



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**EL AMBUSH MARKETING COMO UN ACTO DE
COMPETENCIA DESLEAL: ANÁLISIS DE LA
REGULACIÓN NORMATIVA DE ESTA
PRÁCTICA EN EL ECUADOR**

Autora:

María Emilia Bustamante Ávila

Directora:

Dra. Susana Vázquez Zambrano

Cuenca – Ecuador

2023

DEDICATORIA

A mi mamá, por su apoyo incondicional, esfuerzo y amor a lo largo de este camino. A mi papi, por su amor, sacrificio y trabajo para llevarme a ser quien soy. A Israel, por ser quien me motivó y apoyó a alcanzar esta meta. A Maily, Juan, Anita y Alicia, por enseñarme el valor de la familia.

AGRADECIMIENTO

Agradezco la Dra. Susana Vázquez, quien como directora de tesis fue mi guía y mentora en el desarrollo de este trabajo, y por siempre apoyarme con su ayuda y conocimientos. Agradezco además al Dr. Paúl León, quien como tribunal ha estado presente y ha guiado el avance de este proyecto. Por último, agradezco a María Dolores Vidal, amiga y compañera en este camino, quien me ha motivado y ha sido un gran apoyo para cumplir esta meta.

RESUMEN:

El presente trabajo de titulación, tienen como finalidad el análisis de la poco conocida práctica del ambush marketing dentro del ámbito jurídico, además de entenderlo como un acto de competencia desleal, para determinar en qué forma y medida las empresas y los titulares de las marcas patrocinadoras se ven perjudicados por dichos actos debido a su deficiente regulación en la normativa ecuatoriana, y proveer una guía que contribuya a proponer reformas que permitan evitar o reprimir estas conductas específicas con fines disuasivos. Como primer punto se encontrará desarrollado lo relativo a la competencia desleal y las conductas desleales, de manera que sea comprendido como parte del ambush marketing. Como segundo punto trabajaremos un análisis puntual en cuanto al ambush marketing y su relación con el contrato de patrocinio en donde se establecen ciertas recomendaciones para llevarlo a cabo. De esta manera continuamos con el siguiente punto, en donde se establece la relación puntual entre la competencia desleal y el marketing de emboscada. Para finalizar, se establecerán sugerencias a la normativa ecuatoriana para que esta práctica sea identificada y regulada.

Palabras clave: Ambush marketing, competencia desleal, contrato, patrocinio publicitario, normativa ecuatoriana.

ABSTRACT:

The present degree work, has as purpose the analysis of the little known practice of ambush marketing within the legal field, besides understanding it as an act of unfair competition, in order to determine in what form and measure the companies and the holders of the sponsoring brands are harmed by such acts due to its deficient regulation in the Ecuadorian regulations, and to provide a guide that contributes to propose reforms that allow to avoid or repress these specific conducts with dissuasive purposes. As a first point, we will develop what is related to unfair competition and unfair conduct, so that it is understood as part of ambush marketing. As a second point, we will work on a specific analysis of ambush marketing and its relationship with the sponsorship contract, where certain recommendations are established to carry it out. In this way, we will continue with the next point, where the specific relationship between unfair competition and ambush marketing will be established. Finally, suggestions will be made to the Ecuadorian regulations so that this practice can be identified and regulated.

Keywords: Ambush marketing, unfair competition, contract, advertising sponsorship, Ecuadorian regulations.



Nombre: María Emilia Bustamante Avila

Correo: emiliabustamante@es.uazuay.edu.ec

Celular: 0998259874

Código de estudiante: 86682

ÍNDICE

Índice de contenido

1. Capítulo 1: la competencia desleal: nociones generales	
y las conductas desleales	7
1.1 La competencia desleal	8
1.1.1. Origen de la competencia desleal	8
1.1.2 Concepto y características	10
1.2 Las conductas desleales	12
1.2.1. Los actos de competencia desleal en la normativa ecuatoriana	12
1.2.1.1 Actos de Confusión	14
1.2.1.2 Actos de Imitación	15
1.2.1.3 Actos de explotación de la reputación ajena	16
2. Capítulo 2: El ambush marketing: nociones generales y el Contrato de patrocinio publicitario	18
2.1 El ambush marketing	18
2.1.1 Origen y Concepto	18
2.1.2 Ámbito de aplicación del Ambush Marketing y su alcance	20
2.2. El contrato de patrocinio publicitario	24
2.2.1 Definición y nociones generales del contrato de patrocinio publicitario	24
2.2.2 Conceptualización del contrato de patrocinio en la normativa ecuatoriana.	26

2.3. Adecuación normativa del ambush marketing en el Contrato de patrocinio publicitario en el Ecuador.	28
3. Capítulo 3: actos de ambush marketing relacionados con la competencia desleal	31
3.1. Ambush marketing por intrusión	31
3.2. Ambush marketing por asociación	33
3.3. Afectaciones generales y económicas a las marcas Patrocinadoras	34
3.4. Casos prácticos de ambush marketing	36
4. Capítulo 4: Normativa sugerida	39
4.1. Propuesta de reforma a la normativa ecuatoriana aplicable.	41
5. CONCLUSIONES	43
6. BIBLIOGRAFÍA	46

CAPITULO 1

1. LA COMPETENCIA DESLEAL: NOCIONES GENERALES Y LAS CONDUCTAS DESLEALES.

1.1 La Competencia Desleal

Como punto de partida a este primer capítulo, es menester puntualizar el origen de la Competencia desleal, de manera que podamos comprender su concepto y características como la base del Ambush Marketing, con el fin de identificar qué condiciones deben cumplir ciertos actos para ser considerados desleales, y desarrollar un análisis objetivo en cuanto a la normativa ecuatoriana que regula esta práctica.

1.1.1 Origen de la competencia desleal

El principio de existencia o mejor llamado origen, es esencial para comprender ciertos temas, o elementos, tal es el caso de la competencia, que, si bien forma parte del Derecho, es necesario identificarlo desde su definición literal para adecuarla así al contexto de la competencia desleal y del ambush marketing.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la competencia en distintas situaciones como “disputa o contienda entre dos o más personas sobre algo, o la situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio” (RAE, 2022). Entendido su sentido literal, es necesario adaptar este concepto a su nacimiento dentro del Derecho, por lo que según el doctrinario Vicent Chuliá (1991), el derecho de la competencia es un “conjunto de normas e instituciones que nacen a mediados del siglo XIX con carácter especial, para proteger los intereses surgidos como consecuencia de la Revolución Industrial y de la Revolución Francesa” (Chuliá, 1991).

Si hablamos del derecho de competencia desleal, debemos reconocer que este surge de la mano del derecho de competencia en el siglo XIX como consecuencia de la Revolución Industrial, misma que trajo consigo la libertad de comercio e industria, creando individualismo y libertad económica, dejando de lado el sistema feudal tradicional de la época, lo que provocó el nacimiento de una libertad competitiva entre los comerciantes.

A raíz de esto se crea la figura “antitrust”, creando un gran impacto en Estados

Estados Unidos de Norteamérica, nombre que deviene de los acuerdos mercantiles que las nuevas industrias competidoras establecieron como modelo económico de negocio, imponiendo precios predatorios a ciertos bienes y servicios que ofrecían, desembocando en la monopolización del mercado, lo que provocó que aquellos comerciantes pequeños, quienes ofrecían los mismos bienes o servicios, únicamente obtuvieran pérdidas económicas.

Así nacen los movimientos de comerciantes buscando hacer frente a esta injusticia exigiendo a los gobernantes la regulación de las nuevas imposiciones monopolistas, de manera que se defiendan su derecho a la libre competencia, de esta actividad abusiva por parte de las grandes industrias, así nace la ley Sherman Act en América del Norte.

La Sherman Act de 1890 es considerada formalmente como la primera ley que vela por los derechos de la competencia en Estados Unidos, lo que da como resultado un nuevo modelo de ley para los demás estados existentes. Sin embargo, con el transcurrir del tiempo y el desarrollo del comercio, las reglas de la Ley Sherman se tornaron demasiado generales, lo que provocó que se dé una amplia interpretación por parte de los jueces, además de problemas en su aplicación, esta fue la razón por la que se expide la ley Clayton Act de 1914 que contiene categorías más específicas de conductas comerciales restrictivas como la discriminación de precios, acuerdos de exclusividad, y fusiones jurídico-económicas. Luego la Ley Robinson-Patman promulgada en 1936 también incluye las mismas categorías de una manera más puntual. No obstante, la ley Sherman sigue siendo fundamental en el derecho antitrust estadounidense, estando vigente aún en la actualidad (Guillem, 2010).

A pesar de esto, es necesario resaltar que Estados Unidos hasta fines del siglo XIX, mantuvo una estricta regulación en razón de la confusión de marcas como competencia desleal, existiendo jurisprudencia vinculada con la figura de *passing Off*, una normativa que permitía hacer valer los derechos de marcas no registradas con la finalidad de proteger el comercio y su derecho marcario (Contreras, 2012).

En base a este interés se empezó a considerar a la competencia desleal como un ilícito de carácter objetivo y de peligro, lo que provocó la existencia de dos caminos; por una parte, que para la sanción de la conducta debe prescindirse de las nociones de culpa y dolo, bastando la sola antijuridicidad del acto para calificarla como desleal, y, por otra parte, que para su

declaración como tal no requiere una lesión efectiva de los bienes jurídicos protegidos (Contreras, 2012).

El nacimiento de esta regulación normativa provocó que la competencia desleal sea vista desde un enfoque más importante y captó la atención mundial de los estados, de manera que constituyeron medios y nuevos enfoques normativos de gran importancia para el interés colectivo.

Pero, debemos preguntarnos ¿qué pasó con Latinoamérica y Ecuador?, para responder esto, considero pertinente mencionar la necesidad de integración latinoamericana, que nació de un modelo comunitario y normativo europeo adaptado a la realidad latinoamericana, a estos aspectos normativos, esto como medio de desarrollo económico y libertad comercial.

A raíz de este modelo, estados como Argentina, Colombia, Brasil, y otros, crearon sistemas normativos antimonopolios como un camino para evitar los actos desleales y proteger los derechos pertinentes al caso. Es así como en Argentina existió la Ley Antimonopolios desde el año de 1919, en Colombia se presentó la Ley 155106 en 1959, Chile y Brasil a mediados del siglo XX con las leyes No. 13305 Y 4137 respectivamente; estos como ejemplos de existencia normativa desarrollada para una finalidad en común, identificar y sancionar los actos de competencia desleal.

Sin embargo, es preciso entender que la positivización de estas leyes no aseguraba el cumplimiento total de aquellas, ni siquiera la protección del bien jurídico que en ella se plasmaba, siendo así una regulación nula.

A más de esto, en Ecuador, previo a la existencia una normativa “sólida” referente a propiedad intelectual, el tema de la Competencia Desleal solía ser considerada una figura la cual debía ser regulada como responsabilidad extracontractual del Código Civil, con la finalidad de que sancionen los actos de competencia desleal. “Había, además, normas dispersas en distintas leyes que señalaban actos que debían reprimirse y que podían considerarse como actos de competencia desleal” (Guillem, 2010).

Pero, aquí podemos presenciar una contradicción, puesto que al no existir una normativa sólida que regule estos actos, da cabida a que no sea posible identificar qué características

deben reunir aquellos actos para ser considerados desleales y poder ser regulados por el Código Civil o demás normas supletorias.

En base a esto, el 19 de mayo de 1998, se promulgó la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) cuyo Libro IV (Arts. 284 a 287) definía los actos de competencia desleal, enumeraba y daba los conceptos de ciertos actos que constituyen competencia desleal, inclusive con respecto a la información no divulgada, y confiere a los afectados por los actos de competencia desleal las mismas acciones que tienen los perjudicados por violación de sus derechos de propiedad intelectual, inclusive las acciones cautelares. (Guillem, 2010)

Mientras, en el año 2000, empezó a regir en la Comunidad Andina la Decisión 486, instrumento que define a la competencia desleal como tal y ciertas sanciones que recaen sobre estos actos. Más tarde en el 2011, entrará en vigencia la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado la cual se basa en la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, mientras que el Reglamento de dicha norma fue en 2012 en donde se fija la competencia respecto de prácticas desleales según los efectos de dichos actos.

Rescatamos entonces que la competencia nace de la existencia de dos rivales, en este caso comerciantes o empresarios que ofrecen un mismo producto o servicio, y quienes “compiten” para obtener la mayor proporción de clientela que puedan obtener en su negocio, con la finalidad de obtener ganancias económicas; es así que podemos decir que la competencia se desenvuelve en el ámbito económico, sin embargo, se crea la necesidad de que este sea regulado en un plano jurídico.

1.1.2 Concepto y características de la Competencia Desleal

Conceptualizar a la Competencia Desleal es un tema complejo y muy poco certero, puesto que las definiciones doctrinarias son innumerables, incluso se habla de una percepción objetiva en cuanto al tema ya que cada individuo puede tener un enfoque diferente entre lo que se considera el bien y mal. Es así que entre tantos “conceptos” o definiciones subjetivas, vemos indispensable citar al doctrinario Jaeckel (1998), quien expresa que la competencia desleal es una de las instituciones jurídicas que genera mayor nivel de dificultad tanto para el legislador como para el intérprete, pues, para empezar, el adjetivo desleal no es un término

jurídico, sino que está en relación con la ética y la moral, ámbitos subjetivos (Jaeckel, 1998).

Una definición casi certera de la Competencia Desleal, nos la proporciona Mauricio Velandia (2006), quien considera que “competencia desleal agrupa aquellos comportamientos malintencionados, adelantados por personas comerciantes o partícipes de un mercado, cuyas consecuencias son el debilitamiento de una empresa a cambio del fortalecimiento de otro, que no necesariamente debe ser el sujeto infractor” (Velandia, 2006).

Dentro de este concepto, podemos encontrar características puntuales que se derivan de este y que les dan forma a los actos desleales, vamos a enumerar cada uno de ellos para así lograr entender que abarca un acto desleal.

Como primer punto encontramos los comportamientos malintencionados, estas son conductas o actos adelantados por personas naturales o jurídicas cuya finalidad se centra en causar perjuicio a una empresa dedicada a la prestación de bienes y servicios, este no observa el principio de buena fe comercial. Mientras que al hablar de normatividad imperativa que debe ser observada tanto por competidores como por cualquier partícipe del mercado encontramos que no únicamente los comerciantes pueden ser partícipes de estos actos, sino también los consumidores quienes por “X” razón podrían desacreditar a una empresa.

Como segundo punto, hablamos del debilitamiento o perjuicio a la persona que participa o intenta participar en un mercado, esto engloba el hecho de disminuir o entorpecer su participación, y en este punto debemos tener en cuenta que la legitimación es un aspecto primordial, pues para iniciar una acción por competencia desleal debe la parte activa demostrar su interés legítimo. (Velandia, 2006)

Entonces, podemos entender que *no* es competencia desleal el captar un cliente de un competidor, ya que esa es la esencia de la competencia. La cuestión está entonces en los medios que se utilizan para captar ese cliente. Hay medios leales, como lo es el ofrecer el producto de la mejor calidad posible al menor precio posible, sin llegar al dumping, la realización de campañas publicitarias o promocionales, la distribución del producto en todos los lugares en que es buscado, para citar los principales. Como vemos, se trata de medios en los que el competidor solo se apoya en su propio esfuerzo y desde esta posición, intenta vencer a su o sus

competidores. Esta conducta es impecable y leal (Otamendi, 1998).

Es ideal captar este concepto de lo que se considera “impecable y leal”, puesto que esto nos brinda ciertas pautas para comprender a lo desleal como un concepto antónimo al mencionado, de esta manera es más fácil comprender lo opuesto para establecer un concepto claro.

Además de esto, la propia doctrina ha establecido ciertos parámetros para la configuración de un acto de competencia desleal, los cuales son tres:

1. Que el acto se realice en el mercado, es decir que esté dentro de lo visible y lo comercial, además de que se generen recursos mediante este acto,
2. Que se lleve a cabo con fines concurrenciales, es decir que esta acción tenga la intención de influir en el funcionamiento del mercado, y que perjudique la posición en el mercado de cierto comerciante, y,
3. Que el acto o actividad sea objetivamente contrario a los buenos usos mercantiles y a la buena fe. (Sanchez, 2010)

A pesar de esto, debemos entender que no todos los actos desleales deben cumplir con estas características simultáneamente para ser considerados como tales, sino que, un acto al cumplir con alguna de estas podrá ser considerado como desleal, sin embargo, debemos recordar que hablamos de un tema que podría ser subjetivo, por lo que es preciso remitirnos a la norma vigente de cada Estado para comprender a qué se considera como tal.

1.2 Las Conductas Desleales

1.2.1 Los actos de competencia desleal en la normativa ecuatoriana

El ordenamiento jurídico ecuatoriano cuenta con varias normas de regulación concurrencial, así encontramos en materia de propiedad intelectual, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación; en relación con la protección de los derechos de los consumidores, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor; y, en materia de defensa de la competencia, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. En adición, dependiendo del mercado particular, el ordenamiento jurídico ecuatoriano incluye leyes, reglamentos y normas específicas o sectoriales de regulación del

ejercicio económico de los operadores económicos. (Carrasco, 2020)

Una vez analizados los aspectos básicos de la competencia desleal, es menester analizar nuestra legislación, de manera que podamos desglosar sus aspectos objetivos y comprender su alcance. Como mencionamos en párrafos anteriores, la normativa ecuatoriana ha tenido una leve evolución en cuanto a su concepción de la competencia desleal, por lo que es necesario comprender como punto principal, qué entiende la norma por Competencia Desleal.

Es así que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en el artículo 25, manda que, se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011)

Además la Guía de Aplicación de Conductas desleales, recopila la normativa base para la regulación de la competencia desleal, estableciendo que en una primera aproximación a esta, la encontramos en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Intelectual, que, mediante su revisión de 14 de diciembre de 1900, incluyó disposiciones que regulan la competencia desleal, y en particular el numeral 2 del artículo 10, que define a la competencia desleal como todo acto de competencia contrario a los “usos honestos en materia industrial o comercial”.

Además, en concordancia, tanto la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, como la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), adoptan esta definición y la incorporan, entre sus disposiciones. En particular el artículo 258 de la Decisión 486 de la CAN, establece: “Se considera desleal todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestas”. (Carrasco, 2020)

Entendido su concepto y su desarrollo, revisaremos las prácticas desleales que reconoce la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en el artículo 27, sin embargo, para efectos del presente trabajo únicamente analizaremos los actos pertinentes que tengan relación con el tema principal de nuestro tema, el ambush marketing, por lo que plantearemos los actos de confusión, actos de imitación y por último los actos de explotación a la reputación ajena.

1.2.1.1 Actos de Confusión

Como manda el artículo 27 de la LORCPM, entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes:

1. Actos de confusión. - Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos. En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011)

Como punto principal, debemos entender que la confusión en su sentido literal, viene a ser el acto de entender una cosa por otra, es así que nace la confusión como un acto desleal, ya que este busca captar la atención de la clientela para así “hacerle creer al consumidor que un negocio o actividad, o que el producto o servicio que va a comprar, es el de un competidor” (Otamendi, 1998).

Es así que en este acto podemos identificar al competidor desleal de manera que busca acaparar la clientela de su contrincante confundiendo al consumidor mediante la falsa presentación o la distorsión de la realidad del producto o servicio que este va a adquirir.

En base a esto, podemos establecer que los actos de confusión pueden abarcar diversos ámbitos de aplicación, y también pueden ser introducidos a la competencia de distintas maneras, por lo que cualquier acto de confusión debe ser sancionado en base a lo establecido por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Además, la doctrina, nos provee de 6 actos desleales que permiten al competidor actuar

de mala fe al momento de causar confusión:

1. Usar una marca confundible con la de un competidor,
2. Usar elementos distintivos en la realización de su actividad confundibles con los de un competidor,
3. Afirmar que el producto propio es como el de un competidor. Es el caso en que se vende un producto afirmando que es “tipo” el de un competidor.
4. Hacer creer que el producto del competidor es de una distinta calidad, estado o clase, o bien que no es del competidor.
5. Usar el nombre del ex-empleador o ex-socio en la propia actividad queriendo mostrar un vínculo inexistente.
6. Imitar el producto del competidor. (Otamendi, 1998)

Sin embargo, hay un punto importante que debemos señalar en relación a estos actos, y es que los titulares de los elementos distintivos de marcas, productos y servicios deben ingeniárselas para que estos sean únicos, de manera que sea fácil identificar a un competidor desleal, además de que esto permite identificar autenticidad de la marca y reducir los intentos de confusión, en el caso contrario de que estos elementos o signos distintivos llegasen a ser “comunes”, esto daría paso a que otros competidores los utilicen, no se cree ningún tipo de distinción y el porcentaje de confusión sea mayor.

1.2.1.2 Actos de Imitación

Como tercer numeral del artículo 27 de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, tenemos a los actos de imitación:

- 3.- Actos de Imitación. - Particularmente, se considerarán prácticas desleales:
- a) La imitación que infrinja o lesione un derecho de propiedad intelectual reconocido por la ley.
 - b) La imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando resulte idónea para generar confusión por parte de los consumidores respecto a la

procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. Las iniciativas empresariales imitadas podrán consistir, entre otras, en el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros de un anuncio de un tercero.

- c) La imitación sistemática de las prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según sus características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquél. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011)

Dentro de las características que este acto tiene, dentro de la disciplina de la competencia desleal, encontramos que, en primer lugar, este acto se encuentra delimitado por el principio de la libertad de imitación, y una segunda característica es que existen diversas modalidades en la cuales se puede presentar la imitación. (Abad, 2012)

Entonces, podemos determinar que la finalidad de los actos de imitación es asemejarse de cierta manera a sus contrincantes, de manera que se aprovechan de los modelos económicos, marcarios y esfuerzo de aquellos, dando como resultado un aprovechamiento a las marcas o comercios plenamente identificados y establecidos.

1.2.1.3 Actos de explotación de la reputación ajena

Como sexto numeral del artículo 27 de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, tenemos a los actos de explotación de la reputación ajena:

6.- Explotación de la reputación ajena. - Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

Dentro de este inciso podemos notar una clara diferenciación en cuanto a la reputación industrial, comercial y profesional, sin embargo, el punto principal aquí es el reconocimiento del comerciante entre los consumidores, puesto que este va a ser el móvil para que un competidor quiera aprovecharse de una reputación construida de manera concisa.

Y al igual que en otros actos, la doctrina provee de ciertos parámetros para considerar un

acto de explotación de la reputación ajena como desleal:

- a) Que exista reputación o prestigio adquirido por un tercero,
- b) Que exista la realización de un comportamiento apto para lograr un aprovechamiento o ventaja de esa reputación ajena y,
- c) Que el aprovechamiento sea indebido (Caso Master, SPA y Eurotronic vs Distribuciones Sergipack S.L y Distribuciones Eurotronic. , 2013)

En cuanto al aprovechamiento de la reputación ajena se establece la prohibición de usar en el comercio un signo idéntico o similar a una marca notoriamente conocida cuando ello pudiese causar al titular un daño económico por razón de un aprovechamiento injusto del prestigio de la marca o de su titular. (Kresalja, 1993)

Entonces, la necesidad de protección ante la explotación de la reputación ajena, recae en la necesidad de salvaguardar los intereses económicos de los comerciantes, empresas y/o compañías, puesto que aquí está en juego el prestigio de la empresa, prestigio que es el que genera las utilidades de estas, por lo que podemos deducir que mientras más conocida es una marca, la probabilidad de que se vea afectada por estos actos es mayor.

CAPÍTULO 2

2. EL AMBUSH MARKETING: NOCIONES GENERALES Y EL CONTRATO DE PATROCINIO PUBLICITARIO

2.1 El Ambush Marketing

Una vez analizada a la Competencia Desleal como punto de partida, daremos paso a la noción del ambush marketing, de manera que comprendamos su problemática en base a su origen, concepto, y ámbito de aplicación, además conceptualizaremos la relación existente con el Contrato de Patrocinio Publicitario y su ámbito jurídico.

2.1.1 Origen y Concepto

Para dar inicio al desarrollo de este tema, es importante establecer a que nos referimos cuando hablamos de “marketing”, pues bien, una clara concepción de esta, nos la comparten los doctrinarios Armstrong y Kotler (2013), quienes lo definen como:

Un proceso social y directivo mediante el que los individuos y las organizaciones obtienen lo que necesitan y desean a través de la creación y el intercambio de valor con los demás, mientras que, en un contexto de negocios más estrecho, el marketing implica la generación de relaciones de intercambio rentables y cargadas de valor con los clientes. Así, definen al marketing como un proceso que permite enlazarse con el valor esencial que ofrecer a sus clientes, de manera que se fortalezca su relación comercial para obtener un fin determinado. (Armstrong & Kotler, 2013)

A raíz de esta concepción, encontramos miles de maneras en las que el marketing se desenvuelve, por lo que resulta lógico pensar que existen formas “poco éticas” en las que este se aplica, tal como es el caso del “ambush marketing” o traducido en español como “marketing de emboscada”, cuyo origen está relacionado con la popularidad que obtuvieron ciertos eventos como los Juegos Olímpicos, los Mundiales de Fútbol, y todos aquellos relacionados con el deporte en general, en los últimos treinta años.

Esto se dio en razón del aumento de patrocinio de estos eventos, puesto que las marcas encontraron una forma de destacar en el medio y atraer clientela gracias a estos, por ello se identifica que el surgimiento de esta práctica se dio en 1984, durante los Juegos Olímpicos de Los Ángeles.

El término “ambush marketing”, fue planteado por Jerry Welsh, quien se desenvolvía como gerente de marketing de American Express, y buscaba ciertos vacíos legales relacionados con el patrocinio de estos eventos, para así evitar realizar un gasto económico y llegar a captar clientela de una manera más simplificada. Welsh (2002), presenta una definición clara con respecto a esta práctica, y expresa que:

[...] The point to understand is that, in buying a sponsorship, a company buys only that specific, packaged product, offered as it is, with its constituent parts and attendant rights (and its liabilities). In sponsoring, does not thereby purchase the rights to all avenues leading to the public’s awareness of that property; and, more importantly, the company does not buy the rights to the entire thematic space in which the purchased property is usually only one resident. (Welsh, 2002)

[...] Ambush Marketing, correctly understood and rightly practiced, is an important, ethically correct, competitive tool in a non-sponsoring company’s arsenal of business—and imagebuilding— weapons. To think otherwise is either not to understand—or wilfully to misrepresent the meaning of Ambush Marketing and its significance for good—and winning- marketing practice. (Welsh, 2002)

Sin embargo, existen múltiples definiciones de este concepto, mismas que llegan a ser identificadas en dos categorías:

- La primera, son aquellas definiciones propuestas por sus detractores, que lo suelen calificar como marketing ilegal, parasitario o poco ético;
- La segunda, las de sus defensores, como es el caso de Welsh, que lo consideran marketing agresivo, pero legal o legítimo puesto que, por lo general, comporta el pago de derechos asociados a la contratación publicitaria. (Piñeiro Salguero, 2007)

Pues en base a esto, podemos destacar diferentes autores que definen al ambush marketing como:

- Para Sandler y Shani, el ambush marketing es “aquella campaña o esfuerzo planeado por una organización para asociarse indirectamente con un evento, buscando adquirir al menos algún reconocimiento o beneficios que se obtienen al ser patrocinador oficial” (Sandler; Shani, 1994).
- Según Meenaghan (1994), el ambush marketing “consiste en aquella práctica de una empresa, a menudo un competidor, que captura la atención del público en torno al

acontecimiento, desviando así la atención hacia sí misma y lejos del patrocinador” (Meenaghan, 1994).

- De acuerdo con Bean (1995) el ambush marketing “ocurre cuando aquellos que no son patrocinadores oficiales buscan ganancias o beneficios que solo están disponibles para estos” (Bean, 1995).

Es así, que podemos definir al ambush marketing propiamente como aquellas prácticas, de terceros ajenos a ciertos eventos mediáticos y de gran importancia en donde buscan acaparar clientela, promocionar sus servicios o productos, y obtener beneficios económicos sin tener una participación directa como patrocinadores oficiales del evento, y sin adquirir algún tipo de licencia para obtener estos beneficios, aprovechándose así de su gran popularidad.

A continuación, un breve ejemplo según Sauer (2002; citado en Piñeiro, 2007), que nos permite entender al ambush marketing de una manera más simplificada y acorde a la realidad:

“Imagínate que haces una fiesta e invitas a mucha gente, mientras tu compañero de piso no te ayuda a prepararla, ni a costearla. Imagínate que la noche de la fiesta aparece tu compañero y actúa como si él hubiera organizado la fiesta contigo. Imagínate atónito mirando a tu compañero aprovechándose de tu esfuerzo y de tus gastos. Ahora, imagínate que esa fiesta sólo te ha costado 20 millones de dólares”.

Entendido el concepto, es pertinente analizar el ámbito de aplicación del ambush marketing y su alcance dentro del ámbito jurídico.

2.1.2 Ámbito de aplicación del Ambush Marketing

En cuanto a la práctica del ambush marketing, existen tres grupos dentro de los cuales esta se desenvuelve, siendo así:

- Primero, aquellos actos que buscan crear confusión en la clientela y hacerlos creer que cierta marca es patrocinadora oficial de un evento cuando esto no es así, aquí nos estaríamos refiriendo a la competencia desleal y lo que ella engloba.
- Segundo, conforman los casos en los que se hace uso de los signos que han sido previamente registrados ya sea como marcas o como aquellos símbolos que ciertas leyes especiales regulan o prohíben su uso;
- Y el último grupo que consta de aquellos actos que llegan a ser legítimos y legales.

En base a esto, la doctrina ha proveído una clasificación de ciertos actos en los que el ambush marketing es aplicado en la realidad actual de los eventos, sin embargo, analizaremos aquellos que son relevantes para el análisis de la problemática de este trabajo de titulación.

2.1.2.1 Transmisión de anuncios publicitarios en fechas cercanas a eventos mediáticos en los que aparezcan figuras públicas relacionadas con el evento.

Estos son actos muy comunes que llevan a cabo aquellas empresas o marcas que ponen en práctica el ambush marketing o también conocidos como “ambush marketers” o “emboscadores”, y es una manera de confundir al público en general y captar clientela; esta práctica básicamente consiste en realizar anuncios o propagandas publicitarias, utilizando ciertos signos distintivos o ciertos personajes famosos que forman parte del evento, y que estos sean transmitidos antes o durante el mencionado evento (en desmedro de sus competidores quienes obtuvieron licencias y derechos dentro este) de manera que la marca publicitada cree un vínculo -ficticio- entre esta y el evento con la finalidad de acaparar consumidores.

Un claro ejemplo de esto, es el caso suscitado en los Juegos Olímpicos de Sídney del 2000, en donde dos marcas deportivas: Nike y Ansett, adquirieron derechos como patrocinadores oficiales del evento, invirtiendo millones de dólares en él, sin embargo sus competidores, las marcas Adidas y Qantas, adquirieron espacios publicitarios en estaciones televisivas que se encargaban de la transmisión de los Juegos Olímpicos, y anunciaban su marca creando confusión en los espectadores quienes relacionaron a ambas marcas como patrocinadores oficiales del evento, afectando a los verdaderos patrocinadores de entonces.

Sin embargo, en la actualidad existe un mayor control por parte de las organizaciones con respecto a esta práctica, ya que, al ser muy común y predecible, los patrocinados han optado por implementar una serie de controles en materia contractual en conjunto con los medios de comunicación encargados de transmitir el evento, así como con los patrocinadores en general.

2.1.2.2 Patrocinio del canal de televisión que retransmite el evento.

Esta forma de ambush marketing es una de las más ingeniosas, puesto que ciertas marcas aprovechan los vacíos legales con respecto al patrocinio y toman “vías alternas” para llegar a ser visibles en los medios y ante los espectadores. En este caso, cabe la posibilidad de que una marca pague para ser patrocinador oficial de un canal de televisión que ha adquirido los derechos de transmisión de cierto evento popular, de manera que se lo relacione con el

evento sin la necesidad de aportar una mayor suma de dinero para ser patrocinador oficial del mismo y obtener los mismos beneficios como si este lo fuera.

Un ejemplo claro de esta práctica se dio en 1984, en los Juegos Olímpicos de Los Ángeles, en donde la marca Fuji pagó para ser patrocinador oficial del evento, sin embargo, su competidor Kodak en su astucia por promocionarse, se plantó como patrocinador oficial de la cadena de televisión ABC, quien obtuvo los derechos de transmisión de los Juegos Olímpicos de aquel entonces.

2.1.2.3 Patrocinio del equipo de un país o de deportistas individuales

Este caso es muy similar al mencionado anteriormente, pues se relaciona con el patrocinio a ciertos equipos o deportistas que están totalmente ligados a un evento y que han obtenido fama y reconocimiento por sus logros.

De esta forma, en múltiples ocasiones las empresas o marcas optan por el empleo de participantes reconocidos (en lugar del evento como tal) para la realización de anuncios creativos que logran una conexión indirecta con un evento en particular, sin tener que pagar millones por posicionarse como un patrocinador oficial del evento. (Griffin, 2014)

Esto genera una grave confusión para los consumidores puesto que al ver una figura reconocida portando cierta marca, que no está oficialmente ligada con tal evento, los relaciona de manera que empiezan a distinguir a aquella marca como parte del evento o como patrocinador oficial del mismo, perjudicando a quienes han adquirido verdadera y legalmente aquel título.

Otra de los casos que permiten ejemplificar esta clase de ambush marketing es la publicidad realizada a favor de la marca Paddy Power por el futbolista Nicklas Bendtner en la Copa Europea 2012. Así, tras anotar un segundo gol, mostró su ropa interior publicitando claramente al signo anteriormente mencionado. Esto trajo como resultado una sanción y una multa de cien mil euros a dicho deportista, la misma que posteriormente fue asumida por la empresa Paddy Power, ya que se optó por no apelar la decisión adoptada por la Unión de Federaciones de Fútbol Europeas (BBC, 2012).

Aquí una pequeña crítica con respecto a la sanción es el hecho de que a pesar que la compañía fue obligada a realizar el pago de la multa, obtuvo reconocimiento de los

espectadores “pagando” (haciendo referencia a la multa) una cantidad menor a la que le habría costado para ser patrocinador, de cierta manera la marca se vio beneficiada gracias a un comportamiento desleal.

2.1.2.4 Uso no autorizado de entradas en una campaña promocional

Para este caso, es necesario recordar que, los boletos o entradas para ciertos eventos siempre contienen una serie de condiciones, y al comprarlas celebramos un contrato en donde se adquieren derechos y se contraen obligaciones.

Teniendo en cuenta esto, podremos explicar de qué trata esta práctica; básicamente se centra en ciertas marcas o “emboscadores” que utilizan las entradas o pases para estos eventos como un premio para los clientes que participen de sus campañas publicitarias o concursos, sin embargo esto caería en una ilegalidad, ya que ciertos boletos tienen prohibida la entrega o sorteo de los mismos a modo de premio, sin tener la debida autorización de los organizadores, es decir sin tener licencias de uso debidamente adquiridas.

Se puede notar que esta clasificación es una de las más usadas en la actualidad con la finalidad de captar clientes; un ejemplo básico al que podemos hacer alusión, es el caso del mundial de futbol Qatar 2022, que, al ser el evento más esperado de los últimos 4 años, causa un gran revuelo, por lo que instituciones, empresas, marcas, etc., han optado por hacer campañas publicitarias en base al sorteo de entradas para este mega evento, sin embargo la FIFA ha regulado la utilización de la marca del mismo y ha prohibido este tipo de estrategias de manera que se evite la creación de vínculos directos entre estos terceros con el evento, sin ser patrocinadores oficiales, y evitar que se perjudique a quienes han adquirido estos derechos legalmente, sin embargo la falta de regulación normativa con respecto a esta práctica ha permitido que siga siendo llevada a cabo en Ecuador.

2.1.2.5 Entrega de productos publicitarios (gorras, camisetas, etc.) en donde se plasme una marca o identifique a la misma, a los asistentes de cierto evento.

Es muy común que, en los eventos masivos, las marcas que ofrecen productos o servicios busquen captar la atención de los asistentes entregando “merchandising” de la marca de forma gratuita, sin embargo, esto acarrea una práctica de ambush marketing, ya que se desacredita a los verdaderos patrocinadores y pueden hacer poco visibles a estas marcas que han pagado por obtener un título de sponsor oficial.

Cabe mencionar lo sucedido en 1996, cuando se llevaron a cabo los Juegos Olímpicos de Atlanta, en donde la marca deportiva Reebok se posicionó como patrocinador oficial del evento, sin embargo su competidor Nike, con el propósito de destacar en el evento, decidió regalar pancartas a los asistentes y aficionados, mismas que llevaban la frase “Just Do It USA”, misma que representa el slogan de Nike, además entregaron gorras con su marca alrededor del estadio, opacando así al verdadero sponsor de los juegos.

Asimismo, el autor André Soldner (2006) señala que el ambush marketing puede ser directo o indirecto. El primero incluye aquellas prácticas en las que una empresa sugiere al público consumidor que es el sponsor oficial de un evento mediante el uso no autorizado de signos que se encuentran protegidos por el organizador. En estos casos existen remedios legales claros que pueden ser empleados por los organizadores para lograr el cese de la actividad publicitaria puesto que estas prácticas involucran una violación directa a derechos de propiedad intelectual. El segundo, por su parte, involucra estrategias de asociación más sutiles que se enmarcan dentro de un área gris del derecho. (Soldner, 2006)

Mientras que Peter Barlett (2007) establece que el ambush marketing por asociación puede incluir desde el uso de marcas, nombres comerciales o logos en la comercialización de servicios o productos o en la realización de material publicitario hasta la asociación con un evento por medio de formas más creativas que no implican el uso directo de signos distintivos (Barlett, 2007).

2.2. El contrato de patrocinio publicitario

El contrato de patrocinio publicitario, o también conocido como sponsorización, se presenta como un elemento fundamental dentro de la controversial practica del ambush marketing, puesto a que es uno de los acuerdos principales que se ven vulnerados por la misma. Además, es necesario entender su perspectiva y funcionalidad desde el punto de vista jurídico y económico para establecer sus bases dentro de la competencia desleal, y demostrar su importancia dentro de los negocios.

2.2.1 Definición y nociones generales del contrato de patrocinio publicitario.

A lo largo del tiempo, la necesidad de desarrollar técnicas que permitan al mercado vender productos o servicios para obtener ganancias han dado como resultado grandes estrategias de mercadeo que han permitido a las marcas sobresalir ante su competencia, sin embargo, de la mano de este desarrollo, nace la necesidad de regulación jurídica y acuerdos

contractuales, dando como punto de partida el contrato de patrocinio publicitario. Para captar la esencia de este contrato, considero pertinente definir al patrocinio de manera pura y simple, mismo que se lo considera como una estrategia publicitaria que tiene la finalidad de captar clientes por medio de la asociación de cierta marca o empresa de servicios o productos con un evento, alguna actividad o incluso personas reconocidas en el medio, mismas que deben representar valores que los atraiga, obteniendo un aumento en las ventas.

Generalmente, el patrocinado, que suele tener repercusión mediática, debe promover la marca, nombre, imagen o actividad de la patrocinadora. Así, por ejemplo, una empresa puede estar interesada en patrocinar a algún club de fútbol, pero a cambio le pide que en los partidos de fútbol los jugadores utilicen el uniforme con el logotipo de su empresa (Wonder Legal, 2022).

Existen varios autores que buscan definir el contrato de patrocinio, sin embargo, este no puede ser analizado de una manera objetiva, ya que presenta varios elementos trascendentales, como por ejemplo el comunicativo. Siendo así, tomamos como referencia a la doctrinaria Sandra Echeverry (2015), quien establece que:

El contrato de patrocinio consiste en un acuerdo de voluntades entre el sujeto patrocinador y el sujeto patrocinado, quienes consienten en obligarse, el primero a efectuar un beneficio de naturaleza patrimonial en dinero o en especie a favor del segundo a cambio de la realización de una actividad de naturaleza publicitaria a cargo del patrocinado en un evento concreto o durante un tiempo determinado. (Echeverry, 2015)

Como se mencionó anteriormente, uno de los elementos del patrocinio es el de la comunicación, pero más allá de esto, también tiene una finalidad de comercialización, es por esto que, en el primer caso, las marcas normalmente buscan crear una expectativa de confianza y benevolencia ante su audiencia, ya que lo esencial en estos casos llega a ser la opinión pública. Por lo tanto, la comunicación busca la construcción de la imagen. Cuando la empresa no es capaz de desarrollar o crear directa, rápidamente y con eficacia los elementos de valor determinantes para la construcción de la propia imagen pública, puede abreviar el proceso gracias a la asociación de la propia imagen con la de eventos cercanos a los propios objetivos de comunicación. El presupuesto necesario es que exista una coherencia

de fondo entre los valores implícitos o no expresados de la empresa y los explícitos del evento o del ente objeto de la sponsorización. Y aunque una empresa ya haya logrado construir valores de comunicación gracias a la autoridad de la propia historia, puede en todo caso reforzar su patrimonio de imagen acercándose a los valores expresados por el evento sponsorizado.

Mientras que, al hablar de la comercialización, se enfoca en la manera y forma de llegar al mercado, utilizando técnicas de mercadeo lo suficientemente útiles para captar la atención del público en general.

En virtud de lo expuesto, el término patrocinio incluye dos actividades: i) un intercambio entre el patrocinador y el patrocinado mediante el cual este último recibe un pago y el primero obtiene el derecho a asociarse a la actividad patrocinada y, ii) el marketing de la asociación emprendido por el patrocinador. Respecto a la segunda actividad, es importante resaltar que, si bien el patrocinio está ligado al marketing y a la publicidad, no se puede confundir con estos términos.

2.2.2 Conceptualización del contrato de patrocinio en la normativa ecuatoriana

Entendido el contrato de patrocinio, se vuelve esencial su conceptualización dentro de la normativa ecuatoriana de manera que podamos comprender el alcance de este acuerdo de voluntades. Si bien el contrato de patrocinio se ha vuelto muy común en la sociedad, su naturaleza jurídica lo plantea desde otra perspectiva.

Como punto principal, se debe destacar que este contrato es innominado o también llamado atípico, esto porque la normativa ecuatoriana no lo regula dentro de su ordenamiento jurídico, ni ha sido previsto por el legislador, a diferencia del contrato nominado, mismo que se encuentra regulado por la ley, en lo referente a sus efectos, requisitos y circunstancias aplicables. Por lo tanto, el presente contrato se rige por 3 reglas importantes según la doctrina:

1. Por las reglas que gobiernan los actos y declaraciones de voluntad, reglas de carácter general y aplicables a todos los actos y declaraciones de voluntad, cualquiera que sea su naturaleza;
2. Por el acuerdo de las partes que acuerdan llevarlo a cabo;

3. Por último, se aplican por analogía las reglas de los contratos nominados más semejantes, siempre que lo permita la naturaleza especial del contrato, siempre que las modalidades especiales del contrato innominado que se celebra permitan la aplicación de esas reglas. (Viteri, 2018)

Basándonos en el tercer punto, podemos relacionar al contrato de patrocinio con el ámbito publicitario, por lo que este se vería regulado por la normativa relacionada con publicidad y competencia desleal del Ecuador.

Respecto a este tipo de contratos, la Corte Suprema de Justicia, que hoy conocemos como Corte Nacional de Justicia, ha establecido lo siguiente:

Dentro del principio de libertad de las convenciones nada hay que se oponga al valor y eficacia de los que revisten la condición de innominados mientras no pugnen con los preceptos jurídicos de orden público, que corresponden a los actos y declaraciones de voluntad y a las prescripciones generales que reglan toda clase de contratos. - Deben calificarse de innominados los contratos no comprendidos en los que se hallan especialmente definidos por la ley y sujetos a sus reglas especiales. No siendo el contrato ninguno de los definidos por el Código Civil debe calificarse como innominado y regirse por las estipulaciones del propio contrato y por los preceptos legales que, por analogía puedan avenirse a las peculiares modalidades, a los efectos de su cumplimiento. (Corte Nacional de Justicia, 2002)

Con relación a lo mencionado, cabe la interpretación del contrato de patrocinio de manera que se analicen sus cláusulas y las disposiciones expuestas en éste para así establecer una guía, en base a un contrato de naturaleza similar, de manera que pueda constituir una base para la regulación del contrato de patrocinio, en medida de lo posible.

Es así que en la búsqueda de ciertos contratos nominados que sirvan como base para la regulación del contrato de patrocinio, encontramos al contrato de arrendamiento, ya que en aquel se regula el acuerdo de voluntades de las partes en razón a la prestación de un bien o servicio, además de que se fija el pago de un precio por aquella prestación y ambas partes cumplen con ciertas obligaciones fijadas en el contrato preestablecido; lo mencionado permitirá que al momento en el que se presente cualquier controversia en relación al cumplimiento del

contrato, este pueda ser solventado por la normativa del contrato análogo.

Por otro lado, en lo que se refiere a su estructura, el contrato de patrocinio es un contrato marco, de manera que, en principio, la figura contractual no recurre a la acumulación o fusión de varios contratos. Es así que, el contrato de patrocinio es principal dado que subsiste por sí mismo sin que necesite de otra convención para existir o cumplir su función. Asimismo, se destaca que la etapa formativa del contrato es simple pues se generan prestaciones específicas para las partes, las mismas que deben ser cumplidas en la etapa de ejecución (Arnau, 2004).

Ahora, para que este contrato se perfeccione basta únicamente el mero consentimiento de las partes al llegar a un acuerdo de voluntades, este es el único requisito puesto que al ser un contrato atípico no necesita cumplir con ningún otro tipo de formalidad o solemnidad para perfeccionarse, sin perjuicio de las formalidades que convencionalmente podrían pactar las partes.

Finalmente, es importante mencionar que el contrato al ser bilateral, va envuelta la condición resolutoria en caso de incumplimiento por alguno de los contratantes. De ahí que, el contratante podrá, a su arbitrio, pedir la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo, con indemnización de daños y perjuicios. Así, podría presentarse el caso de que el patrocinador no cumpla con su prestación dineraria o que el patrocinado, por causas imputables al mismo, realizare su obligación publicitaria con alteración, defecto o menoscabo de algunos de sus elementos esenciales, supuesto en que el patrocinador podrá pedir un cumplimiento forzoso de la obligación conforme a los términos pactados, más la indemnización por daños y perjuicios o, pedir a la autoridad judicial dejar sin efecto el contrato más los daños y perjuicios ocasionados por tal resolución. (Echeverry, 2015)

En base a lo comentado entendemos que, si bien la normativa ecuatoriana no regula plenamente al contrato de patrocinio en su forma natural, existen otros medios y recursos que permiten llevar a cabo este acuerdo de voluntades en base a normativa que regula otros contratos que podrían considerarse análogos al contrato mencionado en este capítulo.

2.3. Adecuación normativa del ambush marketing en el contrato de patrocinio publicitario en el ecuador

Como analizamos en el punto anterior, el contrato de patrocinio al ser atípico no cuenta con una regulación formal en la normativa ecuatoriana, sin embargo, es posible que sea regulado en base a la normativa de ciertos contratos análogos además de la legislación que rige sobre la competencia desleal (que en capítulos anteriores se lo entendió como el resultado de las prácticas de ambush marketing), por esto es preciso adaptar el ambush marketing en relación al patrocinio para identificar su alcance.

Si bien el contrato de patrocinio se rige por el derecho privado, debemos recordar el principio en virtud del cual, “En el derecho privado se puede hacer todo, excepto lo que la ley prohíbe”, por esto se considera que existen ciertas cláusulas dentro del mencionado contrato que deben ser reguladas conforme a tres aspectos, i) al Derecho de Competencia desleal, que desencadena el ambush marketing, que en nuestra legislación se encuentra regulada dentro de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, además de la Constitución en el Art. 335; ii) Propiedad Intelectual en cuanto al otorgamiento de licencias y derechos de uso de imagen; y iii) Y por analogía las reglas de los contratos nominados más semejantes a este.

Por lo tanto, el contrato de patrocinio -como recomendación- debería contener las siguientes cláusulas, además de las generales de ley, para evitar que un tercero se aproveche de aquel y realice un acto que constituya ambush marketing, debido a la falta de una normativa sólida en el Ecuador:

- i) Establecer ciertas limitaciones en relación a terceras personas o empresas similares al patrocinador oficial, es decir el patrocinado únicamente tendrá como patrocinador a una sola marca con respecto a un producto o servicio específico, de manera que se evite caer en actos de confusión; además de que se informe previamente de la futura incorporación de nuevos patrocinadores;
- ii) Fijar una cláusula de acuerdo de confidencialidad de datos que han sido proporcionados por el patrocinador en razón de la necesidad de publicitar la marca, de manera que ningún “competidor” tenga acceso a ellos y se aproveche de esto como una forma de Competencia Desleal;
- iii) Por último, es importante asegurarse de conocer las normativas locales antes de asociar sus campañas o marcas con grandes eventos deportivos como el Mundial

de Fútbol u otros similares, para poder accionar ante cualquier práctica de ambush marketing.

CAPÍTULO 3

3. ACTOS DE AMBUSH MARKETING RELACIONADOS CON LA COMPETENCIA DESLEAL

En cuanto a los actos de competencia desleal, pudimos sintetizarlos brevemente en capítulos anteriores partiendo desde su regulación y reconocimiento en la normativa ecuatoriana, sin embargo, es menester englobarlos y explicarlos dentro del punto de vista del ambush marketing para entender su naturaleza.

3.1. Ambush marketing por intrusión

Uno de los principales actos de marketing de emboscada es aquel que se realiza por intrusión, su estrategia principal se basa en la exposición de la marca, sin embargo este cumple con una característica específica que lo convierte en una práctica contraria a los usos honestos en este tipo de actividades, y es que este se expone en el lugar en donde se realiza el evento masivo, en sus alrededores, en exhibiciones aéreas, y mediante la entrega de souvenirs a los asistentes, aprovechando la publicidad que genera dicho evento sin la autorización de sus organizadores y sin ningún tipo de derecho de patrocinio sobre el mismo.

Un claro ejemplo de esta práctica es la entrega de productos publicitarios (gorras, camisetas, etc.) en donde se plasme la marca o identifique a la misma, a los asistentes de cierto evento¹, aprovechándose de la popularidad del mismo sin pagar por ningún tipo de derecho.

Aquí encontramos una nueva figura que es la base de este tipo de práctica, y es el conocido “Marketing de Guerrilla” que es básicamente una estrategia que busca cumplir con grandes expectativas publicitarias, que normalmente se obtendrían mediante la adquisición de derechos como patrocinador y la inversión de grandes cantidades de dinero, únicamente con la utilización de ingenio y creatividad para realizar así una mínima inversión económica en su publicidad.

Entonces podemos deducir que esta forma de publicidad contiene dos aspectos esenciales que lo distinguen del Marketing común (y ético podría decirse), estos son:

1. No es necesaria la inversión de grandes cantidades de dinero para llegar al público en específico;

¹ Revisar el ejemplo plasmado en el capítulo dos del presente documento.

2. Este puede ser utilizado de manera general para cualquier marca o empresa, sin importar si es grande o pequeña, ya que su finalidad es abstenerse de invertir más dinero.

En la realidad, se han presentado miles de prácticas haciendo alusión a este tipo de marketing, un claro ejemplo de ello es aquella estrategia aplicada por Nike en los Juegos Olímpicos de 1996, en donde buscó captar la atención de los asistentes al evento mediante la entrega de banderas con su signo representativo y con la construcción de un “Nike Village” junto a la “Villa Olímpica”, logrando distinguirse en el evento y confundiendo a los espectadores con respecto a quien era el verdadero patrocinador del evento, pues quien habría obtenido este título fue su rival Reebok.

Pero a raíz de ello, y en base a la preocupación de los organizadores con respecto a los daños que puedan sufrir los patrocinadores, se han acostumbrado a crear “zonas limpias” que buscan establecer cierto perímetro en donde no exista ningún tipo de publicidad de terceros no autorizados para evitar que estos se beneficien del evento sin haber adquirido los derechos necesarios.

Sin más, esta estrategia se relaciona con la Competencia Desleal puesto que, algunas de sus consecuencias son la confusión y la desviación de clientela para los competidores, trayendo en sí serias consecuencias para las marcas patrocinadoras, esto porque al referirnos a los actos de confusión en cuanto a la competencia desleal, se hace alusión al hecho de que ciertas marcas en uso de esta práctica de marketing buscan (de mala fe) crear esa incertidumbre y confusión a los espectadores y clientela con respecto a los productos o servicios de sus competidores, haciéndoles creer que estos son los patrocinadores o forman parte de aquel evento de renombre (cuando en realidad no lo son), aquí también entra en juego la percepción y psicología de las personas, ya que esto provoca que el cliente prefiera a este “falso patrocinador” por sobre otras marca o para tal efecto sobre los patrocinadores oficiales.

Podemos decir que de igual forma funciona la desviación de clientela, puesto que esta puede originarse en base a la confusión de la clientela, sin embargo, es necesario en este caso que se demuestre que los interesados en consumir cierto producto o servicio, no lo hagan en razón o como consecuencia de las prácticas desleales aplicadas por el competidor, que hayan provocado que la clientela cambie de opinión y tenga otra preferencia.

3.2 Ambush marketing por Asociación

A diferencia de lo que ocurre con el ambush marketing por intrusión, en este tipo de conducta, aquella empresa ajena a un evento masivo, utiliza los nombres, imágenes, o signos distintivos de los organizadores del mismo, para así obtener ciertas ventajas sin ser patrocinador oficial; básicamente el objetivo de esta práctica es “asociar” esta empresa ajena al evento con los organizadores, de manera que los consumidores o clientela crea que los productos o servicios que esta empresa ofrezca, son aprobados y permitidos por los organizadores en cuestión.

Para entender de mejor manera este tipo, nos basaremos en el siguiente ejemplo:

Imagínate que un supermercado lanza una campaña publicitaria con el siguiente mensaje: “Por tus compras mayores a \$50 recibe un boleto para participar por un viaje a Qatar para ver la final del Mundial de futbol 2022”, utilizando los signos distintivos de la FIFA, si bien parece que no existe ningún problema aquí, el mencionado supermercado al no ser patrocinador oficial del evento o al no tener ningún tipo de licencia de uso de marca, no tiene derecho de comercializar o realizar algún tipo de publicidad con los signos distintivos de los organizadores, por lo que estaría cayendo en una ilegalidad al asociar su marca con el evento.

Sin embargo, es necesario distinguir que no se está ante un caso de ilegalidad por el uso indebido de la marca o de los signos distintivos del evento, sino ante una conducta desleal cuya característica esencial es la finalidad o el objetivo de la “falsa asociación” o de “asociación indirecta”.

De misma manera, en el tipo de asociación indirecta, uno de los mayores casos que se han presentado fue el de la compañía Nestlé, que a razón de crear una asociación indirecta con el Campeonato de Futbol Europeo del 2012 sin ser patrocinador, optó por crear una campaña publicitaria ofreciendo a sus consumidores la oportunidad de ganar 12000 euros, por lo que en los empaques del chocolate KitKat se lanzó esta promoción con la imagen de una pelota de futbol, lo que logró crear una asociación indirecta en los consumidores con el Campeonato de fútbol, aumentando así sus ventas.

De esta manera, podemos captar que aquí mayoritariamente se generan actos de

confusión a la clientela, lo que perjudica a sus competidores quienes han adquiridos los títulos de patrocinadores oficiales de ciertos eventos populares.

3.3 Afectaciones generales a las marcas patrocinadoras

Varias empresas en el mundo, aprovechan la oportunidad que les otorga la llegada de grandes eventos, ya sean deportivos o de asistencias masivas, y deciden realizar inversiones significativas para ser patrocinadores oficiales con autorización exclusiva para hacer uso de marcas registradas por los organizadores, como la FIFA o los equipos nacionales de fútbol. Sin embargo, muchas otras compañías aprovechan la popularidad de estos eventos con el mismo propósito de promocionar sus productos y servicios, y ver un alza en sus ventas sin adquirir ningún tipo de derechos como patrocinadores oficiales (Gutierrez & Concha, 2018).

Una vez analizados todos los factores, características y tipos de ambush marketing existentes en relación con las conductas desleales, podemos deshebrar cuales son las afectaciones que sufren las empresas patrocinadoras, aquellas que se publicitan por el camino de lo legal, y la competencia leal y honesta para con sus competidores.

Como bien sabemos, el patrocinio tiene como finalidad que una empresa vincule o asocie su marca con cierto evento u organización de gran popularidad que le permita publicitarse de manera que acapare la atención de la clientela y el mero reconocimiento de su producto o servicio dentro del mercado, sin embargo, esto puede traer tanto beneficios como riesgos en cuanto a la inversión que realiza.

Para idealizar la cantidad de dinero que se invierte en patrocinios nos remitiremos al Mundial de Futbol de Qatar 2022, el cual está lleno de patrocinios, entre ellos:

1. El contrato entre la FIFA y la marca de cerveza Budweiser, acordó un patrocinio oficial de \$75 millones de euros, otorgándole así a la titular de la marca, la venta exclusiva de la cerveza en el Mundial de Futbol 2022, además plantearon que el patrocinador deberá proporcionar una cantidad ilimitada de cerveza a los socios de este ente deportivo y sus invitados;
2. Otro patrocinador muy importante fue Adidas; como principal patrocinador oficial de la pelota del Mundial invirtió la cantidad final de \$100 millones de dólares con la finalidad de publicitarse de manera exclusiva en los partidos de la FIFA.

3. Asimismo, la empresa titular de Coca-Cola, como cada cuatro años, realizó una inversión como patrocinador de 50 millones de dólares;
4. Entre otras marcas como McDonald's, Qatar Airways, Hyundai y Claro, se estima que la FIFA recibió un pago aproximado de \$1,353 millones de dólares por razón de patrocinadores oficiales.
5. Por último, también debemos hacer alusión a aquellos que no son patrocinadores oficiales, pero si obtuvieron derechos y licencias de transmisión televisivo del evento deportivo, como Fox Sport que pagó una suma de \$40 millones de dólares y Telemundo que acordó una cifra de \$60 millones de dólares por la exclusividad de la transmisión;

Como podemos darnos cuenta, este es un tema muy relevante para el comercio y la industria, puesto que se manejan cifras exuberantes de dinero por lo que es necesario regular las prácticas de mercadeo que pueden presentarse alrededor de estas marcas para así proteger los derechos que han adquirido legalmente y evitar que terceros se aprovechen de su popularidad y renombre.

En base a esto, enumeraremos brevemente lo que a nuestro criterio son las afectaciones generales y económicas que podrían llegar a sufrir los patrocinadores oficiales por actos de ambush marketing:

1. Principalmente la pérdida económica de la inversión realizada con el motivo de promocionarse oficialmente en un evento en el cual esperaba obtener ganancias mayores a las invertidas;
2. Una de las motivaciones al patrocinarse en eventos de gran magnitud es mostrar el renombre empresarial y la presencia de la marca en el mercado, sin embargo, al existir competidores que practican el ambush marketing, se podrían ver afectados en cuanto a su reconocimiento y su exclusividad frente a la clientela, perdiendo todo el esfuerzo realizado para obtener aquella distinción;
3. Los patrocinadores podrían llegar a sufrir mayores pérdidas económicas a más de la inversión realizada, ya que podría decaer la venta de sus productos o servicios por

- un acto de competencia desleal causado por su competidor;
4. Las empresas titulares de estos derechos podrían llegar a presentar cierta decadencia en cuanto a su crecimiento y alcance geográfico de ventas, ya sea de manera nacional o internacional;
 5. A más de las consecuencias que les traería que los competidores realicen un acto de ambush marketing en sus eventos exclusivos, las empresas patrocinadoras se verían obligadas a gastar miles de dólares en actos administrativos o demandando a sus competidores.
 6. Pueden presentarse casos en los que ciertos organizadores de otros eventos populares no les permitan ser sus patrocinadores oficiales en razón de su preferencia por sus competidores que lograron acaparar la atención con la práctica del ambush marketing.

Estas son algunas de las afectaciones que podrían llegar a sufrir las empresas titulares de las marcas patrocinadoras gracias a la práctica del marketing de emboscada, es por eso la necesidad de regular jurídicamente estos actos para evitar que siga surgiendo e incrementando su aplicación en el mercado publicitario.

3.4 Casos prácticos de ambush marketing

Para terminar de entender el Ambush Marketing, es indispensable analizar algunos casos reales (de muchos que se presentan eventualmente), de manera que nos permita comprender la importancia y la necesidad de que este tema sea regulado.

En el Mundial de Fútbol Brasil 2014, se dieron varios casos de ambush marketing, entre ellos el caso de la cerveza Bavaria, empresa que creó una estrategia de mercadeo un tanto “desleal”, esta marca compró entradas para que varias modelos asistieran a los partidos principales vistiendo camisetas que hicieran alusión a la marca y la publiciten, mezclándose con el público, opacando así al patrocinador oficial de cervezas que fue la marca “Budweiser”.

Sin embargo, debemos realizar un análisis con respecto a este tema, puesto que podría parecer una solución fácil el haber prohibido la entrada de aquellos modelos, sin embargo, debemos preguntarnos, de ser el caso ¿No podría entrar ninguna persona con alguna prenda con la marca de algún competidor?

Pues bien, la solución para regular los actos de ambush marketing, sería el que se busque una definición válida a esta práctica, además de reconocer a que hace referencia la mala fe en el uso de signos distintivos de eventos que tienen relevancia pública, además sería necesario basarse en la legislación existente con respecto a propiedad intelectual y este tipo de contratos innominados para determinar así la responsabilidad del infractor. (Gutierrez & Concha, 2018)

A raíz de este caso, en Brasil como sede de las Olimpiadas 2016, se promulgó una legislación especial con la cooperación del Comité Olímpico Internacional, el Comité Paralímpico Internacional, el Comité Organizador Río y la Oficina de Marcas de Brasil, para proteger del ambush marketing a los símbolos y expresiones específicamente relacionadas con las Olimpiadas de Río y a los patrocinadores oficiales del evento. Esta ley prohíbe a los anunciantes la práctica de actividades ilegales de ambush marketing que incluyen: ambush marketing por asociación y por intrusión. Antes de eso, la ley Federal Nro. 12.663, que regulaba las políticas gubernamentales durante el Mundial de fútbol, incluyó en sus artículos 31 y 32, la prohibición de prácticas de ambush marketing, tales como promoción de marcas, productos o servicios por asociación directa o indirecta con los símbolos oficiales de la FIFA.

Otro caso relevante se presentó a raíz de los Juegos Olímpicos de Atlanta en 1996, donde la New Zealand Olympic CGAI, demandó a la compañía telefónica Telecom, con la finalidad de defender al patrocinador oficial del equipo de Nueva Zelanda “Bellsouth” que al igual que la accionada, ofertaba servicios telefónicos. La estrategia de ambush marketing implicó la publicación de anuncios en los periódicos en el que aparecía cinco veces la palabra RING, cada una con los colores representativos de los aros de las Olimpiadas, creando una relación con los Juegos Olímpicos.

Como principal argumento, el accionante alegó que la publicidad ejecutada por Telecom podría generar la impresión en el consumidor de que existe una asociación entre la compañía y los Juegos Olímpicos o con el equipo olímpico de Nueva Zelanda, lo cual configuraba un acto de publicidad engañosa. Como respuesta, Telecom alegó que la campaña publicitaria

únicamente tenía como finalidad que los consumidores conozcan que pueden usar su telefonía en caso de viajar a Atlanta para los Juegos Olímpicos, además señalaron que muy pocos consumidores se tomarían el tiempo y el nivel de atención necesaria para reconocer la metáfora o interpretarla como producto de un contrato de patrocinio. Asimismo, se estableció que los sponsors generalmente resaltan su calidad de patrocinadores en los anuncios publicitarios, lo cual no se manifestó, esto permitió demostrar que no existía un contrato de patrocinio entre Telecom y la New Zealand CGAI. Por otro lado, New Zealand CGAI, argumentó que la publicidad generaba una asociación con el evento y los consumidores identificarían a Telecom como su patrocinador oficial, como lo habría sido años antes.

El Tribunal concluyó que Telecom no midió las consecuencias de su anuncio, sin embargo, no lo hizo de mala fe, además de que los accionantes pudieron haber actuado un tanto “paranoicos” con respecto a posibles repercusiones.

Analizando el caso en concreto, debemos tener en cuenta que existió ambush marketing y que se plasmó un acto de competencia desleal que tal vez no fue percibido por el tribunal, ya que aquí se dio una presunta dilución marcaría² vulnerando su derecho de propiedad con respecto a su marca, por lo que se debió establecer una sanción a la práctica ejecutada por Telecom (práctica que debió ser analizada en su forma y fondo).

Aunque Telecom llevó a cabo una campaña publicitaria en la que los aros de los Juegos Olímpicos fueron usados de una forma bastante creativa, no deja de vulnerar los derechos de propiedad intelectual obtenidos a favor de la New Zealand CGAI tomando en cuenta lo referente a la dilución marcaría, y aunque se haya concluido que no se generó un acto de confusión con respecto a los consumidores, se debió haber sancionado el acto de dilución que se originó, y además el hecho de que el consumidor no haya confundido a los patrocinadores no quiere decir que la práctica no haya afectado al signo distintivo de las marcas involucradas, al contrario, mediante este tipo de actos se está aprovechando de la reputación y fama de los anillos olímpicos, lo cual debe ser debidamente sancionado. (Muñoz, 2015)

² La dilución marcaría hace referencia al debilitamiento que sufre una marca en razón a su distinción de entre otras marcas, servicios o productos.

CAPÍTULO 4

4. NORMATIVA SUGERIDA

Es esencial que el Ambush Marketing cuente con una normativa que lo reconozca y lo regule, puesto que uno de los principales problemas legales que este puede traer es el relativo al registro de marcas, por lo que, como primer punto debemos tener en cuenta que el titular de una marca tiene control sobre aquella y tiene la facultad de impedir que terceros realicen un uso indebido y poco ético de la misma en caso de que esto empiece a generar ciertas confusiones y daños a la propia marca o a terceros que se encuentren legalmente asociados con ella, pero para eso necesita una norma que lo respalde, esto se complementa además con el derecho de imagen, pues al igual que la marca, el dueño de la imagen puede impedir que esta sea usada para beneficio de otros sin obtener algún tipo de regalías.

Además, como lo mencionamos a lo largo del presente trabajo, pudimos demostrar la estrecha relación entre el ambush marketing y la competencia desleal ya que básicamente el competidor, quien se conoce como “ambush marketer”, puede obtener el protagonismo, generar confusión y desviar a la clientela del patrocinador oficial con esta práctica de publicidad desleal.

En relación a lo mencionado, cabe destacar además que la publicidad realizada por los competidores en base al marketing de emboscada puede caer en una suerte de publicidad engañosa o poco verídica para la clientela ya que se asocian indirectamente con un evento importante cuando en realidad no existe tal asociación.

En el Ecuador encontramos regulada a la Competencia Desleal, como lo vimos en capítulos anteriores, sin embargo, no existe una normativa sólida que se refiera al Ambush Marketing en cuanto a su definición y mucho menos sanciones por su aplicación, por lo que en este capítulo se establecerá una propuesta de reforma a la normativa ecuatoriana en cuanto a esta práctica, pero para llegar a esto primero debemos tener en cuenta las regulaciones que han aplicado países vecinos como es el caso de Colombia o Brasil, que si bien no cuentan con una regulación estricta, han empezado a brindarle seriedad a este tema dentro de su normativa.

En el caso colombiano, la Superintendencia de Industria y Comercio (desde ahora en adelante SIC por sus siglas) ha tomado las riendas con respecto al ambush marketing y lo define claramente como “mercadeo parasitario, que se basa en una marca de la competencia y se aprovecha de los espacios publicitarios de estas para su propio beneficio” (Restrepo, s.f.).

A pesar de reconocer la existencia del ambush marketing, este aún no está plasmado en la normativa como tal, sin embargo, a raíz del Mundial de fútbol de 2014, la SIC emitió la Resolución 0611 de 2014, en donde establecía que aquellas marcas o empresas que buscaban llevar a cabo publicidad con relación o entorno al Mundial de Fútbol, debían señalar principalmente que los premios o incentivos no incluirían las entradas para los partidos del Mundial organizado por la FIFA. Es decir, que, si una empresa o marca utilizó como premio los pasajes a Brasil y alojamiento en el evento, y además cumplía con los requisitos legales para este sorteo, debía especificar estrictamente lo mencionado en la Resolución emitida. Cabe recalcar que el verdadero propósito de la Superintendencia al expedir la Resolución mencionada fue dar cumplimiento a la Ley 1480 de 2011, que le otorgó facultades administrativas relacionadas con la protección del consumidor, y en consecuencia ordenar las medidas necesarias para evitar que se causara daño o perjuicio a los consumidores por violar las normas de protección del consumidor, sin embargo aquí únicamente se está velando por los derechos del consumidor, más no por los derechos de propiedad intelectual de los organizadores o patrocinadores (Delvasto & Cote, 2014).

Mientras que, en Brasil, a raíz del Mundial de Fútbol del 2014, del que fue sede este país, se presentaron una gran cantidad de casos de ambush marketing para los cuales dicho país no estaba preparado en su normativa, puesto que en ese entonces no lo regulaba. Años después, con la noticia de que Brasil sería nuevamente sede de un mega evento como lo fueron los Juegos Olímpicos de Río de Janeiro 2016, en asociación con entidades internacionales; las autoridades brasileñas emitieron una legislación especial en cooperación con el Comité Olímpico Internacional, el Comité Paralímpico Internacional, el Comité Organizador Río 2016 y la Oficina de Marcas para proteger del ambush marketing a los símbolos y expresiones específicamente relacionadas con las Olimpiadas de Río y a los patrocinadores oficiales del evento. Esta ley prohibía a los anunciantes la práctica de actividades ilegales de ambush marketing que incluyen: ambush marketing por asociación y por intrusión (prácticas que

fueron analizadas previamente). Antes de eso, la ley Federal Nro. 12.663, que regulaba las políticas gubernamentales durante el Mundial de fútbol incluyó en sus artículos 31 y 32, la prohibición de prácticas de ambush marketing, tales como promoción de marcas, productos o servicios por asociación directa o indirecta a los símbolos oficiales de la FIFA (Gutierrez & Concha, 2018).

En el resto de Latinoamérica, al igual que en Ecuador, no existe normativa o pronunciamiento específico con respecto al Ambush Marketing, si bien existen entes de control con respecto a Propiedad Intelectual y derechos del consumidor, no existe una autoridad administrativa que proteja de manera total a los derechos de aquellos que adquieren licencias o derechos de patrocinio sobre un evento u organización, y mucho menos legislación óptima para aquello.

5.1 PROPUESTA DE REFORMA A LA NORMATIVA ECUATORIANA APLICABLE

En base a lo analizado previamente, este capítulo se centrará en una propuesta de reforma a la normativa ecuatoriana en relación con el ambush marketing, partiendo desde la normativa existente que podría ser una guía para estructurar nuevas disposiciones que permitan regular el ambush marketing en función de la Competencia Desleal.

Como punto de partida, es necesario tener en cuenta lo analizado en el capítulo primero con relación a los actos de competencia desleal en la normativa ecuatoriana, ya que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) los reconoce, sin embargo no especifica ningún tipo de sanción en su práctica; además designa a la autoridad competente administrativa que es la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) únicamente para velar por los derechos del consumidor y ejercer control de mercado, dejando de lado los derechos de los competidores y, como es en este caso en concreto de ambush marketing, los derechos de los patrocinadores.

Por otra parte, el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI), llega a ser otro ente de control que podría relacionarse con el tema de ambush marketing, sin embargo, este ente administrativo protege los derechos intelectuales y se rige bajo el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, código que no regula la competencia desleal en general y mucho menos el ambush marketing, por lo que este órgano no sería competente para

intervenir en un caso de marketing de emboscada, sin embargo, este organismo es competente para sancionar las infracciones al derecho de marca, el derecho de autor y el derecho de imagen, mismos que se ven afectados dentro de la práctica de esta técnica de mercadeo, no pudiendo sancionar al responsable de la práctica desleal en sí.

Por lo tanto, como primer punto se propone que, se reconozca la práctica del Ambush Marketing desde su naturaleza, además de ser definida claramente (como lo hace la Superintendencia de Industria y de Comercio de Colombia) y establecerse una sanción económica proporcional al perjuicio que llegase a causar a las marcas patrocinadoras titulares de marcas y otros activos, en caso de que esta sea usada como una técnica de mercadeo publicitario por terceros ajenos a aquellos eventos masivos, de los cuales se ha venido hablando a lo largo de este análisis.

Así que, como recomendación, la LORCPM debería agregar a más de lo que manda el Art. 27, un inciso en donde se mencione que: “Se considera ambush marketing a toda estrategia de mercadeo mediante la cual, una empresa o tercero ajeno a un evento, sin obtener previamente ningún tipo de derecho, se aprovecha para su beneficio propio de los espacios publicitarios del mencionado evento, otorgados a un patrocinador, siempre que le cause un perjuicio grave a este último.”; además es necesario que reconozca que dentro de este se puede presentar Ambush Marketing por asociación y por intrusión. Finalmente se debe establecer una sanción económica que sea proporcional al perjuicio causado a las empresas patrocinadoras que invierten grandes cantidades económicas para publicitarse dentro del evento, dejando expedita la vía civil para reclamar daños y perjuicios en caso de considerarlo pertinente.

Por consiguiente, es necesaria una ampliación de las competencias de los organismos antes mencionados, es decir la SCPM, o el SENADI, de manera que estos sean capaces de proteger y regular además, los derechos de los patrocinadores considerados como agentes económicos y titulares de derechos intelectuales.

Otra de las propuestas podría ser que se dé la creación de un órgano administrativo autónomo de control, que regule y sancione aquellas conductas desleales que no constituyen una afectación al mercado en estricto sentido, a los derechos de los consumidores en general, ni un uso indebido de un activo de propiedad intelectual, pero que sí podrían causar un perjuicio a un competidor, por un acto intrusivo o asociativo en el ámbito publicitario, con las consecuentes afectaciones que se ha mencionado hasta el momento, evitando llegar a extremos en la aplicación de la norma, que coarten la libertad de las personas o del mercado.

5.CONCLUSIONES

Concluimos entonces que, el ambush marketing nace como una nueva estrategia de publicidad que acapara la atención de los competidores y sus empresas para publicitarse de una manera más económica y eficaz. De aquí podemos identificar al contrato de patrocinio publicitario, en donde ciertas empresas obtienen el título de patrocinadores oficiales de un evento específico con la finalidad de publicitarse y acaparar así la tención mediática de los consumidores y estar en el ojo del mercado, teniendo en cuenta que esto lo realizan mediante vía legal.

De ahí, es importante mencionar que este contrato al ser atípico, se celebra únicamente con la voluntad de las partes, por lo que su falta de control y especificidad en la ley crea la necesidad de que sea regulado en base a contratos análogos o en los principios generales del negocio jurídico, es por esto que, como recomendación, se plantearon tres posibles clausulas que las partes deberían establecer en su contrato:

- i) Establecer limitaciones claras con respecto a otros patrocinadores;
- ii) Fijar un acuerdo de confidencialidad;
- iii) Regirse en base a las normativas locales según el evento.

Estos tres puntos planteados, llegan a ser importantes para que así los patrocinadores puedan protegerse de las acciones planteadas en razón del ambush marketing por sus competidores, demostrando así que esta técnica de publicidad es perjudicial para los patrocinadores, como lo hemos venido analizando a lo largo del presente trabajo.

En cuando al marketing de emboscada, destacamos que es una técnica de mercadeo muy fuerte y suspicaz que utiliza elementos básicos, pero creativos para introducir una marca al público y publicitarse dentro de eventos masivos de una manera que parece ser “inofensiva”, pero al analizar su fondo hemos podido darnos cuenta de que genera graves afectaciones a los patrocinadores oficiales, tales como pérdidas económicas, desprestigio de marca, pérdida de clientes, entre otros.

Además, es importante resaltar que el ambush marketing es un término relativamente

nuevo, sin embargo, en esta última década ha tomado más fuerza dentro del ámbito jurídico por lo que nos hemos topado con varias definiciones de aquella práctica y varios puntos de vista tanto a favor como en contra. A pesar de esto, aún no encontramos una definición concisa que englobe todos los elementos que lo conforman, sin embargo, en base a lo estudiado a lo largo de este trabajo, podemos decir que el ambush marketing o marketing de emboscada consiste en un tipo de publicidad parasitaria aplicada por una empresa ajena a un evento para publicitarse obteniendo ganancias y beneficios a su favor, sin haber adquirido un acuerdo y derechos de patrocinio con los organizadores, ocasionando perjuicio a sus competidores.

En base a esto, debemos comprender que el camino “fácil”, no siempre significa lo legal, por lo que en razón de lo analizado podemos afirmar que la práctica de ambush marketing desemboca en la competencia desleal en cuanto puede llegar a crear confusión y hasta desviación de clientela que llega a perjudicar a los patrocinadores oficiales de un evento. Conforme a esto, se plantearon las afecciones que llegan a sufrir las marcas patrocinadoras, contestando así la pregunta objeto de nuestra investigación: “¿De qué manera afecta la deficiente regulación del Ambush Marketing en el Ecuador a los derechos de los titulares de las marcas patrocinadoras?”, pues la deficiente normativa ha llevado a que los titulares de los derechos en mención no puedan ejercerlos de manera segura y se vean afectados por terceros.

Por otra parte, debemos recordar que la competencia desleal puede llegar a ser un término subjetivo, puesto a que engloba lo ético y lo moral, pero desde un punto de vista jurídico esta práctica persigue proteger a los agentes económicos que se encuentran en el mercado, y para esto en el Ecuador existen normas y entes que lo regulan, tal como la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado y la Superintendencia de Control de poder del Mercado respectivamente; además es preciso mencionar la necesidad de que se protejan los derechos intelectuales de las organizaciones patrocinadas y patrocinadores, y para esto el ente encargado de su regulación es el SENADI.

Una vez entendidos estos puntos importantes, podemos reafirmar la necesidad de establecer normas jurídicas que regulen las prácticas de Ambush Marketing en el mercado de manera que este sea, reconocido, definido, regulado y se apliquen sanciones pertinentes en relación al perjuicio que cause su aplicación, sin más a raíz de esto, es pertinente ampliar la competencia ya sea del SENADI o de la SCPM para su regulación, o establecer la posibilidad de creación de un órgano autónomo con la competencia de atender este tipo de prácticas.

Analizado el ambush marketing, podemos concluir que esta práctica está conformada por una diversidad de actos que pueden incurrir en su aplicación, por lo que es necesario que estos sean analizados de forma singular para que así se puedan establecer sanciones pertinentes y pueda ser entendido a profundidad de manera que se establezca su relación con la competencia desleal demostrando la violación a los derechos de los patrocinadores.

En base a lo expuesto, este trabajo de titulación sirve como guía para identificar los actos de ambush marketing en torno al patrocinio, de manera que permita a los organizadores y patrocinadores accionar contra estos en cuanto sus derechos se vean vulnerados.

Bibliografía

- Abad, J. (2012). *LA IMITACIÓN Y CONFUSIÓN COMO ACTOS DE COMPETENCIA*. Quito.
- Armstrong, G., & Kotler, P. (2013). *Fundamentos de Marketing*. Mexico: PEARSON EDUCACIÓN. Obtenido de [https://frq.cvg.utn.edu.ar/pluginfile.php/14584/mod_resource/content/1/Fundamentos %20del%20Marketing-Kotler.pdf](https://frq.cvg.utn.edu.ar/pluginfile.php/14584/mod_resource/content/1/Fundamentos%20del%20Marketing-Kotler.pdf)
- Arnau, L. (enero de 2004). *El contrato de patrocinio publicitario: aproximación a su régimen jurídico*. Obtenido de Vlex: <https://app.vlex.com/#vid/231640>
- Barlett, P. (2007). *Ambush Marketin Convergence Vol.3*.
- BBC. (18 de Junio de 2012). *Euro 2012: Nicklas Bendtner banned for underpants celebration*. Obtenido de BBC: <https://www.bbc.com/sport/football/18443469>
- Carrasco, P. (2020). *Guía de Aplicación de Conductas desleales contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Quito.
- Caso Master, SPA y Eurotronic vs Distribuciones Sergipack S.L y Distribuciones Eurotronic. (Audiencia Provisional de Barcelona 05 de marzo de 2013).
- Chuliá, V. (1991). *Compendio Crítico del Derecho Mercantil, Volumen 2, tomo I*. José Ma. Bosh.
- Contreras, Ó. (2012). *La Competencia Desleal y el Deber de Corrección en la Ley Chilena*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. Recuperado el 10 de Octubre de 2022
- Delvasto, C., & Cote, P. (2014). El ambush marketing y el Mundial de Fútbol Brasil 2014: una reflexión a la luz de la regulación en Colombia. *Revista de Derecho Privado N. 52*, 10.
- Echeverry, S. (2015). *El contrato de patrocinio deportivo*. España: REUS S.A.
- Griffin, C. (2014). Ambush Marketing Pushing the Boundaries or a Legitimate Sales Tactic. En C. Griffin, *Ambush Marketing Pushing the Boundaries or a Legitimate Sales Tactic* (pág. 12). Product Law and Advertising.
- Guillem, M. V. (2010). *El Derecho de la Competencia*. Obtenido de https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/10/167a206_el_derecho.pdf
- Gutierrez, M., & Concha, J. (11 de Julio de 2018). *LexLatin*. Obtenido de LexLatin: <https://lexlatin.com/opinion/es-el-ambush-marketing-en-america-latina-una-practica-ilegal>
- Jaeckel, J. (1998). *Apuntes sobre Competencia Desleal*. Bogotá.
- Justicia, C. S. (18 de Marzo de 2002). Registro Oficial 536. *Registro Oficial 536*. Ecuador.

- Kresalja, B. (1993). Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre represión de la Competencia Desleal. *Revista de Derecho* N.47, 42.
- Muñoz Saritama, A. N. (2015). *El Ambush Marketing: ¿Una Práctica de Competencia Desleal?* Quito. Obtenido de <file:///C:/Users/Emilia/Desktop/OCTAVO%20CICLO/MATODOLOG%C3%8DA/AMBUSH%20MARKETING.pdf>
- Otamendi, J. (1998). La Competencia Desleal. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1.
- Piñeiro Salguero, J. R. (2007). *Ambush marketing en eventos deportivos*. Barcelona: InDret. Obtenido de https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/439_es.pdf
- Portellano, P. (1995). *La imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*. Madrid: Civitas.
- RAE. (20 de Octubre de 2022). *Real Academia de la Lengua Española*. Obtenido de Real Academia de la Lengua Española: <https://dle.rae.es/competencia?m=form>
- Restrepo, D. (s.f.). *Superintendencia de Industria y Comercio*. Obtenido de Superintendencia de Industria y Comercio: <https://www.sic.gov.co/en/ambush-marketing>
- Sanchez, J. (2010). *La Ampliación del Concepto de Competencia Desleal*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Soldner, A. (2006). Ambush Marketing and the 2010 World Cup. *German South African Lawyers Association Newsletter*, 1 - 104.
- Velandia, M. (2006). *Derecho de los Mercados (Apuntes)*. Bogotá: Litoriver Ltda.
- Viteri, L. A. (2018). CONFLICTO NORMATIVO EN ECUADOR RESPECTO AL CONTRATO DE TRANSFERENCIA DE MARCA. *CONFLICTO NORMATIVO EN ECUADOR RESPECTO AL CONTRATO DE TRANSFERENCIA DE MARCA*. Babahoyo, Ecuador. Obtenido de <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/9231/1/PIUBAB080-2018.pdf>
- Welsh, J. (2002). “*Ambush Marketing: What it is, what it isn't*”.
- Wonder Legal. (10 de 01 de 2022). *Wonder. Legal España*. Obtenido de Wonder. Legal España: <https://www.wonder.legal/es/modele/contrato-patrocinio-publicitario#:~:text=El%20patrocinio%20es%20una%20estrategia,un%20aumento%20en%20las%20ventas.>
- BLANCO, Ó.C. (2012). Evolución histórica de la competencia desleal. In *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena* (1st ed., pp. 39–48). Ediciones UC. <http://www.jstor.org/stable/j.ctt15hvttk.7>
- Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado. (2011). Artículo 27. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre.
- Pedro Portellano. *La Imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*.(1995) Madrid: Civitas, p. 261.

Superintendencia de Regulación y Control de Poder del Mercado. Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado. (2011) Artículo 25. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre.

227 Audiencia Provisional de Barcelona. (2013).Caso Master, SPA y Eurotronic vs Distribuciones Sergipack S.L y Distribuciones Eurotronic. Sentencia de 05 de marzo.

Sandler, D. y Shani, D. (1989). Olympic Sponsorship vs “ambush” marketing: Who gets the gold? *Journal of Advertising Research*, XXIX(4), 9-14.

Meenaghan, T. (1994). Point of view: Ambush marketing: Immoral or imaginative practice? *Journal of Advertising Research*, XXXIV(3), 77-88.

Bean, L. (1995). Ambush marketing: Sports sponsorship confusion and the Lanham Act. *Advertising Age*, (75), 1099-1134.

Conor Griffin.(2014).Ambush Marketing.Pushing the Boundaries or a Legitimate Sales Tactic?. *Product Law and Advertising*, Vol 21. p. 12.

André Soldner.(2006).Ambush Marketing and the 2010 World Cup. *German South African Lawyers Association Newsletter*.p. 1. 104

Peter Barlett.(2007).Ambush Marketing. *Convergence*, Vol 3.p. 32.

Sandra Echeverry.(2015).El contrato de patrocinio deportivo. España: REUS S.A. p. 42.