

DERECHOS·INTELECTUALES

Volumen 26



Tomo I



ASIFI

Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual
Inter-American Association of Intellectual Property
Associação interamericana da Propriedade Intelectual

Derechos de Propiedad Industrial en los espectáculos deportivos con particular referencia al *marketing* de emboscada

Alfredo Silverio Gusman*

Introducción

- I. **Nociones básicas del derecho de la Propiedad Industrial de Argentina**
- II. **Torneos mundiales masivos, deporte de alto rendimiento profesional, publicidad y *marketing***
- III. ***Marketing* de asociación y *marketing* de emboscada. Distintos supuestos**
 1. Campañas publicitarias que hacen referencia al evento
 2. Publicidad periférica en la zona de influencia del evento
 3. Realizar publicidad en el estadio
 4. Entrega de premios relacionados con el evento
 5. Patrocinio de una Subcategoría (equipos, deportistas, entrenadores) o de estadios, ciudades, programas periodísticos relativos al evento
- IV. **Regulaciones publicitarias en los Juegos Olímpicos**
- V. **Una medida cautelar más reciente, tan interesante como polémica**
- VI. **Encuadre legal**
- VII. ***Marketing* de emboscada y normativa protectora del consumo**

Conclusiones

Bibliografía



* **Alfredo Silverio Gusman.** Abogado y Doctor en Derecho. Actualmente se desempeña en la judicatura como Presidente de la Cámara Federal en lo Civil y Comercial. Profesor Regular Adjunto de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, en la Facultad de Derecho. Autor de varios libros y de numerosas publicaciones sobre temas relacionados al derecho constitucional, administrativo, propiedad industrial y sobre el funcionamiento del sistema judicial. Profesor de posgrados, seminarios y conferencista. E mail: alfredo.gusman@pjn.gov.ar

Resumen

El presente trabajo versa sobre la aplicación de los derechos de la propiedad industrial en el campo del deporte profesionalizado. En particular, pone el acento en las campañas de marketing que se desarrollan en torno de las competencias de mayor difusión que suelen contar con patrocinadores oficiales. Se analizan distintas estrategias que los patrocinadores suelen utilizar para aprovechar la publicidad que se genera en estos torneos, tanto desde la perspectiva de la protección que permite el registro de las marcas como de los casos que podrían encuadrarse en publicidad engañosa o deslealtad comercial. El autor hace un repaso de los precedentes jurisprudenciales que considera más interesantes sobre la temática. Pone en evidencia las dificultades en deslindar entre acciones permitidas (marketing de asociación) y prácticas prohibidas (marketing de emboscada). Así mismo, se realiza un encuadre constitucional del asunto y sus matices relacionados con el derecho de propiedad, la libertad de expresión, el principio de legalidad y la regla de la razonabilidad.

Palabras clave: Derechos de la propiedad industrial, derechos Intelectuales, marcas y designaciones, marcas notorias, competencia desleal, publicidad engañosa, derechos del consumidor, derecho a la información adecuada y veraz, marketing de emboscada, marketing de asociación, libertad de expresión, medidas cautelares, Acuerdo sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, defensa de la competencia, daños y perjuicios

Abstract

The present work deals with the application of industrial property rights to several aspects of the field of professional sports. Particularly, it emphasis on the marketing campaigns developed for events with great diffusion who usually have official sponsors. It analyzes different strategies that the competitors usually use to take advantage of the publicity generated by said tournaments, from the perspective of the protection allowed by the trademarks as well as the cases that could be considered misleading advertising or unfair trading. The author reviews what he considers to be the most interesting jurisprudential precedents on topic. It evidences the difficulties in defining the allowed

actions and forbidden practices in ambush marketing. Further, it provides a constitutional analysis of the matter and its nuances with property rights, freedom of speech, principle of legality and rule of reason.

Keywords: *Industrial property rights, Intellectual rights, trademarks and designations, well-known trademarks, unfair competition, misleading advertising, consumer rights, right to adequate and truthful information, ambush marketing, association marketing, freedom of expression, measures precautionary, Agreement on Trade-related Intellectual Property Rights, antitrust, damages*

Introducción

Las competencias deportivas han convocado interés desde tiempos inmemoriales; basta para comprobar ese aserto la trascendencia de los juegos olímpicos en la antigua Grecia. Por cierto, en esa época los problemas jurídicos que se van a abordar en este aporte no se presentaban, pues sólo se rendía culto a Zeus y no a tarjetas de crédito, bebidas, indumentaria deportiva, etc. Es más, se dice que los atletas competían desnudos. Lejos estaban reglamentaciones como la norma 40 de la Carta Olímpica, cuyo análisis abordaré en el punto IV de este ensayo.

Es que el deporte como distracción, esparcimiento, sana competencia y ejercitación física, puramente *amateur*, se fue profesionalizando de manera paulatina. En Argentina, clubes de barrio fundados por humildes inmigrantes que no tenían mayores aspiraciones que juntarse y tener un espacio para practicar deporte –por lo general, el fútbol–, sostenidos por modestas cuotas sociales; se fueron transformando en entidades de repercusión mundial, registrando sus nombres, sobrenombres, insignias, diseños, en marcas de gran renombre (algunas llegan a ser marcas notorias, como se las conoce en el derecho argentino y en el convencional internacional)¹.

-
1. El art. 6 bis del Convenio de París, aprobado en la Argentina por la Ley Nº 22.195, se refiere a “marcas notoriamente conocidas”. La jurisprudencia ha dicho que como consecuencia de este singular prestigio que acompaña a la notoriedad de una marca, esta es merecedora de una mayor protección, en especial frente a signos parecidos destinados a identificar artículos en la misma clase (conf. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, 07/02/1999, “Milliken c/Arch S.A.”). También sostuvo que el titular de una marca notoria tiene interés legítimo en que su signo no sea utilizado por terceros para distinguir otros productos o servicios para evitar la dilución de la marca (mismo tribunal, 21/02/2002, “Stanton c/I.N.P.I.”). La notoriedad es un grado superior al que llegan pocas marcas, cuando es conocida por la mayor parte del público, sea consumidor o no del producto (conf. Otamendi, Jorge, “Derecho de Marcas”, págs. 363/365, Buenos Aires, Ed. LexisNexis, 2006).

A partir del Siglo XX, primero por la influencia de la radiofonía y luego a raíz de la incorporación de los restantes medios de transmisión audiovisuales, entramos en la era del deporte de alto rendimiento, asociado con la idea del espectáculo. Luego, en la era digital, se dice que ingresamos en la etapa del deporte como industria, en donde las instituciones de mayor convocatoria, con una administración honesta y prudente, al explotar sus marcas y demás derechos de propiedad industrial en plenitud, pueden lograr superávit (Polak, 2019)². Algunas disciplinas, como el fútbol, adquirieron un grado de masividad mayúsculo, despertando interés y hasta apasionamientos en las más diversas capas sociales.

Es comprensible entonces que alrededor de las competencias deportivas se desarrollaran actividades comerciales de elevada significación económica, como los contratos entre los deportistas y las instituciones a quienes representan, publicidades, patrocinadores oficiales, *sponsors*, *merchandising*, apuestas de azar *online*, multimillonarias transferencias de jugadores entre clubes, etc. Todo ese circuito económico gira alrededor de lo que puede suceder en un campo de juego. Pero ese escenario, en rigor, hoy en día no es más que una minúscula porción de la industria del fútbol. Un pequeño fragmento (cierto que imprescindible) que permite desarrollar el espectáculo superlativo montado para millones de personas bajo las reglas de la comunicación masiva. El partido se juega ante decenas de miles de espectadores en el estadio –o con las gradas vacías, como sucede durante la pandemia COVID 19–, pero hay millones –a veces, miles de millones– expectantes ante una pantalla, una tableta o un celular (Polak, 2019)³. Incluso sin que medie juego programado, la mera presentación de un nuevo fichaje para la próxima temporada puede generar expectativas que mueven ingentes ganancias (Noetinger, 2005)⁴.

... Si bien la profesionalización del deporte tiene implicancias en diversas ramas jurídicas, posiblemente donde mayor repercusión adquiere es en el derecho de la propiedad industrial...

Si bien la profesionalización del deporte tiene implicancias en diversas ramas jurídicas, posiblemente donde mayor repercusión adquiere es en el derecho de la propiedad industrial, cuyas particularidades analizaré en el próximo acápite.

-
2. Conf. Polak, Federico, "Armando a Macri. Memoria del interventor", Ed. Claridad, Buenos Aires, 2019, págs. 211/212.
 3. Conf. Polak, Federico, "Armando a ...", cit., pág. 8.
 4. Se comenta que antes de que el futbolista Cristiano Ronaldo haya debutado con la casaca de Real Madrid, ya se habían vendido 120.000 camisetas oficiales de ese equipo con su nombre, a 70 euros cada una (dato que aporta Noetinger, Matías, "Análisis de diferentes derechos de propiedad industrial y de imagen con referencia al ámbito del fútbol. Primera parte", en Revista Derechos Intelectuales N° 11, Editorial Astrea, 2005, pág. 55).

Piénsese, por ejemplo, en la protección marcaria de los signos y denominaciones de los diferentes clubes, franquicias o equipos que participan en los torneos. Ante tal vidriera, las marcas y designaciones cumplen un papel destacado, pues si aquellos pretenden explotar al máximo las posibilidades comerciales de sus signos distintivos, resulta fundamental contar con una extensa y cuidadosa salvaguardia de sus derechos (Mitelman, 2015)⁵. Se trata de activos intangibles, cuyo valor en la actualidad es considerado como los bienes más preciados de las empresas, se dice que desplazando incluso la propiedad sobre los bienes materiales (Papaño, 2021)⁶. La falta de registro de las marcas ante la autoridad de aplicación redundará en perjuicio de sus intereses, ya que impedirá contratos de licencia y los privará del arma para repeler falsificaciones de sus productos (Noetinger, 2015)⁷.

Mientras que en Europa y en Latinoamérica cada club es quien registra para sí la titularidad de sus marcas, incluyendo nombres, escudos, símbolos, diseños, camisetas, etc.; en Estados Unidos, son las asociaciones o ligas nacionales de cada deporte quienes activan la registración de los nombres y símbolos de cada equipo (Noetinger, 2015)⁸. Para que se entienda el tema, viene al caso traer un asunto litigado en la justicia argentina. Se solicitó el registro de la marca *rocket*, a lo que, en un primer momento, se opuso NBA *Properties Inc.*, quien invocó que se confunde con su marca *rockets* (que identifica al equipo de los *Houston Rockets*).

Sin embargo, oponente y solicitante llegaron a un acuerdo en el cual la segunda excluía del ámbito de protección a la indumentaria deportiva y el calzado, limitación que convenció a la primera a levantar su oposición. Pese a ello, la decisión del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial fue denegar el registro de la marca solicitada *rocket*⁹, por considerar que, de todos modos, la coexistencia de ambas marcas podría llegar a generar confusión en el público consumidor. La Justicia confirmó esa resolución, pues sostuvo que el aludido convenio no resulta vinculante para la autoridad administrativa, que ejerce las atribuciones propias de la policía

-
5. De acuerdo al art. 4 de la ley argentina de marcas 22.362 y del art. 16 del Acuerdo ADPIC (“Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio”), el titular de una marca registrada es quien, por excelencia, está legitimado para la acción de cese de uso que le confiere tal registro, derecho que puede ser ejercido erga omnes para impedir el empleo de la marca por terceros no autorizados, sin necesidad de acreditar perjuicio alguno (conf. Mitelman, Carlos, “Marcas y otros signos distintivos”, Buenos Aires, La Ley, 2015, T. II, pág. 50).
 6. Conf. Papaño, Javier, “Marca notoria, caducidad e interés legítimo”, en *elDial.com-DC2DEF*, del 11-05-2021.
 7. Conf. Noetinger, Matías, “Análisis de los diferentes derechos de propiedad industrial y de imagen con referencia al ámbito del fútbol. Segunda parte”, en *elDial.com – DC7BC*.
 8. Ver Noetinger, Matías, “Análisis de los diferentes derechos de propiedad industrial y de imagen con referencia al ámbito del fútbol”, en *elDial.com – DC7BC*.
 9. Conf. Disposición INPI M.307 del 12-03-2015.

administrativa para verificar el cumplimiento de los fines legales y dado que la marca que se pretendía registrar era confundible con *rockets*, ya registrada por la NBA¹⁰.

Organizadores, deportistas, patrocinadores, instituciones participantes, cuentan con la defensa que les otorga la propiedad industrial para evitar que terceros, sin riesgo empresario y sin costo, procuren aprovecharse del esfuerzo, la inversión y el prestigio ajenos. Esos activos intangibles poseen en algunos deportes un valor agregado diferencial, en tanto los seguidores de ciertos equipos (hinchas, fanáticos, *fans*, *torcedores*, *tifosi*) guardan una fidelización absoluta hacia los productos que usan las marcas que empleen los distintivos que los identifican, pagando precios onerosos –incluso los consumidores menos pudientes– si se los compara con otros de su género, a veces con prescindencia de la mayor o menor calidad de lo adquirido. Desde el *marketing* se alerta que la fidelización del cliente es volátil y va unida con la satisfacción en el producto que ofrece la marca. El día que el consumidor pierde esa confianza al no quedar satisfecho, cambia de marca y compra otra. En cambio, en el negocio del fútbol (Polak, 2019)¹¹ y en el deporte en general, se rompen muchas de esas reglas¹². Podría decirse que el hinchas es un consumidor voluntariamente “cautivo”; seguirá comprando aquello que lo hermana con su club aunque tenga un equipo mediocre y no obtenga buenos resultados. Nunca va a canalizar su demanda hacia los productos de la competencia que ofrece el mercado.

... Desde el *marketing* se alerta que la fidelización del cliente es volátil y va unida con la satisfacción en el producto que ofrece la marca...

En cuanto a la publicidad, si por su propia naturaleza apunta a las masas y finca en aspectos no sólo cognoscitivos sino también sugestivos y emotivos (O’Farrell, 1995)¹³, aquellos torneos que despiertan sentimientos de identificación, pertenencia y nacionalidad (como por ejemplo las copas del mundo del fútbol), brindan las mejores oportunidades para explotar esas subjetividades.

-
10. Conf. Juzgado en lo Civil y Comercial Federal N° 1, expte. 1398/2016, 26-02-2019 “Ese Empresa de Servicios y Espectáculos S.A. c/INPI s/denegatoria de registro”; confirmada por la Sala I de ese fuero el 15/08/2019.
 11. En Argentina, algunas de las instituciones de mayor convocatoria pasaron momentos intensamente dramáticos. River Plate estuvo 18 años sin salir campeón y décadas después, en el 2011, descendió de categoría; Racing Club descendió en 1983, estuvo 35 años sin salir campeón y hasta se le decretó la quiebra y, a raíz de su situación falencial, durante 1999, no pudo iniciar su participación en uno de los torneos oficiales en la fecha programada; San Lorenzo descendió en 1981 y estuvo 21 años sin salir campeón; Independiente descendió en 2013 y hace 19 años que no sale campeón. Tales calamidades no se han visto significativamente reflejadas en la dilución de sus marcas.
 12. Según lo explica Orlando Salvestrini, quien fuera uno de los impulsores de la marca del club Boca Juniors durante la década de los 90 (en Polak, F. “Armando a Macri ...”, pág. 212).
 13. Conf. O’Farrell, Miguel, “La publicidad comparativa en el derecho argentino”, en La Ley 1995-E, 621.

I. Nociones básicas del derecho de la propiedad industrial de Argentina

Antes de profundizar en el análisis, es conveniente hacer un breve repaso sobre ciertos conceptos jurídicos que nos van a servir para comprender mejor algunos de los problemas y conflictos que los derechos de propiedad industrial vienen suscitando en el ámbito del derecho deportivo.

Cuando hablamos de derecho industrial, nos referimos a la rama jurídica que se dedica a tutelar el derecho de propiedad sobre el uso exclusivo de conocimientos, diseños o signos y a garantizar la lealtad de la competencia comercial. Incluye patentes de invención, marcas y designaciones comerciales, dibujos y diseños industriales, tanto los ornamentales como los modelos de utilidad, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen y la sanción de la competencia desleal¹⁴. Si bien relacionado de forma tangencial a este ensayo, no está demás agregar a los derechos de autor y conexos¹⁵.

En Argentina, su fundamento constitucional se encuentra en los arts. 14 y 17 –protectores de la propiedad privada y del derecho a la industria lícita– y en el art. 42 –que garantiza a los consumidores el derecho a la libertad de elección y a una información adecuada y veraz, así como la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados–. Entre las distintas normativas infraconstitucionales involucradas, algunas son de origen convencional externa – como el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)¹⁶, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial¹⁷– y otras de origen doméstico (como la ley de marcas 22.362, la ley de patentes 24.481, el Decreto–Ley 6673/1963, ratificado por la Ley N° 16.478 en materia de modelos y diseños industriales y el Decreto de Necesidad y Urgencia 274/2019 en materia de lealtad comercial).

En lo que concierne a las marcas, se trata de los signos que permiten distinguir un producto o servicio de otro igual o semejante¹⁸. A partir del registro otorgado por el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, el titular adquiere la totalidad de las prerrogativas que le reconoce el art. 4 de la ley de marcas 22.362: la propiedad del signo y la exclusividad en su uso.

14. Conf., en ese sentido, art. 1.2. del Convenio de París aprobado por Ley N° 22.195.

15. Abordados por la Convención de Roma de 1961 sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. En Argentina los derechos de autor están legislados por la Ley N° 23.921, que aprueba la mencionada Convención y por la Ley N° 11.723.

16. También suele referirse a este Acuerdo empleando su acrónimo en inglés, TRIPS –*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*–. En Argentina dicho tratado se aprobó por Ley N° 24.425.

17. Aprobada por Ley N° 22.195.

18. Conf. art. 1 de la ley de marcas 22.362.

Los fines que se procuran con tales registros, pueden analizarse tanto desde la perspectiva del titular de la marca como del público consumidor. Si nos situamos desde la óptica del empresario, el régimen busca la protección de sus intereses económicos, preservando las sanas prácticas de la competencia mercantil a efectos de prevenir el aprovechamiento ilegítimo del fruto de la actividad ajena, con desmedro de la función individualizadora ínsita en el derecho que la marca adjudica, incentivando las inversiones en calidad, presencia, posicionamiento y publicidad del producto en el mercado. Quien ingresa en el juego de la oferta y la demanda desea que los productos que comercializa y los servicios que presta, sean preferidos respecto a aquellos ofrecidos por su competencia. Busca así diferenciarlos y acude a la protección que le reconoce el derecho marcario que, como consecuencia del otorgamiento del registro, otorga la propiedad y exclusividad de uso al titular y, por ende, le permite impedir que alguien use la marca sin su debida autorización (Mitelman, 2015)¹⁹. Desde la posición de los consumidores, el propósito es evitar que se los confunda y se los induzca a error en la identidad, calidad y procedencia de los productos o servicios que adquieren (Cionfrini, 2000)²⁰, permitiéndole repetir la experiencia de la compra si ha quedado satisfecho con la mercancía, o bien, si se siente decepcionado, evitarla en una transacción ulterior.

A su vez, podría sostenerse que el derecho que otorga la marca tiene una dimensión positiva, que involucra las facultades de utilizarla para distinguir productos o servicios, de publicitarla y de cederla o licenciarla. Y también una dimensión negativa, que se refleja en el derecho a prohibir su uso por cualquier sujeto no autorizado (Bensadon y Poli, 2010)²¹. Conforme al art. 4 de la Ley N° 22.362 de marcas, la propiedad de la marca y su exclusividad se adquieren a partir de su

-
19. Arg. art. 4 de la Ley N° 22.362; Sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal, expte. 8016/2015, "IMG Fragrance Brands c/Tremp S.A. s/cese de oposición al registro de marca", del 28/04/2021; Mitelman, Carlos y Zuccherino, Daniel, "Valuación de daños en infracciones a marcas y patentes", en A.A.V.V. (coordinada por Uriarte, Fernando), "Manual sobre Propiedad Intelectual", Ed. La Ley, pág. 43.
 20. De ese modo se han descrito los fines de la ley de marcas, entre otros en Fallos de la Corte Suprema argentina: 255:26; 257:45; 279:150; 310:735; 03-04-2001, "New Zealand Rugby Football Union c/Ceballos". Al respecto, Cionfrini mencionaba que el Estado debe asegurar que los consumidores dispongan de libertad de elección entre verdaderas opciones, adecuada información y eficientes procedimientos de control. La falta de ello quita transparencia al mercado y anula los mecanismos de participación libre y abierta (conf. "La protección de los mercados y la competencia en la Constitución Nacional", en Doctrina Judicial, 2000-2, 305).
 21. Esta afirmación no tiene un consenso absoluto en la doctrina, pues la consideran errónea Bensadon, Martín y Poli, Iván, "El ABC de la propiedad intelectual: el contenido exclusivamente negativo de los derechos sobre los bienes inmateriales", en A.A.V.V. (coordinada por Uriarte, Fernando), "Manual sobre Propiedad Intelectual", Ed. La Ley, págs. 1/10, quienes, como el título de su texto sugiere, sólo reconocen el contenido negativo del derecho.

registro ante el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial. Por su parte, el art. 3 inc. "d" de la norma prohíbe la inscripción de las marcas engañosas, que son aquellas que pueden inducir al público a un error sustancial sobre el producto o servicio a distinguir (Otamendi, 2006)²².

En cuanto a las designaciones, conforme al art. 27 de la ley precitada, son el nombre de un emprendimiento determinado, con prescindencia de que su titular persiga fines de lucro.

Por último, pero muy trascendente en cuanto al objeto de este aporte, se encuentra la competencia desleal. Conforme a la definición que brinda el Convenio de París aprobado en Argentina por Ley Nº 22.195, consiste en "... *todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial*"²³. En forma reciente, con relación al tema que se aborda, a través del Decreto de Necesidad y Urgencia 274/2019 –que, al momento de finalizar este trabajo, todavía no había sido ratificado por el Congreso– se dictó un nuevo régimen en la materia, cuyo art. 9 establece una cláusula de prohibición general²⁴, su art. 10 sanciona los actos de engaño y el art. 11 a la publicidad engañosa. De todos modos, la realidad que nutre esa temática se compone de múltiples supuestos, difíciles de captar a todos en un texto legal y, si así se pretendiera, posiblemente la finalidad de la norma se frustraría.

Fuera del espectro jurídico de la propiedad industrial e intelectual, habría que analizar si quien pretende investigar sobre el tema que propongo no debería incluir también en su trabajo de campo al régimen de defensa del consumidor (en Argentina, además de las referencias constitucionales ya indicadas, establecido en la Ley Nº 24.240), cuestión que abordaré en el ítem VII de este trabajo.

II. Torneos mundiales masivos, deporte de alto rendimiento profesional, publicidad y marketing

Copas del mundo de los deportes más populares, juegos olímpicos, etc., resultan certámenes de tanto impacto que a veces hasta trascienden lo deportivo, con aristas que lo vinculan con lo político, lo social y lo cultural. Como prueba de ello, en Argentina, por expresa disposición de la Ley Nº 25.342, los titulares de los derechos de transmisión televisiva de los partidos que dispute el seleccionado de fútbol, organizados por la F.I.F.A., la Confederación Sudamericana de Fútbol o el Comité

22. Conf. Otamendi, Jorge, "Derecho de Marcas", págs. 86/91, Buenos Aires, Ed. LexisNexis, 2006.

23. Conf. arts. 1.2. y 10 bis.

24. Prohibe realizar "...actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten, el medio a través del cual se realicen y el mercado en el que tengan lugar"

Olimpico Internacional, deberán comercializarlos garantizando la transmisión en directo de dichos encuentros a todo el territorio nacional²⁵.

Qué decir de las implicancias económicas. En la organización de mega eventos de gran magnitud y atención popular, una de las principales fuentes de recaudación de recursos es la venta de publicidad a quienes se catapultan como los patrocinadores oficiales, cuyos aportes representan cerca de un 35% de los ingresos. Ese grifo de financiamiento, junto con la transmisión en vivo de imágenes de los encuentros –que aportan casi la mitad de los ingresos totales–, postergan a un tercer plano la recaudación por la venta de entradas para los partidos (Vasconcellos, 2008)²⁶. De hecho, la imposibilidad de asistencia de público a los espectáculos masivos a raíz de las restricciones generadas por la pandemia Covid 19 no inhibió el desarrollo de las competencias y, para la fecha de entrega a editorial de esta ponencia, se considera celebrar los Juegos Olímpicos que habían sido previstos para Tokio 2020 en el 2021, con prohibición de concurrencia a los espectadores extranjeros y la Copa América en Brasil también durante 2021, sin afluencia de público.

Los patrocinadores oficiales son quienes a cambio del pago de un precio y con exclusividad en su rubro, obtienen ese título y están autorizados a usar los símbolos y marcas del organizador. Al ser el evento transmitido por medios audiovisuales, logran la aparición de la marca en todos los lugares en los que los interesados sintonicen el juego. En forma previa, atiborran a las oficinas de marcas de todos los países con pedimentos de registros que se relacionan con el campeonato, aún en forma indirecta o tangencial. En esas solicitudes, en buena medida, se juega el destino de la inversión porque la marca representa, sobre todo en los ámbitos de consumo masivo como los que rodean a las competencias deportivas más convocantes, una suerte de nombre propio que, una vez estable-

-
25. Además, fuera de esas competencias, la ley de servicios de comunicación audiovisual 26.522, en su art. 77, contempla que el Consejo Federal de Comunicación Audiovisual deberá elaborar un listado anual de acontecimientos de interés general para la retransmisión o emisión televisiva, respecto de los cuales el ejercicio de derechos exclusivos deberá ser justo, razonable y no discriminatorio. El listado será elaborado anualmente con una anticipación de al menos seis meses, aunque de todos modos puede ser revisado por el Consejo antes indicado. En el art. 78 de la ley se estatuyen los criterios que se deberían tener en cuenta para incorporar un determinado torneo deportivo entre las competencias de interés general. Ellos son: a) Que el acontecimiento tradicionalmente haya sido retransmitido o emitido por televisión abierta; b) Que su transmisión despierte relevante atención por parte de la audiencia; c) Que se trate de un acontecimiento de importancia nacional o internacional, con participación de argentinos en calidad o cantidad significativa.
26. El resto proviene de licencias de sus derechos de propiedad industrial para la explotación de merchandising, según Vasconcellos Pieri, José, "La propiedad intelectual ante el *"ambush marketing"* y la transmisión de la copa del mundo", en Revista Derechos Intelectuales, Buenos Aires, Ed. Astrea, serie ASIP, 14, pág. 89.

cido, es muy costoso cambiar (Wilensky, 2005)²⁷. Los signos que se usan como distintivos del evento suelen ser mixtos, al estar compuestos por elementos denominativos y figurativos.

... su real intención no parece ser hacerse pasar por patrocinadores, sino aprovechar el fervor o atención que determinados eventos despiertan en el público...

Los competidores excluidos, por cierto, no se quedan de brazos cruzados e invierten cuantiosas sumas en campañas publicitarias –y también en abogados– para ver cómo pueden servirse de torneos con semejante nivel de audiencia para incrementar sus ventas, buscando a través de sutilezas algún tipo de aproximación de sus marcas al certamen que se avecina. Hilando más fino, su real intención no parece ser hacerse pasar por patrocinadores, sino aprovechar el fervor o atención que determinados eventos despiertan en el público (Otamendi, 2011)²⁸. Por su parte, tanto entidades organizadoras como patrocinadores intentan poner las mayores barreras para que esa aspiración se concrete y buscan que su inversión en el evento rinda los mejores frutos posibles, lo que implica el mayor grado de exclusividad en todo lo que significa la más mínima relación con la competición. Para ello pretenden que los organizadores accionen contra quienes persigan aprovechar cualquier alusión al acontecimiento, justificando su reclamo en las sumas abonadas para unirse como patrocinadores oficiales (Otamendi, 2011)²⁹. También procuran que los países en los que se lleva a cabo el evento sancionen legislaciones específicas para disuadir el marketing de asociación, alguna de ellas serán relevadas en el acápite III. Asimismo, emerge otro conflicto que el espacio editorial disponible me impide profundizar, entre organizadores/patrocinadores oficiales y patrocinadores de las federaciones, clubes y deportistas participantes, sin perjuicio de cierto análisis respecto de problemas suscitados con una regla limitante impuesta por el Comité Olímpico Internacional, que formularé en el punto IV.

Se trata del marketing de asociación en el que subyace, como idea general, el interés en vincular la imagen de un producto o servicio a un evento de gran impacto social, eludiendo contratar el patrocinio con el organizador. Este supuesto puede darse sin vulnerar los derechos de los organizadores y de sus patrocinadores oficiales, pero también cruzando esa línea (supuesto también conocido como

27. Ver Wilensky, Alberto, "La Promesa de la Marca", págs. 63/64, Temas Grupo Editorial, Buenos Aires, 2005.

28. Otamendi, Jorge, "Marketing de emboscada. Ambush Marketing", en La Ley 2011-E, 832 y AR/DOC/2753/2011.

29. Conf. Otamendi, J. "Marketing de emboscada ...", ya citado.

ambush marketing o marketing de emboscada) (Vasconcellos, 2008)³⁰. Adelanto que todavía no se ha conseguido diseñar alguna fórmula objetiva para medir cuando una publicidad infringe prerrogativas que sólo pueden invocar los patrocinadores oficiales y cuando se está ante un uso legítimo de técnicas publicitarias válidas con recurso a referencias de uso general (Noetinger, 2005)³¹. Para no defraudar expectativas, confieso que tampoco lo he logrado en este ensayo. El ingenio de las agencias que navegan en esa suerte de “océano azul” y de los abogados especialistas en propiedad industrial que los asesoran no tiene límites.

III. Marketing de asociación y marketing de emboscada. Distintos supuestos

Se ha dicho con razón que buscar una definición general de marketing de emboscada resulta estéril e imposible, pues pueden encuadrarse en su concepto prácticas muy heterogéneas (Piñeiro Salguero, 2007)³² y es casi imposible abarcar todas las variantes posibles. A fin de dotar de mayor utilidad al presente aporte, prefiero pasar revista sobre ciertos casos que se han presentado, algunos de los cuales derivaron en litigios.

Entre las estrategias diseñadas para lograr asociarse al evento, con diferentes dosis de respeto hacia la lealtad comercial y sobre derechos de propiedad industrial de terceros, pueden mencionarse los siguientes:

1. Campañas publicitarias que hacen referencia al evento

A través de anuncios que evocan directa o indirectamente al torneo, se apela al sentimiento del público, de los aficionados y fanáticos para atraer su atención, sobre todo en los diversos países o ciudades con equipos representativos participantes de la competencia. En algunos casos, dada la proliferación de marcas registradas por organizadores o patrocinadores, las publicidades llegan a usar algunas de esas marcas. Habrá entonces que indagar el poder distintivo de tales signos³³ y, en su caso, cotejar si existe verdadera confundibilidad o infracción (Otamendi, 2011)³⁴.

30. Conf. Vasconcellos Pieri, J. “La propiedad intelectual ...”.

31. Noetinger, Matías, “Análisis de los diferentes derechos de propiedad industrial y de imagen con referencia al ámbito del fútbol”, en elDial.com – DC7BC.

32. Conf. Piñeiro Salguero, José y Rubi Puig, Antonio, “*Ambush Marketing* en Eventos Deportivos”, pub. en InDret Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, abril 2007, pág. 4, cita extraída de Otamendi, J., “*Ambush Marketing*”, en Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Año VII, N° 7, Ed. Palestra, autor que comparte ese enfoque.

A veces se trata de marcas débiles, lo que significa –a grandes rasgos– que es dudoso que posean el halo necesario para tornar al producto claramente distintivo.

33. Otamendi, Jorge, “*Marketing* de emboscada. *Ambush Marketing*”, en L.L. 2011-E, 832; Castrillo, Carlos, “El

34. “*ambush marketing*” en Argentina con motivo del Campeonato Mundial de Fútbol en Brasil”, en La Ley 2014-D, 162 y AR/DOC/2236/2014.

Otamendi (Otamendi, 2011)³⁵ brinda como ejemplos *“Vamos todos al Mundial”, “Acompañemos a nuestros muchachos”, “Estamos con ellos en ... (el lugar donde se realiza el juego), etc.* Una muestra real se presentó durante la Copa Mundial de Fútbol de 2002, la marca de cervezas Sol obtuvo los derechos para ser patrocinadora oficial de la selección mexicana. Empero, su competidora Corona lanzó una campaña publicitaria en la que se reivindicó como *“el patrocinador oficial de la afición mexicana”*.

Un caso con características parecidas al señalado, se presentó en la liga argentina de fútbol, que dentro de lo nebuloso de la figura, podría ser clasificado en la categoría de *marketing* de emboscada. En el pasado, hubo alguna temporada en que tanto Boca Juniors como River Plate, los clubes de fútbol argentinos con más seguidores –y clásicos rivales entre sí–, exhibían como publicidad en la camiseta la marca de cerveza Quilmes. Por su parte Isenbeck, otra marca cervecera, lanzó una agresiva campaña publicitaria entre diciembre de 1999 y octubre de 2000, con los siguientes lemas: *“Por una pasión genuina”, “¿Se puede ser hincha de los dos a la vez?”, “Si sos bostero, sos bostero³⁶. Si sos gallina, sos gallina³⁷. Si sos de los dos, sos sponsor”* y *“La primera regla del juego es jugarse”*. Se valió de artículos deportivos y diseños de latas de cerveza que llevaban impresos los colores azul y amarillo que distinguen al club. Además de litigios relativos a publicidad comparativa, que exceden el objeto de este análisis, Boca Juniors invocando sus marcas y diseños registrados “Boca”, “Bosteros” y su camiseta con los auriazules colores identificadores, demandó a Isenbeck a fin de que se la condenara a hacer cesar el uso indebido de sus marcas y que se le reparen los daños y perjuicios irrogados. Tuve la oportunidad de intervenir como Juez de Cámara ponente en la apelación interpuesta por la compañía cervecera y, en la sentencia final, sostuvimos que la combinación de los colores azul y amarillo aplicados a indumentaria deportiva o en cualquier otro producto, sin lugar a dudas identifica a los colores utilizados por la centenaria institución *xeneize*. En su defensa, Isenbeck adujo que *“... para manifestar el mensaje que mi mandante quiso transmitir, no quedaba otra alternativa que nombrarlos, referirse expresamente a ellos. Sin la expresa mención de los hinchas como bosteros..., no se hubiera podido transmitir el mensaje de la forma en que se hizo”*. Como Juez preopinante consideré

35. Otamendi, Jorge, *“Marketing de emboscada. Ambush Marketing”*, en L.L. 2011-E, 832, citado.

36. Se trata del apodo con que se conoce a los hinchas de la institución de la ribera, en un principio así los identificaban los hinchas de los rivales de un modo despectivo. Con el correr del tiempo, hasta los boquenses aceptaron el mote.

37. Apodo de los hinchas de River, peyorativo en sus orígenes –que remontan a una histórica final de la Copa Libertadores de América perdida contra Peñarol de Montevideo–, pero que tuvo una evolución similar al de “bostero”, indicado en el pie de página anterior.

que tal afirmación era una clara admisión de que el aviso publicitario buscaba asociar el producto promovido con la popularidad de los signos registrados por la actora. En consecuencia, la demanda prosperó incluyendo tanto el cese de uso indebido como el resarcimiento pretendido³⁸, para cuya determinación el tribunal tuvo en cuenta que, a lo largo del proceso, la actora logró demostrar que era el club más importante de Argentina, en cuanto a cantidad de hinchas y de socios.

En los anales de esta temática han quedado grabadas las fricciones entre American Express y Visa, casi como un *derby* entre equipos rivales. La segunda se posicionó como patrocinadora oficial de los Juegos Olímpicos de Los Angeles de 1984, para luego publicitar “*traiga su Visa porque las Olimpiadas no aceptan American Express*”. Para los Juegos Olímpicos de Barcelona de 1992 y en Noruega, en ocasión de las olimpiadas de invierno de 1994, el patrocinador oficial también era Visa, que en su publicidad volvió a difundir que American Express no era aceptada en la Villa Olímpica. La respuesta de ésta no se hizo esperar; en su publicidad relataba que quienes viajaran a presenciar ambos juegos no necesitaban Visa, haciendo alusión al permiso de las autoridades del país organizador para ingresar a su territorio (Castrillo, 2014)³⁹.

2. Publicidad periférica en la zona de influencia del evento

Es la propaganda que se realiza destinada al público que presencia la disputa y, sobre todo, al que lo sigue por las transmisiones audiovisuales, por ejemplo, a lo largo del recorrido si se trata de una carrera o con un avión que exhibe un cartel en las cercanías del estadio. Si no se han contratado todos los espacios publicitarios en la zona de influencia del campo donde se desarrolla el juego –e incluso, en algunas competiciones, ni siquiera de ese modo (Frega Navia, 2019)⁴⁰–, una empresa podría lograr asociarse al torneo contratando carteles o imágenes.

Recuerda Otamendi (Otamendi, 2011)⁴¹ que durante las Olimpiadas celebradas en China en 2008, el gobierno de ese país tomó control de todos los sitios

38. Fallo de la Sala II de la Cámara Federal Civil y Comercial de Argentina, 19-10-2010, “Club Atlético Boca Juniors Asociación Civil c/Casa Isenbeck s/cese de uso de marca y daños y perjuicios”.

39. De hecho se dice que el inventor del término *ambush marketing* fue Jerry Welsh, un publicista que trabajaba para American Express (conf. Castrillo, Carlos, “El *ambush marketing*” en Argentina con motivo del Campeonato Mundial de Fútbol en Brasil”, en La Ley 2014-D, 162 y AR/DOC/2236/2014; OTAMENDI, op. cit.).

40. Frega Navia trae a colación lo sucedido en la maratón de los Juegos Olímpicos de Atlanta de 1996, patrocinados oficialmente por Reebok, pero en donde su competidora Nike obsequiaba a los espectadores que estaban siguiendo la carrera en las calles pancartas y otros artículos publicitarios con la leyenda “*Just do it USA*”, asociando de ese modo el slogan de la empresa y el país donde se realizaban los juegos (ver “Los alcances legales del *ambush marketing* en los espectáculos deportivos”, en La Ley AR/DOC/1617/2019).

41. Otamendi, “Marketing de emboscada. *Ambush Marketing*”, ya citado.

prominentes de la ciudad durante el transcurso de los juegos, para garantizar que hubiera publicidad sólo de los auspiciantes oficiales, algo que en países que respetan la propiedad privada es imposible hacer.

Por lo general, el recaudo que toma el organizador es procurar convenir con las autoridades locales o propietarios del lugar donde se desarrolle la competencia la exclusividad de la publicidad y la prohibición de vender, obsequiar o de cualquier otra forma distribuir productos ajenos a los patrocinadores en las inmediaciones, a quienes no fueren autorizados.

... Por lo general, el recaudo que toma el organizador es procurar convenir con las autoridades locales o propietarios del lugar donde se desarrolle la competencia la exclusividad de la publicidad y la prohibición de vender, obsequiar o de cualquier otra forma distribuir productos ajenos a los patrocinadores en las inmediaciones, a quienes no fueren autorizados...

3. Realizar publicidad en el estadio

Más que una campaña de asociación con el evento, esta es una campaña de "intromisión" al evento, por ejemplo ubicando en las adyacencias del lugar donde se disputa la competencia a promotores que obsequian a los asistentes simpáticos productos como gorras, sudaderas, banderas, muñequitos, *gifts* y *souvenirs*, con marcas no amparadas por el patrocinio oficial. Al ingresar al estadio, utilizarse y exhibirse, sobre todo ante los medios de transmisión televisiva, se genera en la audiencia, psicológicamente captada por el desarrollo del juego, algún tipo de ligazón entre la marca y el torneo. En estos casos, el organizador que se ha reservado el derecho de admisión al recinto como condición al comercializar los *tickets*, a través de personal de seguridad podría impedir la maniobra. A veces, estos llegan hasta controlar la indumentaria de los asistentes y, en el supuesto de que pudiera notoriamente divulgar alguna empresa no patrocinadora, se le impide el acceso al estadio. Desde luego que es un obrar polémico y los responsables deberán ser cuidadosos en no afectar el derecho a la intimidad de los espectadores. Se dice que,

... Más que una campaña de asociación con el evento, esta es una campaña de "intromisión" al evento...

como alternativa, se les presta indumentaria para ingresar al estadio y, al finalizar el juego, se les devuelve su vestuario (Vasconcellos, 2008)⁴².

... Queda claro que la publicidad dentro de la cancha se encuentra vedada a quienes no sean patrocinadores dado que, por lo común, también los organizadores adquieren las marquesinas y ceden dichos espacios a sus auspiciantes...

Queda claro que la publicidad dentro de la cancha se encuentra vedada a quienes no sean patrocinadores dado que, por lo común, también los organizadores adquieren las marquesinas y ceden dichos espacios a sus auspiciantes. De todos modos, para intentar evadir o eludir esa restricción, se montan sagaces estrategias. Por ejemplo, si miles de espectadores entran al lugar con gorras o atuendos que llevarsen una marca, al ser captados por las cámaras podrían causar impacto publicitario (Otamendi, 2011)⁴³. En el Mundial de fútbol jugado en Sudáfrica durante 2010, una empresa cervecera holandesa envió como espectadoras a treinta y seis hermosas señoritas al partido entre la selección de ese país y Dinamarca que fueron vestidas de naranja, color que identifica tanto al equipo de los Países Bajos como a la bebida publicitada, ubicadas en el mismo sector del estadio. Igual atuendo había sido regalado en Holanda por la empresa como parte de la campaña publicitaria. Tanto en la arena como en la atención dispensada en algún pasaje de la transmisión televisiva, la imagen de las mozas todas juntas tornó claramente visible la marca publicitada. El incidente no terminó bien para quienes participaron en la maniobra, pues aplicando una legislación dictada específicamente para ese evento –que se analizará en el acápite VI–, las damas fueron expulsadas del estadio y arrestadas por la policía, aunque luego FIFA retiró los cargos al llegar a un acuerdo con la empresa cervecera⁴⁴.

Mejor final tuvo la campaña orquestada por Procter & Gamble en el torneo de tenis de Wimbledon en 2009. Distribuyó 24.000 de los recipientes en forma de tubos de sus papas fritas fuera del estadio aceptadas con gusto por los espectadores,

42. No sería razonable impedir el acceso a una persona que haya adquirido la entrada para el evento por usar una ropa que exponga la marca de una empresa no patrocinadora. El consumidor no está obligado a saber quiénes son los patrocinadores oficiales, por ello cualquier medida restrictiva debe ser interpretada de manera estricta e informarse debidamente al público asistente. El organizador, como mínimo, debe ofrecerle opciones al espectador para cambiarse (conf. Vasconcellos, "La propiedad intelectual ...", cit.).

43. Tomé conocimiento del hecho a partir de la lectura de Otamendi, "Marketing de emboscada. *Ambush Marketing*", ya citado.

44. Relata este incidente Otamendi, "Marketing de emboscada. *Ambush Marketing*", ya citado.

con las que ingresaban a presenciar el *match*. Los tubos eran de color verde pasto –como el típico césped en que se juega ese torneo– y se leía en ellos la leyenda “*estos no son tubos de pelotas de tenis*”. Fue considerado como un gran golpe de P&G, en tanto éste no era patrocinador oficial del certamen.

4. Entrega de premios relacionados con el evento

Esta modalidad se presenta cuando se lanzan juegos de azar cuyo contenido puede no tener nada que ver con el campeonato, pero sí su premio, que puede consistir en la entrega de entradas, el pago del traslado al lugar y estadía en la sede del encuentro, de camisetas de los equipos intervinientes, *souvenirs*, etc.

Se dice que el primer litigio que involucró el marketing de asociación tuvo lugar en Canadá, en 1990, en los *play offs* del torneo de la National Hockey League (NHL) en la que participan franquicias de aquél país y de los Estados Unidos y se trató, justamente, de una campaña publicitaria donde se prometían premios. Pepsi comenzó una cruzada promocional a través de un concurso para el que usaba el nombre de las ciudades de los equipos clasificados a esa instancia en la parte interna de las tapas de las botellas. Si bien no se hacía mención a la NHL, al certamen en sí, o a alguno de los equipos competidores, la asociación surgía de un modo evidente; incluso participaban jugadores de los equipos clasificados que difundían esa campaña. NHL demandó a Pepsi por considerar que incurrió en un acto de competencia desleal al desviar de un modo fraudulento la atención de los consumidores. Empero el reclamo no prosperó, pues la justicia canadiense resolvió que por no mediar infracción de marca y al insertarse una leyenda que alertaba que la demandada no era patrocinadora oficial del evento, el marketing de asociación había sido lícito (Otamendi, 2011)⁴⁵.

En la experiencia adquirida en Argentina como Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de la Ciudad de Buenos Aires, competente para resolver este tipo de entuertos, tuve oportunidad de fallar en dos juicios contra una misma cadena de Supermercados, cuyos antecedentes de hecho y pretensiones deducidas por los demandantes paso a resumir.

En el primero, pocos meses antes del inicio de la Copa del Mundo de Fútbol de 1994 celebrada en los Estados Unidos, el hipermercado en cuestión lanzó una promoción bajo el lema “*Viva el Mundial con Jumbo*”. Organizó un *stand* con empleados que lucían la vestimenta habitual con la casaca, logo y escudo de la Asociación del Fútbol Argentino –A.F.A.– que, como sabemos, distinguen al Seleccionado Nacional

45. 02-06-1992, “National Hockey League et Al vs. Pepsi Cola”, Corte Suprema de British Columbia, 92 DLR (4th) 349, cita extraída de Otamendi, Jorge, “Marketing de emboscada. *Ambush Marketing*”, en L.L. 2011-E, 832.

Argentino (que venía de consagrarse campeón y sub–campeón en los anteriores mundiales). La operatoria consistía en que si los clientes adquirían al menos siete productos identificados con la palabra “Gol” en las góndolas, se les obsequiaba una tarjeta que contenía un cupón que, luego de ser completado con sus datos por el portador, habilitaba a la participación en un sorteo. Además, mediante la modalidad conocida como “raspadita”, se podían ganar premios instantáneos, como camisetas del seleccionado. A.F.A. la intimó a cesar en el uso de sus marcas, pese a lo cual continuó haciéndolo hasta el fin de la campaña. El tribunal advirtió un uso indebido de derechos intelectuales que pertenecen a la demandada –el uso de marca ajena–, por lo que condenó al supermercado al pago de una indemnización⁴⁶.

Casi dos décadas después de aquel lanzamiento y poco más de un año antes del inicio del torneo Copa del Mundo de Brasil 2014, la misma cadena inició otra campaña para divulgar su “Tarjeta Cencosud”, denominada “LA TARJETA QUE TE FALTABA SACAR”, para lo cual imprimió avisos publicitarios en los catálogos de productos y ofertas en sus centros comerciales. La estrategia residió en que quienes contraten la tarjeta, iban a participar en el sorteo de un “viaje a Brasil 2014 para disfrutar en familia”. Especificaba en la publicidad que los premios incluyen pasajes, estadía y entradas a los estadios para cuatro personas a fin de presenciar dos partidos que el seleccionado argentino disputara durante el Mundial. La Federation Internationale de Football Association –F.I.F.A.– intimó al supermercado para que cesara en el uso de los signos distintivos que le pertenecían. En concreto, más allá de las genéricas protestas sobre ciertas imágenes asociadas al fútbol, el único conjunto marcario que tenía registrado F.I.F.A. y usado en la promoción era “Brasil 2014”. A diferencia del anterior, en este caso la demanda no fue aceptada. Se juzgó que la marca no fue empleada con fines de identificación de un producto o con fines engañosos acerca del origen de quien emitía la tarjeta utilizada en la rifa⁴⁷.

Una de las defensas que aportó la demandante para buscar desacreditar la promoción, es que las entradas para los partidos, al momento en que comenzó la publicidad, todavía no se habían puesto en venta. Téngase en cuenta que F.I.F.A., poniendo en duda la veracidad del sorteo ofrecido, adujo que ella se reservaba el derecho de admisión y además, como condición contractual para evitar campañas de este tipo, prohibía emplearlas en sorteos sin su autorización. El argumento fue desestimado, pues fue neutralizado por la demandada indicando que el ganador del

46. 12-08-2009, Sala II de la Cámara Federal Civil y Comercial, “A.F.A. c/CENCOSUD s/cese de uso de marcas y daños y perjuicios”.

47. Conf. Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, 09/08/2017, “F.I.F.A. c/CENCOSUD s/cese de uso de marcas y daños y perjuicios”.

premio "...solicitó ... el dinero en lugar del viaje a Brasil, y su empresa accedió a ello tal como surge del Acta respectiva ... no hubo un ganador que protestara, pues la promoción concluyó y el ganador quedó satisfecho" (sic).

5. Patrocinio de una Subcategoría (equipos, deportistas, entrenadores) o de estadios, ciudades, programas periodísticos relativos al evento

A falta de previsión contractual o estatutaria que se los prohíba, los jugadores y los equipos que han clasificado para intervenir tienen el derecho de publicitar las marcas de sus propios *sponsors* durante la participación que les concierne en el campeonato. La restricción que suele establecerse por aquellas vías es que los auspicios no recaigan en marcas que sean competidoras de los patrocinadores oficiales del torneo y, para los deportistas, que tampoco sean competidoras de las que respaldan al equipo que integran.

De otro modo, puede suceder lo que aconteció con dos campañas llevadas a cabo con motivo de la Copa del Mundo de fútbol Corea-Japón de 2002, que son descritas con precisión en el artículo de Matías Noetinger⁴⁸. Coca Cola y Adidas eran los auspiciantes oficiales del evento. Sus respectivas competidoras Pepsi y Nike aprovecharon los contratos individuales con cracks que jugarían el torneo a través de spots en que casi no se hacían alusiones a marcas como "Copa del Mundo", "Mundial", "Fifa", etc. En el comercial "Sumo", de Pepsi, se mostraba a estrellas como Beckham, Roberto Carlos, Rui Costa, Bufon, Raul, Davids, en un juego de fútbol cuyos adversarios eran luchadores del arte marcial sumo, con rasgos físicos y faciales orientales. Evidentemente el comercial buscó asociar a los futbolistas con un elemento típico de la sede del mundial, como es el sumo, generando en los consumidores una asociación entre ambos. En el caso de Nike, la acción publicitaria consistió en un supuesto torneo de fútbol llevado a cabo en una cancha de dimensión pequeña en forma de jaula. En el mismo se enfrentaban futbolistas de tres equipos de *elite* (Ronaldo –quien luego resultó goleador de la copa–, Figo, Crespo, Roberto Carlos, Toti, Saviola, Mendieta) en un partido que se definía con gol de oro, sin hacer referencia expresa a signos o logos de FIFA. Tanto uno como otro aviso, lograron captar la atención de los aficionados a los que se les impregnó una cierta sensación de vinculación con la Copa del Mundo y, a criterio de NOETINGER, no se vulneraron derechos marcarios. Algo parecido sucedió en el 2010, en donde también Adidas fue auspiciante oficial y Nike difundió el *spot* "Write the Future", protagonizado por sus futbolistas patrocinados, entre otros, Cristiano Ronaldo y Rooney.

48. Noetinger, Matías, "Análisis de los diferentes derechos de propiedad industrial y de imagen con referencia al ámbito del fútbol", en *elDial.com* – DC7BC.

También es posible lograr difusión en el evento canalizando el auspicio hacia los medios audiovisuales que le dan cobertura. Tal lo sucedido en las Olimpiadas de Los Angeles de 1984, en donde la empresa de fotografía Fuji fue la mecenas oficial, mientras que su competidora Kodak patrocinaba a la cadena ABC que transmitía los juegos. En la época de celebración del certamen, los canales de televisión, sobre todo los deportivos, suelen dar cobertura no sólo a las competencias sino durante gran parte de la jornada transmitiendo en vivo todos los pormenores, entrenamientos, declaraciones de los protagonistas, comentarios de partidos jugados y por jugarse, etc., con interesante éxito de audiencia también en este caso. De tal modo, una empresa que no patrocina el torneo, al auspiciar al canal o un programa que lo televisa, logra resultados parecidos en términos de difusión de sus marcas. Restringir esa posibilidad, no parece conciliable con el derecho a la libertad de expresión, de jerarquía constitucional en Argentina (art. 14) y también protegido en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

... una empresa que no patrocina el torneo, al auspiciar al canal o un programa que lo televisa, logra resultados parecidos en términos de difusión de sus marcas...

IV. Regulaciones publicitarias en los Juegos Olímpicos

Al abordar el tema es inevitable referirme a la polémica regla 40.3. de la Carta Olímpica que, en un determinado momento, prohibió a los participantes de los juegos usar su imagen personal para fines comerciales de marcas que no fuesen de los patrocinadores oficiales del torneo. De esta manera la entidad organizadora, en resguardo de los intereses de aquellos y de los suyos –pues a mayor exclusividad absoluta mejor puede negociar sus títulos–, cohibe a los participantes cumplir con sus compromisos, tal vez ya acordados, con sus propios auspiciantes⁴⁹.

Como era de esperar, la veda provocó el rechazo de los deportistas. Durante agosto de 2015 en la sesión 128, esa prohibición se suavizó un tanto, permitiendo la publicidad tanto a los deportistas como a las empresas que no fuesen patrocinadoras oficiales, previa autorización del Comité Olímpico Internacional –C.O.I. – y del Comité Olímpico Nacional. En el caso de las empresas, al gestionar los permisos, estaban obligadas a especificar el uso y el medio de difusión de la imagen que tengan previsto hacer.

49. Si bien se trataba de una disputa entre la Federación del país y los deportistas, es recordada la imagen de la premiación de Basquet durante los Juegos Olímpicos de Barcelona de 1992, en donde algunos jugadores del conocido como *Dream Team* auspiciados por Nike, liderados por Michael JORDAN, con la bandera de los Estados Unidos taparon la imagen de Reebok, patrocinador oficial del equipo. El episodio se recuerda con detalles en la serie "El último baile", documental sobre la franquicia Chicago Bulls, en su época, múltiple campeón de la NBA.

Esta matización no acalló los rezongos de los participantes. Los alemanes llevaron el asunto a conocimiento de la autoridad nacional de defensa de la competencia, que investigó si el C.O.I. y el Comité Olímpico Alemán, al exigir la observancia de esa regla, estaban incurriendo en abuso de posición dominante⁵⁰. Como resultado de la pesquisa, en febrero de 2019 el C.O.I. y el Comité Olímpico Alemán firmaron un “acuerdo compromiso” para relajar la aplicación de la Norma 40.3 en Alemania. Entre otros puntos, se comprometieron a que las actividades publicitarias durante los Juegos Olímpicos ya no necesitarían ser notificadas a las autoridades olímpicas y que, en el futuro, la actividad publicitaria de los participantes se permitiría. Si bien esta apertura sólo beneficiaría a los representantes alemanes, su impacto internacional hizo que se intensificaran las voces que abogaban por una nueva versión de la Regla 40 en el punto controvertido.

Finalmente, el 26 de junio del 2019, el C.O.I. modificó la disposición en examen que quedó redactada de la siguiente forma: *“Los competidores, entrenadores, instructores o miembros del personal oficial que participan de los Juegos Olímpicos podrán permitir que su persona, nombre, imagen o actuaciones deportivas sean explotados con fines publicitarios durante los Juegos Olímpicos de acuerdo con los principios determinados por el Comité Ejecutivo del COI”*. Como bien alerta la doctrina que analizó esta evolución (Fernández Pfizenmaier, 2020)⁵¹, habrá que ver cuáles son los nuevos principios determinados por dicho Comité Ejecutivo, sin perder de vista tampoco que serán los comités olímpicos de cada país los responsables de instrumentar tales nuevos preceptos.

... El texto renovado de la Regla 40.3. debería conducir a un mayor grado de respeto hacia los derechos de los deportistas, que son la verdadera llama de los juegos...

El texto renovado de la Regla 40.3. debería conducir a un mayor grado de respeto hacia los derechos de los deportistas, que son la verdadera llama de los juegos. Si bien todos ellos pueden considerarse afectados con la limitación que se viene analizando, en peor situación se coloca a aquellos participantes de las disciplinas menos populares y con mayores dificultades de repercusión, en muchos casos ya de por sí *amateurs*. Algunos, sólo en las Olimpiadas, evento para el que

50. Sobre esta conducta, ver Gusman, Alfredo Silverio, “Medidas preventivas en defensa de la competencia”, pub. en La Ley del 08/05/2014.

51. Conf. Fernández Pfizenmaier, Paula, “*Ambush marketing*: cambios en la regla 40 antes de los Juegos Olímpicos de Tokyo 2020”, en <https://abogados.com.ar/ambush-marketing-cambios-en-la-regla-40-antes-de-los-juegos-olimpicos-de-tokyo-2020/23932>.

entrenan durante mucho tiempo y en varios países con escaso o nulo apoyo de las autoridades oficiales, logran mostrar al mundo su destreza y, de ese modo, pueden aspirar a conseguir algún auspicio que les permite dar impulso a su vocación deportiva.

V. Una medida cautelar más reciente, tan interesante como polémica

La última sentencia que se pronunció sobre el asunto en mi país, al menos hasta donde he podido investigar, es el caso "A.F.A. y otros c/Unilever de Argentina s/ medidas cautelares", fallado por la Sala III del fuero civil y comercial federal el 10 de junio de 2014, dos días antes del partido inaugural de la Copa del Mundo Brasil 2014. La Asociación del Fútbol Argentino, Santa Mónica de Argentina –a quien la A.F.A. licenciaba el derecho de explotación de sus marcas– y Procter & Gamble –patrocinadora oficial del seleccionado argentino– solicitaron como medida cautelar el cese de la campaña publicitaria iniciada por su competidora directa Unilever Argentina S.A. respecto de la marca "ALA".

Para mejor comprensión del lector, intentaré describir en qué consistía el anuncio. Se trató de un video publicitario que era protagonizado por el futbolista Javier Mascherano, por entonces figura del equipo y sub-capitán. En el principio el jugador aparecía representado por un niño actor vistiendo una camiseta con los colores celeste y blanco, que identifican a Argentina. Ya adulto, el futbolista lucía una camiseta azul con su nombre –por cierto, parecida a la casaca alternativa del seleccionado argentino– con el número 14 en su espalda (que es el que utilizaba Mascherano en el equipo nacional), en el túnel de acceso al campo de juego, con el balón y aprestándose para disputar un partido de fútbol. Finaliza el aviso con una leyenda y una voz en off de un locutor que expresa: *"Ala, sponsor oficial de todo lo que aprendimos cuando estamos creciendo"*. Similares composiciones ofrecían los avisos en internet, donde además de la imagen del futbolista se leía la frase *"Ala, ya estamos listos para transpirar la camiseta ..."*, sobre un fondo celeste y blanco, con papelitos de idéntico color cayendo sobre la frase. Adujeron los demandantes que, siendo patrocinador oficial, sólo P&G estaba facultada para usar las marcas y designaciones de la A.F.A. y asociarlas a sus propias marcas. También denunciaron que se trataba de una campaña engañosa.

El Tribunal, atendiendo a lo dispuesto en el ADPIC y en el Convenio de París y en virtud del contrato de patrocinio exclusivo que todas las actoras habían rubricado, admitió la medida cautelar. Sostuvo que dada la proximidad del Mundial Brasil 2014, la imagen de Mascherano como fue exhibida en la propaganda, junto a la referencia *"sponsor oficial"*, podía razonablemente generar confusión en el público al momento

de adquirir los productos ofertados sobre que en realidad Ala poseía la calidad de patrocinador oficial de la selección cuando, en rigor de verdad, no lo era.

Al ser comentado el fallo, la doctrina (Castrillo, 2014)⁵² no encontró fundamentos que justifiquen la invocación por el tribunal del art. 50 del Acuerdo ADPIC, pues en el video no se veía uso de marca o de propiedad intelectual indebido. Sin embargo, hubo coincidencia con lo resuelto a raíz de que el demandado, con su publicidad, podría llamar a engaño al auto referenciarse como *sponsor oficial* de algo que indujera vinculación con la competencia que se avecinaba. Si bien la obra de Otamendi que he citado (Otamendi, 2011)⁵³ es anterior al fallo, pareciera que ese autor estaría de acuerdo con ese enfoque, pues a su juicio lo central es dilucidar si en la publicidad se hace pasar por patrocinador quien no lo es (Kemelmajer de Carlucci, 2012)⁵⁴. Por cierto, se trata de una de las escasas decisiones judiciales que, al menos en materia cautelar, fueron admitidas para neutralizar el *marketing* de emboscada y los demandantes lograron abortar la difusión del *spot*. Adviértase que otros pleitos que examino en este trabajo, en los que también prosperaron acciones judiciales de patrocinadores oficiales y organizadores, tenían a esa altura del diferendo, más que nada, fines resarcitorios.

... Por lo general, las distintas legislaciones domésticas carecen de normas apropiadas para afrontar estas prácticas. Tampoco existen en Argentina...

VI. Encuadre legal

Por lo general, las distintas legislaciones domésticas carecen de normas apropiadas para afrontar estas prácticas. Tampoco existen en Argentina. De hecho, los países organizadores suelen sancionar regulaciones específicas para buscar impedir las estrategias de marketing que estamos analizando. Es más, un factor contundente para ser elegido país anfitrión del evento es contar con legislación que combata la publicidad por asociación o bien que le garantice a la federación organizadora que, para la época de la celebración, ya habrá sido sancionada.

52. Conf. Castrillo, Carlos, "El *ambush marketing*" en Argentina con motivo del Campeonato Mundial de Fútbol en Brasil", ya citado.

53. "*Marketing* de emboscada. *Ambush Marketing*", ya citado.

54. Al respecto, es oportuno recordar que "*La media verdad, aunque sea verdad, constituye una tergiversación si da una falsa impresión a consecuencia de lo que se calla*" (conf. Woodroffe, G.F., "Publicidad comparativa: ¿un buen negocio para los consumidores?" en Rev. Estudios sobre consumo, Ed. Tecnos, Madrid, N° 25, p. 25, cita extraída de Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Publicidad y consumidores", cita online, RC D 977/2012).

Entre las leyes especiales promulgadas se encuentra la de Sudáfrica, cuya *Trade Practices Amendment Act*, en su art. 9 inc. "d" (Otamendi, 2011)⁵⁵, emplea términos muy amplios y cuya violación amerita hasta pena de prisión, que padecieron las desafortunadas jóvenes vestidas de naranja que promocionaban la marca cervecera durante el Mundial 2010. Por su generalidad, un reproche penal de esa naturaleza difícilmente superaría el control de convencionalidad en nuestra región.

En Nueva Zelanda, se aprobó una ley durante 2007 que castiga la publicidad en cualquier forma o lugar que pueda sugerir una razonable asociación entre la marca y el evento. Además sanciona el marketing de intrusión, al prohibir la publicidad o la venta ambulante de cualquier tipo dentro de una zona geográfica definida, o la publicidad visible desde esa zona, durante un espacio temporal establecido a tal efecto (Frega Navia, 2011)⁵⁶.

En nuestra región, tenemos el ejemplo de la ley brasileña 12.663/2012 sancionada para el Mundial de Fútbol de 2014. El art. 32 de esa norma prohíbe divulgar marcas, productos o servicios, con el fin de alcanzar una ventaja económica o publicitaria, por medio de una asociación directa o indirecta con los eventos o símbolos oficiales, sin permiso de F.I.F.A. o de persona autorizada por ella, que pueda inducir a un tercero a creer que tales marcas, productos o servicios son aprobados, autorizados o endosados por la F.I.F.A. El art. 33 se refiere al marketing de intrusión, ordenando la prohibición de exponer marcas, negocios, establecimientos, productos, servicios o de practicar una actividad promocional no autorizada por la F.I.F.A. o por una persona por ella indicada, atrayendo de cualquier forma la atención pública en los locales donde ocurren los eventos, con el fin de obtener una ventaja económica o publicitaria. Pese a la poca precisión en la conducta incriminada, en ninguno de los casos la legislación se priva de imponer reprimendas privativas de libertad (Frega Navia, 2011)⁵⁷.

Más allá del juicio que pueda merecer la razonabilidad de las legislaciones comentadas –que, por motivos de espacio editorial, me abstengo de profundizar–, debo destacar que si lo que se quiere es erradicar la práctica, son una solución a

-
55. Considera infractor a la ley a quien "... 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". He usado la transcripción de Jorge Otamendi en "*Marketing* de emboscada. *Ambush Marketing*", ya citado.
56. Dato extraído de Frega Navia, "Los alcances legales del ambush marketing ...". Añade el autor que esta norma le valió al país calificar para ser sede en diversas competencias, como el Mundial de Rugby de 2011.
57. Frega Navia, "Los alcances legales del *ambush marketing*..." citado.

lo sumo parcial, pues sus proyecciones no exceden las fronteras de los respectivos países y, por ende, no afectan campañas que puedan emprenderse en otros territorios.

VII. Marketing de emboscada y normativa protectoria del consumo

No es sencillo desentrañar si el marketing de asociación, o más precisamente el de emboscada, también infringe las reglas protectorias de defensa del consumidor. Podría sostenerse que la empresa que invirtió en el auspicio oficial del torneo buscó atraer al consumidor a su producto, pero no lo mejoró ni le ofreció ningún beneficio (Otamendi, 2011)⁵⁸. Es más, por lo general, su promoción reposa en la investidura de patrocinador oficial y no en características superadoras inherentes al producto ofertado. El problema que se presenta es determinar si la confusión que se genera con el anuncio del competidor que juega con la apariencia de patrocinante oficial, puede considerarse atentatoria del derecho a la información del consumidor (Frega Navia, 2011)⁵⁹ y, en consecuencia, de la libertad en su elección.

... No es sencillo desentrañar si el marketing de asociación, o más precisamente el de emboscada, también infringe las reglas protectorias de defensa del consumidor...

Para dar una respuesta certera respecto a ese aserto, habría que medir si el impacto de la asociación en la psiquis y en la voluntad del consumidor (Delgado Zegarra, 1994)⁶⁰ –que es el fin que toda técnica de marketing procura– fue un factor influyente a la hora de inclinarse por uno de los distintos productos ofertados⁶¹. Desde la ciencia jurídica, la ligazón entre publicidad engañosa y derechos del consumidor es casi tan indisoluble como la que existe entre publicidad engañosa y el régimen jurídico que reprinde a la competencia desleal⁶².

58. Ver, en ese sentido, Otamendi, en “Marketing de emboscada ...”, ya citado.

59. Algún sector doctrinario no lo admite, ver Frega Navia, obra precitada.

60. Se ha sostenido que la psicología pone a disposición del empresario los más variados elementos para conocer cómo actúan consumidores y cuál es la mejor manera de cautivarlos (conf. Delgado Zegarra, Jaime, “Técnicas de comercialización y publicidad”, en A.A.V.V. “Defensa de los consumidores de productos y servicios”, pág. 152, Ed. La Rocca).

61. Viene al caso recordar lo dicho por el Justice Félix Frankfurter en una sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, “La protección de la marca es el reconocimiento de la función psicológica de los símbolos ...” (“Mishawaka Rubber & Woole c/S.S. Krege Co.”, 316 U.S. 203 (1942)).

62. En ese sentido, una norma que ha inspirado a gran parte de la legislación iberolusoamericana, como el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, estableció que la protección contra la publicidad engañosa y abusiva es un derecho básico del consumidor (art. 6 inc. 4 de la Ley 8078).

De todos modos, con algunos proceder como los que se vienen examinando, pareciera que el consumidor no es el principal perjudicado y, por lo común, el menoscabo que podría ocasionársele, de existir, será mínimo. Sin descartar que haya casos en que también puede repercutir en los intereses económicos del consumidor ni relativizar la confusión que se le presenta con el marketing de emboscada, el agravio central se direcciona hacia los intereses económicos de los competidores patrocinadores oficiales. Pongámonos en la posición de quien, al verse influenciado por el ambiente que genera el torneo y con la campaña de difusión, se inclina por la oferta de quien procuró con la publicidad hacerse pasar por competidor oficial. Lo más probable es que el producto que adquirió no va a presentar diferencias sustanciales en cuanto a calidad y precio del que hubiera comprado de no existir la promoción. De allí que, como regla, las respuestas de las legislaciones vengan de la mano de los regímenes de lealtad comercial.

Conclusiones

1. Ante las distintas variantes con que puede presentarse el uso del marketing de asociación, difíciles de encriptar en una formulación normativa, la gran mayoría de los países han optado por no legislar sobre el tema. Quienes resultan sedes anfitrionas del mega evento suelen sancionar normas especiales para intentar disuadir las estrategias que he analizado, lo cual podría ser una evidencia de que sin normativa puntual, la práctica de por sí no es clandestina.
2. En una primera aproximación al problema, desde una lectura constitucional, además del derecho a la libertad de expresión (en el orden doméstico constitucional tutelado en el art. 14 y en el ámbito supranacional interamericano en el art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica)⁶³ y del derecho a ejercer

63. Entre los precedentes encontrados en los que la publicidad se encorsetó en la libertad de expresión, se recomienda la lectura de lo resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso "Casado Coca c/ España" (del 24/02/1994) y del fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso "Liquomart Inc" (de 1996, publicada en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 2 números 1 y 2, abril de 1997, pág. 227), en el que se consideró que una ley local que prohibía efectuar publicidad comercial respecto del precio de venta al público de bebidas alcohólicas violaba la primera enmienda. En Argentina, en el fallo "Cervecería y Maltería Quilmes c/ Casa Isenbeck", del día 19.05.2019, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal limitó los alcances con que se había otorgado una medida cautelar que prohibía al demandado hacer cualquier publicidad con referencias a la marca de un competidor, por afectar el derecho a expresar ideas sin censura previa (cita online AR/JUR/500/2005). El constitucionalista Miguel Ekmekdjian, al comentar la tutela cautelar que prohibió una publicidad comparativa en el marco de una acción entablada por Coca Cola contra Pepsi, sostuvo que la práctica publicitaria se encuentra amparada por la libertad de expresión (conf. "¿La publicidad comercial es una forma del ejercicio de la libertad de expresión?", en El Derecho Tomo 159, págs. 13/14). Comentando el mismo fallo en la misma publicación, Germán Bidart Campos también incluyó a la publicidad bajo el paraguas de la libertad de expresión (conf. "Publicidad comparativa, libertad de expresión y censura").

toda industria lícita (también protegido en el mencionado art. 14), en virtud del principio de reserva legal (en el ordenamiento argentino constitucionalizado en el art. 19), ante el vacío legislativo podría sostenerse que como todo lo no prohibido se encuentra permitido, el marketing de asociación no está cercenado en la actividad publicitaria.

... ante el vacío legislativo podría sostenerse que como todo lo no prohibido se encuentra permitido, el marketing de asociación no está cercenado en la actividad publicitaria...

3. La ausencia indicada no deja a los titulares de los derechos intelectuales indefensos ante el *marketing* de emboscada, pues cuentan con la efectiva protección que les confieren las distintas normativas específicas en materia de marcas, propiedad industrial y lealtad comercial. En Argentina y en los países signatarios de los Tratados ADPIC y de París, se trata de la indicada en el acápite II de este trabajo. Los conflictos que se susciten, según las características de las infracciones que se denuncien, podrán abordarse como posibles violaciones a los derechos de exclusividad consagrados en las marcas registradas o bien por ser prácticas reñidas con la leal competencia, como lo es la publicidad engañosa.
4. Para juzgar si estamos ante una práctica reprobable, no basta verificar la asociación entre la marca y el evento a través de la publicidad. La mirada del intérprete también debe posarse en si el mensaje persigue sugerir a la marca como patrocinadora cuando en realidad no lo es, lo cual colide con las sanas prácticas mercantiles y con la ética publicitaria (Kemelmajer de Carlucci, 2012)⁶⁴. Cabe señalar que, tal como sucede con toda publicidad engañosa, determinar si el marketing de asociación es lícito o ilícito depende de un análisis casuístico.
5. No hay una línea de fallos que me permitan esbozar que existe una jurisprudencia consolidada en las decisiones de los tribunales; se han litigado en diversos países, pero las sentencias no siguen un estándar concluyente. Las razones de las divergencias podrían encontrarse en que, de por sí, en esto no hay ortodoxia posible, pues, por lo general, toda marca involucra algún grado de fantasía sin el

64. Los códigos de ética publicitaria, por lo común, sientan los siguientes principios básicos o esenciales de la buena publicidad respecto de los anuncios: a) Deben ser leales, decentes, honestos y veraces; b) Deben prepararse con sentido de la responsabilidad, tanto hacia el consumidor como hacia la sociedad; c) Deben atenerse a los principios de la competencia honesta generalmente aceptados en el sector (conf. Woodroffe, G.F., "Publicidad comparativa: ¿un buen negocio para los consumidores?" en Rev. Estudios sobre consumo, Ed. Tecnos, Madrid, Nº 25, p. 25, cita extraída de Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Publicidad y consumidores", cita online, RC D 977/2012).

cual deja de cumplir su propósito⁶⁵. No es sencillo para los jueces subsumir en el marco normativo la estrategia diseñada por los especialistas en marketing, que son los adiestrados para trabajar con el poder de atracción que determinadas palabras o representaciones gráficas tienen en el mercado. Se advierte en los casos planteados que, en su mayoría, las campañas de difusión concentran el protagonismo de su mensaje en el evento, navegando por detrás de la estela que deja el rotulo de patrocinador oficial, aproximándose a la línea de protección de los títulos marcarios y a la frontera de la deslealtad comercial, en ocasiones cruzando esas barreras. Sólo si se da esta invasión, se presenta el supuesto que corresponde encuadrar como de marketing de emboscada.

6. Con frecuencia esas campañas publicitarias se inician muy cerca del inicio del certamen, no sólo para aprovechar la expectativa y la apasionada candela que generan los preparativos previos y la proximidad de la competencia, sino para evitar que, eventualmente, sean neutralizadas por respuestas judiciales obtenidas por quienes se consideren perjudicados. Como estrategia sugerida para los operadores abogados, al menos en Argentina, frente a la ilicitud de la publicidad, es clave iniciar procesos cautelares de inmediato, pues una vez consumada la infracción el posicionamiento de quien la cometió es muy difícil de revertir. Siquiera a través del resarcimiento de daños y perjuicios, dado que, en varios países de nuestra región, son discernidos en procesos de larga duración y con dificultades para valorizar el desmedro patrimonial infligido⁶⁶.

... Como estrategia sugerida para los operadores abogados, al menos en Argentina, frente a la ilicitud de la publicidad, es clave iniciar procesos cautelares de inmediato, pues una vez consumada la infracción el posicionamiento de quien la cometió es muy difícil de revertir...

65. Como bien sostuvo el Justice Frankfurter en el precedente de la Suprema Corte de E.E.U.U. ya citado, *“Una marca es un atajo para la comercialización que induce al comprador a seleccionar lo que desea o lo que ha sido llevado a creer lo que desea ... Cualquiera fueren los medios empleados la meta es la misma: comunicar, a través de la marca, a la mente de los consumidores, la deseabilidad del producto sobre el que aparece”*.

66. Véase, en ese sentido, mi voto como Juez de la Sala II del fuero civil y comercial federal argentino en la causa *“A.F.A. c/CENCOSUD”*, fallada el 12-08-2009, en el que relato las dificultades con que me encontré para cuantificar los perjuicios reclamados por la demandante; ver también Mitelman, Carlos y Zuccherino, Daniel, *“Valuación de daños en infracciones a marcas y patentes”*, en A.A.V.V. (coordinada por Uriarte, Fernando), *“Manual sobre Propiedad Intelectual”*, Ed. La Ley, pág. 43.

Bibliografía

- Bensadon, M. y Poli, I., "El ABC de la propiedad intelectual: el contenido exclusivamente negativo de los derechos sobre los bienes inmateriales", en A.A.V.V. (coordinada por URIARTE, Fernando), "Manual sobre Propiedad Intelectual", Buenos Aires, Ed. La Ley, 2010.
- Cionfrini, E., "La protección de los mercados y la competencia en la Constitución Nacional", en Doctrina Judicial, 2000.
- Castrillo, C., "El *ambush marketing*" en Argentina con motivo del Campeonato Mundial de Fútbol en Brasil", Buenos Aires, La Ley 2014.
- Delgado Zegarra, J., "Técnicas de comercialización y publicidad", en A.A.V.V. "Defensa de los consumidores de productos y servicios", Ed. La Rocca, 1994.
- Ekmekdjian, M., "¿La publicidad comercial es una forma del ejercicio de la libertad de expresión?", en El Derecho Tomo 159.
- Fernández Pfizenmaier, P., "Ambush marketing: cambios en la regla 40 antes de los Juegos Olímpicos de Tokyo 2020", en <https://abogados.com.ar/ambush-marketing-cambios-en-la-regla-40-antes-de-los-juegos-olimpicos-de-tokyo-2020/23932>.
- Frega Navia, R., "Los alcances legales del *ambush marketing* en los espectáculos deportivos", Buenos Aires, La Ley 2019.
- Gusman, A. S., "Medidas preventivas en defensa de la competencia", Buenos Aires, La Ley, 2014.
- Mitelman, C., "Marcas y otros signos distintivos", Buenos Aires, La Ley, 2015.
- Mitelman, C. y Zuccherino, D., "Valuación de daños en infracciones a marcas y patentes", en A.A.V.V. (coordinada por URIARTE, Fernando), "Manual sobre Propiedad Intelectual", Buenos Aires, La Ley, 2010.
- Noetinger, M., "Análisis de diferentes derechos de propiedad industrial y de imagen con referencia al ámbito del fútbol. Primera parte", en Revista Derechos Intelectuales N° 11, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005.
- Noetinger, M., "Análisis de los diferentes derechos de propiedad industrial y de imagen con referencia al ámbito del fútbol. Segunda parte", en elDial.com, 2015.
- O'Farrell, M., "La publicidad comparativa en el derecho argentino", Buenos Aires, La Ley 1995.
- Otamendi, J., "Derecho de Marcas", Buenos Aires, Ed. LexisNexis, 2006.
- Otamendi, J., "Marketing de emboscada. *Ambush Marketing*", Buenos Aires, La Ley 2011.
- Otamendi, J., "Ambush Marketing", en Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Año VII, N° 7, Ed. Palestra.
- Papaño, Javier, "Marca notoria, caducidad e interés legítimo", en elDial.com-DC2DEF, 2021.
- Piñeiro Salguero, J. y Rubi Puig, A., "Ambush Marketing en Eventos Deportivos", pub. en InDret Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, abril 2007.

- Polak, F., "Armando a Macri. Memoria del interventor", Ed. Claridad, Buenos Aires, 2019.
- Vasconcellos Pieri, J., "La propiedad intelectual ante el "ambush marketing" y la transmisión de la copa del mundo", en Revista Derechos Intelectuales, Buenos Aires, Ed. Astrea, serie ASIPI, 2008.
- Wilensky, A., "La Promesa de la Marca", Temas Grupo Editorial, Buenos Aires, 2005.
- Woodroffe, G.F., "Publicidad comparativa: ¿un buen negocio para los consumidores?" en Rev. Estudios sobre consumo, Ed. Tecnos, Madrid, N° 25, cita extraída de Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Publicidad y consumidores", cita online, RC D 977/2012.

