



Revista de Derecho Privado
E-ISSN: 1909-7794
mv.pena235@uniandes.edu.co
Universidad de Los Andes
Colombia

Delvasto, Carlos; Cote Tami, Paola
El ambush marketing y el Mundial de Fútbol Brasil 2014: una reflexión a la luz de la regulación en
Colombia
Revista de Derecho Privado, núm. 52, julio-diciembre, 2014, pp. 1-22
Universidad de Los Andes
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033223022>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



EL *AMBUSH MARKETING* Y EL MUNDIAL DE FÚTBOL BRASIL 2014: UNA REFLEXIÓN A LA LUZ DE LA REGULACIÓN EN COLOMBIA

CARLOS DELVASTO

PAOLA COTE TAMI

Revisión de tema

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.52.2014.17>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Privado N.º 52

Julio - Diciembre de 2014. ISSN 1909-7794

El *ambush marketing* y el Mundial de Fútbol Brasil 2014: una reflexión a la luz de la regulación en Colombia

Resumen

Debido a la revolución tecnológica los mercados son más globales, esto ha ocasionado que eventos de espectáculos deportivos, artísticos, entre otros, que tienen cobertura en medios y publicidad a nivel mundial, generen tensión entre los derechos de quienes los organizan, incluidos los patrocinadores, y los derechos de libertad económica y empresarial de quienes utilizan estos acontecimientos como un ancla en sus estrategias de márketing. El objetivo de este artículo es analizar a la luz del marco jurídico de Colombia el fenómeno denominado *ambush marketing*, haciendo particular énfasis en el caso del Mundial de Fútbol Brasil 2014.

Palabras clave: márketing de emboscada, problema del polizón, actos de competencia desleal, Mundial de Fútbol Brasil 2014.

The *ambush marketing* and Brazil World Cup 2014: A view through Colombian legal framework

Abstract

With global markets, economic agents associate themselves with advertisement of mega events that are well known worldwide. Because of this, there is trend between legal rights of organizers, including sponsors, and economic freedom of agents that use those events as an anchor in advertisement, something, called *ambush marketing*. The purpose of this paper is to analyze this phenomenon through Colombian legal framework.

Keywords: *ambush marketing*, free rider, unfair competition, World Cup 2014.

O *ambush marketing* e a Copa do Mundo - Brasil 2014: uma reflexão à luz da regulação na Colômbia

Resumo

Devido à revolução tecnológica os mercados são mais globais, isto tem ocasionado que eventos de espetáculos esportivos, artísticos, entre outros, que têm cobertura em meios e publicidade a nível mundial, gerem tensão entre os direitos de quem os organizam, incluídos os patrocinadores, e os direitos de liberdade econômica e empresarial de quem utiliza estes acontecimentos como uma âncora em suas estratégias de marketing. O objetivo deste artigo é analisar à luz do marco jurídico da Colômbia o fenômeno denominado *ambush marketing*, enfatizando particularmente o caso da Copa do Mundo - Brasil 2014.

Palavras-chave: marketing de emboscada, problema de oportunismo, atos de concorrência desleal, Copa do Mundo Brasil 2014.

El *ambush marketing* y el Mundial de Fútbol Brasil 2014: una reflexión a la luz de la regulación en Colombia^{*}

Carlos Delvasto^{**}

Paola Cote Tami^{***}

SUMARIO

Introducción – I. AMBUSH MARKETING EN COLOMBIA Y EL MUNDIAL DE LA FIFA 2014 – A. *Análisis de casos* – II. ANTECEDENTES JURÍDICOS EN COLOMBIA – A. *Resolución 0611 de 2014 de la Superintendencia de Industria y Comercio* – III. ANÁLISIS JURÍDICO – A. *Decisión 486 Comunidad Andina de Naciones* – B. *Ley 256 de 1996* – 1. Prohibición general – 2. Explotación de la reputación ajena – C. *Ley 1480 de 2011* – IV. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL AMBUSH MARKETING – A. *¿Tiene la FIFA un monopolio en la venta de boletas en el mundo?* – B. *Regulación de la propiedad industrial en países anfitriones* – C. *Free riders y ambush marketing en el Mundial. ¿La idea del Mundial como bien público?* – V. CONCLUSIONES – Referencias.

^{*} Cómo citar este artículo: Delvasto, C. y Cote Tami, P. (Diciembre, 2014). El *ambush marketing* y el Mundial de Fútbol Brasil 2014: una reflexión a la luz de la regulación en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, 52. Universidad de los Andes (Colombia).

^{**} Profesor de Derecho en la Pontificia Universidad Javeriana (Cali). Abogado de la Universidad San Buenaventura (Cali), máster en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá) y en Law and Economics (LL.M.) de la University of Illinois en Urbana-Champaign. Correo: cdelvasto@javerianacali.edu.co

^{***} Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana (Cali), optando al título de abogada con énfasis en derecho privado. Correo: paolacote11@gmail.com

Introducción

El proceso de creación destructiva es la esencia de un sistema económico capitalista, en donde se presenta una mutación industrial que constantemente está destruyendo el anterior y creando uno nuevo (Schumpeter, 1943). Sin duda, la revolución tecnológica que ha sufrido el mundo desde la segunda mitad del siglo XX, ha conllevado que la estructura productiva cambie dramáticamente, de hecho, a medida que el acceso a Internet se masifica, se presentan cambios fascinantes en la sociedad en que vivimos, y si bien antes ya habíamos visto cambios, ninguna tecnología había impactado la sociedad y los mercados de esta manera. Al punto de poder decir, sin temor a equivocarnos, que hoy en día la forma en que trabajamos, vivimos y aprendemos ha sido revolucionada sorprendentemente al permitir comunicarnos e interactuar en tiempo real, y con ello la existencia de un verdadero comercio global. En resumen, el proceso de creación destructiva está generando una ruptura con las formas tradicionales de participar en el mercado, máxime, al retar el *statu quo* existente en este. Todo lo anterior señala nuevos retos al derecho de cada país, en especial en lo que respecta a los derechos de propiedad industrial, los derechos de libertad económica y libre competencia¹ (Kur, 2007).

Así pues, la literatura académica, junto con organizaciones gubernamentales encargadas de

velar por la protección de la libre competencia y de la propiedad industrial, e incluso, algunos tribunales de justicia, han visto la necesidad de enfrentar los nuevos retos. En efecto, se ha señalado que algunas de estas situaciones pasan desapercibidas ya sea por la laxitud y vacíos en la legislación, o por obstáculos mal fundamentados que son impuestos a quienes participan en el comercio.

Así las cosas, el *ambush marketing* (en adelante AM) es uno de estos fenómenos que ha tenido mayor impacto en el mercado global. Esta expresión, que puede ser traducida como “márquetin de emboscada”, es un anglicismo utilizado por primera vez por Jerry C. Welsh² en los eventos deportivos de la década de los 80 para distinguir aquella importante, éticamente correcta y competitiva herramienta del arsenal de las compañías no patrocinadoras, para potencializar sus negocios y su imagen (Welsh, s.f.). Sin embargo, para otros autores (Sandler y Shani, 1989) el AM es aquella campaña o esfuerzo planeado por una organización para asociarse indirectamente con un evento, buscando adquirir al menos algún reconocimiento o beneficios que

1 Conductas que pueda que antes no tuvieran relevancia, pero ahora en sí mismas generan tensiones, pues para algunos son vistas como perjudiciales, en especial cuando hay intereses económicos afectados, y para otros agentes constituyen nuevas oportunidades para obtener beneficios.

2 Welsh comenzó su carrera en la educación en varias universidades de Estados Unidos. Posteriormente, emergió de las filas de American Express Company bajo la tutela de Lou Gerstner y Jim Robinson para convertirse en director de márquetin mundial. Es en este papel que concibió y puso en marcha la primera iniciativa de márquetin con causa, una mezcla de la mercadotecnia tradicional y el atractivo filantrópico, que lo llevó a introducir el término *ambush marketing*. Después de salir de American Express, Welsh sirvió brevemente como jefe de Márquetin y Desarrollo Estratégico de EF Hutton Group, Inc. hasta su adquisición por Shearson Lehman Brothers. Luego formó Welsh Marketing Associates. Como presidente de la ammm, ha consultado con las organizaciones Philip Morris, Ben & Jerry, Gateway, Coca-Cola, Wunderman, Olimpiadas Especiales y otras para abordar cuestiones sobre participación corporativa y posicionamiento de productos, planificación estratégica y desarrollo de los recursos, evento y ejecución de patrocinio, gestión de crisis, publicidad, márquetin y relaciones públicas. Véase: *Welsh Marketing Associates* en el enlace: <http://welshmktg.com/>

se obtienen al ser patrocinador oficial. Según Meenaghan (1994), el AM consiste en aquella práctica de una empresa, a menudo un competidor, que captura la atención del público en torno al acontecimiento, desviando así la atención hacia sí misma y lejos del patrocinador. De acuerdo con Bean (1995) el AM ocurre cuando aquellos que no son patrocinadores oficiales buscan ganancias o beneficios que solo están disponibles para estos.

En resumen, en nuestra opinión, son aquellas tácticas publicitarias que se presentan generalmente en eventos de gran reconocimiento, en donde terceros denominados *ambush marketers*, aprovechan la popularidad y atención mediática de estos para promocionar sus propios productos, pretendiendo adquirir beneficios que normalmente se le otorgarían a un patrocinador oficial, pero sin pagar las multimillonarias sumas en que incurren quienes legalmente pueden tener acceso a ciertos derechos exclusivos antes y durante la celebración del evento.

Vale anotar que dos posiciones antagónicas rodean este concepto: la primera de ellas y más notoria está en contra de esta práctica y la señala como antiética, incluso ilegal, sin duda una postura bastante atractiva pues raya con cuestiones subjetivas como son la moral y la ética, y conduce a cuestionarse hasta qué punto se confunde lo éticamente incorrecto con lo ilegal; la segunda no solo la acepta sino que ve en el AM una forma agresiva pero legal de *smart marketing* que no vulnera los derechos de los patrocinadores asociados ni los de organizadores de los eventos (Vassallo, Blemaster y Werner, 2005).

Muchos países no conciben en su legislación el AM, lo que actualmente constituye uno de los mayores problemas a nivel mundial, pues los megaorganizadores de eventos (MOE) a la hora de invocar sus derechos no encuentran la seguridad jurídica ni el respaldo necesario debido al vacío legal sobre el tema, lo cual favorece en primer plano a los *ambush marketers* (Ericsson, 2011); sin embargo, si se analiza desde la perspectiva de estos sujetos, la debilidad normativa da pie para que los MOE recurran a instancias extralegales que podrían vulnerar los derechos de libertad de empresa y de publicidad en el mercado, presentándose casos como las cartas de cese y desistimiento,³ intimidación, prohibiciones indebidas, entre otras, contra los demás agentes del mercado (David, 2013).

Lo anterior se sustenta bajo el argumento de que si bien hay poca regulación sobre el tema, ciertos países como Argentina, Inglaterra o Sudáfrica cuentan con leyes que atacan directamente al AM,⁴ mientras que países como Canadá, Estados Unidos e India tienen posiciones muy ambiguas al respecto, lo que ocasiona que quienes acceden a la justicia pretendiendo ser amparados por tales normas, no tienen la certeza de que el fallo será a favor arriesgando de

3 Su principal objetivo es pedir a una persona natural o jurídica que detenga una actividad ilegal que está ejerciendo; siendo este el primer paso antes de iniciar acciones judiciales en su contra por tal motivo.

4 El caso de Sudáfrica es particularmente interesante, ya que hasta el momento es el país que más ha enfatizado su lucha contra el am, llegando incluso a sobreproteger y otorgar derechos a los titulares de marcas y patrocinadores oficiales presentes en el mercado nacional o que realizarán eventos en él, modificando leyes como la Merchandise Mark Act No. 17 de 1941 y la SA Trade Practice Act de 1974. Véase Crow y Hoek (2003, p. 10).

esta forma tiempo y dinero, por lo que prefieren optar por medidas no legales, que como Gra-dauskite (2010) indica, pueden variar desde el uso de logos y marcas destinadas únicamente a patrocinadores oficiales hasta la creación de comités de protección y estrategias de comunicación integradas entre ellos.

Esta situación de ausencia normativa ha promovido debates jurídicos que intentan delimitar su naturaleza, sin embargo no han sido suficientes. La posición más acogida en la esfera internacional sostiene que en la práctica las legislaciones no son el medio más eficiente para contrarrestar este problema, pues las estrategias de márketing y publicidad cada vez más innovadoras esquivan las pocas restricciones que se les impongan (Chandon, Mazodier, Quester, 2012). Incluso una posición bastante llamativa es la de Curthoys y Kendall (2001), para quienes las legislaciones actuales son incapaces de resolver las preocupaciones de los patrocinadores oficiales, siendo que no hay límite al ingenio humano y, por ende, el AM siempre estará presente.

En lo que respecta a la legislación de Colombia, es conveniente precisar, como se desarrollará posteriormente, que contrario a lo que se cree, el AM no es una forma típica de competencia desleal, pues en nuestra opinión este comportamiento no se encuentra descrito de manera explícita en la Ley 256 de 1996, y quizás alguien que conozca la materia podrá decir que por virtud de la prohibición general de competencia desleal se podría llegar a considerarlo como tal. Existen algunas cuestiones que nos hacen ale-

jarnos de esta posición,⁵ en especial y como se verá más adelante, la idea que los megaeventos sean un bien público en sentido económico.

Ahora bien, es tentador considerar que el AM constituye un acto que explota la reputación ajena, entendida esta como el ejercicio de competencia parasitaria, en donde un agente pretende usufructuar ventajas del prestigio que otro agente ha forjado en el mercado.⁶ Pero, en

5 De acuerdo con las normas que rigen la materia, para que se configuren los actos de competencia desleal se debe cumplir con ciertos condicionamientos legales, tales como: a) la legitimación de las partes, activa y pasiva, y b) los ámbitos de aplicación objetivo, subjetivo y territorial. Una vez se determine la existencia de las anteriores cuestiones será posible entrar a analizar la deslealtad de los actos. Así pues, de acuerdo con la Ley 256 de 1996, en lo que respecta a la legitimación por activa, es necesario decir que según el artículo 21, cualquier persona que participe o demuestre su intención en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para ejercer las acciones previstas en el artículo 20 *ibidem*, es decir, acción declarativa y de condena, o en su defecto, acción preventiva o de prohibición. Por otra parte, en lo atinente a la legitimación pasiva, el artículo 22 estipula que las acciones antes mencionadas procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización de un acto de competencia desleal. Adicionalmente, hay que observar si se cumple con el ámbito objetivo de aplicación, que en virtud del artículo 2° significa que los comportamientos se considerarán como actos de competencia desleal en cuanto se realicen en el mercado y con fines concurrenciales. Esto último se presume en el evento en que este, “por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero” (art. 2). Ahora bien, en cuanto al ámbito subjetivo, hay que tener presente lo preceptuado en el artículo 3° que determina que la ley se aplicará a comerciantes como a cualquier otro agente económico participante del mercado, haciendo la precisión que la ley no se supeditará a que exista una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en la actuación de competencia desleal.

Por último, en lo referente al ámbito territorial, el artículo 4° preceptúa que todos los actos de competencia desleal cuyos efectos principales se presenten en el mercado de Colombia, o en su defecto, están llamados a tenerlos.

6 De acuerdo con la sentencia número 1342 de 2011, de la Superintendencia de Industria y Comercio, “la explotación de la reputación ajena es entendida como el ejercicio de la competencia parasitaria en la cual un agente del mercado pretende usufructuar las ventajas de la reputación que otro ha forjado en el mercado con su trayectoria e inversión en publicidad, obteniendo un reconocimiento del público, con lo cual se aprovecha del esfuerzo ajeno y, en consecuencia, disfruta injustificadamente de los logros del prestigio conseguido por otro, lo que, en últimas, perjudica la capacidad volitiva del consumidor”.

nuestra opinión, es otro fenómeno diferente, ya que lo que se pretende en el AM es utilizarlo como ancla en la estrategia de mercadeo de un megaevento, sin que necesariamente se presente una explotación de la reputación de otro agente económico en el mercado.

Este artículo está dividido en cuatro secciones: en la primera de ellas se analizará el AM desde la perspectiva colombiana y se presentarán casos concretos de publicidad relativa al Mundial que circularon dentro del mercado nacional; la segunda mostrará los antecedentes jurídicos que en Colombia existen sobre esta estrategia de márketing, basándose en la Resolución 0611 de 2014 de la Superintendencia de Industria y Comercio⁷ (en adelante Superintendencia);

posteriormente se realizará un análisis jurídico donde se confronta el márketing de embosca- da con la regulación en materia de competen- cia desleal y protección al consumidor; la cuarta sección será un análisis económico de la situa- ción bajo estudio, para finalmente presentar las conclusiones.

I. AMBUSH MARKETING EN COLOMBIA Y EL MUNDIAL DE LA FIFA 2014

A. Análisis de casos

Cada vez que se acerca la inauguración del Mundial de la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA),⁸ son frecuentes los casos de compañías que lanzan campañas publicitarias a través de diferentes medios. A manera de ejemplo: comerciales de televisión, radio, pósteres y demás piezas que se valen de la popularidad de la marca FIFA y su evento para promocionar sus productos con incentivos que, en la mayoría de los casos, no incluyen entradas al mundial, sino que hacen simple alusión a este. De hecho, podría decirse que el AM ha estado presente, y de manera recurrente, como una práctica de márketing, sin que hubiese sido relevante o percibida por la legislación colombiana, no existiendo así alguna disposición normativa que prohíba expresamente, o en su defecto, condicione esta práctica.

7 Organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, creada mediante el Decreto 623 de 1974. Dentro de las facultades conferidas por el Decreto 4886 de 2011, están entre otras:

1. En su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales.

2. Imponer con base en la ley y de acuerdo con el procedimiento aplicable, las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, así como por la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.

3. Ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal.

4. Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor y dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten, cuya competencia no haya sido asignada por otra autoridad, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso y ordenar las medidas que resulten pertinentes.

5. Ejercer vigilancia y control sobre el cumplimiento de los reglamentos de los juegos promocionales y verificar que en desarrollo de los mismos se dé cumplimiento a las normas de protección al consumidor, de conformidad con lo establecido por la Ley 643 de 2001.

6. Impartir instrucciones en materia de protección al consumidor, protección de la competencia, propiedad industrial, administración de datos personales y en las demás áreas propias de sus funciones, fijar criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.

8 Asociación de derecho suizo fundada en 1904, encargada de promover el fútbol a nivel mundial, mediante la celebración de eventos y campeonatos deportivos internacionales que incluyen categorías juveniles, femeninas y otras variantes de este deporte. Véase: <http://es.fifa.com/aboutfifa/organisation/index.html>

A continuación se realizará un análisis de las campañas publicitarias de marcas nacionales e internacionales alusivas al Mundial 2014 que pueden catalogarse de la siguiente manera:

- a) Compañías que adquirieron los derechos como patrocinador oficial;
- b) Compañías que sin ser patrocinadores oficiales, especifican cuál es el tipo de incentivo que acompaña la compra de su producto;
- c) Compañías que usaron la marca FIFA sin ser patrocinadores oficiales, ni especificar el tipo de incentivo que otorgarían, o que simplemente no ofrecían ningún premio extra relacionado con el evento.⁹

CASO 1

Patrocinador oficial, especifica autorización e incentivo respectivo, haciendo uso del logotipo de la FIFA.

* Hyundai official partner FIFA World cup Brazil.

** “Hyundai te lleva al Mundial. Hyundai cuenta con las autorizaciones del organizador del evento FIFA 2014”.

CASO 2

No tiene patrocinio oficial, pero especifica que el incentivo ofrecido no está relacionado con la boletería del evento.

No emplea el nombre ni el logotipo de la FIFA.

* “El incentivo no incluye boletas para los partidos de la Copa Mundial de la FIFA 2014”.

CASO 3

No tiene patrocinio oficial y no ofrece incentivo relativo a boletería. Hace alusión al evento sin emplear el logotipo ni el nombre de la FIFA.

El evento de la FIFA motivó un sinnúmero de campañas publicitarias. Algunas de ellas, efectivamente, se acogieron a los parámetros legales sobre publicidad, es decir, le informaron al público que eran patrocinadores oficiales y contaban con el aval del organizador del evento para incluir dentro de su publicidad no solo su logo, sino incentivos directamente relacionados con el Mundial, en este caso, boletería para los partidos de fútbol, situación que no tiene ningún impedimento legal. Otras hicieron alusión al evento sin ser patrocinadores oficiales, pero no utilizaron ni el nombre ni el logo de la marca dueña del evento dentro de su publicidad. Es importante anotar que en campañas publicitarias similares al caso 2, se le advirtió al público que los incentivos ofrecidos no tenían acceso al evento, sino a los lugares donde se llevó a cabo. Finalmente, se presentan casos en los que la campaña publicitaria no nombró ni a la marca dueña del evento ni al evento como tal, pero incluyó términos, figuras e incluso colores alusivos al Mundial.

El objetivo de esta breve comparación de la publicidad que circuló en el primer semestre del 2014 en los medios de comunicación nacional, es reafirmar la presencia del AM, pues es evidente que la gran mayoría de los agentes que participan en el mercado, independientemente si fueron patrocinadores oficiales o no, buscaron promocionar sus productos y aumentar sus

9 Existen muchas otras compañías que realizaron campañas alusivas al Mundial, sin embargo su compilación y respectivo análisis se encuentran fuera del alcance del presente artículo, por consiguiente solo se mencionarán algunas marcas: Copa Airlines, GM Colmotores, Honda, Efecty, Recamier, Sonría y Comfenalco Antioquia.

ventas valiéndose de la publicidad y el reconocimiento que tiene un evento de gran magnitud como lo es el Mundial de la FIFA, que cuenta con una audiencia diversa y donde la capacidad de compra es muy amplia.

II. ANTECEDENTES JURÍDICOS EN COLOMBIA

A. Resolución 0611 de 2014 de la Superintendencia de Industria y Comercio¹⁰

La Superintendencia, en la Resolución 0611 de 2014, indicó a aquellos agentes económicos que hubieran utilizado publicidad con incentivos asociados al Mundial del 2014, el deber de revelar información que determinara que “el incentivo no incluye boletas para los partidos de la copa Mundial de la FIFA Brasil 2014”. Es decir, que si un agente económico, imaginemos una cadena de ventas al por menor (*retail store*), utilizó como gancho promocional en sus ventas del mes la rifa de: 1). Tiquetes aéreos y 2). Alojamiento para que goce la fiesta en Brasil 2014 del Mundial, y cumplía con los otros requisitos legales exigidos para efectuar dichas rifas, de-

bió especificar lo anterior. Sin duda, el propósito de la Superintendencia al expedir la Resolución mencionada fue dar cumplimiento a la Ley 1480 de 2011, que le otorgó facultades administrativas relacionadas con la protección del consumidor, y en consecuencia ordenar las medidas necesarias para evitar que se causara daño o perjuicio a los consumidores por violar las normas de protección del consumidor. La pregunta obligada es ¿cuando la Superintendencia tomó esta decisión ponderó los costos económicos que implicaría que diversas compañías en Colombia que ya estaban realizando campañas publicitarias realizaran esta modificación en un plazo perentorio de tres días?

Del análisis de esta Resolución surgen algunos aspectos que se deben precisar. Inicialmente, este es uno de los primeros, o quizás, el primer pronunciamiento que la Superintendencia ha efectuado sobre el tema de AM, y no precisamente lo aborda a cabalidad, pues este es un concepto relativamente novedoso sobre el cual no se tiene certeza de las implicaciones jurídicas y económicas que puedan devenir de él, en especial en países en vía de desarrollo, máxime teniendo en cuenta que no se incluye en la Decisión 486 y que del todo no se puede decir que es contrario o afecta normas de libre competencia y protección al consumidor.

Igualmente, la Superintendencia determinó que los agentes económicos que realizaran publicidad con incentivos asociados con la Copa Mundial de la FIFA Brasil 2014, que sí incluyeran derechos efectivos, entendidos estos como: “boletería o la posibilidad de obtener boletas para in-

10 Vale anotar que en el Auto 19799 de 2014, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio decretó una medida cautelar judicial solicitada por la Federación Colombiana de Fútbol y Procter & Gamble Colombia Ltda., contra Unilever Andina Colombia Ltda., a través de la cual se ordenó a Unilever abstenerse de utilizar en sus estrategias de márketing la camiseta oficial y cualquier otras marcas relacionadas con la Selección Colombia de Fútbol. Esta medida cautelar se adoptó con fundamento en el artículo 15 de la Ley 256 de 1996, que como anteriormente se mencionó, considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio de la reputación comercial adquirida por otro en el mercado. Sin embargo, en nuestro criterio el anterior no constituye un caso de am, pues la práctica va dirigida no contra un evento de gran reconocimiento, sino contra un agente económico del mercado.

gresar a los estadios a presenciar los partidos”, tenían el deber de revelar que contaban con la autorización del organizador del evento, es decir de la FIFA, para así proteger a los consumidores que llegasen a ser beneficiados con el incentivo asociado. En palabras de la Superintendencia: “A fin de garantizar a los consumidores que resultaren beneficiados con el incentivo, el cumplimiento de la promesa publicitaria, esto es, el acceso efectivo a los escenarios deportivos para ver los partidos”.

Es importante resaltar algunas cuestiones sobre la decisión de la Superintendencia. Primero, cuando decidió ordenar revelar la información demandada en la Resolución 0611 de 2014 no ponderó los costos económicos que le generaría a las compañías que ya hubiesen incurrido en costos asociados a publicidad relacionada con el AM del mundial 2014, pues el cumplimiento de las modificaciones exigidas podría resultar más costoso que incurrir en dicha conducta. Para resumir el argumento: debió ponderar los beneficios de proteger al consumidor versus los costos de ajustar la publicidad por parte de los agentes económicos. Segundo, exigió el deber de informar la existencia de autorización de la FIFA en caso de que la publicidad asociada con incentivos sí incluyera derechos efectivos, es decir, boletería para ingresar a los estadios. En nuestra opinión, la publicidad realizada por algún agente económico en el mercado, que no contaba con la autorización de la FIFA pero sí incluía derechos efectivos, estaba conforme a derecho. El argumento es que esta publicidad constituye un acto jurídico unilateral, ya que es una manifestación de voluntad que produce un

efecto jurídico, debiendo cumplir con tres requisitos: la “voluntad” de su creador; tener un “objeto”, en este caso una obligación de hacer; y presentar un “modo idóneo de expresión de voluntad” (Cubides, 1999, p. 163). Ahora bien, cuando la Superintendencia exigió la autorización de la FIFA no tuvo en cuenta el régimen jurídico civil y comercial de Colombia, en especial el artículo 822 del Código de Comercio.¹¹

Así pues, en nuestra opinión, el agente económico que realiza la publicidad asociada al mundial se obliga a hacer una cosa, en este caso, a proveer boletería para ingresar al estadio. Y, así como el sistema jurídico en Colombia permite la venta de cosa ajena, tratándose del régimen comercial en su artículo 907 y 908, y del régimen civil en su artículo 1871, igualmente debe permitir la rifa de cosa ajena, pues lo único que hace el agente económico al asociar boletería del mundial en su publicidad, es obligarse a hacer, y particularmente a entregar, o si se prefiere, traidarla posteriormente. Eso sí, debiendo mencionar que la misma ley prevé que en caso de incumplimiento deberá indemnizar los perjuicios, como se desprende del artículo 907 del Código de Comercio: “la venta de cosa ajena es válida e impone al vendedor la obligación de adquirirla y entregarla al comprador, so pena de indemnizar los perjuicios”.

Habría que agregar a lo anterior la teoría de agotamiento del derecho, reconocida por el Tribunal

11 “Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”.

de Justicia de la Comunidad Andina (sentencia Proceso 24-IP, 2005) como

el límite establecido a los derechos conferidos al titular de una marca que le impide a su titular oponerse a la sucesiva comercialización de sus productos o a obtener rédito económico por estas una vez realizada la primera venta. Los derechos del titular sobre la marca se agotan legalmente a partir de su primera venta, después de la cual la mercancía tiene circulación en un mercado integrado. Esto significa que el titular pierde todos sus derechos sobre el bien vendido mientras no sea alterada la marca, su distintividad o la calidad del bien.

Sin duda, esta doctrina refuerza el anterior argumento, pues propende por un flujo de productos mucho más armónico en el mercado regional.

En efecto, imaginémonos un universo en donde exista un almacén de cadena a nivel nacional, y este se traza como objetivo incrementar su participación en el mercado *ad portas* de un evento deportivo que se realizará en el extranjero, es decir, en “otro mercado” donde opera el principio de territorialidad, por lo que decide promocionar sus ventas con el incentivo de una rifa por compras superiores a 1 millón, cumpliendo con los requisitos legales para hacerla. La rifa consiste en entregar a los cinco ganadores del sorteo entradas para asistir al partido Colombia vs. Grecia en el Estadio Mineirão de la ciudad de Belo Horizonte, junto con tiquetes de ida y regreso en avión con estadía por dos noches en hotel, incentivos que son claramente precisados en la publicidad que circula, para evitar confusión en el público y no incurrir en un acto de

publicidad engañosa. Naturalmente, el almacén de cadena no tiene las boletas del certamen, de hecho, aún no ha gestionado la compra, pero evidentemente tiene suficientes recursos para adquirirlas a futuro. El almacén se compromete a comprar directamente a la FIFA las cinco entradas a nombre de los ganadores, una vez se realice el sorteo el 30 de enero de 2014.

Bajo el buen entender de la Superintendencia y de acuerdo con la Resolución 0611 del 2014, el almacén de cadena no está autorizado por la FIFA para realizar esta transacción, y en caso de hacerla estaría poniendo en riesgo el cumplimiento de la promesa publicitaria, sin tener en cuenta, además, que la obligación de hacer, en caso de incumplimiento, podría implicar una indemnización de perjuicios.

Más aún, si la Superintendencia con base en la Resolución 0611 le ordena que modifique o retire de cualquier canal su publicidad en caso de no contar con la respectiva autorización de la FIFA, estaría desconociendo el escenario anteriormente descrito, donde es posible cumplir con la promesa publicitaria. Ahora supongamos que tal promesa está abierta a la posibilidad de que el consumidor escoja entre la boleta o dinero en efectivo para los gastos del viaje. Según la Superintendencia tampoco se podría; más aún, la publicidad relacionada con la rifa deberá ser removida en un plazo perentorio de tres días hábiles, so pena de la sanción respectiva por no contar con la autorización de la FIFA para promocionar boletas del Mundial Brasil 2014, lo que evidentemente no constituye incumplimiento de la obligación que contrae el almacén con sus

clientes. No obstante, en caso de incumplimiento de la obligación, tendría que indemnizar los perjuicios respectivos.

Ahora, imaginémonos que el costo de tener que cumplir con el mandato de la Superintendencia, es decir, retirar la publicidad existente y modificarla sea superior a la indemnización de perjuicios que debería pagar el agente económico que realiza el AM. Para cuantificar el asunto, supongamos que el costo de cumplir el mandato de la Superintendencia es de 100 millones de pesos, y adquirir las boletas *ad portas* del certamen deportivo, a un costo de 10 millones de pesos cada una, representa un total de 50 millones de pesos. En este supuesto, la opción más eficiente es permitir al agente económico el AM como estrategia publicitaria y comprar las boletas posteriormente.

En conclusión, es interesante anotar que lo ordenado por la Resolución 0611, además de un aspecto legal implicó un factor económico, especialmente para aquellas compañías que debieron modificar su publicidad e incurrir en grandes costos, que podrían traducirse en pérdidas o en un incremento en los precios de los productos para recuperar la doble inversión. Por supuesto, esto depende de la elasticidad de la demanda del producto, ya que en algunos casos no será posible trasladar la pérdida al consumidor.

III. ANÁLISIS JURÍDICO

A continuación se entrará a analizar si constituye una violación a las normas de libre compe-

tencia de Colombia utilizar boletos de cualquier evento deportivo o publicitario ajeno, como estrategia de márketing, a la luz de la normatividad vigente en materia de propiedad industrial.

A. Decisión 486 Comunidad Andina de Naciones¹²

El artículo 155 establece que, a todo titular de una marca se le confieren una serie de derechos respecto de esta,¹³ entre otros, el impedir a cualquier tercero realizar sin su consentimiento previo actos como los indicados en los literales e y f, que restringen el uso de un signo idéntico o similar de una marca notoriamente conocida sobre productos o servicios, cuando tal aprovechamiento injusto del prestigio de la marca causare dilución de su valor comercial o daño económico al titular del registro.

Concretamente la FIFA, según lo referido en el título XIII de la misma ley, se puede catalogar dentro de los signos notoriamente conocidos,¹⁴

12 De conformidad con el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena y la Decisión 344 de la Comisión de este mismo Acuerdo, se emitió el Régimen Común sobre Propiedad Industrial aplicable a los países miembros de la can buscando la armonización normativa en la materia. En Colombia entró en vigencia a partir del 1 de diciembre del 2000.

13 Decisión 486 de la can, artículo 134: "A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica".

14 Conforme al artículo 228 de la Decisión 486 can, para determinar la notoriedad de un signo distintivo se considerará "El grado de su conocimiento entre los miembros del sector pertinente dentro de cualquier País Miembro; La duración, amplitud y extensión geográfica de su utilización y promoción, dentro o fuera de cualquier País Miembro; El valor de toda inversión efectuada para promoverlo, o para promover el establecimiento, actividad, productos o servicios a los que se aplique; Las cifras de ventas y de ingresos de la empresa titular en lo que respecta al signo cuya notoriedad se alega, tanto en el plano internacional como en el del País Miembro en el que se pretende la protección; El grado de distintividad inherente o adquirida del signo".

los cuales a su vez gozan de especial protección para su uso y registro, según el artículo 231 que faculta a los titulares para prohibir el uso a terceros y para ejercer ante la autoridad nacional competente las acciones necesarias. Sobre este punto, es deber mencionar que junto con la marca FIFA, la expresión Brasil 2014 fue registrada como marca en la Superintendencia.

Por consiguiente, de estas disposiciones se deduce que si un tercero no usa el nombre o logo de esta marca de forma expresa, no estaría vulnerando la disposición de la CAN, pero sí podría estar en presencia de un caso de AM, pues generalmente una de las formas en las que se materializa el *ambush marketing* es haciendo referencia a determinada marca sin siquiera nombrarla.

B. Ley 256 de 1996¹⁵

Para que una conducta sea considerada desleal a la luz de la Ley 256, es necesario que concurren ciertos factores determinantes: ámbito objetivo, subjetivo y territorial; legitimación activa y legitimación pasiva; factores aplicables a un supuesto fáctico que se de en el mercado.

El ámbito objetivo plasmado en el artículo segundo de la Ley exige que el acto que pretende demandarse sea realizado en el mercado y con

finés concurrenciales.¹⁶ El primer factor indica que ese acto debe materializarse y concretarse, mientras que el segundo señala la concurrencia, entendida esta como el propósito de darse a conocer y participar en el mercado con el fin de obtener beneficios económicos, afectando con su actuar la sana competencia mercantil, esto es, atentar contra los derechos de otros agentes del mercado en beneficio propio.

El segundo ámbito de aplicación, el subjetivo, se refiere al sujeto que ejecuta el acto desleal, es decir, quien actuando en contra de la buena fe comercial que deben tener los agentes en el mercado obtiene un beneficio y perjudica a terceros. Es importante resaltar dos aspectos que caracterizan esta norma: el primero de ellos es que “no es necesaria la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y pasivo” (art. 3 Ley 256 de 1996), basta que ambos sujetos actúen en el mercado; el segundo, esta ley, como lo indica el artículo tercero, no es discriminatoria en cuanto a la naturaleza jurídica del infractor, por lo que no es necesario que sea comerciante reconocido legalmente, sino que solo exista su actuación en el mercado.

El último ámbito de aplicación se refiere al aspecto territorial, cuya condición es que la conducta realizada genere efectos en el mercado colombiano. Vale anotar que el artículo cuarto no hace distinción respecto del lugar donde debe ejecutarse la acción como tal, por lo

15 Con la Ley 256 de 1996 la competencia desleal en Colombia adquirió un enfoque diferente al que se sujetaba con anterioridad. Gracias a esta ley, cualquier miembro de la sociedad tiene la posibilidad de participar y contribuir al mejoramiento de las relaciones comerciales del país, dándole así un enfoque social a la normativa.

16 “La finalidad del acto debe ser que el infractor o un tercero puedan concurrir a un mercado valiéndose del desarrollo de un acto malintencionado” siendo tal acto “apto para permitir esa concurrencia desleal en el mercado” (Velandia, 2001).

que la conducta puede realizarse tanto dentro como fuera del territorio colombiano; lo que importará es si genera o no efectos en el mercado nacional.

En cuanto a la legitimación activa y pasiva contenidas en los artículos 21 y 22 respectivamente, se reitera la innovación de esta ley al no exigir la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y pasivo, basta con que los intereses económicos de un participante en el mercado se vean afectados por las actuaciones de mala fe de otro en el mismo escenario mercantil, que por cierto debe ser acreditada como una situación de amenaza o perjuicio. Ahora bien, habiendo establecido los parámetros para que se configure un acto de competencia desleal, se analizarán los siguientes actos contenidos en la Ley 256 del 1996 que encajan en la situación estudiada en este artículo.

1. Prohibición general¹⁷

Los elementos reiterativos de este artículo son: el respeto por las sanas costumbres mercantiles y el principio de la buena fe comercial, entendidos estos como preceptos éticos bajo los cuales debe regirse la actividad mercantil.¹⁸ Si bien

17 Ley 256 de 1996, artículo 18.

18 Según el Concepto 01086015 de 2001 de la Superintendencia, por sanas costumbres mercantiles o usos honestos comerciales e industriales se entienden "los principios morales y éticos que deben cumplir los comerciantes y demás participantes en el mercado en la actividad competitiva, dentro del contexto de que constituye una práctica usual del comercio la observancia de los mismos". A su vez, el principio de buena fe comercial es entendido como "los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rigen a los comerciantes en sus actuaciones". Es importante tener en cuenta la distinción entre *costumbre mercantil* y *buenas costumbres mercantiles*, pues la primera se refiere a una fuente del derecho comercial, mientras

el AM no está plasmado en la norma, sí afecta las sanas costumbres mercantiles, pues hay un aprovechamiento del esfuerzo que ha realizado un tercero, con el fin de obtener beneficios económicos a su costa y generar entre sus competidores una ventaja competitiva importante.

2. Explotación de la reputación ajena¹⁹

Para que se configure esta explotación, es necesaria la existencia de una reputación ya sea comercial, profesional o industrial adquirida por un participante del mercado nacional. Lo que esta norma castiga es que un tercero ajeno saque provecho del esfuerzo que otro realizó para posicionar su marca en el mercado, ya sea relacionando ambos productos o utilizando particularmente los signos distintivos del agente del mercado que ya goza de reconocimiento.

Entonces, en el caso del evento deportivo mencionado, podría decirse que el hecho de que otros agentes económicos no patrocinadores usen sus marcas en sus campañas publicitarias u ofrezcan boletería para ingresar a los partidos como incentivo, implícitamente es una estrategia para incrementar sus ventas y dar más notoriedad a sus productos, pues de lo contrario no lo harían; por ende, están logrando un beneficio económico a costas del evento organizado por un tercero con el que no tienen ningún tipo de relación contractual ni comercial.

que la segunda lo hace a los principios éticos y morales característicos de un mercado en particular.

19 Ley 256 de 1996 artículo 7.

Ámbito objetivo: realizar campañas publicitarias ofertando productos con incentivos es un claro ejemplo de que hay la intención de permanecer en el mercado e incrementar las ventas de ciertos productos, pues como lo afirma la Superintendencia en la sentencia n.º 002 de 2009, “ofrecer a sus clientes el producto que acá interesa es un acto objetivamente idóneo para que la demandada mantenga o incremente su participación en el mercado”.

Ámbito subjetivo: esta normativa es aplicable a cualquier participante en el mercado sin que necesariamente exista una relación de competencia entre quienes usan la boletería del Mundial y la FIFA para incrementar sus ventas.

Ámbito territorial: la conducta mencionada debe generar efectos en el territorio nacional, es decir, el incremento en las ventas se espera que se dé en el territorio colombiano. En otras palabras, aunque no interfiera directamente con las ganancias de la FIFA ni rivalice con sus productos, si tal estrategia tiene acogida entre el público, ese tercero sí está beneficiándose e incrementando sus ganancias a costa de la afición que genera un evento como el Mundial.²⁰

Quizás lo más reprochable del AM sea el beneficiarse del trabajo de otro sin incurrir en cos-

tos, es decir, sin pagar por ello, algo que no se debe permitir pues desincentiva la inversión en actividades productivas en el mercado, lo que comúnmente se conoce como actividades tipo *free rider* (Cooter y Schäfer, 2012). A pesar de lo anterior, cada caso debe ser analizado de manera específica, por lo tanto no es posible sostener de manera precisa que se presenta un acto de competencia desleal, pues podremos encontrarnos con algún caso que no cumpla todos los presupuestos.

C. Ley 1480 de 2011²¹

El tema de la publicidad engañosa vale mencionarlo, ya que como se aclaró previamente, la Resolución 0611 de 2014 tuvo como objetivo principal proteger a los consumidores frente a los oferentes del mercado que utilizaban el nombre de la FIFA y aseguraban viajes y entradas al evento como incentivo, imputando la responsabilidad solidariamente al agente del mercado y al medio de comunicación que emplearan para dar a conocer la información falsa, siempre y cuando este último hubiese actuado con dolo o culpa grave.²²

20 Respecto al incremento de las posibles ventas y ganancias al usar boletería del Mundial, debe acreditarse que efectivamente hubo un desplazamiento de clientela y una diferencia sustancial de la demanda y las ventas durante los meses en que se empleó tal publicidad, y que perjudicó o redujo las ventas de la FIFA o de quienes estén acreditados por la Federación para hacerlo, de lo contrario no podrá probarse tal perjuicio. Sobre este tema véase la Resolución n.º 4839 de 2013 de la Superintendencia.

21 La Ley 1480, al proteger los derechos del consumidor, busca aminorar los perjuicios ocasionados por las asimetrías de información presentes en la mayoría de mercados. Este factor en particular se materializa en la cadena de producción y comercialización de cualquier bien o servicio, donde los consumidores desconocen información clave que evidentemente incidiría en su decisión final de compra.

22 Como se ha señalado con anterioridad, para que un acto se enmarque dentro de lo previsto por la legislación en materia de competencia desleal, es necesario que se realice con fines concurrenciales y se empleen medios publicitarios de manera que se constituya un acto propio de la actividad competitiva que se realiza en el mercado, con la finalidad de mantener o incrementar la clientela. Véase la Resolución 45 de 2004 de la Superintendencia.

Como punto de partida hay que distinguir qué actos constituyen publicidad engañosa en Colombia. De acuerdo con la sentencia 04 de 2009 de la Superintendencia, “existirá cuando el mensaje que difunde un anunciante para dar a conocer a sus destinatarios su marca, producto o servicio, o para persuadirlos en su decisión de compra, contiene elementos que pueden generar en los receptores un concepto equivocado de la realidad o del producto que se anuncia, o una representación distorsionada de la realidad”.²³

Por consiguiente, cuando un comerciante ajeno al Mundial crea una campaña publicitaria relacionando su producto con el evento, sin tener ningún tipo de patrocinio ni relación contractual con la FIFA, y más aún sin tener la intención de entregar un premio, está manipulando la racionalidad y objetividad con que el cliente realizará su elección, distorsionando la realidad al punto de llevarlo a tomar una decisión y adquirir un producto para acceder a un beneficio que claramente no obtendrá.

Es por casos como el anterior que la norma en aplicación al caso de estudio tuvo como objetivo evitar que los consumidores fueran víctimas de asimetrías de información e inducidos a error por estarles omitiendo, ocultando o manipulando información necesaria para hacer su elección, cuando lo que se procura es que la decisión de comprar sea lo más racional y objetiva posible.

IV. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL AMBUSH MARKETING

A. *¿Tiene la FIFA un monopolio en la venta de boletas en el mundo?*

Un mercado competitivo, es decir, aquel donde hay libre competencia, se caracteriza por la presencia de una multiplicidad de agentes económicos, vendedores y compradores, donde todos actúan como tomadores de precios, y existe libertad de entrada y salida para cada uno de ellos. A contrario sensu, cuando se dice que un mercado es un monopolio o funciona como un cartel, es porque la competencia se ha menguado en virtud de acuerdos, actos o abuso de posición dominante relacionados con precios, calidad, cantidad, entre otras variables que tengan cierto grado de significancia en la competencia (Pindyck, Rubinfeld, Rabasco y Toharia, 1995), catalogados dentro de una conducta anticompetitiva por la regulación vigente. Es necesario resaltar como características que favorecen los monopolios, la ausencia de bienes o servicios sustitutos y la existencia de barreras de entrada a nuevos competidores en el mercado (Posner, 2001).

La FIFA, por ser una asociación que agrupa a la mayor parte de las federaciones de fútbol a nivel global, goza de un monopolio en el mercado de este deporte, concesión que se acrecienta a medida que agrupa más miembros, lo que por supuesto se ve reflejado en la influencia que ejerce en los mercados del mundo.

²³ Véase también Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución n.º 32.749 de 2004.

Pero, vamos por pasos. Un primer factor para ser calificada como tal es la existencia de un único oferente, y es claro que la FIFA es la única asociación de derecho de carácter privado que dirige el fútbol mundial, creadora de la Copa Mundial de Fútbol, siendo así la única titular de los derechos que se desprenden de este evento. Por lo tanto, la FIFA es el único agente económico que oferta y vende entradas para su evento. Es importante separar esta situación de los agentes que, como intermediarios, ha dispuesto la FIFA para facilitar la compraventa de boletería alrededor del mundo, pero sin desprenderse ni trasladarles sus derechos.

Ahora bien, una cuestión relevante del análisis es que la FIFA es el único agente que puede realizar un megaevento deportivo en torno al fútbol a nivel global, en donde participen las selecciones de todos los países que pertenecen a la federación. En virtud de ese monopolio, el Mundial de la FIFA es una plataforma para que, a su vez, otros agentes económicos interactúen entre sí generando externalidades de distinto orden que pueden afectar los resultados de unos otros teniendo a la FIFA como intermediario (Rysman, 2009; Evans y Schmalensee, 2013).

En el mercado del Mundial existen diversos tipos de espectadores, con algunas diferencias entre ellos, algunos pueden ser aburridos, otros divertidos, y esto sumado a otros factores psicológicos puede determinar dos tipos de mercados de consumidores (Eichhorn, 2010, p. 213). Los espectadores son una parte que participa del mercado como agente, pero también están las empresas que en calidad de patrocinadoras del

evento pagan directamente a la FIFA por publicidad, y para atraer a compañías que inviertan en publicidad debe garantizarse un público interesado en ver el certamen de manera directa, y por qué no, que sea una muestra representativa de los equipos participantes para asegurar espectadores en todo el globo y tener incentivos para discriminar en el precio de las boletas. Pueda ser que existan otros participantes del mercado, como por ejemplo, las compañías que tienen derechos de transmisión de cada evento junto con la publicidad oficial que debe ser presentada en cada una de esas transmisiones. En resumen, todos los anteriores serán agentes que participen del mundial (Rysman, 2009; Evans y Schmalensee, 2013).

De hecho, la FIFA se caracteriza por racionalizar, discriminar, y más aún, personalizar la venta de tickets para evitar la reventa en un mercado secundario (mercado negro), de ahí que solo operen algunos puntos de venta autorizados, que en últimas se convierten en una plataforma de venta oficial instalada y controlada por la FIFA, en donde se discrimina el precio que se le cobra al público para lograr un equilibrio económico adecuado, de modo que a pesar de subsidiar en parte el mercado, obtienen beneficios cuantiosos por otros conceptos (Eichhorn, 2010, p. 216).

Lo anterior es una explicación lógica a la discriminación racional de boletas que realiza la FIFA en un mundial de fútbol, y también explica el por qué no permite la reventa de boletas, o por lo menos, la intenta controlar en lo posible. Entre las políticas de la FIFA están, entre otras, el re-

servarse el derecho de admisión, regular la cantidad de boletas en el mercado y la cantidad adquirida por cada cliente; y el que la autorización para la venta de boletas solo pueda transferirse a otra persona previa solicitud y bajo autorización expresa de la Federación.

Como se observa, la FIFA ejerce un control económico sobre el acuerdo de venta de boletería, actividad que así traducida adquiere características de monopolio.

B. Regulación de la propiedad industrial en países anfitriones

La FIFA ha empleado diversos mecanismos jurídicos e incluso ha solicitado modificaciones o creaciones legislativas a los países anfitriones, relacionadas con la protección a la propiedad industrial, para impedir no solo que terceros hagan uso de sus logos, mascotas, emblemas y demás signos distintivos, sino para prohibir ciertas actividades de márketing.

La realización de la Copa Confederaciones FIFA 2013 y de la Copa Mundial FIFA 2014 originó que la Cámara de Diputados de Brasil expidiera la Ley 12.663 de 2012, relativa a la protección de propiedad industrial, derechos comerciales, responsabilidad civil, venta de entradas, áreas de restricción comercial en zonas públicas, entre otras. Lo que llama la atención de esta Ley es que actos como la utilización indebida de signos oficiales o la práctica del AM por asociación o por intrusión,²⁴ estén sancionados con pena

privativa de la libertad de tres meses a un año, corroborando con esto la influencia de una organización privada, incluso en las leyes de orden público.

En Colombia, si bien no hay una ley de tales dimensiones, la FIFA al inscribir en el registro marcario de la Superintendencia las denominaciones FIFA 2014, Mundial 2014, Brasil 2014, buscó ampararse en la legislación colombiana de propiedad industrial y blindarse de todo aquel que quisiera mencionar su evento con fines concurrentiales sin ser patrocinador oficial.

C. Free riders y ambush marketing en el Mundial. ¿La idea del Mundial como bien público?

Cuando un agente económico acude al AM de un evento deportivo como el Mundial Brasil 2014, por ejemplo, hace un tipo de *free ride*, puesto que se beneficia de este sin incurrir en un costo directo. A diferencia del anterior, los patrocinadores oficiales pueden asociar directamente sus productos con el evento y obtener beneficios económicos que recuperen la millonaria inversión en que incurrieron.

A pesar de esto, vale la pena preguntarnos si la expresión Mundial Brasil 2014 es una mar-

cios, a fin de lograr un beneficio económico o publicitario, a través de asociación directa o indirecta con hechos o símbolos oficiales, sin la autorización de la FIFA o de la persona designada por ella, lo que lleva a otros a creer que tales marcas, productos o servicios son aprobados, autorizados o aprobados por la FIFA. Márketing de *intrusión* es toda exposición de marcas, empresas, tiendas, productos, servicios o promociones que no estén autorizadas por la FIFA o de la persona designada por ella, o cualquier forma de atraer la atención pública sobre la ocurrencia de eventos locales con el fin de obtener un beneficio económico o publicitario.

24 Ley 12.663 de 2012 de Brasil, artículo 32 y 33, márketing de emboscada por asociación, toda promoción de marcas, productos o servi-

ca en sí misma o, si por el contrario, no puede ser utilizada sino en conexión con un producto, bien o servicio específico. Si entendemos que Brasil 2014 es una marca, entonces cualquier participación en el mercado que haga alusión a ella podría ser considerada una violación al régimen de propiedad industrial de la FIFA y, por consiguiente, un acto de competencia desleal. Ahora, si se considera que carece de cualquier posibilidad de apropiación, pasaría a ser un bien público en sentido económico, y su uso no implicaría ni rivalizar ni excluir a alguien.

Cada vez son más notorios los ejemplos de AM y de *free rider* que se presentan en los eventos deportivos, por lo que habría que empezar a cuestionarse seriamente sobre si la práctica en sí misma viola las leyes de derecho de la competencia y de propiedad industrial de Colombia. Hasta el momento, resoluciones como las de la Superintendencia amedrentan a los agentes económicos en favor del supuesto beneficio del consumidor, sin tener en cuenta todas las variables que conlleva tomar una decisión conforme a derecho y que propenda por la eficiencia económica, es decir, la decisión jurídica más acertada con miras al bienestar agregado del mercado nacional.

Retomando lo anterior podría concluirse que el AM es un ejemplo específico derivado del *free rider*. Específico, en el sentido en que se presenta cuando hay eventos de gran escala, con externalidades positivas relacionadas con este y fuera del país donde se realiza. Pero como el evento, en este caso, tiene un alcance global, las externalidades positivas derivadas, es decir,

patrocinios, publicidad en general y publicidad ingeniosa en otros países ajenos territorial y soberanamente al mercado donde cumple el evento, gozan de sus beneficios.

V. CONCLUSIONES

1. El *ambush marketing* (AM) es una práctica que se presenta en el mercado nacional por parte de algunos agentes económicos que buscan incentivar sus ventas con la publicidad asociada a un megaevento de espectáculo o deportivo, generalmente, extranjero.
2. En Colombia no existe un marco legal o jurídico que resuelva los problemas de tipo *free rider* que se presentan en el AM. Salvo la Resolución 0611 del 2014, no existe mayor análisis jurídico de esta situación, ni por parte del legislador, ni por parte de las Cortes. Sería conveniente contar con una política pública soportada en un análisis económico sobre la conveniencia de delimitar el AM para el mercado colombiano, de cara a los beneficios que se obtendrían al seguir al unísono tendencias de regulación en materia de propiedad industrial y derecho de la competencia, previa valoración de los efectos económicos que dicha práctica pueda tener en el mercado nacional.
3. Si observamos que el megaevento que se utiliza como ancla en la práctica de AM es un bien que debe ser protegido por el Estado, pues de lo contrario no arrojaría un resultado eficiente, podemos afirmar que el AM es una actividad de tipo *free ride*, que en teoría no contribuye a la

generación de condiciones que incentiven la inversión hacia actividades productivas en el mercado. No obstante, si entendemos el megaevento como un bien público en sentido económico, que genera externalidades positivas, ajenas y difíciles de capturar por parte del organizador, la intervención del Estado no debe ser necesaria.

4. Es importante que la Superintendencia de Industria y Comercio en sus determinaciones como autoridad administrativa y judicial valore el impacto desde una perspectiva de análisis económico del derecho en el mercado, máxime teniendo en cuenta los costos en que pueden incurrir los agentes del mercado a la hora de cumplir con las órdenes administrativas y judiciales.

5. El Mundial de Fútbol de la FIFA es un evento deportivo que se realiza cada cuatro años y constituye un mercado con dos caras, es decir, constituye una plataforma para que, a su vez, otros agentes económicos interactúen entre sí, de modo que las decisiones de cada grupo de agentes generan externalidades positivas afectando así los resultados de otros agentes, teniendo a la FIFA como intermediario. Esta es la razón por la que la FIFA ejerce un control económico sobre el acuerdo de venta de boletería e igualmente requiere tener un control férreo de las actividades de publicidad que hagan alusión al mundial, pues, de lo contrario, dejaría de ser una plataforma con múltiples caras para ser un evento que dependiera exclusivamente de la venta de boletas.

6. La FIFA, en un intento por capturar las externalidades positivas derivadas del megaevento

deportivo que organiza, registró la marca Mundial Brasil 2014 en todos los países del mundo donde se transmite el evento, para bloquear cualquier publicidad que pudiera hacer alusión a este.

Referencias

A. W. *Faber-Castell, Colombia Ltda.* (2014). Recuperado en marzo de 2014, de Faber-Castell: http://www.faber-castell.com.co/22615/Faber-Castell-Colombia/default_news.aspx

About Welsh Marketing Associates. (s.f.). Obtenido de Welsh Marketing Associates: <http://welshmktg.com>

Asistencia técnica al comercio en Colombia. (s.f.). Obtenido de: http://www.asistenciatecnicaalcomercio.gov.co/docs/71a_desleal.pdf

Auto 19799 de 2014. [Superintendencia de Industria y Comercio].

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

Concepto 01086015 de 2001 [Superintendencia de Industria y Comercio].

Cooter, R. D. y Schäfer, H. (2012). *Solomon's Knot. How Law Can End the Poverty of Nations*. New Jersey: Princeton University Press.

- Crow, D. y Hoek, J. (2003). Ambush Marketing: A Critical Review and Some Practical Advice. *Marketing Bulletin*, XIV(1), 1-14.
- Cubides, J. (1999). *Obligaciones* (Cuarta Ed.). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.
- Curthoys, J. y Kendall, C. (2001). *Ambush marketing and the Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act: A retrospective*. Obtenido de E LAW/Murdoch University Electronic Journal Of Law: <https://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v8n2/kendall82.html>
- Chandon, J., Mazodier, M. y Quester, P. (2012). Unmasking the ambushers: Conceptual framework and empirical evidence. *European Journal of Marketing*, XLVI(1-2), 192-214.
- David, M. (Julio 24 de 2013). *Trademark Unraveled: The U.S. Olympic Committee Versus Knitters of the World*. Iowa: University of Iowa, College of Law.
- Decisión 486 de 1996. [Comunidad Andina de Naciones]. Régimen Común sobre Propiedad Industrial.
- Decreto 2153 de 1992. [Presidencia de la República]. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Diciembre 30 de 1992.
- Decreto 4886 de 2011. [Presidencia de la República]. Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones. Diciembre 23 de 2011.
- Eichhorn, C. y Marco Sahm. (Abril, 2010). Why were FIFA World Cup tickets so cheap? Monopoly pricing, demand quality and two-sided markets. *Journal of Economic Psychology*, 31 (2), 212-217.
- El incentivo no incluye boletas para los partidos de la Copa Mundial de la FIFA 2014*. (s.f.). Recuperado en marzo de 2014, de Postobón S.A.: <http://www.postobon.com/>
- Ericsson, S. (Diciembre 8 de 2011). *Ambush Marketing: Examining the Development of an Event Organizer Right of Association*. Munich: Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law; MIPLC.
- Evans D. y Schmalensee, R. (2012). *The anti-trust analysis of multi-sided platform businesses*. (No. w18783). National Bureau of Economic Research.
- Gradauskite, J. (2010). *The Advertising Appeal of Sports and the Legal Limits of the Incorporation of Sports in Advertising*. Westminster: University of Westminster.
- Hyundai official partner FIFA World cup Brazil*. (s.f.). Recuperado en marzo de 2014, de Hyundai: <http://www.hyundai.com.co>
- Kur, A. (Julio de 2007). *Strategic Branding: Does Trade Mark Law Provide for Sufficient Self Help and Self Healing Forces?* Munich: Max Planck Institute for Innovation and Competition.

- Lei 12.663 de 2012. Lei Geral da Copa. Junho 5 de 2012.
- Ley 256 de 1996. [Congreso de la República]. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. Enero 15 de 1996.
- Ley 1480 de 2011. [Congreso de la República]. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Octubre 12 de 2011.
- Max Planck Institute of Intellectual Property. Competition and Tax Law Paper Series n.º 08-03.
- Meenaghan, T. (1994). Point of view: Ambush marketing: Immoral or imaginative practice? *Journal of Advertising Research*, XXXIV(3), 77-88.
- Pindyck, R. S., Rubinfeld, D. L., Rabasco, E. y Toghiani, L. (1995). *Microeconomía* (Quinta ed.). Hertfordshire: Prentice Hall.
- Posner, R. A. (2001). *Antitrust Law* (Second ed.). Chicago: The University of Chicago Press.
- Resolución 32.749 de 2004. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Diciembre 29 de 2004.
- Resolución 0611 de 2014. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imparte una orden administrativa de carácter general. Enero 22 de 2014.
- Rysman, M. (2009). The economics of two-sided markets. *The Journal of Economic Perspectives*, 125-143.
- Sandler, D. y Shani, D. (1989). Olympic Sponsorship vs “ambush” marketing: Who gets the gold? *Journal of Advertising Research*, XXIX(4), 9-14.
- Schumpeter, J. (1943). *Capitalism, Socialism & Democracy*. New York: Harper and Row.
- Sentencia 002 de 2009. [Superintendencia de Industria y Comercio].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia Proceso 24-IP. Mayo 25 de 2005.
- Vassallo, E., Blemaster, K. y Werner, P. (Noviembre-Diciembre de 2005). An International View of Ambush Marketing. *International Trademark Association*, XCV.
- Velandia, M. (2001). Competencia desleal por uso de signos distintivos. *La Propiedad Inmaterial*, (2), 101-116.