

*Ambush Marketing*

**Evelyn Abisambra Bernal**

**LLM in European and Global Law**

**Directora: Paz Soler**

## RESUMEN

En este documento se presentan algunas prácticas de *ambush marketing* o marketing de emboscada y se realiza un análisis jurídico de estas estrategias para determinar si las mismas pueden ser consideradas como actos de competencia desleal. En primer lugar, se conceptualiza el *ambush marketing* y el contrato de patrocinio (conceptos claves para entender la problemática que nos ocupa). Posteriormente, se analizan diferentes prácticas de *ambush marketing* (por intrusión y por asociación). En la tercera sección, se describe el concepto de competencia desleal, junto con los actos de competencia desleal dentro de los cuales se podrían enmarcar las prácticas de *ambush marketing*. En cuarto lugar, se examinan los elementos jurídicos del *ambush marketing* para determinar si podría o no existir un acto de competencia desleal.

## TABLA DE CONTENIDO

<b><u>INTRODUCCIÓN</u></b>	<b>8</b>
<b><u>1 CAPÍTULO I: CONCEPTOS CLAVE - CONTRATO DE PATROCINIO PUBLICITARIO Y <i>AMBUSH MARKETING</i>.</u></b>	<b>10</b>
<b>1.1 PATROCINIO PUBLICITARIO</b>	<b>10</b>
1.1.1 CONTEXTUALIZACIÓN DEL PATROCINIO PUBLICITARIO	10
1.1.2 CONTRATO DE PATROCINIO PUBLICITARIO	11
<b>1.2 <i>AMBUSH MARKETING</i></b>	<b>12</b>
1.2.1 DEFINICIÓN DE <i>AMBUSH MARKETING</i>	12
<b><u>2 CAPÍTULO II: PRÁCTICAS DE <i>AMBUSH MARKETING</i></u></b>	<b>15</b>
<b>2.1 <i>AMBUSH MARKETING</i> POR ASOCIACIÓN</b>	<b>15</b>
2.1.1 USO NO AUTORIZADO DE ENTRADAS EN UNA CAMPAÑA PUBLICITARIA	15
2.1.2 REALIZACIÓN DE ANUNCIOS EN LA FECHA DEL EVENTO O FECHAS CERCANAS A ESTE, RELACIONADAS CON EL EVENTO O QUE PUEDAN LLEGAR A ASOCIARSE CON EL EVENTO.	16
2.1.3 PATROCINIO DEL EQUIPO DE UN PAÍS, DE DEPORTISTAS INDIVIDUALES, O DE PARTICIPANTES DEL EVENTO.	16
2.1.4 ADQUISICIÓN DE DERECHOS PUBLICITARIOS EN LOS MEDIOS QUE TRANSMITEN O RETRANSMITEN EL EVENTO.	17
2.1.5 USO DEL MARKETING DE <i>INFLUENCERS</i> PARA ASOCIARSE CON UN EVENTO.	18
<b>2.2 <i>AMBUSH MARKETING</i> POR INTRUSIÓN</b>	<b>18</b>
2.2.2 REGALO DE PRODUCTOS DE UNA MARCA NO PATROCINADORA DEL EVENTO A LOS ASISTENTES DEL EVENTO.	19
2.2.3 UTILIZACIÓN DE ESPACIOS CERCANOS AL EVENTO PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DE PUBLICIDAD DE UNA MARCA NO PATROCINADORA DEL EVENTO.	19
2.2.4 IMPLEMENTACIÓN DE FORMAS CREATIVAS QUE HACEN ALUSIÓN A LA MARCA DENTRO DE LAS INSTALACIONES DEL EVENTO.	20
<b><u>3 CAPÍTULO III: COMPETENCIA DESLEAL Y ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL POSIBLEMENTE RELACIONADOS CON EL <i>AMBUSH MARKETING</i></u></b>	<b>21</b>
<b>3.1 CONCEPTO DE COMPETENCIA DESLEAL</b>	<b>21</b>
<b>3.2 MARCO JURÍDICO APLICABLE A LA COMPETENCIA DESLEAL EN ESPAÑA</b>	<b>22</b>
<b>3.3 ACTOS ESPECÍFICOS DE COMPETENCIA DESLEAL RELACIONADOS CON EL <i>AMBUSH MARKETING</i></b>	<b>23</b>

3.3.1	ACTOS DE ENGAÑO	24
3.3.2	ACTOS DE CONFUSIÓN	26
3.3.3	ACTOS DE EXPLOTACIÓN DE LA REPUTACIÓN AJENA	27
3.3.4	PUBLICIDAD ILÍCITA	29

<b>4</b>	<b><u>CAPÍTULO IV. ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS ESTRATEGIAS DE <i>AMBUSH</i> MARKETING</u></b>	<b>32</b>
<b>4.1</b>	<b><i>AMBUSH MARKETING</i> COMO ACTOS DE ENGAÑO</b>	<b>32</b>
4.1.1	INFORMACIÓN PRESENTADA A LOS DESTINATARIOS	32
4.1.2	CAPACIDAD DE GENERAR ERROR	33
4.1.3	IDONEIDAD PARA INCIDIR O ALTERAR EL COMPORTAMIENTO ECONÓMICO DEL DESTINATARIO.	34
4.1.4	CONCLUSIÓN SOBRE EL <i>AMBUSH MARKETING</i> COMO ACTO DE ENGAÑO	35
<b>4.2</b>	<b><i>AMBUSH MARKETING</i> COMO ACTOS DE CONFUSIÓN</b>	<b>35</b>
4.2.1	ACCIÓN DESLEAL	36
4.2.2	RIESGO DE CONFUSIÓN O ASOCIACIÓN	36
4.2.3	CONCLUSIÓN SOBRE LOS ACTOS DE <i>AMBUSH MARKETING</i> COMO ACTOS DE CONFUSIÓN	37
<b>4.3</b>	<b><i>AMBUSH MARKETING</i> COMO ACTOS DE EXPLOTACIÓN DE LA REPUTACIÓN AJENA</b>	<b>38</b>
4.3.1	EXISTENCIA DE UNA REPUTACIÓN INDUSTRIAL, COMERCIAL O PROFESIONAL ADQUIRIDA POR UN AGENTE ECONÓMICO EN EL MERCADO.	38
4.3.2	APROVECHAMIENTO O EXPLOTACIÓN DE ESA REPUTACIÓN.	39
4.3.3	CARÁCTER INDEBIDO DEL APROVECHAMIENTO	40
4.3.4	CONCLUSIÓN SOBRE LOS ACTOS DE <i>AMBUSH MARKETING</i> COMO ACTOS DE APROVECHAMIENTO DE LA REPUTACIÓN AJENA.	41
<b>4.4</b>	<b><i>AMBUSH MARKETING</i> COMO ACTOS DE PUBLICIDAD ILÍCITA</b>	<b>41</b>
4.4.1	<i>AMBUSH MARKETING</i> COMO PUBLICIDAD DESLEAL	41
4.4.2	<i>AMBUSH MARKETING</i> COMO PUBLICIDAD ENGAÑOSA	42
4.4.3	CONCLUSIONES SOBRE EL <i>AMBUSH MARKETING</i> COMO ACTOS DE PUBLICIDAD ILÍCITA	43
<b>5</b>	<b><u>CAPÍTULO V: CONCLUSIONES</u></b>	<b>44</b>
<b>6</b>	<b><u>BIBLIOGRAFIA</u></b>	<b>48</b>

## INTRODUCCIÓN

Hoy en día el marketing juega un papel indispensable en el desempeño de los agentes económicos en el mercado, pues esta herramienta permite que los diferentes actores del mercado determinen las oportunidades de mercado (necesidades y deseos del consumidor), y basados en esta información se desarrollan estrategias para atraer la atención de nuevos consumidores y fidelizar a los clientes de la marca. Por esta razón, podríamos afirmar que actualmente el marketing es uno de los elementos indispensables de las empresas para diferenciarse de sus competidores, atraer más clientes y en general para posicionar las diferentes marcas en el mercado.

Teniendo en cuenta el papel clave que juega el marketing para los agentes del mercado, y la consolidación de esta área como indispensable dentro de las empresas, se podría afirmar que existe una multiplicidad de prácticas y estrategias de marketing implementadas por las empresas, dentro de las que se encuentra el *ambush marketing* o marketing de emboscada. El *ambush marketing*, implica la realización de publicidad en torno a un evento<sup>1</sup>, sin que quien emite la publicidad sea parte de un contrato de patrocinio del evento, y, por consiguiente, sin adquirir los derechos publicitarios para emitir publicidad relacionada con dicho espectáculo.

Existen diferentes prácticas del marketing de emboscada que para efectos de este documento clasificaremos como *ambush marketing* por asociación y por intrusión. Las primeras se caracterizan por su capacidad de relacionar o de generar una asociación de la marca que realiza la publicidad y el evento, y las segundas, por la presencia de la marca en el evento o en zonas aledañas a este.

---

<sup>1</sup> En el presente documento, cuando se hace referencia a un evento se abarca una gran variedad de espectáculos dentro de los que se encuentran: i) eventos deportivos tales como copas mundiales de fútbol, juegos olímpicos, grandes torneos de diferentes deportes; ii) eventos culturales como festivales de teatro, festivales de cine y literarios, eventos patrimoniales; iii) eventos de entretenimiento como festivales de música, conciertos, eventos gastronómicos, etc. Estos eventos en su gran mayoría van dirigidos a un gran número de espectadores y la participación del público alrededor de estos genera grandes pasiones, intereses, y beneficios económicos y culturales.

A pesar de su creciente implementación, el *ambush marketing*, genera debate e invita a su análisis, por la posible categorización de estas prácticas como actos de competencia desleal, y por los diferentes intereses que hay en juego y las partes vinculadas. Por un lado, están los intereses de los organizadores de eventos, y los patrocinadores de estos, y, por otro lado, se encuentran los intereses de los operadores del mercado que utilizan el *ambush marketing* como estrategia publicitaria.

Teniendo en cuenta lo anterior, la hipótesis que se pretende comprobar es de acuerdo con el ordenamiento jurídico español, algunas prácticas de este tipo de marketing podrían llegar a ser catalogadas como actos de competencia desleal y que, por su categorización como tal, podrían ser cuestionadas por los organizadores de eventos y sus patrocinadores.

En aras de cumplir con el objetivo propuesto, el presente documento se divide en cinco capítulos. En el primer capítulo, se hará una breve recopilación de conceptos que deben tenerse en cuenta en el escenario en el que nos encontramos: el contrato de patrocinio y el *ambush marketing*. En el segundo capítulo, se hace una clasificación, descripción y caracterización de las diferentes conductas de *ambush marketing*. En el tercer capítulo, se da una breve explicación del concepto de competencia desleal y de los actos de competencia desleal relevantes para nuestro objeto de estudio. Después de esta breve descripción, en el cuarto capítulo, se realizará un análisis jurídico a fin de determinar si ciertas prácticas de *ambush marketing* podrían considerarse como actos de competencia desleal. Por último, se realizarán las conclusiones pertinentes a nuestro objeto de estudio.

# **1 CAPÍTULO I: CONCEPTOS CLAVE - CONTRATO DE PATROCINIO PUBLICITARIO Y *AMBUSH MARKETING*.**

En este capítulo se desarrollarán brevemente algunos conceptos básicos que se deben tener en cuenta para tratar la problemática que nos ocupa, por esto se hará una contextualización del patrocinio publicitario y posteriormente una breve conceptualización del *ambush marketing*.

## **1.1 PATROCINIO PUBLICITARIO**

### **1.1.1 Contextualización del Patrocinio publicitario**

En la actualidad, la atención de los consumidores es un objetivo primordial de las empresas, quienes buscan constantemente estrategias innovadoras para promover sus productos, fortalecer su marca en el mercado y finalmente atraer la tan buscada atención del mayor número de consumidores. Entre las estrategias para cumplir con estos objetivos, el patrocinio publicitario se posiciona como una herramienta poderosa para conectar con audiencias específicas, aumentar la visibilidad de una marca y fomentar la asociación estratégica con eventos, organizaciones o personalidades relevantes.

Como indican los autores Nufer y Bühler, los diferentes agentes económicos utilizan el patrocinio de eventos para la materialización de objetivos tanto económicos como psicológicos. Los primeros, permiten que las empresas tengan beneficios económicos tales como la generación de mayores ingresos, y la expansión en el mercado. Los segundos, traen ventajas como la mejora de la imagen de la marca, y el incremento en la motivación del público para adquirir un producto o servicio de la marca publicitada (Nufer & Buhler, 2010)<sup>2</sup>

Dada la consecución de estos objetivos económicos y psicológicos, y los resultados obtenidos por los agentes económicos, un importante número de empresas eligen el patrocinio de eventos, como una estrategia efectiva de publicidad y de difusión marcaria.

---

<sup>2</sup> Nufer y Buhler realizan un estudio sobre el patrocinio de eventos deportivos globales y los efectos de las estrategias de marketing alrededor de eventos deportivos como los mundiales de fútbol. Nufer, G., & Buhler, A. (2010). How Effective is the Sponsorship of Global Sports Events? A comparison of the FIFA World Cup in 2006 and 1998. *International Journal of Sports Marketing and Sponsorship*, p. 305.

Así las cosas, se puede concluir que la motivación de las empresas para convertirse en patrocinadores oficiales de un evento son los resultados que se obtienen a partir del uso de esta figura, entre los que se encuentran: la consolidación y/o refuerzo de su imagen corporativa entre los aficionados del evento y ante el público en general, y la difusión exclusiva sobre una determinada categoría de producto o servicio (Piñeiro Salguero & Puig Rubí, 2007).<sup>3</sup>

### **1.1.2 Contrato de Patrocinio publicitario**

Una vez determinada la importancia del patrocinio publicitario, podemos afirmar que este es un acuerdo de voluntades en el que el sujeto patrocinador se obliga a realizar una aportación (en dinero o en especie), a favor del sujeto patrocinado, a cambio de que al sujeto patrocinador se le permita realizar actividades de naturaleza publicitaria alrededor de un evento concreto, por lo que obtiene el derecho a asociarse con la actividad patrocinada (Arnau Raventós, 2001)<sup>4</sup>.

El contrato de patrocinio publicitario encuentra su regulación en la Ley General de Publicidad, la cual en su artículo 22 establece que el contrato de patrocinio publicitario es aquel en que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador.<sup>5</sup>

Teniendo claro que el contrato de patrocinio publicitario formaliza la asociación entre patrocinador, un evento, organización o persona, entraremos a analizar el concepto de *ambush marketing*, dado que esta práctica interfiere con los intereses de las partes del contrato de patrocinio (sujeto patrocinado y patrocinador).

---

<sup>3</sup> Piñeiro Salguero, J., & Puig Rubí, A. (2007). *Ambush Marketing en Eventos Deportivos. Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, p.13

<sup>4</sup> Arnau Raventós, L. (2001). *El Contrato de Patrocinio Publicitario*. Madrid, España: La Ley, p.22

<sup>5</sup> Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Publicada en BOE número 274 de 05/12/1988



## 1.2 *AMBUSH MARKETING*

### 1.2.1 Definición de *Ambush Marketing*

De acuerdo con José Piñeiro y Antoni Rubí, no existe una única definición de *ambush marketing*, y, por el contrario, este es un concepto que genera gran debate y cuya caracterización y delimitación no es pacífica. Por esta razón, estos autores han agrupado en dos categorías las múltiples definiciones de *ambush marketing*. Por un lado, se encuentran las definiciones de los defensores del *ambush marketing*, y, por otro lado, se encuentra los detractores de esta práctica. (Piñeiro Salguero & Puig Rubí, 2007)<sup>6</sup>

En primer lugar, nos centraremos en algunas de las definiciones proporcionadas por aquellos que defienden el *ambush marketing* como una práctica completamente legal o legítima.

Jerry Welsh<sup>7</sup>, quien acuñó el término *ambush marketing*, indica que esta práctica correctamente entendida, e implementada correctamente, es una práctica competitiva y éticamente correcta en la que una empresa no patrocinadora de un evento emplea tácticas creativas para capitalizar la popularidad de un evento a favor de una marca sin ser patrocinadores oficiales del evento. (Welsh, 2010)<sup>8</sup>

Una segunda definición a favor del *ambush marketing* es la planteada por Schmitz, quien destaca que el *ambush marketing* no implica el uso ilegal de marcas, nombres de dominio o de propiedad intelectual de los organizadores del evento. Para Schmitz esta práctica, implica el desarrollo de una campaña publicitaria creativa, alrededor de un evento, en la que no se utiliza el logo o marca del evento, y en el que se capitaliza únicamente a través

---

<sup>6</sup> Piñeiro Salguero, J., & Puig Rubí, A. (2007). *Ambush Marketing* en Eventos Deportivos. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, p.3.

<sup>7</sup> Jerry Welsh es un publicista muy destacado en la industria, y fue quien acuñó el término *ambush marketing* en 1984, para referirse a campañas publicitarias elaboradas en el marco de los juegos olímpicos de los Angeles de 1984.

<sup>8</sup>. Welsh, J. (11 de March de 2010). *Ambush Marketing: What it is, what it isn't*. Obtenido de Welsh Marketing: <https://jcwelsh.wordpress.com/2010/03/11/ambush-marketing-what-it-is-what-it-isn%E2%80%99t/>

de la asociación con el evento, sin tener que pagar por los costos asociados a ser el patrocinador oficial de este. (Schmitz, 2005)<sup>9</sup>

Por otro lado, proporcionaré algunas definiciones de aquel sector de la doctrina que considera el *ambush marketing* como una práctica no del todo legítima, y en algunas ocasiones como una práctica ilegal.

Entre los opositores de esta práctica se encuentran David Shani y Dennis Sandler, quienes definen el *ambush marketing* como el esfuerzo de una organización para ser asociada indirectamente con un evento, con el fin de obtener reconocimiento y beneficios asociados con ser el patrocinador oficial de dicho evento, sin llegar a ser patrocinador oficial, y sin hacer las inversiones económicas que deben realizarse para adquirir los derechos publicitarios del evento (Shani & Sandler, 1998).<sup>10</sup>

En línea con la anterior definición, Stephen Townley, Dan Harrington y Nicholas Couchman disponen que *ambush marketing* hace referencia a cualquier actividad publicitaria de la que se pueda llegar a inferir razonablemente que una organización está asociada con un evento, cuando en realidad no lo está. Es decir, es la asociación no autorizada de una marca con un evento o competición, a través de la implementación de actividades de publicidad no autorizadas' (Townley, Harrington, & Couchman, 1998)<sup>11</sup>

Teniendo en cuenta las diferentes definiciones planteadas por diferentes autores, es claro que el *ambush marketing* no es un concepto pacífico y con una única definición, sino que por el contrario es un concepto cuya definición y caracterización depende de si se califica esta conducta como ilegal o, por el contrario, si se pretende defender esta práctica como legal o legítima.

---

<sup>9</sup> Schmitz, J. K. (2005). *Ambush Marketing: The Off-Field Competition at the Olympic Games*. *Northwestern Journal of Technology & Intellectual Property*, p. 205.

<sup>10</sup> Shani, D., & Sandler, D. (1998). *Ambush Marketing: Is Confusion to blame for the Flickering of the Flame?* *Psychology and Marketing Vol 15*, p. 368.

<sup>11</sup> Townley, S., Harrington, D., & Couchman, N. Townley, S., Harrington, D., & Couchman, N. (1998). *The Legal and Practical Prevention of Ambush Marketing in Sports*. *Psychology & Marketing Vol 15*, p. 333.

Por lo que aquí concierne, nos quedaremos con que el *ambush marketing* es una práctica empleada por empresas que no son parte de un contrato de patrocinio de un evento, y que a pesar de no tener derechos publicitarios, utilizan estos grandes eventos para hacer publicidad de su propia marca entorno a los mismo, y generar como consecuencia la asociación de su marca a estos, y así obtener las ventajas en el mercado que se desprenden de la asociación de sus marcas con eventos deportivos, culturales y de entretenimiento.

Ahora bien, en el siguiente capítulo se hará un breve análisis de aquellas prácticas o métodos de marketing enmarcados dentro del *ambush marketing*, para posteriormente en realizar un análisis jurídico de estas conductas.

## 2 CAPÍTULO II: PRÁCTICAS DE *AMBUSH MARKETING*

Existen diversas estrategias o prácticas de *ambush marketing* que las empresas implementan para hacer publicidad de su marca entorno a un evento, sin ser patrocinadores u organizadores de estos eventos, y sin tener los derechos para hacerlo. Los métodos utilizados son de orden diverso e incluyen una gran gama de prácticas, las cuales a medida que cambia la forma de hacer publicidad, evolucionan y se transforman sustancialmente.

Teniendo en cuenta el carácter variable y dinámico de estas prácticas, procederemos a analizar algunas de las prácticas más comunes de *ambush marketing*. Para realizar el análisis de estas estrategias implementadas por empresas que no son patrocinadoras oficiales de un evento, en este capítulo se clasifican en las siguientes clases: i) *ambush marketing* por asociación y ii) *ambush marketing* por intrusión.<sup>12</sup>

### 2.1 *Ambush marketing* por asociación

El *ambush marketing* por Asociación tiene lugar cuando la empresa no patrocinadora oficial del evento implementa estrategias publicitarias con la finalidad de crear una asociación directa o indirecta con el evento (Griffin, 2014)<sup>13</sup>. Dentro de esta clase de marketing de emboscada encontramos diferentes estrategias, y para efectos de este trabajo, se enunciarán y estudiarán las siguientes metodologías:

#### 2.1.1 Uso no autorizado de entradas en una campaña publicitaria

Una de las estrategias enmarcadas dentro del *ambush marketing* por asociación es el uso no autorizado de entradas al evento en una campaña publicitaria. En esta estrategia, las empresas (no patrocinadoras del evento, y que por tal motivo no tienen derecho a relacionarse con este mismo) buscan establecer una conexión con un evento específico a través del regalo de entradas del evento a los clientes de su marca. En este caso, el operador económico emplea una estrategia publicitaria en la que se ofrece entradas del

---

<sup>12</sup> Para realizar la clasificación de las prácticas de *ambush marketing* se ha tomado como base la clasificación realizada por Conor Griffin en Griffin, C. (2014). *Ambush Marketing Pushing the Boundaries or a Legitimate Sales Tactic? Product Law and Advertising Vol 21*, p.1.

<sup>13</sup> Griffin, C. (2014). *Ambush Marketing Pushing the Boundaries or a Legitimate Sales Tactic? Product Law and Advertising Vol 21*, p.1.

espectáculo de forma gratuita, ya sea a través de un concurso, o como incentivo otorgado a los consumidores después de la adquisición de un producto o servicio de su marca.

Mediante la implementación de esta estrategia, el agente económico que la utiliza busca que su marca se vea asociada con el evento del cual están regalando las entradas. De igual forma, busca su propio beneficio, pues el ofrecimiento de las entradas del evento puede servir como incentivo para que los consumidores adquieran más productos o servicios de este agente, o de hecho para atraer nuevos consumidores quienes están interesados en acudir al evento, y que adquieren los productos o servicios únicamente por la posibilidad de ser acreedores de una entrada.

### **2.1.2 Realización de anuncios en la fecha del evento o fechas cercanas a este, relacionadas con el evento o que puedan llegar a asociarse con el evento.**

Una segunda estrategia dentro de esta categoría es la realización de anuncios publicitarios cerca de la fecha del evento o durante el mismo, y que en cierta medida hacen referencia o en últimas llevan al consumidor a asociar la marca no patrocinadora con el evento mismo. Es importante aclarar que esta estrategia implica la realización de anuncios creativos que llevan a que el consumidor haga una asociación indirecta de la marca publicitada con el evento, y no implica la realización de anuncios mediante el uso de signos distintivos relacionados con el evento, pues esta es claramente una infracción marcaria que es sancionable por ser una infracción de propiedad intelectual.

### **2.1.3 Patrocinio del equipo de un país, de deportistas individuales, o de participantes del evento.**

Otra estrategia de *ambush marketing* por asociación es el patrocinio de equipos de un país, de deportistas individuales, o de participantes del evento sin que la marca que esta realizando el patrocinio de estos individuos sea patrocinador oficial del evento. Esta práctica consiste en asociar la marca de un agente económico (no patrocinador oficial de un evento) con un equipo nacional, deportista, celebridad o participante que hace parte o compete en el evento, ya sea proporcionando financiamiento, equipamiento, o apoyo en eventos deportivos, a cambio de visibilidad de la marca en los uniformes, en la publicidad del evento, en redes sociales del equipo, deportista o participante patrocinado. Esta

estrategia permite que la marca capitalice la popularidad y éxito del equipo, deportista o participante del evento, alcanzando una audiencia específica y generando una conexión con los fanáticos o personas que apoyan al equipo, deportista o participante.

Dentro de esta estrategia de marketing de emboscada encontramos varios ejemplos como: i) el patrocinio del equipo estadounidense de natación por Fuji, cuando Kodak era el patrocinador oficial de los Juegos Olímpicos de Seúl de 1988;<sup>14</sup> ii) el patrocinio del atleta Linford Christie por parte de Puma, cuando el patrocinador oficial de los Juegos de Atlanta de 1996 era Reebok<sup>15</sup>

#### **2.1.4 Adquisición de derechos publicitarios en los medios que transmiten o retransmiten el evento.**

En cuarto lugar, encontramos la adquisición de derechos publicitarios en los medios de comunicación en los que se transmiten o retransmiten los eventos deportivos, culturales o de entretenimiento. Mediante la implementación de esta estrategia, la marca (no patrocinadora del evento) adquiere derechos publicitarios en los medios de comunicación en los que se transmite o retransmite el evento, logrando así emitir publicidad de su marca en el medio de comunicación que será sintonizado por los espectadores del evento.

Uno de los primeros casos en los que se presentó esta estrategia de *ambush marketing* fue la compra por parte de Kodak de los derechos publicitarios en la cadena de televisión ABC (quien gozaba de los derechos de retransmisión de los olímpicos de 1984), mientras que su principal competidor, Fuji era el patrocinador oficial de los juegos olímpicos de ese año. Esta estrategia resulto beneficiosa para Kodak, ya que a pesar de que no era el patrocinador oficial de los juegos olímpicos del 84, un importante número de

---

<sup>14</sup> Piñeiro Salguero, J., & Puig Rubí, A. (2007). *Ambush Marketing* en Eventos Deportivos. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, p.10. Para más información sobre el caso de Fuji y Kodak en los Juegos Olímpicos de Seúl 1988, se puede consultar Tony Meenaghan (1996), “*Ambush Marketing – A threat to Corporate Sponsorship*”1996 Sloan Management Review.

<sup>15</sup> Piñeiro Salguero, J., & Puig Rubí, A. (2007). *Ambush Marketing* en Eventos Deportivos. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, p.10. Para más información sobre el caso de patrocinio de Linford Christie por parte de Puma en los Juegos de Atlanta 1996, se puede consultar Tony Meenaghan (1996), “*Ambush Marketing – A threat to Corporate Sponsorship*”1996 Sloan Management Review.

espectadores erróneamente identificó a Kodak como uno de los patrocinadores oficiales del evento. (Piñeiro Salguero & Puig Rubí, 2007)<sup>16</sup>

### **2.1.5 Uso del marketing de *influencers* para asociarse con un evento.**

Otra estrategia implementada recientemente es el uso del marketing de *influencers* o de influencia como una forma de asociación indirecta de la marca no patrocinadora con un evento. Mediante esta práctica, los agentes de mercado que no tienen la calidad de patrocinadores oficiales de un evento pueden utilizar el marketing de influencia como una forma indirecta de vincular su marca con un evento, mediante la contratación de *influencers* para que lleven a cabo campañas publicitarias de su marca y que relacionen esta marca con el evento.

Así las cosas, empresas no patrocinadoras de un evento utilizan, a uno o varios *influencers*, es decir aquellas personas que ‘se considera tienen un alto nivel de influencia sobre el público por su elevado número de seguidores en redes sociales y/o medios de comunicación digitales y que interactúan tanto a través de tweets, videos y posts, como a través de mensajes en sus blogs u otros’ (Autocontrol, 2020)<sup>17</sup> para realizar sus campañas publicitarias. En este caso específico, se utiliza al *influencer* para promocionar la marca, y para vincular esa marca específica con un evento o espectáculo. Esta forma de *ambush marketing* es una variación del patrocinio de deportistas o celebridades relacionadas con el evento, y al igual que esta práctica, mediante su implementación se pretende capitalizar la popularidad, éxito, y capacidad del *influencer* de conectar con una audiencia específica, que en este caso son los seguidores de este último.

## **2.2 *Ambush marketing* por intrusión**

La segunda clase de *ambush marketing*, es el marketing de emboscada por intrusión, el cual implica la búsqueda de exposición de una marca no patrocinadora del evento durante el mismo, ya sea mediante la presencia de la marca en el evento, en lugares cercanos al evento o en los medios que retransmiten el evento (Griffin, 2014).<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Este caso es brevemente descrito por Piñeiro y Puig en Piñeiro Salguero, J., & Puig Rubí, A. (2007). *Ambush Marketing* en Eventos Deportivos. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, p.10.

<sup>17</sup> Autocontrol. (2020). Código de Conducta Sobre el Uso de Influencers en la Publicidad. España., p.2.

<sup>18</sup> Griffin, C. (2014). *Ambush Marketing Pushing the Boundaries or a Legitimate Sales Tactic?* *Product Law and Advertising Vol 21*, p.1.

Entre las prácticas de esta clasificación de marketing de emboscada encontramos las siguientes:

### **2.2.2 Regalo de productos de una marca no patrocinadora del evento a los asistentes del evento.**

Esta estrategia consiste en la distribución de productos de una marca (no patrocinadora), a los asistentes del evento, para que los consumidores a quienes se hace entrega del producto relacionen esta marca con el evento. Esta práctica implica la exposición de esta marca durante el evento, dando regalos a los espectadores de este.

### **2.2.3 Utilización de espacios cercanos al evento para la realización de actividades de publicidad de una marca no patrocinadora del evento.**

Mediante la implementación de esta estrategia, los agentes de mercado (no patrocinadores) buscan tener presencia alrededor del mismo, por lo que disponen de espacios cercanos al lugar de la realización del evento, para realizar campañas publicitarias y activaciones de marca en las que se emplean estrategias como el uso de sus signos distintivos, la entrega de regalos de mercancía de la marca, entre otras.

Un caso en el que se presentó esta estrategia de marketing se presentó como parte de la ya mencionada estrategia de Nike para tener presencia en los Juegos Olímpicos de Atlanta de 1996. En este caso la empresa no patrocinadora del evento rentó parte del espacio público alrededor de los estadios y locaciones más importantes en los que se desarrollaban los juegos olímpicos, y construyó lo que catalogaron como *Nike Village*, un espacio dedicado a realizar activaciones de marca en las que se repartieron productos de la marca, banderas y toda clase de mercancía relacionada con Nike. (Piñeiro Salguero & Puig Rubí, 2007)<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Piñeiro Salguero, J., & Puig Rubí, A. (2007). *Ambush Marketing en Eventos Deportivos. Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, p.11. Para más información sobre el caso de Nike en los Juegos de Atlanta 1996, se puede consultar Jane Sebel y Dominic Gyngel (1999), "Protecting Olympic Gold: *Ambush Marketing* and other threats to Olympic Symbols and Indicia", 22 *University of New South Wales Law Journal* 691.



#### **2.2.4 Implementación de formas creativas que hacen alusión a la marca dentro de las instalaciones del evento.**

Esta estrategia de *ambush marketing* por intrusión implica la utilización de campañas publicitarias creativas que hacen referencia (o pretenden hacerla) a una marca no patrocinadora del evento, dentro de las instalaciones del evento y durante la realización de estos. Así el agente económico, no patrocinador busca tener presencia dentro del evento mismo, sin estar autorizado para ello.

Uno de los casos más emblemáticos de esta práctica es la campaña publicitaria empleada por Bavaria en el Mundial de Sudáfrica 2010, en el que Bavaria contrató 36 mujeres para que asistieran a uno a los partidos de fútbol de la selección holandesa, vestidas de color naranja, haciendo referencia a un anuncio publicitario de Bavaria previamente presentado en Holanda. Esta práctica fue catalogada como *ambush marketing* y como violación a la normativa expedida en el marco del Mundial de Sudáfrica 2010 para la protección de la FIFA y sus sponsors oficiales (entre estos la empresa Heineken). (Hernandez, 2022)<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Hernandez, I. (14 de Diciembre de 2022). *Cuatrecasas*. Obtenido de Cuatrecasas Conocimiento: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/deporte/art/ambushmarketing#:~:text=Ambush%20marketing%20por%20intrusi%C3%B3n,de%20los%20medios%20de%20difusi%C3%B3n>. (consultado el 24/04/2024)

### 3 CAPÍTULO III: COMPETENCIA DESLEAL Y ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL POSIBLEMENTE RELACIONADOS CON EL *AMBUSH MARKETING*

Después de realizada la descripción los conceptos relevantes, y teniendo claro que el *ambush marketing* es controvertido y que su legitimidad es ampliamente cuestionada, se procederá a realizar una breve conceptualización de la competencia desleal y de algunos de los actos catalogados como desleales, que son de particular interés para nuestro objeto de estudio.

#### 3.1 Concepto de Competencia desleal

Es indispensable iniciar determinando que se entiende por competencia desleal, pues esta es la base para nuestro análisis, y de la definición de este término dependerá la determinación de los elementos esenciales que deben ser tenidos en cuenta a la hora de analizar la implementación de una estrategia de *ambush marketing*.

Como punto de partida, es importante establecer que el término de competencia desleal no es un concepto uniforme, único, ni estático. Por el contrario, este está determinado por el modelo de sistema económico liberal dentro del que se encuadre (modelo paleo-liberal, profesional o modelo social)<sup>21</sup> y por el sistema jurídico en el que este modelo se implementa.

Para efectos prácticos de este documento, y para no alejarnos de nuestro objeto de estudio, nos quedaremos con que el sistema jurídico español (enmarcado dentro del modelo social) dispone que la competencia desleal es cualquier acto o práctica en el mercado que atenta indebidamente contra el orden de competencia,<sup>22</sup> la cual se materializa en la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios, competidores, de la sociedad en general y juega un rol fundamental en el progreso, gracias a su papel como promotor del buen funcionamiento del mercado (Menéndez, 1988)<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Menéndez A. (1988) *Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, p. 90-99.

<sup>22</sup> Para Aurelio Menéndez, la competencia se puede entender como 'principio ordenador autónomo de la vida social y económica y como sostén del sistema de mercado'. Menéndez A. (1988) *Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, p.100.

<sup>23</sup> Menéndez A. (1988) *Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, p.100.

En línea con el anterior concepto, García Menéndez indica que la competencia desleal es todo acto realizado (directa o indirectamente) por un agente económico del mercado, que es contrario a los correctos usos y costumbres mercantiles y a la buena fe, el cual puede afectar el normal desarrollo concurrencial de otros operadores' (García Menéndez, 2009)<sup>24</sup>

De las definiciones expuestas anteriormente, se puede determinar que los elementos comunes que se debe tener en cuenta al definir un acto como competencia desleal son los siguientes: i) que el acto se realice en el mercado, ii) que se lleve a cabo con fines concurrenciales y, iii) que el acto o actividad sea objetivamente contrario a los buenos usos mercantiles y a la buena fe. (Sanchez, 2010)<sup>25</sup>.

Una vez definido el concepto de competencia desleal y establecidos sus tres (3) elementos principales, se enunciará brevemente la normatividad española en la que se encuentra regulada la competencia desleal, y se harán unas aclaraciones importantes sobre el marco jurídico aplicable.

### **3.2 Marco Jurídico aplicable a la Competencia desleal en España**

La Ley 3/1991 de 10 de enero, constituye la pieza legislativa mediante la cual se regula la competencia desleal en España, y se promueve la protección de la competencia a través de la prohibición de actos de competencia desleal. Este cuerpo normativo incluye una cláusula general de competencia desleal (artículo 4 de la Ley) y una serie de conductas específicas (artículos 5 a 31) en las que se enumera de forma no taxativa las prácticas consideradas como desleales. Entre las conductas tipificadas como desleales se encuentran: actos de engaño, actos de confusión, omisiones engañosas, practicas agresivas, actos de denigración, actos de comparación, actos de imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos empresariales, inducción a la infracción contractual, violación de normas, discriminación y dependencia económica, venta a

---

<sup>24</sup> García Menéndez, S. A. (2009). *Competencia Desleal: Actos de Desorganización del Competidor*. Madrid: LexisNexis, p.70.

<sup>25</sup> Juan Sánchez. "La Ampliación del Concepto de Competencia Desleal". *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI*. José Gómez y Ángel García (eds). Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2010, p. 394.

perdida, publicidad ilícita y prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores<sup>26</sup>.

Además de las conductas tipificadas y catalogadas como desleales per se, la Cláusula General dispuesta en el artículo 4 de la Ley 3/1991 consagra un acto de competencia desleal en sentido propio, distinto a los actos tipificados en los artículos 5 a 31 de la ley, y por esto su aplicación debe realizarse de forma autónoma, para reprimir aquellas conductas que no han sido subsumidas en los supuestos contemplados en las conductas particulares (Ferrándiz Gabriel, 2007)<sup>27</sup>. Esta cláusula general es de vital importancia, ya que mediante la aplicación de esta se pueden sancionar conductas que no han sido tipificadas como desleales por el legislador, y por lo anterior, el juez es quien debe determinar si un acto que no se enmarca dentro de ninguna de las conductas expresamente consagradas en los artículos 5 a 31 de la ley de competencia desleal, cumple con los supuestos dispuestos en la cláusula general, y de esta forma sancionar dicha conducta por ser considerada como desleal. (García Menéndez, 2009)<sup>28</sup>

Para efectos prácticos, y para no alejarnos de nuestro objeto de estudio se procederá a enunciar y describir brevemente aquellos actos de competencia desleal que tienen alguna relación con el *ambush marketing*, para posteriormente poder hacer el análisis jurídico del marketing de emboscada por asociación y por intrusión, y determinar cómo estos podrían o no enmarcarse dentro de los actos específicos de competencia desleal estudiados.

### **3.3 Actos específicos de competencia desleal relacionados con el *ambush marketing***

Como se mencionó anteriormente, los actos considerados como competencia desleal son diversos, y de variada naturaleza (pueden ir en contra de competidores, consumidores o el interés público). Para efectos del presente estudio, únicamente se tendrá en cuenta los actos de competencia desleal por engaño, confusión, explotación de la reputación ajena y

---

<sup>26</sup> Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal. Publicada en BOE número 10 de 11/01/1991

<sup>27</sup> Ferrándiz Gabriel, J.R. *Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial, Publicidad y Derecho de la Competencia*. Madrid: Nueva Imprenta S.A., 2007, p. 967.

<sup>28</sup> García Menéndez, S. A. (2009). *Competencia Desleal: Actos de Desorganización del Competidor*. Madrid: LexisNexis, p.65.

publicidad ilícita, dada su posible conexión con el *ambush marketing* por intrusión o asociación.

Así las cosas, empezaremos con una breve descripción de cada uno de estos actos, para posteriormente, realizar un análisis del *ambush marketing* por intrusión y por asociación y determinar si estas prácticas se podrían enmarcar dentro de los supuestos de alguno de estos actos de competencia desleal.

### 3.3.1 Actos de Engaño

En primer lugar, los actos de engaño se encuentran consagrados en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal. Este artículo dispone que se consideran actos de engaño aquellas conductas que contengan información falsa, o que, a pesar de contener información veraz, sean susceptibles de inducir a error y que pueden alterar el comportamiento económico del destinatario.<sup>29</sup>

Al realizar el análisis de una conducta y determinar si esta se enmarca dentro de los supuestos de los actos de engaño, se debe determinar si la conducta bajo análisis cumple con los siguientes supuestos:

- i) Que sea un comportamiento apto para inducir a error a sus destinatarios.
- ii) La idoneidad de este comportamiento para incidir o alterar el comportamiento económico de los destinatarios.<sup>30</sup>

De lo anterior, se puede afirmar que una conducta puede ser considerada como un acto de engaño a la luz de la ley de competencia desleal, si esta acción o comportamiento (difundido a través de publicidad, rotulado, promotores, en la página web, redes sociales o cualquier otro medio al alcance del agente económico), se realiza de tal forma que pueda llegar a inducir a error a sus destinatarios. Al realizar la evaluación de la capacidad de crear un error en el destinatario, no es necesario que se haya producido un engaño

---

<sup>29</sup> Artículo 5 Ley de Competencia desleal Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal. Publicada en BOE número 10 de 11/01/1991

<sup>30</sup> Tato Plaza, Fernandez Carballo-Calero y Herrera Petrus en Tato Plaza, A., Fernandez Carballo-Calero, P., & Herrera Petrus, C. (2010). *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid España: Wolters Kluwe España S.A., p.107.

efectivo, sino que por el contrario es suficiente con que la practica sea apta para inducir a error. (Massaguer Fuentes, 1999).<sup>31</sup>

Además de la capacidad de generar error del destinatario, se debe determinar que esta práctica tiene la capacidad de influir en la conducta de este. Como afirma Massaguer, el error solo determina la deslealtad de la conducta en la medida en que este sea apto para influir en la conducta de los destinatarios, y en particular para influir en la formación de sus preferencias o en la toma de sus decisiones (Massaguer Fuentes, 1999)<sup>32</sup>.

Finalmente, cabe resaltar que al realizar el análisis de una conducta para determinar si la misma es un acto de engaño, se debe probar que la inducción a error se realiza sobre una circunstancia relevante para la formación de una preferencia o la adopción de una decisión de mercado (Massaguer Fuentes, 1999).<sup>33</sup> Para establecer las circunstancias relevantes a las que hace referencia Massaguer, es indispensable remitirse al listado consagrado en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal el cual hace referencia a que la información falsa o veraz que puede inducir a error a los destinatarios y que puede incidir sobre: i) la existencia o naturaleza del bien o servicio; ii) las características principales del bien o servicio; iii) asistencia postventa; iv) alcance de los compromisos del empresario, motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o del contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta; v) el precio o su modo de fijación; vi) la necesidad de una pieza, sustitución o reparación; vii) la naturaleza, características y derechos del empresario o profesional o su agente (identidad, solvencia, cualificaciones, afiliaciones, conexiones, derechos de propiedad industrial comercial o intelectual, premios y distinciones recibidos); viii) derechos del consumidor o los riesgos con los que pueda correr el consumidor.

---

<sup>31</sup> Massaguer Fuentes, J. (1999). *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid, España: Civitas Ediciones, p.218.

<sup>32</sup> Massaguer Fuentes, J. (1999). *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid, España: Civitas Ediciones, p.229.

<sup>33</sup> Massaguer Fuentes, J. (1999). *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid, España: Civitas Ediciones, p.234

### 3.3.2 Actos de Confusión

En segundo lugar, encontramos los actos de confusión dispuestos en el artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal, el cual establece que un comportamiento es desleal cuando este resulte idóneo para crear confusión con la actividad, prestaciones o establecimientos ajenos. De igual forma, este artículo dispone que la mera existencia del riesgo de asociación por parte de los consumidores en relación con la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de la práctica.<sup>34</sup>

De lo dispuesto en la norma encontramos que los actos de confusión se refieren a aquellas actuaciones o conductas comerciales susceptibles de inducir a error al consumidor acerca de la procedencia empresarial de determinados productos o servicios, la actividad, prestaciones o establecimientos ajenos (Sánchez Sabater, 2009)<sup>35</sup>. De igual forma, Massaguer define estos actos como todo comportamiento idóneo para crear confusión con la actividad, prestaciones o establecimiento ajenos, circunstancia que se presenta cuando es apto para crear un riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de su procedencia empresarial. (Massaguer Fuentes, 1999)<sup>36</sup>

Para Sánchez Sabater, la finalidad de este artículo de la Ley de Competencia Desleal es tratar de evitar que se introduzcan elementos de distorsión que puedan llegar a perturbar la libre decisión del consumidor. Por esta razón, se sancionan todas las conductas que puedan generar duda en el consumidor acerca de la procedencia empresarial de los productos o servicios ofertados. (Sánchez Sabater, 2009)<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> Artículo 5 Ley de Competencia desleal Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal. Publicada en BOE número 10 de 11/01/1991

<sup>35</sup> Para Sánchez la finalidad de esta norma es la protección del consumidor en su toma de decisiones de mercado, pues entre los muchos factores que pueden llegar a influir en la decisión de un consumidor se encuentran la marca, el prestigio del vendedor, el estatus de calidad o prestigio del empresario que ofrece el bien o servicio. Así, ‘el consumidor puede preferir un producto a otro solo por la confianza que le reporta la marca o la empresa vendedora, a la que asocia con un determinado estatus de calidad o prestigio.’ Sanchez, J. (2010). La Ampliación del Concepto de Competencia Desleal. En J. Gómez, & Á. García, *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI*. Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., p.394

<sup>36</sup> Massaguer Fuentes, J. (1999). *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid, España: Civitas Ediciones, p.234

<sup>37</sup> Sanchez, J. (2010). La Ampliación del Concepto de Competencia Desleal. En J. Gómez, & Á. García, *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI*. Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., p.394

Ahora bien, al analizar los elementos jurídicos que integran el acto de confusión, encontramos que se deben presentar dos elementos:

- i) una acción desleal,
- ii) el resultado que el ordenamiento jurídico quiere evitar, es decir el riesgo de confusión, el cual puede ser directo o indirecto (riesgo de asociación).<sup>38</sup>

La acción desleal es todo comportamiento idóneo para crear confusión sobre la actividad, prestaciones o establecimientos ajenos. Es así como la acción desleal puede comprender cualquier utilización de un instrumento o medio de identificación empresarial o profesional, de cualquier elemento apto para remitir a una fuente de procedencia empresarial o profesional que proporcione una información incorrecta a los destinatarios sobre la procedencia empresarial (Massaguer Fuentes, 1999).<sup>39</sup>

Por su parte, el riesgo de confusión directo o indirecto (asociación) es la capacidad de generar una duda en el consumidor sobre la identidad del oferente del producto o servicio en cuestión<sup>40</sup>. La confusión directa se produce cuando el consumidor confunde la identidad de la empresa vendedora, es decir cuando adquiere el producto con la creencia errónea de que lo está adquiriendo a una empresa distinta. Mientras que, la confusión indirecta o asociación se produce cuando consumidor no confunde ambas empresas (y es consciente de que los productos o servicios tienen una procedencia empresarial diferente), pero de algún modo se le ha llevado a pensar que existe una relación económica, comercial o de organización entre estas empresas. (Sánchez Sabater, 2009).<sup>41</sup>

### **3.3.3 Actos de Explotación de la reputación Ajena**

El tercer acto relevante para nuestro objeto de estudio es la explotación de la reputación ajena, que según el artículo 12 de la Ley de Competencia desleal, se considera como desleal el aprovechamiento indebido (ya sea en beneficio propio o ajeno) de las ventajas

---

<sup>38</sup> Sanchez, J. (2010). La Ampliación del Concepto de Competencia Desleal. En J. Gómez, & Á. García, *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI*. Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. p.395

<sup>39</sup> Massaguer Fuentes, J. (1999). *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid, España: Civitas Ediciones, p.171.

<sup>40</sup> Sanchez, J. (2010). La Ampliación del Concepto de Competencia Desleal. En J. Gómez, & Á. García, *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI*. Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., p.395

<sup>41</sup> Sanchez, J. (2010). La Ampliación del Concepto de Competencia Desleal. En J. Gómez, & Á. García, *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI*. Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., p.396



de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro agente económico en el mercado.<sup>42</sup>

Para determinar si el aprovechamiento de la reputación ajena es indebido y por ende desleal, se han de tener en cuenta los siguientes elementos:

- i) Existencia de una reputación industrial, comercial o profesional adquirida por un agente económico en el mercado.
- ii) Aprovechamiento o explotación de la reputación industrial, comercial o profesional del tercero.
- iii) Que dicho aprovechamiento sea indebido.<sup>43</sup>

En relación con la existencia de la reputación industria, comercial o profesional, se puede afirmar que esta es la posición alcanzada por un agente económico en el mercado, gracias a la fama y el buen nombre logrados, y que se traduce en un prestigio y valor comercial de este agente del mercado. Esta fama y buen nombre se materializan en la capacidad de atracción de clientela y la posibilidad de que la utilización de signos distintivos entrañe la asociación de aquella fama o buen nombre a la actividad, prestaciones o establecimiento de quien las emplea legítimamente (Massaguer Fuentes, 1999)<sup>44</sup>

Por su parte, en relación con el segundo requisito, este implica la realización de un comportamiento apto para lograr el aprovechamiento o explotación de la reputación ajena. Este comportamiento enmarca todo acto o comportamiento realizado en el mercado con fines concurrenciales, que sea capaz de acarrear como consecuencia el aprovechamiento o explotación de la reputación ajena. (Broseta Abogados, 2011)<sup>45</sup>

El tercer elemento, el cual es decisivo a la hora de determinar la ilicitud de la conducta, es que el aprovechamiento de la reputación ajena sea indebido. El carácter indebido del

---

<sup>42</sup> Artículo 12 Ley de Competencia desleal Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal. Publicada en BOE número 10 de 11/01/1991

<sup>43</sup> Barona Vilar, S. (2008). *Objeto del Proceso Civil Por Actuaciones de Competencia Desleal*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch., p.538.

<sup>44</sup> Massaguer Fuentes, J. (1999). *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid, España: Civitas Ediciones., p.368.

<sup>45</sup> Broseta Abogados. (2011). *Memento Dossier Competencia Desleal*. Madrid, España: Ediciones Francis Lefebre, S.A., p.123.

aprovechamiento se produce cuando la conducta adquiere ‘tintes parasitarios al aprovecharse de los esfuerzos realizados por un competidor para dotar sus prestaciones o actividades de prestigio, siendo ello evitable y sin justificación alguna en el ordenamiento jurídico, los principios generales o la voluntad de los interesados’ (Palau Ramirez, 2009)<sup>46</sup>

### 3.3.4 Publicidad ilícita

El artículo 18 de la ley de Competencia Desleal, establece que la publicidad considerada como ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará como desleal. A su vez, el artículo 3 de la Ley General de Publicidad recoge un catálogo de modalidades de lo que se considera como publicidad ilícita, dentro de la que se encuentra<sup>47</sup>:

- i) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Española,
- ii) La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores.
- iii) La publicidad subliminal.
- iv) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.
- v) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.

En lo que a nuestro estudio respecta, la modalidad de publicidad ilícita que nos interesa es la publicidad engañosa, desleal y agresiva, cuyo alcance está determinado por la

---

<sup>46</sup> Felipe Palau utiliza la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Barcelona para delimitar el concepto de carácter indebido del aprovechamiento de la reputación ajena. En concreto utiliza SAP Barcelona de 1 de diciembre de 2004, AC 2006/264; SAP de 2 de diciembre de 2003 JUR 2004/89,412; SAP Barcelona de 24 de abril de 2001/1035, AC2001/1035. Palau Ramirez, F. (2009). Artículo 12 Explotación de la Reputación Ajena. En F. M. Sanz, *Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal. Práctica Jurídica*. Madrid, España: Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.). p.212.

<sup>47</sup> Artículo 3 Ley General de Publicidad Ley 34/1988, de 11 de noviembre. Publicada en BOE número 274 de 15/11/1988

remisión a la aplicación de los artículos 5<sup>48</sup>, 7<sup>49</sup>, 8<sup>50</sup> y 21 a 31<sup>51</sup> de la Ley de Competencia Desleal. De esta manera, a la hora de determinar si un anuncio publicitario es engañoso deberá comprobarse si este encaja en alguno de los supuestos de las prácticas engañosas descritas en los artículos 21 a 27 de la ley de competencia desleal, y en caso de que no se enmarque dentro de los supuestos de estos artículos, se debe valorar si se cumplen los elementos previstos en los artículos 5 o 7 de la ley de competencia Desleal. De la misma forma, para determinar si el anuncio es agresivo, se debe comprobar si este cumple con los supuestos de las practicas agresivas descritos en los artículos 28 a 31 de la Ley de Competencia Desleal, y si no cumple con los supuestos de estos artículos se debe verificar si cumple con los requisitos del artículo 8 de la ley para considerarse como un anuncio agresivo. (Tato Plaza, Fernandez Carballo-Calero, & Herrera Petrus, 2010) <sup>52</sup>

Ahora, para determinar si una publicidad es desleal, resulta más complejo ya que ni la Ley General de Publicidad, ni la Ley de Competencia Desleal especifican las modalidades publicitarias o prácticas comerciales que son consideradas como publicidad desleal. Por lo anterior, Tato Plaza, Fernandez Carballo-Calero, & Herrera Petrus, nos proponen revisar la redaccion original de la Ley General de Pulicidad, y entender publicidad desleal como aquella que se enmarca dentro de las las siguientes modalidades de publicidad: publicidad confusionista<sup>53</sup>, denigratoria<sup>54</sup> comparativa <sup>55</sup>, publicidad en la que se explota

---

<sup>48</sup> Artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal (actos de engaño).

<sup>49</sup> Artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal (omisiones engañosas).

<sup>50</sup> Artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal (prácticas agresivas).

<sup>51</sup> Los Artículos 21 a 31 de la Ley de Competencia Desleal consagran prácticas señuelo y promocionales engañosas, prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y servicio postventa, prácticas de venta piramidal, prácticas engañosas por confusión, prácticas comerciales encubiertas, practicas agresivas por coacción, por acoso en relación con los menores y otras prácticas agresivas.

<sup>52</sup> Tato Plaza, Fernandez Carballo-Calero y Herrera Petrus en Tato Plaza, A., Fernandez Carballo-Calero, P., & Herrera Petrus, C. (2010). *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid España: Wolters Kluwe España S.A., p. 292.

<sup>53</sup> Publicidad que genera confusión de acuerdo con lo consagrado en los artículos 6 y 20 de la Ley de Competencia Desleal.

<sup>54</sup> Publicidad que puede ser considerada como un acto de denigración según con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal.

<sup>55</sup> Publicidad comparativa que no cumple con los preceptos legales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal.

la reputación ajena<sup>56</sup>, y publicidad contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles<sup>57</sup> (Tato Plaza, Fernandez Carballo-Calero, & Herrera Petrus, 2010).<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Publicidad comparativa que se aprovecha y explota la reputación ajena, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal.

<sup>57</sup> Publicidad que no cumple con los preceptos legales, y que es contraria a las buenas costumbres mercantiles y a la buena fe, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 (cláusula general) de la Ley de Competencia Desleal.

<sup>58</sup> Tato Plaza, Fernandez Carballo-Calero y Herrera Petrus en Tato Plaza, A., Fernandez Carballo-Calero, P., & Herrera Petrus, C. (2010). *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid España: Wolters Kluwe España S.A., p. 258.

## 4 CAPÍTULO IV. ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS ESTRATEGIAS DE *AMBUSH MARKETING*

Una vez descritos los conceptos relevantes, se procederá a realizar un análisis jurídico del *ambush marketing*, para determinar si estas prácticas podrían llegar a ser consideradas como prácticas de competencia desleal, por constituir actos de engaño, confusión, explotación de la reputación ajena, o publicidad ilícita o desleal.

### 4.1 *Ambush marketing* como actos de engaño

Recordemos que las prácticas de *ambush marketing* por intrusión y por asociación utilizan publicidad en torno a un evento de forma creativa para crear la impresión en el consumidor de que el agente económico que emite la campaña publicitaria está relacionado con el evento, y más específicamente quiere dar la impresión al público de que es patrocinador oficial de este. Por lo anterior, al emplear las diferentes estrategias de *ambush marketing*, y al no suministrarse información específica respecto de la inexistencia de una relación de patrocinio entre el organizador del evento y el agente económico que utiliza la estrategia de *ambush marketing*, se podría estar ante un acto de engañando al consumidor.

Para establecer si una determinada práctica de *ambush marketing* cumple con los presupuestos normativos para ser considerado como un acto de engaño, se debe analizar que sea una conducta que incluya información (que puede ser falsa o veraz), que tenga la capacidad de inducir a error al destinatario, y que pueda alterar el comportamiento económico del destinatario.

#### 4.1.1 Información presentada a los destinatarios

Teniendo claros los elementos relevantes, en primer lugar, se debe analizar la información presentada a los destinatarios de la campaña publicitaria, la cual puede ser falsa o veraz. La información falsa es la que no se corresponde con la realidad de las cosas y su uso es por ello indebido de entrada. Por otro lado, la información puede ser veraz, pero transmitir una incorrecta representación de la realidad o generar infundadas expectativas en quien

las recibe, por lo que la información puede ser objetivamente correcta, sin embargo, ser engañosa. (Barona Vilar, 2008)<sup>59</sup>.

#### 4.1.2 Capacidad de generar error

Un segundo elemento de análisis es determinar si la información que se ha brindado a los destinatarios de la campaña publicitaria es capaz de causar error en el consumidor. Al establecer la capacidad de generación de error, se debe determinar sí, la información proporcionada u omitida es relevante y capaz de generar una idea equivocada en el destinatario de la publicidad. A la hora de evaluar este elemento, solo se debe probar la capacidad de generar error en el destinatario, más no que en efecto se haya causado el error (Massaguer Fuentes, 1999).<sup>60</sup>

Para valorar la capacidad de inducción a error de la conducta, se deberá tener en cuenta en primer lugar, el objeto sobre el que se propicia el error. De acuerdo con lo establecido en el artículo 5.1. de la Ley de Competencia Desleal, el objeto sobre el que puede propiciarse el error son supuestos establecidos en este artículo literales a al h, que versan sobre: i) la existencia, naturaleza, característica, beneficios, riesgos del bien o servicios; ii) la asistencia postventa; iii) precio; iv) naturaleza y características del empresario, y v) el alcance de los compromisos del empresario (afirmación o símbolo que indique que el empresario, el bien, o el servicio son objeto de un patrocinio, o una aprobación directa o indirecta). Cabe resaltar especial atención en el último supuesto indicado, pues dentro del alcance de los compromisos del empresario se encuentra el empleo de afirmaciones que indiquen que el comerciante, bien o servicio es objeto de un patrocinio. Esto implica que en la norma se consagra como un factor de inducción a error al destinatario, el hecho de que se mencione o se haga alusión a la existencia de un patrocinio, cuando este no existe.

Por lo anterior, podríamos afirmar que cuando se implementan estrategias de *ambush marketing*, podemos estar ante la capacidad de generar un error en el consumidor, ya que se emplean símbolos o elementos, o en este caso prácticas imaginativas que buscan crear en el consumidor una idea errónea de que existe un contrato de patrocinio, o una relación

---

<sup>59</sup> Barona Vilar, S. (2008). *Objeto del Proceso Civil Por Actuaciones de Competencia Desleal*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch., p.395.

<sup>60</sup> Massaguer Fuentes, J. (1999). *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid, España: Civitas Ediciones, p.218.

comercial entre el agente económico que emite la publicidad de emboscada, y el evento al que hacen alusión en su campaña publicitaria.

#### **4.1.3 Idoneidad para incidir o alterar el comportamiento económico del destinatario.**

Además de la capacidad de generar error, se debe probar que la estrategia de marketing de emboscada tiene la capacidad de influir en el comportamiento económico del destinatario. Lo anterior implica que es fundamental que las indicaciones, alegaciones o manifestaciones realizadas sean aptas para influir en la conducta de sus destinatarios, y más concretamente que tenga la capacidad de influir en la formación de sus preferencias o en la toma de decisiones del destinatario (Massaguer Fuentes, 1999).<sup>61</sup>

Al realizar el análisis de la capacidad del error para influir en la toma de decisiones del destinatario en el contexto de la implementación de una estrategia de *ambush marketing*, nos encontramos con que será indispensable probar que la idea generada erróneamente en el destinatario sobre la existencia de un contrato de patrocinio entre quien emite la publicidad, y el organizador de un evento, tiene la habilidad de determinar las preferencias o de influir en la toma de decisiones del destinatario. En este punto del análisis, debe ser posible probar que en efecto la práctica de marketing de emboscada implementada tiene la capacidad de alterar o influir, o en su defecto ha alterado o influido en el proceso de toma de decisión del destinatario de la publicidad.

Llegar a probar que una estrategia de *ambush marketing* tiene la capacidad de influir en la toma de decisiones o el comportamiento económico del destinatario puede llegar a ser complicado. En primer lugar, se debe demostrar la relación directa entre una campaña de *ambush marketing* y la decisión de compra del destinatario, lo cual se dificulta enormemente dada la naturaleza subjetiva y compleja del comportamiento del destinatario. En segundo lugar, se debe poder probar que el hecho de que una marca o empresa sea patrocinadora de un evento es un factor determinante para el consumidor a la hora de tomar una decisión de compra. Aquí nos encontramos ante una seria dificultad probatoria, pues para autores como Brenda Pitts y Jeniffer Slattery, el hecho de que una empresa patrocine un evento no genera que el consumidor se vea más atraído por el

---

<sup>61</sup> Massaguer Fuentes, J. (1999). *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid, España: Civitas Ediciones, p.229.

producto o servicio de la marca patrocinadora, y por ende no influye positivamente, ni negativamente en la decisión de compra del consumidor (Pitts & Slattery, 2004).<sup>62</sup>

#### 4.1.4 Conclusión sobre el *ambush marketing* como acto de engaño

Aquí nos encontramos con que una práctica de *ambush marketing* podría llegar a cumplir con dos de los elementos esenciales de un acto de engaño (la capacidad de generar error, que el error versa sobre los compromisos económicos del empresario), sin embargo, a la hora de probar el tercer elemento, es decir la capacidad de que el error influya en la conducta económica o la decisión de los destinatarios, nos encontramos ante una grave dificultad probatoria para establecer el vínculo entre la existencia de un contrato de patrocinio y la decisión de compra de un consumidor o destinatario. Por lo anterior, se puede llegar a afirmar que la única forma en la que se podría llegar a considerar que una estrategia de marketing de emboscada es un acto de engaño, según lo establecido en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal, es que quien la alega, tenga la capacidad de probar que la campaña publicitaria ha sido capaz de influir en la capacidad de decisión o en el comportamiento económico de los destinatarios de esta.

#### 4.2 *Ambush marketing* como actos de confusión

Ahora bien, analizaremos si los actos de *ambush marketing* podrían llegar a ser considerados como actos de confusión, y para esto es indispensable recordar que los actos de confusión son todos aquellos comportamientos idóneos para crear confusión con la actividad, prestaciones o establecimiento ajenos, circunstancia que se presenta cuando es apto para crear un riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de su procedencia empresarial (Massaguer Fuentes, 1999).<sup>63</sup> Ahora bien, al analizar una práctica de *ambush marketing*, y determinar si la misma es un acto de confusión se debe

---

<sup>62</sup> Pitts y Slattery realizan un estudio sobre los efectos del patrocinio y como este afecta los niveles de notoriedad de una marca y el interés de compra de los consumidores. Pitts, B., & Slattery, J. (2004). An Examination of the Effects of Time on Sponsorship Awareness Levels. *Sport Marketing Quarterly Vol 13*, p. 45

<sup>63</sup> Massaguer Fuentes, J. (1999). *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid, España: Civitas Ediciones, p.234



analizar si hay una acción desleal, y si el resultado de esa acción es la generación del riesgo de confusión directo o indirecto (asociación).<sup>64</sup>

#### **4.2.1 Acción desleal**

En primer lugar, se debe determinar si la implementación de una estrategia de *ambush marketing* podría considerarse como una acción desleal, entendiendo esta como todo comportamiento idóneo para crear confusión sobre la actividad, prestaciones o establecimientos ajenos (Massaguer Fuentes, 1999).<sup>65</sup> En este caso nos encontramos con que mediante la implementación de una estrategia de marketing de emboscada, el agente que la utiliza busca que la publicidad emitida genere la idea en el destinatario de que este agente económico es patrocinador de un evento. La generación de esta idea conlleva a que la marca de quien implementa la estrategia sea reconocida como patrocinadora oficial de un evento, cuando realmente no lo es y cuando este agente no es parte de un contrato de patrocinio, ni ha adquirido los derechos para poder vincularse con el evento. Por esta razón se puede afirmar, que la implementación de una estrategia de *ambush marketing* puede ser vista como un comportamiento idóneo para crear confusión sobre las prestaciones y establecimientos ajenos.

#### **4.2.2 Riesgo de confusión o asociación**

Una vez determinado que existe una acción desleal, se debe analizar si la estrategia de *ambush marketing* puede generar riesgo de confusión o asociación sobre la identidad del oferente del producto o servicio en cuestión.<sup>66</sup> En este caso concreto, las estrategias de marketing de emboscada podrían generar un riesgo de asociación (confusión indirecta), el cual se produce cuando el consumidor no confunde ambas empresas, pero de algún modo se le ha llevado a pensar que existe una relación económica, comercial o de organización entre estas empresas (Sánchez Sabater, 2009).<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> Sanchez, J. (2010). La Ampliación del Concepto de Competencia Desleal. En J. Gómez, & Á. García, *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI*. Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. p.395

<sup>65</sup> Massaguer Fuentes, J. (1999). *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid, España: Civitas Ediciones, p.171.

<sup>66</sup> Sanchez, J. (2010). La Ampliación del Concepto de Competencia Desleal. En J. Gómez, & Á. García, *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI*. Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., p.395

<sup>67</sup> Sanchez, J. (2010). La Ampliación del Concepto de Competencia Desleal. En J. Gómez, & Á. García, *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI*. Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., p.396

Al realizar el análisis de una práctica de marketing de emboscada, nos encontramos con que existe riesgo de asociación entre la marca que emite la publicidad y el evento. Este riesgo se genera en la medida en que el agente de mercado que utiliza la estrategia de *ambush marketing* tiene como finalidad generar la idea en los receptores de la publicidad que esta empresa está vinculada con un evento específico, y que entre estas dos empresas (la que realiza la publicidad y la organizadora del evento) existe una relación jurídica y comercial en virtud de la existencia de un contrato de patrocinio entre ambas. Así, se puede afirmar, que la finalidad misma de las empresas que implementan estas prácticas es la generación de la asociación de su marca con un evento específico, y que es por esto que decide realizar publicidad creativa mediante la cual el destinatario después de acceder al contenido publicitario puede llegar a tener en su imaginario que la empresa publicitada es patrocinadora oficial de un evento.

#### **4.2.3 Conclusión sobre los actos de *ambush marketing* como actos de confusión**

Una vez realizado el análisis de los elementos del acto de confusión, se podría afirmar que las prácticas de *ambush marketing* cumplen con los dos supuestos de los actos de engaño, es decir que son acciones desleales relevantes y generan un riesgo de asociación en los destinatarios de la publicidad. Las prácticas de marketing de emboscada acarrear como consecuencia la asociación de la marca que realiza la publicidad, con un evento determinado, dado que se induce a que el consumidor crea que entre la empresa que realiza la publicidad y la empresa organizadora del evento existe una relación comercial enmarcada dentro de un contrato de patrocinio entre ambas, cuando esto no corresponde con la realidad.

Ahora bien, al realizar la alegación de que una campaña de marketing de emboscada es un acto de engaño, se deberá probar que en efecto el destinatario de la publicidad considera que existe una vinculación entre la empresa que emite la publicidad y la empresa que organiza el evento o el evento mismo. Y, en este caso, se deberá utilizar los medios probatorios idóneos para demostrar que el efecto que genera la publicidad en el destinatario es la asociación de ambas empresas. Por esto podemos afirmar que, si puede llegar a existir un acto de confusión, sin embargo, debe poder demostrarse la asociación

efectivamente la asociación de ambas marcas ante quien conoce de la solicitud de declaración de la ilegalidad del acto como un acto de engaño.

### **4.3 *Ambush marketing* como actos de explotación de la reputación ajena**

En tercer lugar, es importante realizar el análisis de las prácticas de *ambush marketing*, para determinar si estas podrían llegar a ser catalogadas como actos de explotación de la reputación ajena y por este motivo ser consideradas como desleales. Para determinar si una estrategia de marketing de emboscada es un aprovechamiento de la reputación ajena, se debe comprobar que exista: i) una reputación industrial, comercial o profesional adquirida por un agente económico en el mercado; ii) un aprovechamiento o explotación de esa reputación industrial, comercial o profesional del tercero y iii) que dicho aprovechamiento sea indebido.<sup>68</sup>

#### **4.3.1 Existencia de una reputación industrial, comercial o profesional adquirida por un agente económico en el mercado.**

Recordemos que para Massaguer, la reputación industrial, comercial o profesional, es la posición alcanzada por un agente económico en el mercado, gracias a la fama y el buen nombre logrados, y que se traduce en un prestigio y valor comercial de este agente del mercado. Esta fama y buen nombre se materializan en la capacidad de atracción de clientela y la posibilidad de la utilización de signos distintivos como forma de asociación del producto o servicio con un origen empresarial (Massaguer Fuentes, 1999).<sup>69</sup>

Cuando se realiza el análisis de este primer elemento en las prácticas de *ambush marketing*, nos encontramos con que la reputación industrial, comercial o profesional que debe estudiarse es la reputación del evento como tal, dado que en este caso el agente de mercado que emplea esta estrategia publicitaria busca que su propia marca sea vea asociada con un evento de gran dimensión.

Así las cosas, se podría afirmar que efectivamente estos eventos deportivos, culturales, musicales y de entretenimiento cuentan con una reputación comercial o profesional, por

---

<sup>68</sup> Barona Vilar, S. (2008). *Objeto del Proceso Civil Por Actuaciones de Competencia Desleal*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch., p.538.

<sup>69</sup> Massaguer Fuentes, J. (1999). *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid, España: Civitas Ediciones., p.368.

varias razones. En primer lugar, estos eventos suelen ser en su gran mayoría eventos de alta magnitud, que cuentan con la presencia de grandes personalidades conocidas en el mundo del deporte (deportistas individuales y equipos), entretenimiento y cultura (actores y actrices, músicos, cantantes, artistas). Una segunda razón de la existencia de la reputación comercial de estos eventos es que estos normalmente van dirigidos a un gran número de espectadores, que no se concentra únicamente en los asistentes del evento, sino en las personas que acceden al mismo a través de la transmisión en vivo del evento, o en la retransmisión de este en canales de televisión, en plataformas de acceso a contenido, o en las mismas redes sociales tanto de los participantes del evento, como de los espectadores del mismo, así como de distintos medios de comunicación. En tercer lugar, la reputación de estos eventos se encuentra ligada con su capacidad de generar ingresos mediante la venta de entradas y de productos relacionados con el evento, la presencia de patrocinadores oficiales, la publicidad realizada por los patrocinadores alrededor del evento, la transmisión en vivo de estos eventos, y la noticiabilidad de estos (por su presencia en medios de comunicación y en redes sociales). Adicionalmente, se puede afirmar que normalmente los signos distintivos de estos grandes eventos están implantados en el mercado, toda vez que los signos distintivos de estos eventos suelen destacarse por su notoriedad, y suelen asociarse por la mayoría de los destinatarios naturales a la fama y buen nombre de estos eventos. (Massaguer Fuentes, 1999).<sup>70</sup>

Se puede concluir que estos eventos en efecto gozan de una reputación industrial, comercial y profesional que merece ser objeto de protección, por el gran esfuerzo económico, profesional. y humano que se emplea en la realización de estos eventos.

#### **4.3.2 Aprovechamiento o explotación de esa reputación.**

Después de determinar que los eventos culturales, deportivos y de entretenimiento cuentan con una reputación comercial, industrial o profesional que merece ser objeto de protección, se debe verificar que mediante el uso de una estrategia de *ambush marketing*, el agente de mercado que la emplea, se vale de un comportamiento apto para lograr el aprovechamiento o explotación de la reputación ajena. En relación con este segundo requisito, como se ha mencionado a lo largo del presente documento, mediante el uso de

---

<sup>70</sup> Massaguer Fuentes, J. (1999). Comentarios a la Ley de Competencia Desleal. Madrid, España: Civitas Ediciones., p.369.

estrategias de *ambush marketing*, el agente de mercado que la implementa propende por la realización de publicidad de su propia marca en torno a un evento (del cual no es patrocinador), para conseguir reconocimiento en el mercado, ser asociado con este evento y generar la impresión en los destinatarios que existe una relación comercial en virtud de la existencia de un contrato de patrocinio entre este agente económico y el evento. Ahora bien, en este punto es indispensable analizar caso por caso la estrategia de *ambush marketing* utilizada, para determinar si esta ha sido efectiva y si se ha logrado la vinculación de la marca con el evento, logrando así el aprovechamiento de la reputación, buen nombre y fama del evento.

### 4.3.3 Carácter indebido del aprovechamiento

El tercer elemento que se debe analizar para determinar que una estrategia de marketing de emboscada es un acto de aprovechamiento de la reputación ajena, es que el aprovechamiento de la reputación ajena sea indebido. Este carácter indebido se produce cuando quien implementa la conducta de aprovechamiento busca tomar ventaja de los esfuerzos realizados por un competidor o un tercero para dotar sus prestaciones o actividades de prestigio, siendo ello evitable y sin justificación alguna en el ordenamiento jurídico, los principios generales o la voluntad de los interesados (Palau Ramirez, 2009).<sup>71</sup> Sobre este punto, Massaguer ha declarado que se considera como aprovechamiento indebido de la reputación ajena aquellas conductas que sin constituir un acto de engaño o de confusión persigan apropiarse injustificadamente de la reputación ganada por otro mediante la realización y difusión de manifestaciones que declaran o aluden a la existencia de vínculos de cualquier índole con otro agente económico como la realización de actividades en común (Massaguer Fuentes, 1999).<sup>72</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, nos encontramos con que una estrategia de *ambush marketing* puede llegar a ser considerada como aprovechamiento indebido de la reputación ajena dado que mediante el empleo de estas prácticas quien las utiliza busca

---

<sup>71</sup> Palau Ramírez, F. (2009). Artículo 12 Explotación de la Reputación Ajena. En F. M. Sanz, *Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal. Práctica Jurídica*. Madrid, España: Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.). p.212.

<sup>72</sup> Massaguer Fuentes, J. (1999). Comentarios a la Ley de Competencia Desleal. Madrid, España: Civitas Ediciones., p.375.

tomar ventaja de los esfuerzos y renombre del evento, para asociarse con este mismo, conducta que no tiene justificación alguna en el ordenamiento jurídico, los principios generales o la voluntad de los interesados. Esta conducta no encuentra una justificación en el ordenamiento jurídico, dado que el organizador del evento no ha consentido que se asocie el evento con la marca no patrocinadora, y por el contrario, los únicos capaces de asociarse con el evento, son los patrocinadores oficiales, que han suscrito un contrato de patrocinio y que han sido autorizados para realizar publicidad entorno al evento.

#### **4.3.4 Conclusión sobre los actos de *ambush marketing* como actos de aprovechamiento de la reputación ajena.**

De acuerdo con el análisis de los elementos de un acto de aprovechamiento de la reputación ajena, podríamos establecer que las prácticas de *ambush marketing*, efectivamente cumplen los supuestos enunciados en el artículo 12 de la Ley de Competencia desleal, toda vez que los eventos y organizadores de eventos con los que la publicidad de emboscada busca relacionarse, suelen tener una reputación industrial, comercial o profesional por las razones mencionadas anteriormente, de la que los *ambushers* pretenden sacar ventaja y cuyo aprovechamiento es indebido por no encontrarse una justificación alguna de esta conducta en el ordenamiento jurídico.

#### **4.4 *Ambush marketing* como actos de publicidad ilícita**

Finalmente, el cuarto acto de competencia desleal en el que se podrían enmarcar algunas prácticas de *ambush marketing* son los actos de publicidad ilícita, consagrados en el artículo 18 de la ley de Competencia Desleal, que establece que la publicidad considerada como ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará como desleal. Como se mencionó en el capítulo anterior, el artículo 3 de la Ley General de Publicidad recoge un catálogo de modalidades de lo que se considera como publicidad ilícita, dentro de la que se encuentra: la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva.

##### **4.4.1 *Ambush marketing* como publicidad desleal**

En lo que a nuestro estudio respecta, las prácticas de marketing de emboscada podrían llegar a considerarse como publicidad engañosa o desleal. En primera medida se entiendo como publicidad desleal aquella que hace referencia a los actos estructuralmente

publicitarios que implican modos desleales de competencia (De la Cuesta Rute, 2002)<sup>73</sup> es decir que se considera como publicidad desleal toda publicidad capaz de denigrar, generar confusión, aprovecharse de la reputación ajena, o aquella publicidad contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles de acuerdo con lo consagrado en el Artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal. (De la Cuesta Rute, 2002)<sup>74</sup>

Como se ha mencionado a lo largo de este capítulo, nos encontramos con que la publicidad implementada mediante campañas de *ambush marketing* puede llegar a cumplir con los supuestos normativos de los actos de confusión y de aprovechamiento de la reputación ajena, por lo que se podría llegar a considerar como publicidad desleal en la medida en que se cumplen los supuestos normativos para estos dos actos de competencia desleal.

#### **4.4.2 *Ambush marketing* como publicidad engañosa**

Ahora bien, en relación con la publicidad engañosa, esta es toda publicidad que incluye información falsa, o información que aún siendo veraz, puede inducir a error a los consumidores y que sea susceptible de alterar el comportamiento económico del consumidor (De la Cuesta Rute, 2002).<sup>75</sup> Al realizar el estudio de las estrategias de marketing de emboscada, nos encontramos con que debemos reiterar lo afirmado en la sección de actos de engaño, es decir que para que una campaña publicitaria de *ambush marketing* sea considerada como publicidad engañosa, se debe demostrar no solo que es capaz de inducir a error a los consumidores (que como ya se ha indicado anteriormente, lo es), pero además se debe demostrar que esta publicidad tiene la capacidad de influir en el comportamiento económico del consumidor. Este último requisito presenta algunas dificultades, pues resulta complicado probar que una campaña de *ambush marketing* (en la que se pretende que el consumidor asocie la marca que realiza la publicidad con un

---

<sup>73</sup> De la Cuesta Rute, J. M. (2002). *Curso de Derecho de la Publicidad*. Navarra, España: Ediciones Universidad de Navarra, p. 177.

<sup>74</sup> De la Cuesta Rute, J. M. (2002). *Curso de Derecho de la Publicidad*. Navarra, España: Ediciones Universidad de Navarra, p. 178,183,190.

<sup>75</sup> De la Cuesta Rute, J. M. (2002). *Curso de Derecho de la Publicidad*. Navarra, España: Ediciones Universidad de Navarra, p. 143

evento y que cree en su imaginario la idea de que esta marca es patrocinadora oficial del evento), sea capaz de interferir o influir en la capacidad de decisión del consumidor. Lo anterior dado que resulta complejo demostrar que para los consumidores el hecho de que una marca sea patrocinadora oficial de un evento, constituye un factor decisivo, que tiene un gran valor para el consumidor a la hora de tomar una decisión de consumo.

#### **4.4.3 Conclusiones sobre el *ambush marketing* como actos de publicidad ilícita**

Así las cosas, podemos afirmar que las prácticas de *ambush marketing* pueden llegar a considerarse como publicidad ilícita en la medida en que estas pueden configurar publicidad desleal por confusión y por aprovechamiento de la reputación ajena, pues como se analizó anteriormente, se cumplen los supuestos de los actos de confusión y de aprovechamiento de la reputación ajena consagrados en la Ley de Competencia Desleal. Sin embargo, no podríamos afirmar con tanta certeza que estas estrategias de marketing de emboscada podrían llegar a ser consideradas como publicidad engañosa, pues a pesar de que son susceptibles de inducir a error a los consumidores, no es tan claro que tengan la capacidad de influir en el comportamiento económico de los consumidores, y nos encontraríamos ante una dificultad probatoria, para demostrar que efectivamente estas prácticas tienen la capacidad de influir en las decisiones de los consumidores sobre la adquisición de un producto o servicio.



## 5 CAPÍTULO V: CONCLUSIONES

Vivimos en un mundo cada vez más competitivo y saturado de mensajes publicitarios, en el que las empresas buscan a como dé lugar captar la atención de los consumidores, por lo que los agentes económicos se ven en la obligación de implementar formas creativas e innovadoras para captar la atención del público. El contrato de patrocinio publicitario se presenta como una alternativa innovadora para que las empresas capten la atención de los consumidores y difundan su mensaje publicitario, dado que se le permite a una marca patrocinadora realizar publicidad entorno a un evento (a cambio de una aportación en dinero o en especie). Además de la posibilidad de difundir publicidad en torno a un evento, el contrato de patrocinio les permite a los patrocinadores la consecución de objetivos económicos y psicológicos entre los que se encuentran el aumento de la visibilidad de la marca, la conexión con audiencias específicas, y el posicionamiento de las marcas en el mercado.

Debido a la efectividad y los múltiples beneficios del patrocinio publicitario, el *ambush marketing* surge como una propuesta alternativa al contrato de patrocinio, mediante la cual, empresas que no son parte de un contrato de patrocinio de un evento, utilizan este último para hacer publicidad de su propia marca, y generar como consecuencia la asociación de su marca con el espectáculo, sin incurrir en los altos costos que implica ser parte de un contrato de patrocinio.

El número y naturaleza de las prácticas del marketing de emboscada es extenso y varía de acuerdo con las diferentes formas de hacer publicidad y los medios y mecanismos de difusión de la publicidad. Para efectos de este estudio, hemos catalogado las prácticas de *ambush marketing*, en dos categorías: por asociación y por intrusión. Las prácticas de marketing de emboscada por asociación se caracterizan por su capacidad de relacionar o de generar una asociación de la marca que realiza la publicidad y el evento. Dentro de estas se encuentra el uso no autorizado de entradas del evento en una campaña publicitaria; la realización de anuncios relacionados con el evento en la fecha del evento o fechas cercanas a este; patrocinio de un equipo, deportista, o participante del evento; adquisición de derechos publicitarios en los medios que retransmiten el evento; uso del marketing de influencer para asociarse con un evento. Por su parte el *ambush marketing* por intrusión, se caracteriza por la presencia de la marca en el evento o en zonas aledañas

a este y dentro de estas se encuentra: el regalo de productos de una marca no patrocinadora a los asistentes del evento; la utilización de espacios cercanos al evento para la realización de actividades de publicidad de una marca no patrocinadora y la implementación de formas creativas que hacen alusión a una marca no patrocinadora dentro del evento mismo.

Ahora bien, las prácticas de *ambush marketing* han sido y son fuertemente cuestionadas por su legitimidad y por los desafíos significativos que plantean en términos de competencia. Estas prácticas presentan desafíos importantes para los organizadores de eventos y sus patrocinadores, y pueden llegar a ser catalogadas como actos de competencia desleal, entendiendo esta como todo acto realizado en el mercado que es contrario a los correctos usos y costumbres mercantiles y a la buena fe, el cual puede afectar el normal desarrollo concurrencial de los operadores.

La Ley de Competencia Desleal española plantea una cláusula general de competencia desleal consagrada en su artículo 4 y diferentes actos que son considerados como desleales, y que por esta categorización pueden ser controvertidos por las partes afectadas ante la autoridad competente. Ahora bien, al realizar el análisis de las prácticas de *ambush marketing*, se procedió a realizar un análisis que permita determinar si estas estrategias de marketing podrían llegar a ser catalogadas como actos de engaño, actos de confusión, actos de explotación de la reputación ajena o actos de publicidad ilícita.

En relación con la categorización de las prácticas de *ambush marketing* como actos de engaño, se debe verificar si la estrategia de marketing de emboscada cumple con los presupuestos normativos para ser considerado como un acto de engaño, es decir, que sea una conducta que incluya información (que puede ser falsa o veraz), que tenga la capacidad de inducir a error al destinatario, y que pueda alterar el comportamiento económico del destinatario. Una vez analizados estos elementos, nos encontramos con que una práctica de *ambush marketing* podría llegar a cumplir con dos de los elementos esenciales de un acto de engaño (la capacidad de generar error, que el error versa sobre los compromisos económicos del empresario), sin embargo, a la hora de probar el tercer elemento, es decir la capacidad de que el error influya en la conducta económica o la decisión de los destinatarios, nos encontramos ante una grave dificultad probatoria para establecer el vínculo entre la existencia de un contrato de patrocinio y la decisión de

compra de un consumidor o destinatario. Por lo anterior, se puede llegar a afirmar que la única forma en la que se podría llegar a considerar que una estrategia de marketing de emboscada es un acto de engaño, es que quien la alega, tenga la capacidad de probar que la campaña publicitaria ha sido capaz de influir en la capacidad de decisión o en el comportamiento económico de los destinatarios de esta.

Por su lado, para determinar si una práctica de *ambush marketing* podría llegar a ser considerada como un acto de confusión, es decir aquel comportamiento idóneo para crear confusión o asociación con la actividad, prestaciones o establecimiento ajenos, por parte de los consumidores respecto de su procedencia empresarial, se debe analizar si hay una acción desleal, y si el resultado de esa acción es la generación del riesgo de confusión directo o indirecto (asociación). Una vez realizado el análisis de los elementos mencionados, se concluyó que las prácticas de *ambush marketing* son acciones desleales relevantes y generan un riesgo de asociación en los destinatarios de la publicidad, dado que acarrearán como consecuencia la asociación de la marca que realiza la publicidad, con un evento determinado, pues se induce a que el destinatario crea que existe una relación comercial enmarcada dentro de un contrato de patrocinio entre ambas, cuando esto no corresponde con la realidad.

Por otra parte, al realizar el análisis de las prácticas de *ambush marketing* como actos de explotación de la reputación ajena se debe comprobar que exista: i) una reputación industrial, comercial o profesional adquirida por un agente económico en el mercado; ii) un aprovechamiento o explotación de esa reputación industrial, comercial o profesional del tercero y iii) que dicho aprovechamiento sea indebido. Al analizar la existencia de estos elementos se concluye que los actos de marketing de emboscada se podrían catalogar como actos de aprovechamiento de la reputación ajena, toda vez que los eventos y organizadores de eventos con los que la publicidad de emboscada busca relacionarse, suelen tener una reputación industrial, comercial o profesional, de la que los *ambushers* pretenden sacar ventaja y cuyo aprovechamiento es indebido por no encontrarse una justificación alguna de esta conducta en el ordenamiento jurídico.

Por último, al realizar el análisis de las prácticas de *ambush marketing* como publicidad ilícita se puede afirmar, que estas pueden configurar publicidad desleal por confusión y por explotación de la reputación ajena, pues cumplen los supuestos de los actos de

confusión y de explotación de la reputación ajena consagrados en la Ley de Competencia Desleal. Sin embargo, no podríamos afirmar con tanta certeza que estas estrategias de marketing de emboscada podrían llegar a ser consideradas como publicidad engañosa, pues a pesar de que son susceptibles de inducir a error a los consumidores, no es claro que tengan la capacidad de influir en el comportamiento económico de los consumidores, y nos encontraríamos ante una dificultad probatoria, para demostrar que efectivamente estas prácticas tienen la capacidad de influir en las decisiones de los consumidores sobre la adquisición de un producto o servicio.

Concluimos que las prácticas de *ambush marketing* constituyen una vulneración a los intereses de los organizadores y patrocinadores de eventos culturales, deportivos y de entretenimiento, y que por esta razón y por su posible categorización como actos de competencia desleal, podrían ser controvertidas ante la autoridad competente, a pesar de las posibles dificultades probatorias.

## 6 BIBLIOGRAFIA

- Arnau Raventós, L. (2001). *El Contrato de Patrocinio Publicitario*. Madrid, España: La Ley.
- Autocontrol . (2020). Código de Conducta Sobre el Uso de Influencers en la Publicidad. España.
- Barona Vilar, S. (2008). *Objeto del Proceso Civil Por Actuaciones de Competencia Desleal*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Baylos Corroza, H. (2009). En *Tratado de Derecho Industrial* (págs. 314- 316). Madrid, España: Editorial Civitas.
- Broseta Abogados. (2011). *Memento Dossier Competencia Desleal*. Madrid, España: Ediciones Francis Lefebvre, S.A.
- Cornwell, B., Weeks, C. S., & Roy, D. P. (2005). Sponsorship-linked Marketing: Opening the Black Box. *Journal of Advertising Vol 34*, 21-42.
- Crow, D., & Hoek, J. (2003). Ambush Marketing a Critical Review and Some Practical Advice. *Marketing Bulletin*, 14.
- De la Cuesta Rute, J. M. (2002). *Curso de Derecho de la Publicidad*. Navarra, España: Ediciones Universidad de Navarra.
- Ferrándiz Gabriel, J. R. (2007). En J. R. Ferrándiz Gabriel, *Jurisprudencia Sobre Propiedad Industrial, publicidad y Derecho de la Competencia* (págs. 967-969). Madrid, España: La Ley.
- García Menéndez, S. A. (2009). En S. A. García Menéndez, *Competencia Desleal: Actos de Desorganización del Competidor* (págs. 70-72). Madrid: LexisNexis.
- García, R. (2008). *Ley de Competencia Desleal* . Navarra, España: Thomson - Arazandi.
- Griffin, C. (2014). Ambush Marketing Pushing the Boundaries or a Legitimate Sales Tactic? *Product Law and Advertising Vol 21*, 1.
- Hernandez, I. (14 de Diciembre de 2022). *Cuatrecasas* . Obtenido de Cuatrecasas Conocimiento: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/deporte/art/ambush-marketing#:~:text=Ambush%20marketing%20por%20intrusi%C3%B3n,de%20los%20medios%20de%20difusi%C3%B3n>.

- Massaguer Fuentes, J. (1999). *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid, España: Civitas Ediciones.
- Menéndez, A. M. (1988). En *La Competencia Desleal* (págs. 100-104). Madrid: Civitas.
- Nufer, G., & Buhler, A. (2010). How Effective is the Sponsorship of Global Sports Events? A comparison of the FIFA World Cup in 2006 and 1998. *International Journal Of Sports Marketing and Sponsorship*, 305.
- Palau Ramirez, F. (2009). Artículo 12 Explotación de la Reputación Ajena. En F. M. Sanz, *Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal. Práctica Jurídica* (págs. 199- 218). Madrid, España: Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.).
- Piñeiro Salguero, J., & Puig Rubí, A. (2007). Ambush Marketing en Eventos Deportivos. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 9.
- Pitts, B., & Slattery, J. (2004). An Examination of the Effects of Time on Sponsorship Awareness Levels. *Sport Marketing Quarterly Vol 13*, 43-54.
- Sánchez Sabater, L. (2009). Artículo 6 Actos de Confusión. En F. Martínez Sanz, *Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal* (págs. 79-94). Madrid, España: Editorial Tecnos (Grupo Anaya).
- Sanchez, J. (2010). La Ampliación del Concepto de Competencia Desleal. En J. Gómez, & Á. García, *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI* (págs. 394-399). Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales SA .
- Schmitz, J. K. (2005). Ambush Marketing: the Off- Field Competition at the Olympic Games. *Northwestern Journal of Technology & Intellectual Property*, 205.
- Shani, D., & Sandler, D. (1998). Ambush Marketing: Is Confusion to blame for the Flickering of the Flame? *Psychology and Marketing Vol 15*, 368.
- Tato Plaza, A., Fernandez Carballo-Calero, P., & Herrera Petrus, C. (2010). *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid España: Wolters Kluwe España S.A.
- Townley, S., Harrington, D., & Couchman, N. (1998). The Legal and Practical Prevention of Ambush Marketing in Sports. *Psychology & Marketing Vol 15*, 333.

Welsh, J. (11 de March de 2010). *Ambush Marketing: What it is, what it isn't*. Obtenido de Welsh Marketing: <https://jcwelsh.wordpress.com/2010/03/11/ambush-marketing-what-it-is-what-it-isn%E2%80%99t/>