

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA N.º 042-
2010/CCD-INDECOPI (Panini S.p.A. y Panini España S.A. vs.
Corporación Gráfica Navarrete S.A. – Álbum “Mundial Sudáfrica 2010”)

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado que presenta:

Ayrton Renato Marañón Calderón

REVISOR:

Raúl Roy Solórzano Solórzano

Lima, 2022



PUCP

Sistema
de Bibliotecas

INFORME DE SIMILITUD

Yo, **RAÚL ROY SOLÓRZANO SOLÓRZANO**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

Informe sobre expediente de Relevancia Jurídica, E2402, N.º 042-2010-CCD-INDECOPI, infracción a la cláusula general de competencia desleal por comercializar cromos autoadhesivos (imagen) sin autorización

del/de la autor(a)/ de los(as) autores(as)

AYRTON RENATO MARAÑÓN CALDERÓN

dejo constancia de lo siguiente:

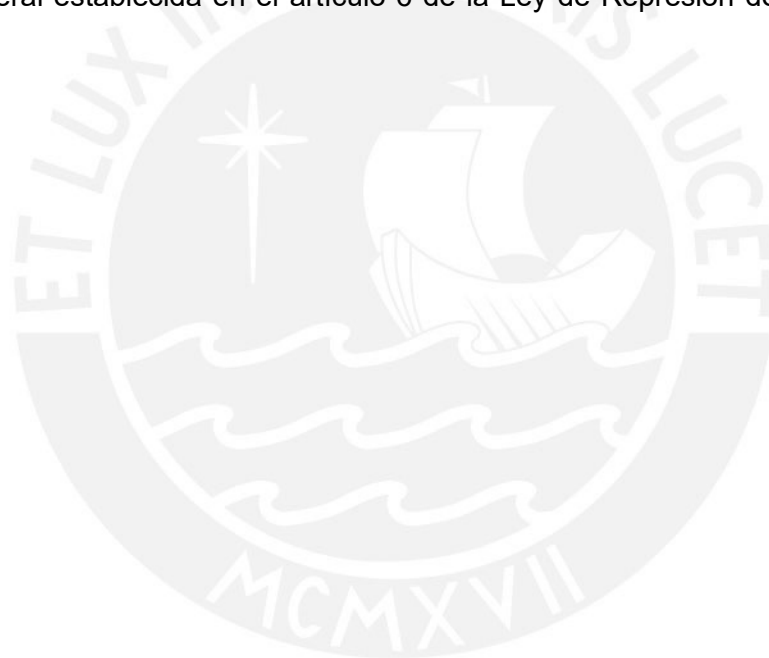
- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **31%**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **28/09/2022**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 17 de abril de 2023**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <u>SOLÓRZANO SOLÓRZANO, RAÚL ROY</u>	
DNI: 09998199	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3580-7109	

RESUMEN

El presente informe jurídico tiene como objetivo analizar los argumentos y la decisión adoptada por el INDECOPI, correspondiente a la denuncia interpuesta por las empresas Panini S.p.A. y Panini España S.A. en contra de la empresa Corporación Gráfica Navarrete S.A. por presuntamente haber cometido actos de competencia desleal vulnerando la cláusula general prevista en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1044. Ello debido a la comercialización de cromos autoadhesivos con las imágenes de los futbolistas participantes del mundial Sudáfrica 2010 sin contar con las autorizaciones correspondientes. Para ello, se empleará el método dogmático, específicamente la dogmática jurídica. La elección del expediente objeto del presente informe se encuentra fundamentada principalmente por tres razones: (i) existe un conflicto entre el bien jurídico protegido por la Ley de Represión de Competencia Desleal y lo que podría resultar más beneficioso para el consumidor, (ii) la vigencia y reiteración de este caso a lo largo de más de 10 años y (iii) su vinculación con otras materias del derecho. La conclusión principal del presente informe es que Panini S.p.A. y Panini España S.A. se encontraban legitimadas para interponer su denuncia en contra de Corporación Gráfica Navarrete S.A. y que la conducta de Corporación Gráfica Navarrete S.A. vulnera la cláusula general establecida en el artículo 6 de la Ley de Represión de Competencia Desleal.



ÍNDICE

I. Introducción	4
II. Justificación de la elección del expediente	6
III. Hechos relevantes	8
IV. Identificación, análisis y postura respecto a los problemas jurídicos del expediente	14
4.1. Primer problema jurídico: ¿PANINI contaba con legitimidad para obrar?	14
4.1.1. Marco teórico	15
a) La legitimidad para obrar en los procedimientos ante la Comisión	15
b) La naturaleza del procedimiento tramitado ante la Comisión	17
c) Sobre la finalidad y el modelo adoptado por la LRCD	21
4.1.2. Posición del bachiller respecto a los argumentos alegados por las Empresas y en las resoluciones del INDECOPI	22
4.2. Segundo problema jurídico: ¿NAVARRETE infringió la cláusula general establecida en el artículo 6 de la LRCD?	25
4.2.1. Marco teórico	25
a) Sobre la cláusula general	25
b) Sobre el derecho de imagen	28
4.2.2. Posición del bachiller respecto a los argumentos alegados por las Empresas y en las resoluciones del INDECOPI	35
4.3. Tercer problema jurídico: ¿la Comisión motivó debidamente su resolución final?	40
4.3.1. Marco teórico	40
4.3.2. Posición del bachiller	42
V. Conclusiones	43
VI. Bibliografía	45

I. INTRODUCCIÓN

Cada cuatro años la Federación Internacional de Fútbol Asociado (en adelante, la “FIFA”) organiza el torneo mundial de fútbol en el que se enfrentan las mejores selecciones del mundo. Ello genera un incentivo de consumo en los aficionados de este deporte que las empresas de diversos rubros buscan aprovechar.

En ese sentido, las empresas negocian e incluso compiten para obtener las licencias de la FIFA y de las selecciones de fútbol para poder comercializar sus productos o servicios utilizando los elementos de propiedad intelectual y las imágenes de los futbolistas que serán parte de dicho torneo.

En línea con lo anterior, PANINI S.p.A. y PANINI ESPAÑA S.A. (en adelante, “PANINI” o las “Denunciantes”, de manera indistinta), son reconocidas en el mercado internacional como uno de los grupos editoriales más importantes, específicamente, por la comercialización de álbum de cromos.

Así, en el marco de la celebración del torneo “Copa Mundial FIFA Sudáfrica 2010” (en adelante, el “Mundial”), PANINI adquirió las licencias de la mayoría de las selecciones de fútbol¹ que participarían en dicho torneo para utilizar las imágenes de los futbolistas en sus cromos autoadhesivos.

El conflicto surgió cuando CORPORACIÓN GRÁFICA NAVARRETE S.A. (en adelante, “NAVARRETE” o la “Denunciada”, indistintamente) decidió comercializar un álbum de cromos con las imágenes de los jugadores que participarían en el Mundial junto con el diario “TODO SPORT”. Ello debido a que, a diferencia de PANINI, NAVARRETE no contaba con ninguna autorización o licencia que le permitiese utilizar las imágenes de dichos futbolistas en sus cromos.

Ante ello, PANINI denunció a NAVARRETE ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI (en adelante, la “Comisión”) por actos de competencia desleal en las modalidades de (i) violación de normas, (ii) explotación de la reputación ajena y, de manera subordinada, (iii) por infracción a la cláusula general.

¹ PANINI presentó las autorizaciones de 27 de los 32 seleccionados de fútbol que participaron en el Mundial: Uruguay, España, Portugal, Paraguay, Italia, Argentina, Grecia, Alemania, Brasil, Suiza, Eslovenia, Serbia, Francia, Dinamarca, Costa de Marfil, Camerún, Argelia, Estados Unidos, Nigeria, República Democrática de Corea, Ghana, Eslovaquia, Inglaterra, Japón, Holanda, Australia y Sudáfrica.

Al respecto, PANINI sostuvo que NAVARRETE había infringido el artículo 15 del Código Civil (en adelante, “CC”) al utilizar imágenes de los futbolistas sin contar con el consentimiento de los jugadores. En la misma línea, argumentaron que no pagar por las autorizaciones de uso de imagen le habría permitido ahorrarse los costos involucrados en la obtención de dichas licencias, lo que consideraron como una ventaja competitiva desleal respecto a su álbum del Mundial.

Por su parte, NAVARRETE sostuvo que PANINI no contaba con legitimidad para denunciar ya que no tenía las licencias de todas las selecciones y que no requerían contar con una autorización para el uso de las imágenes de los deportistas ya que se encontraban en un supuesto de excepción de la norma alegada. Ello debido a que consideraron que su producto tenía una naturaleza informativa y los futbolistas eran personajes notorios que participarían en un evento público.

Sobre el particular, tanto la Sala Especializada en Competencia Desleal (en adelante, la “Sala”) como la Comisión declararon fundada la denuncia por infracción a la cláusula general tipificada en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, “LRCD”). En consecuencia, NAVARRETE fue sancionada con una multa ascendente a 240 Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, “UIT”).

Conforme se desprende de lo anterior, en el expediente fueron tratados diversos temas del derecho administrativo, especialmente del derecho a la competencia desleal, y el derecho a la imagen del derecho civil. En ese sentido, en el presente informe se analizarán los siguientes conceptos jurídicos: la legitimidad para obrar en los procedimientos administrativos tramitados ante la Comisión, la naturaleza del procedimiento tramitado ante la Comisión, la finalidad y el modelo adoptado por la LRCD, los alcances de la cláusula general de competencia desleal y el derecho de imagen.

Finalmente, cabe precisar que para la elaboración del presente informe se utilizará el método dogmático, específicamente la dogmática jurídica. Es decir, que el análisis realizado tendrá un enfoque a partir de la normativa, doctrina y jurisprudencia relacionada a las materias antes descritas.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL EXPEDIENTE

La elección del expediente objeto del presente informe se encuentra fundamentada principalmente por tres razones: (i) el conflicto entre el bien jurídico protegido por la LRCD y lo que podría resultar más beneficioso para el consumidor, (ii) la vigencia y reiteración de este caso a lo largo de más de 10 años y (iii) su vinculación con otras materias del derecho.

En primer lugar, considero que es importante analizar los actos de competencia desleal ya que estos no solo pueden afectar a las empresas que concurren en el mercado, sino también a los consumidores. Sin embargo, el expediente elegido presenta un conflicto entre el proceso competitivo y el beneficio de los consumidores.

Conforme se señaló en la introducción al presente informe, NAVARRETE habría podido comercializar sus cromos a un precio muy reducido en comparación con los de PANINI. Ello podría traducirse como beneficioso para los consumidores, dado que el mercado estaría ofreciendo una opción adicional y más económica.

No obstante, de la misma forma en la que los consumidores se habrían ahorrado dinero para adquirir los cromos de NAVARRETE, esta empresa no habría incurrido en los costos necesarios para obtener las autorizaciones de los futbolistas que participaron en el mundial y así poder utilizar sus imágenes en sus cromos.

Así, esta conducta podría afectar el proceso competitivo, pues las empresas que sí incurrieron en dichos costos se encontrarían en una situación desventajosa respecto a NAVARRETE. Lo anterior se debe a que tendrían que concurrir en el mercado con un precio en sus productos más elevados sin que la razón de la diferencia de precios se deba a la eficiencia de NAVARRETE. Además, implica un costo en tiempo, puesto que para obtener las autorizaciones es necesaria una etapa de negociación con los titulares de dichos derechos.

En ese sentido, el expediente objeto de análisis abarca un conflicto entre la protección del adecuado proceso concurrencial (bien jurídico protegido por la LRCD) y lo que podría ser más beneficioso para los consumidores (ahorro de costos para adquirir un producto).

En segundo lugar, este conflicto en el que una empresa distribuye y comercializa cromos sobre los mundiales de fútbol sin contar con la autorización de los futbolistas para

reproducir sus imágenes, mientras que otra empresa incurre en los costos económicos y temporales para obtener dichas licencias, se ha repetido durante más de 10 años.

En efecto, esta conducta ha sido sancionada (misma infracción) en procedimientos anteriores al expediente que ocupa al presente informe con la misma continuidad con la que se celebra este torneo mundial de fútbol. Tal y como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Expediente	Denunciante	Multa
45-1998/CCD	Asociación Distribuidora Las Américas	40 UIT
42-2002/CCD	Compañía Impresora Peruana S.A.	80 UIT
58-2006/CCD	Grupo La República S.A.	90 UIT
130-2007/CCD	Asociación Sindicato de Futbolistas Agremiados del Perú	90 UIT
168-2007/CCD	Futbolistas Agremiados de Bolivia	90 UIT
055-2018/CCD	Capri Internacional S.A.	240 UIT
058-2018/CCD (acumulados)		

Y, en tercer lugar, este expediente vincula distintas materias del derecho. Específicamente, interrelaciona el derecho administrativo, el derecho de la competencia y el derecho civil. En esa línea, involucra conceptos tales como la legitimidad para obrar en los procedimientos de competencia desleal, la naturaleza de los procedimientos administrativos tramitados ante la Comisión, los alcances de la cláusula general y el derecho de imagen.

III. HECHOS RELEVANTES

Conforme se indicó en la sección anterior, el 17 de marzo de 2010 PANINI interpuso una denuncia en contra de NAVARRETE, ante la Comisión por actos de competencia desleal en las modalidades de (i) violación de normas, (ii) explotación indebida de la reputación ajena y, de manera subordinada, (iii) infracción a la cláusula general.

Los argumentos que sustentaron la denuncia de PANINI fueron los siguientes:

- Respecto a la infracción en la modalidad de violación de normas, alegaron que NAVARRETE habría infringido la norma imperativa establecida en el artículo 15 del Código Civil, el cual establece que la imagen de las personas no puede ser aprovechada sin autorización expresa de ellas. Así, dado que NAVARRETE no habría obtenido las autorizaciones de los futbolistas para utilizar su imagen en los cromos, habría infringido la norma imperativa antes referida y le habría permitido salir al mercado con un producto de costo unitario menor a aquel del legítimo titular de los derechos de explotación.
- Respecto a la infracción en la modalidad de explotación indebida de la reputación ajena, señalaron que esta modalidad no se limitaba a la explotación indebida de los signos distintivos de terceros, sino que también se incluía la explotación indebida de la imagen de otro agente económico, como es el aprovechamiento de la imagen de los futbolistas. Ello considerando que la explotación de las imágenes de los futbolistas corresponde en la mayoría de los casos a un tercero, ya que los futbolistas usualmente ceden sus derechos a los clubes o agremiaciones deportivas. Así, NAVARRETE habría cometido esta infracción al aprovecharse de la imagen de los futbolistas sin haber obtenido la autorización de los clubes a los que estos les habrían cedido sus derechos.
- Respecto a la infracción de la cláusula general, indicaron que de no ajustarse a los supuestos de hecho de los artículos 10 y 14 de la LRCO, entonces se sancione a NAVARRETE por infracción a la cláusula general prevista en el artículo 6 de la norma anteriormente mencionada. Ello debido a que la conducta de NAVARRETE (la comercialización de cromos con imágenes de los futbolistas sin la autorización de estas personas o quienes ostenten los derechos para su explotación) es contraria a la buena fe empresarial.

Mediante la resolución de fecha 7 de abril de 2010, la Secretaría Técnica de la Comisión (en adelante, la "Secretaría Técnica") decidió admitir a trámite la denuncia presentada por PANINI y, en consecuencia, imputar a NAVARRETE la presunta comisión de la infracción a la cláusula general, prevista en el artículo 6 de la LRCD.

Ello debido a que NAVARRETE habría comercializado u distribuido un álbum denominado "Mundial Sudáfrica 2010" por medio del diario "Todo Sport" y figuritas con imágenes de los futbolistas que participarán en el Mundial sin contar con las licencias para utilizarlas.

Por su parte, **NAVARRETE presentó su escrito de descargos** el 26 de abril de 2010 y señaló lo siguiente:

- La denuncia es **IMPROCEDENTE** porque PANINI no ha acreditado tener los derechos de imagen de todos los jugadores que participarán en el Mundial.
- Los campeonatos de fútbol son eventos públicos y, por ello, no se requiere ninguna licencia para utilizar las imágenes obtenidas del evento (a diferencia de los signos distintivos de los organizadores). Por ello, solicitaron que la denuncia sea declarada **INFUNDADA**.
- El uso de la imagen de los futbolistas en los cromos no obedece a una explotación comercial de su imagen individual, sino a su condición de miembros de los seleccionados nacionales de fútbol en un evento de carácter público; es decir, en tanto miembros de un colectivo, supuesto previsto como excepción en el artículo 15 del CC. Por lo tanto, la denuncia es **INFUNDADA**.
- La conducta imputada configura una de las excepciones del artículo 15 del CC. Al respecto, indicaron que el álbum y los cromos tienen una naturaleza informativa. Así, precisaron que la excepción del artículo 15 del CC no se restringe a las noticias (sobre eventos actuales), sino que el interés público que justifica dicha excepción puede extenderse hacia información de eventos pasados o futuros. Por tal motivo, la denuncia es **INFUNDADA**.
- En el negado caso de que el álbum de NAVARRETE sea un producto de puro entretenimiento y el interés de los consumidores se encuentre en coleccionar y completarlo, como sostiene PANINI, entonces las imágenes de los jugadores

quedarían despersonalizadas. De esta manera, quedaría disuelto el nexo entre la imagen del futbolista (representación) y la persona en sí (representado), por lo que la conducta imputada no se encontraría dentro de los alcances del artículo 15 del CC pues este presupone dicho nexo.

El 25 de junio de 2010 PANINI presentó un escrito adicional a través del cual contestó los descargos de NAVARRETE de acuerdo al siguiente detalle:

- De acuerdo con el artículo 1 de la LRCD, no se requiere la existencia de una relación de competencia entre el denunciante y el denunciado, ya que basta que se configure la afectación real o potencial del proceso competitivo. En ese sentido, PANINI no debe acreditar su legitimidad como poseedor de los derechos de los treinta y dos (32) seleccionados mundialistas.
- El literal b) del artículo 7° de la ley N° 26566, Normas referidas a la Relación Laboral de los Futbolistas Profesionales de los Clubes Deportivos, precisa que estos tienen derecho a los beneficios de la explotación comercial de su imagen. Y en el caso concreto de PANINI, esta ha obtenido los derechos para explotar la imagen de los futbolistas que participarían en el Mundial a partir de una fuente legítima como son los contratos celebrados con los seleccionados participantes de dicho torneo.
- NAVARRETE sí cuenta con un interés comercial en la explotación de las imágenes, ya que la sola distribución del álbum junto con el diario incrementa el nivel de ventas del diario durante la campaña mundialista y los cromos son comercializados de manera independiente. Más aún, si se considera que los cromos se venden al azar en sobres cerrados a fin de que el consumidor deba realizar varias compras para obtener una determinada imagen.
- El objetivo de todo álbum de cromos es entretener por lo que escapa del supuesto de excepción previsto en el artículo 15 del CC. De acuerdo con el artículo IV del título preliminar del CC, la excepción del artículo 15 del CC debe interpretarse en su sentido más literal; es decir, asociada a razones interés público o fines informativos. Asimismo, de la interpretación sistemática se desprende que la excepción del artículo 15 del CC se aplica exclusivamente sobre noticias y nunca con fines comerciales.

- Una interpretación en contrario conllevaría desconocer el derecho a la propia imagen, ya que la reputación asociada a la imagen de la persona notoria se ha construido en base al esfuerzo e inversión de su titular lo que merece tutela y no desprotección a través de una excepción legal.

El 14 de julio de 2010 se llevó a cabo la audiencia de informe oral en la cual los representantes de PANINI y NAVARRETE desarrollaron los argumentos expuestos en la denuncia y los descargos, respectivamente.

El 15 de julio de 2010 NAVARRETE presentó un escrito mediante el cual resumía los argumentos utilizados en el informe oral anteriormente mencionado. Así, precisaron que su producto estaría explotando el interés informativo de los consumidores y no las imágenes de los futbolistas. Asimismo, alegaron que no se habrían utilizado las imágenes de los futbolistas con un fin comercial en razón a jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional de España. Por último, indicaron que, si su producto era de entretenimiento como afirmaba PANINI, entonces se habría configurado un supuesto de excepción al artículo 15 del CC puesto que este era un derecho fundamental del niño y el adolescente.

Mediante la Resolución N° 210-2010/CCD-INDECOPI del 29 de setiembre de 2010, la Comisión declaró fundada la denuncia contra NAVARRETE por la infracción del artículo 6° de la LRCD y la sancionó con una multa de 240 UIT. La decisión se fundamentó en las siguientes razones:

- Resulta irrelevante que PANINI acredite que cuenta con las autorizaciones para explotar las imágenes de los futbolistas que participarán en el Mundial para tener legitimidad para obrar. Ello debido a que el artículo 28 de la LRCD establece que, en el procedimiento trilateral sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador y la Secretaría Técnica conserva la titularidad de la acción de oficio.
- La regla general del artículo 15 del CC es la prohibición del aprovechamiento de la imagen de las personas sin su consentimiento. La excepción de uso sin autorización se produce cuando está relacionada con hechos de interés general. Lo anterior se cumple cuando la publicación de las imágenes se realiza cuando se da a conocer una noticia (finalidad informativa inmediata).

- En tal sentido, la comercialización del Álbum de NAVARRETE configura una explotación comercial y aprovechamiento indebido de la reputación de los futbolistas, ya que las imágenes se utilizan para satisfacer sus intereses empresariales y no esencialmente con un fin informativo.

Al respecto, el 20 de octubre de 2010 NAVARRETE presentó un recurso de apelación en contra de la Resolución N° 210-2010/CCD-INDECOPI (en adelante, la “Resolución Impugnada”) y solicitó que se revoque la Resolución Impugnada o, en su defecto, se declare nula por indebida motivación. En este recurso NAVARRETE reiteró los argumentos esgrimidos a lo largo del procedimiento y colocó mayor énfasis en lo siguiente:

- El álbum tiene datos de los mundiales y miembros de las selecciones anteriores, así como de las instalaciones deportivas en las que se realizarían los partidos. Por ello, se encuentra bajo la protección del derecho de la libertad de información.
- El uso de las imágenes de los futbolistas se encuentra amparada por la excepción del artículo 15 del CC. Debido a que la notoriedad lograda por los deportistas permite suponer válidamente que ellos han otorgado su consentimiento de manera previa y tácita.
- Para infringir el derecho a la imagen es necesario explotar económicamente un producto. No obstante, el uso que se ha dado en el álbum no individualiza a cada futbolista, sino que de cara al consumidor son números que hay que obtener para poder completar el álbum, por lo que no sería un uso lucrativo.
- En el negado supuesto de que se descartase que se tratase de un producto informativo, debe considerarse que también se trata de un producto de entretenimiento, lo cual configuraría una exclusión a la regla general del artículo 15 del CC al ser un derecho del niño.
- En internet es posible encontrar fotografías de mayor calidad de los futbolistas de manera gratuita, por lo que no resulta un requisito tener los permisos de estos para utilizarlas.

El 26 de junio de 2012 se llevó a cabo la audiencia de informe oral en la cual ambos administrados reiteraron los argumentos esgrimidos a lo largo de la tramitación del expediente.

Finalmente, a través de la Resolución N° 1511-2012/SC1-INDECOPI del 10 de julio de 2012, la Sala confirmó decisión de la Resolución Impugnada y sancionó a NAVARRETE con una multa ascendente a 240 UIT de acuerdo con los siguientes fundamentos:

- La Sala desestimó lo alegado por NAVARRETE respecto a la falta de legitimidad para obrar considerando que nuestra LRCD adoptó el modelo social, según el cual se busca proteger el proceso competitivo y no a los intereses particulares de los competidores, por lo que no es exigible que exista una relación de competencia entre el denunciante y el denunciado.

Asimismo, señaló que el artículo 28 precisaba que los procedimientos “trilaterales sancionadores” de competencia desleal siempre iniciaban de oficio. De esta manera, los denunciantes son meros colaboradores del procedimiento y la Secretaría Técnica conserva la titularidad de la acción de oficio. Por ello, resulta inexigible que PANINI acredite que cuenta con todas las autorizaciones de los futbolistas que participaron en el Mundial.

- Por otro lado, la Sala señaló que, si un agente explota económicamente un producto sin los permisos necesarios para ello, entonces concurre en el mercado ahorrándose los costos en los que su competencia incurre para la comercialización de dichos productos, lo cual vulnera la buena fe empresarial.

Y sobre el derecho de imagen, sostuvo que este derecho cuenta con una esfera patrimonial, según la cual las personas pueden explotar su imagen comercialmente y, de acuerdo con el artículo 15, no es posible utilizar la imagen de una persona para dichos fines sin su asentimiento.

En esa línea argumentativa, descartó los argumentos de NAVARRETE. Por un lado, la Sala señaló que NAVARRETE no se encontraba dentro de la excepción de dicha norma, porque si bien su producto contenía datos, estos tenían un carácter secundario ya que su finalidad principal era entretener a los consumidores y la excepción se encuentra estrictamente vinculada con los fines informativos.

De este modo, consideró que NAVARRETE habría incurrido en la comisión de actos de competencia desleal por comercializar cromos con imágenes de los futbolistas sin obtener la autorización de los titulares de tales derechos.

- Asimismo, descartó la solicitud de nulidad planteada por NAVARRETE debido a que consideró que la Comisión sí estableció que su producto no era informativo y si bien no precisó explícitamente cuál era el concepto de explotación comercial, era posible entender este concepto a partir de inferencias de los fundamentos de la resolución.

IV. IDENTIFICACIÓN, ANÁLISIS Y POSTURA RESPECTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

En el expediente materia de este informe he identificado tres problemas jurídicos relevantes. Los he enunciado en forma de preguntas a fin de presentar una respuesta en esta sección mediante el análisis de los diversos conceptos jurídicos y mi postura al respecto.

En ese sentido, los problemas jurídicos son los siguientes: (i) ¿PANINI contaba con legitimidad para obrar?, (ii) ¿NAVARRETE infringió la cláusula general prevista en el artículo 6 de la LRCD? y (iii) ¿La Comisión motivó debidamente su resolución final?

4.1. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: ¿PANINI CONTABA CON LEGITIMIDAD PARA OBRAR?

En primer lugar, analizaré si PANINI contaba o no con legitimidad para denunciar a NAVARRETE en el expediente objeto del presente informe. En ese sentido, se desarrollará el marco teórico correspondiente a (i) la legitimidad para obrar específicamente en los procedimientos administrativos tramitados ante la Comisión, (ii) la naturaleza del procedimiento objeto del presente informe, y (iii) la finalidad y el modelo adoptado por la LRCD.

Y, posteriormente, brindaré mi posición crítica sobre las posiciones de las empresas y de las dos instancias de la autoridad administrativa para así responder a la interrogante planteada en el problema jurídico objeto de esta sección.

4.1.1. Marco teórico

a) La legitimidad para obrar en los procedimientos ante la Comisión

El artículo 31 de la LRCD establece la posibilidad de impugnar la resolución que declare inadmisibles o improcedentes las denuncias.² No obstante, ni la LRCD ni el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, “TUO de la LPAG”) señalan que la legitimidad para obrar es un requisito para que la autoridad administrativa declare la procedencia de la denuncia.

Sin perjuicio de ello, artículo VIII del TUO de la LPAG establece que las autoridades de la administración no podrán dejar de resolver las cuestiones a su cargo por deficiencia en sus fuentes. Ante lo cual deberán recurrir a los principios del procedimiento administrativo o, en su defecto, a las fuentes supletorias que resulten compatibles con el procedimiento administrativo.³

Por ello, cobra especial relevancia el artículo 128 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 10-2013-JUS (en adelante, “CPC”), el cual establece que corresponde declarar la improcedencia de la demanda ante la omisión o incumplimiento de los requisitos de fondo.⁴

Y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 427 del CPC, uno de estos requisitos para interponer una demanda es la legitimidad para obrar.⁵ De la misma manera, el

² **Ley de Represión de la Competencia Desleal**
Artículo 31.- Resolución de inicio del procedimiento. -

(...)

31.4.- La resolución que declare inadmisibles o improcedentes las denuncias es impugnables ante el Tribunal en el plazo de cinco (5) días hábiles.

³ **TUO DE LA LPAG**
Artículo VIII.- Deficiencia de fuentes

1. Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.

⁴ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**
Artículo 128.

El Juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o éste se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo.

⁵ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**
Artículo 427.

El Juez declarará improcedente la demanda cuando:

1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar;

(...)

artículo 446 inciso 6 del CPC establece que se puede plantear como excepción a la demanda, la falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado.⁶

De esta forma, mediante la aplicación supletoria de las normas de otras fuentes en los procedimientos administrativos antes mencionada, es posible afirmar que **en principio** la denuncia será declarada improcedente si es que el denunciante carece de legitimidad para obrar.

En ese sentido, es importante definir qué es la legitimidad para obrar. De acuerdo con MONROY, la legitimidad para obrar es la identidad exigida entre los sujetos que componen la relación jurídica-material y aquellos que conforman la relación jurídica-procesal, circunstancia que permite al órgano decisor emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo de la materia controvertida. (1994:125)

Por ejemplo, Alessandra decide comprarle una casa a Juan; sin embargo, Juan no cumple con la suscripción de la minuta para inscribir dicha compraventa en el registro correspondiente (relación jurídica-material). Ante dicha situación, Silvia, la hermana de Alessandra, interpone una demanda en contra de Juan para que el juez le ordene el cumplimiento de dicha obligación (relación jurídica-procesal).

Conforme se desprende del ejemplo anterior, no existiría una identidad entre las partes de la relación jurídica material (Alessandra y Juan) y las partes de la relación jurídica procesal (Silvia y Juan). Y, dado que en el ejemplo planteado fue Alessandra la que adquirió el inmueble, Silvia carecería de legitimidad para obrar.

La legitimidad para obrar puede ser activa o pasiva. Será activa cuando no exista correlación entre el demandante y el sujeto de la relación jurídico material y pasiva cuando la falta de correlación se dé con el demandado. Así, siguiendo con el ejemplo anterior, Silvia carecería de legitimidad para obrar activa.

Por el contrario, si Juan hubiera interpuesto una demanda en contra de Silvia por el incumplimiento en el pago de parte de Alessandra, se habría configurado la falta de

⁶ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**
Excepciones proponibles.-
Artículo 446.- El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:
(...)
6. Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado;
(...)

legitimidad para obrar pasiva, ya que nuevamente Silvia no era uno de los sujetos involucrados en la relación jurídica material.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la legitimidad para obrar es una figura propia del derecho procesal, es relevante realizar las siguientes precisiones de la definición que ha sido esbozada:

- El proceso civil versa sobre un conflicto intersubjetivo en el que se confrontan intereses privados y no públicos.
- El demandante es parte del proceso no un mero colaborador.
- La legitimidad para obrar no equivale a tener la titularidad efectiva del derecho.

Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el artículo VIII del TUO de la LPAG, es importante precisar que esta definición será aplicable en el caso que nos ocupa solo si es que resulta compatible con el procedimiento objeto de análisis. A continuación, será desarrollado el marco conceptual respecto a la naturaleza del procedimiento administrativo del expediente objeto de este informe para tales efectos.

b) La naturaleza del procedimiento tramitado ante la Comisión

Como punto de partida de esta sección es importante señalar que el expediente objeto de este informe fue tramitado bajo el texto anterior del artículo 28.2 de la LRCD que calificaba el procedimiento ante la Comisión como “trilateral sancionador”. Es decir, una combinación entre un procedimiento trilateral y un procedimiento sancionador.

Por ello, se analizarán las principales características de ambos tipos de procedimientos para determinar si la figura de la legitimidad para obrar es compatible con las características de estos. Y luego de ello, se presentará la modificación de la LRCD en esta materia para analizar los efectos de dicho cambio normativo en este problema jurídico.

- *Procedimiento administrativo trilateral*

El artículo 229 del TUO de la LPAG ha definido el procedimiento trilateral como un procedimiento contencioso entre dos o más administrados para que sea resuelto por la

entidad de la administración encargada de dicha competencia.⁷ Sobre el particular, MORÓN ha señalado que en el procedimiento trilateral la autoridad administrativa tiene la función de decidir o resolver un problema en el que se encuentra involucrado el interés general (2011: 666).

Asimismo, tomando en cuenta lo precisado por GÓMEZ APAC citando a RAMÓN PARADA, podemos añadir la independencia y la imparcialidad a las características del procedimiento trilateral. (2011:16) En efecto, en este tipo de procedimientos cobra especial relevancia el principio de imparcialidad⁸. Ello debido a que ambos administrados tienen derecho a ser tratados en igualdad en el marco del procedimiento.

Un ejemplo de los procedimientos trilaterales se encuentra bajo la competencia del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL cuando resuelve las controversias que surgen entre empresas operadoras de telecomunicaciones en materia de acceso y/o uso compartido de infraestructura.⁹

En suma, es posible identificar que este tipo de procedimiento cuenta con las siguientes características: la administración resuelve un conflicto surgido entre los administrados, y la administración se encuentra en una posición de independencia e imparcialidad frente al conflicto que resolverá.

- *Procedimiento administrativo sancionador*

Todos los ciudadanos nos encontramos obligados a cumplir con una serie de normas de nuestro ordenamiento jurídico que resguardan un interés general para poder convivir en comunidad. Como consecuencia de dicha situación puede ocurrir que los administrados no cumplan con estas disposiciones.

Precisamente por estas infracciones de las normas, nuestro ordenamiento ha dotado a la administración con la potestad sancionadora. Así, si un administrado comete una

⁷ **TUO DE LA LPAG**

Artículo 229.- Procedimiento trilateral

229.1 El procedimiento trilateral es el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración y para los descritos en el inciso 8) del artículo I del Título Preliminar de la presente Ley. (...)

⁸ **TUO DE LA LPAG**

1.5. Principio de imparcialidad. - Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

⁹ A manera de ejemplo, ver Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 11-2021-TSC/OSIPTEL recaída sobre el expediente N° 017-2018-CCO-ST/CI. Disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/media/3efnbnhf/res011-2021-tsc-exp-017-2018.pdf>

infracción, la administración podrá sancionar la comisión de la infracción en caso de que se determine la responsabilidad de este.

Al respecto, los autores GÓMEZ, ISLA y MEJÍA han definido la potestad sancionadora como un poder que el propio ordenamiento jurídico le otorga a la administración para que pueda reprimir a los administrados que incumplan las normas que este les impone. De esta manera, esta potestad tiene como finalidades disuadirlos de que cometan infracciones, corregir el estado resquebrajado del bien jurídico protegido y sancionar a los infractores. (2010:135)

Ahora bien, respecto a las características de estos procedimientos, el artículo 253 numeral 1 del TUO de la LPAG señala que los procedimientos sancionadores se inician siempre de oficio, ya sea por: (i) iniciativa del órgano administrativo o de un órgano superior debidamente motivado, o, (ii) por una denuncia:

“Artículo 253.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones:

1. El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia” (énfasis y subrayado agregados).

Así pues, indistintamente de que el procedimiento sancionador sea iniciado por impulso de la Autoridad o de una denuncia de parte, este **será siempre de oficio**. Ello, en la medida que el procedimiento sancionador busca proteger el interés público.

Respecto a las razones por las cuales el procedimiento administrativo sancionador inicia siempre de oficio, el profesor DANÓS ha señalado que ello es debido a dos criterios: el primero señala que la potestad sancionadora es una competencia particular de la administración para reprimir las conductas infractoras y el segundo de ellos establece que esta potestad busca desalentar que los administrados cometan infracciones mediante el castigo del incumplimiento de las normas (2019:33).

Conforme se desprende de lo anterior, existe una estrecha vinculación entre las funciones y características del procedimiento administrativo sancionador y la decisión legislativa por la cual este procedimiento inicie siempre de oficio por la autoridad administrativa.

De esta forma, en los procedimientos sancionadores la Administración persigue esclarecer la verdad y la justa resolución de la cuestión planteada, en tanto que a través de esta se busca satisfacer el interés público. Así, en virtud del principio de oficialidad, la Administración llevará a cabo actuaciones tendientes a cumplir con la finalidad señalada, independientemente de la intervención de los particulares que participen en este.

En línea con lo anterior, cabe señalar que, al igual que en el ordenamiento peruano, en el ordenamiento español los procedimientos sancionadores se inician de oficio, ya sea por (i) iniciativa del órgano administrativo o de un órgano superior debidamente motivado o (ii) por una denuncia de parte. Sobre el particular, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ comentan lo siguiente: *“La iniciación del procedimiento (aunque puede preceder unas ‘actuaciones previas’ o preliminares, art. 12 RD) se hace siempre de oficio, si bien puede ser ‘por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición de otros órganos o denuncia’.”* (1999: 185)

En síntesis, podemos afirmar que el procedimiento sancionador: (i) inicia siempre de oficio por lo que la administración conserva siempre la titularidad de la acción, (ii) tiene como finalidades principales disuadir, corregir y sancionar la comisión de infracciones del ordenamiento jurídico, y (iii) protege un interés público.

- *Sobre la modificación legislativa respecto al inicio del procedimiento contemplado en la LRCD*

Luego de ello, nuestros legisladores establecieron que los procedimientos tramitados ante INDECOPI son procedimientos sancionadores. Así, el Decreto Legislativo N° 1205 (“DL 1205”), modificó la LRCD, que señalaba que el procedimiento tramitado bajo dicha normativa se trataba de un “procedimiento trilateral sancionador”, precisándose que este en realidad se trata de un “procedimiento sancionador”:

“Artículo 28.- Formas de iniciación del procedimiento.-

(...)

28.2. En el procedimiento sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador en el procedimiento, conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio. Quien presente una denuncia de parte no requerirá acreditar la condición de competidor o consumidor vinculado al denunciado, bastando únicamente que se repute afectado efectiva o potencialmente por el acto de competencia desleal que denuncia” (énfasis y subrayado agregados).

Así en tanto que los procedimientos en materia de competencia desleal son procedimientos sancionadores, entonces los particulares son meros colaboradores del procedimiento sancionador, correspondiendo la titularidad de la acción solo a la administración.

De acuerdo con la exposición de motivos del DL 1205, esta modificación se realizó debido a que el término “trilateral sancionador” generaba confusión en la naturaleza del procedimiento ya que en el TUO de la LPAG los procedimientos trilaterales y los procedimientos sancionadores se encuentran plenamente diferenciados:

“El uso de este término para denominar a este procedimiento puede generar confusión respecto a la naturaleza del mismo, toda vez que la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, distingue claramente a los procedimientos trilaterales de los procedimientos sancionadores, estableciendo reglas de tramitación propias para cada uno de estos procedimientos.

En este sentido, a fin de eliminar cualquier confusión respecto a la naturaleza de los procedimientos administrativos que se tramitan ante las instancias competentes de nuestra institución por la realización de las conductas prohibidas por estas normas, es que se propone modificar los numerales 18.2 y 28.2 de las mismas, señalando de manera indubitable que ambos procedimientos constituyen procedimientos administrativos sancionadores.”

Esta modificación además resulta coherente con la diferencia de finalidades que persiguen ambos procedimientos. Por un lado, el procedimiento trilateral busca solucionar un conflicto, mientras que el procedimiento sancionador busca corregir y desincentivar la comisión de infracciones. De esta forma, la precisión normativa bajo comentario no deja espacio a incompatibilidades entre las características o las finalidades de estos procedimientos.

Por último, es importante señalar que, tal y como ha sido indicado en la exposición de motivos antes citada, bajo el texto anterior de la norma el procedimiento “trilateral sancionador” iniciaba de oficio y los administrados que interponían la denuncia eran solo colaboradores del procedimiento, siendo la Secretaría Técnica la que conservaba la titularidad de la acción.

c) Sobre la finalidad y el modelo adoptado por la LRCD

Ahora bien, teniendo en cuenta que el procedimiento administrativo tramitado ante la Comisión es un sancionador, por lo que busca proteger un interés público. Es importante precisar cuál es ese bien jurídico protegido por la LRCD. Para ello, es necesario

identificar qué modelo de represión de competencia desleal ha sido adoptado por nuestra legislación, como veremos a continuación.

Al respecto, los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, aprobados por la Resolución N° 001-2019-LIN-CCD/INDECOPI, establecen que *“el sistema de competencia desleal peruano acoge el denominado modelo social de represión de la competencia desleal, el cual se concentra en la protección del proceso competitivo”*.

De lo anterior y del propio artículo 1 de la LRCD se desprende que esta norma ha acogido el modelo social de represión de la competencia desleal, el cual tiene como finalidad principal velar por el correcto funcionamiento del proceso competitivo. A diferencia del modelo “profesional”, mediante el cual se busca tutelar los intereses particulares de los empresarios por los perjuicios causados por los actos desleales realizados por sus competidores (BULLARD y PATRÓN, 2007: 436).

Asimismo, RODRÍGUEZ ha precisado que la razón de que se haya cambiado el bien jurídico protegido por la LRCD del competidor al adecuado funcionamiento del proceso concurrencial en el mercado se debe a que nuestros legisladores advirtieron de que si bien en determinados casos existen conductas que generan un daño a un competidor en particular, pero que benefician al proceso competitivo en general (2013: 20).

De esta manera, es posible afirmar que esta norma no busca proteger los intereses particulares de las empresas que concurren en el mercado. Más bien, tiene como objetivo la protección del interés colectivo que subyace en el proceso competitivo en sí mismo.

4.1.2. Posición del bachiller respecto a los argumentos alegados por las empresas y en las resoluciones del INDECOPI

En el caso que nos ocupa NAVARRETE planteó la falta de legitimidad de PANINI debido a que esta última no acreditó que contaba con la autorización para utilizar las imágenes de todos los jugadores que participarían en el Mundial. Así, si PANINI no contaba con las licencias, no podía alegar que NAVARRETE se habría ahorrado costos para concurrir en el mercado ni tampoco que vulneraba lo establecido en el artículo 15 del CC.

Sobre el particular, la Comisión precisó que resulta irrelevante que PANINI acredite que cuenta con las autorizaciones correspondientes, ya que el artículo 28 de la LRCD establece que, en el procedimiento trilateral sancionador promovido por una denuncia de parte la Secretaría Técnica conserva la titularidad de la acción de oficio.

Por su parte, la Sala también desestimó la alegación de NAVARRETE por el mismo argumento señalado por la Comisión y debido a que la LRCD ha adoptado el modelo social de represión de la competencia, según el cual no es exigible que exista una relación de competencia entre denunciante y denunciado. De esta manera, lo único relevante para el caso es determinar si es que NAVARRETE infringió o no el artículo 6 de la LRCD.

Al respecto, estoy de acuerdo con los criterios adoptados tanto por la Comisión como por la Sala sobre esta materia. Es decir, PANINI sí podía interponer su denuncia en contra de NAVARRETE a pesar de no haber presentado la totalidad de las autorizaciones de los jugadores que participarían en el Mundial.

Por un lado, es necesario considerar la relación entre la naturaleza del procedimiento y la figura de la legitimidad para obrar. De acuerdo con el artículo VIII del TUO de la LPAG, para que las normas de la legitimidad para obrar del derecho procesal resulten aplicables de manera supletoria al procedimiento administrativo, debía ser compatible con las características del procedimiento en cuestión.

Sin embargo, conforme fue mencionado anteriormente, el procedimiento objeto de este informe fue calificado por la norma anterior como “trilateral sancionador” lo que implicaba una combinación de ambos procedimientos. Asimismo, de acuerdo a las características de ambos tipos de procedimiento es posible determinar que la legitimidad para obrar pasiva resultaba compatible con el procedimiento trilateral, mas no con el procedimiento sancionador.

Ello debido a que, en el procedimiento sancionador, la titularidad de la acción recae exclusivamente en la administración, siendo el denunciante un mero colaborador del procedimiento. En efecto, NAVARRETE alegó la falta de legitimidad para obrar de PANINI dado que consideraba que el procedimiento buscaba solucionar una controversia entre administrados.

En ese sentido, se puede apreciar que calificar un procedimiento administrativo como trilateral y sancionador en simultáneo puede conllevar a que surjan incompatibilidades. Ello debido a que el procedimiento trilateral y el procedimiento sancionador persiguen finalidades distintas.

Por un lado, en el procedimiento trilateral la administración tiene como finalidad solucionar la controversia que ha surgido entre los administrados. Y, por otro lado, el procedimiento sancionador es una manifestación del *ius puniendi* del estado y busca corregir las infracciones cometidas por los administrados.

Es así que la precisión realizada por el DL 1205, respecto a la calificación de los procedimientos tramitados ante la Comisión como procedimientos sancionadores, zanja esta controversia. Puesto que los denunciantes son meros colaboradores del procedimiento como es el caso de un proceso judicial.

Sin perjuicio de lo anterior, si bien el procedimiento estaba calificado como “trilateral sancionador”; es decir, que contaba con características de ambos tipos de procedimientos, el texto anterior de la norma explícitamente indicaba que el procedimiento iniciaba de oficio (característica del procedimiento sancionador, que como hemos visto resulta incompatible con la figura de la legitimidad para obrar pasiva del administrado denunciante), por lo que aún sin la modificación incorporada por el DL 1205 la legitimidad para obrar ya era incompatible con las características de este procedimiento.

Adicionalmente, la exposición de motivos del DL 1205 también refuerza esta postura debido a que en ella se indicó que la modificación tenía como objeto aclarar la naturaleza del procedimiento administrativo como uno sancionador dadas las confusiones que se habrían generado por la calificación anterior.

Por otro lado, resulta relevante considerar que el bien jurídico que protege la LRCD es el proceso competitivo en sí y no los intereses particulares de los competidores. Así, cualquier empresa puede interponer una denuncia por actos de competencia desleal independientemente de si cuenta o no con una relación de competencia con la empresa denunciada o si se materializó o no una afectación real con la conducta denunciada.

Por tal motivo, si bien PANINI no presentó todos los contratos que -en principio- habría celebrado con los seleccionados que participaron en el Mundial y le permitirían explotar

las imágenes de los futbolistas, no tiene que acreditar dicha circunstancia ya que es irrelevante si la conducta de NAVARRETE generó o no un perjuicio efectivo a los intereses particulares de PANINI.

Más aún, al no ser exigible que exista una relación de competencia entre el denunciante y el denunciado, es posible afirmar que el denunciante podría estar cometiendo la misma infracción que el denunciado, pero ello no lo enerva de poder interponer su denuncia. Es decir, incluso si PANINI tampoco contase con las autorizaciones para explotar las imágenes de los futbolistas, su denuncia sería declarada procedente. Ello sin perjuicio de que la Secretaría Técnica pueda también iniciar una investigación y, posteriormente, un procedimiento sancionador en su contra.

En tal sentido, es posible concluir que, dada las características del procedimiento bajo el cual se tramitó este expediente y el bien jurídico protegido por la LRCD, correspondía desestimar la alegación de NAVARRETE respecto a la falta de legitimidad para obrar pasiva de PANINI.

4.2. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: ¿NAVARRETE INFRINGIÓ LA CLÁUSULA GENERAL ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 6 DE LA LRCD?

En segundo lugar, se analizará si NAVARRETE cometió actos de competencia desleal e infringió la cláusula general prevista en el artículo 6 de la LRCD. En ese sentido, se desarrollará el marco teórico correspondiente a (i) los alcances de la cláusula general y (ii) el derecho de imagen.

Luego de ello, brindaré mi posición crítica sobre las posiciones de las empresas y de las dos instancias de la autoridad administrativa para así responder a la interrogante planteada en el problema jurídico objeto de esta sección.

4.2.1. Marco teórico

a) Sobre la cláusula general

Como punto de partida es importante precisar que la sola concurrencia de empresas en el mercado en una situación de competencia implica que la actividad de una pueda generarle un perjuicio o daño a la otra. Así, las ventas de una empresa generan que la

empresa que comercializa los mismos productos/servicios o sus sustitutos haya perdido la oportunidad de concretar dichas transacciones.

En línea con lo anterior, STUCCHI ha descrito esta situación de la siguiente manera:

“La pugna entre agentes económicos por lograr la realización de transacciones sobre bienes o servicios implica la existencia de una tensión competitiva en el mercado. La competencia que se produce entre los agentes se verifica tanto desde la posición de la demanda como desde la posición de la oferta. Ello, pues una empresa compite con otras no solamente por lograr clientes, sino además por adquirir los mejores insumos disponibles para su actividad productiva. (...) En un contexto competitivo, cada transacción lograda por una empresa es una menos que puede lograr su competidora.” (2007: 288)

Sin embargo, no todo daño concurrencial será considerado como ilícito. Por ejemplo, si Samsung decide salir al mercado con su último celular a un precio menor que el correlativo de la marca Huawei, es probable que obtenga mayores ventas que esta última. Y tal y como señala STUCCHI en la cita anterior, cada venta que consiga Samsung significará una transacción menos para Huawei.

El ejemplo antes descrito es considerado un daño lícito o permitido por nuestro ordenamiento. Ello en razón de que nuestra norma parte de la premisa de que existen daños generados porque una de las empresas es más eficiente que su competencia, lo cual deviene en beneficio para el consumidor.

En efecto, si una empresa es más eficiente que su competencia, implica que puede comercializar sus productos o brindar sus servicios con menor costo en tiempo o dinero, o puede brindar un mejor producto/servicio.

Pues bien, de la misma forma que existen daños concurrenciales lícitos, también hay ciertos actos concurrenciales que son considerados como ilícitos por nuestro ordenamiento. En ese sentido, la LRCD tiene previsto en su artículo 6 la denominada cláusula general de competencia desleal, a partir de la cual se encuentran prohibidos todos aquellos actos que resulten contrarios a la buena fe empresarial. De manera específica, establece lo siguiente:

“Artículo 6.- Cláusula general. -

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

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

Sobre el particular, la Sala emitió un precedente de observancia obligatoria (en adelante, el “Precedente Caballero Bustamante”) mediante la Resolución N° 455-2004/TDC-INDECOPI en el cual se estableció, entre otros, que la cláusula general “*contenida en el artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal constituye la tipificación expresa exigida por el artículo 230.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, siendo la única disposición que contiene una prohibición y mandato de sanción de los actos de competencia desleal.*”

Si bien existe controversia en la doctrina respecto al Precedente Caballero Bustamante,¹⁰ lo cierto es que INDECOPI ya estableció que este artículo es la única tipificación infractora de la LRCD.

Ahora bien, respecto al contenido del acto de competencia desleal, de una lectura al artículo antes citado se desprende que la conducta que infrinja la cláusula general será aquella que sea contraria a la buena fe empresarial. Por ello, corresponde ahondar en el significado de “buena fe empresarial”.

Al respecto, GUZMÁN ha comentado lo siguiente sobre el concepto de “buena fe empresarial”:

“Lo que ocurre es que podríamos decir que la buena fe competencial, que es un concepto que abarca mejor a lo que nos referimos, implica la realización de actividades en el mercado cumpliendo determinados principios que se consideran indispensables para que la competencia funcione adecuadamente, directamente ligados a su vez con los principios rectores de la actividad económica. El daño concurrencial, es en principio lícito, pero el mismo debe ser resultado del comportamiento eficiente del competidor y no de mecanismos que no son consistentes con dichos principios” (2011:246)

Como primera aproximación a “la buena fe empresarial” tenemos entonces que se trata de un concepto jurídico indeterminado. En palabras del Tribunal Constitucional “*se habla de este tipo de conceptos cuando la norma que los recoge define el supuesto de hecho*

¹⁰ Este precedente ha sido criticado debido a que la cláusula general dejaría de ser residual, vulneraría el principio de tipicidad y que INDECOPI podría estar ejerciendo una función legislativa. Para mayor ahondamiento de estos cuestionamientos ver: EZCURRA, Huascar y CHAVEZ, Christian - “La Cláusula General Prohibitiva”. En: El Derecho de la Competencia Desleal. Lima: UPC, 2007.

Y también: RODRÍGUEZ, Gustavo - “Cláusula general de competencia desleal en el Perú: Lo bueno, lo malo y lo espantoso”. En: Derecho & Sociedad. Lima, número 49, 2017, pp. 239-247.

a través de formulaciones abstractas que solamente pueden ser materializados en su aplicación práctica.”¹¹

Es decir, el concepto de “buena fe empresarial” se materializa con el desarrollo de los casos. Sin perjuicio de ello, este autor también ha señalado que los actos contrarios a la buena fe empresarial vendrían a ser aquellos daños concurrenciales que no provengan de la eficiencia de uno de los competidores.

En línea con lo anterior, STUCCHI confirma que la “buena fe empresarial” se presenta cuando los agentes económicos tratan de obtener la predilección de los consumidores hacia sus bienes o servicios mediante la eficiencia en su oferta como, por ejemplo, mediante menores precios, mejor calidad, menor tiempo de atención, entre otras. (2007: 294)

Así, es posible afirmar que si la conducta de un agente económico le brinda un ahorro o reducción en los costos de producción o comercialización de su producto sin que resulte del mérito de su eficiencia, nos encontraremos ante un acto de competencia desleal sancionado por la cláusula general.

Ahora bien, para determinar si efectivamente en el caso del aprovechamiento comercial de las imágenes de las personas sin obtener su autorización nos encontramos ante un acto de competencia desleal es necesario ahondar en el marco conceptual sobre el derecho de imagen como realizaremos a continuación.

b) Sobre el derecho de imagen

Todas las personas tenemos una imagen, una voz, un nombre y muchas otras características que definen nuestra identidad. En la presente sección, me enfocaré en el tratamiento jurídico que ha recibido en nuestro país la primera de ellas: la imagen.

Para definir este derecho podemos tomar como punto de referencia lo señalado por ESPINOZA citando a PERLA VELA OCHAGA al señalar que este derecho consiste en “gozar, usar y disponer de las representaciones sensibles de su propia imagen con exclusión de los demás” (2012:573).

¹¹ Sentencia recaída en el expediente N° 01505-2018-PA/TC de fecha 11 de febrero de 2021. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/01505-2018-AA.pdf>

A partir de este concepto es posible afirmar que la protección de la imagen de las personas recae sobre sus representaciones. Por ejemplo, a través de las fotografías, las pinturas, las caricaturas, entre otras formas que permitan identificar gráficamente a una persona.

Sobre esta definición, es importante precisar que el derecho a la imagen protege tanto la representación total como la parcial de la persona. Y en cuanto a esta última, no se encuentra limitado a una sola parte del cuerpo como podría ser el rostro, que es la parte que mejor representa la identidad de una persona, sino que abarca cualquier rasgo que permita reconocer a una persona (VARSI 2014:563). Por ejemplo, ver el bigote de Mario Moreno, conocido como “Cantinflas”, nos permite saber a quién es esa persona sin tener que visualizar todos sus rasgos corporales.

Al respecto, BALAREZO ha indicado que el derecho a la imagen comprende tres aspectos: (i) la captación o la forma en la que se obtiene la representación gráfica de una persona, (ii) la reproducción de la imagen y (iii) su publicación o divulgación (2020:150).

Para apreciar cómo se manifiestan los aspectos antes descritos podemos usar como ejemplo el inicio de los *Premios Oscar*. Una de las actrices invitadas a este evento fue Emma Stone y, como muchas otras celebridades, se detuvo en la alfombra roja para ser fotografiada (captación). Luego de ello, el fotógrafo decidió trasladar las capturas que había realizado de la actriz a una computadora para editarlas (reproducción). Y, finalmente, fueron divulgadas en internet para su comercialización o visualización por el público (publicación).

Respecto a la naturaleza de este derecho, ESPINOZA señala que el derecho a la imagen es un derecho extrapatrimonial y que la disposición de este derecho pueda suponer un pago no cambia su naturaleza (2012:579). Lo anterior nos permite afirmar que el uso de la imagen de una persona puede ser susceptible de una contraprestación económica, conforme se detallará más adelante.

En nuestro ordenamiento jurídico el derecho de imagen se encuentra protegido en la Constitución Política del Perú, el Código Civil y la Ley de Protección de Datos Personales. Sin embargo, para los efectos del presente informe me referiré únicamente a los dos primeros cuerpos normativos.

Por un lado, la Constitución Política otorga su protección al derecho de imagen en el numeral 7 de su artículo 2 al reconocer que *“toda persona tiene derecho a: 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias”*.

Mediante la Sentencia recaída sobre el Expediente N° 0446-2002-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha precisado que el derecho a la imagen: *“protege, básicamente, la imagen del ser humano, insita en la dignidad de la que se encuentra investido, garantizando el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos, como son la imagen física, la voz o el nombre; cualidades definitorias, inherentes e irreductibles de toda persona”*¹²

Así, podemos afirmar que el derecho de la imagen tiene una estrecha vinculación con el derecho a la libertad ya que tenemos con facultad de elegir cómo identificarnos y definirnos. Y con el derecho a la dignidad al ser una expresión o manifestación de esta.

De igual manera, en la Sentencia recaída sobre el Expediente N° 1970-2008-PA/TC el Tribunal Constitucional estableció que este derecho tiene dos dimensiones conforme se detalla a continuación:

*“Este derecho tiene dos dimensiones a) negativa y b) positiva. En cuanto a la dimensión negativa, el derecho a la propia imagen implica la posibilidad que tiene el sujeto prima facie de prohibir la captación, reproducción y/o publicación de su imagen, cuando no medie su consentimiento. La dimensión positiva de este derecho se refiere a la facultad que tiene el sujeto de determinar el uso de su imagen, lo que lo faculta a ‘obtener su imagen, reproducirla o publicarla’.”*¹³

A partir de lo señalado por el Tribunal Constitucional, es posible afirmar que, en virtud del derecho de imagen, toda persona tiene la posibilidad de prohibir o autorizar el uso de su imagen por un tercero. Es decir, el elemento fundamental para que se pueda utilizar o no la imagen de una persona es el consentimiento.

En esa línea, el artículo 15 del CC ha previsto el derecho de imagen de la siguiente manera:

Derecho a la imagen y voz

¹² Sentencia recaída sobre el Expediente N° 0446-2002-AA/TC de fecha 19 de diciembre de 2003. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00446-2002-AA.html>

¹³ Sentencia recaída sobre el Expediente N° 1970-2008-PA/TC de fecha 30 de mayo del 2011. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01970-2008-AA.html>

Artículo 15.- 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.

La regla general establecida en este artículo es que la imagen de las personas no puede ser utilizada sin la autorización expresa del titular. Y, de manera excepcional, es posible usar la imagen de las personas notorias sin su consentimiento por razones de interés público de acuerdo a los supuestos taxativos que establece el segundo párrafo del citado artículo.

Respecto a esta excepción, el profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO sostiene que *“existe la posibilidad de difundir la imagen o la voz de la persona, en resguardo del legítimo derecho social a la información, cuando se trate de personas notorias y de hechos de interés público o de importancia para la comunidad.”* (1996:76)

Conforme es posible advertir, la aplicación del supuesto excepcional del uso de imagen sin consentimiento de su titular implica que la finalidad de dicha utilización sea con fines esencialmente informativos. Como lo realizan, por ejemplo, los programas noticieros en los que usualmente se transmiten imagen de las personas con una finalidad esencialmente informativa.

Siguiendo con el criterio anterior, consideró que esta excepción debe ser interpretada de manera restrictiva porque el derecho a la imagen se encuentra consagrado a nivel constitucional y la restricción se encuentra establecida en una norma con un rango inferior.

En tal sentido, de acuerdo con el criterio de interpretación por resultado, las restricciones de un derecho fundamental establecidas por una norma de rango legal deben ser interpretadas también de manera restrictiva para garantizar la protección del dicho derecho. Al respecto, RUBIO sostiene lo siguiente respecto a la interpretación restrictiva de las restricciones a los derechos fundamentales:

“el principio pro homine conduce a interpretar restrictivamente las restricciones a los derechos y a interpretar extensivamente los derechos constitucionales para darles, por tanto, mayor protección. La regla general es que los derechos se aplican cada vez que exista la posibilidad de hacerlo y, aun en el caso de diversas interpretaciones posibles, es necesario elegir la más favorable a ellos.” (2005: 369)

Una interpretación distinta de esta excepción al consentimiento para utilizar la imagen de una persona tendría como resultado que se entienda la restricción del derecho de imagen de manera amplia, lo cual vulneraría este derecho fundamental.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante señalar que con los constantes cambios tecnológicos que se han producido en los últimos años (crecimiento del internet y surgimiento de las redes sociales), en el derecho comparado este tipo de excepciones son incluso más restrictivas.

Por ejemplo, en una reciente sentencia, el Tribunal Constitucional de España estableció que los medios de comunicación no pueden publicar información sustraídas de las redes sociales para ilustrar informaciones con las imágenes de las personas si no tienen el consentimiento expreso de los afectados:

“El titular del derecho fundamental debe autorizar el concreto acto de utilización de su imagen y los fines para los que la otorga. El consentimiento prestado, por ejemplo, para la captación de la imagen no se extiende a otros actos posteriores, como por ejemplo su publicación o difusión. De la misma manera debe entenderse que la autorización de una concreta publicación no se extiende a otras, ya tengan la misma o diversa finalidad que la primigenia. (...) Por ello, el usuario de Facebook que “sube”, “cuelga” o, en suma, exhibe una imagen para que puedan observarla otros, tan solo consiente en ser observado en el lugar que él ha elegido (perfil, muro, etc.).”¹⁴

Si bien el caso reseñado no trata de una persona notoria, es ilustrativo respecto al consentimiento y las imágenes se encuentren publicadas en una página de internet o una red social, lo cual será relevante para el análisis que se realizará en la siguiente sección.

De esta manera, el hecho de que una imagen de una persona se encuentre en una página de acceso público no libra a los terceros de obtener la autorización para utilizar dicha imagen, pues el consentimiento que la persona pudo haber dado para que su

¹⁴ Sentencia 27/2020 de fecha 24 de febrero de 2020. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26246>

imagen se reproduzca en una página no implica que se pueda reproducir en otros medios.

Ahora bien, también es cierto que las personas que obtienen cierto reconocimiento en la sociedad (p.e. deportistas destacados, artistas, *influencers*) resultan más atractivas para los agentes económicos que quieran utilizar sus imágenes para satisfacer sus propios intereses económicos (p.e. publicitar sus productos) frente al resto de ciudadanos que no poseen dicho reconocimiento.

Por ejemplo, la marca de equipos y ropa de deportes de contacto Venum podría estar interesada en obtener la autorización para explotar comercialmente la imagen del reconocido excampeón mundial de boxeo Vasyl Lomachenko y no en la de un bachiller en derecho que nunca ha practicado este deporte en su vida.

Precisamente, porque la imagen del primero permitirá generar una conexión con su público objetivo que la imagen del segundo no. La valoración de la imagen de los deportistas por los agentes económicos (tanto los consumidores como las empresas) varía en función del reconocimiento social que estos hayan alcanzado y se encuentran estrechamente vinculadas.

Así, siguiendo con el ejemplo anterior, la empresa Venum tendrá mucho mayor interés en contratar a Vasyl Lomachenko que en Romulo Koasicha (boxeador mexicano) para que patrocine su marca, puesto que el segundo no tiene el reconocimiento social y deportivo con el que cuenta el ex campeón ucraniano. Y, del otro lado de la moneda, los consumidores se verán más incentivados en comprar los productos que utiliza o recomienda el boxeador con mayor reconocimiento.

En este sentido, NOGUERIRA ha señalado que la imagen de las personas es posible de ser explotada comercialmente por terceros mediante la autorización de uso. Este autor precisa que esta onerosidad de la imagen es posible para aquellas personas que tienen cierta exposición pública como los deportistas (2007: 272).

Conforme indica este autor, la perspectiva patrimonial del derecho de imagen ha sido denominado por la doctrina como "*Right of Publicity*" y tiene su origen en la jurisprudencia de Estados Unidos. Respecto al origen de este concepto jurídico, BARNETT señala claramente lo siguiente:

“Lo que ocurrió fue que, cuando los famosos alegaron que su derecho a la intimidad había sido violado por la apropiación de sus nombres o imágenes con fines comerciales, los tribunales consideraron que era difícil ver cómo los famosos, siendo famosos, tenían derecho a la intimidad. De hecho, los famosos generalmente no se quejaban del uso de sus nombres e imágenes, ni siquiera de la naturaleza comercial del uso, sino de no haber sido pagados por ese uso. Como resultado, a partir de 1953, los tribunales comenzaron a reconocer un “derecho de publicidad” independiente. Esta doctrina reconoce que, independientemente de que los famosos tengan o no un derecho a la “intimidad”, tienen derecho a que se les pague por el uso comercial de sus nombres, imágenes u otros atributos.”¹⁵ (1999:559)

Sobre el particular, me gustaría colocar especial énfasis en el origen de este aspecto del derecho de imagen por su relación con el caso que es materia de este informe. Como ha sido indicado por el autor antes citado, a los tribunales les resultó difícil comprender que los famosos pudieran tener un derecho a la intimidad, pero reconocían que tenían un derecho a percibir ingresos por el uso de su imagen.

Es decir, que la popularidad de una persona no enerva la existencia de un esfuerzo detrás de la construcción de su imagen y que el uso de esta puede ser objeto de una retribución económica.

Por su parte, respecto al contenido del “*Right of Publicity*”, CAVERO sostiene que este derecho protege la imagen, representación y otras características de sus titulares frente al uso comercial de parte de terceros sin su consentimiento. Y se encuentra justificado en el resguardo del ordenamiento jurídico frente a los actos de apropiación indebida de la reputación ajena (2012:213).

Conforme se desprende de lo anterior, el “*Right of Publicity*” es una manifestación de la esfera patrimonial del derecho de la imagen mediante el cual las personas tienen derecho a recibir una contraprestación económica por la explotación comercial de su imagen por terceros.

Para que estos terceros puedan usar la imagen de los deportistas y obtener beneficios económicos a partir de ella, es necesario que cuenten con el consentimiento de los deportistas. Al respecto, ANTEQUERA cita un caso de la jurisprudencia del Tribunal de

¹⁵ Traducción propia. El texto original es el siguiente: “*What happened was that, when celebrities claimed that their right of privacy had been violated by the appropriation of their names or likenesses for commercial purposes, the courts found it hard to see how celebrities, being celebrities, had any claim to privacy. Indeed, the celebrities generally were not complaining about the use of their names and likenesses, or even about the commercial nature of the use, but rather about not having been paid for that use. As a result, beginning in 1953, courts began to recognize an independent “right of publicity.” This doctrine acknowledges that, whether or not celebrities have a “privacy” claim, they have a right to be paid for the commercial use of their names, likenesses, or other attributes.*”

Justicia del Estado de Río do Grande Do Sul de Brasil en el cual se discutía si era válida la disposición del derecho de imagen de un jugador a una editorial a cargo de la elaboración de un álbum mediante el contrato laboral, se estableció que *“tratándose del uso indebido y no autorizado de la imagen, evidentemente para su explotación comercial y con finalidad lucrativa, no puede hablarse de una autorización tácita”* (2012:458).

Por otro lado, es importante realizar la diferencia entre este aspecto del derecho de imagen y el derecho de arena. En palabras de VARSÍ este último: *“es una modalidad del derecho de autor mediante el cual se paga al deportista profesional una suma de dinero por la difusión televisiva de su imagen en el evento deportivo en el que participa”* (2014: 583)

Por ejemplo, Latina obtuvo los derechos de la FIFA para la reproducción de los partidos del Mundial Qatar 2022 con lo cual este canal de televisión abierta podrá reproducir los partidos de fútbol y en ellos podremos visualizar la imagen de los futbolistas que participen en este torneo, pero ello no implica que Latina cuente con los derechos para explotar comercialmente la imagen de Kylian Mbappé.¹⁶

Por último, es importante considerar que en España se produjo un caso muy similar al que nos ocupa en el presente informe. En esta jurisprudencia, una empresa que se dedica a la comercialización de álbumes de cromos demandó que su competencia estaba comercializando un álbum de cromos sin haber adquirido los derechos de imagen correspondientes. Ante lo cual el Tribunal Supremo Español señaló que la empresa demandada:

“competía en el mercado con la actora-reconvenida había adquirido todos los derechos necesarios para lanzar su colección de cromos, las recurrentes lo hacían totalmente al margen del coste que les habría supuesto la adquisición de derechos de muy diversa índole pertenecientes a sujetos plurales, lo cual no puede por menos que calificarse como objetivamente contrario a las más elementales exigencias de la buena fe”.¹⁷

4.2.2. Posición del bachiller respecto a los argumentos alegados por las empresas y en las resoluciones del INDECOPI

¹⁶ Información extraída de la noticia: <https://larepublica.pe/deportes/2022/05/16/qatar-2022-latina-confirma-que-transmitira-el-mundial-para-todos-los-peruanos-atmp/> Consultada el 7 de julio de 2022.

¹⁷ Tribunal Supremo Español. Sentencia de la Sala de lo Civil de fecha 28 de noviembre de 2007. Roj: STS 8124/2007. N.º de Resolución: 1212/2007. Disponible a través de la plataforma del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) <https://www.poderjudicial.es/>.

En el presente caso, PANINI denunció a NAVARRETE por infringir la cláusula general al comercializar un álbum de cromos con alusión al Mundial en el cual reproducían las imágenes de los futbolistas sin obtener las autorizaciones correspondientes. Por su parte, NAVARRETE descargó la imputación señalando que se encontraban en el supuesto excepcional del artículo 15 del CC, ya que su producto era informativo, por lo que no debían obtener las autorizaciones.

La Comisión resolvió declarando la responsabilidad administrativa de NAVARRETE debido a que consideró que la excepción del artículo 15 del CC solo resulta aplicable con una finalidad informativa inmediata; es decir, para informar en una noticia. Y el álbum y los cromos de la denunciada tenían una finalidad comercial.

La Sala decidió confirmar la decisión de la Comisión, ya que la excepción del artículo 15 del CC es una restricción al derecho de imagen, por lo que para que sea posible de ser alegado es necesario que se persiga un fin estrictamente informativo y el producto de NAVARRETE era predominantemente de entretenimiento, mientras que la información que recibe el consumidor constituye únicamente un elemento secundario.

Al respecto, estoy de acuerdo con los criterios adoptados tanto por la Comisión como por la Sala sobre esta materia. Es decir, considero que NAVARRETE infringió la cláusula general de la LRCD en tanto que explotó comercialmente las imágenes de los futbolistas que participaron en el mundial sin obtener la autorización correspondiente.

En primer lugar, es importante precisar que en el caso que ocupa al presente informe el hecho de que NAVARRETE no contara con ninguna autorización de los futbolistas para reproducir sus imágenes en los cromos autoadhesivos que comercializaban no es un hecho controvertido.

De la misma manera, no es un hecho controvertido que los futbolistas que participaron en el Mundial son considerados como personas notorias. En tanto que se trata de deportistas destacados y participaron en el torneo más importante en el deporte que ejercen como profesión.

Tampoco constituye un hecho controvertido en este caso que, si es que se determina que es necesario la autorización para el uso de las imágenes de los futbolistas, se habría incurrido en una conducta contraria a la buena fe empresarial y, por ende, en un acto de competencia desleal que vulneraría la cláusula general.

Ahora bien, tal y como señaló PANINI en su escrito de descargos, con motivo de la celebración de un torneo mundial organizado por la FIFA, existen diversos derechos que son licenciados a favor de las empresas para que puedan ser explotados comercialmente. Entre estos derechos se encuentran el derecho de retransmisión por televisión de los partidos de fútbol, el derecho para utilizar los signos distintivos de la FIFA, el derecho para utilizar las imágenes de los futbolistas, entre otros.

Para los efectos que competen al presente informe, nos enfocaremos en los derechos de uso de imagen de los futbolistas. Sobre el particular, los futbolistas suelen ceder sus derechos a un tercero como son los clubes de fútbol o sus selecciones para que ellos puedan disponer de ellos en los casos de celebraciones de torneos relevantes para dicho deporte. Lo anterior no impide que los futbolistas por su cuenta también puedan patrocinar a otras marcas distintas como individuos con la explotación de su imagen.

Así, las empresas que quieren utilizar las imágenes de los futbolistas que participarán en un mundial tendrán que negociar con las selecciones de fútbol o participar en los concursos que estos organicen (en caso se otorguen en exclusividad). De este modo, contrariamente a lo señalado por NAVARRETE, la notoriedad lograda por los deportistas, no hace presumir que este presta su anticipado y tácito asentimiento a la publicidad de su propia imagen.

Así, si NAVARRETE debía obtener las autorizaciones de los futbolistas para utilizar sus imágenes y no lo hizo, entonces se habría ahorrado los costos tanto económicos (porque no habría tenido que pagar por los derechos de explotación comercial de las imágenes) y de tiempo (ya que al no tener que negociar los contratos con los titulares pudo salir al mercado con su producto antes, sobre todo considerando que se trata de un producto coyuntural).

Lo anterior configuraría un acto contrario a la buena fe empresarial porque este beneficio en ahorro de costos que habría obtenido NAVARRETE no derivaría de su propia eficiencia, sino de concurrir en el mercado sin las autorizaciones correspondientes. De esta forma se configuraría la vulneración a la cláusula general prevista en el artículo 6 de la LRCD.

Ahora bien, NAVARRETE argumentó que se encontraban dentro de la excepción prevista en el artículo 15 CC porque su producto era informativo. Es decir, la denunciada

consideró que no era necesario que obtuviera las autorizaciones para concurrir en el mercado porque se encontraba amparada por lo establecido en la referida norma.

Al respecto, conforme indicamos anteriormente, estamos de acuerdo con el criterio de la Sala respecto a que los productos del Denunciado tenían una finalidad principal de entretenimiento y las características informativas eran secundarias, con lo cual se encuentra fuera del supuesto de la excepción prevista en el artículo 15 del CC.

Sin perjuicio de ello, la Sala no precisó porque el carácter informativo de los medios de comunicación se diferencia del que supuestamente tendría el álbum de NAVARRETE. Por ello, realizaremos una comparación entre el modelo de negocio de los medios de comunicación, y la comercialización de los álbumes y cromos autoadhesivos.

Los medios de comunicación como los periódicos o los noticieros son mercados de dos lados. Ello debido a que se trata de plataformas en la cual interactúan, por un lado, las empresas que publicitan sus marcas (ya sea en los comerciales o en algún espacio del diario) y, por otro lado, los consumidores del periódico o del programa noticioso.

De esta manera, los medios de comunicación no lucran con las imágenes de las personas notorias que utilizan para informar acerca de un determinado acontecimiento, sino con el pago de la publicidad de parte de los anunciantes. Y los anunciantes tendrán interés en publicitar en los medios de comunicación en tanto que puedan obtener la atención de los consumidores.

Por el contrario, el Denunciado obtiene sus ganancias directamente de la comercialización de los cromos autoadhesivos que reproducen las imágenes de los futbolistas. En efecto, conforme fue señalado a lo largo del expediente, el álbum se entregaba de manera gratuita con la adquisición del diario "Todo sport". Por tal motivo, existe una finalidad directa de explotar comercialmente las imágenes de los futbolistas de parte de NAVARRETE.

Más aún, si se considera que los cromos autoadhesivos son comercializados de manera aleatoria. Es decir, que las figuras con las imágenes de los jugadores se comercializaban en sobres cerrados. De esa forma, los consumidores no sabían qué imágenes podrían obtener con su compra, lo cual incentivaba a que vuelvan a comprar más sobres hasta obtener la imagen del jugador que deseaban.

A ello debe adicionarse que la finalidad que persiguen los consumidores detrás de la adquisición de un álbum del Mundial vacío es precisamente completarlo con las figuras de los jugadores y poder coleccionarlo. Considerando que estos no saben qué cromos adquirirían con cada compra y que buscaban llenar el álbum, la estrategia comercial del Denunciado resulta evidente: reducir la cantidad de los cromos de ciertos jugadores para así generar escasez y que los consumidores realicen múltiples compras. Lo anterior queda evidenciado además pues los consumidores tenían que realizar intercambios de figuras para llenar su álbum.

En línea con lo anterior, NAVARRETE alegó que para que el uso de las imágenes tuviera una finalidad comercial era necesario que se individualice la imagen de cada futbolista. Según este argumento, las imágenes utilizadas tenían entre sí el mismo valor. No obstante, no todas las figuras de los jugadores valdrían lo mismo de acuerdo con la estrategia de escasez desarrollada anteriormente.

Así, a modo de ejemplo, los cromos autoadhesivos que reproducían las imágenes de Cristiano Ronaldo o Lionel Messi probablemente no se produjeron en la misma cantidad que las figuras de Rhys Williams, defensor de la selección de Australia. Ello debido a que las figuras más codiciadas por los consumidores suelen ser aquellas de los jugadores con mayor reconocimiento en este deporte, tal y como fue desarrollado en la sección anterior con el ejemplo del boxeador Vasyl Lomachenko e Issac Cruz.

En suma, el uso de las imágenes de los futbolistas que participaron en el Mundial sin su autorización en los cromos autoadhesivos de NAVARRETE tiene como finalidad directa la explotación comercial. Por lo tanto, no se encuentran dentro de la excepción establecida en el artículo 15 del CC y, por ende, sería un acto de competencia desleal que vulnera la buena fe empresarial e infringe la cláusula general prevista en el artículo 6 de la LRCD.

A pesar de lo anterior, el Denunciado alegó que en el supuesto de que su producto sea considerado como uno de entretenimiento, también se encontraría exceptuado de obtener las autorizaciones dado que el entretenimiento es un derecho fundamental de los niños y adolescentes.

Sobre el particular, es importante señalar que la interpretación antes referida implicaría ampliar los supuestos de excepción del artículo 15 del CC. Y, de acuerdo a lo desarrollado en el marco conceptual de la sección anterior, las restricciones de los

derechos fundamentales realizada por las normas de rango legal (como el CC) deben ser interpretadas a su vez de manera restrictiva. Por lo cual corresponde desestimar dicha alegación.

Finalmente, otro de los argumentos esbozados por NAVARRETE fue que las imágenes de los futbolistas ya se encontraban en internet que es de acceso público. Pues bien, conforme se señaló en la sección anterior, los pronunciamientos en el derecho comparado han establecido -correctamente- que el consentimiento que las personas pueden otorgar para que sus imágenes sean reproducidas en una determinada página de internet no se extiende para que todos los demás agentes del mercado puedan utilizarlas, más aún con una finalidad netamente de explotación comercial.

4.3. TERCER PROBLEMA JURÍDICO: ¿LA COMISIÓN MOTIVÓ DEBIDAMENTE SU RESOLUCIÓN FINAL?

Por último, en la presente sección analizaré si la Comisión motivó correctamente la Resolución N° 210-2010/CCD-INDECOPI en el expediente objeto del presente informe. En tal sentido, se desarrollará el marco conceptual correspondiente y luego desarrollaré mi posición crítica sobre las posiciones de las empresas y de la autoridad administrativa para así responder a la interrogante planteada en el problema jurídico objeto de esta sección.

4.3.1. Marco teórico

De acuerdo con MORÓN, la facultad de la Administración de eliminar sus actos viciados, o potestad de invalidación, deriva de la autotutela de la Administración (2009: 578), y al encontrarse la Administración sujeta al principio de legalidad, un acto viciado nunca satisfará el interés general, por ello existe la facultad de que la Administración enmiende este acto y reestablezca la legalidad. (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ 2011: 549).

Al respecto, el artículo 211 del TUO de la LPAG dispone lo siguiente:

“Artículo 211.- Nulidad de oficio

211.1 En cualquiera de los casos enumerados en el Artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público”.

Por su parte, el artículo 10 del TUO de la LPAG, determina que son vicios del acto administrativo, los siguientes:

- “1. *La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias;*
2. *El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14 (...)*” (énfasis y subrayado agregado).

Sobre el particular, el artículo 3 del TUO de la LPAG establece el deber de motivación de los actos administrativos como uno de los requisitos de validez:

“Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- *El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.”*

Al respecto, el Tribunal Constitucional sostiene lo siguiente sobre el deber de motivar los actos administrativos:

“Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. (...) La motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional.

(...)

*Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho (...)*¹⁸

Asimismo, es necesario tener en cuenta nos encontramos frente a un procedimiento administrativo sancionador, este deber cobra especial relevancia, porque una decisión indebidamente motivada podría conllevar en la imposición de una sanción arbitraria.

Sobre este punto, LEÓN sostiene que en los supuestos en los que el acto administrativo afecte al administrado como sucede con las sanciones y las medidas correctivas, la carga para la administración en la motivación debe ser aún mayor. Así, debe demostrar que la emisión del acto administrativo que genera un perjuicio al administrado ha seguido por un proceso analítico imparcial y razonable (2015:320).

¹⁸ STC 00091-2005-PA/TC de fecha 18 de febrero de 2005. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00091-2005-AA.html>

Sin perjuicio de lo anterior, es importante considerar que el artículo 10 del TUO de la LPAG explícitamente expresa que existen vicios que permiten conservar el acto administrativo. En ese sentido, el artículo 14 del TUO de la LPAG establece cuáles son los supuestos en los cuales es posible conservar el acto administrativo pese a que adolezca de algún vicio:

“Artículo 14.- Conservación del acto

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

14.2.1 El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.

14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.

(...)”

De esta manera, si una resolución que impone una sanción tiene un vicio de motivación insuficiente o parcial (no trascendente), corresponde preservar el acto administrativo.

4.3.2. Posición del bachiller

NAVARRETE en su recurso de apelación señaló que la Comisión no acreditó que su producto no sea informativo, así como tampoco definió o argumentó qué entendía por explotación comercial de las imágenes. Asimismo, señaló que la Comisión no se pronunció respecto a la doctrina y jurisprudencia citada en su escrito de descargos.

Sobre el particular, la Sala consideró que, por el contrario, la Resolución N° 210-2010/CCD-INDECOPI se encontraba debidamente motivada. Ello debido a que a – criterio de la Sala- la Comisión sí habría señalado porqué el producto del Denunciado no era informativo.

Y, en relación al concepto de explotación comercial, señaló que, de una lectura de la resolución, se desprende meridianamente que ello se refiere a usar las imágenes de los jugadores con fines lucrativos. Por último, respecto a la doctrina y jurisprudencia que la Comisión habría omitido, indicó que, de acuerdo a los argumentos esgrimidos en la resolución, la doctrina y jurisprudencia alegada no cambiaban el sentido de la misma o no se encontraban dentro del expediente.

Al respecto, estamos de acuerdo con el criterio empleado por la Sala para descartar los argumentos de nulidad alegados por el Denunciado. En primer lugar, la Resolución N° 210-2010/CCD-INDECOPI señaló que la excepción prevista en el artículo 15 del CC solo resulta aplicable para fines informativos inmediatos como es el caso de la circulación de noticias.

En efecto, la inmediatez y la novedad son factores importantes al momento de informar a las personas para los diarios y los noticieros. Así, no tendría sentido comercializar un periódico con las noticias del día anterior, pues dicha información ya sería de conocimiento público.

Asimismo, estableció que el producto de NAVARRETE tenía una clara finalidad económica considerando que la actividad de esta empresa se basaba en la comercialización de los cromos autoadhesivos en contraposición a la información que las figuritas podrían contener.

Y, en segundo lugar, estamos de acuerdo con lo señalado por la Sala respecto a que de la resolución se podía deducir que por fin comercial se entiende el uso de las imágenes con fines lucrativos. Ello en la medida en que la Comisión explícitamente señaló que el daño concurrencial ilícito o la conducta desleal en la que incurrió NAVARRETE radicaba precisamente en producir y comercializar cromos que reproducen las imágenes de los futbolistas sin pagar los derechos de uso correspondientes a los titulares, mientras que el competidor si ha incurrido en dichos costos.

Y, en el negado supuesto de que se considere que el concepto de explotación comercial no se desprende completa y explícitamente de la motivación de la resolución, de todas formas, es posible afirmar que se trataría de un supuesto de motivación parcial, por lo que corresponde que se conserve del acto administrativo.

Ello dado que el concepto de explotación comercial alegada por NAVARRETE se encuentra parcialmente establecida en la resolución con la definición de la actividad comercial de NAVARRETE realizada por la Comisión. Por lo tanto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del TUO de la LPAG corresponde que se conserve el acto administrativo.

V. CONCLUSIONES

De acuerdo con el análisis de los problemas jurídicos identificados en el expediente realizado en el acápite anterior, a continuación, brindaré las conclusiones a las que podido arribar a partir del presente informe:

- En los procedimientos administrativos en materia de competencia desleal acreditar la relación de competencia para interponer una denuncia es inexigible, debido a la adopción del modelo social de represión de la competencia desleal. Adicionalmente, debido a que estos procedimientos siempre inician de oficio, ya sea por denuncia o por iniciativa de la propia autoridad.
- De esta manera, inclusive si el denunciante también está incumpliendo la LRCD su denuncia podrá ser declarada procedente (si cumple con los requisitos restantes para ello). Ello bajo el entendido que la Secretaría Técnica también podría iniciar un procedimiento en contra de este denunciante presuntamente infractor de la LRCD.
- La modificación en la calificación del procedimiento pasando de “trilateral sancionador” a “sancionador” introducida por el DL 1205 resultó pertinente para reforzar la postura de que nuestro ordenamiento recoge el modelo social de represión de la competencia desleal.
- Los actos de competencia desleal son aquellos que vulneren la buena fe empresarial por razones que no deriven de la eficiencia del agente económico. En ese marco, el ahorro de costos de inversión a raíz de no obtener autorizaciones que son obligatorias de acuerdo a una norma deviene en la infracción a la cláusula general prevista en el artículo 6 de la LRCD.
- La regla general establecida en el artículo 15 del CC señala que se encuentra prohibido el uso de imágenes de las personas sin que medie su consentimiento. De manera excepcional, es posible utilizar la imagen de las personas notorias con una finalidad informativa. Una interpretación distinta a la restrictiva de las excepciones vulneraría la protección constitucional que tiene el derecho a la imagen.
- La comercialización de un álbum y cromos autoadhesivos que reproducen imágenes de personas no pueden equipararse al uso de imágenes que realizan los medios de comunicación. Ello en la medida que los medios de comunicación

centran su fin lucrativo en el intercambio de publicidad (empresas) por atención (consumidores), mientras que los productores de cromos generan sus ingresos a partir de las múltiples compras de sobres con cromos aleatorios; es decir, con las imágenes en sí.

- En ese sentido, NAVARRETE habría utilizado las imágenes de los futbolistas con una finalidad principalmente comercial, por lo que su conducta no se encuentra en el supuesto de excepción y, por lo tanto, se habría configurado una vulneración a la cláusula general prevista en el artículo 6 de la LRCD.
- Las alegaciones en contra de la motivación de la Resolución N° 210-2010/CCD-INDECOPI deben ser desestimadas, ya que de la misma resolución se aprecia que sí fue precisado porque el producto de NAVARRETE no era informativo, el concepto de explotación comercial se desprende de la misma resolución y de los argumentos de la Resolución se aprecia que la consideración de la doctrina y jurisprudencia señalada por el Denunciado no afectan el sentido de la resolución.

VI. **BIBLIOGRAFÍA**

ANTEQUERA, Ricardo

2012 Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada. Madrid: Editorial Reus.

BALAREZO, Emilio

2020 “La regulación de la imagen y la voz, dos aspectos jurídicos relevantes de la persona humana dentro del código civil peruano y su adaptación a los tiempos del Covid 19”. *Lumen*, Lima, volumen 16, pp. 145–158. Consultado el 15 de agosto de 2022.

<https://doi.org/10.33539/lumen.2020.v16n1.2291>

BARNETT, Stephen

1999 “The Right to One’s Own Image”: Publicity and Privacy Rights in the United States and Spain. *The American Journal of Comparative Law*. Estados Unidos, volumen 47, pp. 555-582. Consultado el 7 de julio de 2021.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=224628

BULLARD, Alfredo y Carlos PATRÓN

1999 El otro poder electoral: Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal. *THEMIS Revista De Derecho*, Lima, número 39, pp. 433-451.

CAVERO, Enrique

2012 El right of publicity y los derechos sobre la imagen y reputación de las celebridades en la industria del entretenimiento. *IUS ET VERITAS*. Lima, número, pp. 212-223.

DANOS, Jorge

2019 La regulación del procedimiento administrativo sancionador en el Perú. *Revista De Derecho Administrativo*, Lima, número 17, pp. 26-50.

ESPINOZA, Juan

2012 Derecho de las personas. 6ta Edición. Lima: Editorial Iustitia: Grijley.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos

1996 "Derecho de las Personas: Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano". Lima: Editora Jurídica Grijle E.I.R.L. Sexta Edición.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ

1999 *Curso de Derecho Administrativo II. 6ta Edición*. Madrid: Editorial Civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ

2011 *Curso de Derecho Administrativo Tomo I. Duodécima Edición*. Lima, Palestra Editores, 2011.

GÓMEZ, Hugo, Susan ISLA y Gianfranco MEJÍA

2010 Apuntes sobre la Graduación de Sanciones por Infracciones a las Normas de Protección al Consumidor. *Derecho & Sociedad*, Lima, número 34, pp. 134-146. Consultado el 10 de octubre de 2021:

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13336>

GÓMEZ, Hugo

2011 El procedimiento trilateral: ¿Cuasijurisdiccional? *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 10, pp. 15-42.

GUZMÁN, Christian

2011 Introducción a la Represión de la Competencia Desleal en el Perú. Un análisis del Decreto Legislativo N° 1044. *Revista De Derecho Administrativo*. Lima, número 10, pp. 245-257.

LEÓN, LUIS

2015 ¡Exijo una Explicación!... La Importancia de la Motivación del Acto Administrativo. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 45, pp. 315-319.

MORÓN URBINA, Juan Carlos.

2009 Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. *Gaceta Jurídica*. Lima.

MORÓN, Juan Carlos

2011 Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 665 – 682.

MONROY, Juan

1994 Las excepciones en el código Procesal Civil Peruano. *THEMIS Revista De Derecho*. Lima, número 27-28, pp. 119-129.

NOGUEIRA, Humberto

2007 El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito: fundamentación y caracterización. *Ius et Praxis*. Talca, volumen 13, número 2, pp. 245-285. Consultado el 10 de octubre de 2022.

<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000200011>

RODRÍGUEZ, Gustavo

2013 Fundamentos económicos y legales de la legislación sobre represión de la competencia desleal: ámbito de aplicación y cláusula general. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual del INDECOPI*. Lima, número 17, año 9, pp.19-33

RUBIO, Marcial

2005 La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

STUCCHI, Pierino

2007 La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados. *THEMIS Revista De Derecho*. Lima, número 54, pp. 287-308.

VARSI, Enrique

2014 Tratado de derecho de las personas. Gaceta Jurídica. Lima.