

BREVES APUNTES SOBRE LA EXPLORACIÓN DEL *AMBUSH MARKETING* DESDE LA CLÁUSULA GENERAL DE COMPETENCIA DESLEAL

Alfredo Maraví Contreras

Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia
y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Categoría Profesores

En los principales eventos deportivos como las Olimpiadas o el Mundial de Fútbol suele observarse una estrategia publicitaria conocida como el *ambush marketing* o *marketing* de emboscada, que consiste en aprovechar la atención del evento pero sin ser el patrocinador oficial (aunque a veces el público lo crea así). En tal sentido, dado que Lima ha sido elegida para los Juegos Panamericanos 2019, cabe preguntarse, ¿qué tan lícita es esta estrategia publicitaria? Para responder a esta interrogante, la investigación comienza explorando la definición de *ambush marketing*, sus manifestaciones y mecanismos para contrarrestarla.

Luego de haber presentado las opciones de su regulación, analizaremos posibles supuestos infractores por parte del *ambush marketing*, concentrándonos en las modalidades de infracción a la Cláusula general de la Ley de Competencia Desleal más conocidas en nuestro país.

I. Introducción

Por primera vez, Lima ha sido escogida como sede de los Juegos Panamericanos 2019, un evento de grandes proporciones, pues es la tercera competencia más vista después del Mundial de Fútbol y los Juegos Olímpicos (*El Comercio* 2013). Evidentemente, esto significa que se deben hacer muchos preparativos: alojamiento, infraestructura deportiva, transporte, logística, etc.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe preguntarse, ¿jurídicamente estamos preparados para las estrategias de marketing que podrían manifestarse? En tal sentido, ¿qué tratamiento legal deberíamos darle al *ambush marketing*?

Encontramos pertinente la pregunta planteada pues, aunque la polémica estrategia del *ambush marketing* es más conocida para eventos como el Mundial de Fútbol o los Juegos Olímpicos, los Juegos Panamericanos también se ocupan de protegerse contra esta estrategia publicitaria. Por ejemplo, en los Juegos Panamericanos de Guadalajara 2011, el *ambush marketing* fue objeto de preocupación y medidas para contrarrestarlo (Brandcorp 2012).¹

¹ Dado que México tiene normas de competencia desleal muy poco desarrolladas, su estrategia fue preventiva,

Tomando en cuenta lo anterior, el objetivo de la presente investigación es analizar la figura del *ambush marketing* a la luz del derecho de competencia desleal, específicamente a través del uso de la Cláusula general.

2. El polémico *ambush marketing*

Esta estrategia publicitaria se originó casi al mismo tiempo que naciera el patrocinio de eventos deportivos. Concretamente, fue en los Juegos Olímpicos de Los Ángeles de 1984 que los organizadores de eventos deportivos de alcance mundial concibieron al patrocinio exclusivo como una fuente importante de ingresos (Piñeiro y Rubí 2007: 3). De esta manera, el Comité Olímpico y la FIFA establecerían el patrocinio de productos exclusivos para las competencias a su cargo.

Con la idea del patrocinio, la entidad organizadora recibe dinero de los patrocinadores, mientras que cada empresa patrocinadora, en su propio rubro o sector económico, recibe el uso exclusivo de los símbolos y marcas del organizador, pudiendo realizar publicidad en la que se indica que está patrocinando el evento. Como ejemplo de patrocinio tenemos las siguientes imágenes:

Gráfico N° 1.



concientizando a la población y las empresas.

- 2 Latas de Coca Cola diseñadas para los Juegos Olímpicos Londres 2012. Consulta: 4 de noviembre de 2013. http://1wkk13j6l6x10woor1wh4o7f1l.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2012/06/cocacola_juegos_olimpicos1.jpg

Gráfico N° 2.



Asimismo, también se puede realizar publicidad en el lugar donde se realizará la competencia (como en los estadios deportivos). Por ejemplo, «cuando el evento es transmitido por televisión, el patrocinador se verá beneficiado por la aparición de su marca en tantos lugares como televidentes vean el evento» (Otamendi 2011: 279)

Como solamente algunas pocas empresas pueden convertirse en los patrocinadores oficiales, el resto de los anunciantes, para poder exponer sus productos, buscan ocupar todos los ámbitos publicitarios restantes que estén relacionados con el evento. En eso consiste el *ambush marketing*, en lograr colgarse de la gran atención que rodea al evento, pero sin ser patrocinadores oficiales. Por ejemplo, en las Olimpiadas de Atlanta 96, el atleta Linford Christie utilizó lentes de contacto con la marca Puma en una conferencia de prensa, pese a que Reebok era el patrocinador oficial.

Gráfico N° 3



3 Bidón contenedor de Coca Cola de las Olimpiadas Barcelona 92. Consulta: 4 de noviembre de 2013. <http://pictures2.todocoleccion.net/tc/2011/06/29/27729680.jpg>

4 Consulta: 4 de noviembre de 2013. <http://pictures2.todocoleccion.net/tc/2011/06/29/DSC09315.JPG>

5 Consulta: 4 de noviembre de 2013. http://media.npr.org/assets/img/2012/07/17/51502424_vert-4d83ae2a693a76cdfdeb4ee8e3885e3b2b37eb68-s6-c30.jpg

6 Consulta: 4 de noviembre de 2013. <http://blogs.telegraph.co.uk/sport/files/2011/10/christiepa.jpg>

2.1. Definiendo el *ambush marketing*

La definición original del *ambush marketing*, que también es denominado *marketing* de emboscada o *marketing* de guerrilla, se le atribuye a Jerry Welsh, quien acuñó la expresión en la década de los ochenta. Para Welsh «el *ambush marketing* debería ser entendido simplemente como una estrategia de *marketing*, cuyos resultados programáticos ocupan el espacio temático de un competidor patrocinador, y formulada para competir con ese patrocinador competidor por la preeminencia en el *marketing*. Las estrategias de emboscada exitosas se alimentan de patrocinios mal concebidos y patrocinadores ineptos; en ese sentido, el *ambush marketing* es el resultado natural de una competencia sana y [...] con el tiempo, ayuda a eliminar a las proposiciones de patrocinio inferiores» (Welsh s. f. 3).⁷

Pese a las opiniones de Welsh, lo cierto es que el *ambush marketing* tiene una connotación despectiva, especialmente de parte de las entidades organizadoras de los eventos y de sus patrocinadores oficiales. Entre otras denominaciones, suele decirse que es un comportamiento contrario a la ética, parasitario, un robo comercial.

Esta diferente valoración que puede generar el *ambush marketing* es bastante comprensible, ya que los organizadores y patrocinadores no desean que nadie más haga referencia directa o indirecta al evento, motivo por el cual, suelen señalar que esta estrategia es negativa porque afecta los patrocinios y, con ello, el financiamiento de las actividades deportivas. Por su parte, los defensores de esta estrategia señalan que son prácticas lícitas y que el patrocinio oficial de un evento no puede «privatizar» todos los actos publicitarios asociados a este.

Para efectos de la investigación, emplearemos una de las definiciones más difundidas, la de Sandler y Shani, para quienes el *ambush marketing* es «un esfuerzo planeado (campaña) por una organización, para asociarse indirectamente con un evento, con el fin de ganar al menos algo del reconocimiento y los beneficios que están asociados con ser un patrocinador oficial» (Sandler y Shani 1989: 11).⁸

2.2. Mecanismos del *ambush marketing*

En vista de que esta estrategia consiste en asociarse al evento, tratando de ocupar los espacios publicitarios libres dejados por el contrato de patrocinio del competidor, los mecanismos pueden ser muy variados y se adaptan con regularidad. No obstante ello, mencionaremos algunos de los mecanismos de esta estrategia comercial, comenzando por las más indirectas:⁹

7 Traducción libre. El texto original indica lo siguiente: «Ambush Marketing ought to be understood simply as a marketing strategy with its programmatic outcomes, occupying the thematic space of a sponsoring competitor, and formulated to vie with that sponsoring competitor for marketing preeminence. Successful ambush strategies feed on ill-conceived sponsorships and inept sponsors; in that regard, Ambush Marketing is the natural result of healthy competition and [...] over time, help to weed out inferior sponsorship propositions».

8 Traducción libre. El texto original indica lo siguiente: «A planned effort (campaign) by an organization to associate themselves indirectly with an event in order to gain at least some of the recognition and benefits that are associated with being an official sponsor».

9 Lamentablemente, la revisión exhaustiva de todas las modalidades de *ambush marketing* excede los límites de espacio que debe respetar la presente investigación.

2.2.1. Hacer publicidad que hace referencia al evento

Es la publicidad que usa frases como «Vamos todos al mundial», «Acompañemos a nuestros muchachos», «Estamos con ellos en Atlanta», «En básquet somos los mejores», etc. (Otamendi 2011: 285).

Un buen ejemplo podemos encontrarlo en la campaña de Nike «Find your Greatness» ('Encuentra tu Grandeza') en la cual, poco antes de la inauguración de las Olimpiadas de Londres 2012, difundió anuncios en los que se invitaba a atletas aficionados de todo el mundo a encontrar su grandeza. Es importante destacar que, en los anuncios, dichos atletas aficionados se encontraban en lugares llamados Londres. De esta manera, en la publicidad señalaban: «La grandeza no está reservada para unos pocos elegidos en una ciudad especial, también se puede encontrar en Londres, Ohio; en Londres, Noruega; en London Este en Sudáfrica; en el Little Londres, en Jamaica; o en el Gran Londres de Nigeria» (Altonivel 2012).

Gráfico N° 4.



2.2.2. Usar el Internet y nuevas tecnologías

Nuevamente Nike puede ser usada como ejemplo de esta estrategia. Previo al Mundial de Fútbol de 2010, Nike «dominaba el espacio on line, con casi un tercio de los comentarios en Internet, el doble de impacto que su competidor Adidas, quien sí era el patrocinador oficial» (Pérez Carballada 2010). Todo esto gracias a su campaña «Write the future», en el que se veía a varios jugadores famosos como Wayne Rooney, Franck Ribéry, Ronaldinho y Cristiano Ronaldo jugando partidos. Cada vez que alguno de ellos realizaba alguna jugada significativa, imaginaban el efecto mundial que ocurriría en la sociedad y en los medios. Así, «dicha pieza publicitaria ya había recibido más de 14 millones de visitas en YouTube desde el 17 de mayo hasta comienzos del Mundial» (Pérez Carballada 2010).

10 Consulta: 4 de noviembre de 2013.

http://theinspirationroom.com/daily/commercials/2012/8/nike_find_your_greatness_diver.jpg

2.2.3. Realizar publicidad periférica

Es la publicidad que se realiza alrededor de la zona donde se desarrollará el evento, por ejemplo en las inmediaciones de un estadio (en un edificio alto por ejemplo), a lo largo del recorrido de una carrera o utilizando un avión que arrastre un cartel sobre el público que presencia el evento.

Un ejemplo de esta conducta se vio durante el Mundial de Fútbol 2010 en Sudáfrica. Adidas era un patrocinador oficial y su competidora Nike colocó su publicidad en el rascacielos Life Center de Johannesburgo (Marketing Directo 2012).

2.2.4. Realizar concursos relacionados con el evento

Esta estrategia consiste en realizar concursos basados en información o pronósticos del evento en cuestión. El caso más famoso fue el de la National Hockey League (NHL) y la Stanley Cup en Canadá. Siendo Coca-Cola el patrocinador oficial, Pepsi organizó un concurso en el que imprimió, dentro de las tapas de sus botellas el nombre de un ganador y un resultado específico, por ejemplo «Si Québec (la ciudad) gana 4 partidos Ud. gana \$10 000». Como es fácil de imaginar, el concurso fue publicitado intensamente.

El caso es famoso porque la NHL demandó a Pepsi, siendo esta la primera denuncia formal contra el *ambush marketing*. Cabe señalar que la Corte canadiense declaró que el comportamiento de Pepsi había sido legal, ya que esta empresa había incluido una advertencia en la que indicaba que no estaba asociada con la Nacional Hockey League, ni era patrocinadora de esta ni tampoco de ninguno de los equipos (Otamendi 2011: 286).

2.2.5. Entregar premios relacionados con el evento

En lugar del concurso, puede ser el premio el que está vinculado directamente con el evento, por ejemplo, cuando el premio consiste en entradas.

Esta modalidad se presentó en el caso de la National Collegiate Athletic Association (NCAA) vs. Coors. La cervecera Coors regalaba al ganador de un concurso, dos entradas para el Final Four de básquetbol de la NCAA. Esta última demandó a Coors dando, entre otros argumentos, que con este comportamiento se estaba tratando de hacer pasar como patrocinador del evento. El caso terminó con una transacción entre las partes (Piñeiro y Rubí 2007: 9).

2.2.6. Patrocinar un programa de TV o de radio relacionado con el evento

Fue el primer caso de *ambush marketing* ocurrido en los Juegos Olímpicos de 1984. La empresa Fujifilm era patrocinadora oficial de las Olimpiadas, pero su competidora Kodak patrocinó los programas de la cadena de televisión ABC, que era la entidad que transmitía los Juegos Olímpicos (Crow y Hoek 2003: 14). Como resultado, la exposición que tuvo Kodak fue mayor que la de su rival y el público que veía los anuncios en televisión llegó a creer que Kodak también era un patrocinador oficial (Duran 2011).

2.2.7. Patrocinar a un atleta o a un equipo

Con esta táctica se patrocina a quien participa en la competencia, por lo tanto, si no está prohibido, la persona o el equipo muestran marcas que no son las del patrocinador del evento.

Probablemente el caso más destacado sea el de las Olimpiadas de Seúl 88, ya que esta vez fue Kodak la que sufrió la estrategia de emboscada por parte de Fujifilm. En dicha Olimpiada Kodak era el patrocinador oficial y Fujifilm patrocinó al equipo norteamericano de natación (Piñeiro y Rubí 2007: 10).

2.2.8. Realizar publicidad en el lugar donde se realiza el evento

La publicidad directa dentro de los estadios corresponde al patrocinador oficial, sin embargo, existen formas de burlar esta restricción.

Uno de los casos más recientes y conocidos empleando esta técnica se dio en el Mundial de Fútbol 2010 en Sudáfrica, en la cual Budweiser era el patrocinador oficial en el rubro de cerveza. Durante un partido de Dinamarca contra Holanda, 36 hermosas mujeres rubias con pequeños vestidos de color naranja se hicieron presentes en el estadio para atraer la atención de las cámaras. Aunque no destacaba ningún logo en sus ropas, se sabía que la empresa cervecera Bavaria había regalado en Holanda dicho modelo de vestido, así que se le identificó como una campaña de *ambush marketing* de Bavaria¹¹ (Jacob 2011).

Gráfico N° 5.



2.3 Mecanismos de solución usuales

Los mecanismos para combatir el *ambush marketing* suelen ser los siguientes: crear normas especiales y temporales; utilizar el sistema de marcas o emplear el sistema de represión de competencia desleal.

¹¹ Cabe señalar que no era la primera vez que Bavaria realizaba este tipo de estrategia en un evento deportivo.

¹² Consulta: 4 de noviembre de 2013.

<http://cached.imagescaler.hbpl.co.uk/resize/scaleWidth/620?sUrl=http://offlinehbpl.hbpl.co.uk/news/OKM/75E70DFA-B714-2A35-9DE8651ABA446CE9.gif>

Brevemente abordaremos los primeros dos mecanismos para luego concentrarnos en el sistema de represión de competencia desleal, con énfasis en la Cláusula general.

2.3.1. Normas especiales y temporales

Algunos países optaron por establecer restricciones temporales y geográficas como, por ejemplo, no colocar anuncios a una distancia inferior a 500 metros de un estadio de fútbol u olímpico, durante el evento deportivo y por un periodo de tiempo anterior y posterior al mismo (Ortega 2012).

Para los Juegos Olímpicos del 2000, realizados en Australia, se creó la Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act, ley que, entre otras restricciones generales, prohibía no solo el uso de la marcas olímpicas, sino también una serie de combinaciones de palabras que pudieran aludir a este evento, por ejemplo «Games City», «Millennium Games», «Sydney Games», o cualquier combinación de las palabras «Games» y el número «2000». También se prohibían imágenes que sugirieran una conexión con los Juegos Olímpicos, por ejemplo, ser patrocinador (Otamendi 2011: 288).

También Sudáfrica estableció medidas especiales contra el *ambush marketing*, creando la Trade Practices Amendment Act, para el Mundial de Fútbol del 2010, considerando violatorio de la ley a quien hiciera pública cualquier afirmación engañosa que implique o sugiera una conexión entre esa persona y el evento (Otamendi 2011: 289).

Finalmente, en los Juegos Olímpicos Londres 2012, las técnicas contra el *ambush marketing* tomaron también en cuenta a las redes sociales. El Comité Olímpico Internacional y Twitter llegaron a un acuerdo para evitar que las marcas no patrocinadoras usen hashtags como #London 2012, o se asocien a términos como: juegos, medallas, oro, plata, bronce, verano, etc. (Ortega 2012).

Asimismo, se establecieron normas de actuación en redes sociales a las cuales debían ceñirse los atletas, marcas, asistentes y otros participantes; por ejemplo, que solamente los medios acreditados podían hacer uso de los medios sociales para difundir lo que sucedía o la prohibición de promocionar cualquier marca, producto o servicio (Benet 2012).

A nuestro modo de ver, la regulación de este tipo, por ser de naturaleza tan amplia, puede estar sobreponiéndose a normas que ya abordan comportamientos repudiables por afectar el mercado.

2.3.2. Derecho de marcas

Evidentemente, si un patrocinador no oficial emplea los signos distintivos del evento o del patrocinador oficial, se podrían emplear las acciones por infracción, por ejemplo, por un uso no autorizado de las marcas olímpicas. Pese a dicha posibilidad, en el *ambush marketing* las referencias suelen ser más sutiles, sin abordar directamente marcas de los organizadores del evento o de los patrocinadores.

Un buen ejemplo de lo que estamos mencionando es el caso New Zealand Olympic and Commonwealth Games Association Inc. contra Telecom New Zealand Ltd. Este caso ocurrió en las Olimpiadas de Atlanta 96, donde la marca Bellsouth era el patrocinador oficial en el rubro de teléfonos celulares. Su competidora, Telecom, publicó en los diarios más importantes, un

aviso que destacaba por quintuplicado la palabra RING (que significa anillo pero que también alude al sonido del teléfono). Dicha palabra utilizaba los mismos colores de los anillos olímpicos, añadiéndose en la parte inferior del anuncio la frase: «Con Telecom usted puede llevar su propio teléfono a las Olimpiadas».

Gráfico N° 6.



La demanda entablada indicaba que había una infracción al derecho de marcas por la asociación con el símbolo olímpico; además argumentaron que con ello se hacía pasar por un patrocinador oficial, engañando a los consumidores. Las autoridades resolvieron el caso a favor de Telecom, indicando que era poco probable que los lectores asumieran que el anuncio se había hecho como parte de un patrocinio autorizado por la autoridad olímpica, por la simple razón de que no se usaba el símbolo olímpico como tal (Hoek y Gendall 2002: 79).

Otro caso, esta vez fundado, que involucró marcas y *ambush marketing* fue el de Mastercard Inc. contra Sprint Communications. Mastercard era el patrocinador oficial del Mundial de Fútbol USA 94 y, como tal, había recibido el uso exclusivo de la marca World Cup 94 para dispositivos de acceso a cuentas y para pagos basados en tarjetas. Sprint Communications también tenía derechos exclusivos, pero no como patrocinador, sino en una categoría más pequeña y económica denominada Official Partner. En el caso de Sprint, sus derechos exclusivos se encontraban en el rubro de las telecomunicaciones de larga distancia.

El problema entre ambos ocurrió porque Sprint anunció tarjetas de llamadas telefónicas prepagadas utilizando «World Cup 94». Mastercard lo demandó indicando que infringía su derecho de exclusividad, incluso si las tarjetas de llamadas y las tarjetas de crédito no cumplieran con la misma función, porque su derecho incluía cualquier tipo de pago con tarjetas.

Como mencionamos, el caso fue declarado fundado, interpretándose que Mastercard sufría daños por la pérdida del derecho de exclusividad que había adquirido (Schmitz 2005: 207-208).

3. La competencia desleal

En esta parte de la investigación nos concentraremos únicamente en las normas nacionales. Son varios los supuestos de competencia desleal que pueden aplicarse para los casos de *ambush*

13 La imagen ha sido modificada por nosotros para que pueda apreciarse de la manera más cercana posible al anuncio publicado. La fuente que tomamos como base se encontraba en blanco y negro y puede encontrarse en http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/eslj/issues/volume1/number2/articles/hoek_gendall/fig1.jpg

marketing. Dependiendo del caso concreto, podríamos estar ante un supuesto de publicidad engañosa, un caso de confusión, uno de aprovechamiento indebido de la reputación ajena o un supuesto de violación de normas.

3.1. La publicidad engañosa

De acuerdo con el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, los actos de engaños,

Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Conforme al artículo mencionado, una empresa que induzca a error a los consumidores, por ejemplo, que les haga creer que se trata de un patrocinador oficial, podría ser denunciado por infracción de este artículo.

Cabe precisar algunas cosas respecto a este supuesto:

- a) No importa la intención del anunciante, sino la percepción que generará su anuncio en el público. Puede que la intención del anunciante no haya sido hacerse pasar por un patrocinador; lo que importa es la percepción de los consumidores.
- b) En relación con lo anterior, solo se sancionan las afirmaciones que los consumidores perciban como objetivas; si la afirmación se percibe como subjetiva (por ejemplo: «somos los mejores»), no puede sancionarse, ya que las afirmaciones subjetivas no pueden ser sometidas a un análisis de veracidad.¹⁴
- c) No se necesita demostrar que efectivamente hubo un grupo real de consumidores que se vieron engañados. Se sanciona el potencial del anuncio para engañar, incluso si ningún consumidor hubiera sido engañado.

3.2. La confusión desleal

El artículo 9 del Decreto Legislativo 1044 señala que los actos de confusión,

[...] consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, las prestaciones o los productos propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde.

¹⁴ La razón de que las afirmaciones subjetivas no se puedan someter a un análisis de veracidad radica en que la apreciación puede variar de persona a persona. Por ejemplo, yo puedo considerar que Bombos tiene las mejores hamburguesas, pero otra persona puede considerar que son malas y otra persona puede considerar que son regulares. Para cada uno su opinión es verdadera y es falsa o errónea la opinión del otro, es decir, hay una verdad subjetiva pero no una verdad objetiva.

Como muchos de los actos de confusión involucran el uso indebido de marcas y otros signos distintivos, para resolver el caso, la autoridad competente tendrá en cuenta, en buena medida, si el signo distintivo se encuentra o no inscrito.

Específicamente, el Decreto Legislativo N.º 1075, en su artículo 98, nos indica los criterios para determinar qué órgano del Indecopi será el competente:

Las denuncias sobre actos de competencia desleal, en las modalidades de confusión y explotación de la reputación ajena, que estén referidas a algún elemento de la propiedad industrial inscrito, o a signos distintivos notoriamente conocidos o nombres comerciales, estén o no inscritos, serán de exclusiva competencia de la autoridad nacional competente en materia de propiedad industrial, según corresponda, siempre que las referidas denuncias sean presentadas por el titular del respectivo derecho.

Serán igualmente de competencia de los órganos de propiedad industrial, las denuncias sobre actos de competencia desleal, en las modalidades de confusión y explotación de la reputación ajena, que comprendan elementos de propiedad industrial y elementos, que sin constituir derechos de propiedad industrial, estén relacionados con el uso de un elemento de propiedad industrial.

Como podemos apreciar, en términos generales, la inscripción de un signo distintivo, salvo las excepciones mencionadas, es uno de los elementos más importantes para determinar qué órgano del Indecopi es competente para analizar un caso de competencia desleal que involucre actos de confusión. Si el signo está inscrito, será competente la Dirección de Signos Distintivos y, si el signo no está registrado, será competente la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal.

De esta manera, si la estrategia de emboscada diera lugar a una confusión sobre el verdadero origen empresarial, serían aplicables los artículos mencionados.

3.3. La explotación indebida de reputación ajena

De acuerdo con el artículo 10 del Decreto Legislativo 1044, los actos de explotación indebida de la reputación ajena

[...] consisten en la realización de actos que, no configurando actos de confusión, tienen como efecto, real o potencial, el aprovechamiento indebido de la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro agente económico, incluidos los actos capaces de generar un riesgo de asociación con un tercero.

De acuerdo con la Resolución 2738-2010/SCI-INDECOPI,¹⁵

[...] la sanción de los actos desleales de explotación indebida de reputación ajena apunta a que el consumidor no se equivoque asumiendo que la reputación que corresponde a un competidor beneficia a otro, por ejemplo, al considerar erróneamente que puede existir un contrato de colaboración entre ambos, o algún tipo de vinculación organizativa entre dos concurrentes cuando aquella no se presenta

¹⁵ De fecha 11 de octubre de 2010, Expediente 051-2009/CCD, caso entre Tomas Oechsle Sigg contra Reestructuradora de Empresas S. A. y Tiendas Peruanas S. A.

Asimismo, en la mencionada Resolución también se indicaron las condiciones para que ocurra una explotación indebida de la reputación ajena:

- a) La preexistencia de una reputación asociada a un bien, servicio, marca o algún aspecto de la actividad empresarial de un agente económico, que resulte identificable para los consumidores; y,
- b) Una conducta que explote esta reputación y cuyo efecto sea vincular la prestación de dicho agente con la prestación propia, sin que dicha vinculación exista en la realidad.

Dado que el anunciante que utiliza el *ambush marketing* trata de aprovechar para sí el prestigio del evento deportivo de grandes proporciones, que atraerá mucho la atención, pero sin incurrir en los costos de ser patrocinador oficial, podría configurarse este tipo de infracción.

3.4. Los actos de violación de normas

Conforme a lo establecido por el artículo 14 del Decreto Legislativo 1044,

[...] consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

De acuerdo con el mismo artículo, la infracción de normas imperativas quedará acreditada:

- a) Cuando se pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso-administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión; o, b) Cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia. En caso sea necesario, la autoridad requerirá a la autoridad competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente.

En este caso, la deslealtad no radica en la infracción de la norma per se, sino en la ventaja competitiva indebida que se logra como consecuencia de dicha infracción. Además, como puede apreciarse, no cualquier infracción legal que otorga una ventaja significativa califica como desleal. Solo será sancionable la infracción de normas imperativas de naturaleza administrativa que genere una mejor posición competitiva. Esta interpretación surge porque la misma ley contempla dos supuestos que nos indican que estamos ante la violación de una norma administrativa. El primer supuesto es contar con una decisión previa y firme que no se encuentre pendiente de revisión en la vía contencioso-administrativa, alude al incumplimiento de normas sectoriales (vía administrativa); y, el segundo supuesto, la ausencia de licencias o autorizaciones para ingresar ordenadamente al mercado, revela también una naturaleza administrativa.

Para que se configure una infracción de este tipo, pensamos que en el caso del *ambush marketing* tendría que haber algún tipo de licencia ausente o infracción administrativa que otorgue una ventaja significativa, como el ahorro de costos derivados de no haber tenido que tramitar la licencia.

Finalmente, de no encontrarse la conducta en ninguno de los anteriores supuestos, cabría la posibilidad de aplicar la Cláusula general, supuesto que analizaremos a continuación.

4. La Cláusula general

La Cláusula general es una herramienta que existe para adecuar la legislación a los rápidos cambios en el mercado. Si solamente se tuviera un listado taxativo de conductas desleales, los nuevos comportamientos ilícitos no podrían ser sancionados.

En nuestra Ley de Represión de Competencia Desleal, Decreto Legislativo 1044, la Cláusula general se encuentra en el artículo 6, el cual señala lo siguiente:

Artículo 6º.- Cláusula general.-

6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.

6.2.- Un acto de competencia desleal es aquel que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

No obstante se trata de un artículo general, eso no significa que su uso deba ser constante. Tal como señala la Resolución 156-2012/SDC-INDECOPI,¹⁶ «es preciso señalar que, como reconoce la doctrina mayoritaria, la Cláusula general es una figura típica de aplicación residual. Es decir, se debe utilizar solo de manera supletoria, en tanto no exista un supuesto específico comprendido dentro del catálogo de supuestos más comunes enunciados en el capítulo II de la Ley de Represión de la Competencia Desleal».

Al momento de analizar una posible infracción bajo la Cláusula general consideramos que también es importante tener en cuenta el objetivo que subyace al Derecho de la Competencia Desleal. Así, debemos considerar que, bajo el artículo 1 del Decreto Legislativo 1044 la finalidad de dicha ley es reprimir «todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo».

Siguiendo el objetivo señalado por la ley, podemos decir que será desleal el comportamiento contrario a la buena fe, es decir, no acorde con la eficiencia económica, de modo que afecte el orden concurrencial y no solamente intereses particulares,¹⁷ es decir, que afecten el mercado y no solamente a un agente que participa del mercado. Por lo tanto, debe tratarse de una conducta que modifique las condiciones en que opera el mercado en general, que perturbe el funcionamiento del mercado, afectando a una serie de agentes económicos indeterminados (empresas o consumidores).

No existiendo una disposición que se aplique directamente a la práctica del *ambush marketing*, para determinar si podría sancionar esta estrategia por la vía de la Cláusula general, exploraremos los comportamientos comprendidos dentro de la mencionada cláusula que, además de ser conocidos, guarden alguna semejanza con la estrategia del marketing de emboscada.

16 De fecha 19 de noviembre de 2012, Expediente 121-2011/CCD, caso de Cemex Perú S. A. contra Justino Atencio Gutiérrez.

17 Recordemos que para proteger intereses particulares ya existen los derechos de exclusiva que otorga el Derecho de Propiedad Intelectual.

4.1. El aprovechamiento del esfuerzo ajeno

A diferencia de los supuestos detallados previamente, no se ha contemplado, expresamente en nuestra legislación, el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno. Por tratarse de un supuesto que no está contenido de manera detallada y específica en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, su existencia y aplicación a los procedimientos no ha estado exenta de críticas.

A continuación, para entender los alcances de esta figura en nuestro país, señalaremos los principales elementos de dos casos. El primero de ellos, el conflicto entre el Estudio Caballero Bustamante SRL (en adelante, Caballero Bustamante) con el Instituto de Investigación El Pacífico EIRL y otros (en adelante, el Instituto El Pacífico). Este caso fue el que dio inicio al supuesto del aprovechamiento del esfuerzo ajeno bajo la Cláusula general y, el segundo procedimiento, es el de la Empresa Peruana de Servicios Editoriales S. A. (en adelante, Editora Perú) contra Entre Líneas SRL (en adelante, *Entre Líneas*) que versa sobre la introducción de cambios en el tema de aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

4.1.1. El caso Caballero Bustamante contra el Instituto El Pacífico

El 20 de marzo de 2002, Caballero Bustamante denunció al Instituto El Pacífico y a otras personas naturales y jurídicas relacionadas, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de infracción a la Cláusula general, actos análogos, actos de imitación y copia o reproducción no autorizada, contempladas, respectivamente, en los artículos 6, 7, 13 y 19 del Decreto Ley 26122, que constituía en ese momento la vigente Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

El Estudio Caballero Bustamante señaló que desde el año 2000 comercializaba un cuaderno de normas tributarias denominado *Síntesis tributaria*, a la cual consideraba una obra protegida, pero que el Instituto El Pacífico elaboró y comercializó una copia de su publicación, denominándola *Actualidad tributaria*, en la cual se había utilizado la misma selección de dispositivos legales tributarios, además del mismo formato y presentación, copiando hasta los errores (ortográficos y de contenido) presentes en su publicación.

El Instituto El Pacífico argumentó que no existió imitación sistemática de prestaciones o iniciativas empresariales y que, simplemente, la presentación de ambos productos era común en el mercado. También afirmó que no se habían producido actos de copia o reproducción debido a que la creación de Caballero Bustamante no era un bien protegido por las normas sobre Propiedad Intelectual o Derechos de Autor.

La Oficina de Derechos de Autor señaló, por Resolución N.º 0058-2002/ODA-INDECOPI, que denegaba el registro de la publicación *Síntesis tributaria* a Caballero Bustamante puesto que esta carecía del requisito de originalidad exigido por el Decreto Legislativo 822, Ley de Derechos de Autor. Asimismo, la Oficina señaló, mediante Resolución N.º 060-2002/ODA-INDECOPI, que era improcedente una denuncia por presunta infracción a las normas sobre derechos de autor, tramitada entre las mismas partes por hechos similares a los denunciados. El 10 de octubre de 2002, la Sala de Propiedad Intelectual emitió la Resolución N.º 915-2002/TPI-INDECOPI, mediante la cual confirmó la resolución de la Oficina de Derechos de Autor (ODA).

La Comisión de Competencia Desleal, mediante Resolución N.º 098-2003/CCD-INDECOPI, declaró fundada en parte la denuncia interpuesta por Caballero Bustamante contra el Instituto El Pacífico, en el extremo referido a la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la Cláusula general.

El Instituto El Pacífico interpuso su apelación, argumentando que no podía aceptarse la aplicación de la Cláusula general en aquellos supuestos en los que la conducta cometida por el sujeto investigado se encuentre expresamente tipificada en la norma, pero que no encuadre con alguno de los requisitos establecidos para configurar el acto ilícito. Precisamente, para el Instituto El Pacífico, los supuestos a aplicarse en su caso eran los de imitación sistemática y copia o reproducción no autorizada pero, como su comportamiento no encuadraba con las características dispuestas para dichos supuestos, la denuncia debía declararse infundada.

Mediante Resolución N.º 0455-2004/TDC-INDECOPI, la Sala de Defensa de la Competencia confirmó la resolución apelada. De acuerdo con la Sala, el artículo 6 (la cláusula general) del Decreto Ley 26122, tipificaba expresamente como conductas prohibidas y sancionables a los actos de competencia desleal, definidos como aquellas contravenciones a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de las actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir en el mercado, constituyendo el tipo exigido por el artículo 230.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Asimismo, la Sala manifestó que entre los productos en cuestión existían similitudes en cuanto a errores ortográficos y de concordancia, que no podían ser explicados como consecuencia de una práctica usual en el mercado o como el resultado de dos trabajos realizados de manera independiente; como consecuencia, la conducta del denunciado no estaba dentro del principio de libre imitación de iniciativas empresariales, por exceder la respuesta natural del mercado. La Sala especificó que la infracción no consistía en la mera semejanza entre las publicaciones de las partes, sino en la conducta del Instituto El Pacífico consistente en copiar el resultado del esfuerzo desarrollado por otro agente del mercado, un comportamiento comparable a que un estudiante copie el examen de aritmética de otro alumno, aprovechándose de esta manera del esfuerzo y conocimientos ajenos.

4.1.2 El caso Editora Perú contra *Entre Líneas*

El 21 de julio de 2011, Editora Perú denunció a *Entre Líneas* ante la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal por la presunta infracción al artículo 6 (Cláusula general) y 9 (confusión) de la vigente Ley de Competencia Desleal, Decreto Legislativo 1044.

De acuerdo con Editora Perú, *Entre Líneas*, a través de su sitio web, reproducía y difundía de manera ilícita las copias digitalizadas del suplemento «Normas Legales», elaborado por Editora Perú. En tal sentido, argumentó que el suplemento demandaba un gran esfuerzo para ser compilado y para ordenar la información con una presentación particular. Para la denunciante, esta conducta infringía la Cláusula general y además generaba confusión, ya que, como *Entre Líneas* publicaba en la web el mismo día que lo hacía Editora Perú, podía dar la impresión de que eran empresas vinculadas.

Entre Líneas señaló en sus descargos que su conducta no era contraria a la buena fe comercial debido a que las normas constituyen información pública. Asimismo, señaló que no

había posibilidad de confusión ya que, en el suplemento «Normas Legales», se podía apreciar que era una copia obtenida del diario oficial El Peruano.

Mediante Resolución N.º 255-2010/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró infundada la denuncia en todos sus extremos. Sobre el supuesto de la confusión, determinó que un consumidor que acceda a las normas a través de la web de *Entre Líneas* no entendería que el servicio corresponde a Editora Perú. Sobre la supuesta infracción a la cláusula general, estableció que, como la difusión de las normas legales es obligatoria para Editora Perú, todos los actos destinados a su publicación no suponen un esfuerzo protegible. Asimismo, añadió que no se podía considerar obra protegible por el Derecho de Autor al suplemento, pues de acuerdo con el artículo 9 del Decreto Legislativo 822, los textos oficiales de carácter legislativo no son protegibles, pudiendo ser reproducidos por cualquiera.

Editora Perú apeló reiterando sus argumentos; señaló que, aunque el contenido de las normas legales no era protegible, lo que estaba solicitando era tutela por el esfuerzo de diagramación, diseño, edición, impresión y presentación de su suplemento.

El 21 de noviembre de 2011, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi dio la Resolución N.º 1751-2011/SCI-INDECOPI, confirmando la resolución apelada en el extremo referido a la confusión y, en el caso de la infracción a la Cláusula general, revocó la resolución apelada para declararla improcedente.

En lo referido a la infracción de la Cláusula general, la Sala señaló lo siguiente:

- La Cláusula general establece que son prohibidos y sancionables todos aquellos actos desarrollados por un agente económico que resulten contrarios a la buena fe empresarial, esto es, que estén destinados a captar clientela y mejorar el posicionamiento en el mercado por medios distintos a los de la eficiencia económica.
- La imitación de otras iniciativas empresariales está permitida y es conforme con la buena fe empresarial, pues el sistema de competencia desleal no es un mecanismo diseñado para proteger los intereses particulares de los empresarios, por el contrario, funda su tutela en el mantenimiento del orden concurrencial en general. En tal sentido, la imitación es la regla general, en la medida que esta no cause una afectación al interés económico general.
- Solo aquellas imitaciones o copias que, con independencia del esfuerzo desarrollado por el imitado, representen una afectación al interés económico general, podrían ser sancionables; de lo contrario se llegaría a la contradicción de procurar exclusividad indefinida a través del sistema de competencia desleal, desnaturalizando este sistema, ya que este consiste en una vía de protección residual.
- La Primera Instancia no debió efectuar un análisis de fondo que involucre calificar si una creación como el suplemento era o no una obra protegible, pues el sistema de protección de los derechos de autor y conexos lo administra, con competencia exclusiva, la autoridad de derechos de autor del Indecopi. Es esta autoridad la que protege cualquier esfuerzo que tenga originalidad, por ejemplo una particular diagramación y diseño.
- En consecuencia, la fiscalización y eventual sanción no corresponde a la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal, en tanto existe la vía propia de los derechos de autor. Además, los actos de copia y reproducción no autorizada de una obra o titularidad de un derecho conexo no son protegibles a través de las normas que

reprimen la competencia desleal, ya que el artículo 19 del Decreto Ley 26122, donde se sancionaba la copia o reproducción no autorizada de bienes de terceros protegidos por la legislación de Propiedad Industrial o de Derechos de Autor, fue deliberadamente eliminado al entrar en vigencia el Decreto Legislativo 1044.

Otros casos más recientes sobre aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno han mantenido el razonamiento desplegado en el caso de Editora Perú contra *Entre Líneas*, en el sentido de que la infracción alegada debe afectar el interés económico general para ser sancionada. Podemos mencionar entre ellos a la Resolución N.º 2492-2012/SCI-INDECOPI¹⁸ en la cual se analizó si la imitación exacta de materiales publicitarios, formatos de encuestas y contratos para la adquisición de programas constituía un aprovechamiento del esfuerzo ajeno.¹⁹ Asimismo, tenemos la Resolución N.º 3542-2012/SDC-INDECOPI²⁰ en el cual se analizó el empleo de formatos de contrato de préstamo y boletas de venta similares.²¹ Finalmente, bajo Resolución N.º 0857-2013/SDC-INDECOPI²² se analizaron supuestos de esfuerzo ajeno e imitación sistemática de los colores utilizados para distinguir los envases de sus filtros; la parte numérica del sistema de códigos alfanuméricos empleados para clasificar los filtros; y, su estrategia publicitaria.²³

4.1.3. Los criterios para analizar los supuestos de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno

Los casos descritos previamente, así como cualquier otro relativo al aprovechamiento del esfuerzo ajeno, son particularmente difíciles de analizar porque, por un lado, está el necesario respeto al derecho a la libre imitación de iniciativas empresariales, un derecho indispensable para incentivar la competencia y; por el otro, está la posibilidad de que la imitación cuestionada sea desleal, al punto de afectar el mercado.

Efectivamente, lo más controvertido, con respecto a la posibilidad de sancionar el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, consiste en que es complicado determinar cuándo estamos ante actos desleales y cuándo ante una copia lícita que esté amparada por el derecho a la libre imitación de iniciativas empresariales.

A continuación, siguiendo a Massaguer, señalaremos algunos criterios para identificar los supuestos de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno (1999: 358-360):

18 De fecha 20 de septiembre de 2012, Expediente 015-2011/CCD entre Techniques For Knowledge and Talent For Excellence Perú SRL contra María Marfa Saldarriaga Morán De Silva y Tear Perú EIRL.

19 En el extremo referido a la explotación indebida del esfuerzo ajeno, la Sala declaró infundada la denuncia por falta de pruebas.

20 De fecha 21 de diciembre de 2012, Expediente 052-2011/CCD entre Respaldo SAC contra Presto Ya SAC, Gisella Bettina Gaona Gamarra y María Elena Porroa Huamán.

21 En el extremo referido a la explotación indebida del esfuerzo ajeno, la Sala declaró infundada la denuncia, ya que no constituía una conducta que afecte la concurrencia o permanencia en el mercado.

22 De fecha 24 de mayo de 2013, Expediente 069-2010/CCD entre Filtros Lys S. A. contra Industrias Willy Busch S. A.

23 En el extremo referido a la explotación indebida del esfuerzo ajeno, la Sala declaró infundada la denuncia, ya que se determinó que no era una conducta que obstruyera a un competidor en el mercado.

- El modo de realizar el aprovechamiento, para que sea considerado indebido o desleal, debe romper la par *conditio concurrentium*, es decir, el comportamiento cuestionado hace que un agente económico no participe en el mercado en igualdad de condiciones que el resto de competidores (Veleiro 2010: 82). Esta necesaria igualdad en la lucha competitiva está íntimamente relacionada con el principio de competencia por eficiencia, según el cual los empresarios consiguen clientes con base en mejores condiciones de cantidad, calidad y precio de los productos o servicios.²⁴
- El costo de producción del bien primigenio²⁵ es considerable o sustancial para el pionero.
- Otro empresario realiza una reproducción consistente en copias literales²⁶ e inmediatas del bien, eludiendo los gastos correspondientes a la creación del mismo, con lo cual ahorra costos significativos (Llobregat 2007: 461) y la propia inversión del imitador se vuelve muy limitada.²⁷
- Este modo de realizar la reproducción involucra para el creador una desventaja significativa, pues le impide disfrutar de su posición de pionero, dificultándole el amortizar los costos de la creación.
- Finalmente, como consecuencia de lo anterior, es esperable que los agentes del mercado pierdan incentivos para realizar nuevas iniciativas, afectándose el proceso competitivo. De esta manera, el obstáculo generado podría poner peligro la concurrencia o permanencia de las empresas en el mercado.

4.2. Los actos de obstaculización desleal

En esta parte analizaremos dos supuestos dentro de la Cláusula general, pero referidos al efecto de obstaculizar el desempeño de otro agente económico en el mercado, por medios diferentes a la eficiencia económica. Específicamente, por la relevancia que tuvieron en nuestro país, abordaremos los actos de imitación sistemática y de boicot desleal.

24 En nuestra opinión, el principio de competencia por eficiencia y la par *conditio concurrentium* están contenidos en el artículo 1 del Decreto Legislativo 1044, donde se señala que la finalidad de la ley es reprimir todo acto que impida el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. A su vez, el referente constitucional sería la economía social de mercado, establecida en el artículo 58 de la Constitución de 1993.

25 En principio, por el término «bien», nos estamos refiriendo a una creación, a un objeto (por ejemplo, un producto, texto, audio, imagen, etc.) pues consideramos que constituye el supuesto de copia con mayor probabilidad de cumplir los requisitos del aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.

26 Por copia literal nos referimos a que se realiza una reproducción tal cual del producto pionero, es decir que entre el primer producto desarrollado y el segundo no hay diferencias para el consumidor. Por ejemplo, en España se sancionó bajo la STS del 3 febrero de 2005, a una compañía que copió literalmente (hasta los errores) la información del directorio de recursos humanos publicado por otra empresa (Tribunal Supremo Sala I de lo Civil. Sentencia 37/2005, de 3 de febrero de 2005, en la Villa de Madrid. Grupo EJJ, S. A. contra Directorio de Formación, S. L.). Consulta: 2 de noviembre de 2013. <http://sentencias.juridicas.com/docs/00213501.html>. Cabe resaltar que la copia literal no necesariamente implica la existencia de un acto de confusión, ya que podría ser que el consumidor no identifique un origen determinado por diferentes motivos, por ejemplo, por la presencia común en el mercado de varios productos de la misma naturaleza, correspondientes a varias empresas.

27 Por ejemplo, tenemos el caso resuelto por el STC AP de Barcelona, el 17 de noviembre de 2009, en el cual se determinó que constituía aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno el que una revista hubiera publicado sesiones de fotos de una famosa actriz, cuando dicha sesión de fotos iban a ser reveladas en exclusiva para otra revista (Navarlez 2010).

4.2.1. La imitación sistemática

La imitación sistemática era un supuesto infractor expresamente contemplado en nuestra anterior regulación, específicamente, en el artículo 13 del Decreto Ley 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

Artículo 13º.- Actos de imitación: Se considera desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un tercero, cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquel.

De acuerdo con la norma mencionada y diversas resoluciones administrativas, debían existir cuatro elementos concurrentes para configurar un acto de imitación sistemática:

- a) La imitación debe referirse a un solo competidor determinado;
- b) La imitación debe ser sistemática de las iniciativas o prestaciones del competidor;
- c) La estrategia de imitación debe estar encaminada a impedir u obstaculizar el desarrollo en el mercado del competidor imitado; y,
- d) La imitación no debe ser una respuesta natural al mercado, de otro modo, se restringiría injustificadamente el derecho a imitar.

Es el tercer elemento el que hace que la imitación sistemática esté comprendida dentro de la obstaculización desleal o competencia por obstrucción, ya que, tal como señala De La Cuesta, «a diferencia de la competencia fundada en la calidad de los bienes y servicios y la bondad de las propias prestaciones que tiende a conseguir cuotas de mercado mediante el esfuerzo personal, en la competencia de obstrucción, el fin principal que se persigue es el de eliminar al competidor o lesionar o trabar el funcionamiento de su empresa y su desarrollo» (1992: 46). De este modo, aunque el empresario imitador está buscando beneficiarse, su estrategia de copia sistemática obstaculiza al que está siendo imitado, de modo que «[...] impide que el pionero se forje una reputación comercial, con lo que se acentúa el jaque a su éxito profesional» (Portellano 1995: 224 - 225).

Con la dación del Decreto Legislativo 1044, el supuesto de imitación sistemática fue eliminado del listado de actos sancionables. Sin embargo, a nuestro modo de ver, todavía es un supuesto que, de ocurrir, podría ser considerado dentro de la Cláusula general, ya que el objetivo es que esta se aplique a las conductas no previstas expresamente por el legislador, de modo que siempre pueda adaptarse la legislación a los cambios que ocurran en el mercado.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, cabe señalar que en la Resolución 2487-2010/SCI-INDECOPI, tramitada bajo la vigencia del Decreto Legislativo 1044, un caso, con muchas similitudes con el supuesto de imitación sistemática, fue declarado infractor, pero no usando la Cláusula general, sino el supuesto de «confusión».

En el mencionado expediente, el Instituto Quimioterápico S. A. (IQFarma) comercializó una línea de analgésicos de marca DOLOL, en donde las presentaciones de los productos tenían un aspecto general muy similar con la línea de productos PANADOL, de titularidad de Glaxosmithkline Perú S.A. (GSK).

De hecho, tal como podemos apreciar a continuación, en la mencionada Resolución, se reconoce que la imitación se ha realizado sistemáticamente, sin embargo, ninguna de las partes,

ni la propia autoridad, consideraron la posibilidad de que el caso constituyera un acto de imitación sistemática bajo la Cláusula general.

Otro factor adicional que acredita claramente la voluntad de IQFarma de adoptar una estrategia confusoria respecto de GSK Perú es que la imitación no se produce solo respecto de un producto en particular, sino que es sistemática y se relaciona con una línea completa de medicamentos. Así, como se desprende del análisis realizado en el 20, IQFarma se ha asemejado en cada una de las cinco (5) presentaciones de su producto «Dolol» a las distintas presentaciones de «Panadol» que concurren en el mismo segmento, acrecentando de tal manera la impresión general de vinculación entre ambos productos. (Indecopi 2010: 12)

En conclusión, viendo el comportamiento de la autoridad, si bien consideramos que los actos de imitación sistemática deberían ser vistos como parte de la Cláusula general, creemos que es muy probable que el Indecopi siga abordando dichos supuestos mediante infracciones expresamente tipificadas, como es el caso de la confusión.

4.2.2. El boicot desleal

En nuestro país, al menos en un caso, se ha analizado el boicot como un acto de competencia desleal, pese a que el boicot es una figura que normalmente se ve relacionada con comportamientos anticompetitivos,²⁸ no con comportamientos desleales.²⁹

En el mencionado caso, bajo la vigencia de la anterior normativa, la denuncia fue presentada por el Banco del Trabajo S. A. (Bantra) en contra de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo S. A. (Caja Trujillo) por la supuesta comisión de actos de competencia desleal por infracción a la Cláusula general, bajo la forma de actos de boicot.³⁰

De acuerdo con Bantra, esta entidad se encontraba promocionando un sistema de crédito, consistente en ofrecer a potenciales clientes la oportunidad de efectuar el pago de sus deudas con otras entidades bancarias o financieras, canjeando las mismas por nueva deuda con Bantra. Para tal fin, Bantra emitía cheques de gerencia a nombre de la entidad bancaria o financiera con la cual el cliente mantenía la deuda, a efectos de cancelar la misma para colocarse como nuevo acreedor del cliente, bajo nuevas condiciones de pago.

Según la denuncia, Caja Trujillo implementó una estrategia de boicot destinada a impedir u obstaculizar que sus clientes pudieran cancelar sus deudas, a efectos de contratar un nuevo crédito con Bantra. Estas conductas, a decir de la denunciante, se exteriorizaron:

- Rechazando la mayoría de los cheques de gerencia emitidos por el Bantra, a solicitud de sus clientes, para amortizar o cancelar su deuda, arguyendo que se habría consignado

28 En efecto, en Perú, el boicot anticompetitivo se encuentra regulado por el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

29 Cabe señalar que no es un supuesto descabellado el que también se sancione el boicot como acto de competencia desleal. Como ejemplo de ello, de acuerdo con Massaguer, la Ley 3/1991 de Competencia Desleal en España contempla, en su Cláusula general, entre otros, actos de boicot desleal que no estén comprendidos en las normas de libre competencia o en supuestos específicos de obstaculización de la Ley 3/1991 (1999: 158).

30 La denuncia también incluía supuestos actos de engaño, pero dicho extremo de la denuncia fue declarado infundado.

de manera incorrecta la razón social de la Caja de Trujillo, pues los cheques fueron emitidos a la orden de «Caja Municipal de Ahorro y Crédito Trujillo S. A.» mientras que la Caja de Trujillo tiene como denominación social «Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo S. A.».

- En el caso de pagos en efectivo, exigiendo el cumplimiento de diversas formalidades que dilataban injustificadamente la operación, con el propósito de desincentivar a los usuarios de contratar los servicios del Bantra.
- Omitiendo brindar información relevante por los conceptos de capital, intereses y gastos de las deudas a sus clientes, para que estos no puedan cancelar sus deudas por la existencia de saldos pendientes.
- Difundiendo comunicados en dos diarios, en los cuales se informaba a los consumidores que Bantra ofrecía falsas tasas de interés, engañando a los usuarios.
- Remitiendo cartas notariales a sus clientes, informándoles sobre presuntos actos de competencia desleal de Bantra, en términos similares a los que figuraban en los comunicados.

La Comisión de Competencia Desleal del Indecopi emitió la Resolución N.º 101-2006/CCD, por medio de la cual, entre otros pronunciamientos, resolvió declarar fundada la denuncia de la Comisión de Actos de Competencia Desleal bajo la infracción a la Cláusula general. La Comisión consideró que los actos de boicot se materializaban por el rechazo o devolución de los cheques de gerencia emitidos por el Bantra para que sus clientes cancelaran sus deudas en la Caja de Trujillo, complementado con la omisión de proporcionar información relevante, respecto al monto total adeudado por los clientes, en las cartas notariales que les remitía, y la dilación injustificada para recibir los pagos en efectivo de sus clientes.

A decir de la Comisión, estos hechos no significaban un esfuerzo empresarial tendiente a captar o retener la demanda del mercado en el que concurría, sino que pretendía vencer en la concurrencia al Bantra, por medios distintos a la eficiencia económica, recurriendo a actos contrarios a la buena fe comercial y a las normas de corrección que deben regir el sistema competitivo, aumentando los costos de transacción no solo para los consumidores sino también para el Bantra.

Asimismo, la Comisión emitió un precedente de observancia obligatoria sobre los actos de boicot como supuestos de competencia desleal:

- La acción tendiente a realizar un boicot como acto de competencia desleal es toda conducta de un concurrente en el mercado que tenga por efecto impedir o entorpecer la realización de un acto concurrencial ajeno o propio del proceso competitivo, y ejercitada como medio de presión para evitar el éxito o los propósitos de otro concurrente, por medios distintos a la eficiencia competitiva.
- Los actos de boicot pueden considerarse actos de competencia desleal sancionables bajo el alcance de lo dispuesto por la Cláusula general que contiene el artículo 6 del Decreto Ley N.º 26122 —Ley sobre Represión de la Competencia Desleal—, que constituye la tipificación expresa exigida por el artículo 230.4 de la Ley N.º 27444 —Ley del Procedimiento Administrativo General—, siempre que consistan en una conducta contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas.
- Atendiendo a dicha definición, actos de competencia desleal en la modalidad de boicot podrían constituir, entre otros, una conducta contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento

de las actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en el mercado, consistentes en impedir o entorpecer la realización de un acto concurrencial ajeno o del proceso competitivo como medio de presión y que tengan las características de: i) estar dirigidos contra un competidor y ser eficaces para generar como efecto que este no concorra en determinado mercado; ii) actuar sobre un cliente real o potencial y ser eficaces para generar como efecto que este decida no establecer relaciones contractuales con un competidor; o, iii) actuar sobre un cliente propio y ser eficaces para generar como efecto dificultades para que este extinga su vínculo contractual, con el fin de evitar que el cliente desarrolle relaciones contractuales con un competidor.

La Resolución N.º 101-2006/CCD fue apelada por Caja Trujillo y, en la Resolución N.º 0301-2007/TDC-INDECOPI, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, si bien determinó que la conducta de Caja Trujillo era contraria a la Cláusula general, estuvo en desacuerdo con la definición de boicot brindada por la Comisión, motivo por el cual dejó sin efecto el precedente.

5. Analizando el *ambush marketing* desde la cláusula general de la ley de competencia desleal

Luego de observar los ejemplos y definiciones de esta figura, así como los principales supuestos asociados a las infracciones a la Cláusula general, pasaremos a analizar el *ambush marketing* bajo la Cláusula general.

En primer lugar, a pesar de que la estrategia puede cambiar mucho de un caso a otro, consideramos que el marketing de emboscada contiene las siguientes características:

- Existen al menos dos partes, el patrocinador oficial del evento y la empresa emboscadora.
- Para que exista conflicto, ambas empresas deben ser competidoras entre sí, por la identidad o semejanza de sus productos o servicios.
- La empresa emboscadora realizará algún patrocinio, publicidad o promoción, pero evitará hacer un uso ilegal de marcas o símbolos protegidos.
- La intención de la empresa emboscadora radica en:
 - o Vincularse indirectamente con el evento, aprovechando espacios libres del patrocinio oficial, para obtener algunos de los beneficios de estar asociado a dicho acontecimiento.
 - o Ahorrarse los altos costos de ser un patrocinador oficial.
 - o Derrotar a su competidor (el patrocinador oficial).

Habiendo identificado estas características, queda verificar si alguno de los supuestos identificados dentro de la Cláusula general podrían ser utilizados para sancionar esta práctica.

Sobre el *ambush marketing* como aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, tal como ha sido señalado, no se debe proteger la mera inversión de una empresa, ni sancionar la copia de la misma, lo que se debe considerar desleal es la forma de realizar la reproducción. Así entendido, no es ilegal la copia que solo se sirve de la iniciativa ajena como modelo para configurar la propia (Massaguer 1999: 358-360).

Siguiendo lo antes mencionado, al someter la figura del *ambush marketing* a los criterios identificados para el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, podremos observar que:

- El costo de ser un patrocinador oficial cumple con ser considerable o significativo.
- Comparado con el patrocinio oficial, el empresario emboscador se ahorra costos significativos.
- En muchos casos, la existencia del *ambush marketing* disminuirá los beneficios de ser el patrocinador oficial (ser el pionero de la iniciativa).

Sin embargo, a nuestro modo de ver, es difícil que la estrategia de emboscada, aunque menos costosa que ser el patrocinador oficial del evento, no genere costos para la empresa que realice el *ambush marketing*. En otras palabras, no parece que estemos ante un acto verdaderamente parasitario, pues el emboscador también debe manejar una importante estructura de costos.

Como consecuencia de lo anterior, si la empresa emboscadora está internalizando costos y con ello obtiene mejores o iguales resultados, pero más económicos que los que obtendría con ser patrocinador oficial, consideramos que precisamente se está realizando una competencia por eficiencia.

En cuanto al *ambush marketing*, como un acto de imitación sistemática, posiblemente sea el acto más sencillo de descartar dado que, si bien en la imitación sistemática y en el marketing de emboscada hay un componente de obstaculización, esta estrategia de marketing no se caracteriza por copiar iniciativas o prestaciones del competidor, sino que busca aprovechar los espacios libres que el patrocinador oficial no ocupa, es decir, busca realizar su propia iniciativa.

Finalmente, en lo referido al *ambush marketing* como acto de boicot desleal, analizando esta estrategia, según los criterios que la Comisión de Competencia Desleal identificó en su momento, si bien la emboscada puede afectar las actividades comerciales del patrocinador oficial, no entorpece los actos concurrenciales ajenos, pues no dificulta que se realicen estos, aunque sí es posible que se afecte económicamente al patrocinador oficial, ya que, de cierta manera, ha perdido la exclusividad sobre el evento.

En tal sentido, el *ambush marketing* tampoco podría considerarse un acto de boicot desleal, en vista de que no impide que alguien concurra en el mercado. Esto tiene sentido porque la finalidad del emboscador se encuentra orientada a aprovechar la coyuntura del evento, pero no la de entorpecer que el competidor realice su propia actividad como patrocinador oficial.

Como puede apreciarse, el *ambush marketing* no podría ser sancionado por la Cláusula general, según los supuestos de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, imitación sistemática, ni boicot desleal, pero podría ser pasible de sanción aplicando esta Cláusula (sin vincularla con algún supuesto conocido). Tomando en cuenta lo anterior, consideramos que hay dos criterios que no deben olvidarse al analizar algún caso de *ambush marketing*, los cuales son:

a) Desincentivo de la conducta sobre la cual se está apoyando:

No basta que el comportamiento del emboscador esté simplemente afectando al patrocinador oficial, pues eso constituiría un daño concurrencial lícito.

Si bien reconocemos que es posible que exista un cierto nivel de obstaculización en estas prácticas, en el sentido de que se puede afectar la explotación de la posición del patrocinador, a nuestro modo de ver, la afectación debería ser tan fuerte que le impida amortizar al patrocinador los costos asumidos, lo cual merecería contar con pruebas fehacientes.

La posible afectación al valor del patrocinio oficial no parece un motivo suficiente para determinar la deslealtad de la conducta, pues podría ser que dicho patrocinio oficial se encuentre sobrevalorado;³¹ más bien, la estrategia de emboscada debería ser tal, que sea capaz de poner en peligro el desarrollo de la actividad, en este caso, el patrocinio oficial de eventos.

b) Protección del orden concurrencial general:

Se encuentra muy vinculado con el criterio anterior. La conducta realizada a través del *ambush marketing* debe ser susceptible de afectar el mercado en general, de otro modo, si solo se protegiera al espónsor oficial, por afectar en alguna medida la explotación de su patrocinio, estaríamos regresando al ya superado modelo de profesional de competencia, donde solo interesaba proteger el interés de los empresarios.

De hecho, en nuestra opinión, lo más razonable sería que las estrategias de emboscada, como regla general, deberían ser permitidas, pues son una respuesta natural del mercado basadas en la eficiencia; de otro modo, se estaría corriendo el riesgo de proteger intereses particulares a manera de derechos de exclusividad, cuando ese no es el objetivo del área de Represión de la Competencia Desleal.

6. Conclusión

El *ambush marketing* o marketing de emboscada constituye una estrategia publicitaria polémica, que consiste en aprovechar la atención que tiene un gran evento, generalmente un Mundial de Fútbol, Olimpiada o similar, pero sin ser el patrocinador oficial de dicho evento.

Dependiendo del caso concreto, se podría estar ante una conducta sancionable por el derecho de marcas o por el derecho de la competencia desleal. Todo dependerá de si se está involucrando el uso indebido de un signo distintivo ajeno o si es una estrategia publicitaria que es engañosa, que genera confusión, que se aprovecha de la reputación ajena o está obteniendo una ventaja significativa indebida por violación de normas.

Dentro de los posibles mecanismos en contra del *ambush marketing*, al analizar los supuestos dentro de la Cláusula general, de aprovechamiento del esfuerzo ajeno, imitación sistemática y boicot desleal, si bien todas estas figuras guardan algunos rasgos que se relacionan con ciertas características del *ambush marketing*, esta estrategia comercial no encaja en ninguno de estos supuestos. En todo caso, bajo la Cláusula general, hay dos criterios que no deben olvidarse al momento de analizar estos casos, que son: que la práctica es desleal si desincentiva la conducta sobre la cual se está apoyando y, si afecta el orden concurrencial general.

Finalmente, en términos generales, somos de la opinión de que el *ambush marketing* no

³¹ En consecuencia, incluso con el *ambush marketing* los patrocinios no necesariamente desaparecerían como iniciativa, sencillamente disminuirían de precio y, con ello, los organizadores deberán buscar estrategias para hacer que el patrocinio oficial sea más atractivo.

rompe la par *conditio concurrentium*, pues el hecho de que una de las empresas utilice una estrategia más eficiente para lograr similares resultados a los de su competidor, no justifica una sanción, por el contrario, responde a la competencia por eficiencia.

Por supuesto, como hemos visto en la descripción del *ambush marketing*, este se trata de una práctica que evoluciona constantemente, con lo cual no se puede afirmar rotundamente la legalidad o ilegalidad de esta estrategia, sino que el análisis deberá hacerse caso por caso y aplicarse la normativa que sea correspondiente (marcas, competencia desleal, etc.).

7. Bibliografía

ALTONIVEL

2012 «Usa ambush marketing para neutralizar a tu competencia». *Altonivel.com.mx*. Suplemento Marketing, 31 de julio del 2012. Consulta: 2 de noviembre de 2013. <http://www.altonivel.com.mx/22656-nike-usa-ambush-marketing-para-neutralizar-a-la-competencia.html>. Altonivel.com.mx

BENET, Marcos

2012 «Las redes sociales en los Juegos Olímpicos». *Socialancer.com*. 25 de julio de 2012. Consulta: 1 de noviembre de 2013. <http://www.socialancer.com/las-normas-antisociales-de-los-juegos-olimpicos/>

BRANDCORP

2012 «Panamericanos». Sección Clientes ATL. Consulta: 28 de octubre de 2013. <http://www.brandcorp.mx/es/portfolio-view/panamericanos>

CROW, Dean y Janet HOEK

2003 «Ambush Marketing: A Critical Review and Some Practical Advice». *Marketing Bulletin*. Volumen 14, artículo 1, pp 1-14. Consulta: 3 de noviembre de 2013. <http://marketing-bulletin.massey.ac.nz>

DE LA CUESTA RUTE, José María

1992 «Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena»; En AAVV. *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*. Madrid.

DURAN, Inci

2011 «What is Ambush Marketing?». *Optimum7.com*. 4 de noviembre de 2011. Consulta: 3 de noviembre de 2013. <http://www.optimum7.com/internet-marketing/sem/what-is-ambush-marketing.html>

EL COMERCIO

2013 «Lima 2019: cinco respuestas para entender mejor los juegos». *El Comercio*. Suplemento Polideportivo. Lima, 11 de octubre de 2013. Consulta: 30 de octubre de 2013.

<http://elcomercio.pe/deportes/1642772/noticia-panamericanos-2019-cinco-repuestas-entender-mejor-juegos>

JACOB, Sheena

2011 «Ambush Marketing». Lexology. Bird & Bird. 29 de marzo de 2011. Consulta: 29 de octubre de 2013.
<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8a7d0b2b-3886-4c3f-b829-a2f0ea3ed226>

HOEK, Janet y Philip GENDALL

2002 «Ambush Marketing: More than Just a Commercial Irritant?» *Entertainment Law*. Volumen 1, número 2, pp.72-91. Consulta: 1 de noviembre de 2013.
http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/eslj/issues/volume1/number2/hoek_gendall.pdf

INDECOPI

2010 Resolución 2487-2010/SCI-INDECOPI, Expediente 111-2009/CCD. 8 de setiembre de 2010

LLOBREGAT, María Luisa

2007 *Temas de propiedad industrial*. Madrid: La Ley.

MARKETINGDIRECTO

2012 «Marketing de emboscada: cuando las marcas le sacan la lengua a los sponsors oficiales». *Marketingdirecto.com*. Suplemento Publicidad. Madrid, 20 de junio de 2012. Consulta: 1 de noviembre de 2013.
<http://www.marketingdirecto.com/actualidad/publicidad/marketing-de-emboscada-cuando-las-marcas-le-sacan-la-lengua-a-los-sponsors-oficiales/>

MASSAGUER, José

1999 *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Civitas.

NAVARLAZ, Erika

2010 «ELLE vs Cuore e Interviu (Stc AP Barcelona de 17/11/2009)». ABANLEX. 27 agosto de 2010. Consulta: 1 de octubre de 2013.
<http://www.abanlex.com/2010/08/elle-vs-cuore-e-interviu-stc-ap-barcelona-de-17112009/>

ORTEGA, Rosalía

2012 «Piratas del Marketing en los Juegos Olímpicos de Londres 2012». *Diariojuridico.com*. Suplemento Opinión. 28 de mayo de 2012. Consulta: 1 de noviembre de 2013.
<http://www.diariojuridico.com/opinion/piratas-del-marketing-en-los-juegos-olimpicos-de-londres-2012.html>

OTAMENDI, Jorge

2011 «Ambush Marketing». *Anuario andino de derechos intelectuales*. Lima: Palestra Editores, tomo 7, pp. 279-291.

PÉREZ, César

2010 «*Ambush Marketing*. La emboscada continua». *Marketísimo*. 19 de julio de 2010. Consulta: 23 de octubre de 2013.
<http://marketisimo.blogspot.com/2010/07/ambush-marketing-la-emboscada-continua.html>

PIÑEIRO, José y Antoni RUBÍ

2007 «Ambush marketing en eventos deportivos. Modalidades principales y sus consecuencias jurídicas». *Indret*. Barcelona, pp.1-38. Consulta: 1 de noviembre de 2013.
http://www.indret.com/es/derecho_privado/16/?sa=1&fc=341&sn=232

PORTELLANO, Pedro

1995 *La imitación en el derecho de la competencia desleal*. Madrid: Civitas.

SANDLER, Dennis M. y David SHANI

1989 «Olympic Sponsorship vs. "Ambush" Marketing: Who Gets the Gold?». *Journal of Advertising Research*. Volumen 29, pp. 9-14.

SCHMITZ, Jason K

2005 «Ambush Marketing: The Off-Field Competition at the Olympic Games». *North Western Journal of Technology and Intellectual Property*. Volumen 3, número 2, pp. 203-208. Consulta: 26 de octubre de 2013.
<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njtip/vol3/iss2/6>

VELEIRO, Belén

2010 *Mercado y competencia*. Madrid: El Derecho Editores.

WELSH, Jerry

S. f. *Ambush Marketing: What It Is; What It Isn't*. Welsh Marketing Associates.
Consulta: 24 de octubre de 2013.
http://welshmktg.com/WMA_ambushmktg.pdf

COMENTARIOS

Raúl Solórzano Solórzano

Profesor del Departamento Académico de Derecho y director de la maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Nos encontramos frente a una investigación que aborda un tema de gran actualidad, sobre la cual se ha escrito poco en nuestro país. Efectivamente, el *ambush marketing* tiene además mucha trascendencia pues, ante los próximos Juegos Panamericanos en Lima, en el año 2019, sin duda muchas empresas empezarán pronto a estructurar sus futuras estrategias publicitarias.

El autor, al iniciar su investigación, reflexiona acerca de la definición del «marketing de emboscada» o «marketing de guerrilla», suscribiendo la posición que adoptan Dennis Sandler y David Shani. Luego de ello explica los mecanismos actuales del *ambush marketing* (publicidad que se refiere a un evento, publicidad periférica, patrocinio a atletas, publicidad en el lugar donde se lleva a cabo el evento, etc.). Posteriormente aborda los actos de competencia desleal que podrían estar involucrados, mencionando de este modo a la publicidad engañosa, confusión desleal, explotación indebida de la reputación ajena y actos de violación de normas.

A continuación, el profesor Maraví desarrolla ampliamente lo que constituye el eje central de su trabajo, es decir la Cláusula general de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la cual se encuentra en el artículo 6 del Decreto Legislativo N.º 1044. Precisamente sobre este último tema es que brindaremos nuestras recomendaciones:

- a) **Aprovechamiento del esfuerzo ajeno:** El autor trabaja adecuadamente dos casos fundamentales, mediante los cuales el Tribunal del Indecopi se pronunció sobre esta modalidad desleal. Nos estamos refiriendo a los casos Caballero Bustamante contra Instituto El Pacífico (2004) y Editora Perú contra *Entre Líneas* (2011). Sugeriríamos que se ilustre cómo se podría producir una práctica desleal que configure un supuesto de aprovechamiento del esfuerzo ajeno mediante el *ambush marketing*.
- b) **Imitación sistemática:** El profesor Maraví explica el contenido del artículo 13 del Decreto Ley N.º 26122 que regulaba este supuesto en la anterior legislación. Comenta también el caso mediante el cual el Tribunal del Indecopi analizó una posible imitación sistemática dentro de la modalidad de actos de confusión. En este punto recomendaríamos que el autor coloque un ejemplo de cómo, utilizando *ambush marketing*, podríamos estar frente a una imitación sistemática en el desarrollo de eventos deportivos.
- c) **El boicot desleal:** El autor comenta el caso más importante que hasta la fecha se ha dado sobre actos de boicot ante el Indecopi: Banco del Trabajo contra Caja Municipal de

Ahorro y Crédito de Trujillo (2007). Sin embargo, al igual que en los puntos anteriores, también somos de la opinión que sería muy interesante para el lector, contar con un ejemplo que desarrolle la forma en que una modalidad de *ambush marketing* podría convertirse en un boicot desleal.

Estimamos que la presencia de los tres ejemplos, que líneas arriba sugerimos incorporar en la versión final de la presente investigación, así como su correspondiente desarrollo, contribuirán a que el trabajo del profesor Maraví esté listo para ser difundido principalmente entre los empresarios, agencias de publicidad y medios de comunicación. Ello, tomando en consideración que, tal como el propio autor señala en el último párrafo de sus conclusiones, el *ambush marketing* «se trata de una práctica que evoluciona constantemente, con la cual no se puede afirmar rotundamente la legalidad o ilegalidad de esta estrategia, sino que el análisis deberá hacerse caso por caso y aplicarse la normativa que sea correspondiente».

RESPUESTA DEL AUTOR

En primer lugar, deseo agradecer los comentarios que el Dr. Solórzano le ha brindado a mi investigación.

A continuación, paso a dar respuesta a los comentarios.

Sobre los ejemplos de aprovechamiento del esfuerzo ajeno, imitación sistemática y boicot desleal aplicables al *ambush marketing*, la investigación realizada concluye que ninguna de estas figuras dentro de la Cláusula general podría aplicarse para el caso del marketing de emboscada; esta conclusión está tomando en cuenta las características generales que se han podido extraer de cada una de estas figuras, así como del *ambush marketing* mismo.

En el caso del marketing de emboscada y del aprovechamiento del esfuerzo ajeno, a mi modo de ver, no cumple las características de un acto verdaderamente parasitario; pero sí podríamos considerar al *ambush marketing* como oportunista, pues aprovecha el contexto para crear una publicidad más resaltante con menos inversión, sin embargo, la creatividad y la inversión de la empresa emboscadora sí existen, motivo por el cual no debería sancionarse como un aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

En cuanto a la imitación sistemática y al boicot desleal, a mi modo de ver, el marketing de emboscada no es un acto de obstaculización, porque no impide que los patrocinadores oficiales realicen sus propias iniciativas publicitarias ni tampoco busca imitarlos; lo que pretende es explotar los espacios que han quedado libres de patrocinio.

En consecuencia, ejemplos de las infracciones relacionando el *ambush marketing*, el aprovechamiento del esfuerzo ajeno, la imitación sistemática y boicot desleal, al menos bajo las características brindadas en esta investigación, no serían posibles.