales desleales, o emprender las acciones legales pertinentes para que se ordene el cese de dichas prácticas, o b) prohibir la práctica comercial desleal o emprender las acciones legales pertinentes para que se ordene la prohibición de la práctica, cuando esta no haya sido todavía utilizada, pero sea inminente su utilización, incluso en ausencia de prueba de una pérdida o de un perjuicio real, o de una intención o negligencia por parte del comerciante (el destacado es nuestro).

Es decir, que bajo la norma de la CE, cualquier acción publicitaria de ambush marketing que cumpla con los tres requisitos antes mencionados, será pasible de ser reputada incompatible con el derecho comunitario, sin importar si existió intención real de engañar por parte del comerciante.

Esta norma en particular fue aplicada, por ejemplo, en el caso de Nestlé Alemania referenciado en el capítulo anterior. En ese caso, además de los argumentos relativos al derecho marcario, la justicia alemana sostuvo que no era aplicable esta disposición porque ella presuponía que el público fuera engañado de tal forma que creyera que existía algún vínculo o cooperación entre el organizador del evento y el tercero. En este caso, Nestlé Alemania evitó crear esa falsa impresión porque en su promoción utilizó el nombre Rock am Ring de manera descriptiva, y el público espera que los patrocinadores utilicen logos oficiales de los eventos, lo que no hizo Nestlé Alemania.

### *La situación en algunos países de la región*

En aquellos países de la región que no poseen una regulación específica contra el ambush marketing (la mayoría), se suele recurrir a las normas de competencia desleal como solución para reprimir esta práctica.

La Ley 1294/98 de Marcas, de Paraguay, nos da una definición sobre competencia desleal como «todo acto contrario a la buena práctica y al uso honrado en materia industrial o comercial». En la misma ley se establecen ejemplos meramente enunciativos de prácticas consideradas de competencia desleal: actos de confusión, de denigración, de publicidad comparativa, de publicidad engañosa y de violación de secretos comerciales.

En el caso de Paraguay, Fabrizio Modica Bareiro afirma, en un artículo publicado en el 2013, lo siguiente[6]:

---

[6] MODICA BAREIRO, Fabrizio, «El Ambush Marketing en la Ley General de la Copa (Campeonato mundial de fútbol – Brasil). Un análisis internacional y su aplicación al derecho paraguayo», publicado en Thomson La Ley, cita online PY/DOC/147/2013, p. 6.

... 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 estos, la constituye la que reprime la concurrencia ilícita.

En el caso de Perú, también encontramos una norma general de represión a la competencia desleal. En un artículo sobre la materia, Rodríguez García sostiene[7]:

En ese orden de ideas, nuevas conductas reputadas desleales pueden ser reprimidas a partir de la cláusula general [de competencia desleal] en nuestro país. Una de estas nuevas conductas que podría ser, eventualmente, considerada como práctica desleal es el denominado ambush marketing (marketing de emboscada).

El problema que presenta la aplicación de cláusulas generales sobre competencia desleal es que esas disposiciones son generalmente muy abiertas y no tienen un ámbito acotado y definido que permita encuadrar conductas a la luz de la norma para establecer si son prohibidas o no.

Lo fundamental para que exista una práctica de ambush marketing ilícita, en materia de competencia desleal, es que la estrategia publicitaria esté reñida con la buena fe que debe existir en los negocios. Al no tener un acotado marco normativo (como por ejemplo en la CE) hace que corresponda a los tribunales, con un amplio margen de discrecionalidad, determinar en cada caso si la conducta cuestionada es de mala fe o, por el contrario, es una muestra de la innovación, creatividad e inteligencia del anunciante.

La amplitud de este tipo de normas es tal que, por ejemplo, en el caso de Paraguay, la amplitud de la figura de la competencia desleal hace que pueda invocarse contra toda

---

[7] RODRÍGUEZ GARCÍA, Gustavo M., «Competencia desleal en la modalidad de ambush marketing», publicado en Informe Práctico Mercantil, actualidad Jurídica N° 189, agosto 2009, p. 317, también disponible

estrategia de marketing parasitario y que hasta aquellas situaciones que tienen sus normas y castigos específicos - como la violación de marca- puedan encuadrarse en una situación de competencia desleal.

En definitiva, si bien en estos países existe una norma de competencia desleal -lo cual representa un avance con respecto a la situación en la Argentina- las normas son muy amplias y ambiguas y de muy difícil aplicación a un caso concreto, y es, en definitiva, la justicia, con un amplio margen de discrecionalidad, la que debe decidir sobre la cuestión.

Es cierto que algunos casos groseros de ambush marketing podrían calificar como desleales bajo la normativa de estos países. De todas maneras hay que ser prudente, porque muchas veces las estrategias publicitarias solo son una respuesta creativa de un anunciante a fin de sacar provecho a una oportunidad (el evento) para promocionar sus productos o servicios.

### *Estado de situación en la Argentina*

En la Argentina también podría argumentarse que estos casos de ambush marketing encuadrarían en casos de competencia desleal o publicidad engañosa y que, de esa manera, podrían ser condenados.

La dificultad jurídica radica en que, en nuestro ordenamiento, no existe una ley o regulación concreta sobre competencia desleal o publicidad engañosa. La única norma relativa a la competencia desleal en el ordenamiento jurídico argentino es la establecida en el Artículo 10 bis del Convenio de París. Esa norma, de carácter muy genérico y abierto, establece:

Artículo 10 bis [Competencia desleal] 1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal. 2) Constituye acto de competencia desleal

todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. 3) En particular deberán prohibirse: 1. cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 2. las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 3. las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

Con relación a esta norma, podrían plantearse dos dificultades fundamentales a la hora de su aplicación en un caso concreto.

En primer lugar, dudas en relación con la posible aplicación directa de esta norma en la Argentina, invocada por una persona física o jurídica argentina, pues la génesis del Convenio de París es la de un convenio de trato nacional. Es decir, un convenio pensado para que los nacionales de cada uno de los países de la Unión gocen, en todos los demás países miembros, de las ventajas que las leyes concedan a sus nacionales. Bajo este prisma podría decirse que este convenio solo se aplicaría en un caso que tenga algún elemento internacional, por ejemplo, un extranjero de algún país de la Unión que reclame protección y trato nacional en la Argentina.

Ahora bien, en nuestra opinión, las disposiciones del Convenio de París en materia de competencia desleal son plenamente aplicables para un caso que involucre a un nacional de la Argentina intentando hacer valer sus derechos dentro del país. Esta conclusión se encuentra sustentada en la propia redacción del Artículo 10 bis y en lo dispuesto en el Artículo 25 del Convenio de París.

En efecto, el Artículo 10 bis expresa que «los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los

países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal», sin discriminar sobre la nacionalidad de quien solicita la protección. Establece simplemente que todos los países deben asegurar a los nacionales de todos los países una protección contra la competencia desleal.

Asimismo, el Artículo 25 del convenio establece que, en el momento en que un país deposita un instrumento de ratificación o adhesión (extremo ya cumplido por la Argentina), se halla en condiciones de aplicar las disposiciones del convenio. El artículo tampoco excluye de la aplicación a los nacionales del propio país en donde se persigue la protección.

El segundo problema que plantea la aplicación de este artículo en un caso de competencia desleal es que la referida norma no tiene mayor aplicación por parte de los jueces en nuestro país, si bien es citada como fundamento en algunos casos. La norma es muy genérica y abierta -como en el caso de la normativa paraguaya o peruana- y, claro está, no se refiere en forma específica al ambush marketing.

El Artículo 10 bis del Convenio de París contiene una disposición general, que obliga a los países miembros a otorgarles a los particulares una protección eficaz contra la competencia desleal. En ese sentido, cabe preguntarse si estamos en presencia de una norma programática no directamente aplicable por requerir de una ley posterior para hacer factible su aplicación.

En este punto, opinamos que la norma es plenamente aplicable sin necesidad de una norma posterior. Si bien sería aconsejable que existiera una norma más específica posterior dictada en la Argentina, el artículo define concretamente el ámbito de protección que debe otorgarse bajo el concepto de competencia desleal, indicando, asimismo, algunos ejemplos concretos que, consideramos, tienen carácter meramente enunciativo.

Ninguno de esos actos concretos indicados por la norma podría ser utilizado en un caso de ambush marketing. Los

dos primeros se refieren a crear confusión o desacreditar a un competidor. El último, habla de inducir a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

Sin perjuicio de ello, la definición genérica de la norma podría aplicarse en un caso de ambush marketing.

Es claro, en nuestra opinión, que el Artículo 10 bis del Convenio de París puede aplicarse directamente en un caso de ambush marketing en protección de los intereses de un nacional de nuestro país. Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de señalar que caemos en el problema que contienen otras normas genéricas de competencia desleal, es decir, tratar de aplicar una norma amplia a un problema concreto, sin pautas ni requisitos interpretativos que nos sean de utilidad para solucionar ese problema.

En apoyo al derecho que surge del Artículo 10 bis del Convenio de París, también puede invocarse en la Argentina la disposición genérica que contiene el Artículo 953 del Código Civil, que establece que son nulos los actos jurídicos cuyo objeto sea contrario a las buenas costumbres. Un acto de competencia desleal que pueda inducir a error al público es sin duda un acto contrario a las buenas costumbres comerciales. Por lo tanto este artículo puede servir de apoyo y guía para analizar y, eventualmente, condenar un caso de ambush marketing.

Llegados a este punto, cabe preguntarse ¿cuál es la confusión o inducción al error que debe exigirse en estos casos? Al respecto, coincidimos con la opinión de Otamendi, que sostiene[8].

Como dije antes, solo puede haber una confusión posible en estos casos y es creer que alguien es patrocinador de un evento cuando no lo es... 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...

En definitiva el error al que se pueda inducir o el engaño

---

[8] OTAMENDI, Jorge, op. cit., p. 4.

que se pueda provocar al consumidor tienen que ver con hacerle creer que alguien es patrocinador de un evento cuando no lo es. La publicidad o promoción que de alguna manera evoca un determinado evento no debería caer bajo esta categoría, ya que lo que busca es solo atraer la atención de la audiencia y no sembrar la idea de que se es patrocinador oficial.

*En opinión de Palazzi y Rizzo Jurado[9]:*

Nadie puede reclamar el monopolio sobre la realización de una evocación o mera referencia a un evento deportivo (sin utilizar marcas de terceros o intentando crear confusión en los consumidores con relación al patrocinio del evento).

Ni el patrocinador ni el organizador tienen el monopolio sobre un espacio temático determinado que le permita hacer referencia a cualquier actividad que se vaya a realizar de manera exclusiva.

Ya hemos definido qué tipo de confusión debería generarse. Ahora resta determinar qué tipo de consumidor deberíamos tomar, si se debe exigir algún otro recaudo y, por último, si debe existir intención de engañar o no.

Con respecto al tipo de consumidor que deberíamos tener en cuenta, coincidimos con la normativa europea que dispone que debe considerarse a un consumidor medio, entendiendo como tal a aquel consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

Con respecto a exigencias adicionales, más allá de la inducción a error del consumidor medio, consideramos que lo único que debería exigirse es que la publicidad incluya alguna afirmación o símbolo que indique que el producto o servicio en cuestión es objeto de un patrocinio.

No vemos necesario, como sí surge de la normativa de la CE, incluir el requisito de hacerle tomar al consumidor una de-

---

[9] PALAZZI, Pablo A. y RIZZO JURADO, Marco, «Current Intelligence», publicado en *Oxford Journals o Intellectual Property Law & Practice*, 19 de septiembre de 2014, p. 2.



cisión sobre una transacción que, de otro modo, no hubiera tomado. Es decir que, como consecuencia de la confusión generada, el consumidor termine, por ejemplo, adquiriendo el producto del que se arroga el carácter de patrocinador oficial cuando no lo es, en desmedro del producto del competidor que sí lo es.

Finalmente, consideramos que no es necesario que exista intención de engañar o de inducir al error por parte de la empresa que incurre en la práctica. El engaño al consumidor existe de todas formas y no hay razón o norma que justifique agravar los requisitos y exigir intención de engañar. No lo dispone ninguna norma interna y, por otro lado, de la redacción del Artículo 10 bis del Convenio de París y la legislación comparada, no surge ese requisito.

Lo expuesto hasta aquí nos sirve de marco y guía para entender cómo se podría analizar un caso de ambush marketing en la Argentina a la luz del instituto de la competencia desleal.

A pesar de que este tipo de estrategias comerciales y promocionales se han vuelto una herramienta cada vez más utilizada por los anunciantes, no se han registrado muchos casos judiciales en nuestro país, y los pocos que hay se tratan de medidas cautelares autosatisfactivas, teniendo en cuenta lo efímero de los eventos en cuestión. Esto tampoco ayuda en el análisis porque los fundamentos de los fallos son muy breves, en tanto no es un proceso de conocimiento y los jueces no analizan el fondo de la cuestión.

Uno de esos casos es el que estamos comentando en este trabajo, que ya será objeto de análisis pormenorizado posteriormente, y quizá el otro caso importante sea la medida cautelar obtenida por la FIFA contra PepsiCo de Argentina S. R. L.[10].

En ese caso PepsiCo, con motivo del mundial de Corea

---

[10] La referencia ha sido tomada del siguiente trabajo: OTAMENDI, Jorge, op. cit., p. 3-4 y CLARIA, Santiago, «El ambush marketing en los eventos deportivos», artículo publicado en el edial.com el 08.06.2010; entre otros autores que citan este caso

y Japón de 2002, lanzó una campaña publicitaria en la cual se jugaba un partido de fútbol entre un equipo de luchadores de sumo y otro equipo formado por algunos jugadores integrantes de distintos equipos reconocidos a nivel internacional. Al final del aviso se leía «Tokyo 2002» entre dos logos de Pepsi. La empresa también utilizó otras frases en algunos envases de snacks («Lay's Mundial 2002» y «Cheeto's Mundial 2002»).

La FIFA tenía registrada la marca mixta compuesta por un logotipo y por «2002 Korea Japan» en las clases de marcas internacionales 29, 30 y 32. No tenía ningún registro con la palabra Mundial en las clases 29 y 30.

La FIFA alegó confusión con sus marcas y que PepsiCo se aprovechaba de manera ilegal de sus activos intangibles haciéndose pasar por patrocinador oficial del mundial y haciendo creer al consumidor que Pepsi era la bebida gaseosa de dicho torneo.

El juez que otorgó la medida cautelar no dio mayores fundamentos para su otorgamiento. A pesar de no tener registrada la marca «Tokyo 2002» la FIFA obtuvo una medida cautelar por medio de la cual se ordenó el cese inmediato de la difusión de la publicidad y de las frases antes mencionadas. Lo único que hizo el juez fue mencionar la posibilidad de una confusión del público consumidor, entendió que esta publicidad podría llevarlo a confusión sobre una supuesta relación de patrocinante entre la empresa anunciante y la FIFA.

En el caso estaba muy claro que no había infracción a las marcas registradas por la FIFA. Sin embargo, el juez entendió que había que proteger al organizador del evento contra el ambush marketing. Es interesante resaltar que el juez, para otorgar la medida cautelar, recurrió al concepto de protección del público consumidor. No se refirió a la existencia de infracción a los derechos de la FIFA y tampoco dijo si se trataba de un caso de competencia desleal.

### 3.3. *Derecho contractual*

Otra opción para intentar combatir el ambush marketing desde la perspectiva de patrocinadores y organizadores es a través de los contratos de patrocinio.

En los últimos años, los contratos de patrocinio han sido mejorados con una doble finalidad: (i) establecer cláusulas de exclusividad específicas que reduzcan la posibilidad de que los competidores exploten otros espacios publicitarios disponibles en cuanto al evento en cuestión; y (ii) incluir cláusulas muy estrictas a fin de que los organizadores del evento arbitren sus mejores esfuerzos para prevenir, impedir y perseguir prácticas de ambush marketing.

Si bien este tipo de cláusulas mejoran los contratos y podrían disminuir la posibilidad de que existieran prácticas de ambush marketing, lo cierto es que ello tiene su precio, ya que seguramente este tipo de cláusulas harán que los contratos sean más onerosos para los patrocinadores.

Es importante dejar en claro que estos contratos, por más que estén muy bien redactados y protejan los derechos de los patrocinadores, no detienen las prácticas de ambush marketing. El fin último de estas cláusulas es garantizar los derechos exclusivos de los patrocinadores, y que esos derechos estén constantemente monitoreados por parte del organizador. A través de estos instrumentos, solo se puede prever la vigilancia, prevención y eventual ejercicio de acciones judiciales en casos de ambush marketing.

Los contratos de patrocinio son privados entre el patrocinador y el organizador y, por lo tanto, su efecto contra terceros es relativo y solo generan obligaciones para quienes lo celebran. Este principio del efecto relativo de los contratos, que establece que las disposiciones contractuales no pueden obligar a terceros, está consagrado en el Artículo 1195 del Código Civil que establece:

Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que

las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes a la persona, o resultare lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden perjudicar a terceros.

En concreto, el contrato de patrocinio entre P&G y la AFA no es oponible y tiene efectos relativos vis-à-vis Unilever, ya que no le genera derechos ni obligaciones exigibles.

Ahora bien, tal como dice Lorenzetti:

... los efectos inoponibles son aquellos que el contrato tiene en tanto acto jurídico bilateral. Esta inoponibilidad es un supuesto de ineficacia y no de inexistencia. Por tal razón subsiste como hecho jurídico, y en tal sentido tiene efectos hacia terceros que no pueden ignorarlo y pueden invocarlo como tal[11].

En nuestro caso, Unilever no puede desconocer la existencia del contrato entre P&G y la AFA. Desde este punto de vista, el contrato, si bien no genera obligaciones para Unilever, sí es oponible a esa empresa en el sentido de que no lo puede desconocer y, al conocer el contrato de patrocinio entre la AFA y P&G, no puede causar un daño sin su correspondiente sanción.

Al desconocer el contrato con sus acciones (por ejemplo, invadiendo la esfera de patrocinio otorgado por la AFA exclusivamente a P&G), Unilever estaría provocando un daño a P&G con su correspondiente deber de reparación de acuerdo a los establecido en el Artículo 1109 del Código Civil.

El tercero que produzca un daño sobre un contratante debe repararlo. En ese sentido, dice Lorenzetti[12]:

---

[11] LORENZETTI, Ricardo Luis, «Tratado de los contratos: parte general», 1° edición, publicado por Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 573.

[12] LORENZETTI, Ricardo Luis, op. cit., p. 499.]

El tercero debe respetar el contrato como un hecho jurídico y como una posición jurídica. Si el tercero causa un perjuicio a un contratante, hay una responsabilidad extracontractual, por lesión al crédito, a las expectativas contractuales y otros supuestos que estudiaremos más adelante.

Como colofón, podemos decir que si bien la utilización de este tipo de contratos y cláusulas como forma de detener campañas de ambush marketing tiene poca eficacia jurídica, toda vez que el presunto infractor no es parte de ese contrato, tampoco debe perderse de vista que ese presunto infractor no puede desconocer la existencia del contrato y deberá reparar cualquier daño que genere a las partes.

#### **IV. FUNDAMENTOS DE LA CÁMARA PARA OTORGAR LA MEDIDA CAUTELAR**

##### *Sobre la verosimilitud en el derecho*

La Cámara sostiene que la verosimilitud en el derecho invocado por los Demandantes encuentra adecuado sustento en el Artículo 50 del ADPIC, en lo dispuesto en el Artículo 10 bis del Convenio de París, en la titularidad de las marcas invocadas y en el contrato de patrocinio del que se deriva el derecho de uso exclusivo de P&G de asociar la imagen corporativa de su marca, Ariel, a las selecciones de fútbol representativas de la AFA y sus símbolos oficiales.

Con respecto a esta argumentación, consideramos que resulta adecuado lo expuesto por la Cámara en cuanto a la aplicación del Artículo 50 del ADPIC y del Artículo 10 bis del Convenio de París y la existencia del contrato de patrocinio. Sin perjuicio de ello, y aun siendo limitado el marco de conocimiento en un proceso cautelar, entendemos que la Cámara debió haber profundizado sobre la aplicación del Artículo 10 bis del Convenio de París y del Artículo 953 del Código Civil. Más aún, cuando, como veremos luego, al otorgar la medida cautelar no hace mención de dichas normas.

Con relación a la invocación de los derechos marcarios como fundamento de la verosimilitud en el derecho, no coincidimos en absoluto con el criterio de la Cámara. Nótese que la publicidad de Unilever no utilizó ninguna marca de los Demandantes. Ello también es implícitamente reconocido por la Cámara que, luego de la afirmación dogmática para acreditar la verosimilitud en el derecho, no hace ninguna mención de que Unilever hubiera utilizado marcas de los Demandantes en su campaña de publicidad.

### *Confusión en el público*

El tribunal sostiene que existen una serie de argumentos y circunstancias adjetivas que pueden dar lugar a una confusión en el público consumidor; que la proximidad del mundial de fútbol Brasil 2014, la imagen del jugador Javier Mascherano y la utilización de una frase que incluye las palabras «sponsor oficial» pueden razonablemente generar confusión en el público en el sentido de que Unilever sea patrocinador oficial de la Selección Argentina de Fútbol, lo cual no es cierto.

También sostiene que no se puede descartar el impacto negativo para P&G, ya que tal arrogación -errónea- podría condicionar al consumidor a la hora de formular su elección entre los distintos productos que se le ofrecen.

Estos argumentos, en nuestra opinión, tienen aspectos correctos, desde el punto de vista jurídico, y otros en los que la Cámara invoca fundamentos que parecerían dogmáticos o sin sustento fáctico razonable.

En primer lugar, coincidimos con la manera integral con la que la Cámara analiza la publicidad. Es decir, las circunstancias adjetivas que rodean el caso son todas debidamente tenidas en cuenta: la aparición de Mascherano, la proximidad del mundial, la utilización de las palabras «sponsor oficial», etc. Incluso la Cámara podría haber utilizado o mencionado otros aspectos, como ser los papelititos de colores o el fondo del aviso. En estos casos es muy im-

portante tener en cuenta el contexto general y todas las circunstancias que rodean la publicidad.

Luego de analizar todos estos argumentos, consideramos que es razonable la conclusión a la que llega la Cámara en cuanto a que el público en general pueda ser inducido a error por la publicidad y que piense que Unilever es el patrocinador oficial de la AFA.

Ahora bien, dicho esto, también debemos decir que no coincidimos en absoluto con el argumento que desarrolla la Cámara en tanto sostiene que la publicidad puede tener un impacto negativo en las ventas de P&G. Es decir, la Cámara parece fundar su decisión en el hecho de que la confusión que la publicidad podría generar daría lugar a que un consumidor adquiriera el producto Ala de Unilever en lugar del producto Ariel de P&G.

A menos que exista prueba contundente al respecto, no hay nada que indique que tener el carácter de patrocinador de un evento mejore la imagen del producto que una empresa ofrece. No consideramos que sea razonable concluir que, desde el punto de vista del consumidor, el mero hecho de ser patrocinador de un evento mejore la calidad o imagen de determinado producto en desmedro de otro, o que el consumidor vaya al supermercado a comprar «el jabón que está apoyando a la Selección Nacional de Fútbol». Con relación a este punto, Otamendi expresa lo siguiente[13]:

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 de que el carácter de patrocinador de estos mega eventos no mejora la imagen

---

[13] OTAMENDI, Jorge, op. cit., p. 8.

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 siquiera que el juicio del patrocinador sobre la calidad de los productos tenga algún valor.

En definitiva, si bien coincidimos en que la publicidad puede generar confusión en el consumidor en cuanto al carácter de Unilever como patrocinador oficial de la AFA, no creo que ese hecho haga que el consumidor opte por comprar el producto de Unilever en desmedro del producto de P&G.

### *La utilización de la encuesta*

Nos resulta preocupante la ligereza con la cual la Cámara adopta los resultados de la encuesta como prueba casi concluyente de la confusión y, en definitiva, como uno de los argumentos centrales para otorgar la medida cautelar.

En el acotado marco de conocimiento de una medida cautelar, consideramos que es muy difícil probar el valor real que una encuesta de este tipo pueda tener a fin de decidir la suerte de un conflicto jurídico.

Nótese que la Cámara no hizo ninguna manifestación ni tuvo por probado que la encuesta haya sido independiente, objetiva, realizada sobre una muestra relevante y suficiente de consumidores, y que estos fueran consumidores normalmente informados y razonablemente atentos y perspicaces.

Asimismo, tampoco hay forma de comprobar qué es lo que entiende el consumidor ni si conoce los alcances de un contrato de patrocinio entre los Demandantes.



De esta forma, sorprende la ligereza con la cual la Cámara tomó, sin cuestionar su rigor científico ni probatorio, la encuesta presentada por los Demandantes.

### *Los límites a la libertad de expresión*

La Cámara sostiene que una determinada estrategia publicitaria es una manifestación de la libertad de expresión y goza de protección constitucional, pero, no obstante ello, quien desarrolla una campaña publicitaria no queda exento de responder por las conductas que, eventualmente, infrinjan otras leyes que reglamentan legítimamente el ejercicio de los derechos, por ejemplo, los contemplados en las Leyes 22362 y 22802, en el Convenio de París y en el ADPIC.

Esta afirmación de la Cámara no parece del todo acertada o estrictamente correcta desde el punto de vista técnico-jurídico.

En efecto, es cierto que la libertad de expresión no es absoluta y encuentra sus límites en otras leyes que reglamentan el ejercicio de otros derechos. Sin embargo, algunas de las normas citadas por la Cámara, en nuestra opinión, no se encuentran vulneradas en este caso.

No hay ningún elemento en esta casusa que demuestre una infracción a la Ley de Marcas o a la Ley de Lealtad Comercial. Ninguna de las marcas de los Demandantes ha sido utilizada ni ha sido sujeta a ninguna vulneración en este caso. Precisamente, la campaña de Unilever cuidó este punto y no utilizó de manera ilegítima ninguna marca de terceros.

Por su parte, opinamos que tampoco se ha vulnerado ninguna norma relativa a la Ley de Lealtad Comercial que, básicamente, contiene disposiciones referidas al rotulado de productos con miras a proteger a los consumidores y evitar engaños en cuanto a las presentaciones, packaging y origen, entre otras cosas.

En definitiva, hubiera bastado con que la Cámara se remitiera a manifestar que, si bien la publicidad goza de protección

constitucional en cuanto a que es un ejercicio de la libertad de expresión, en ese caso se habían vulnerado normas relativas a la competencia desleal (Artículo 10 bis del Convenio de París) y al respeto a las buenas costumbres comerciales (Artículo 953 del Código Civil).

### *El derecho del consumidor*

La Cámara también cita el derecho constitucional de los consumidores a una información adecuada y veraz y a la protección de la libertad de elección para fundamentar la sentencia. En este apartado se criticará este punto, ya que, en nuestra opinión, no sería adecuado fundar una sentencia relativa a un caso de ambush marketing en normativa referida a la defensa de los consumidores.

En los dos casos más importantes de ambush marketing en la Argentina -el caso PepsiCo y el comentado en este artículo- los tribunales, de manera desacertada (según nuestra opinión), terminan fundando sus sentencias al establecer que, en definitiva, se crea una confusión en el público consumidor.

Opinamos que esto es un error porque los casos de ambush marketing no deberían ser analizados desde el punto de vista de la defensa del consumidor, sino desde el punto de vista de la competencia desleal. En efecto, lo que busca la empresa que realiza el ambush marketing es la atención del público, pero no por ello incurre en un engaño al consumidor en cuanto a las prestaciones o características del producto promocionado.

El consumidor no elige un producto porque la empresa que lo comercializa sea patrocinador de un evento, ese hecho no le otorga al producto prestaciones adicionales ni calidad diferencial para incidir en la decisión de compra del consumidor.

Lo que hace una empresa que incurre en una práctica de ambush marketing es -eventualmente- competir deslealmente en el mercado al invadir una zona de explotación de un evento que ha sido reservada y pagada por un competidor de buena

fe. De esta forma, el competidor, a sabiendas, invade el derecho exclusivo del patrocinador y, dependiendo del caso, con la consecuencia de que público en general se engañe sobre la existencia de un patrocinio que no es tal.

Por ello, discrepamos en la manera en que la Cámara funda su sentencia, ya que, insistimos, bien podría haber encuadrado este caso como uno de competencia desleal, fundado en normas plenamente aplicables en el Derecho argentino, como ser el Convenio de París y el Artículo 953 del Código Civil.

### *El rechazo de la medida cautelar en cuanto al packaging*

Coincidimos con lo expuesto sucintamente por la Cámara con relación al rechazo de la medida cautelar en torno al packaging de los productos, ya que no se advirtió en la presentación de los artículos exhibidos en las góndolas la composición de elementos que favorecieran una asociación directa con la Selección nacional.

## **V. CONCLUSIONES**

El ambush marketing es un tipo de estrategia publicitaria que no puede ser etiquetada de ilegal per se, sino que se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso para determinar si es ilegal. El análisis de este tipo de casos se debe llevar a cabo con mucho cuidado y poniendo especial atención en las circunstancias adjetivas que lo rodean.

El Derecho argentino no contiene una norma específica para analizar casos de ambush marketing y tampoco existe una norma concreta sobre competencia desleal que pueda servirnos de guía.

Asimismo, al decir de Palazzi y Rizzo Jurado, también hay que tener en cuenta que «existe una línea muy delgada

entre evocar o hacer referencia a un evento deportivo y tratar de crear confusión u obtener una ventaja desleal de una falsa relación de patrocinio»[14], extremo que también dificulta el análisis.

Sin embargo, en nuestra opinión, son plenamente aplicables tanto las disposiciones del Artículo 10 bis del Convenio de París como el Artículo 953 del Código Civil para analizar y, eventualmente, atacar este tipo de conductas.

Por otro lado, cualquier empresa que incurra en este tipo de prácticas tampoco puede alegar desconocimiento de contratos de patrocinio de sus competidores. Cualquier competidor que actúe desconociendo un contrato de patrocinio estaría provocando un daño en los términos amplios definidos por el Código Civil y debería repararlo.

Es cierto que la aplicación de estas normas, tan abiertas y genéricas, genera mucha dificultad al intentar encuadrar el caso bajo el derecho aplicable. Sin perjuicio de ello, consideramos que son plenamente aplicables y que sirven de sustento jurídico para entablar un reclamo.

A la luz de las normas, jurisprudencia y normativa comparada mencionada en este trabajo, para que un caso de ambush marketing sea declarado ilegal, se debería tratar de un acto desleal de una empresa que invadiera la esfera de un patrocinio otorgado por un organizador a uno de sus competidores, y que tuviera la potencialidad de producir, razonablemente, un engaño al consumidor medio haciéndole creer que es patrocinador de un evento cuando no lo es.

No vemos necesario exigir el requisito consistente en hacerle tomar al consumidor una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. Es decir, que como consecuencia de la confusión generada, el consumidor termine adquiriendo el producto de la empresa que se arroga el derecho de patrocinador en desmedro del producto de la empresa competidora que sí es patrocinante oficial.

---

[14] PALAZZI, Pablo A. y RIZZO JURADO, Marco, op. cit., p. 2.

Tampoco consideramos que sea pertinente, a la luz de todo lo expuesto, que exista intención de engañar o de inducir al error por parte de la empresa que incurre en la práctica.

El fallo que comentamos tiene, en nuestra opinión, una conclusión acertada en cuanto al fondo del asunto. Realiza un muy buen análisis de las circunstancias del caso y es uno de los primeros fallos que, ausente de cualquier infracción marcaria, analiza la cuestión de la confusión en los consumidores con referencia a la relación de patrocinio. No obstante, cae en algunas afirmaciones dogmáticas y no termina de analizar a fondo la aplicación del Convenio de París y las normas antes mencionadas del Código Civil, que consideramos son las que componen el marco normativo de la competencia desleal en el Derecho argentino.

