

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ
Facultad de Derecho**



Informe sobre Resolución N°0086-2019/SDC-INDECOPI

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional
de Abogada

Autor:

Grecia Mishele Casaña Cuevas

Asesor:

Tommy Ricker Deza Sandoval

Lima, 2021

Resumen:

Piense usted en su grupo musical o artista favorito. Digamos que se encuentra caminando por la calle y visualiza un artículo “*de colección*”, por ejemplo, un edredón o muñecos con la imagen del artista o integrantes del grupo musical elegido, no puede evitar la tentación y lo(s) adquiere a un precio “*bastante cómodo*”, llega a su casa y lo(s) instala inmediatamente en su dormitorio, ¿ha considerado usted que, en lugar de mostrarle su apoyo, podría estar perjudicándolo?

Tener a los Backstreet Boys o a Johnny Depp en el estante podría resultar tentador. Sin embargo, en lugar de brindar su apoyo podría estar favoreciendo una conducta tipificada como una infracción a la “*Clausula General*” o un acto de “*explotación indebida de la reputación ajena*” artículo 6 y 10 del D. L. N°1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, respectivamente.

En ese sentido, el propósito del presente trabajo se concentra en presentar y analizar ambas infracciones, las dos destinadas a sancionar conductas en las cuales se observe la explotación comercial de la imagen de una persona, conductas que en el derecho norteamericano se relacionan con el denominado “*Right of Publicity*” y que en el Perú se recogen en el caso Grupo La República Publicaciones S.A. vs Capri International S.A. - Resolución N°0086-2019/SDC-INDECOPI, ¿cuál es su alcance? ¿protege sólo a las personas famosas?, el desarrollo concluirá que el denominado “*Right of Publicity*” constituye un derecho relacionado al valor patrimonial de la imagen de una persona (famosa o no), cuya infracción, además de constituir un supuesto de competencia desleal, puede llegar a generar responsabilidad civil.

Palabras clave: Right of Publicity – Clausula General – Principio non reformatio in peius

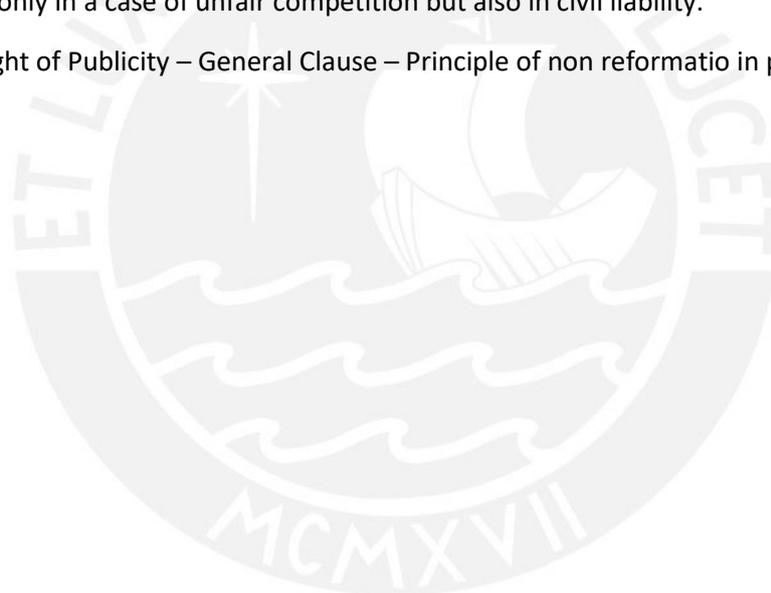
Abstract:

Think in your favorite band or artist. Let's say you are walking down the street and suddenly see a “collectible” item, a quilt or maybe dolls of the artist or band of your preference, you can't avoid the temptation and proceed to acquire it at a “quite agreeable” price, then you arrive at your house and immediately put it in your shelf. Have you ever considered that, instead of showing your support like a true fan, you could be indeed going against your favorite artists?

Having the Backstreet Boys or Johnny Depp on the shelf could be tempting. However, instead of showing your support, you could just be advocating a conduct classified as an infringement of the “General Clause” or an act of “undue exploitation of the reputation of others”, article 6 and article 10 of the D.L N°1044, Law for the Repression of Unfair Competition, respectively.

Thus, the purpose of this work is focused on presenting and analyzing both infringements where the commercial exploitation of a person's image is observed, we will see that these behaviors are related to what in North American is known as “*The Right of Publicity*”, a topic developed in peruvian law through the case of Grupo La República Publicaciones S.A. vs Capri International S.A. - Resolution No. 0086-2019 / SDC-INDECOPI. ¿So, what is its scope? ¿does it applies only to famous people? This work concludes that the so-called “Right of Publicity” constitutes a right related to the patrimonial value of the image of a person (famous or not), whose infringement can result not only in a case of unfair competition but also in civil liability.

Key words: Right of Publicity – General Clause – Principle of non reformatio in peius



Índice Analítico

I.	Introducción	5
II.	Justificación de la elección de la Resolución	5
III.	Hechos Relevantes	6
IV.	Identificación de los principales problemas jurídicos:	16
IV.1.	¿La distribución del álbum y cromos del “Sticker Álbum-Original - World Cup Rusia 2018” por parte de Capri International S.A. configura un acto de competencia desleal en la modalidad de infracción a la “cláusula general”?	16
IV.2.	¿La distribución del álbum y cromos del “Sticker Álbum-Original - World Cup Rusia 2018” por parte de Capri International S.A. configura un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño?	16
IV.3.	¿Correspondía ceder a la prohibición de la “Reformatio in peius” en el presente caso?	16
V.	Análisis y posición sobre cada uno de los problemas jurídicos identificados	16
V.1.	¿La distribución del álbum y cromos del “Sticker Álbum-Original - World Cup Rusia 2018” por parte de Capri International S.A. configura un acto de competencia desleal en la modalidad de infracción a la “cláusula general”?	16
V.1.1.	El sistema de represión de la competencia desleal en el Perú	16
V.1.2.	El derecho a la imagen y su relación con el “Right of Publicity”	17
V.1.2.1.	Desarrollo jurisprudencial en el Perú	23
V.1.2.2.	Desarrollo jurisprudencial en Estados Unidos	23
V.1.3.	Alcance del artículo 6 del D.L. No.1044	25
V.1.3.1.	Interpretación literal	25
V.1.3.2.	Intención del legislador	25
V.1.3.3.	Antecedentes jurisprudenciales sobre la aplicación del artículo 6° del D.L. No.1044	26
V.1.3.4.	Posición del Graduando	28
V.1.4.	Alcance del artículo 14 del D.L. No.1044	29
V.1.4.1.	Interpretación literal	29
V.1.4.2.	Intención del legislador	30
V.1.4.3.	Antecedentes jurisprudenciales sobre la aplicación del artículo 14 del D.L. No.1044	30
V.2.	¿La distribución del álbum y cromos del “Sticker Álbum-Original - World Cup Rusia 2018” por parte de Capri International S.A. configura un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño?	31

V.2.1.	Actos de engaño y publicidad engañosa	32
V.2.2.	Alcance del artículo 8 del D.L. No.1044	33
V.2.2.1.	Interpretación literal	33
V.2.2.2.	Intención del legislador	33
V.2.2.3.	Antecedentes jurisprudenciales sobre la aplicación del artículo 8 del D.L. No.1044	34
V.2.2.4.	Posición del Graduando	35
V.2.3.	Alcance del artículo 10 del D.L. No.1044	35
V.2.3.1.	Interpretación literal	35
V.2.3.2.	Intención del legislador	35
V.2.3.3.	Antecedentes jurisprudenciales sobre la aplicación del artículo 10 del D.L. No.1044	36
V.2.3.4.	Posición del Graduando	37
V.3.	¿Correspondía aplicar, en el presente caso, el principio non reformatio in peius?	38
V.3.1.	Alcance de la prohibición de “Reformatio in peius”	38
V.3.2.	Doctrina	39
V.3.3.	Desarrollo jurisprudencial en el Perú	40
V.3.4.	Posición del Graduando	41
VI.	Conclusiones	42
VII.	Bibliografía	43

I. Introducción

La experiencia peruana en relación al tema de represión de la competencia desleal se destaca en América Latina. Las reformas liberales implementadas a inicios de la década de los noventa, como parte del surgimiento del Estado regulador, permitieron el establecimiento de sistemas normativos que tenían como objetivo asentar las disciplinas jurídicas necesarias para poner en práctica un Derecho del mercado que permitiera dejar atrás uno de los niveles de inflación más grandes de nuestra historia (7,649.7 %). Es así que no sólo se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), sino que también se diseñaron y pusieron en marcha cuatro sistemas complementarios para tutelar el mercado, entre los cuales se encontraba el denominado "*sistema de represión de la competencia desleal*", cuyo objetivo ha sido evitar y sancionar que aquellas empresas concurrentes en el mercado busquen captar la preferencia de los consumidores a través de medios que contravengan la buena fe comercial en un sistema competitivo.

Si bien dicho viraje en la regulación del mercado significó en un principio el progreso económico del país en diversas áreas industriales, es también cierto que dicho crecimiento no se ha visto reflejado del todo en la mejora de los servicios públicos, siendo una de las razones principales el problema de la informalidad, problema que se relaciona no sólo a la recaudación, sino que también conduce muchas veces a actos de competencia desleal que pueden llegar a afectar el valor patrimonial relacionado al derecho a la imagen, conocido en el derecho norteamericano como "*Right of Publicity*".

Es así que, el presente trabajo tiene como objetivo identificar y presentar las herramientas jurídicas estipuladas en el ordenamiento jurídico peruano destinadas a combatir una de las vertientes relacionadas a la informalidad, la competencia desleal en relación al derecho a la imagen o "*Right of Publicity*", ¿cuál es su alcance? ¿protege sólo a las personas famosas?.

Para ello se ofrece un análisis del desarrollo del término en el derecho norteamericano y en el derecho peruano, siempre haciendo énfasis en la relación de este derecho con la represión de actos de competencia desleal y derechos de propiedad intelectual. Concluyéndose que el denominado "*Right of Publicity*" constituye un derecho relacionado al valor patrimonial de la imagen de una persona (famosa o no), cuya infracción, además de constituir un supuesto de competencia desleal, puede generar responsabilidad civil.

II. Justificación de la elección de la Resolución

En un país en el cual existen elevados índices de informalidad se hace necesario identificar cuáles son las herramientas jurídicas con las que cuenta la Administración Pública para contrarrestar uno de los problemas derivados de esta, como son los actos de competencia desleal en los que se evidencie la vulneración a la esfera patrimonial del derecho a la imagen protegido por el denominado "*Right of Publicity*".

En ese sentido, la Resolución N°0086-2019/SDC-INDECOPI, presenta y diferencia los tipos relacionados a dicha conducta anticompetitiva, permitiendo diferenciar además qué tipo infractor correspondería aplicar cuando se presente un caso en el cual el transgresor no se aprovecha comercialmente de la imagen de una persona en específico, sino de muchas, no todas notoriamente conocidas, con independencia de los derechos de exclusiva que podrían corresponder a los creadores de las composiciones fotográficas.

En ese marco, el presente trabajo desarrolla en primer lugar, el denominado *“Right of Publicity”*, término que, a diferencia del derecho anglosajón, no ha sido desarrollado en todas sus acepciones por los Órganos de Represión de la Competencia desleal en el Perú, así aún queda el reto de aplicar esta figura a casos en los cuales no necesariamente se encuentren involucrados muchos personajes, se trate de personajes famosos como no famosos, sino individualmente considerados, como el caso *Zacchini vs Scripps Howard Broadcasting Co.* (Estados Unidos, 1977), en donde Zacchini era un actor de feria conocido como *“el hombre bala”*, que cobraba a sus espectadores una suma de dinero a cambio de verlo actuar. Sin embargo, en una ocasión su acto fue filmado y transmitido en vivo por una empresa televisora sin su consentimiento, motivo por el cual Zacchini demandó a la empresa señalando que dicho acto lo afectó económicamente, pues los espectadores ya no se sentían compelidos a comprar una entrada. Como resultado, la Corte Suprema amparó la demanda y desestimó la defensa de la televisora.

En segundo lugar, y en relación con el primer tema se encuentra la configuración de actos de engaño, a raíz de los cuales los agentes económicos obtienen ventajas económicas al inducir a error a otros participantes en el mercado, ya sea sobre la naturaleza, las características, la calidad, la cantidad y, tal y como indica la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (SEDC 2019:21) *“en general, respecto a los atributos o beneficios que presentan sus bienes o servicios”*.

Finalmente, de manera supletoria, se evalúa si el principio non reformatio in peius correspondía aplicarse en el caso, ello teniendo en cuenta la jurisprudencia desarrollada por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia que, a raíz del presente caso, evidenciaría una falta de uniformidad en la línea jurisprudencial, lo cual llega a atentar contra el principio de predictibilidad y de confianza legítima en relación a las decisiones de la Administración Pública, así como el principio de buen gobierno y buena administración ambos reconocidos de manera implícita en la Constitución Política de 1993, una perspectiva que deja de lado la antaño analogía que se realizaba entre el *“caballo de troya”* y la discrecionalidad.

III. Hechos Relevantes

PRESENTACIÓN DE LA DENUNCIA EN VÍA ADMINISTRATIVA:

EXPEDIENTE N° 055-2018/CCD

1. Con fecha 22 de marzo de 2018, el Grupo La República Publicaciones S.A. (en adelante, *“La República”*) denunció a los fabricantes, distribuidores, comercializadores y vendedores del producto *“Sticker Álbum – Original - World Cup Rusia 2018”* bajo el membrete de *“3 Reyes”*, por la presunta comisión de *“actos de competencia desleal en la modalidad de infracción de norma imperativa, supuesto establecido en el literal b) del numeral 14.2 del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044 (Ley de Represión de la Competencia Desleal)”* (SEDC 2019: 2), considerando los siguientes argumentos:
 - i. La República suscribió un contrato de compra – venta y distribución de álbumes y figuritas con Tai Loy S.A. correspondiente al producto denominado *“Álbum Oficial 2018 FIFA Word Cup Russia”* de Panini S.P.A. (en adelante, *“Panini”*).
 - ii. El producto en cuestión cuenta con la titularidad de la empresa Panini, licenciataria exclusiva de la Federación Internacional de Fútbol Asociado (en

adelante, "FIFA"), para la comercialización del referido álbum y figuritas del Mundial Rusia 2018.

- iii. Como consecuencia de la publicidad promocionada en distintos medios de comunicación, se tomó conocimiento de que el producto denominado "Sticker álbum - Original - World Cup Rusia 2018" correspondiente a un producto "alternativo" se encontraba siendo comercializado en diversos puntos de venta sin contar con la licencia respectiva en el país.
- iv. El producto en controversia se comercializa a nivel nacional en perjuicio y desmedro de la venta del producto oficial denominado "Álbum Oficial 2018 FIFA Word Cup Russia" de Panini, que es comercializada por La República.
- v. Como consecuencia de la presente denuncia, La República procedió a requerir lo siguiente:
 - La declaración del acto llevado a cabo por los denunciados, como uno de competencia desleal.
 - El cese inmediato de la fabricación, publicidad y comercialización del álbum y stickers del producto denominado "Sticker Álbum – Original – World Cup Rusia 2018".
 - El decomiso y la destrucción inmediata de los productos que se hallen en los almacenes o depósitos de los denunciados.
 - La aplicación de sanciones pecuniarias a los denunciados.

Figura 1

Imágenes del producto materia de imputación



Fuente: EXPEDIENTE N°055-2018/CCD. (2018, fj. 54). "2. IMÁGENES DEL PRODUCTO MATERIA DE IMPUTACIÓN" [Fotografía]. Resolución de la Secretaría Técnica de la CFDC.

2. A través de la Resolución S/N (Expediente N° 055-2018-CCD) con fecha 28 de marzo de 2018, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, "la Comisión") procedió a admitir a trámite la denuncia presentada por La República y procedió a imputar a Distribuidora Navarrete S.A. (en adelante, "Navarrete") la presunta comisión de actos de engaño, establecido en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, toda vez que, dicha empresa estaría comercializando y distribuyendo el producto denominado "Sticker álbum – Original - World Cup Rusia 2018", dando a entender a los consumidores que el producto citado

anteriormente, sería el álbum oficial de la “Copa Mundial de la FIFA Rusia 2018”, a pesar de que ello no sería cierto.

3. Como consecuencia de lo señalado, el 23 de abril de 2018, Navarrete procedió a presentar sus descargos, argumentando lo siguiente:
 - a. No habría participado en la distribución y/o comercialización del álbum “*Sticker álbum – Original - World Cup Rusia 2018*”.
 - b. No tendría ningún conocimiento de la existencia e inexistencia de autorizaciones y/o licencias para el uso de los signos distintivos de la FIFA por parte de terceras empresas.
 - c. No tiene conocimiento de los puntos de venta del álbum “*Sticker álbum – Original - World Cup Rusia 2018*”.

Finalmente, mencionó que siempre ha venido colaborando con los requerimientos de información referentes al caso, reiterando, que no mantiene relación alguna con los distribuidores y/o comercializadores del producto en cuestión.

EXPEDIENTE N° 058-2018/CCD

4. Con fecha 16 de marzo de 2018, la Comisión procedió a adquirir el álbum “*Sticker álbum – Original - World Cup Rusia 2018*” y constató que en el reverso del citado álbum se encontraba el siguiente mensaje “*Desde tu Smartphone o Tablet ingresa al Market y busca la aplicación Virtual Sticker y descárgala (Google Play y App Store)*”. Como consecuencia de lo señalado, la Comisión procedió a ingresar al aplicativo “*Virtual Stickers*” verificando que en dicho aplicativo aparecía, entre otros, el enunciado: “*Ofrecido por 3.0 Consulting Group*”.

Figura 2

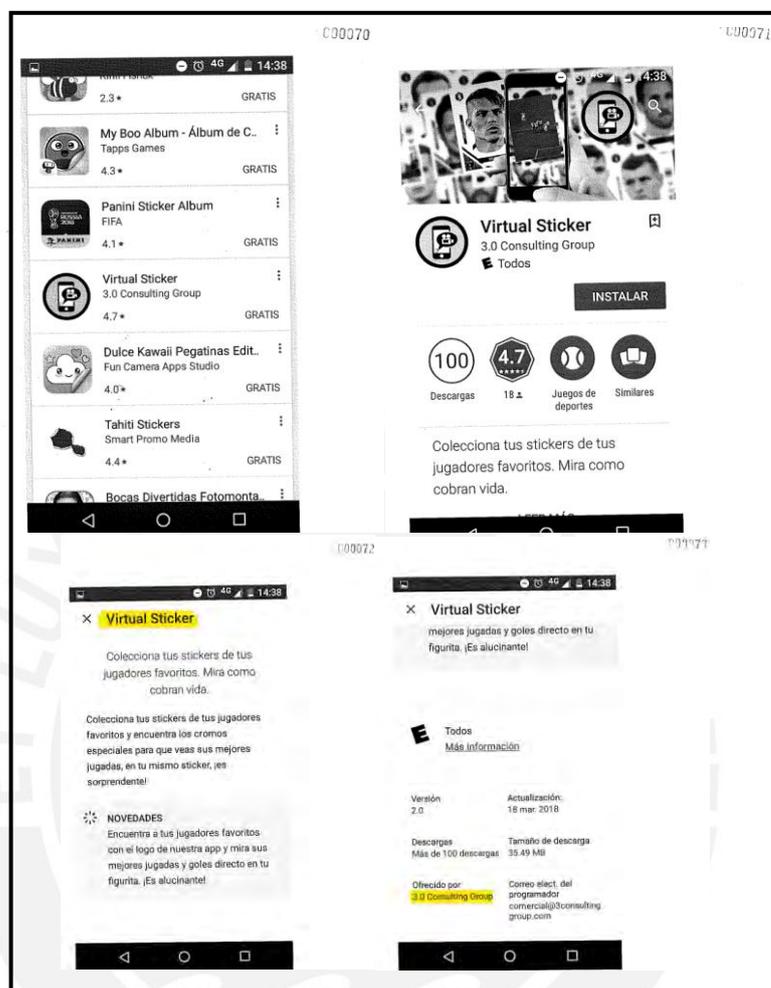
Acta de inspección de fecha 16 de marzo de 2018



Fuente: EXPEDIENTE N°055-2018/CCD. (2018, fj. 66). “ACTA” [Copia simple].

Figura 3

Capturas de pantalla de la plataforma de distribución digital de aplicaciones móviles denominada “Google Play”, en la cual se observa el aplicativo denominado “Virtual Stickers” (4 folios)



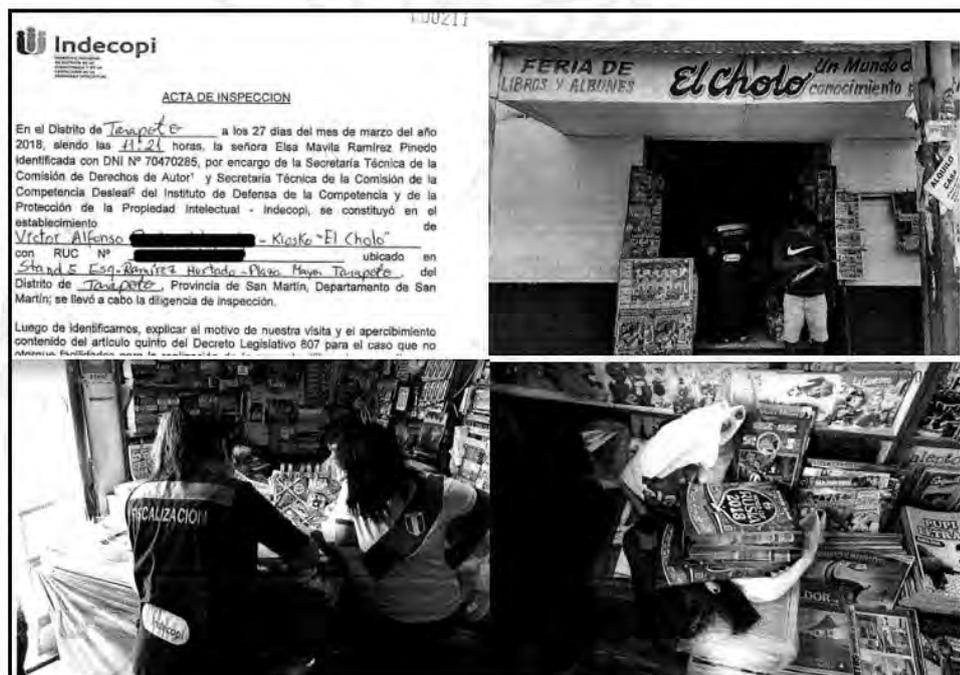
Fuente: EXPEDIENTE N°055-2018/CCD. (2018, fjs. 70, 71, 72 y 73). “Capturas de pantalla de la plataforma de distribución digital de aplicaciones móviles denominada “Google Play”, en la cual se observa el aplicativo denominado “Virtual Stickers” (4 folios)” [Capturas de pantalla].

5. A través de la Carta No. 004-127-2018/PREV-CCD-INDECOPI de fecha 16 de marzo 2018, la Comisión solicitó a 3.0 Consulting Group S.A.C. (en adelante, “3.0 Consulting”) que cumpliera con detallar la identificación de la persona, natural o jurídica, que le habría encargado la elaboración del aplicativo “Virtual Stickers”, detallado en el álbum “Sticker álbum – Original - World Cup Rusia 2018”.
6. Con fecha 26 de marzo de 2018, 3.0 Consulting indicó que la empresa que contrató con ellos para la elaboración del aplicativo “Virtual Stickers” era la empresa denominada Capri Internacional S.A. (en adelante, “Capri”), identificada con RUC No. 20543559459.
7. De acuerdo con lo señalado en el Informe No. 275-2018/GSF-I de fecha 28 de marzo de 2018, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización informó a la Comisión, entre otros aspectos, que durante la diligencia de inspección realizada el pasado 27 de marzo de 2018, en un establecimiento en la ciudad de Tarapoto se dejó constancia de lo siguiente:

“En el establecimiento se verificó la comercialización del Álbum “World Cup Rusia 2018” – 3 Reyes. Asimismo, se identifica que la empresa que los distribuye desde Lima es CAPRI INTERNACIONAL S.A cuyo domicilio es Jr. General Buendía NO. 531 Cercado de Lima, tal como constan en las facturas NO. 003-8031 y NO.003-8029, cuyas copias (dos) se adjuntan al acta. (...)” (Resolución de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia N°0086-2019/SDC-INDECOPI, 2019, p. 4)

Figura 4

Acta de Inspección llevada a cabo el 27 de marzo de 2018 por encargo de la Secretaría Técnica de la Comisión de Derechos de Autor y la Secretaría Técnica de la Comisión de Competencia Desleal.



Fuente: EXPEDIENTES N°055-2018/CCD y N°058-2018/CCD (2018, fjs. 208, 209, 210 y 211).
 “Capturas de pantalla del acta de inspección llevada a cabo el 27 de marzo de 2018” [Capturas de pantalla].

INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR:

8. Por medio de la Resolución S/N del 28 de marzo de 2018 (EXPEDIENTE N°058-2018/CCD, fj. 59), la Comisión procedió a imputar a Capri, lo siguiente:

(i) **La presunta infracción a la cláusula general**, supuesto previsto en el **art. 6° del D.L. N°1044**, dado que vendría comercializando y distribuyendo el producto denominado “Sticker álbum Original World Cup Rusia 2018” con cromos e imágenes de los jugadores de las 32 selecciones participantes del torneo de fútbol denominado “Copa Mundial de la FIFA Rusia 2018”, sin contar con las autorizaciones para explotarlas, lo cual resultaría contrario a la buena fe empresarial que debe primar en una economía social de mercado.

(ii) **La presunta comisión de actos de engaño**, supuesto establecido en el **art. 8° del D.L. N°1044**, debido a que estaría comercializando y distribuyendo el producto “Sticker álbum Original World Cup Rusia 2018” dando a entender a los consumidores que dicho producto sería el álbum oficial del torneo de fútbol “Copa Mundial de la FIFA Rusia 2018”, pese a que ello no sería cierto (Resolución de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia N°0086-2019/SDC-INDECOPI, 2019:4).

9. **Acumulación de los Expedientes N° 055-2018/CCD y N° 058-2018/CCD:**

- Mediante el Expediente N° 055-2018/CCD, la Comisión imputó a Navarrete la presunta comisión de actos de engaño, según lo estipulado en el art. 8 del D.L. N° 1044.
- A través del Expediente N° 058-2018/CCD, la Comisión imputó a Capri la presunta infracción a la Cláusula General y la presunta comisión de actos de engaño, estipuladas en los artículos 6 y 8 del Decreto Legislativo N° 1044, respectivamente.
- Considerando el art. 84 del Código Procesal Civil, respecto a la conexidad y/o elementos comunes entre distintas pretensiones o pretensiones análogas, en donde ambos procedimientos podrían acumularse.
- En ese sentido, la Comisión, al comprobar la conexidad entre la identidad de las imputaciones y la materia de los procedimientos tramitados en el marco de los expedientes N°055-2018/CCD y N°058-2018/CCD, en donde se han cuestionado los mismos hechos resolvió acumular los procedimientos en un solo expediente.
- En consecuencia, mediante la Resolución S/N del 2 de abril de 2018, la Comisión dispuso la acumulación del procedimiento administrativo seguido en el Expediente N°058-2018/CCD al Expediente N°055-2018/CCD.

PRESENTACIÓN DE DESCARGOS POR CAPRI:

10. Con fecha 07 de mayo de 2018, Capri procedió a presentar sus descargos, argumentando lo siguiente:

(i) El álbum denominado "Sticker álbum Original World Cup Rusia 2018" es un producto educativo e informativo puesto a disposición para todo interesado en el torneo de fútbol "Copa Mundial de la FIFA Rusia 2018", el cual debe ser completado con cromos de las imágenes de los países participantes de dicho certamen. Asimismo, el referido álbum y sus cromos tienen un precio accesible, por lo que, es una alternativa para las personas que deseen adquirir y completar un producto con información alusiva al mundial de fútbol Rusia 2018, más aún por el hecho de que luego de treinta y seis (36) años, la Selección Peruana de Fútbol participa nuevamente en el citado torneo.

(ii) Capri puede desarrollar actividades económicas, como (ejemplo) la venta de álbumes y cromos, siempre bajo el cumplimiento de la leal competencia y del deber de diferenciar sus ofertas con las de los otros competidores.

(iii) Las imágenes de los jugadores y sus equipos apreciados en el álbum provienen del material fotográfico de titularidad del señor Pier Giorgio Giavelli a través de un contrato de licencia sobre el uso que obra en el Expediente N° 0688-2018-DDA, los cuales fueron cedidos a Capri para su respectiva reproducción.

(iv) Respecto de los presuntos actos de engaño imputados, la Comisión no ha desarrollado en qué sentido y de qué forma el álbum denominado "Sticker álbum Original World Cup Rusia 2018" estaría generando confusión entre los consumidores.

(v) Finalmente, el haber incluido el término "original" de manera destacada en la carátula del mencionado álbum no constituye un acto de engaño, ya que un producto será "original" cuando se trata de algo que distinga su novedad frente a otros. Asimismo, se precisó que existen diversas diferencias entre las portadas de los álbumes distribuidos por Capri y Panini (Resolución de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia N°0086-2019/SDC-INDECOPI, 2019, p. 5).

RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA - RESOLUCIÓN N° 153-2018/CCD-INDECOPI

11. Mediante Resolución N° 153-2018/CCD-INDECOPI de fecha 22 de agosto de 2018, la Comisión emitió el siguiente pronunciamiento:

1. Respecto a la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a cláusula general:

Realizada la revisión y evaluación a los descargos presentados por las partes involucradas en el procedimiento, la Comisión determinó que, en el presente caso, no se encuentra en controversia la utilización indebida o no autorizada de las fotografías realizadas a los jugadores de las selecciones que participan en la Copa Mundial FIFA Rusia 2018 sino la explotación comercial de la imagen de los jugadores. Por tal motivo, la existencia de un contrato entre Capri y el Sr. Pier Giorgio Giavelli -referente a la cesión de explotación de obras fotográficas- no enerva la responsabilidad de Capri en el presente caso.

Asimismo, se determinó que las empresas que distribuyan productos relacionados a la Copa Mundial FIFA Rusia 2018, sin contar con las respectivas licencias de uso, explotación de imágenes correspondientes y sin pagar los derechos respectivos, genera una seria de distorsiones en la estructura de costos de las empresas que concurren lícitamente en este tipo de mercado, ya que la evasión de los costos que involucran la reproducción de los álbumes y cromos alusivos a la realización del evento deportivo como la Copa Mundial FIFA Rusia 2018, genera una ventaja que perjudica a las empresas que solicitan previamente las autorizaciones respectivas, frente a las empresas que no cumplen con dicho requisito.

En tal sentido, la Comisión señaló que en la organización de los eventos deportivos como es el caso de la Copa Mundial FIFA Rusia 2018 se otorgan, entre otros, el derecho a utilizar las imágenes de las selecciones participantes y de sus jugadores, así como películas, revistas, colecciones, álbumes, cromos entre otros. Por lo que, el permitir que alguna empresa comercialice productos que contenga imágenes de las selecciones y de sus jugadores, sin contar con las licencias respectivas, traería como consecuencia que las empresas que se dediquen a la presente actividad dejen de adquirir tales licencias, desincentivando la inversión en licencias y generando progresivamente la eliminación de las principales fuentes de financiamiento de los eventos mundiales de fútbol.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Comisión consideró que Capri concurrió ilícitamente en el mercado al comercializar álbumes y cromos con las imágenes de las selecciones de fútbol y jugadores participantes del Mundial Rusia 2018, pues no acreditó contar con las autorizaciones necesarias para realizar dicha actividad comercial, configurándose un comportamiento contrario a la buena fe comercial, y por lo tanto, la infracción a la cláusula general.

2. Respecto a la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño:

La Comisión determinó que en análisis de los argumentos señalados por Capri se

verificó que no obraban medios probatorios que acrediten que la denunciada cuenta con la correspondiente autorización emitida por la FIFA para comercializar y difundir el álbum sobre el evento deportivo por lo que, concluye, ha quedado acreditado el hecho imputado en dicho extremo.

Asimismo, la Comisión consideró que el álbum “3 Reyes” defraudó las expectativas de los consumidores al inducir a error respecto de sus atributos, pues, consideraron, se hacía creer al consumidor que era un álbum oficial avalado por la FIFA.

De la misma manera, la Comisión consideró en mayoría que la conducta infractora no generó una mayor distorsión en el mercado, “*en la medida que los consumidores pudieron haber adquirido el álbum en cuestión, en atención a otros factores, tales como el precio*” (Resolución de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia N°0086-2019/SDC-INDECOPI, 2019, p. 8), por lo que determinó sancionar la conducta referida a actos de engaño con una amonestación.

Finalmente, la Comisión consideró que dado que Capri cometió 02 infracciones respecto de una misma pieza publicitaria (en relación al Sticker álbum Original World Cup Rusia 2018), nos encontramos ante un concurso ideal de infracciones, en ese sentido, determinó que la infracción a la cláusula general constituía la de mayor distorsión el mercado e impuso una sanción ascendente a 240 UIT.

Considerando lo expuesto anteriormente, la Comisión declaró:

- **FUNDADA** la imputación realizada de oficio por la Secretaría Técnica en contra de Capri por la infracción a la cláusula general.
- **FUNDADA** la imputación realizada de oficio por la Secretaría Técnica en contra de Capri por la comisión de actos de engaño.
- **INFUNDADA** la denuncia presentada por La República contra Navarrete, debido a que consideró que no existen indicios suficientes que acrediten su participación en la comisión del presunto hecho infractor.
- **ORDENAR** a Capri en calidad de medida correctiva, el **CESE DEFINITIVO e INMEDIATO** de la comercialización del álbum de cromos denominado “Sticker álbum – Original- World Cup Rusia 2018” y sus respectivos cromos autoadhesivos, en tanto no cuente con las autorizaciones respectivas.
- **SANCIONAR** a Capri con una multa de 240 UIT por la infracción a la cláusula general.

RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR CAPRI:

12. Con fecha 02 de octubre de 2018, Capri interpone recurso de apelación contra la Resolución No. 153-2018/CCD-INDECOPI, argumentando lo siguiente:

(i) La Comisión, sin fundamento alguno ni base jurídica alguna, amplió los requisitos para la aplicación de la excepción establecida en el art. 15° del CC, que establece los supuestos en los que no es necesario que una persona brinde su aceptación para que su imagen sea difundida ante el público.

(ii) En ese sentido, señalaron que no era correcto señalar que, por el hecho de que el álbum cuestionado fuese difundido con antes al inicio del torneo de fútbol, las imágenes de los jugadores que participaran en el torneo de fútbol “Copa Mundial de la FIFA Rusia 2018” no cumplen una finalidad noticiosa, informativa o educativa, ya que, se debe considerar que el

carácter informativo o educativo de una publicación no necesariamente debe de estar relacionada a la inmediatez de la noticia.

(iii) Todas las imágenes de los jugadores que se incluyeron en el álbum corresponden a fotografías tomadas por el Sr. Pier Giorgio Giavelli, considerando además que éste último y Capri suscribieron un acuerdo de cesión del uso de las citadas imágenes, por lo que Capri cuenta con la autorización correspondiente para usarlas en la elaboración de sus productos. Por tal motivo, se considera que no se ha cometido algún tipo de infracción.

(iv) Adicionalmente, precisaron que el término “original” señalado en el álbum cuestionado se refiere a que el producto sería novedoso, ya que el citado álbum denominado “Sticker álbum Original World Cup Rusia 2018” presenta diversas diferencias con el producto comercializado por Panini, lo cual puede ser diferenciado por cualquier consumidor ordinario.

(v) En referencia a la sanción impuesta, consideraron que es excesiva toda vez que la Comisión no ha tenido en cuenta, los siguientes aspectos: (i) la participación de Capri durante la etapa de investigación y en todo el presente procedimiento; (ii) los cuestionamientos a la falta de motivación de la resolución apelada; y (iii) la ausencia del perjuicio que pudo haberse generado contra los consumidores o agentes que participan en el mercado de compra de álbumes deportivos.

(vi) Por otro lado, señalaron que el beneficio ilícito de la supuesta infracción debería circunscribirse únicamente al costo que representa el haber adquirido las licencias necesarias para comercializar un álbum oficial comercializado por Panini.

(vii) Argumentan que Capri no ha generado algún tipo de ventaja económica ilícita, considerando que su competidor (Panini) decidió duplicar el precio de venta de sus productos, poniéndose en desventaja respecto de cualquier otro agente que concurriese en el mercado, independientemente de que tuviera las autorizaciones correspondientes o no.

(viii) Hicieron precisión a que se requiera a Panini la presentación de sus contratos de licencias celebrados con la FIFA, a fin de que se pueda determinar el supuesto beneficio ilícito en el presente caso, siendo que la segunda instancia, al momento de graduar la sanción, deberá de tener en cuenta si se tratan de licencias “globales o regionales” y con ello, se realicen los cálculos correspondientes al territorio peruano (Resolución de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia N°0086-2019/SDC-INDECOPI, 2019, p. 9).

RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

13. Con fecha 02 de mayo de 2019, la Sala Especializada de Defensa de la Competencia (en adelante, “la Sala”), expide la Resolución N° 0086-2019/SDC-INDECOPI, en donde determinó:

1. Respecto a la presunta infracción a la cláusula general:

La Sala concluyó que la denominada “Cláusula general” tiene como propósito el determinar un “sistema de ordenación y control de los comportamientos que se desenvuelven en el mercado, de modo que la concurrencia sea justa y ajustada al ordenamiento jurídico” (Resolución de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia N°0086-2019/SDC-INDECOPI, 2019, p. 11).

Considerando lo antes mencionado, la Sala señaló que en el recurso de apelación, Capri indicó que el producto cuestionado (conformado tanto por el álbum como por los cromos con las imágenes de los futbolistas que participan en el torneo deportivo Mundial Rusia 2018) ha sido comercializado con fines informativos y educativos para los consumidores que deseen contar con detalles del torneo, amparándose en la excepción estipulada en el art. 15 del CC.

Sin embargo, la Sala determinó que si bien la publicación de imágenes de personas notorias sin contar con su respectiva autorización pueden realizarse siempre y

cuando se brinde información de interés público, desarrollados en público o con la finalidad de informar gráficamente sobre un evento público (complementando una noticia), ello no se evidencia en el presente caso toda vez que se aprecia que el producto (álbum y cromos) se relaciona más con una finalidad de mero entretenimiento, así las personas que lo adquieren lo realizan con la finalidad de coleccionar las figuras y cromos que forman parte del mencionado álbum.

En ese sentido, concluyó que Capri comercializa el producto con el único objetivo de generar ganancias. A ello se añade que Capri no contaba con una autorización previa por parte de los jugadores, representantes, organizadores u otro al cual el titular haya cedido su imagen para comercializarla y/o explotarla, por lo que se confirmó que dicha acción vulnera el principio de buena fe empresarial y, por lo tanto, se confirma la infracción a la cláusula general.

2. Respecto a la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño:

Al respecto, al igual que la Comisión la Sala centra su análisis la portada del álbum en el que se pueden apreciar frases como: “*Sticker Álbum **Original***” y “*World Cup Rusia 2018*”, acompañadas de una pelota de fútbol que contiene banderas de diversos países y determina que el término “*original*” tiene el propósito de distinguir al producto cuestionado del álbum oficial del torneo, por tal motivo, no consideró que el producto en cuestión induzca a error a los consumidores respecto a si el álbum bajo el membrete “3 Reyes” constituye el álbum oficial del Mundial de la FIFA Rusia 2018, revocando, en consecuencia, la imputación referida a la comisión de actos de engaño.

3. Respecto al principio Non Reformatio in Peius:

La Sala determinó lo siguiente:

Es posible asumir que las ventas de los álbumes alusivos al mundial de fútbol 2018 aumentaron respecto de los mundiales anteriores. (...) y teniendo en cuenta la modalidad y el alcance del acto infractor en el presente caso, resulta razonable afirmar que corresponde imponer una multa mayor a la impuesta en el caso anterior (...). Sin embargo, siendo que la Comisión impuso una multa ascendente a 240 UIT, esta Sala no podría imponer una sanción más elevada que la prevista en primera instancia, de conformidad con el art. 49 del D.L. N°1044” (en concordancia con lo señalado en el numeral 3 del art. 258 del TUO de la Ley 27444), el cual establece el principio de “interdicción de la reforma en peor” (Resolución de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia N°0086-2019/SDC-INDECOPI, 2019, p. 33).

Considerando sus argumentos la Sala resolvió lo siguiente:

- **REVOCÓ** la Resolución N°153-2018/CCD-INDECOPI, en el extremo que declaró fundado el procedimiento iniciado de oficio contra Capri por la comisión de actos de engaño, artículo 8 del Decreto Legislativo N°1044.
- **CONFIRMÓ** la Resolución N°153-2018/CCD-INDECOPI, en el extremo que impuso a Capri una multa ascendente a 240 UIT.
- **CONFIRMÓ** la Resolución N°153-2018/CCD-INDECOPI, en el extremo que ordenó a Capri, en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la comercialización del álbum denominado “*Sticker álbum Original World*”

Cup Rusia 2018” y sus respectivos cromos autoadhesivos, en tanto no contaba con las autorizaciones correspondientes.

- **REQUIRIÓ** a Capri el cumplimiento de la multa impuesta en la presente resolución.

IV. Identificación de los principales problemas jurídicos:

IV.1. ¿La distribución del álbum y cromos del “*Sticker Álbum-Original - World Cup Rusia 2018*” por parte de Capri International S.A. configura un acto de competencia desleal en la modalidad de infracción a la “*cláusula general*”?

- Sistema de Represión de la Competencia Desleal.
- Buena fe comercial.
- Delimitación del concepto “Cláusula General”.
- ¿Cuál es el desarrollo del denominado “Right of Privacy” en el derecho norteamericano en comparación con el peruano?

IV.2. ¿La distribución del álbum y cromos del “*Sticker Álbum-Original - World Cup Rusia 2018*” por parte de Capri International S.A. configura un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño?

- Delimitación del alcance del tipo estipulado en el art. 8 del D.L. N° 1044.
- Contexto en el cual se comercializó el producto en cuestión (álbum y cromos).

IV.3. ¿Correspondía aplicar el principio non reformatio in peius en el presente caso?

- Contenido del principio non reformatio in peius.
- Non reformatio in peius indirecto.

V. Análisis y posición sobre cada uno de los problemas jurídicos identificados

V.1. ¿La distribución del álbum y cromos del “*Sticker Álbum-Original - World Cup Rusia 2018*” por parte de Capri International S.A. configura un acto de competencia desleal en la modalidad de infracción a la “*cláusula general*”?

V.1.1. El sistema de represión de la competencia desleal en el Perú

El sistema de represión de la competencia desleal (en adelante, SDRCD) se fundamenta en el principio de leal competencia o principio de lealtad, el cual tiene como objetivo:

Salvaguardar la leal competencia en el mercado, entendida como aquella competencia guiada por la buena fe comercial y el respeto a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas para que se desenvuelvan de manera normal y pacífica. El concepto de lealtad establece el límite entre lo que resulta tolerable por el sistema legal como una práctica propia de la concurrencia en el mercado y aquella otra conducta que constituye una infracción que merece ser sancionada. [...] el bien jurídico tutelado por las normas de represión de la competencia desleal es precisamente la concurrencia justa, ajustada al ordenamiento jurídico (Resolución N°547-2003/TDC-INDECOPI en los seguidos por The Coca - Cola Company vs Embotelladora Don Jorge y otro - Expediente N°051-2002/CCD, 2003, p. 12).

A partir de ello, se deriva el objeto de la implementación de un SDRCD en nuestro país, cual es fortalecer la identificación de casos irregulares en esta materia y contribuir, en consecuencia, a disminuir vacíos legales, labor en la cual los precedentes jurisprudenciales como el controversial caso Caballero-Bustamante, el caso Caja Trujillo o el caso Bambos han jugado un papel trascendental.

Así, antes de la entrada en vigencia del D.L. N°1044, no había una norma que consolidara y/o regulara de manera integral, aspectos relacionados al Derecho de la Competencia, entonces se encontraba vigente el Decreto Ley N° 26122, así como el D.L. N° 691, y el D.L. N°807, normas que regulaban, desde distinta vertiente, los actos de competencia desleal.

Es así que, el INDECOPI se vio en la necesidad de integrar y consolidar la normativa en materia de competencia desleal, con el fin de mejorar y extender la protección a los agentes económicos ante actos de competencia desleal, con ello, en el año 2008, entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1044, norma que aprobó la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

El Decreto Legislativo N°1044 avaló el principio de predictibilidad y de confianza legítima respecto a la aplicación de conductas que serían consideradas desleales, la determinación del órgano competente, el procedimiento (si se podría iniciar de oficio o mediante una denuncia de parte), entre otros aspectos.

En cuanto a la tipificación, el D.L. N°1044 considera tipos más diversos en comparación a normas anteriores, se puede observar una amplia definición de los actores económicos en el mercado, personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras empresas, que pueden ser de derecho público o privado.

De esta manera, la normativa actual considera tipos como: (i) cláusula general, (ii) engaño, (iii) confusión, (iv) explotación indebida de la reputación ajena, (v) denigración, (vi) violación de normas, (vii) actos que atenten contra secretos empresariales, (viii) sabotaje empresarial; y, (ix) actos de competencia desleal desarrollados en la publicidad.

A partir de ello, se aprecia que la norma vigente, tiene una ventaja mayor en relación a sus predecesoras, considera más tipos infractores y un tipo infractor al cual algunos autores se han referido como “cajón de sastre”, dado que abarca diversas conductas anticompetitivas que podrían generarse a raíz del desarrollo de nuevas tecnologías, la cláusula general.

V.1.2. El derecho a la imagen y su relación con el “Right of Publicity”

La aplicación del Right of Publicity surgió en Estados Unidos, como una alternativa al derecho de privacidad, ya que empezaron a surgir diversos actos de apropiación de atributos de la personalidad de diversas personas -en su mayoría personas conocidas o famosas-, sin su autorización, lo cual, fue

incrementándose con el crecimiento de la industria del entretenimiento (cine, teatro, televisión, entre otros), evidenciándose que no existía una normativa expresa que protegiera el interés comercial de dichas personas contra el uso no autorizado de su imagen, voz, reputación, fama que se pudieran identificar.

Figura 5

Schaefer Beer celebrity 1940's 1950's ads.



Fuente: POPSUGAR.LOVE (2014). "Cheers! A Look Back at Beer Advertising For Women by Annie Gabillet" [Capturas de pantalla].

Según Cavero (2012, p. 213) el Right of Publicity en el derecho anglosajón busca "(...) proteger el interés comercial de los individuos en su nombre e imagen (en el sentido más amplio de la palabra) o reputación porque sin tal protección, los artistas tendrían menores incentivos para producir trabajos creativos. Ese tipo de razonamiento es válido para las patentes y los derechos de autor (independientemente de que se esté de acuerdo o no con que los incentivos resultantes son siempre los correctos) dado que estos protegen trabajos creativos e innovadores en las artes y ciencias; pero resulta discutible que ocurra lo mismo con el ROP".

Considerando lo mencionado, se puede determinar que el Right of Publicity se puede definir como el derecho de toda persona de vigilar la explotación comercial de su imagen, voz, reputación entre otros aspectos personales que la identifican, con lo cual se protege el valor de dicha identidad y así evita que terceras personas la exploten sin autorización y se beneficien económicamente, considerando además, que dicha protección se aprovecha en las personas famosas o con una notoriedad visible. Lo antes mencionado ha sido reconocido por la mayoría de los estados de Estados Unidos como parte del derecho anglosajón, asimismo, se debe determinar que por el momento no existe una ley federal del Right of Publicity, sin embargo, el Third Restatement of the law of unfair competition (Tercera reformulación de la ley de competencia desleal), regula el Right of Publicity.

Figura 6

La imagen del actor estadounidense B.J. Novak es usada, según alega, sin su consentimiento en diversos productos ofrecidos a nivel mundial.



Fuente: Rangefinder (2021). "B.J. Novak's Face on Global Products Highlights Important Copyright Issues by Hillary K. Grigonis" [Capturas de pantalla].

De esta manera, el objetivo de la aplicación del "Right of Publicity" es resguardar "el interés comercial" de algunas personas en su nombre, imagen y/o reputación y así evitar que las utilicen sin previa autorización, fomentando un enriquecimiento injustamente por la apropiación de la imagen de la citada persona. Este aspecto de protección se ve reflejado mayormente en las personas que gozan de fama y son notoriamente conocidas, con el cual el aprovechamiento de su imagen podría producir beneficios económicos a personas que sin ninguna autorización explotan la fama que pueden tener dichas personas, lo cual no ocurriría con alguna persona que no cuente con ese carácter de notoriedad.

En ese sentido, el ordenamiento anglosajón a través de la jurisprudencia desarrollada ha podido determinar que la imagen de personas públicas o famosas mantiene un valor económico en el mercado, el cual tenía que ser protegido, la interpretación del término ha venido sufriendo diversos cambios en el transcurso del tiempo, a pesar de ello se ha establecido un consenso respecto a su aplicación. Es así que, el "Right of Publicity" defiende la personalidad de una persona famosa y/o conocida, como la voz, imagen, apariencia, reputación, o cualquier otro aspecto que la caracterice notoriamente y que pueda ser vinculado a dicha persona.

Figura 7

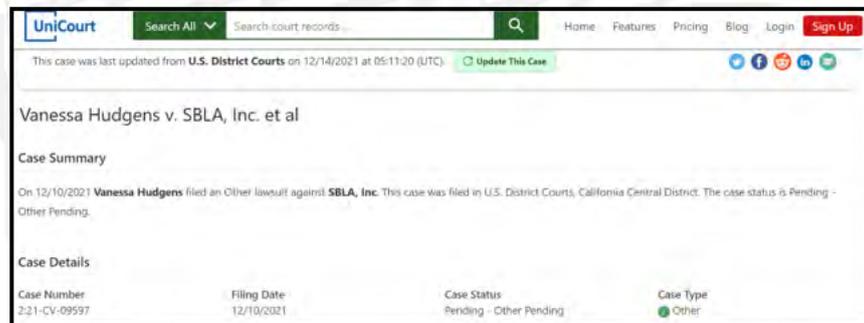
La actriz estadounidense Vanessa Hudgens aparece en un anuncio de la marca de belleza SBLA Beauty.



Fuente: SBLA (spencerbarnesla) at milled.com (2021). “Revealed: Vanessa Hudgens' neck routine” [Capturas de pantalla].

Figura 8

Captura de pantalla de la denuncia interpuesta por la actriz y cantante estadounidense, Vanessa Hudgens, contra la marca de belleza SBLA Beauty por el uso no autorizado de su imagen.



Fuente: UniCourt (2021). “Vanessa Hudgens v. SBLA, Inc. et al” [Capturas de pantalla].

Considerando lo mencionado y enfocándolo en el ordenamiento jurídico peruano, podemos apreciar que la aplicación del “*Right of Publicity*” no se encuentra regulado expresamente como una conducta desleal en el D.L. N°1044, ni en otra norma peruana.

Sin embargo, el derecho a la imagen se encuentra regulado en el inc. 7 del art. 2 de la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, CPP 93), según se detalla a continuación:

“Art. 2. - Toda persona tiene derecho:

(...)

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y **a la imagen propias.**

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. (Constitución Política del Perú, 1993, p. 2).

Asimismo, el artículo 15° del CC indica las excepciones de acuerdo a lo siguiente:

Art. 15.- Derecho a la imagen y voz

La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden (Código Civil Peruano, 1984, p. 63).

En ese sentido, queda claro que el ordenamiento jurídico peruano regula el uso adecuado de la imagen de una persona, el cual se avala siempre y cuando, se tenga la autorización o consentimiento para ello por parte del modelo/titular o de sus herederos, salvo las excepciones señaladas en la normativa aplicable.

Ante ello, se puede ver que el tratamiento de la imagen y voz de una persona se han enfocado como un derecho personalísimo inherente a toda persona, sea famosa o no, a diferencia del derecho norteamericano en donde se observa que cada estado ha desarrollado distintos grados de protección de este derecho (31/50), pues se observa que este suele tutelarse a través del common law, statutory law o la denominada “Law of Unfair Competition” en algunos estados (usualmente invocada dentro de esta como un caso de apropiación), pues suele ocurrir que cuando existe un conflicto entre la ley federal y la ley del estado, la primera termina imponiéndose sobre la segunda.

Sin embargo, se encuentran algunas similitudes en la regulación de ambos ordenamientos jurídicos, así se observa que en ambos este derecho suele estar vinculado a la intimidad o privacidad de una persona, salvo, en el caso peruano, las circunstancias y excepciones señaladas el art. 15 CC.

Por otro lado, conviene señalar que la aplicación de los aspectos protegidos por el “*Right of Publicity*” también pueden encajar en los aspectos establecidos en el artículo 6 del D.L. N°1044 sobre el tipo cláusula general, con relación a la parte que indica que se encuentra prohibido y, en consecuencia, es pasible de sanción todo acto de competencia desleal, sin importar la forma que adopte y cualquier medio que permita su realización.

En esa línea, cabe indicar que algunos pronunciamientos del INDECOPI han explicado los alcances establecidos por el *“Right of Publicity”*, mencionando que el uso y la explotación de la imagen de una persona famosa, sin algún tipo de autorización, se regula como una infracción a su derecho de imagen. Ello se aprecia en la Resolución No. 0086-2019/SDC-INDECOPI, de acuerdo a lo siguiente:

El *“Right Of Publicity”* es inherente a todo ser humano, le permite vigilar el uso comercial de su identidad. Este derecho es infringido por el uso no autorizado que probablemente dañará el valor comercial de este derecho inherente de la identidad humana, el cual no está inmunizado por los principios de libertad de expresión y libertad de prensa. La infracción al *“Right Of Publicity”* es un tipo de perjuicio comercial y una forma de competencia desleal. El *“Right Of Publicity”* es propiedad y está adecuadamente categorizado como una forma de propiedad intelectual (Resolución de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia N°0086-2019/SDC-INDECOPI, 2019, p. 13).

Considerando lo expuesto, debemos concluir señalando que, en el ordenamiento jurídico peruano, se protege a través del INDECOPI el valor patrimonial del derecho a la imagen y voz que resguarda uno de los aspectos del derecho a la imagen en el Perú, a comparación de la aplicación del *“Right of Publicity”* norteamericano en donde no sólo se protege el derecho de imagen o voz de la persona, sino también ciertos elementos que el público identifica con la persona (por ejemplo: frases, artefactos como carros identificables, entre otros).

Asimismo, otro tema que podría distinguir la protección del derecho a la imagen en el Perú en relación a la aplicación del *“Right of Publicity”* norteamericano es que el derecho de imagen se puede heredar en nuestro país, caso contrario en el derecho norteamericano, en donde se aprecia que en algunos casos el *“Right of Publicity”* no considera la posibilidad de heredar el derecho de la imagen y voz de una persona a sus herederos en algunos estados de EE.UU, que, en su minoría, no han reconocido el derecho hereditario que puedan tener los parientes directos de una persona luego de su muerte, así algunos estados, como California, reconocen un *“Right of Publicity”* post-mortem, que en algunos estados va desde los 10 años de ocurrido el incidente (Tennessee) a los 100 (como en Indiana).

Por lo mencionado, queda claro que la protección del valor patrimonial del derecho a la imagen o *“Right of Publicity Peruano”* de un ofertante o demandante de bienes o servicios en el mercado peruano y el *“Right of Publicity”* desarrollado en el derecho norteamericano es diferente en ciertos aspectos, así en el derecho norteamericano la aplicación del *“Right of Publicity”* sólo puede ser demandado por personas famosas o notoriamente conocidas (en algunos estados), sin embargo, en el caso peruano el valor patrimonial del derecho de la imagen puede ser demandado por cualquier persona (famosa o no), salvo las excepciones expresamente establecidas en el art. 15 del CC., ello deviene en parte a raíz de la tradición jurídica anglosajona del common law y de la estructura del sistema judicial norteamericano, que a diferencia del peruano, resulta más complejo dado el carácter Federal del país norteamericano, es por

ello que el “*Right of Publicity*” se suele demandar a través del common law y el statutory law (“Law of Unfair Competition”, a través del tort of appropriation).

V.1.2.1. Desarrollo jurisprudencial en el Perú

En línea con lo señalado anteriormente, podemos apreciar que el INDECOPI ha desarrollado los alcances del “*Right of Publicity*”, de acuerdo a como se detalla en las siguientes resoluciones:

b. Resolución N°. 1512-2012/SC1-INDECOPI:

En Estados Unidos también existe una corriente que justifica la existencia del “*Right of Publicity*” como un instrumento de protección de la información que reciben los consumidores en el mercado. En efecto, estos autores argumentan que la necesidad de obtener una autorización del titular evita que cualquier agente utilice indiscriminadamente la imagen de la celebridad y genere sobre los consumidores la falsa impresión de que el producto se encuentra asociado a él, confundiéndolos sobre el prestigio y respaldo del bien o servicio ofertado (Resolución N°1512-2012/SC1-INDECOPI, 2012, p.8).

c. Resolución N° 1397-2008/TDC-INDECOPI:

El num. 7 del art. 2 de la CPP 93 reconoce el derecho a la imagen, el cual consiste en el poder de decidir -consentir o impedir- la reproducción de la imagen de una persona por cualquier medio, así como la exposición o divulgación de la misma sin su consentimiento (Resolución N°1397-2008/TDC-INDECOPI, 2008, p.12).

V.1.2.2. Desarrollo jurisprudencial en el derecho norteamericano

Al respecto, conviene señalar que Cavero (2012, p. 219) hace mención un caso simbólico en relación al “*Right of Publicity*” en el ordenamiento jurídico norteamericano, el cual se detalla a continuación:

Caso Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.:

Uno de los casos más emblemáticos sobre ROP, por ser el único visto hasta ahora por la Corte Suprema de los Estados Unidos, es *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting*, que involucra a un actor de feria que no era precisamente una celebridad. *Zacchini* era un “hombre bala” que servía de proyectil a un cañón en un acto de 15 segundos, quien demandó a la televisora local por filmar y transmitir su acto sin su autorización. *Zacchini* argumentó que el valor de su acto consistía en que la gente deseara asistir a presenciarlo y que su transmisión televisada y gratuita detraía demanda de espectadores dispuestos a pagar, perjudicando así su negocio. La Corte desestimó la defensa de la televisora, fundamentada en la libertad de expresión, y amparó la demanda de *Zacchini* basándose en la necesidad de proveer al actor del incentivo económico necesario para realizar la inversión que requiere producir una actuación de interés público.

Cabe notar que en nuestro ordenamiento *Zacchini* hubiera podido invocar directamente el derecho de imagen, pero también probablemente (asumiendo que su acto era suficientemente original) podría haber invocado un derecho de autor análogo al de una obra de teatro. De otro lado, es interesante observar

que el razonamiento del incentivo que usa la Corte está justificado no por la notoriedad o fama del personaje (que, como hemos visto, no era significativa) sino por la presencia de una creación artística o cultural (la puesta en escena del acto) protegible, deseable o, en palabras de la Corte, “de interés público” que requiere de una inversión para ser realizada (CAVERO, 2012, p. 9).

Así también, Prieto (2018, p. 207-209), ha recopilado otros casos relevantes en la aplicación del denominado “*Right of Publicity*” en el ordenamiento jurídico norteamericano, el de *Midler v. Ford Motor Co.* (1991) y el de *Abdul-Jabbar v. General Motors Corp.* (1996), según se detalla a continuación:

Midler v. Ford Motor Co. (1991):

La cantante Bette Midler tuvo su esplendor en la década de los 60 y uno de sus hits fue la balada “Do You Want To Dance?” de 1972. Ford Motor Company (Ford) buscó publicitar sus vehículos mediante una campaña publicitaria que involucraba comerciales de televisión de 30 a 60 segundos de duración. La idea era que cada anuncio tuviera como fondo musical una canción popular. La agencia Publicitaria de Ford, Young & Rubicam, intentó contactar a los artistas originales que cantaron y popularizaron las canciones para volver a interpretarlas en la campaña publicitaria. Cuando la agencia publicitaria no era capaz de lograr un acuerdo con los cantantes originales, contrataba entonces a imitadores. Algo así sucedió con Bette Midler, quien rechazó la invitación de Ford. La agencia publicitaria buscó entonces a Ula Hedwing, quien había sido durante diez años una de las coristas de Bette Midler. Ford utilizó la interpretación de Ula Hedwing en su comercial. Luego de que este se lanzara al aire, Bette Midler fue informada por muchas personas que la voz del anuncio publicitario sonaba exactamente a la de ella. Por esta razón, Bette Midler demandó en 1988 a Ford con sustento en el right of publicity (...)

Lo que el caso Midler nos dejó fueron tres planteamientos interesantes. En primer término, la voz es un atributo de la personalidad que debe permanecer bajo el control de su titular. En segundo término, no es necesario que sea la propia voz de la celebridad la que haya sido empleada por un tercero para que se configure una infracción, sino el intento de imitar su voz, siempre y cuando el público perciba que se trata de la voz de la celebridad. Vale decir, el uso de indebido de los atributos de la personalidad puede realizarse de manera directa o indirecta. Por último, solo la imitación que tiene fines comerciales debería constituir una infracción.

Ha de notarse que el caso Midler fue una síntesis de la teoría de la integridad y la teoría de la justicia –y su contracara el enriquecimiento injusto– en la que se destaca el valor que se le puede atribuir a un atributo de la personalidad como la voz (PRIETO, 2018, p. 207).

Abdul-Jabbar v. General Motors Corp. (1996):

Este fue un caso que involucraba a la estrella de basquetbol Kareem Abdul-Jabbar como demandante y a General Motors Corp., y su agencia publicitaria Leo Burnett Co. El jugador alegaba que la General Motors había violado su marca y su right of publicity al usar su nombre antiguo, Lew Alcindor, sin su consentimiento en un comercial de televisión lanzado durante el torneo de basquetbol NCAA7 de 1993.

La idea del comercial era comparar al hombre récord del torneo de basquetbol NCAA durante los años 67, 68 y 69 con el modelo Oldsmobile 88, que había sido elegido como el preferido de los consumidores en la lista del Consumer Digest’s Best Buy8 durante tres años consecutivos.

Kareem Abdul-Jabbar se llamaba antes Ferdinand Lewis ("Lew") Alcindor y jugó basquetbol bajo este nombre durante toda su carrera universitaria y en sus primeros años en la Asociación Nacional de Basquetbol (NBA). Cuando aún se encontraba en la universidad, se convirtió al Islam y empezó a utilizar el nombre Kareem Abdul-Jabbar entre sus amigos. Muchos años después, en 1971, optó por registrar el nombre Kareem Abdul-Jabbar bajo una ley registral de nombres de Illinois y, desde ese entonces, jugó basquetbol y aprobó comercialmente productos con su nuevo nombre islámico. El demandante no había empleado el nombre "Lew Alcindor" para propósitos comerciales durante diez años.

La General Motors no obtuvo el consentimiento de Abdul-Jabbar, y tampoco le hizo pago alguno, para usar su nombre anterior.

Cuando el demandante hizo el reclamo ante la General Motors por el comercial, esta compañía retiró el anuncio de inmediato. El anuncio se lanzó cinco o seis veces en marzo de 1993 antes de que fuera retirado. En el caso se discutió si Abdul-Jabbar abandonó el nombre Lew Alcindor y si el aviso podría ser percibido como una aprobación comercial por parte de Abdul-Jabbar con respecto al Oldsmobile 88.

(...)

En este caso, la Corte no solo reconoció que los atributos de la personalidad tenían un valor económico y que la General Motors se había apropiado de dicho valor sin previa autorización, operando, de este modo, la aplicación de la teoría de la justicia, sino que incluso hubo un reconocimiento a la teoría de la integridad en tanto el uso de los atributos de la personalidad podía generar daño moral (PRIETO, 2018, p. 209).

V.1.3. Alcance del artículo 6 del D.L. N°1044

V.1.3.1. Interpretación literal

Cláusula General:

A partir de una interpretación literal, se entiende que este tipo infractor sanciona todo tipo de actos que se entiendan como actos de competencia desleal, independientemente de "la forma o medio que permita su realización" (D.L. N°1044, 2008, p.3). Sin embargo, si uno se pregunta ¿qué ha de entenderse por un acto de competencia desleal?, este artículo se encarga de responder esta pregunta indicando que 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" (D.L. N°1044, 2008, p.3). En ese sentido. Se entiende que este tipo infractor constituye un "cajón de sastre", "comodín" o "mescolanza" de cualquier acto u actividad que no haya sido determinada y/o regulada de manera expresa en el D.L. N°1044, por lo que, en tanto determinada conducta no calce o no sea sancionada por un tipo estipulado específicamente en la ley y se entienda que atenta contra la leal competencia y la buena fe empresarial, se ha de aplicar el art. 6 de este instrumento normativo, puesto que de lo contrario se estaría perjudicando el rol promotor de la competencia en cabeza del Estado Peruano.

V.1.3.2. Intención del legislador

Considero que la intención del legislador no dista de la señalado en el apartado anterior, es decir, ante el constante devenir y evolución de las tecnologías en la sociedad de información, este ha visto por conveniente incluir un tipo abarcador o envolvente que permita sancionar las conductas que sean consideradas anticompetitivas por atentar contra la buena fe comercial en una ESM, en donde el operador jurídico ha de basarse siempre en la ley y en la constitución para determinar de manera objetiva su decisión, pues de lo contrario

la regulación en materia de competencia desleal resultaría muy costosa e iría en contra de la simplificación administrativa uno de los postulados del principio de buena administración considerado en la CPP 93.

V.1.3.3. **Antecedentes jurisprudenciales sobre la aplicación del artículo 6 del D.L. N°1044**

La Sala Especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI, ha venido desarrollando los alcances del tipo “Cláusula general” en variada jurisprudencia, de acuerdo a los siguientes pronunciamientos:

a. Resolución N°136-98/TDC-INDECOPI (Caso Cristal Vladich S.C.R.L. contra Central Tumbes S.A. y Unión de Cervecería Backus & Johnston S.A.):

El artículo 6 del Decreto Ley 26122 – cláusula general - contiene una definición amplia y general de aquellas conductas que constituyen actos de competencia desleal (...).

La Sala considera que (la cláusula general resulta aplicable) a aquellos supuestos que no se hallaran ya previstos en artículos específicos de la Ley.

Así, como ha señalado la Comisión, existen actos que no están expresamente tipificados en la ley, como por ejemplo entorpecer la distribución de los productos del competidor, impedirle obtener envases o empaques, dificultarle hacer sus entregas en forma oportuna o destruir sus activos, entre otros, los cuales deberán ser analizados dentro del marco de la cláusula general (Resolución N°136-98/TDC-INDECOPI, 1998, p. 25).

b. Resolución N°0455-2004/TDC-INDECOPI (El controvertido caso Estudio “Caballero Bustamante S.R.L.” contra Instituto de Investigación “El Pacifico E.I.R.L.”):

La cláusula general es la única disposición que contiene una prohibición y mandato de sanción de los actos de competencia desleal. **El Capítulo II del Título II de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, de otro lado, no contiene una relación de tipos sino únicamente un listado enunciativo de aquellas conductas desleales más comunes -sin hacer mención a prohibición o sanción alguna,** debido a que dichas conductas ya se encuentran prohibidas por el artículo 6 de la Ley-, con la finalidad de brindar una orientación meramente enunciativa tanto a la Administración como a los administrados (Resolución N°0455-2004TTDC-INDECOPI, 2004, p. 27).

Sobre esto cabe hacer una precisión en tanto este trabajo no concuerda con lo establecido en este caso, puesto que, a diferencia de este, y como se corroborará en posteriores pronunciamientos del INDECOPI, la cláusula general no es un autónomo que implique que los otros tipos regulados en el D.L.

N°1044 se constituyan como un mero listado enunciativo, el tipo “cláusula general” es residual y una herramienta jurídica necesaria en esta materia.

c. Resolución N°3156-2012/SC1-INDECOPI (Caso Cemex Perú S.A contra Jusitinio Atencio Gutierrez):

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 cap II de la LDRCD.

(...) la cláusula general **debe reservar su uso solo a aquel escenario en que la conducta denunciada tenga características propias y atípicas que no se asemejen a alguna de las figuras infractoras ya enunciadas en la ley**. Contrariamente, esto es, ante la comprobación de que la conducta enjuiciada se corresponde con alguna de las conductas enunciadas en el Cap. II de la LDRCD, la imputación sólo es viable bajo esa modalidad específica, en aplicación del principio constitucional y legal de tipicidad y el deber de encausamiento de oficio que guía la actividad de la autoridad administrativa (Resolución N°3156-2012/SC1-INDECOPI, 2012, p. 32).

d. Resolución N°0281-2013/SDC-INDECOPI (Pedido de aclaración de Resolución – Caso Cemex Perú S.A. contra Justino Atencio Gutiérrez):

Todos los actos regulados en la Ley de Represión de la Competencia Desleal son contrarios a la buena fe empresarial de la cláusula general. Sin embargo, cuando la cláusula general (...) pretenda ser aplicada de manera individual y autónoma sin invocar alguna de las modalidades comunes recogidas en el listado enunciativo del capítulo II (uso residual), (...), **su utilización debe reservarse solo a aquel escenario en que la conducta imputada tenga características propias y atípicas que no se asemejen a algunas de las figuras infractoras ya enunciadas** en la Ley de Represión de la Competencia Desleal (Resolución N°0281-2013/SDC-INDECOPI, 2013, p. 28).

e. Resolución N°0692-2014/SDC-INDECOPI (Caso Envasadora Llaguento E.I.R.L. contra Empresa Andinas S.A):

De acuerdo a la Exposición de Motivos de la LDRCD, la lista enunciativa de actos de competencia desleal conductas más frecuentes y de mayor incidencia que configuran actos de competencia desleal. En ese contexto, el legislador estimó que la cláusula general cumple un papel residual que permite la incorporación de cualquier otra conducta que revista las características de un acto de c.d. y no se encuentre en el catálogo enunciativo (Resolución N°0692-2014/SDC-INDECOPI, 2014, pp. 29).

Considerando lo anteriormente expuesto se puede evidenciar que el INDECOPI, a través de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, ha tenido diferentes posiciones respecto a la aplicación de la Cláusula General cuando se habla de conductas anticompetitivas, ejemplo de ello es el caso Caballero Bustamante (precedente de observancia obligatoria) y el caso Cemex Perú S.A.

Al respecto, Rodríguez García (2017, p. 4) señala:

Este criterio (el de Bullard y Patrón, sobre la cláusula general y su aplicación residual) (...) cambió en el año 2004 cuando la entonces SDC, con una conformación distinta, aprobó el Precedente Caballero Bustamante [en donde se indicaba que] la cláusula general –que indudablemente siempre tuvo la autonomía para operar como tipo infractor- se convirtió en la “única” disposición que contenía una prohibición y mandato de sanción. Como es evidente, la pregunta lógica ante dicha declaración sería: ¿entonces, ¿cuál es la función de los supuestos enunciados en la normativa? administrados (Rodríguez García, 2017, p. 4).

El segundo numeral del precedente nos responde afirmando que: [l]as disposiciones del Cap. II del Título II de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal enumeran aquellas conductas desleales más comunes, sin hacer mención a prohibición o sanción alguna, debido a que dichas conductas ya se encuentran prohibidas en la cláusula general, con la sola finalidad de brindar una orientación meramente enunciativa tanto a la Administración como a los administrados (citado en Rodríguez García, 2017, p. 4).

Sin embargo, se concluye que, dado que el precedente Caballero-Bustamante se dio en virtud de una norma que ya no se encuentra vigente, en ese sentido, corresponde aplicar las ideas desarrolladas en jurisprudencia expedida en virtud de la ley vigente, el Decreto Legislativo N°1044, es por ello que resoluciones como la escogida en el presente trabajo constituyen referencias obligatorias cuando se habla del contenido y/o alcance del tipo cláusula general.

V.1.3.4. Posición del Graduando

Considerando lo señalado anteriormente en relación a la cláusula general y la aplicación de las ideas desarrolladas en jurisprudencia posterior a la vigencia del D.L. N°1044, es pertinente mencionar que el INDECOPI ha establecido los criterios de aplicación del tipo contemplado en el art. 6 del D.L. N°1044, sobre la cláusula general, la cual según se ha visto ha de entenderse como un tipo residual a los otros establecidos de manera expresa.

Así también, debe tenerse presente que la finalidad de la cláusula general es evitar que existan actos de competencia desleal que atenten contra la buena fe empresarial que no puedan ser sancionados por falta de tipificación, ha de tenerse en cuenta que en el contexto actual, en donde continuamente se vienen desarrollando nuevas tecnologías que puedan facilitar el desarrollo de conductas anticompetitivas se hace necesario contar con un tipo infractor que

permita sancionar conductas que atenten contra el rol promotor de la competencia a cargo del Estado.

Considerando lo mencionado, mi posición respecto a la aplicación de la cláusula general, está enfocada en el criterio establecido en la Resolución No. 0692-20124/SDC-INDECOPI, en donde el INDECOPI determinó que la cláusula general mantiene un carácter residual, es decir ha de servir para sancionar aquellos actos considerados anticompetitivos no contemplados en el listado enunciativo del D.L. N°1044, siempre y cuando se cumpla con las características comunes de aquello que como una conducta anticompetitiva.

Finalmente, he de señalar que a pesar de que la norma en virtud de la cual se expidió el precedente Caballero-Bustamante ya no esté vigente, y por lo tanto este precedente tampoco, considero conveniente que el INDECOPI aclare su posición respecto a la aplicación de esta resolución, dado que aún existen voces que abogan por su vigencia.

V.1.4. Alcance del artículo 14 del D.L. No.1044

V.1.4.1. Interpretación literal

Actos de violación de normas:

A partir de una interpretación literal se entiende que este tipo infractor sanciona todo aquel acto que tenga 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” (D.L. N°1044, 2008, p.5), es decir normas de cumplimiento ineludible, por ejemplo la compra de licencias de uso para reproducir un producto, sin embargo, se indica también que la determinación de su existencia (ventaja) se sujetará a la evaluación de la “mejoría” obtenida a raíz de la comisión de determinado acto.

Respecto a su acreditación, se indica que ello se realizará, en primer lugar, cuando se “pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción” (D.L. N°1044, 2008, p.5), ello siempre y cuando no se encuentre pendiente la revisión de esta decisión en la vía c-a. En segundo lugar, cuando la persona que participe en el mercado “obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia” (D.L. N°1044, 2008, p.5), en cuyo caso la autoridad competente podrá requerir un informe. Finalmente, en tercer lugar, cuando se vulnere el art. 60 de la CPP 93 en lo referido al principio de subsidiariedad o rol subsidiario del Estado, el cual también estará sujeto a evaluación, pero, a diferencia de otros casos, no será necesario acreditar la adquisición de una ventaja significativa por el denunciado.

V.1.4.2. Intención del legislador

En concordancia a lo señalado en el numeral anterior, considero que la intención del legislador fue establecer un tipo infractor que sancione a determinado agente económico que obtuvo una ventaja significativa en el mercado infringiendo una norma imperativa en perjuicio de otro agente, indicando que, a excepción del caso en el cual se discuta la presunta infracción al principio de subsidiariedad o rol subsidiario del Estado, la ventaja ha de cuantificarse teniendo en cuenta la mejor posición competitiva que el agente económico infractor hubiere obtenido como consecuencia de la comisión de de la conducta anticompetitiva.

En ese sentido, el art. 14 del D.L. N°1044 establece que para poder determinar la este tipo infractor se necesitará la existencia de un pronunciamiento firme que determine la comisión de dicha infracción, o en su defecto, la ausencia del contrato, título u otro que autorice al titular (luego, infractor) la realización de actividad empresarial. Ello, a excepción de los casos en los cuales el Estado sea el infractor (en contravención del principio de subsidiariedad).

V.1.4.3. Antecedentes jurisprudenciales sobre la aplicación del artículo 14 del D.L. No.1044

a) Resolución N°0493-2004/TDC-INDECOPI:

La realización de actividades económicas se encuentra sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos legales, tales como autorizaciones, licencias o, en algunos casos, contratos de autorización entre agentes privados. La omisión, negativa o imposibilidad de exhibir o entregar las referidas autorizaciones, licencias o contratos, evidencia la existencia de la infracción del ordenamiento que exige contar con éstas. (...)

Únicamente cuando el procedimiento trate sobre una infracción distinta al incumplimiento de requisitos legales para la realización de actividades económicas, existirá incertidumbre sobre la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, por lo que se requerirá una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que verifique una infracción al marco legal cuya vigilancia le ha sido encomendada (Resolución N°0493-2004/TDC-INDECOPI, 2004, p. 32).

b) Resolución N°0566-2005/TDC-INDECOPI:

Para que se verifique la realización de un acto de c.d. en la modalidad de violación de normas es necesario, además del incumplimiento de una norma imperativa - distinta a las comprendidas en el artículo 6 de la Ley -, que el infractor haya obtenido una ventaja competitiva significativa en el mercado. Es decir, el infractor debe haber obtenido una ventaja significativa en el mercado que no se derive del precio, calidad y condiciones de comercialización de sus productos, sino de una conducta contraria al ordenamiento legal (Resolución N°0566-2005/TDC-INDECOPI, 2005, p. 40).

c) Resolución N°0076-2018/SDC-INDECOPI:

La norma precisa claramente que la determinación de la infracción a una norma imperativa se sustenta en la existencia de un pronunciamiento previo y firme de la autoridad sectorial que declare la responsabilidad por incumplimiento del marco legal dentro del cual se inserta la actividad económica del denunciado. Como la infracción se da respecto de marcos normativos específicos en los cuales existe una autoridad encargada de su supervisión y sanción, el Indecopi no podría atribuirse la competencia para investigar los hechos, declarar la infracción y sancionar en estos casos (Resolución N°0076-2018/SDC-INDECOPI, 2018, p. 33).

d) Resolución N°0113-2019/SDC-INDECOPI:

En tal sentido, para que exista un acto de c.d. en la modalidad de violación de normas se requiere la presencia de dos elementos: (i) la vulneración de una norma imperativa; y, (ii) la existencia de una ventaja significativa (Resolución N°0113-2019/SDC-INDECOPI, 2019, pp. 27).

5.1.4.4. Posición del Graduando

Teniendo en cuenta lo referido en el numeral anterior, se puede concluir que el art. 14 del D.L. N° 1044 determina que, en tanto determinado agente económico llegue a sacar una ventaja significativa frente a sus competidores en un mercado determinado infringiendo normas imperativas, se entenderá que dicha acción corresponde a un acto de violación de normas de acuerdo a lo establecido en la normativa vigente.

Así también, indica que la infracción de normas imperativas podrá quedar acreditada cuando se configuren los siguientes supuestos: (i) cuando exista una resolución firme expedida por una autoridad administrativa en segunda instancia, o (ii) cuando determinado agente económico obligado a contar con una autorización para el desarrollo de una actividad empresarial no cuente con esta, este no es el caso Grupo La República Publicaciones S.A. vs Capri International S.A., pues si bien la SDC determinó que este último no acreditó contar con las licencias de uso para reproducir la imagen de los jugadores en los álbumes y cromos del producto “Tres Reyes” dicha evaluación se realizó en el marco de la determinación de la presunta vulneración del “Right of Publicity” o valor patrimonial del derecho a la imagen de los jugadores participantes en el torneo “Copa Mundial FIFA 2018” con independencia de los derechos de exclusiva que corresponderían a los creadores de las obras fotográficas; sin embargo, haciendo hincapié en el daño que podría ocasionarle al mercado si no se sancionara el permitirle a una empresa concurrir en el mercado sin las licencias correspondientes.

V.2. ¿La distribución del álbum y cromos del “*Sticker Álbum-Original - World Cup Rusia 2018*” por parte de Capri International S.A. configura un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño?

Al respecto, debemos comenzar señalando que los actos de competencia desleal en la modalidad de engaño se encuentran estipulados en el numeral 8.1 del art. 8 del D.L. N°1044, en donde se señala que actos anticompetitivos como este tienen como propósito inducir a error a un agente en el mercado (ejem. el consumidor), el tipo se enfoca en proteger a los consumidores ante la asimetría de información respecto a la promoción de determinado producto.

Para determinar si la información proporcionada es engañosa o no, se debe cumplir con los siguientes pasos: (i) debe existir una apreciación integral y superficial de la información y mensaje proporcionada al consumidor y (ii) debe ser evaluado si se sujeta a la realidad o si existe algún tipo de distorsión en la información proporcionada, con el fin de determinar si dicho mensaje induce a error o no se sujeta a la realidad.

Considerando lo señalado, a fin de probar que una actividad es un acto de engaño, la Resolución No. 1830-2011/SC1-INDECOPI ha estipulado que quien debe acreditar la veracidad de las afirmaciones objetivas sobre los bienes corresponde a quien las haya difundido, es decir, el anunciante:

Asimismo, el anunciante deberá cumplir con una exigencia destinada a contar con las pruebas que acrediten la veracidad de sus afirmaciones objetivas con anterioridad a la difusión del anuncio, conforme al deber de sustanciación previa recogido en el artículo 8.4 del Decreto Legislativo 1044 (Resolución No. 1830-2011/SC1-INDECOPI, 2011, p. 32)

En ese sentido, en el presente caso la Sala señaló que el mensaje que transmitía la portada y contraportada del álbum "*Sticker Álbum Original World Cup Rusia 2018*" comercializado por Capri, tenía el objetivo de diferenciarlo como un producto nuevo y distinto al álbum elaborado por Panini, producto oficial del torneo de la Copa Mundial de la FIFA Rusia 2018, ello pues el término "original" no tendría porqué ser entendido como oficial o en su caso, como el álbum oficial del torneo, sino que refiere en todo caso a su "originalidad".

Así, no se aprecia que el álbum cuestionado tenga el propósito de establecerse como el producto oficial del Mundial Rusia 2018 a fin de engañar a los consumidores que lo adquirieran, ello teniendo en cuenta también que dicho producto era promocionado (no tanto por Capri sino por los vendedores y distribuidores) como un álbum alternativo frente al oficial (Panini) como consta en actas.

Considero que el análisis efectuado por la Sala es el adecuado, dado que era comúnmente conocido y difundido que al conocerse el precio de los cromos correspondientes al álbum de Panini el producto "Tres Reyes" ganó notoriedad por sus precios bajos, ello se muestra incluso en "memes" y/o representaciones jocosas de la época.

V.2.1. Actos de engaño y publicidad engañosa

Actos de engaño:

Como se señaló anteriormente, los actos de engaño corresponden a las conductas que puedan provocar que un agente económico cometa un error en relación a los atributos, beneficios o condiciones que pueda tener un bien o servicio.

Publicidad engañosa:

La publicidad engañosa es un instrumento o medio para la comisión del primero (actos de engaño), se configura cuando un agente económico omite algunos datos relevantes del producto o servicio que este ofreciendo a otro agente (como es el caso de los consumidores), es así que dicha acción tienen la intención de confundir al consumidor para que tome una decisión con un enfoque errado, la materialización del acto conlleva a la configuración de un acto anticompetitivo de engaño, siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 8 del D.L. N° 1044.

V.2.2. Alcance del artículo 8 del D.L. N°1044

V.2.2.1. Interpretación literal

Actos de engaño:

A partir de una interpretación literal de este artículo se entiende que los actos de engaño son 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”* (D.L. N°1044, 2008, p. 3) en general de bienes o servicios de un agente económico concurrente en el mercado, así también se indica que también son actos de engaño la difusión de publicidad testimonial *“no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo.”* (D.L. N°1044, 2008, p. 3).

Asimismo, se indica que quien debe de acreditar la veracidad de las afirmaciones objetivas ha de ser quien las haya comunicado, es decir, el anunciante, quien ha de contar previamente con pruebas que sustenten sus afirmaciones.

V.2.2.2. Intención del legislador

En línea con lo señalado anteriormente, considero que la intención del legislador fue estipular un tipo que sancione aquellos actos anticompetitivos comúnmente practicados anteriormente, cual es el comparar los bienes o servicios ofrecidos con el bien o servicio de mayor acogida por parte de la población, ello resaltando sus deficiencias o limitaciones, con la finalidad de que determinado producto (ofrecido por el infractor) cobre importancia, notoriedad y acogida entre los consumidores. Sin embargo, en tanto dicha información errada el perjudicado puede denunciar la comisión de actos de engaño, para lo cual el denunciado ha de acreditar la veracidad de la información.

V.2.2.3. Antecedentes jurisprudenciales sobre la aplicación del artículo 8 del D.L. No.1044

a. Resolución N°0003-2019/SDC-INDECOPI (Caso Katia Condori Mamani):

Los actos de engaño son definidos por el artículo 8.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal como las actuaciones que podrían inducir a error a los consumidores sobre la naturaleza, características, calidad y en general sobre los atributos de un determinado bien o servicio (Resolución N°0003-2019/SDC-INDECOPI, 2019, p. 42).

b. Resolución N°0018-2018/SDC-INDECOPI (Panadería San Jorge S.A):

En los procedimientos sancionadores por actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, el análisis se realiza en dos etapas:

(i) Delimitación del mensaje: se debe dilucidar el mensaje que el anuncio transmite, para lo cual se tienen en cuenta los parámetros dispuestos en el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, considerando que quien atribuye el significado al anuncio es el consumidor y no el anunciante, por lo que la intención de este último será irrelevante.

(ii) Verificación de veracidad del mensaje: la autoridad constatará si la imputada cuenta con medios de prueba constituidos con anterioridad al inicio de difusión del anuncio bajo análisis, en aplicación del deber de sustanciación previa recogido en el artículo 8.4 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y, de ser el caso, determinará si en efecto tales elementos prueban la veracidad de lo transmitido (Resolución N°0018-2018/SDC-INDECOPI, 2018, p. 31).

c. Resolución N°0723-2014/SDC-INDECOPI (Caso Angélica Sotomayor Baca contra Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Maynas S.A.):

La metodología para evaluar si determinada información contenida en un anuncio publicitario infringe el principio de veracidad o no, consta de los siguientes pasos: (i) se debe establecer a partir de una apreciación integral y superficial del anuncio publicitario, en qué consiste el contenido del mensaje que reciben los consumidores; y (ii) una vez delimitado dicho mensaje, este debe ser confrontado con la realidad y, si existe alguna discordancia, podrá concluirse que el anuncio publicitario es falso o induce a error y, consecuentemente, infringe el principio de veracidad (Resolución N°0723-2014/SDC-INDECOPI, 2014, p. 53)

d. Resolución N°0129-2019/SDC-INDECOPI (Julio Cesar Terrones Ortega):

El artículo 8.3 de la ley antes mencionada dispone que la carga de acreditar la veracidad de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya difundido como

anunciante. En este sentido, este último deberá contar con las pruebas que sustenten la veracidad de sus afirmaciones objetivas con anterioridad a la difusión del anuncio, conforme al deber de sustanciación previa recogido en el artículo 8.4 del mismo cuerpo normativo (Resolución N°0129-2019/SDC-INDECOPI, 2019, p. 38)

V.2.2.4. Posición del Graduando

Como se ha mencionado anteriormente, los actos de engaño se definen como toda actuación que podría inducir a error a algún agente económico sobre la naturaleza, característica, entre otros, en relación con el producto o servicio ofrecido por el agente infractor.

Es así que, el mencionado artículo establece que la información proporcionada debe ser objetiva y comprobable contenida en el mensaje o información proporcionada al mercado, con lo cual se evitaría algún tipo de desviación en la decisión que pueda tomar el consumidor frente al producto ofrecido.

Considerando lo señalado, y aterrizándolo en el presente caso, se aprecia que la Sala adopto un correcto análisis y posición frente al presente caso, ya que no se apreció que el álbum cuestionado tuvo el propósito de establecerse como el producto oficial del Mundial Rusia 2018, a fin de engañar a los consumidores que lo adquirieran, teniendo en cuenta que dicho producto era promocionado como un álbum original y alternativo frente a otros.

Por lo mencionado, considero que la Sala efectuó un debido análisis en determinar que Capri no cometió actos de competencia desleal en la modalidad de actos de engaño, en referencia a la promoción de su álbum Sticker Álbum Original World Cup Rusia 2018.

V.2.3. Alcance del artículo 10 del D.L. No.1044

V.2.3.1. Interpretación literal

Actos de explotación indebida de la reputación ajena:

A partir de una interpretación literal de los actos de explotación indebida de la reputación ajena se tiene que estas versan sobre actos que, no siendo 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” (D.L. N°1044, 2008, p. 4), los cuales pueden materializarse mediante la utilización de bienes que gozan de la protección de las normas de propiedad intelectual.

V.2.3.2. Intención del legislador

En línea con lo señalado en el numeral anterior, se observa que la normativa citada anteriormente establece que la explotación de la reputación ajena se puede considerar como desleal cuando se detecte un aprovechamiento indebido, en beneficio de un agente

económico o un tercero, de las ventajas que pueda tener la reputación comercial o profesional de su competidor, el cual ha adquirido en el transcurso de un tiempo en el mercado.

Asimismo, se debe tener presente que los actos de explotación indebida de la reputación ajena tienen como principal propósito el aprovechamiento indebido del prestigio, reputación, imagen, fama, crédito que pertenezca a otro agente económico. Es así que su objetivo no es afectar el posicionamiento del agente económico afectado en el mercado, sino de aprovecharse de los factores positivos de dicho agente a fin de emplearlas en provecho propio.

Considerando lo mencionado, debemos señalar algunos ejemplos de aprovechamiento indebido, que protege la normativa actual: (i) utilización indebida de marcas, (ii) utilización indebida de patentes, entre otros.

V.2.3.3. Antecedentes jurisprudenciales sobre la aplicación del artículo 10 del D.L. N° 1044

De acuerdo con lo señalado por el artículo 10° del D.L. No. 1044, el INDECOPI ha realizado la debida aplicación de los alcances de los actos de explotación indebida de la reputación ajena, según la diversa jurisprudencia que ha venido aplicando desde la aplicación del citado concepto. Ante ello, a continuación, detallamos los principales pronunciamientos del INDECOPI en referencia a la aplicación del concepto de los actos de explotación indebida de la reputación ajena:

a. Resolución N°143-2019/SDC-INDECOPI (Caso Empresa Editora El Comercio S.A. contra Koala Perú S.A.C.):

Para que se produzca un acto de explotación indebida de la reputación ajena, se debe configurar un escenario en el cual los consumidores hayan podido identificar lo siguiente: (i) la preexistencia de un bien, servicio o algún aspecto de la actividad empresarial de un agente económico; (ii) las características de los productos o servicios ofertados; y, (iii) que si bien la presentación de los mismos es diferente, cuentan con una relación (Resolución N°143-2019/SDC-INDECOPI, 2019, p. 25).

d. Resolución N°0041-2019/SDC-INDECOPI (Caso Classic Alpaca S.A.C. contra Corporación Arparic S.A.C., John Richard Sullca Paucar):

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 o asociación entre ambos, o algún tipo de vinculación organizativa entre dos concurrentes cuando

aquella no se presenta (Resolución N°0041-2019/SDC-INDECOPI, 2019, p. 18).

- e. Resolución N°0294-2017/SDC-INDECOPI (Caso Wilson Learnin Andina y Río de la Plata S.A. contra Selling Consulting Group S.A.C.):

Condiciones: (i) 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, (ii) 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 (Resolución N°0294-2017/SDC-INDECOPI, 2017, p. 24).

- f. Resolución N°0426-2015/SDC-INDECOPI (Caso Exxonmobil Oil Corporation contra Mobil Hidraulic S.A.C.):

La norma mencionada hace referencia a una conducta que no configura actos de confusión, de modo tal que el aprovechamiento de la reputación ajena difiere de aquel otro supuesto de inducción a error a los consumidores respecto del origen empresarial de los productos o servicios que brinda determinado agente económico (Resolución N°0426-2015/SDC-INDECOPI, 2015, p. 72).

V.2.3.4. Posición del Graduando

Como ya se ha desarrollado anteriormente, los actos de explotación indebida de la reputación ajena corresponden a los actos que no se encuentran configurados como actos de confusión, sin embargo, tienen como efecto el aprovechamiento indebido de la reputación, prestigio, imagen empresarial de otro agente económico, es así que con ello sacan un beneficio propio a costa de otro.

Considerando lo mencionado y enfocándolo al presente caso, se observa que no se ha detectado que Capri haya tenido la intención de utilizar o aprovechar la imagen o fama de algún jugador del torneo en específico, un jugador que tenga una marca con su nombre como Messi o Cristiano Ronaldo, pues se observa que los productos que comercializa contienen las imágenes de todos los jugadores participantes del torneo, además no sólo Messi o Cristiano Ronaldo pueden considerarse como agentes concurrentes a Capri, pues como ya se dijo, su imagen no es la única que es comercializada por la empresa imputada, así también si se hablara del presunto aprovechamiento de la imagen o notoriedad del esperado álbum oficial de Panini, se observa que ambos productos son totalmente diferentes (se incluyen los cromos), algo generalmente conocido y aceptado entre los consumidores del denominado álbum “Tres Reyes”. En ese sentido, conviene más imputar a la empresa la comisión de actos anticompetitivos en infracción a la cláusula general, porque como ya se dijo, no se está explotando la imagen de alguien en específico, es más, lo que se sanciona es la ventaja

competitiva obtenida por Capri frente al Grupo La República Publicaciones S.A. al comercializar un producto que no cumple con las excepciones previstas en el art. 15 del CC. para considerarse informativo y escapar a la obligación de la adquisición de licencias de uso para comercializar productos alusivos al torneo.

V.3. ¿Correspondía aplicar, en el presente caso, el principio non reformatio in peius?

V.3.1. Alcance de la prohibición de la “Non Reformatio in peius”

El principio non reformatio in peius o la prohibición de la reforma en peor, corresponde a toda prohibición dirigida al juez de segunda instancia de agravar la situación del apelante, es decir expedir una sentencia más perjudicial a la obtenida en primera instancia, así la jurisprudencia y doctrina han determinado que ello atenta contra el principio de debido proceso.

En ese sentido, en la sentencia recaída en el expediente N° 1803-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional indicó el alcance de este principio de acuerdo a lo siguiente:

La prohibición de la reforma peyorativa o reformatio in peius, como la suele denominar la doctrina, es una garantía implícita en nuestro texto constitucional que forma parte del debido procedimiento judicial (cf. Exp. 1918-2002-HC/TC) y está orientada precisamente a salvaguardar el ejercicio del derecho de recurrir la decisión en una segunda instancia sin que dicho ejercicio implique correr un riesgo mayor de que se aumente la sanción impuesta en la primera instancia.

(...) la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa o reformatio in peius debe entenderse como una garantía que proyecta sus efectos también en el procedimiento administrativo sancionador y, en general, en todo procedimiento donde el Estado ejercite su poder de sanción y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación (Tribunal Constitucional, 2004, p. 42).

Se trata de una prohibición establecida en distintos cuerpos normativos como por ejemplo el artículo 370° del CPC, el cual establece que los jueces superiores no pueden modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido, al igual que el numeral 258.3 del artículo 258° del T.U.O. de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, el cual establece que cuando un infractor sancionado recurra o impugne la resolución de primera instancia, la resolución de segunda instancia no podrá determinar una imposición de sanciones más grave para el citado infractor.

A pesar de estar reconocido expresamente en el ámbito administrativo, constitucional y penal, se ha observado que su aplicación no ha sido uniforme en el INDECIPI, así se ha observado la puesta en práctica de la denominada reformatio in peius indirecta, término que hace referencia a la declaración mayormente parcial de nulidad de una parte de la resolución de primera instancia, así se busca devolver el expediente al órgano de primera instancia

con la finalidad de que este emita un nuevo pronunciamiento, como se puede observar en el presente caso:

a. Resolución N°1571-2021/SPC-INDECOPI (Caso Estrada-Cáceres vs Transportes “El Pino S.A.C.”

según las consideraciones previamente señaladas, esta Sala considera que la multa de 3 UIT impuesta por la primera instancia no fue debidamente graduada, resultando significativamente menor a la que debería aplicarse a un proveedor en función del tipo infractor detectado (...). Cabe acotar que, si bien esta instancia podría graduar la sanción aplicando los criterios previstos por el Código y la regulación procedimental administrativa, al estimarse en abstracto que la multa sería considerablemente más elevada que la impuesta por la primera instancia, no sería posible evitar una afectación a la prohibición de la reformatio in peius, por lo cual se considera pertinente ordenar al órgano resolutorio de primera instancia que emita un nuevo pronunciamiento sobre la sanción aplicable a Tepsa, fundamentando debidamente la graduación de la sanción que estime pertinente (Resolución N°1571-2021/SPC-INDECOPI, 2021, p. 33).

Dicha práctica atenta contra el principio de debido proceso, de contradicción, así como el principio de predictibilidad y de confianza legítima al evitar que los administrados impugnen las decisiones de primera instancia, se busca no atentar contra el principio non reformatio in peius pero se termina generando lo contrario.

V.3.2. Doctrina

Prohibición de reformatio in peius:

- Según Sanz Rubiales (2013, p. 242) señala que la prohibición de reformatio in peius tiene el objetivo de *“(...) impedir que la resolución de un procedimiento iniciado a instancia de parte agrave la situación inicial del solicitante. Se sitúa —esta prohibición— en el conflicto entre legalidad y seguridad jurídica, e implica la prevalencia de esta última en los concretos casos en que es aplicable (...)”*.
- Para Barrientos Pardo (2007, p. 180) considera que la prohibición de la reformatio in peius, mantiene *“(...) una faz doble. Por un lado, es un límite jurisdiccional-punitivo que se autoimpone el Estado, dirigido al tribunal y al Ministerio Público, y por otro, una garantía procesal que constituye un elemento esencial del derecho a un acceso efectivo a los recursos procesales.”*
- De acuerdo con lo señalado por Salamero Teixidó (2012p. 228) define a la reformatio in peius *“(...) como la situación que se produce cuando la condición jurídica de una recurrente resulta empeorada exclusivamente a consecuencia de su recurso. La prohibición de la misma responde pues a la pretensión de afianzar la situación jurídica del que recurre establecida en la sentencia del tribunal a quo, al proscribir la posibilidad*

de que por mor de su propio y exclusivo recurso ante una segunda instancia resulte empeorada dicha situación.”

- Según Nava De Esteva (2010, p. 61) el principio de la reformatio in peius en el ámbito de derecho de trabajo establece que *“(…) está prohibido al juez de alzada empeorar la condición del apelante, sin que haya mediado apelación por la parte contraria. Igualmente, se encuentran determinadas las facultades inquisitivas del juez del trabajo y la posibilidad de sentenciar ultra petita y extra petita, conforme a las previsiones de la normal legal.”*

V.3.3. Desarrollo jurisprudencial en el Perú

A continuación, detallaremos la jurisprudencia que ha venido aplicándose en el Perú en referencia a la prohibición de la reformatio in peius en el Perú, según se detalla a continuación:

a. Sentencia N° 1918-2002-HC/TC:

Es una garantía del debido proceso implícita en nuestro texto constitucional. Si bien tal interdicción se identifica íntimamente con el derecho de defensa, pues agravar una pena para condenar por un ilícito que no haya sido materia de acusación, importa una grave afectación del mentado derecho, es indudable que la proscripción de la reformatio in peius también tiene una estrecha relación con el derecho de interponer recursos impugnatorios (Sentencia N° 1918-2002-HC/TC, 2002, p. 12).

b. Sentencia 771/2020 – Expediente N°01866-2018-PHC/TC:

El Tribunal Constitucional ha precisado que la non reformatio in peius es una garantía del debido proceso implícita en nuestro texto constitucional, la cual se relaciona con los derechos a la defensa y a ofrecer medios impugnatorios. De acuerdo con dicha garantía, el órgano jurisdiccional que conoce un proceso en segunda instancia o grado no puede empeorar la situación del recurrente en caso de que solo este hubiese recurrido la resolución emitida en primera instancia o grado (Expediente 00553-2005-PHC/TC).

c. Sentencia del Expediente N° 1803-2004-AA/TC:

La prohibición de la reforma peyorativa o reformatio in peius, como la suele denominar la doctrina, es una garantía implícita en nuestro texto constitucional que forma parte del debido procedimiento judicial (cf. Exp. 1918-2002-HC/TC) y está orientada precisamente a salvaguardar el ejercicio del derecho de recurrir la decisión en una segunda instancia sin que dicho ejercicio implique correr un riesgo mayor de que se aumente la sanción impuesta en la primera instancia.

En ese sentido, este Tribunal declara que la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa o reformatio in peius debe entenderse como una garantía que proyecta sus efectos también en el procedimiento administrativo sancionador y, en general, en todo

procedimiento donde el Estado ejercite su poder de sanción y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación (Expediente N° 1803-2004-AA/TC. 2004, p. 82).

V.3.4. Posición del Graduando

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, se entiende que el principio non reformatio in peius tiene la finalidad de evitar que la sentencia de segunda instancia agrave la situación del apelante en todos sus extremos, pues ello atentaría no sólo contra el principio de debido proceso sino que también iría en contra del principio de predictibilidad y de confianza legítima.

Se trata de una garantía reconocida por el supremo intérprete de la constitución y recogida explícitamente en distintos instrumentos jurídicos como el numeral 258.3 del artículo 258° del TUO de la Ley N°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que establece que las resoluciones que resuelven los recursos administrativos interpuestos por los administrados no pueden determinar o dar lugar a la imposición de sanciones más graves o, en general, agravar la situación en la que se encontraban estos antes de interponer el recurso impugnatorio:

Artículo 258.- Resolución

258.3 Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado (TUO de la Ley N°27444 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2021, p.268).

En el presente caso, si bien la Sala consideró que debía aplicarse una sanción mayor a Capri debido al contexto, es decir se trataba de un evento deportivo al cual la selección peruana había clasificado después de 36 años, por lo que se entiende, los consumidores se encontraban más interesados en adquirir el álbum y cromos, traducándose en un aumento en la demanda de dicho producto a nivel nacional, ello se puede acreditar con los recortes periodísticos de la época y la información contenida en redes sociales, en donde incluso, se verifica que se organizaban encuentros para el intercambio de cromos tanto del álbum conocido comúnmente como “Panini” como del álbum denominado “Tres Reyes”. Se observó que la SDC resolvió no declarar la nulidad parcial de la resolución de primera instancia para ordenar que esta vuelva a graduar la sanción impuesta a diferencia de otros órganos de la misma entidad, como se ha detallado en el presente trabajo. Considerándose, correctamente, que sería en contra del principio non reformatio in peius, y en consecuencia, del debido proceso, de contradicción, así como el principio de predictibilidad y de confianza legítima.

VI. Conclusiones

Habiendo analizado todos los tipos involucrados en el presente caso, se concluye en primer lugar, que la imputación referida a la comisión de actos anticompetitivos en infracción a la cláusula general fue correcta, dado que la conducta de Capri relacionada a la comercialización del producto denominado "*Sticker Álbum Original World Cup Rusia 2018*", no cuenta con las autorizaciones/licencias de uso de imagen de los jugadores participantes en dicho torneo lo cual no sólo ha de considerarse una conducta anticompetitiva en desmedro de otros agentes económicos participantes en el mercado peruano sino también una conducta que va en contra del derecho a la imagen de los jugadores cuya imagen se ha reproducido en los cromos, así dado que el valor patrimonial del derecho a la imagen no se encuentra estipulado de manera expresa en el D.L. No. 1044, corresponde aplicar el tipo conocido como el "cajón de sastre" de las conductas anticompetitivas, es decir, la cláusula general estipulada en el art. 6 del D.L. N°1044.

En segundo lugar, respecto a la denuncia realizada por el Grupo La República Publicaciones S.A., sobre la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas (art. 14 del D.L. N°1044), considero que la imputación realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión en el extremo que imputó a Capri la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general fue correcta, ello dado que, lo evaluado no era si la imputada contaba o no con las autorizaciones y/o licencias para usar las fotografías del señor Pier Giorgio Gavelli, sino el daño que le producía no sólo al mercado sino a la imagen de los jugadores de las selecciones participantes en el torneo el hecho de concurrir al mercado comercializando álbumes y cromos alusivos al "Mundial Rusia 2018" sin contar con las licencias de uso correspondientes, al igual que el Grupo La República Publicaciones S.A. generándose, evidentemente, un desincentivo para la compra de licencias, la explotación comercial de la imagen de los jugadores participantes y, entre otros, la eliminación de las principales fuentes de ingresos de estos eventos deportivos y de los deportistas participantes.

En tercer lugar, respecto a la imputación del tipo relacionado a las conductas anticompetitivas de engaño, considero que la decisión de la Comisión no fue la correcta pues creo que al momento de evaluar la presunta comisión de actos anticompetitivos u otras infracciones e incluso delitos en el ámbito penal, es imprescindible que en virtud del principio constitucional de buen gobierno y buena administración implícitamente reconocido en la CPP 93, el operador jurídico analice el contexto y/o panorama general, considerando todas las aristas involucradas que le permitan apreciar el alcance real del perjuicio económico acaecido en el mercado, ello puesto que era comúnmente conocido que el denominado álbum "Tres Reyes" era un álbum alternativo, no oficial, elaborado con ocasión del Mundial FIFA 2018, por lo que el uso del término "original" no ha de significar necesariamente que el producto era "oficial", son dos términos distintos, siendo que el término "original" puede hacer referencia también a la novedad del producto, identificado en su oportunidad por la Sala.

En cuarto lugar, respecto a la posible imputación a Capri por la presunta comisión de actos anticompetitivos en los que se observe la explotación indebida de la reputación ajena, concuerdo con la Sala en tanto esta no correspondía realizarse en el presente caso, puesto que, si bien el tipo se refiere a los actos anticompetitivos que tengan como finalidad el aprovechamiento de la imagen o fama de otro agente económico, no se puede acreditar que todos los jugadores participantes son concurrentes a Capri, siendo que es posible que algunos lo sean, ello no quita el hecho de que Capri concurrió al mercado sin contar con las licencias de uso correspondientes, a diferencia del Grupo La República S.A., siendo finalmente, este hecho el que produjo una ventaja “significativa” a Capri en relación a la venta del producto.

En quinto lugar, respecto a la pregunta si correspondía aplicar el principio non reformatio in peius en el presente caso, se observa que este es un principio medular en el ordenamiento jurídico peruano, es así que se encuentra en casi todos los cuerpos normativos que los operadores jurídicos deben observar al administrar justicia en el ámbito administrativo (TUO de la LPAG) y judicial (CPP, CPC). Siendo ello así, correspondía ponerlo en práctica en el presente caso, dado que de lo contrario no sólo se estaría atentando contra este principio, sino también contra el principio de debido proceso, de contradicción, así como el principio de predictibilidad y de confianza legítima, claro, siempre y cuando dicha decisión se encuentre fundamentada en derecho.

Finalmente, y en respuesta a las preguntas que motivaron la elección de la resolución y el desarrollo de este trabajo, conviene mencionar que el denominado “Right of Publicity” constituye un concepto nuevo para los operadores jurídicos peruanos a diferencia de su desarrollo en el derecho norteamericano, en donde ha sido ampliamente estudiado y reconocido en 31 de los 50 estados, aunque con distinto nivel de protección. En el Perú, el valor patrimonial de la imagen aún sigue siendo un concepto que debe de ser desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina, pero que, a diferencia del derecho norteamericano, se desarrollaría de manera uniforme en nuestro país. Sin perjuicio de ello, podemos concluir, a priori, que el valor patrimonial de la imagen en nuestro país es un derecho que tutela a cualquier persona, sea esta famosa o no, derecho que sólo encontrará las excepciones establecidas de manera expresa en el art.15 CC., siendo una de las más conocidas, la finalidad informativa.

VII. Bibliografía:

1. Rodríguez García, G. (2017). Clausula General de Competencia Desleal en el Perú: Lo bueno, lo malo y lo espantoso. *Derecho & Sociedad*, 239-247.
2. Rosselló, B. K. (2005). Lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitírsete a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas). *THEMIS Revista de Derecho*, (50), 7-31.
3. Cavero Safra, E (2012). El derecho de publicidad y los derechos sobre la imagen y la reputación de las celebridades en la industria del entretenimiento. *Ius et veritas*, (44), 212-223.
4. Bercovitz Rodríguez - Cano, Alberto (2002). *Apuntes de Derecho Mercantil*. Navarra, Editorial Aranzadi, pág. 362.

5. Maraví Contreras, A. (2015). Breves apuntes sobre la exploración del ambush marketing desde la cláusula general de competencia desleal. Revista Anuario de Investigación del CICAJ 2013 – 2014, Las instituciones jurídicas en debate. Primera Edición.
6. Palacios Pareja. E. (2010). Modificación al código procesal civil reformatio in peius. THEMIS: Revista de Derecho, (58), 159-164.
7. Sanz Rubiales, Í. (2013). Contenido y alcance de la prohibición de" reformatio in peius" en el procedimiento administrativo. Revista de administración pública, (190), 241-276.
8. Barrientos Pardo, I. (2007). Prohibición de la reformatio in peius y la realización del nuevo juicio (ir por lana y salir trasquilado). Revista de Estudios de la Justicia, (9), 175-207.
9. Salamero Teixidó, L. (2012). Principio de congruencia, prohibición de la reformatio in peius y deber judicial de resolver con arreglo a la motivación jurídica correcta. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2011 (recurso de casación núm. 5680/2007). Revista de Administración Pública, 2012, num. 189, p. 203-243.
10. Nava De Esteva, N. (2010). El principio de reformatio in peius frente al poder inquisitivo del juez del trabajo. Lex laboro, 3, 52-68.

