

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado

**Informe sobre Expediente N° 042-2010/CCD-INDECOPI
(Panini S.p.A. y Panini España S.A. vs Navarrete – Álbum “Mundial Sudáfrica
2010)**

Autora

Alexandra Joisy Cristina Sanchez Bravo

Código de alumna

20120632

Profesor revisor

Moisés Rejanovinschi Talledo

Lima, 2020

Datos del Expediente:

Materias Tratadas : Derecho Administrativo: Procedimientos Administrativos Trilaterales, Régimen Administrativo Sancionador, Derecho de la Competencia
Derecho Civil

N° de Registro : E-2402

Procedencia : Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal – INDECOPI

Expediente N° : 042-2010/CCD

Denunciantes : Panini S.P.A
Panini España S.A.

Denunciado : Corporación Gráfica Navarrete S.A.

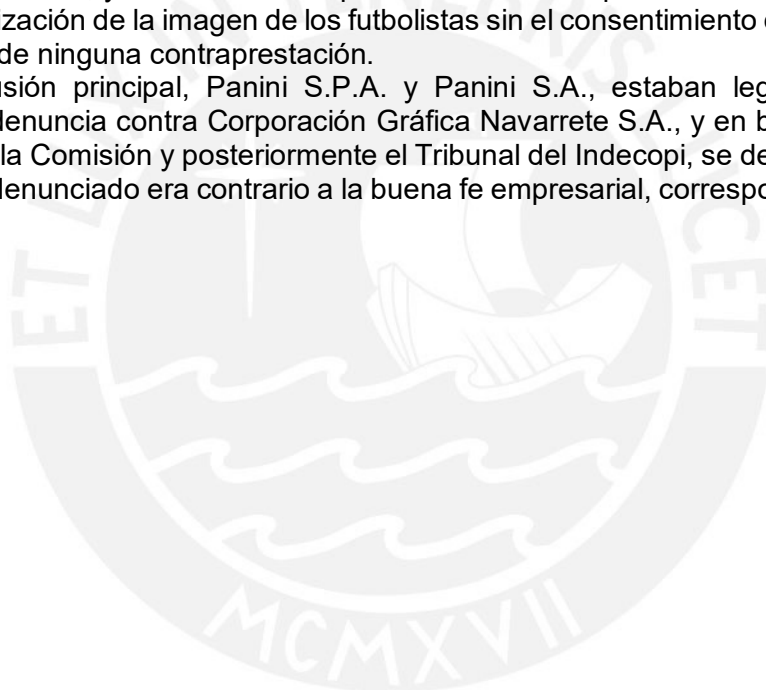
Materia : Competencia Desleal

RESUMEN:

El presente informe busca analizar una serie de conceptos del derecho administrativo, específicamente del derecho de la competencia (desleal), en el mercado específico de la venta de álbumes y figuritas de cromo autoadhesivas, las cuales utilizan la imagen de distintos jugadores de fútbol sin la correspondiente autorización. Para ello, hemos escogido como caso concreto el Expediente 042-2010/CCD, que tiene como denunciadores a Panini S.P.A y Panini España S.A. y como denunciado a Corporación Gráfica Navarrete S.A. De esa manera, este trabajo tiene como objeto determinar quién está legitimado para realizar una denuncia ante la Comisión de Competencia Desleal del Indecopi; si en efecto una persona puede utilizar y/o lucrar con la imagen de otra sin pagar una contraprestación económica y bajo qué excepciones estaría permitido; qué criterios debe tener o manejar una resolución emitida por una Comisión del Indecopi para no adolecer de vicios de nulidad; y por último, evaluar los distintos criterios de graduación de sanción que estipula la Ley de Represión de Competencia Desleal.

Como resultado, se corrobora que la decisión emitida por la última instancia del Indecopi, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, fue conforme a derecho, y determinó la responsabilidad de Corporación Gráfica Navarrete frente a la utilización de la imagen de los futbolistas sin el consentimiento de los mismos, y sin el pago de ninguna contraprestación.

Como conclusión principal, Panini S.P.A. y Panini S.A., estaban legitimadas para presentar la denuncia contra Corporación Gráfica Navarrete S.A., y en base al análisis realizado por la Comisión y posteriormente el Tribunal del Indecopi, se determinó que el accionar del denunciado era contrario a la buena fe empresarial, correspondiéndole una sanción.



ÍNDICE:

1.	ANTECEDENTES	p.5
2.	HECHOS RELEVANTES	p.6
3.	PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE	p.13
3.1	Sobre la legitimidad para obrar (o no) de PANINI	
3.2	Sobre los alcances de la cláusula general en el marco de los actos de competencia desleal y el derecho a la imagen	
3.2.1	Sobre la cláusula general	
3.2.2	Sobre el derecho a la imagen: qué es y cuándo corresponde utilizar la excepción del “uso informativo”	
3.3	Sobre la existencia de presuntos vicios en la motivación de la autoridad administrativa al emitir una resolución sancionatoria a NAVARRETE	
3.4	Sobre la graduación de la sanción	p.13
4.	ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	
4.1	Sobre la legitimidad para obrar (o no) de PANINI	
4.2	Sobre los alcances de la cláusula general en el marco de los actos de competencia desleal desde el punto de vista del derecho a la imagen	
4.2.1	Sobre la cláusula general	
4.2.2	Sobre el derecho a la imagen: qué es y cuándo corresponde utilizar la excepción del “uso informativo”	
4.3	Sobre la existencia de presuntos vicios en la motivación de la autoridad administrativa al emitir una resolución sancionatoria a NAVARRETE	
4.4	Sobre la graduación de la sanción	
5.	POSICIÓN DEL BACHILLER	p.37
6.	CONCLUSIÓN	p.40
7.	BIBLIOGRAFÍA	p.42

I. ANTECEDENTES

- 1.1 En marzo de 2010, PANINI S.p.A. y PANINI ESPAÑA S.A. (en adelante, PANINI o las denunciantes, indistintamente) denunciaron a CORPORACIÓN GRÁFICA NAVARRETE S.A. (en adelante, NAVARRETE o la parte denunciada, indistintamente), 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) Explotación de la reputación ajena; (ii) Violación de normas; y, (iii) Cláusula general, conductas tipificadas en los artículos 10, 14 y 6 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, respectivamente. Es preciso indicar que la Secretaría Técnica inició el procedimiento contra NAVARRETE imputándole solamente la presunta violación a la cláusula general.
- 1.2 En su denuncia, las denunciantes señalaron que la elaboración y comercialización de los álbumes “Mundial Sudáfrica 2010” y sus figuritas o cromos de la denunciada, sería ilegal en tanto reproducía imágenes de los mejores jugadores participantes del torneo “Copa Mundial FIFA Sudáfrica 2010” sin contar con las licencias necesarias para su explotación comercial; tal y como lo establece el artículo 15 del Código Civil.
- 1.3 En sus descargos, NAVARRETE argumentó que no era necesario obtener la autorización de parte de los jugadores, por tratarse de personas notorias participando en un evento público. Resaltó que los álbumes en cuestión tenían una naturaleza informativa.
- 1.4 Mediante la Resolución 1511-2012/SC1-INDECOPI del 10 de julio de 2012, la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 confirmó la decisión de la Comisión por la cual se declaró fundada la denuncia por considerar que la protección de la imagen no solo tiene un aspecto moral, sino también un alcance patrimonial; lo cual implicaba la necesidad de contar con una autorización previa de la persona involucrada para su explotación.
- 1.5 En ese sentido, al no pagar NAVARRETE las licencias necesarias para comercializar las imágenes de los jugadores del torneo, esta empresa ahorra en la inversión de estos costos generándole una ventaja competitiva indebida respecto del álbum de PANINI. Asimismo, se precisó que los álbumes en discusión se distribuyeron con fines de entretenimiento, no teniendo un carácter informativo, como factor principal. Finalmente, INDECOPI multó a la denunciada con 240 UIT y el pago de costos y costas del procedimiento.
- 1.6 No debe generar asombro la repetitividad y continuidad en la conducta de la denunciada. En años anteriores esta empresa ha sido sancionada por el INDECOPI por haber incurrido en la comisión de actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general, supuesto previsto en la normativa sobre competencia desleal. Para tener una idea más clara, invito a revisar el siguiente cuadro:

Expediente	Denunciante	Imputada	Materia	Multa
045-1998/CCD	Asociación Distribuidora Las Américas	Corporación Gráfica Navarrete S.A.	Infracción a la Cláusula General	40 UIT
042-2002/CCD	Compañía Impresora Peruana S.A.	Corporación Gráfica Navarrete S.A.	Infracción a la Cláusula General	80 UIT
058-2006/CCD	Grupo La República S.A.	Corporación Gráfica Navarrete S.A.	Infracción a la Cláusula General	90 UIT
130-2007/CCD	Asociación Sindicato de Futbolistas Agremiados del Perú	Corporación Gráfica Navarrete S.A.	Infracción a la Cláusula General	90 UIT

168- 2007/CCD	Futbolistas Agremiados de Bolivia	Corporación Gráfica Navarrete S.A.	Infracción a la Cláusula General	90 UIT
------------------	---	---------------------------------------	-------------------------------------	--------

- 1.7 Es así que a lo largo del presente informe discutiré una serie de temas principales, tales como: (1) si NAVARRETE contaba o no con las autorizaciones correspondientes para poder distribuir el álbum “Mundial Sudáfrica 2010” y sus respectivos cromos, con las imágenes de los jugadores en ellos, (2) si PANINI tenía o no legitimidad para accionar y denunciar a NAVARRETE; (3) si NAVARRETE habría explotado comercialmente la imagen de los jugadores de las distintas selecciones del Mundial Sudáfrica 2010, (4) si la conducta de NAVARRETE se encontraba protegida por la excepción prevista en el artículo 15° del Código Civil, (5) si la finalidad del álbum Mundial Sudáfrica 2010 era informativa o de entretenimiento y, (6) la gradualidad de la sanción, entre otros posibles subtemas que surjan.
- 1.8 Líneas abajo, narraré los hechos más importantes sobre el caso, desde la denuncia interpuesta por PANINI, la resolución de la Secretaría Técnica dando inicio al Procedimiento Administrativo Sancionador, los descargos de NAVARRETE, la resolución de la Comisión, el escrito de apelación por parte del denunciado, los alegatos de ambas partes, y finalmente la resolución final por parte de la Sala de Defensa de la Competencia N° 1, de modo que esta información pueda servir de apoyo para el análisis de las cuestiones a tratar.

II. HECHOS RELEVANTES

- 2.1 Mediante escrito de fecha 17 de marzo de 2010, complementado con los escritos del 23, 24 y 25 de marzo del mismo año, Panini S.p.A y Panini España S.A. (en adelante, PANINI y PANINI España o las denunciantes, indistintamente) denunciaron ante la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal (en adelante, la Comisión) a Corporación Gráfica Navarrete S.A. (en adelante, NAVARRETE o el denunciado) por presunta infracción a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley sobre Competencia Desleal), en la modalidad de explotación de la reputación ajena¹ y de violación de normas², como pretensión principal; o en la modalidad de infracción a la cláusula general³ como pretensión subordinada.

¹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Actos indebidos vinculados con la reputación de otro agente económico

Artículo 10.- Actos de explotación indebida de la reputación ajena

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

10.2.- Los actos de explotación indebida de la reputación ajena pueden materializarse mediante la utilización de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual.

² **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 14.- Actos de violación de normas

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

³ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 6.- Cláusula general

2.2 En su denuncia, las partes denunciantes señalaron lo siguiente:

- a. PANINI detectó que NAVARRETE había comenzado a distribuir gratuitamente junto con el diario TODO SPORT, el álbum de cromos denominado “Álbum Mundial Sudáfrica 2010” así como cromos autoadhesivos y afiches, los cuales reproducían la imagen de los jugadores participantes del Mundial Sudáfrica 2010, así como los uniformes de las diversas selecciones, emblemas nacionales y otros signos distintivos, sin contar con la autorización correspondiente. Asimismo, los cromos autoadhesivos se encontraban disponibles en el mercado para su venta al público.
- b. PANINI señaló que, a diferencia de NAVARRETE, sí contaba con las autorizaciones o licencias exclusivas por parte de los seleccionados mundialistas para la distribución de álbumes mundialistas y cromos autoadhesivos que reproduzcan la imagen de los jugadores, así como con una licencia de la FIFA para la utilización de sus signos distintivos. Al respecto, habría adjuntado una serie de contratos que demostrarían lo señalado.
- c. La conducta de NAVARRETE acarrearía una infracción al artículo 14 de la Ley sobre Competencia Desleal por contravenir el artículo 15 del Código Civil peruano (en adelante, Código Civil), el cual establece que no puede utilizarse la imagen de una persona sin su autorización de manera expresa. En esa misma línea, la conducta de NAVARRETE también configuraría, para PANINI, un aprovechamiento indebido de la imagen de los futbolistas.
- d. NAVARRETE podría haber incurrido en una vulneración al artículo 10 de la Ley sobre Competencia Desleal al explotar comercialmente la reputación ajena sin pagar derecho alguno por ello.
- e. Adicionalmente, PANINI señaló que, en caso la Comisión considere que lo expuesto no calificase como una vulneración a los artículos 10 y/o 14 de la Ley sobre Competencia Desleal, NAVARRETE sí habría incurrido en la violación del artículo 6° del mismo cuerpo normativo, esto es, la cláusula general, debido a la reproducción de imágenes de futbolistas sin la debida autorización para explotarlas, actuación contraria a la buena fe empresarial.
- f. Finalmente, PANINI dejó constancia que, en el pasado, ya había accionado contra NAVARRETE por explotar comercialmente la imagen de jugadores de fútbol en álbumes de cromos, sin contar con las autorizaciones correspondientes, habiendo obtenido resolución favorable por parte de la autoridad administrativa (INDECOPI)⁴.

2.3 Mediante escrito del 07 de abril de 2010, la Comisión resolvió admitir a trámite la denuncia interpuesta contra NAVARRETE, imputándoles la presunta infracción a la cláusula general prevista en el artículo 6 de la Ley sobre Competencia Desleal; ello, puesto que esta empresa habría venido comercializando, a través del diario Todo Sport, un álbum de cromos denominado “Mundial Sudáfrica 2010”, así como cromos autoadhesivos que reproducían las imágenes de los futbolistas de las selecciones que participaban en el Torneo de la Copa Mundial, sin contar con los

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.

⁴ Se pueden revisar los Expedientes N° 045-1998/CCD, 130-2007/CCD y 168-2007/CCD para mayor detalle.

permisos necesarios para explotarlas, contraviniendo la buena fe empresarial. Asimismo, requirió a NAVARRETE la presentación de una serie de documentos.

2.4 A través de escrito presentado el 26 de abril de 2010, NAVARRETE presentó sus descargos, señalando lo siguiente:

- a. Las denunciantes no habrían acreditado tener los derechos de imagen de todos los jugadores participantes en el mundial, por tanto, su denuncia sería IMPROCEDENTE;
- b. La imagen es inherente a la persona y, por ende, solo sería defendible por terceros si estos cuentan con una cesión expresa, por tanto, la denuncia presentada por las denunciantes sería INFUNDADA;
- c. La conducta de NAVARRETE estaría amparada por el derecho constitucional a la libertad de expresión y encausada en el supuesto de excepción del artículo 15° del Código Civil, por tanto, la denuncia presentada por las denunciantes resultaría INFUNDADA por carecer de sustento legal;
- d. Los campeonatos de fútbol ya sean nacionales o mundiales, son eventos públicos, por lo que no serían propiedad exclusiva ni excluyente de ninguna entidad monopólica, en ese sentido, estos eventos y las imágenes obtenidas de los mismos no pueden licenciarse, a diferencia de los signos distintivos y/o marcarios de titularidad de los organizadores de los eventos deportivos públicos;
- e. El uso de la imagen de los futbolistas en el álbum de cromos “Mundial Sudáfrica 2010”, no supone una explotación comercial de su imagen (no autorizada), sino que obedece a la condición que tienen de personajes notorios, justamente por ser miembros de las selecciones nacionales de fútbol partícipes de un evento de tal magnitud como lo es un mundial. En consecuencia, su conducta estaría enmarcada dentro de las excepciones que prevé el artículo 15 del Código Civil, el cual señala que no es necesario el asentimiento para el aprovechamiento de la imagen cuando su utilización se justifique por la notoriedad de la persona o por interés público;
- f. De acuerdo al artículo 2.4 de la Constitución Política del Perú, toda persona tiene derecho a la libertad de información, la misma que no puede estar restringida solo a los medios de comunicación, ya que el interés público se puede manifestar en la necesidad de informarse sobre hechos pasados, siendo que los álbumes que comercializa han constituido por más de treinta (30) años una valiosa fuente de información que se relaciona con la historia de los mundiales y los futbolistas que participaron en ellos;
- g. Por otro lado, si se considerase al álbum como un producto de puro entretenimiento, los cromos que contienen la imagen de los futbolistas serían un mero instrumento para satisfacer el interés de los consumidores, al otorgarles la posibilidad de coleccionar y completar el álbum, lo que llevaría a su vez a confirmar que no comprarían los cromos por sí mismos, y por ende no habría una explotación económica de dichas imágenes.

2.5 Con fecha 25 de junio de 2010, las denunciantes presentaron un escrito señalando lo siguiente:

- a. No es un requisito acreditar la existencia de una relación de competencia para que se configure un acto de competencia desleal. Así, la Ley sobre

Competencia Desleal señala, en su artículo primero, que *“todo acto o conducta de competencia desleal que tenga **por efecto real o potencial** afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo”*; asimismo, sin perjuicio de lo indicado por NAVARRETE, se adjuntaron copias de los contratos de exclusiva suscritos con los países: 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, Sudáfrica, Uruguay, España, Portugal, Italia y Argentina;

- b. El literal b) del artículo 7° de la Ley N° 26566, Normas referidas a la Relación Laboral de los Futbolistas Profesionales de los Clubes Deportivos⁵, señala que la imagen del futbolista profesional tiene un valor patrimonial, reconociéndosele el derecho de ceder la explotación comercial de su imagen a terceros para los fines que el titular estime pertinentes, a cambio de una remuneración pactada por las partes. En este caso, PANINI tendría el derecho a explotar comercialmente la imagen de los jugadores en la fabricación, distribución y comercialización del álbum de cromos del Mundial Sudáfrica 2010;
- c. Contrario a lo señalado por NAVARRETE, el interés que despierta en los consumidores la distribución de un álbum de cromos es irrefutable, más aún si este versa sobre el Mundial Sudáfrica 2010. Aunado a ello, se generaría un beneficio comercial mayor cuando los cromos autoadhesivos son comercializados en forma independiente, y cuando existen estrategias tales como distribuir menos cromos de los personajes cuya notoriedad es mayor para exacerbar la compra de más cromos por parte de los aficionados;
- d. El nivel de elaboración de la imagen explotada nada tiene que ver con el hecho materia de denuncia, que es la fabricación, distribución y comercialización de un álbum de cromos;
- e. El derecho a la imagen es un derecho constitucional, y por tanto la excepción prevista en el artículo 15° del CC debe ser interpretada de manera restrictiva; de lo contrario, se estaría facilitando la vulneración a este derecho. Al respecto, la interpretación que debiera dársele al segundo párrafo del artículo mencionado tendría que ser la más literal, es decir, asociando la excepción a razones de interés público o fines de información.

2.6 El 16 de julio de 2010, NAVARRETE reiteró los argumentos señalados en su escrito de descargos, indicando además que lo único que explotaban era el interés informativo de los consumidores, mas no las imágenes de los futbolistas. Adicionalmente, la denunciada señaló que si su producto era sólo de entretenimiento como mencionaba PANINI, entonces este era un derecho fundamental del niño y el adolescente, pues eran las personas a quienes iban destinadas el producto. Así, este derecho configuraba una excepción al derecho

⁵ **LEY N° 26566, NORMAS REFERIDAS A LA RELACIÓN LABORAL DE LOS FUTBOLISTAS PROFESIONALES DE LOS CLUBES DEPORTIVOS**

Artículo 7.- El futbolista tiene derecho a los beneficios pactados en el contrato y especialmente a:

- a. Descanso semanal, días feriados y descanso vacacional, de acuerdo a la naturaleza del contrato.
- b. Explotación comercial de su imagen y/o a participar en la que el club haga de la misma.
- c. Participación por su transferencia en el pago que realice el club adquirente.
- d. Ocupación efectiva, no pudiendo, salvo el caso de sanción o lesión, ser excluido de los entrenamientos y demás actividades instrumentales o preparatorias para el ejercicio de la actividad deportiva.

de imagen. Finalmente, alegó que de acuerdo a jurisprudencia española⁶, no se habría vulnerado ningún derecho de los jugadores.

2.7 A través de Resolución N° 210-2010/CCD-INDECOPI del 29 de setiembre de 2010, la Comisión declaró fundada la denuncia contra NAVARRETE por infringir el artículo 6° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, fundamentando su decisión de la siguiente manera:

- i. Resulta irrelevante que Panini y Panini España acrediten contar con las licencias y autorizaciones para explotar las imágenes de los jugadores de las selecciones participantes en la “Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010, puesto que el artículo 28⁷ de la Ley sobre Competencia Desleal establece que en el procedimiento trilateral sancionador promovido por denuncia de parte, **el denunciante no debe ostentar la condición de competidor**, siendo su papel el de colaborador en el procedimiento y conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio. Sin perjuicio de ello, las denunciadas han adjuntado diversos contratos de exclusividad celebrados con las federaciones y asociaciones correspondientes a los países participantes del citado torneo.
- ii. De acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del Código Civil, la regla general es la prohibición del aprovechamiento de la imagen de las personas sin su aprobación, no siendo esta necesaria cuando se haga uso de la imagen por la notoriedad de la persona, el cargo que desempeñe, hechos de importancia o interés público o, por motivos de índole científica, didáctica o cultural, y siempre que, a su vez, la imágenes se relacionen con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. Puesto de esta manera, **debe considerarse que la excepción indicada en el artículo 15 de la normativa aplicaría al tratarse de hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público.**
- iii. Lo indicado se cumple cuando se presenta la imagen de las personas en conexión directa con la información a los acontecimientos de interés público o desarrollados

⁶ NAVARRETE hizo alusión a las sentencias del Tribunal Constitucional Español STC 81/2001 del 26 de marzo de 2001 y STC 156/2001 del 02 de julio de 2001. Estas señalan que el derecho a la imagen: “se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero”, y “la imagen del recurrente que se representa en el anuncio controvertido, como sostiene el Ministerio Fiscal, constituye una representación ajena al espacio de privacidad de su creador, a su propia imagen como individualidad y como persona y, en definitiva, a su dignidad personal. Y si bien el valor asociado a la persona de su creador por lazos jurídicos y económicos es susceptible de protección jurídica en nuestro Ordenamiento, estos vínculos no se insertan en la dimensión constitucional del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) porque no pertenecen a la esfera reservada y propia de aquél”.

⁷ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044, DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 28.- Formas de iniciación del procedimiento

28.1.- El procedimiento sancionador de investigación y sanción de actos de competencia desleal se inicia siempre de oficio por iniciativa de la Secretaría Técnica.

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 reputa afectado efectiva o potencialmente por el acto de competencia desleal que denuncia.

28.3.- El procedimiento sancionador podrá ser iniciado cuando el acto denunciado se está ejecutando, cuando exista amenaza de que se produzca e, inclusive, cuando ya hubiera cesado sus efectos.

en público, como ocurre con los programas de noticias. También se cumple cuando el uso de las imágenes de personas se realiza con el fin de informar gráficamente sobre un evento público, complementando alguna noticia presentada en forma escrita. En ese sentido, la Comisión precisó que la excepción dispuesta en el artículo 15 del Código Civil supone un uso manifiestamente informativo.

- iv. En base a lo expuesto, la comercialización de los álbumes “Mundial Sudáfrica 2010” y las láminas configura la explotación comercial y el aprovechamiento indebido de la reputación de los futbolistas, en tanto la imagen se utiliza con la finalidad principal de satisfacer sus intereses empresariales, y no con un objetivo esencialmente informativo.
 - v. En tal sentido, aun cuando la distribución del álbum resultó ser gratuita, el hecho cumple una finalidad netamente económica, pues procura que los consumidores compren con posterioridad los cromos que Navarrete pone a la venta, generando con ello beneficios al agente económico titular de dicho comportamiento o actividad realizada en el mercado.
- 2.8 Por lo expuesto, la Comisión concluyó que la imputada desarrolló una conducta contraria a la buena fe empresarial al cometer un acto de competencia desleal por infracción a la cláusula general, contenida en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, sancionando a Navarrete con una multa de 240 UIT considerando el beneficio ilícito obtenido, el alcance de la conducta infractora, la baja probabilidad de detección, el factor de reincidencia y la función desincentivadora de la multa.
- 2.9 El 21 de octubre de 2010, Navarrete apeló la Resolución 210-2010/CCDINDECOPI, reiterando alguno de sus argumentos expuestos en su escrito de descargo. En este contexto, se pronunció sobre la libertad de la información, y sobre cómo influía esta en el derecho a la imagen y el derecho al entretenimiento.
- a) De acuerdo al artículo 2, inciso 4, de la Constitución Política del Perú, toda persona tiene derecho a *“las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley”*⁸; en ese sentido, constitucionalmente no se hace mención a restricciones, por lo que su accionar estaría protegido constitucionalmente.
 - b) El álbum “Mundial Sudáfrica 2010” tiene un fin meramente informativo, siendo que contiene breves referencias históricas de los mundiales, de sus jugadores, de sus equipos, entre otros datos. En ese sentido, al ser un producto cuya finalidad es informativa, se encuentra amparado por la libertad de información.

⁸ **CONSTITUCION POLITICA DEL PERU DE 1993**

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley (...).

- c) Acorde a Navarrete, la interpretación realizada por la Comisión no tomaría en cuenta la finalidad verdadera de la normativa peruana vigente, que es la de proteger la intimidad de las personas y prohibir un aprovechamiento ilícito de su imagen; por el contrario, Navarrete señala que, de acuerdo con el artículo 15 del Código Civil, no es necesaria una autorización cuando la utilización de imágenes verse sobre alguno de los supuestos de exclusión, como por ejemplo, un evento o una ceremonia celebrada en público realizado en el presente (y no un acto futuro). De esa manera, la notoriedad lograda por los artistas, los políticos y los deportistas, en mérito al reconocimiento de la opinión pública, indicaría que los mismos prestan tácito consentimiento a la publicidad de su propia imagen, sin que para su exposición se requiera de un asentimiento expreso.
- d) Navarrete indica que sus álbumes contienen información breve y sintetizada de los jugadores, sus equipos y las selecciones en general, fungiendo como una “permanente fuente de información histórica”⁹. En ese sentido, se puede apreciar que la información que figura a lo largo de todo el álbum no destaca la imagen de un solo personaje, o sea, no se individualiza, por lo que no podría hablarse de una vulneración al derecho a la imagen.
- e) Según la Comisión, la finalidad de los álbumes y cromos no es informativa, sino de entretenimiento. De ser este el caso, entonces la autoridad debería considerar que el entretenimiento es un derecho fundamental del niño y adolescente, por lo que se estaría frente a una excepción de interés público a la necesidad de contar con autorización del titular de la imagen.
- f) Por otro lado, según Navarrete, resulta difícil de creer que los ciudadanos en general muestren interés por las figuras tamaño pasaporte contenidas en el álbum, las cuales ni siquiera tienen un mérito estético; en ese sentido, señala que el consumidor no compraría las figuras por estas en sí, sino que lo haría para poder completar el álbum, el cual incluso podría tener la característica de una especie de enciclopedia.
- g) Navarrete argumenta también que la Comisión falla en definir lo que entiende por explotación comercial de las imágenes, y que no ha podido argumentar adecuadamente que los álbumes no tienen un fin informativo.
- h) Finalmente, respecto a la sanción impuesta, Navarrete señala que la Comisión habría considerado indebidamente el criterio de la reincidencia, puesto que las resoluciones aludidas se encuentran revisadas en instancia judicial.

2.10 El 26 de junio de 2012 se llevó a cabo la audiencia de informe oral con la asistencia de los representantes de ambas partes. En dicha audiencia, estas reiteraron los argumentos esgrimidos en sus descargos.

2.11 El 28 de junio de 2012, Navarrete presentó un escrito reiterando sus argumentos y señalando que Panini y Panini España no contaban con el 100% de la titularidad de los derechos de imagen de los jugadores. En esa misma línea, la recurrente indicó que de acuerdo con la jurisprudencia internacional (México y Alemania) – que, según Navarrete, obraría en el expediente– se refuerza su posición respecto de los alcances de los derechos cedidos por parte de la FIFA a Panini y Panini España. Finalmente, manifestó que ellos sí incurrían en costos para concurrir en

⁹ Descargos elaborados por NAVARRETE, presentados el 21 de octubre de 2010. Pág. 4, folio 000943.

el mercado (tomas de datos, diagramas e impresiones, derecho de redacción) y, además no utilizaban las imágenes ni insignias de la FIFA ni las federaciones.

- 2.12 El 10 de julio de 2012, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala de Defensa de la Competencia N° 1 (en adelante, la Sala), a través de la Resolución N° 1511-2012/SC1-INDECOPI, confirmó la Resolución N° 210-2010/CCD-INDECOPI expedida por la Comisión, confirmando la multa impuesta por la suma de 240 UIT.

III. PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

- 3.1 Al analizar tanto la Resolución N° 210-2010/CCD-INDECOPI y la Resolución N° 1511-2012/SC1-INDECOPI, correspondiente al Expediente 042-2010/CCD, identifiqué un total de cuatro cuestiones primordiales que son evaluadas por la Autoridad Administrativa en el transcurso del caso examinado.
- 3.2 Dentro de dichas cuestiones, analizaré los subtemas más relevantes y que dotan de importancia cada tema principal, basándome, primero, en el análisis realizado por INDECOPI ante sus instancias, así como en lo señalado por la doctrina nacional y extranjera.
- 3.3 Dicho ello, los problemas jurídicos que he evaluado y abordaré serán los siguientes:
- La legitimidad para obrar que tiene (o no) PANINI;
 - Los alcances de la cláusula general en el marco de los actos de competencia desleal, desde el punto de vista del derecho a la imagen;
 - La existencia de presuntos vicios en la motivación de la autoridad administrativa al emitir una resolución sancionatoria a NAVARRETE;
 - La graduación de la sanción.

IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

➤ Sobre la legitimidad para obrar que tiene (o no) PANINI

- 4.1 La Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI es un documento que detalla los lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial¹⁰. Pese a ser una resolución relativamente antigua, pues fue emitida en el año 2001, en la misma el INDECOPI resume que el Perú, en el marco de economía social de mercado, reconoce la libertad de iniciativa privada en materia económica reconocida por los artículos 3° y 9° del Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada¹¹.

¹⁰ Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI, que aprueba los “Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial”. Lima, 05 de julio de 2001.

¹¹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 757, LEY MARCO PARA EL CRECIMIENTO DE LA INVERSIÓN PRIVADA**
Artículo 3.- Se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las Leyes.
(...)

Artículo 9.- De conformidad con lo prescrito en los artículos 130 y 131 de la Constitución Política, toda empresa tiene derecho a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente (...).

- 4.2 Al respecto, la Constitución Política del Perú vigente, señala en su artículo 58° que “la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura” (énfasis añadido), a diferencia de lo que señalaba la Constitución del año 79 actualmente derogada, en su artículo 115°: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social” (énfasis añadido). La diferencia es clara: actualmente, el Estado actúa como vigilante del desarrollo de nuestro país, siendo que sólo podrá intervenir de manera subsidiaria en casos de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, conforme también lo señala en su artículo 60°.
- 4.3 Respecto al artículo 58° de la Carta Magna, el Tribunal Constitucional Peruano ha emitido diversos pronunciamientos, aludiendo que “la economía social de mercado está caracterizada por 03 elementos: bienestar social (empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso), mercado libre (respeto a la propiedad, a la iniciativa privada, libre competencia regida por la oferta y demanda en el mercado) y estado subsidiario y solidario (reconocimiento de la existencia de una cláusula general de mandato que obliga a la intervención del Estado cuando la realidad socioeconómica se haya desvinculado o contravenga el bienestar social)” (STC Exp. 0050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC).
- 4.4 Sobre el particular, el Tribunal ha destacado, sobre la economía social de mercado, que esta es “representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia; de esa forma, el artículo 58° de la Constitución Política del Perú, que se encuentra ligado al artículo 2°, inciso 17 del mismo texto, manifiesta que las personas tienen el derecho fundamental de participar en la vida económica del país. En adición, la iniciativa privada podrá desplegarse libremente “en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico, vale decir, por la Constitución (...) De este modo, el principio de subsidiariedad, más que un mecanismo de defensa contra el Estado, resulta ser un instrumento para la conciliación de conflictos y (...) de modo que el Estado, solo mediante ley expresa “puede realizar subsidiariamente actividad empresarial (...) por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”. (STC Exp. 0008-2003-AI/TC)
- 4.5 Así también, el Tribunal ha señalado, respecto del artículo 59° de la Constitución, que la libertad de empresa se define como “la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios”; asimismo, indicó que la libertad de empresa está determinada por cuatro tipos de libertades derivadas: “1) libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, lo que significó la libertad de emprender actividades económicas en el sentido de libre fundación de empresas; 2) libertad de organización, la cual contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad, facultades a los administradores, políticas de precios, entre otros; 3) libertad de competencia; y 4) libertad de disponer el cierre o cesación de las actividades”. (STC Exp. 0003-2006-PI/TC)

- 4.6 Adicionalmente, el Tribunal ha mencionado, que “la libertad de empresa se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no solo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover conforme lo señalan los artículos 58° y 59° de la Constitución. En ese sentido, el rol del Estado deberá ser aquel en el cual este se encargue de remover los obstáculos que impidan el libre acceso a los mercados, así como todas aquellas prácticas que puedan limitar o restringir la libre competencia. Así, el artículo 59° tiene como finalidad garantizar a todas las personas la libertad de crear una empresa, así como también de establecer sus propios objetivos y planificar la actividad a la que quiere dedicarse, en atención a las necesidades y condiciones del mercado; en buena cuenta, la Constitución busca garantizar la libertad de empresa en un escenario de libertad. (STC Exp. 01405-2010-PA/TC).
- 4.7 Consecuentemente, se entiende que la libertad económica empresarial busca beneficiar al consumidor, brindándole una variedad de opciones entre las que puede escoger aquella que mejor satisfaga sus intereses. Además, señala que, en esta economía social de mercado, la legislación sobre la competencia desleal tiene como finalidad brindar un marco legal para que los participantes puedan realizar sus actividades de manera leal y honesta, manteniendo en el mercado solo a aquellas empresas que sepan y puedan responder ante la competitividad que se generaría en el mismo, siempre en cumplimiento con la normativa vigente. Cabe precisar que, sobre este aspecto, la INDECOPI incorporó en su análisis el concepto de buena fe empresarial, el cual define como “*aquellos que caracteriza a la competencia que se sustenta en la eficiencia de las prestaciones que se brindan a los consumidores, como son ofrecer mejor calidad de productos y servicios, poner a disposición de los clientes bienes a precios competitivos y brindar servicios post-venta eficientes oportunos*”¹². Es preciso aclarar que dicha definición es incluida inicialmente en los lineamientos, y recogida posteriormente por la Comisión.
- 4.8 De la misma manera, los lineamientos señalan que una relación de competencia abarca a más partes que solamente a los agentes participantes, y que la aplicación de la ley, en su momento, el Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (ahora derogada), no estaba condicionada a la existencia de una “relación de competencia” entre quien denunciaba y el presunto autor del acto desleal denunciado; en ese sentido, el artículo 20° de la mencionada norma señalaba que se encontraban legitimados para denunciar no solo los competidores que se consideren afectados por cualquier presunto acto desleal cometido por un competidor, sino también los consumidores, empresas, y demás organismos y/o entes que pudieran verse afectados¹³. En la actualidad, la Ley sobre Competencia Desleal aprobada por el Decreto Legislativo N° 1044 también mantiene dicha postura¹⁴.

¹² Resolución N° 210-2010/CCD-INDECOPI. Lima, 29 de setiembre de 2010. Pág. 4.

¹³ **DECRETO LEY N° 26122, LEY SOBRE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL (derogada en la actualidad)**

Artículo 20.- De conformidad con lo dispuesto en el Título I, cualquiera que sea o pudiese verse afectado por un acto de competencia desleal podrá iniciar acción contra quien lo haya realizado u ordenado.

El afectado podrá iniciar la acción cuando el acto se está ejecutando, cuando exista amenaza de que se produzca e, incluso, cuando ya hubieran cesado sus efectos.

¹⁴ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044, DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

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.

- 4.9 En esa línea, el Indecopi, en el análisis realizado, se basa en la exposición de motivos de la Ley sobre Competencia Desleal, la cual se enmarca dentro del modelo social de represión de la competencia desleal, lo cual implica no solo la protección de quienes concurren al y en el mercado, sino también de aquellos que son consumidores y ciudadanos en general. Así, señala que este modelo es aquel *“en el que la normativa represora deja de ser un ordenamiento concebido para la protección de la empresa en sus relaciones con los competidores, para convertirse en un Derecho ordenador de las relaciones de mercado que extiende su dominio a la tutela del interés de los consumidores y del propio interés del público”*¹⁵. De esa manera, el sistema de competencia desleal peruano vigente verifica y protege que los actos de competencia desleal no se reduzcan a sancionar conductas que recaigan sobre el competidor directo, sino que entiende que la esfera de protección debe abarcar a consumidores y otros que puedan verse afectados.
- 4.10 Por lo expuesto, la norma faculta que en el caso se configure un acto de competencia desleal, cualquier agente pueda recurrir a la autoridad administrativa para denunciar el mismo, procurando se dicten las medidas correctivas que censuren dicho accionar. Por ello, tal y como señala la resolución de la Sala, *“si bien las denuncias por infracción a las normas sobre competencia desleal afectan a la competencia en el mercado y pueden originar perjuicios en el competidor del infractor, no significa que solo el competidor afectado que compite lealmente pueda accionar ante la Comisión, pudiendo hacerlo cualquier persona para preservar el orden económico del mercado”*¹⁶. Adicionalmente, este hecho se encuentra detallado en el artículo 28¹⁷ de la Ley sobre Competencia Desleal.
- 4.11 Lo señalado hasta el momento significa que, sin importar la condición del denunciante, este se encontrará legitimado para denunciar cualquier presunto acto de competencia desleal que considere pueda afectar el correcto desenvolvimiento del mercado, contando con una legitimidad para obrar activa; en ese sentido, contrario a lo señalado por la empresa denunciada NAVARRETE, resulta irrelevante analizar si PANINI es un competidor directo o no, o si tenía o no el 100% de las licencias de los jugadores cuyas imágenes iban a ser utilizadas, puesto que como ya hemos visto, contaría con legitimidad para accionar.
- 4.12 Finalmente, en uno de sus argumentos NAVARRETE pretendió cuestionar la legitimidad de PANINI haciendo referencia al fallo de la Sala Constitucional y Social Permanente respecto de la nulidad de un pronunciamiento final expedido

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.

¹⁵ MENÉNDEZ, AURELIO. *“La Competencia Desleal”* Madrid: Editora Civitas, 1988, Pág. 28.

¹⁶ Resolución N° 1511-2012/SC1-INDECOPI. Lima 10 de julio de 2012. Pág 11.

¹⁷ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044, DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 28.- Formas de iniciación del procedimiento

28.1.- El procedimiento sancionador de investigación y sanción de actos de competencia desleal se inicia siempre de oficio por iniciativa de la Secretaría Técnica.

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.

28.3.- El procedimiento sancionador podrá ser iniciado cuando el acto denunciado se está ejecutando, cuando exista amenaza de que se produzca e, inclusive, cuando ya hubiera cesado sus efectos”

por INDECOPI en un procedimiento entre NAVARRETE y Distribuidora las Américas en supuesta representación de PANINI¹⁸ por presunta infracción al derecho de la imagen. Al respecto, es preciso indicar que la Corte Suprema no ordenó que el denunciante acredite su legitimidad, sino que la nulidad se sustentó porque se corroboró que Distribuidora las Américas no contaba con un poder para actuar en nombre de PANINI, caso totalmente distinto al que acontece en el presente informe.

- 4.13 Por lo expuesto, sobre este apartado concuerdo con lo señalado por el INDECOPI, quien refiere que, de acuerdo a la normativa vigente, la Ley sobre Competencia Desleal, cualquier individuo puede denunciar un presunto acto de competencia desleal, sin existir la necesidad de verse directamente perjudicado o afectado, como podría ser el caso de un competidor directo. En ese sentido, abordando la resolución estudiada, PANINI cuenta con legitimidad para obrar y presentar una denuncia contra presuntos actos de competencia desleal contra NAVARRETE, siempre que tenga sospecha de la comisión de dicha conducta.
- **Sobre los alcances de la cláusula general en el marco de los actos de competencia desleal, y el derecho a la imagen.**

Sobre la Cláusula General

- 4.14 Previamente a abordar el tema que nos ocupa en este apartado, nos parece importante señalar que, en el mercado, no todas las actuaciones de los agentes son ilícitas.
- 4.15 Existe una contienda entre los agentes del mercado para lograr la realización de una serie de actividades comerciales. Como bien lo explica Pierino Stucchi, *“cada transacción lograda por una empresa es una menos que puede lograr su competidora. Así, por ejemplo, cada transacción lograda por una farmacia en la venta de una pastilla para el dolor de cabeza es, con seguridad, una transacción que no logró otra farmacia cuya ubicación se encontraba en un perímetro cercano (...) La competencia entre empresas que concurren ofreciendo bienes o servicios, similares o sustitutos, respecto de los que ofrecen otras empresas es lícita, en principio, aun cuando es capaz de general **daño**”*¹⁹ (Énfasis y subrayado agregados).
- 4.16 Este daño concurrencial (lícito) es permitido dentro de competencia natural, ya que como lo vimos en el ejemplo de la farmacia mencionado por Stucchi, es normal que siempre que un establecimiento se vea favorecido por determinados clientes, significará que existen otros que estarían perdiendo la oportunidad de tener dichas ventas, lo que genera un sistema competitivo que finalmente premiará la eficiencia de las empresas.
- 4.17 Así, cuando los agentes del mercado incurran en actuaciones que no corresponden a este daño descrito, sino que dicha conducta sea contraria a la buena fe comercial o empresarial, se aplicaran las normas de represión de competencia desleal.

¹⁸ Lo señalado fue un procedimiento contencioso administrativo para cuestionar la Resolución N° 245-1999/TDC-INDECOPI, la cual declaró fundada la denuncia interpuesta por la Asociación Distribuidora las Américas en supuesta representación de Panini S.p.A. y otros contra Navarrete por supuestos actos de competencia desleal.

¹⁹ LOPEZ RAYGADA, Pierino Stucchi. *“La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados”*. Revista de Derecho Themis N°54, pp 288.

- 4.18 Conforme lo señala el texto “Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutiveos. Competencia Desleal y Regulación Publicitaria²⁰”, la definición acogida en la norma de “competencia desleal” concuerda con una visión alemana que sintetiza dos líneas de entendimiento que complementan dicha definición, a saber: 1) un acto de competencia desleal ocurre cuando la ventaja obtenida por el “competidor X” no se basa en su propia eficiencia, sino que es obtenida a través de la obstaculización de otros competidores; y 2) este acto se configura además cuando se atenta contra el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.
- 4.19 Es preciso indicar que, en casos de competencia desleal, los competidores estarían atentando contra la buena fe *objetiva*, situación que se produce al alterar, por causas distintas a su propia eficiencia, los resultados o valores en el mercado.
- 4.20 Es importante señalar también que al definir el concepto de “competencia desleal”, la norma no exige que se acredite voluntad sobre su realización, es decir, no promueve que sea necesario que el competidor haya tenido conciencia de la realización del hecho ilícito; sin perjuicio de que este último será valorado al momento de una eventual sanción. En ese sentido, no es necesario que el daño ocasionado sea efectivo, sino que puede hablarse de un “daño potencial” para que se configure la infracción. Finalmente, la Ley no requiere que quien manifieste sentirse afectado por un acto de competencia desleal mantenga una relación de competencia con el causante del hecho, para que se configure la conducta infractora.
- 4.21 Ahora, habiendo aclarado que no toda competencia es per se mala, me centraré en el tema en cuestión, es decir, la cláusula general, la cual está estipulada en el artículo 6 de la Ley sobre Competencia Desleal que rige actualmente, y que tuvo un antecedente señalado también en el artículo 6 del Decreto Ley N° 26122 (Ley sobre Represión de la Competencia Desleal), el cual señalaba lo siguiente:

“Artículo 6.- Se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas”.

- 4.22 En la actualidad, la redacción de dicho artículo ha variado ligeramente, como se observa líneas abajo:

“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”.

²⁰ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI. “Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutiveos. Competencia Desleal y Regulación Publicitaria”. PP 25-26.

- 4.23 Como señaló allá por el año 2017 Gustavo Rodríguez García, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, en su texto *“Cláusula General de competencia desleal en el Perú: lo bueno, lo malo y lo espantoso”*, *“entre los artículos 8° al 19° del derogado Decreto Ley N° 26122 se contenían diversos supuestos específicos de competencia desleal que, a la luz del Precedente, eran una orientación (...) En otras palabras, la anterior normativa de represión de la competencia desleal estaba compuesta por un tipo infractor y doce ejemplos de lo que podía reprimirse en virtud de la cláusula general. Naturalmente, esos doce ejemplos eran simplemente una suerte de ejercicio pedagógico porque no prohibían ni sancionaban nada en sí mismos”*²¹.
- 4.24 En esa misma línea, si analizamos ahora la normativa actual (Decreto Legislativo N° 1044) también se incluye, a lo largo de los artículos 8° al 18°, un listado (enunciativo) de actos considerados desleales, considerándose que la evolución del mercado hoy en la actualidad hace imposible de creer que pueda incluirse en un cuerpo normativo todos los actos de competencia desleal, razón por la cual la cláusula general fungía como una especie de “cajón de sastre” que podría ser utilizada de presentarse situaciones que no estuvieran determinadas en la norma, y sin embargo representarían un presunto hecho ilícito.
- 4.25 Sobre el particular, la Comisión ha señalado que el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1044 *“pretende abarcar en una definición amplia todas aquellas conductas que no se encuentran expresamente ejemplificadas en la referida Ley, toda vez que no resulta posible ejemplificar todos los posibles supuestos de deslealtad en las prácticas comerciales”*²². Adicionalmente, señaló que habría doctrina que secundaba esta idea, citando a Hermenegildo Baylos, quien señaló que *“un acto es desleal, a los efectos de la ley, solamente con que incurra en la noción contenida en la cláusula general, sin que sea preciso que además figure tipificado en alguno de los supuestos que se enumeran, que poseen solo un valor ilustrativo y ejemplificador”*²³. Cabe precisar que esta última afirmación resultaría polémica en la doctrina, por los motivos que explicaremos a continuación.
- 4.26 En sus inicios, la línea jurisprudencial del INDECOPI respecto de la cláusula general señalaba que esta resultaba aplicable a aquellos supuestos que no estuvieran dentro de los ya previstos por el Capítulo II del Decreto Ley N° 26122. En esta línea, Gustavo Rodríguez, en su libro antes mencionado, señala que existía cierto consenso en la doctrina respecto del uso de la cláusula general frente a supuestos no previstos en la norma, ya sea por su carácter extraño o por la evolución continua de las prácticas comerciales. De esta manera, se entendía que los otros supuestos enunciados en la norma no estaban “pintados” o eran “puras letras”; todo lo contrario, realmente podían utilizarse al momento de señalar una presunta infracción o vulneración.
- 4.27 Esta forma de ver a la cláusula general cambia en el año 2004, cuando la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI aprobó el Precedente de Observancia Obligatoria Caballero Bustamante, a través de la Resolución N° 0455-2004/TDC-INDECOPI.

²¹ RODRÍGUEZ GARCÍA, Gustavo. *“Cláusula general de competencia desleal en el Perú: lo bueno, lo malo y lo espantoso”*. Derecho & Sociedad. Lima, revista N° 49, pp. 239 – 247.

²² Resolución N° 210-2010/CCD-INDECOPI, del 29 de setiembre de 2010. Pág. 4

²³ BAYLOS, Hermenegildo. Concepto de Competencia Desleal. En: *“Tratados de Derecho Industrial”*, 1978, p. 317.

4.28 Al respecto, el reconocido Precedente señaló, y citamos, lo siguiente:

“(i) 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”

(ii) Las disposiciones del Capítulo II del Título II de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal enumeran aquellas conductas desleales más comunes, sin hacer mención a la prohibición o sanción alguna, debido a que dichas conductas ya se encuentran prohibidas en la cláusula general, con la sola finalidad de brindar una orientación meramente enunciativa tanto a la Administración como a los administrados; y,

(iii) Al momento de admitir a trámite la denuncia o de iniciar un procedimiento de oficio, la Comisión debe poner en conocimiento del investigado los hechos objeto del procedimiento, así como las posibles modalidades de actos de competencia desleal que podrían configurar dichos hechos, a fin que el administrado pueda estar en posibilidad de ejercer su derecho de defensa en función de la modalidad que le ha sido imputada”²⁴

4.29 Con esa decisión de la Sala, surgió la interrogante respecto de la función que tendrían los otros enunciados en la norma (puesto que el Precedente los habría tildado como enunciativos, restándoles cualquier tipo de valor); lo que significó un ataque a la seguridad jurídica ya que acorde a este precedente, la Autoridad podría sancionar cualquier conducta encubriéndola bajo el supuesto de “infracción a la cláusula general”.

4.30 Ello continuó hasta que el INDECOPI emitió un pronunciamiento a través de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia que generó confusión, pues parecía apartarse del precedente señalado. Así, la contradicción surgió a través de la Resolución 3156-2012/SDC-INDECOPI, en el procedimiento seguido por Cemex Perú S.A. contra Justino Atencio Gutiérrez, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de denigración.

4.31 En el caso Cemex Perú²⁵, INDECOPI sostuvo que “(...) es preciso señalar que, como reconoce la doctrina mayoritaria, la cláusula general es una figura típica de **aplicación residual**. Es decir, se debe utilizar solo de manera supletoria, en tanto no exista un supuesto específico comprendido dentro del catálogo de supuestos más comunes enunciados en el Capítulo II de la Ley de Represión de la Competencia Desleal”. Asimismo, la Sala agregó: “(...) **la cláusula general debe reservar su uso solo a aquel escenario en que la conducta denunciada tenga características propias y atípicas que no se asemejan a alguna de las figuras infractoras ya enunciadas en la ley**. Contrariamente, esto es, ante la comprobación de que la conducta enjuiciada se corresponde con alguna de las conductas enunciadas en el Capítulo II de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la imputación sólo es viable bajo esa modalidad específica, en aplicación del principio constitucional y legal de tipicidad y el deber de encausamiento de oficio que guía la actividad de la autoridad administrativa”²⁶. (Énfasis y subrayado agregados).

²⁴ Resolución N° 0455-2004/TDC-INDECOPI, del 10 de setiembre de 2004.

²⁵ Resolución N° 3156-2012/SDC-INDECOPI, del 19 de noviembre de 2012.

²⁶ Idem.

- 4.32 Una rápida lectura a lo señalado nos permite verificar que lo indicado en el caso Cemex Perú es totalmente opuesto al Precedente Caballero Bustamante, ya que en el primero se indica que se ha de aplicar un supuesto específico cuando la conducta enjuiciada corresponda con alguna de las enunciadas en la normativa; mientras que el segundo afirma que la cláusula general es el único tipo sancionador que puede aplicarse.
- 4.33 Sin embargo, pese a que el fallo de INDECOPI en el caso Cemex Perú contradecía lo señalado en el Precedente, cuando el denunciante solicitó una aclaración, la Sala declaró como “no ha lugar” dicho requerimiento, sosteniendo que “(...) *corresponde señalar que la Resolución 3156-2012/SDC-INDECOPI explica en términos generales y suficientemente lo que regula la cláusula general, efectuando una explicación clara que no se aparta del criterio establecido en el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución 455-2004/TDC-INDECOPI*”²⁷.
- 4.34 Lo indicado por la Sala resultó totalmente contradictorio y confuso, dado que ambos fallos (Precedente Caballero Bustamante vs Cemex Perú) eran opuestos, y pese a ello, INDECOPI se negaba a brindar una respuesta clara sobre el tema cuestionado; es más, la Sala insistió que el uso que debía darse a la cláusula general era el de un “cajón de sastre”, refiriéndose a que la misma debía reservarse para aquellas conductas que no se encontraran señaladas en los otros supuestos enunciados en el Decreto Legislativo N° 1044. Este escenario no hizo más que dejar en claro que el criterio había cambiado y, por tanto, el Precedente había caído en desuso; no obstante, parecía ser que la Sala no estaba dispuesta a aclararlo explícitamente.
- 4.35 Es recién a través de la Resolución N° 0362-2017/SDC-INDECOPI con la que se pone fin al Precedente Caballero Bustamante. La denuncia fue iniciada por América Móvil Perú S.A.C. (Claro) contra Entel Perú S.A. (Entel) por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de engaño, estipulado en el artículo 8 de la Ley sobre Competencia Desleal.
- 4.36 Al respecto, esta resolución señaló que: “*al estar definido en la Ley cuáles son las conductas más frecuentes que califican como actos de competencia desleal, que en rigor también podrían infringir la cláusula general, (actos de engaño, de confusión, de explotación indebida de la reputación comercial ajena, entre otros), la autoridad, en estricta aplicación de lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 230 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, calificará la conducta denunciada dentro de uno de estos supuestos e imputará a la investigada dicho acto*”²⁸.
- 4.37 Asimismo, a raíz de que la parte denunciada solicitó que se declare nulo el procedimiento al haberse imputado el inicio del mismo por el artículo 8° y no 6° de la Ley sobre Competencia Desleal, la citada resolución indicó que “*con relación al Precedente de Observancia Obligatoria contenido en la Resolución 455-2004/TDC-INDECOPI, se debe tener en cuenta que en la medida que el referido pronunciamiento interpretó los alcances de una norma (Decreto Ley 26122) que se encuentra actualmente derogada, sus disposiciones no son vinculantes al presente caso, por lo que debe desestimarse tal argumento*”²⁹.

²⁷ Resolución N° 0281-2013/SDC-INDECOPI, del 18 de febrero de 2013. PP 4.

²⁸ Resolución N° 0362-2017/SDC-INDECOPI, del 26 de junio de 2017. PP 13, numeral 25.

²⁹ Resolución N° 0362-2017/SDC-INDECOPI, del 26 de junio de 2017. PP 14, numeral 29.

- 4.38 Pese lo señalado anteriormente, esto es, a la breve revisión de la “*evolución*” que ha tenido la cláusula general a través de diversos pronunciamientos, ha sido una gran sorpresa revisar los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial del INDECOPI tanto del año 2018 como del 2019, los cuales tienen exactamente el mismo contenido al momento de referirse a la cláusula general. En esa línea, ambos documentos siguen considerando que el único artículo que tipifica y sanciona los actos contrarios a la competencia eficiente (actos de competencia desleal) es el artículo 6 de la Ley sobre Competencia Desleal, es decir, la cláusula general, situación que no se condice con las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual y que, por el contrario, pareciera coincidir con el Precedente Caballero Bustamante, el cual ha fallecido.
- 4.39 De lo expuesto hasta el momento, considero que un uso correcto del artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1044 sería aquel en el cual el acto denunciado no encaje dentro de alguna de las conductas enunciadas en el Capítulo II, por lo que es en dicho supuesto en el que se deberá imputar la comisión de actos contrarios a la buena fe objetiva, y en ese sentido, contrarios al principio de competencia por eficiencia. La cláusula general permitirá también que, de acuerdo a la evolución que presente el mercado, la parte interesada en denunciar pueda hacerlo a través de dicho artículo siempre que las alternativas señaladas en la norma no desarrollen la conducta realizada.
- 4.40 Así, concordamos con Alex Sosa, Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuando señala en su artículo *“La cláusula general de competencia desleal: ¿El “caballero” está muerto o anda de parranda?”* que *“las modalidades desleales contenidas en la LRCD son una extensión de la aplicación de la cláusula general (es decir, se complementan), toda vez que serán actos contrarios a la buena fe empresarial, por lo tanto, se entiende que si un acto es sancionado por alguno de los supuestos establecidos en la norma, se le está sancionando también por la cláusula general, que define lo que es un acto de competencia desleal”*³⁰
- 4.41 Lo señalado por Sosa y en parte también por Rodríguez García, difiere de lo indicado por el abogado Pierino Stucchi en su artículo *“La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados”*. Aquí, Stucchi sugiere que existe un solo tipo sancionador, esto es, la cláusula general, porque es el único supuesto que prohíbe y sanciona. Al respecto, indica que la cláusula general estipulada en el Decreto Ley N° 26122 permite dos modalidades de tipificación: *“(i) una combinada, cuando se utiliza para una imputación, además de la cláusula general, la indicación de alguna o algunas de las conductas enunciadas por dicha ley (...) y (ii) una simple, cuando una imputación se basa solamente en lo establecido por la cláusula general debido a que la conducta que se imputa no ha sido enunciada por la misma ley”*³¹.
- 4.42 Stucchi estaría sugiriendo que la cláusula general *“es el elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal”*, y que ella misma sería

³⁰ SOSA, Alex. *“La cláusula general de competencia desleal: ¿El “caballero” está muerto o anda de parranda?”* Nombre de la página web: <https://polemos.pe/la-clausula-general-de-competencia-desleal-el-caballero-esta-muerto-o-anda-de-parranda/>

³¹ LOPEZ RAYGADA, Pierino Stucchi. *“La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados”*. Revista de Derecho Themis N°54, pp 290.

suficiente para “afirmar la existencia de un sistema administrativo sancionador”. Básicamente, el contenido del Capítulo II del Decreto Ley N° 26122 solo serviría para esclarecer las conductas que se encontrarían prohibidas, facilitando dicho conocimiento al agente o sujeto de derecho que busque denunciar; solamente en ese objetivo, contribuirían las conductas enunciadas, las cuales “alimentarían” la aplicación de la cláusula general.

- 4.43 Así, Stucchi coincidiría con el Precedente Caballero Bustamante, señalando además que las conductas reconocidas en el Capítulo II de por sí ya se encontrarían prohibidas en la cláusula general, y servirían para orientar a la administración y a los administrados.
- 4.44 Revisando lo indicado por diversos juristas sobre la cláusula general en la doctrina nacional como extranjera, tenemos que, el abogado Gustavo Rodríguez García cree que “*la cláusula general en la disciplina de la represión de la competencia desleal desempeña una función de capital importancia, (...) desempeña una función estabilizadora de la normativa, permitiendo que la evolución de las prácticas concurrenciales no demande una también constante, además de costosa e impracticable, evolución del texto normativo*”³².
- 4.45 De otro lado, Alejandra Jaramillo Londoño comenta en el artículo “*Desarrollo jurisprudencial de la cláusula general de prohibición de actos de competencia desleal*”, que “*en Colombia el artículo 7 de la Ley 256 actúa como principio informador del sistema de actos de competencia desleal (...) y le da sentido a las otras conductas al poner el principio de buena fe corolario de la competencia*”³³.
- 4.46 Así, la autora señala que luego de un largo recorrido jurisprudencial realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, este artículo no sería de aplicación subsidiaria respecto a las conductas específicas tipificadas también en la norma, sino que funcionaría como una verdadera norma autónoma, lo que es importante porque “*sanciona aquellas conductas que atentan contra la buena fe en materia de competencia pero que escaparon a la previsión del legislador*”³⁴.
- 4.47 Además, en este artículo, la autora compara someramente las distintas formas de vista que existen en torno a la cláusula general de actos de competencia desleal en el derecho comparado. Los ejemplos que utiliza son el caso de Estados Unidos, Chile y España, siendo que profundiza un poco más en este último caso, al señalar que a diferencia de la norma colombiana, la española³⁵ tiene una mayor simplicidad para estipular la cláusula general, siendo que “*se limitó a calificar como desleales los actos que no cumplan con las exigencias de la buena fe*”³⁶. En esa

³² RODRIGUEZ GARCÍA, Gustavo. “*Cláusula general de competencia desleal en el Perú: lo bueno, lo malo y lo espantoso*”. Derecho & Sociedad, pp 239 – 247.

³³ JARAMILLO LONDOÑO, Alejandra. “*Desarrollo jurisprudencial de la cláusula general de prohibición de actos de competencia desleal*” Bogotá, Colombia, Revista de Derecho Privado N° 49, enero – julio, 2013, pp- 1-25.

³⁴ Ídem.

³⁵ Ley 29/2009, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, publicada el 31 de diciembre de 2009. Artículo 4, numeral 1.

³⁶ JARAMILLO LONDOÑO, Alejandra. “*Desarrollo jurisprudencial de la cláusula general de prohibición de actos de competencia desleal*”. Bogotá, Colombia, Revista de Derecho Privado N° 49, enero – julio, 2013, pp- 1-25.

línea, la normativa española ha especificado que la cláusula general debe ser analizada en base a la buena fe objetiva, aludiendo “a un modelo de conducta socialmente aceptable y exigible, que impone determinados deberes de conducta y ciertos límites al ejercicio de derechos (...) debe prescindirse de la intencionalidad del sujeto”³⁷. Finalmente, la autora no deja pasar la oportunidad de señalar que, para la normativa española, la cláusula general es de utilidad al ser de carácter genérico, pudiendo dar respuesta a varias situaciones.

- 4.48 Continuando con la doctrina española, tenemos también que el abogado Rafael García Pérez, profesor de la Universidad de A. Coruña, España, en su texto “*La diligencia profesional, un concepto clave del nuevo derecho contra la competencia desleal*” señala que la Directiva sobre las Prácticas Comerciales Desleales, es decir, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, ha recurrido a lo siguiente: contemplar en su ordenamiento una cláusula general que permita la “*efectiva represión de la siempre cambiante fenomenología de la competencia desleal*”; sin embargo, hace la precisión de que las cláusulas generales tienen una “*textura abierta*” que complica su aplicación, por lo que resulta necesario recurrir a “*criterios racionales y a principios orientadores (...) que doten a su aplicación de cierta previsibilidad*”³⁸.
- 4.49 Entonces, tenemos que la cláusula general servirá para imputar aquellas conductas que, contraria a la buena fe empresarial, no pueda hallarse o ubicarse dentro de las conductas enunciadas en el Capítulo II del Decreto Legislativo N° 1044, y de esa manera poder asegurar la protección del o de los agentes que consideren que determinada persona o empresa no está compitiendo eficientemente, respetando el ordenamiento jurídico vigente.
- 4.50 Dicho de otra manera, un competidor invierte recursos y energía para poder introducirse de manera adecuada al mercado; debe tramitar los permisos y autorizaciones municipales, entre otros documentos, para poder operar con normalidad y seguridad, situación que lo lleva a asumir costos que, posteriormente, espera recuperar. Esto último sería poco probable en caso hubiera competidores que actuasen contraviniendo la buena fe empresarial, ganando a su vez una ventaja sobre aquellos que sí cumplen la ley.
- 4.51 En el caso concreto, justamente PANINI sostiene que NAVARRETE concurre en el mercado de elaboración y comercialización de álbumes y figuritas sin contar con las licencias necesarias para ello, ahorrándose costos en los que debe incluir de manera obligatoria (licencias para la explotación comercial de la imagen de los futbolistas), como lo señalan las normas peruanas, motivo por el cual denuncia la comisión de hechos que vulnerarían el normal desarrollo de una “competencia eficiente”. A raíz de esta situación, la Secretaría Técnica de la Comisión calificó la denuncia de PANINI, admitiéndola a trámite e imputando a Navarrete la presunta infracción a la cláusula general. Cabe precisar que la parte denunciada en ningún momento buscó solicitar la nulidad del procedimiento por una imputación imprecisa o errónea, sino que sus argumentos fueron en otros sentidos.
- 4.52 De esa forma, es mi opinión que con la Resolución N° 0362-2017/SDC-INDECOPI, se brinda nuevamente la importancia debida a todos los enunciados

³⁷ Ídem.

³⁸ GARCÍA PEREZ, Rafael. “*La diligencia profesional: un concepto clave en el nuevo derecho contra la competencia desleal*”. Anuario da Faculta de de Dereito da Universida de da Coruña, 2010, 14: 23-37. ISSN: 1138-039X. PP 23-37.

del capítulo II de la Ley sobre Competencia Desleal, siendo que todas y cada una de ellas puede utilizarse para tipificar una conducta que pueda vulnerar los derechos de cualquier agente del mercado, sin tener que recurrir forzosamente a la cláusula general cuando en la norma exista el supuesto que plasma la actuación del presunto infractor. En esa línea, con el fin del Precedente Caballero Bustamante, se afianza la idea de que el artículo 6° de la normativa señalada puede utilizarse cuando realmente no se encuentre comportamiento que encuadre la infracción cometida.

- 4.53 Finalmente, a modo de conclusión, es preciso indicar que tanto la Comisión y la Sala concordaron en imputar infracción a la cláusula general porque en su momento estaba vigente el Precedente Caballero Bustamante. Puesto así, se entendía que los demás supuestos de la norma eran meramente enunciativos; no obstante, dado que la cláusula general es de amplia interpretación, considero que en aquel momento sí podía hablarse de una infracción al artículo 6° de la norma de Represión de Competencia Desleal, ello, porque la conducta de Navarrete calzaba con los supuestos enlistados en la norma: era 1) un acto de competencia desleal, y 2) contraria a la buena fe empresarial, ya que su actuación estuvo orientada a captar la atención de los consumidores y mejorar su posicionamiento en el mercado por una vía distinta a la eficiencia económica.
- 4.54 Debe recordarse que Navarrete comenzó a distribuir gratuitamente junto con el diario TODO SPORT, el álbum de cromos denominado “Álbum Mundial Sudáfrica 2010” y los cromos autoadhesivos y afiches, los cuales reproducían la imagen de los jugadores participantes del Mundial Sudáfrica 2010, así como los uniformes de las diversas selecciones, emblemas nacionales y otros signos distintivos, sin contar con la autorización correspondiente. Posteriormente, los cromos autoadhesivos fueron vendidos por sí solos, generándole una ganancia onerosa a Navarrete. Más aun, no era la primera vez que Navarrete incurría en estos actos y que el Indecopi le sancionaba por ello, lo que termina por reafirmar que la conducta de Navarrete en el mercado, frente a su competidor –directo– fue desde un inicio atentatoria y vulneradora de los principios mínimos de buena fe que deben tener los participantes del mercado. De otro lado, resaltamos también que PANINI incurrió en una serie de costos, siendo estos requisitos establecidos en la norma (tramitación de autorizaciones y permisos), sin contar el tiempo que invirtió en estos últimos. Así, PANINI conocía que el incumplimiento de estos mandatos generaría un quiebre en la legalidad, siendo que otros inversores podrían verse tentados a evitarlos para generar una ventaja competitiva; de ahí que se entienda que cualquier acto que genere un desbalance en el ordenamiento, a raíz de la vulneración de un mandato legal, resultará un acto contrario a la buena fe empresarial, pudiendo provocar como consecuencia fatal la salida del agente económico que sí actúe legalmente. En el caso concreto, como lo señaló la Sala, comercializar bienes para los cuales se necesita obtener una licencia de uso correspondiente sin la autorización del titular, sería un acto contrario a la buena fe empresarial, puesto que este agente estaría participando en el mercado sin asumir los costos que otros sí estuvieron dispuestos a asumir.
- 4.55 Sin perjuicio de lo señalado, debe considerarse que la opinión brindada se ajusta a la normativa y precedente vinculante vigente en aquel momento, siendo que actualmente como se ha mencionado en este informe, con la Resolución N° 0362-2017/SDC-INDECOPI, se brinda nuevamente la importancia debida a todos los enunciados del capítulo II de la Ley sobre Competencia Desleal, siendo que todas y cada una de ellas pueden utilizarse para tipificar una conducta que pueda vulnerar los derechos de cualquier agente del mercado, sin tener que recurrir forzosamente a la cláusula general cuando en la norma exista el supuesto que

plasma la actuación del presunto infractor. En esa línea, con el fin del Precedente Caballero Bustamante, se afianza la idea de que el artículo 6° de la normativa señalada puede utilizarse cuando realmente no se encuentre comportamiento que encuadre la infracción cometida; de esa manera, si actualmente tuviera que imputársele la vulneración de algún artículo de la normativa de Represión de Competencia Desleal a Navarrete, sobre el caso del “Álbum Mundial Sudáfrica 2010” u otro similar, probablemente se redirija la imputación a una vulneración del artículo 14° de dicha norma.

Sobre el derecho a la imagen: qué es y cuándo corresponde utilizar la excepción del uso informativo.

- 4.56 El derecho a la imagen, o el derecho a la propia imagen como es conocido también, abarca una vasta cantidad de supuestos que implicarían protección. En el Perú, el derecho a la imagen se encuentra protegido en el artículo 2, numeral 7 de la Constitución Política del Perú, al reconocer dicho cuerpo normativo 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”*, constituyendo uno de los derechos fundamentales y constitucionales de cada ser humano.
- 4.57 Este derecho, además, es uno personalísimo, como bien lo señala Carolina Sáez Tapia en su trabajo para optar al grado de Magister en Derecho y Nuevas Tecnologías *“Derecho a la imagen propia y su manifestación en Internet”*, al decir que *“el derecho a la propia imagen, desde una perspectiva jurídica, forma parte del conjunto de los llamados derechos de la personalidad, esto es, de aquellas propiedades o características que son inherentes a toda persona”*³⁹.
- 4.58 Sobre el derecho a la imagen se ha escrito mucho, prueba de ello es la diversa jurisprudencia que existe tanto a nivel nacional como internacional; no obstante, lo que generalmente suele discutirse en la variedad de casos existentes es el derecho de propiedad que existe sobre el derecho a la imagen, así como el valor comercial que implica, esto es, su patrimonialización y/o explotación.
- 4.59 A nivel nacional, podemos ver que en la sentencia recaída en el Expediente 0446-2002-AA/TC, correspondiente a la demanda de acción de amparo interpuesta por la señora Teresa Gárate Montoya contra la empresa de cobranzas VEO S.A.C., el Tribunal Constitucional señaló que el derecho a la imagen *“protege básicamente, la imagen del ser humano, ínsita 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.”*⁴⁰
- 4.60 Así, este Tribunal ha señalado en otra sentencia que este derecho tiene un ámbito tanto positivo como negativo⁴¹. En relación al primer aspecto, el derecho a la imagen se refiere a la facultad o posibilidad que tiene una persona de determinar qué uso dará a su imagen, ya sea que desee reproducirla o publicarla; por otro

³⁹ SÁEZ TAPIA, Carolina. *“Derecho a la imagen propia y su manifestación en Internet”*.

Nombre de la página web: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/151565/Derecho-a-la-imagen-propia-y-su-manifestaci%C3%B3n-en-internet.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁴⁰ Expediente N° 0446-2002-AA/TC, Lima. TERESA GÁRATE MONTOYA

Nombre de la página web: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00446-2002-AA.html>

⁴¹ Expediente N° 01970-2008-PA/TC, Lima, ARNALDO RAMON MOULET GUERRA

Nombre de la página web: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01970-2008-AA.html>

lado, el segundo aspecto implica que el mismo sujeto pueda prohibir dichos actos en caso no se cuente con su consentimiento.

4.61 Por otro lado, la jurisprudencia extranjera también ha realizado un desarrollo interesante en relación a este derecho, como puede apreciarse en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 14/2003 del 30 de enero de 2003, en la cual se analiza la difusión (a los medios de comunicación) de una fotografía tomada por la policía a un sospechoso. En ese sentido, lo que indicó el Tribunal fue que *“en este caso, dadas sus circunstancias (refiriéndose a bienes o intereses que legitimarían la intromisión al derecho a la propia imagen), tales bienes o intereses **en modo alguno** requerían para su consecución y satisfacción la difusión por parte de la policía de la reseña fotográfica policial obtenida del demandante de amparo a los fines de la investigación y esclarecimiento de los hechos investigados, pues, identificados los presuntos autores de los hechos delictivos, y encontrándose detenido el demandante de amparo, su satisfacción se alcanzaba perfectamente, sin merma alguna, informando a la opinión pública sobre las investigaciones policiales llevadas a cabo, sus resultados positivos, la detención de dos de las personas presuntamente implicadas en los hechos investigados y la búsqueda de la tercera que se encontraba huida e identificada por su propia reseña fotográfica”*⁴². (Énfasis y subrayado agregados).

4.62 En Estados Unidos también existe una corriente parecida al derecho a la imagen, conocido como “Right of Publicity”. Al respecto, Enrique Cavero Safra explica brevemente qué es y de qué trata en su texto *“El right of publicity y los derechos sobre la imagen y reputación de las celebridades en la industria del entretenimiento”*:

“El ROP, en un sentido amplio, protege a las personas contra la utilización, no autorizada, con fines comerciales, de su imagen y voz, así como de su representación (likeness), su nombre, su identidad, reputación e incluso de ciertos elementos distintivos como la firma, frases célebres, vestuario característico o incluso determinados gestos y maneras.

*Se sostiene a menudo que el ROP busca proteger el interés comercial de los individuos en su nombre e imagen (en el sentido más amplio de la palabra) o reputación porque sin tal protección, los artistas tendrían menores incentivos para producir trabajos creativos. Ese tipo de razonamiento es válido para las patentes y los derechos de autor (independientemente de que se esté de acuerdo o no con que los incentivos resultantes son siempre los correctos) dado que estos protegen trabajos creativos e innovadores en las artes y ciencias; pero resulta discutible que ocurra lo mismo con el ROP.”*⁴³

4.63 Es así que el Right of Publicity es necesario para evitar que cualquier persona utilice, sin autorización, la imagen de cualquier otra, logrando enriquecerse a su costa.⁴⁴

⁴² Sentencia 14/2003, del 28 de enero de 2003. (BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2003)

Nombre de la página web: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4789>

⁴³ CAVERO SAFRA, Enrique. *“El right of publicity y los derechos sobre la imagen y reputación de las celebridades en la industria del entretenimiento”*. Ius Et Veritas, edición N° 44, pp. 212 – 223.

⁴⁴ FERNÁNDEZ NÓVOA, Carlos. *“La explotación publicitaria de los bienes de la personalidad”* En: Estudios de la Publicidad. Santiago de Compostela, 1989, Pág. 317.

4.64 En Chile, el derecho a la propia imagen está consagrado en el numeral 19 del artículo 24 de su Constitución, y hace hincapié específicamente al derecho de propiedad que tiene cada persona sobre su imagen, por el simple hecho de ser atributos propios de su personalidad, siendo que ningún tercero podrá disponer de ella (y mucho menos lucrar con ella) sin la autorización respectiva. Así, en la Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco el 06 de diciembre de 2001, confirmada con declaración por la Corte Suprema por sentencia de 30 de enero de 2002, la Corte Suprema reconoció “4° *Que no puede haber duda alguna que con aquella difusión de la imagen de la recurrente y el mensaje anexo, se ha atentado contra la integridad psíquica de la recurrente; al respeto y protección a su vida privada, y a su honra y de su familia; además, al derecho de propiedad, toda vez que su imagen forma parte de su personalidad y que le es propia, no siendo dable difundir una imagen sin el consentimiento o al menos conocimiento de la persona de que se trate*”⁴⁵.

4.65 En el Perú, el derecho a la imagen (protegido constitucionalmente) ha sido desarrollado también en el Código Civil, el cual establece lo siguiente:

*“Artículo 15.- la imagen y la voz de una persona **no pueden ser aprovechados sin autorización expresa de ella** o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes 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 corresponda”⁴⁶ (Énfasis y subrayado agregados).*

4.66 El primer párrafo de este artículo es bastante claro. La imagen de una persona **no podrá** ser utilizada o aprovechada sin el consentimiento de esta, el cual debe ser **expreso**; sin perjuicio de ello, es a partir del segundo párrafo donde se vislumbra que existen ciertos supuestos (**taxativos**) en los cuales cabe excepcionalmente el aprovechamiento de la imagen de una persona sin contar con su autorización.

4.67 Es preciso indicar que dichas excepciones deberán ser interpretadas de manera **restrictiva** en la medida en que lo que se protege en el fondo es el derecho constitucional a la imagen, por lo que debe primar aquella lectura mediante la cual se privilegie la necesidad de consentimiento por parte del titular para de esa manera, poder explotar su imagen, así lo considera también Marcial Rubio en “La

⁴⁵ SÁEZ TAPIA, Carolina. “Derecho a la imagen propia y su manifestación en Internet”.

Nombre de la página web: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/151565/Derecho-a-la-imagen-propia-y-su-manifestaci%C3%B3n-en-internet.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁴⁶ **DECRETO LEGISLATIVO N° 295, CÓDIGO CIVIL PERUANO**

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.

Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional”, cuando señala que la interpretación que debe realizarse frente a la restricción de derechos debe ser, obviando la redundancia, restrictiva; todo lo contrario en relación a la interpretación de derechos constitucionales⁴⁷.

- 4.68 Ahora, no procederé a realizar un análisis extensivo del segundo párrafo del artículo 15° del Código Civil, porque lo único que compete en este trabajo es aclarar la idea de la excepción que figura en dicho artículo, y que debería entenderse de la siguiente forma: la utilización de imágenes de un tercero (en el caso de personas notorias) no requerirá autorización cuando su uso se encuentre relacionado con hechos o ceremonias de interés general celebradas en público, y se busque brindar información de ciertos hechos o acontecimientos que sean de interés público, como podría serlo una noticia, por ejemplo.
- 4.69 Así, como lo señala la Sala al citar una sentencia del Tribunal Constitucional Español, “*el carácter de público de la persona cuya imagen se reproduzca sin su consentimiento, únicamente legitima su captación, reproducción o publicación a fines de mera información, pero nunca cuando se trata de su exposición para fines publicitarios y comerciales (...)*”⁴⁸; situación que fortalece la interpretación que realiza la Sala del segundo párrafo del artículo 15° del Código Civil, en cuanto condiciona el uso libre y gratuito de la imagen del titular para actos meramente informativos, siendo ilícito utilizarla para actos cuya finalidad sea lucrativa.
- 4.70 De manera concreta en el caso acontecido en el presente informe, la parte denunciada, NAVARRETE, habría señalado que, al tratarse de la imagen de una persona notoria, como lo es el caso de un futbolista (que participará en el evento de fútbol más importante a nivel mundial), esta podría ser reproducida sin su consentimiento por el simple hecho de ser una **figura pública**; no obstante, dicha interpretación no es compatible con la de la Sala porque induciría a creer que el derecho a la imagen brinda solamente una protección moral mas no patrimonial, cuando la realidad es distinta, pues este derecho abarca ambos casos, lo que permite que el titular de la imagen pueda (i) decidir sobre el uso que se le da a su imagen (cuándo y dónde), y (ii) explotarla comercialmente, pudiendo recibir un beneficio monetario por ello.
- 4.71 Es en este contexto que la Sala hace alusión a lo indicado por Carlos Fernández Sesarego. Inicialmente, este autor comienza señalando que en el caso de personas notorias no sería necesario el asentimiento de estas para reproducir su imagen; sin embargo, posteriormente hace la aclaración de que ello aplicaría solamente en un contexto de resguardo del derecho a la información⁴⁹; en palabras simples, no sería necesaria la autorización del titular de la imagen siempre que esta sea utilizada con fines informativos.
- 4.72 Adicionalmente al artículo 15° del Código Civil peruano, hay otra norma que protege el uso de la imagen de los futbolistas, esta es la Ley N° 26566 “*Normas referidas a la relación laboral de los futbolistas profesionales con los clubes deportivos*”, la cual dispone en su artículo 7°, literal b), lo siguiente:

⁴⁷ RUBIO CORREO, MARCIAL. “*La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2 005, Pág. 369.

⁴⁸ IGARUA ARREGUI, Fernando. “*La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*”. Madrid: Tecnos, 1991.

⁴⁹ FERNÁNDEZ SEDDAREGO, Carlos. “*Derecho de las Personas: Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*.” Lima: Editora Jurídica Grijle EIRL Sexta Edición. 1996. Pág. 76.

“Artículo 7.- El futbolista tiene derecho a los beneficios pactados en el contrato y especialmente a:

b. Explotación comercial de su imagen y/o a participar en la que el club haga de la misma.

(...)”

- 4.73 De esta manera, la Sala vuelve a citar al autor Carlos Fernández Sessarego, quien considera que esta norma citada previamente tiene fundamento en el hecho de que nadie puede aprovecharse de la imagen de otro sin su consentimiento previo, más aun cuando lo hace para recibir algún beneficio económico, puesto que ello calificaría como un **enriquecimiento indebido**; lo adecuado sería que ambas partes celebren un contrato y/o acuerdo que permita a uno de ellos a utilizar y/o explotar la imagen del otro, pactando determinada contribución económica⁵⁰.
- 4.74 Es así que la Sala se pronunció sobre los argumentos de la denunciada (NAVARRETE) en cuanto esta señaló que sus álbumes tenían carácter informativo puesto que *“informaban”* a la población en general sobre el mundial de fútbol y los futbolistas que participaban en este evento deportivo (siendo que dentro de dicho álbum constarían detalles como nombres, edades, y datos adicionales de los participantes), y por ello el uso de las imágenes efectuado se encontraba amparado en el derecho a la información, y por tanto dentro del supuesto de excepción del artículo 15° del Código Civil peruano.
- 4.75 Sobre el particular, la Sala realiza una argumentación sólida y esclarecedora frente a los descargos de NAVARRETE, en tanto indicó que el álbum era un producto de entretenimiento, puesto que los interesados que lo adquirían lo hacían con el fin de coleccionar las figuras o cromos para completarlo (en el menor tiempo posible), considerando además que existían figuras que tenían mayor valor (no cuantificable) en tanto se trataba de la imagen de jugadores más reconocidos y/o famosos, como podrían serlo Lionel Messi o Cristiano Ronaldo. En ese sentido, el hecho de que el álbum tuviera ciertos elementos informativos, como la edad de los jugadores o a qué equipo pertenecían, no hacía que el producto adquiriera un corte informativo per se, siendo que la finalidad predominante era la del entretenimiento.
- 4.76 En adición a lo expuesto, NAVARRETE refirió en sus alegatos que, dado que su producto estaba dirigido a niños y adolescentes, debía considerarse y protegerse el interés superior de los niños; sin embargo, no hay ninguna prueba factible que confirme lo señalado por la parte denunciada, sobre todo cuando se conoce que incluso personas adultas han adquirido el álbum por el interés que despierta el deporte del fútbol y el evento del mundial (fin de entretenimiento).
- 4.77 Es importante mencionar también que, si bien NAVARRETE aludió a jurisprudencia extranjera, en algunos casos no solo no adjuntó la misma al expediente⁵¹, sino que la que sí fue anexada concluía en el mismo sentido que la Sala. Se trata de la Sentencia N° 1212/2007 del 28 de noviembre de 2007, demanda que fue interpuesta por PANINI S.p.A contra las compañías ECS INMOSOL y CROMOSOL, y concluía que *“(…) las recurrentes, al distribuir en el mercado una colección o álbum de cromos mediante un contrato con la editora en el que, según se declara probado, ni siquiera se consignaba que esta última*

⁵⁰ Resolución 1511-2012/SC1-INDECOPI, del 10 de julio de 2012. PP 27, numeral 84.

⁵¹ En relación a supuestos pronunciamientos emitidos en México y Venezuela.

*tuviera derecho alguno a reproducir en cromos las imágenes (...) incurrió en un comportamiento prácticamente igual a lo que hoy se conoce como “piratería” discográfica, pues siendo de conocimiento general el valor patrimonial de la imagen de los futbolistas entró en competencia, sin pagar nada, con la empresa que mediante una muy compleja negociación había logrado adquirir los derechos para la colección o álbum de cromos. En definitiva (...) las recurrentes lo hacían totalmente al margen del coste que les habría supuesto las adquisiciones de derechos de muy diversa índole pertenecientes a sujetos plurales (...)*⁵² (Énfasis y subrayado agregados).

- 4.78 Asimismo, otro de los argumentos de NAVARRETE habría sido que las imágenes utilizadas de los jugadores de las diversas selecciones eran imágenes en tamaño cuasi pasaporte que no tenían ningún efecto o retoque o algo que las hiciera especiales, y que en revistas especializadas o incluso en Internet existían fotografías con mejor calidad a las que aparecían en los álbumes. Sobre este punto, la Sala determinó que dichas fotografías habrían sido obtenidas en eventos **públicos** y la finalidad principal era la de servir de apoyo a la información brindada en algún artículo periodístico o noticia y en ese sentido, respondía a un ánimo informativo.
- 4.79 Por último, es imperante señalar que, si bien NAVARRETE argumentó que sí habría incurrido en determinados costos en el mercado, por ejemplo, como impresiones, redacciones, diagramas, entre otros; ello no guarda relación con la comisión de actos contrarios a la competencia eficiente, y por tanto, una infracción a la cláusula general estipulada en Ley sobre Competencia Desleal, en tanto la misma se produjo porque NAVARRETE ingresó un producto al mercado ahorrándose los costos de las regalías que debió pagar por la utilización de las imágenes de los futbolistas.
- 4.80 En suma, haciendo una breve síntesis de lo sostenido hasta ahora, encuentro que mi postura concuerda con lo resuelto por la Sala, puesto que el derecho a la imagen, derecho no solo reconocido constitucionalmente, sino también en el Código Civil, protege no solo la parte moral de una persona, sino también la parte patrimonial, de modo que un tercero no podrá hacer uso de una imagen que no es la suya sin contar con el permiso de aquella previamente, habiendo pactado una contraprestación por dicha imagen. Ahora, distinta es la situación, como ya se vio en los párrafos anteriores, cuando se trata de contextos en los cuales la imagen de una persona se utilice para informar a la población en general sobre un hecho noticioso o que sea de interés general/público, como podría ser el caso las noticias.

➤ **Sobre la existencia de presuntos vicios en la motivación de la autoridad administrativa al emitir una resolución sancionatoria a NAVARRETE**

- 4.81 NAVARRETE, en su recurso de apelación (a la Resolución emitida por la Comisión) señaló que la Comisión habría incurrido en una serie de “vicios, errores y defectos” en la Resolución N° 210-2010/CCD-INDECOPI.
- 4.82 De esa forma, hace referencia al artículo 10° de la Ley 27444, el cual estipula las causales de nulidad del acto administrativo⁵³, así como también al numeral 4 del

⁵² Sentencia N° 1212/2007 del 28 de noviembre de 2007. Número de recurso 4718/2000.

⁵³ **LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

artículo 3° del mismo cuerpo normativo, el cual señala que el acto administrativo debe estar debidamente motivado, para lo cual menciona también al artículo 6°, el cual indica que dicha motivación debe ser “*expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado*”⁵⁴. De esta forma, alega que corresponde a la parte denunciante y, posteriormente a la Comisión, acreditar la comisión de la infracción, y que ello no resulta deber del denunciado.

4.83 De esta manera, de acuerdo a NAVARRETE, la Comisión tendría que haber acreditado lo siguiente: (i) que el álbum no tenía naturaleza informativa; (ii) que existe explotación comercial de las imágenes de los jugadores y, en ese sentido, una vulneración a su derecho de imagen; y (iii) que el álbum no es un producto de entretenimiento; caso contrario, la Comisión estaría incurriendo en un vicio de nulidad por motivación defectuosa.

4.84 Sobre estos puntos, NAVARRETE considera que la Comisión habría realizado una interpretación parcializada y arbitraria del artículo 15° del Código Civil, al determinar que el álbum no tenía carácter noticioso y no versaba sobre un evento actual, por lo que no era informativo. Contrario a este punto de vista, alegó que el álbum contenía referencias históricas de los mundiales pasados, información sobre los estadios, conformación de los equipos de fútbol, datos de los jugadores como nombre, posición, altura, y el equipo profesional donde jugaba, entre otros detalles. Así, al “informar” dichos pormenores, el álbum adquiriría un tono informativo, y por ende se encontraría amparado por la libertad de información.

4.85 Por consiguiente, según NAVARRETE, las excepciones del artículo 15° del Código Civil no deben ser entendidas únicamente respecto del ámbito noticioso,

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.

3. Los actos expesos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.

4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

⁵⁴ LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 6. Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

No constituye causal de nulidad el hecho de que el superior jerárquico de la autoridad que emitió el acto que se impugna tenga una apreciación distinta respecto de la valoración de los medios probatorios o de la aplicación o interpretación del derecho contenida en dicho acto. Dicha apreciación distinta debe conducir a estimar parcial o totalmente el recurso presentado contra el acto impugnado.

6.4 No precisan motivación los siguientes actos:

6.4.1 Las decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento.

6.4.2 Cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros.

6.4.3 Cuando la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, bastando la motivación única.

siendo que el interés público en general no se agota en la noticia, ya que esta no es la única forma de manifestar dicho interés. Como ejemplo, hizo referencia a la información encontrada en Internet y que la misma es de acceso al público en general, pero que al estar dispersa en varios sitios webs, una persona puede demorar regular tiempo en concentrar la información que necesita, por lo que el producto del álbum, como medio informativo, logra tener una capacidad de síntesis, la cual compacta en un álbum de 64 hojas, haciendo que la información necesaria para el lector sea de fácil acceso e incluso entretenida. Es más, NAVARRETE refiere que este producto puede ser coleccionado por el consumidor, pasando a convertirse en una fuente de información histórica.

- 4.86 De otro lado, NAVARRETE señaló en sus alegatos que la Comisión, en ningún momento, definió lo que entendía por “explotación comercial” de las imágenes; pese a ello, habría argumentado que NAVARRETE estaría incurriendo en dicha conducta solo porque sus productos contendrían imágenes de los jugadores de fútbol. De esta forma, señaló que la Comisión no había podido acreditar que el álbum no era informativo y que, de manera arbitraria, habría determinado que existiría una afectación al derecho de imagen de los jugadores. Finalmente, concluyó señalando que la Comisión habría obviado pronunciarse sobre el tema del entretenimiento, pese a que habría sido reiterado en varias oportunidades.
- 4.87 A propósito de lo señalado, la Sala hace una revisión de los argumentos utilizados por la Comisión (en la Resolución 210-2010/CCD-INDECOPI), concluyendo, en primer lugar, que si bien esta última no definió explícitamente lo que entendía por “explotación comercial”, del análisis realizado logra entenderse dicho concepto como el acto a través del cual se utilizan las imágenes de los jugadores con fines lucrativos.
- 4.88 La Sala confirma la conclusión a la que llega la Comisión (que el uso de las imágenes de los jugadores no tiene una finalidad noticiosa, y que más bien, atiende a un fin de explotación comercial) y enumera las siguientes razones:
- a. La realización de esta clase de eventos deportivos involucraba una serie de costos, por ejemplo, la negociación y contratación de los jugadores de fútbol, así como de la su propia imagen;
 - b. Dicha contratación generaba que la parte contratante se viera obligada a “pagar” una contraprestación por la explotación de las imágenes de los seleccionados del fútbol;
 - c. La actividad principal del denunciado correspondía a la distribución y comercialización de los álbumes y de las figuras de cromos, convirtiendo este acto en una actividad netamente económica, sin ninguna finalidad informática o noticiosa. Así, la venta de las figuras generaba una expectativa en el consumidor, quien adquiriría continuamente las mismas para cumplir el objetivo primordial: completar el álbum.
- 4.89 Por ello, consideramos pertinente insistir en este tema. Tanto la Comisión como posteriormente la Sala concuerdan en que no era necesario definir manifiestamente el concepto de “explotación comercial”, considerando que los argumentos expuestos por la Comisión son suficientes para demostrar que NAVARRETE tenía como actividad comercial principal la venta de álbumes y cromos autoadhesivos; que, en ese sentido, había decidido elaborar el álbum del Mundial Sudáfrica 2010 utilizando una serie de imágenes de los jugadores de las selecciones que participaban el dicho evento y, haciendo una interpretación incorrecta del segundo párrafo del artículo 15 del Código Civil, había considerado que la finalidad de dicho álbum era “informativa” solo por incluir algunas reseñas

o dato particular de cada jugador, aduciendo que dicho producto en conjunto podría ser incluso considerado como una fuente de información útil a posteriori (luego de la ocurrencia del evento); cuando en realidad estaba obviando el hecho de que como empresa, se estaba beneficiando económicamente a expensas de imágenes que no le pertenecían, y respecto de las cuales ni siquiera tenía los permisos correspondientes para usarlas.

4.90 Así, sobre el argumento de NAVARRETE sobre la falta de mención de doctrina o jurisprudencia referida al derecho a la imagen, así como al tema del entretenimiento, la Sala confirmó que, si bien era cierto que la Comisión no se había pronunciado al respecto, ella si lo había hecho, y que su decisión no implicaba una variación en la decisión de la Comisión, por lo que difícilmente podría considerarse esto último como un vicio que acarree la nulidad de lo actuado.

4.91 Por lo expuesto, considero que la postura de NAVARRETE sobre un presunto vicio por motivación defectuosa es incorrecta, siendo que, pese a que la Comisión no resuelve algunos temas específicamente, posteriormente la Sala no solo los abarca, sino que los desarrolla ampliamente. Además, el hecho de que la Comisión no haya realizado un prolongado análisis sobre cada tema en particular no significa necesariamente una “falta de motivación” o “motivación defectuosa”. A mi modo de ver, la Comisión fue concisa, es cierto, así como también pudo explayarse un poco más en determinados aspectos, pero haciendo una lectura sistemática de la resolución emitida, su fallo estuvo debidamente fundado y motivado.

➤ **Sobre la graduación de la sanción**

4.92 La Comisión, en la Resolución 210-2010/CCD-INDECOPI, al momento de decidir respecto de la graduación de la sanción, se refirió al artículo 52 de la Ley sobre Competencia Desleal, el cual trata sobre los parámetros en caso de infracciones leves, graves y muy graves. En base a ello, la Comisión consideró como agravante que NAVARRETE hubiese generado una distorsión en el funcionamiento del mercado al contravenir la buena fe empresarial, dado que habría utilizado las imágenes de los futbolistas participantes en la Copa Mundial Sudáfrica 2010 indebidamente, sin contar con las autorizaciones correspondientes, y obteniendo una ventaja económica por ello.

4.93 Adicionalmente, la Comisión evaluó la calidad de reincidente de NAVARRETE como un agravante, en concordancia con el numeral 3 del artículo 52⁵⁵ de la Ley

⁵⁵ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 52.- Parámetros de la sanción

52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:

- a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
- b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
- c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,
- d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus

sobre Competencia Desleal, puesto que anteriormente ya había sido sancionado por incurrir en conductas contrarias a la normativa mencionada. Por dicha razón, y bajo la premisa de que la multa debe lograr cumplir con una “*función desincentivadora*” la Comisión sancionó a Navarrete con 240 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

- 4.94 Al respecto, NAVARRETE, en su escrito de apelación, se pronuncia someramente sobre este punto, señalando que la Comisión (i) había aplicado el criterio de la reiterancia de manera indebida y equívoca, dado que las resoluciones emitidas por el INDECOPI se encontraban bajo revisión en instancia judicial, y que en ese sentido no había todavía ninguna sentencia firme sobre ninguno de los procedimientos previos, lo que hacía incoherente la sanción impuesta.
- 4.95 Sobre el particular, luego de revisar la apelación del denunciado, la Sala señaló que la Ley sobre Competencia Desleal tenía mecanismos para reprimir actos desleales, los cuales se encontraban en el artículo 53⁵⁶ de la norma, el cual enunciaba los criterios para determinar la gravedad de la infracción y de esa manera poder graduar la sanción.
- 4.96 De acuerdo con lo señalado por la Sala, estos criterios son utilizados por la autoridad con la finalidad de evitar incurrir en arbitrariedades y, consecuentemente, vulnerar los derechos de los administrados. Además, precisó que para el caso en concreto, también era de aplicación el Principio de Razonabilidad estipulado en el artículo 230.3⁵⁷ de la Ley de Procedimiento

actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.

52.2.- Los porcentajes sobre los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión indicados en el numeral precedente no serán considerados como parámetro para determinar el nivel de multa correspondiente en los casos en que el infractor: i) no haya acreditado el monto de ingresos brutos percibidos relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes a dicho ejercicio; o, ii) se encuentre en situación de reincidencia.

52.3.- La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente.

(...)

56 DECRETO LEGISLATIVO N° 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 53.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción

La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
- d) La dimensión del mercado afectado;
- e) La cuota de mercado del infractor;
- f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;
- g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
- h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.

57 LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 230. Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;

Administrativo General; ello, por cuanto es deber de la Administración imponer una sanción considerando siempre la proporción de la falta.

- 4.97 Por esa razón, es posible concluir que, para generar indiferencia en la comisión de conductas ilícitas, la sanción a aplicar debe ser mayor o igual al beneficio ilícito obtenido; así, esta deberá ser lo suficientemente alta como para generar una sensación de angustia y lamento en el administrado, situación que lo lleve a reflexionar el hecho de volver a incurrir en la misma conducta.
- 4.98 Además, la Sala señaló que, al momento de analizar la graduación de la sanción, el valor real de la multa dependerá del monto que haya obtenido (y respecto del cual se haya beneficiado) el denunciado, así como de la probabilidad de que la conducta infractora sea efectivamente detectada y sancionada⁵⁸.
- 4.99 En el presente caso, la Sala realizó un breve, pero conciso análisis sobre este punto. De esa manera, señaló que pese a que exista un procedimiento contencioso administrativo en curso, lo resuelto por la autoridad administrativa no queda sin efecto, tal y como lo demuestra el artículo 23° de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, el cual estipula que *“la admisión de la demanda no impide la ejecución del acto administrativo impugnado, salvo que el juez dicte una medida cautelar o la ley lo disponga”*;
- 4.100 Consecuentemente, en conjunto con el numeral 19.2 del artículo 19° del Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, las resoluciones emitidas por las Salas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual son ejecutivas y de eficacia inmediata, aunque los interesados interpongan la demanda judicial correspondiente. Por lo tanto, dado que en el momento de ocurrido los hechos todavía no había ninguna sentencia judicial firme que haya dejado sin efecto las sanciones interpuestas a Navarrete, corresponde afirmar que las mismas pueden ser utilizadas como criterio de reincidencia para evaluar la graduación de la sanción a imponer en un nuevo procedimiento.
- 4.101 En lo que respecta al beneficio (ilícito) obtenido por NAVARRETE a raíz de la comisión de la infracción (venta de álbumes y cromos autoadhesivos con las imágenes de los futbolistas pertenecientes a las selecciones que participaban del Mundial Sudáfrica 2010), salta a primera vista que, mientras PANINI invirtió dinero y tiempo en el trámite de las autorizaciones para poder hacer uso de las imágenes de los futbolistas seleccionados, destinando recursos para negociar con los jugadores, sus equipos, o en todo caso, con la misma Federación Internacional de Fútbol (FIFA), el denunciado no atravesó por dicho proceso, motivo por el cual la Sala considero que el beneficio ilícito debía ascender entonces al 100% de ingresos brutos obtenidos por la comercialización del álbum “Mundial Sudáfrica 2010”.
- 4.102 De otro lado, respecto a la probabilidad de detección de la comisión de la infracción, la Comisión consideró inicialmente que la misma era baja, indicando

c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;

d) El perjuicio económico causado;

e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y

g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

⁵⁸ Resolución N° 1511-2012/SC1-INDECOPI, del 10 de julio de 2012. PP 38.

que lo ocurrido no era un hecho de fácil detección por parte de la autoridad administrativa o de los consumidores; sin embargo, la Sala discrepó con ese razonamiento. Ello, porque NAVARRETE distribuyó gratuitamente los álbumes a través del diario Todo Sport, teniendo una gran repercusión en la población en general; asimismo, siendo que no resultaba ser la primera vez que exhibía esta conducta, sino que se trataba de un comportamiento repetido en el tiempo (cada vez que se llevaba a cabo un evento deportivo de significativa importancia), la Sala estimó que la probabilidad de detección ascendía a un 85% (es decir, una probabilidad de detección relativamente alta).

4.103 En adición, la Sala explicó que debía tomarse en cuenta el factor de la “intencionalidad”, el cual es definido como la voluntad de ejecutar determinadas acciones en busca de ciertos resultados⁵⁹.

4.104 En conclusión, la Sala tomó en cuenta criterios como la reincidencia y la intencionalidad al momento de evaluar la conducta de la parte denunciada, para poder determinar si la sanción interpuesta por la Comisión fue la adecuada. Sobre ello, consideró (a diferencia de lo señalado por la Comisión) que la sanción impuesta debió ser mucho mayor a las 240 UIT interpuestas inicialmente; no obstante, en concordancia con el numeral 3 del artículo 237⁶⁰ de la LPAG, la sanción impuesta no puede ser “reformada” ni “modificada” por una sanción mayor (es decir, que perjudique a la parte denunciada), la Sala no tuvo más opción que confirmar la decisión de la Comisión y ratificar la multa de 240 UIT, la cual no superaba el 10% de los ingresos brutos percibidos por NAVARRETE en relación a sus actividades económicas.

V. POSICIÓN DEL BACHILLER

5.1 Concuero, en líneas generales, con las resoluciones emitidas por la Comisión y por la Sala, en relación a la denuncia interpuesta por PANINI contra NAVARRETE por la presunta infracción a la cláusula general estipulada en la Ley sobre Competencia Desleal. Líneas abajo, mis consideraciones sobre los puntos más relevantes del caso.

5.2 Al respecto, coincido con la posición de la Sala cuando señala que cualquier individuo puede denunciar un presunto acto de competencia desleal, y no necesariamente un agente que se vea directamente afectado por dicha conducta, como puede ser el caso de un competidor directo. De esta manera, opino que PANINI sí contaba con legitimidad para obrar y presentar su denuncia contra NAVARRETE, por la comisión de presuntos actos de competencia desleal (vulneración del artículo 6° de la Ley sobre Competencia Desleal).

5.3 En segundo lugar, sobre la aplicación de la cláusula general, considero que, en efecto, su evolución en el tiempo fue marcada negativamente con la emisión del Precedente Caballero Bustamante, y es a partir de la Resolución N° 0362-

⁵⁹ Como sostiene Nieto “(...) basta con la voluntariedad de la acción, que –desde esta perspectiva– es lo único imprescindible. Es decir, que el sujeto tiene que querer el resultado (voluntariedad) aunque no sea preciso que sea consciente de la malicia del mismo y, aun así, lo desee.” En: NIETO GARCÍA, Alejandro, “*Derecho Administrativo Sancionador*”. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, Pág. 340.

⁶⁰ **LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 237.- Resolución

(...)

237.3 Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

2017/SDC-INDECOPI, que se le da la importancia correspondiente a los demás enunciados de la Ley sobre Competencia Desleal que figuran en el Capítulo II (artículos 8 – 18). De esta forma, acorde a la resolución mencionada, cada artículo de la norma puede ser utilizado para tipificar una conducta contraria a la competencia leal y eficiente, lo que conlleva a utilizar la cláusula general en el supuesto en el cual no se encuentre comportamiento que encuadre con la infracción cometida.

- 5.4 En tercer lugar, coincido con la Sala cuando señala que el derecho a la imagen, tiene una protección tanto moral como patrimonial, por lo que nadie debería utilizar la imagen de un tercero sin su consentimiento previo y habiendo pactado una contraprestación por dicha imagen. Claramente, la situación varía cuando se trata de hechos que son de carácter público o interés general, como las noticias.
- 5.5 En cuarto lugar, opino que, contrario a lo señalado por NAVARRETE, no existe una motivación defectuosa en la resolución emitida por la Comisión. En efecto, podría pensarse que el análisis realizado por esta en la Resolución 210-2010/CCD-INDECOPI es ligeramente escueto y que no resuelve algunos temas específicamente; sin embargo, la Sala los abarca y los desarrolla ampliamente. En ese sentido, si hacemos una lectura sistemática de la resolución en general, se apreciará que el fallo estuvo debidamente fundado y motivado.
- 5.6 De otro lado, pese a que la Comisión (i) hizo mención de los procedimientos previos que existían ante NAVARRETE por infracciones similares, donde en otros eventos futbolísticos habría iniciado la venta de álbumes y cromos autoadhesivos sin las autorizaciones correspondientes; (ii) reflexionó sobre el comportamiento de NAVARRETE, el cual calificó como “agravante” y “reincidente”; y , (iii) afirmó que la multa debía cumplir una función desincentivadora; finalmente, al momento de resolver, la multa que aplicó no superó el 10% de los ingresos brutos percibidos por la parte denunciada, en relación a su actividad económica. Probablemente, el error en el que incurrió la Comisión fue suponer que la probabilidad de detección de dicha conducta (infractora) era baja (tanto frente a la autoridad como frente a los consumidores), cuando la realidad era totalmente distinta. Este último punto fue aclarado por la Sala, quien razonó que, dado que NAVARRETE continuaba incidiendo en la misma conducta periódicamente, esto es, siempre que acontece un evento deportivo importantísimo, la probabilidad de detección de dicha conducta infractora era alta.
- 5.7 En consecuencia, es comprensible que la Sala haya optado por el pronunciamiento que tuvo, sin entrar a revisar lo ya señalado. A título personal, considero que la Comisión hace un examen somero de la situación presentada ante ella (por PANINI), e inicialmente no identifica todos los temas relevantes y/o controvertidos para tratarlos en la parte de “análisis de las *cuestiones en discusión*”, en ese sentido, dado que desde un inicio no existió mucha profundidad ni desenvolvimiento en la investigación a lo largo de la resolución, es entendible que hayan quedado cabos sueltos que, posteriormente, la Sala haya tenido que trabajar, para afianzar una idea que, si bien es cierto era correcta y estaba orientada por un buen camino, carecía de fuerza. Como se ha señalado ya en párrafos anteriores, la conducta de Navarrete resulta contraria a la buena fe empresarial porque esta última comercializó bienes para los cuales se necesitaba una autorización especial, sin contar con la misma, lo que generaba que de manera ilegal se viera enriquecida, y sus ganancias aumentarían onerosamente. De esa forma, se pretende señalar que toda vulneración de un mandato legal del ordenamiento que fomente la obtención de algún beneficio (sobre todo monetario)

generaría un desequilibrio en el mercado, situación que es considerada como un acto contrario a la buena fe empresarial.

- 5.8 En efecto, la sanción impuesta termina siendo benigna ante un caso que, como se ha mencionado reiteradas veces, muestra una conducta reiterada y periódica (en el tiempo) por parte de NAVARRETE, quien frente a multas de poco valor, prefiere (como empresa que analiza costo/beneficio) arriesgarse a ser sancionada y pagar la multa impuesta antes que atravesar el tedioso y **costoso** procedimiento que resulta de conseguir los permisos y autorizaciones correspondientes para poder comercializar sus productos en el mercado (álbumes y cromos autoadhesivos), y de esa manera, cumplir con las normas de una competencia eficiente y el respeto de la buena fe empresarial.
- 5.9 Lamentablemente, la Sala poco pudo hacer frente al tema de la graduación de la sanción. Al respecto, esta terminó por reconocer que, de acuerdo al Principio de Interdicción de la Reforma en Peor (**non reformatio in peius**)⁶¹, no podía imponer una multa mayor a la impuesta por la Comisión, de modo tal que a pesar de no coincidir con esa decisión (porque no significaba siquiera el 10% de los ingresos brutos percibidos por la parte denunciada) tuvo que confirmarla.
- 5.10 Al respecto, si bien no estoy de acuerdo con la decisión de la Comisión sobre de la graduación de la sanción, entiendo lo señalado por la Sala cuando hace referencia al Principio de interdicción de la reforma en peor. Aunque este tema escapa ya de los límites de este trabajo, me permitiré señalar que si bien en muchas ocasiones (como el presente caso) podría parecer injusta la aplicación de dicho principio, argumentándose de mil y un maneras que la parte denunciada verdaderamente cumple con todos los criterios existentes que determinan su calidad de infractora (es decir, su responsabilidad); es preciso entender que *“es claro que el contenido o núcleo duro de la garantía constitucional de la prohibición de la reforma in peius, **tiene una relación directa con la seguridad jurídica que tiene toda persona afectada con un acto judicial o administrativo de no verse afectada si recurre a la vía impugnatoria**, ya que el recurso impugnatorio es en interés exclusivo de defensa de los intereses particulares del impugnante y no puede convertirse en un arma de doble filo para él. Es decir que con ello se hace valer un principio elemental que la Administración Pública no puede empeorar o agravar la situación jurídica del recurrente (impugnante) declarada en la resolución impugnada en virtud de su propio recurso, de modo que la decisión judicial que lo resuelve conduce a un efecto contrario al perseguido por el recurrente, cual es anular o suavizar la sanción aplicada en la resolución objeto de impugnación”*⁶²
- 5.11 En pocas palabras, todo administrado que recurra a la vía impugnatoria en cualquier fase del procedimiento lo hace porque tiene la seguridad jurídica de que la revisión de su caso no le acarrearán una sanción mayor, y en ese sentido, no repercutirá sobre este un castigo más perjudicial. En el caso que nos reúne, convendría que desde que la Secretaría Técnica hace una revisión de la denuncia recibida y la admite a trámite, y posteriormente la Comisión hace la evaluación del caso con los descargos de las partes, pueda ahondar en todos los detalles tanto actuales como preexistentes y/o pasados, para poder brindar –al momento del

⁶¹ LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 237.- Resolución

237.3 Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

⁶² DIAZ, Pamela. Corte Superior de Justicia La Libertad, Expediente 00196-2016-0-1618-JM-CI-01.

Nombre de la página web: https://lpderecho.pe/prohibicion-reformatio-in-peius-proceso-administrativo-sancionador/#_ftn7

fallo– una decisión que refleje la gravedad del hecho infractor, de modo que ello no quede solo en palabras.

VI. **CONCLUSIONES**

- 6.1 El presente caso fue bastante dinámico en cuanto a conceptos para analizar. A lo largo de la lectura del escrito de denuncia, la admisión a trámite de la misma, los descargos de NAVARRETE, la Resolución emitida por la Comisión, el escrito de apelación de la parte denunciada, la respuesta de PANINI a este último documento, y los alegatos finales de las partes, me percaté de varios temas – relacionados con la el Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de Competencia Desleal– importantes, y que han generado distintos puntos de vista en la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera. Iniciando con la evolución jurisprudencial que ha tenido la cláusula general, ha sido notable el camino por el cual ha tenido que transitar, desde ser considerada como “el cajón de sastre” frente a los otros supuestos específicos detallados en el Capítulo II del Decreto Ley N° 26122, y posteriormente del Decreto Legislativo N° 1044, para posteriormente convertirse en el único artículo que tipificaría y sancionaría los actos de competencia desleal, dejando a los otros artículos como una suerte de ejemplificaciones sobre cuáles podrían ser dichos actos, hasta volver al punto en el cual se reconoce que dicha cláusula deberá ser utilizada cuando no haya ninguna otra que describa el presunto acto desleal, pudiendo atribuir como motivo la rápida evolución del mercado.
- 6.2 Resulta preocupante, y considero oportuno comentarlo en esta sección del informe que, pese al fallecimiento del Precedente Caballero Bustamante, los Lineamientos sobre Competencia Desleal emitidos por el INDECOPI en el año 2018 y 2019 todavía contengan rezagos de dicho Precedente. Es importante recordar que con la emisión de la Resolución 0362-2017/SDC-INDECOPI se reconoció que el mismo se encontraría derogado, y que en lo subsiguiente, podría imputarse la comisión de una infracción a las normas de la competencia eficiente utilizando los supuestos enunciados en el Capítulo II del Decreto Legislativo N° 1044, o en su defecto, recurriendo a la cláusula general si es que se determinase que el listado enunciativo no contenía la conducta infractora cometida.
- 6.3 Si bien el tema principal apunta a la cláusula general, también ha habido otros temas de vital importancia como la legitimidad para obrar de las partes, punto en el que se discutió que cualquier agente del mercado, y no necesariamente uno que se viera afectado directamente por el hecho o conducta infractora, podía presentar la denuncia ante el INDECOPI, en relación a lo señalado por el numeral 2 del artículo 28 de la Ley sobre Competencia Desleal, la cual señala que *“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”*.
- 6.4 De otro lado, el derecho a la imagen (o a la propia imagen) también fue un punto importante en el caso revisado. El hecho controversial surgió cuando la parte denunciada argumentó que PANINI y la Comisión estarían realizando una interpretación errónea del segundo párrafo del artículo 15 del Código Civil, que el derecho a la imagen podía verse limitado frente al derecho a informar y que su producto era en realidad uno informativo, y que con el transcurso del tiempo podía ser considerado incluso como una fuente de historia, y que no debería importar el uso de las imágenes cuasi pasaporte donde figuraban los futbolistas de las

selecciones que participarían del Mundial Sudáfrica 2010. Por su lado, tanto la parte denunciante como la Comisión, y luego la Sala, convendrían en que más allá de que las imágenes no tuvieran un retoque, tamaño o fondo especial o distinto, eventualmente NAVARRETE estaba haciendo uso (ilícito) de las mismas al no contar con las autorizaciones respectivas; que, en base a esta conducta, estaría lucrando y beneficiándose económicamente, y que contrariamente a ser un producto informativo, era un producto de entretenimiento.

- 6.5 De igual manera, se reconoce la importancia del término “explotación comercial”, señalado principalmente por la Comisión, aunque de manera breve, y luego por la Sala, quien logra ahondar con mayor detalle sobre este concepto, refiriéndose al uso de las imágenes de los jugadores de las diversas selecciones, con fines lucrativos. Esto resulta vital porque NAVARRETE confundía los términos “explotación comercial” de imágenes con “explotación comercial” del interés informativo de los consumidores, aludiendo a que con sus álbumes ellos solo estarían lucrando con el interés informativo o lúdico de los consumidores sobre un evento público.
- 6.6 Otro tema discutido fue la existencia de presuntos vicios en la Resolución emitida por la Comisión, y que NAVARRETE mencionó en su escrito de apelación alegando que la Comisión había fallado en motivar adecuadamente su decisión, lo cual fue contradicho por la Sala, quien concluyó que no existían vicios que pudieran generar la nulidad del procedimiento.
- 6.7 Sobre la graduación de la sanción, observé como la Sala afrontaba un “obstáculo” ante el Principio de Interdicción de la Reforma en Peor. Si bien lo señalado puede tener un matiz de negatividad, no refuto en ningún sentido la existencia de dicho principio; al contrario, creo que, desde el inicio del procedimiento administrativo sancionador, la Comisión debió examinar el caso de manera más detallada, con los pormenores que este conllevaba. Finalmente, opino que debió colocar una sanción mucho mayor a la impuesta, siendo que la misma iba a ser apelada de todas maneras por la parte denunciada, y evaluada en su momento por la Sala que, con un margen más alto en cuanto a la multa, pudo haber determinado si dicha cantidad era adecuada, o en base a los hechos determinar que correspondía apartarse de lo resuelto por la Comisión, y disminuir la sanción impuesta.
- 6.8 A modo de conclusión, considero que es vital entender que, si bien INDECOPi se encarga de regular que las conductas en el mercado se lleven respetando la competencia eficiente y la buena fe empresarial, no le es posible intervenir y regular directamente la actuación de cada agente del mercado, esto es, las decisiones que tomen en relación a su actividad comercial en el mercado. No obstante, así como un conductor teme pasarse una luz roja debido a la multa administrativa que le será impuesta, o por los puntos que se le restarán en su calificación como buen conductor, e incluso a la posibilidad de que su licencia sea inhabilitada, la Autoridad Administrativa debería, con sus actuaciones, replicar dicho “sentimiento de temor” en los infractores; es decir, todo agente que participe de alguna actividad en el mercado debería, conscientemente, conocer que la sanción que puede imponer la autoridad puede ser realmente severa, de modo que puedan reflexionar antes de incurrir en alguna infracción o vulneración de la normativa. Hasta que ello no ocurra, es probable que el infractor decida volver a incurrir en la misma conducta, pues no encontrará una sanción que le perjudique y haga peligrar ya sea su reputación o permanencia en el mercado. Tan solo en el caso de NAVARRETE, este viene incurriendo en la misma conducta desde el año 1998, e incluso luego de acontecido el Mundial Sudáfrica 2010, continuó con

dicha práctica, al publicar, a través de la marca 3 Reyes (marca vinculada a NAVARRETE) el álbum Mundial Rusia 2018⁶³.

VII. **BIBLIOGRAFÍA**

Jurisprudencia:

- Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI, que aprueba los “Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial”, de fecha 05 de julio de 2001. Consulta: 06 de enero de 2020.
Nombre de la página: <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/4176>
- Resolución N° 210-2010/CCD-INDECOPI, de fecha 29 de setiembre de 2010. Expediente N° 042-2010/CCD⁶⁴.
- Resolución N° 1511-2012/SC1-INDECOPI, de fecha 10 de julio de 2012. Expediente N° 042-2010/CCD⁶⁵.
- Resolución N° 0455-2004/TDC-INDECOPI, de fecha 10 de setiembre de 2004. Expediente 032-2002/CCD. Consulta: 04 de enero de 2020.
Nombre de la página: <https://n9.cl/xsgm>
- Resolución N° 3156-2012/SDC-INDECOPI, de fecha 19 de noviembre de 2012. Expediente 121-2011/CCD. Consulta: 04 de enero de 2020.
Nombre de la página: https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp_s_eam
- Resolución N° 0281-2013/SDC-INDECOPI, de fecha 18 de febrero de 2013. Consulta: 04 de enero de 2020.
Nombre de la página: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/f699ddbf-54f8-404e-9bc8-755fcb5496d5>
- Resolución N° 0362-2017/SDC-INDECOPI, de fecha 26 de junio de 2017. Expediente N° 0161-2015/CD1. Consulta: 06 de enero de 2020.
Nombre de la página: <https://n9.cl/4qc9>
- Expediente N° 0446-2002-AA/TC, Lima. TERESA GÁRATE MONTOYA. Consulta: 06 de mayo de 2020.
Nombre de la página web: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00446-2002-AA.html>
- Expediente N° 01970-2008-PA/TC, Lima, ARNALDO RAMON MOULET GUERRA. Consulta: 08 de mayo de 2020.

⁶³ Al respecto, invito a revisar los siguientes links: <https://pderecho.pe/por-que-indecopi-suspendio-venta-album-3-reyes/> y <https://elcomercio.pe/economia/peru/album-panini-debes-comprar-album-3-reyes-rusia-2018-noticia-506557-noticia/>

⁶⁴ La revisión de esta Resolución la hice del expediente mismo. Al respecto, no figura en el Buscador de Resoluciones del Indecopi.

⁶⁵ Ídem.

Nombre de la página web: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01970-2008-AA.html>

- Sentencia 14/2003, del 28 de enero de 2003. (BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2003). Consulta: 06 de febrero de 2020.
Nombre de la página web: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4789>
- Ley 29/2009, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, publicada el 31 de diciembre de 2009. Consulta: 06 de febrero de 2020.
Nombre de la página: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-21162>
- Sentencia N° 1212/2007 del 28 de noviembre de 2007. Número de recurso 4718/2000. Consulta: 06 de febrero de 2020.
Nombre de la página: <https://supremo.vlex.es/vid/desleal-imitacion-albumes-cromos-u-35761870>
- Sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al expediente N° 01405-2010-PA/TC, Callao.
- Sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al expediente N° 0008-2003-AI/TC, Lima.
- Sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al expediente N° 0003-2006-PI/TC, pleno jurisdiccional.
- Sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente a los expedientes N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC.

Autores:

- BAYLOS, Hermenegildo.
1978 Concepto de Competencia Desleal. En: “*Tratados de Derecho Industrial*”, pp. 317.
- CAVERO SAFRA, 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, edición N° 44, pp. 212 – 223.
- FERNÁNDEZ NÓVOA, Carlos.
1989 “*La explotación publicitaria de los bienes de la personalidad*” En: Estudios de la Publicidad. Santiago de Compostela, pp. 317.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.
1996 “*Derecho de las Personas: Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano.*” Lima: Editora Jurídica Grijle EIRL Sexta Edición. 1996, pp. 76.
- GARCÍA PEREZ, Rafael.

- 2010 *“La diligencia profesional: un concepto clave en el nuevo derecho contra la competencia desleal”*. Anuario da Faculta de de Dereito da Universida de da Coruña, 2010, 14: 23-37. ISSN: 1138-039X. PP 23-37.
- IGARUA ARREGUI, Fernando.
1991 *“La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos”*. Madrid: Tecnos.
 - JARAMILLO LONDOÑO, Alejandra.
2013 *“Desarrollo jurisprudencial de la cláusula general de prohibición de actos de competencia desleal”* Bogotá, Colombia, Revista de Derecho Privado N° 49, enero – julio, 2013, pp.1 – 25.
 - LOPEZ RAYGADA, Pierino Stucchi.
2007 *“La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados”*. Revista de Derecho Themis N°54, pp. 287 – 308.
 - MENÉNDEZ, AURELIO.
1998 *“La Competencia Desleal”* Madrid: Editora Civitas.
 - RODRÍGUEZ GARCÍA, Gustavo.
2017 *“Cláusula general de competencia desleal en el Perú: lo bueno, lo malo y lo espantoso”*. Derecho & Sociedad. Lima, revista N° 49, pp. 239 – 247.
 - RUBIO CORREO, MARCIAL.
2005 *“La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional”*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, pp. 369.
 - SÁEZ TAPIA, Carolina.
S/N *“Derecho a la imagen propia y su manifestación en Internet”*.
Nombre de la página web:
<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/151565/Derecho-a-la-imagen-propia-y-su-manifestaci%C3%B3n-en-internet.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
 - SOSA, Alex.
S/N *“La cláusula general de competencia desleal: ¿El “caballero” está muerto o anda de parranda?”*
Nombre de la página web: <https://polemos.pe/la-clausula-general-de-competencia-desleal-el-caballero-esta-muerto-o-anda-de-parranda/>

BARREDA
MOLLER

29882

000001

cd.

INDICOP
Comisión de Investigación de la
Competencia Desleal
18 MAR 2010
RECIBO
Por:

2010 MAR 17 PM 4:39

RECIBO
UNIDAD DE TRÁMITE DENUNCIA
DOCUMENTARIO

A LA COMISION DE FISCALIZACION DE LA COMPETENCIA
DESLEAL

BARREDA MOLLER S. CIVIL DE R.L. en representación de Panini
S.p.A. y Panini España S.A. (en adelante, PANINI) según Poderes que se
acompañan, con RUC N° 20101072453, señalando domicilio procesal para
estos efectos en Av. Angamos Oeste 1200, Miraflores, Lima, atentamente
decimos:

Que interponemos DENUNCIA contra la empresa CORPORACION
GRAFICA NAVARRETE S.A., con domicilio en Carretera Central N° 759
Zona Industrial, Santa Anita, Lima (en adelante, NAVARRETE) por
infracción a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto
Legislativo N° 1044, en la modalidad de VIOLACION DE NORMAS y
EXPLOTACION DE LA REPUTACION AJENA (pretensión principal) o Imputaciones
o INFRACCION A LA CLAUSULA GENERAL (pretensión subordinada), tipos,
éstos, previstos bajo los Artículos N° 6, 14 y 10, respectivamente, del
Decreto Legislativo N° 1044, como pasamos a exponer.

I. ANTECEDENTES .-

La Copa Mundial de la FIFA es el torneo internacional de fútbol masculino a
nivel de selecciones nacionales más importante del mundo.¹

FIFA
Denuncia

La anterior definición, que en palabras describe acertadamente la
naturaleza del torneo y su importancia, queda corta frente al caudal de
sensaciones y emociones que un torneo como la Copa del Mundo suscita
en el aficionado del fútbol, en el simpatizante del fútbol y hasta en el
eventual interesado en el fútbol cuyo interés se aviva sólo en época del
"Mundial" (nombre abreviado de la Copa Mundial de la FIFA) porque en este
torneo y en sus eliminatorias está en juego no sólo un deporte que captura
la atención de miles de millones de seres, sino que se juega también la
patria, la bandera y en ese entusiasmo que sensiblemente se toma en
pasión confluyen y se agitan esos miles de millones de almas.

¹ http://es.wikipedia.org/wiki/Copa_Mundial_de_F%C3%BAtbol

No es de extrañar, por tanto, que existan quienes encuentran en la exaltación del fútbol, oportunidad para procurar para sí, un provecho económico injusto, en contravención de las reglas de una leal competencia mercantil y la violación de disposiciones de orden público.

A la fecha de redacción de esta denuncia, faltan noventa y ocho (98) días y veinte y tres (23) horas para el Mundial. Se han vendido dos (2) millones de entradas. Se espera la venta de muchas más en los meses por venir, hasta el inicio de los torneos mundialistas en el mes de junio próximo.

El Mundial Sudáfrica es, qué duda cabe, una oportunidad para el negocio; también para aquél que involucra la conculcación de la leal competencia en el mercado.

PANINI ha detectado que NAVARRETE viene distribuyendo gratuitamente junto con el diario TODO SPORT de la empresa Montecristo Editores S.A.C., el álbum de cromos ALBUM MUNDIAL SUDAFRICA 2010 así como cromos autoadhesivos y afiches, que reproducen la imagen de los jugadores participantes de los torneos del Mundial Sudáfrica 2010, incluyendo uniformes de las diversas selecciones nacionales, emblemas nacionales y signos distintivos de las empresas patrocinadoras, sin contar con las autorizaciones correspondientes. Adicionalmente, se ha detectado que cromos correspondientes al ALBUM MUNDIAL SUDAFRICA 2010 se encuentran disponibles en el mercado para la venta al público, en forma separada.

Detalle de la situación detectada por PANINI

Se deja constancia que PANINI y terceros, han accionado en el pasado contra NAVARRETE por explotar comercialmente la imagen de jugadores de fútbol en álbumes de cromos sin contar con las autorizaciones correspondientes de las selecciones nacionales de fútbol y/o de los jugadores, habiéndose obtenido resolución favorable de la Autoridad Administrativa.²

Es reiterativa la actuación de NAVARRETE

NAVARRETE es por consiguiente plenamente conciente que la conducta que es materia de la presente denuncia, es infractora del ordenamiento legal vigente y pasible de sanción administrativa y judicial y es reincidente en su conducta. No obstante que la intencionalidad no es factor relevante

² Expedientes N° 045-1998/CCD, 130-2007/CCD, 168-2007/CCD.

BARREDA
MOLLER

para efectos de determinar la existencia de una infracción al marco regulatorio sobre competencia desleal, cabe concluir por lo antes expuesto que en los hechos que motivan esta denuncia, NAVARRETE ha actuado dolosamente.

Presunta
actuación
dolosa x parte
de Navarrete

II. PANINI.-

El Grupo Panini, con sede en Módena (Italia) y filiales en todos los principales países de Europa, en Chile, Brasil, México, Turquía y los Estados Unidos de América, es líder mundial en el sector de los cromos, cuarto editor europeo en el sector de los jóvenes, líder italiano en la distribución de cómics en librerías y está desarrollando un sólido programa en el área de los nuevos medios de comunicación. En 2008 llegó a una facturación consolidada de 648 millones de euros, con 744 empleados.

El Grupo Panini -sus empresas afiliadas- es el único que cuenta con autorizaciones o licencias exclusivas de parte de los seleccionados mundialistas y/o de sus jugadores, para la distribución de álbumes de cromos que reproduzcan la imagen de los jugadores, uniformes y/o emblemas nacionales, así como con licencia de la FIFA para la utilización de sus signos distintivos.

Autorizaciones
con las que
cuenta
Panini

Los álbumes de cromos PANINI con motivo de la Copa Mundial FIFA, se comercializaron por primera vez en el año 1970 en 30 países, situándose PANINI en la fecha como líder en la distribución de álbumes de cromos deportivos, en aproximadamente 100 países alrededor del mundo. Entre ellos, los álbumes de cromos con motivo de la Copa Mundial FIFA son distribuidos en 100 países.

Distribución d'
álbumes FIFA
en el mundo

Dentro de la cuidadosa estrategia de mercadeo del álbum de cromos de la Copa Mundial FIFA de PANINI, la oportunidad juega un papel esencial. Ello, en atención a que se opta por efectuar el lanzamiento del producto una vez que la efervescencia asociada con los próximos torneos mundialistas, alcanza sus puntos más altos. Queda claro que se trata de una distribución temporaria en fecha previa al mundial y que finaliza junto con la terminación del torneo.

Temporabilidad

El lanzamiento no autorizado de álbumes mundialistas daña en consecuencia a PANINI desde una doble perspectiva: (i) porque tratándose

de una actividad temporaria, PANINI lanzará su nuevo producto sólo con motivo del Mundial siguiente, de manera que el perjuicio que la comercialización de álbumes similares por terceros infractores le produce no se diluye en el tiempo, sino que genera grave merma en su actividad económica y (ii) porque al anticiparse el infractor con el lanzamiento de su álbum, obstaculiza el posicionamiento del legítimo producto PANINI (inclusive entre los más aficionados, no serán muchos los que adquieran dos o más álbumes sobre la Copa Mundial FIFA). Por lo demás, cabe señalar que el infractor engaña con su producto al aficionado, quien lo adquirirá en la ignorancia que el producto perjudica económicamente a su ídolo, porque éste asignó la autorización para la explotación de su imagen a PANINI y a ningún otro.

II.1 DERECHOS DE PANINI.-

Los derechos de PANINI para explotar la imagen de los jugadores de las selecciones participantes del Mundial Sudáfrica 2010, los uniformes y otros emblemas de los seleccionados, se derivan de los contratos que PANINI ha suscrito con los seleccionados intervinientes en el torneo, de los que son sólo una muestra los que siguen:

contactos
PANINI con
terceros
intervinientes

- Contrato celebrado entre PANINI y TENFIELD de Uruguay, relativo a la Selección Nacional de Uruguay, vigente al mes de Diciembre de 2010.
- Contrato celebrado entre PANINI y Grupo Santa Mónica Sports, S.L, relativo a la Real Federación Española de Fútbol, vigente al mes de Diciembre de 2010.
- Contrato celebrado entre PANINI y Sindicato Dos Jogadores Profissionais de Futebol (SJFP), relativo a la Federación Portuguesa de Fútbol, vigente al 30 de junio de 2014.
- Contrato celebrado entre PANINI y la Asociación Paraguaya de Fútbol, vigente al mes de Diciembre de 2010.
- Contrato celebrado entre PANINI y A.I.C. SERVICE SRL de Italia, relativo a la Asociación Italiana de Fútbol, vigente al mes de Diciembre de 2010.
- Contrato celebrado entre PANINI y Fundación El Futbolista de Argentina, relativo al Equipo Nacional de Fútbol de Argentina, vigente al mes de Diciembre de 2014.



CTOS
Traducidos

Todos los contratos antes listados se Anexan a la presente denuncia. Se deja constancia que los contratos suscritos en idioma distinto al español – italiano y portugués, respectivamente- se anexan junto con sus traducciones al español.

CTO
FIFA

Adicionalmente, PANINI ha suscrito un contrato con la FIFA, cuya copia y correspondiente traducción también se anexa.

III. LA VIOLACION DE NORMAS.-

La Ley sobre Competencia Desleal (Artículo 14º) sanciona los actos de violación de normas, definiéndolos como aquéllos actos que:

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

14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:

a) Cuando se pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión; o,

b) Cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia. En caso sea necesario, la autoridad requerirá a la autoridad competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente" (el subrayado es nuestro).

CTOS y
autorizac.

Como se desprende de lo anterior, dos son los requisitos básicos para que una conducta califique como violatoria de normas: (i) que la conducta importe la infracción de una norma imperativa y (ii) que a consecuencia de tal infracción se genere para el infractor una ventaja –económica-

Requisitos
Art. 14.



significativa. Es decir, la norma persigue sancionar a aquél que opta por incumplir una norma imperativa de esta manera eximiéndose de asumir el costo —en términos económicos— que el cumplimiento conlleva, así "liberando" por iniciativa propia a su actividad de dicho costo y generando un beneficio económico para sí que no hubiera sido tal, en caso de darse cumplimiento al mandato de la ley imperativa (es decir, en caso de asumirse el costo de acceso a su actividad económica).

Es el caso que en el mercado a que se asocian los hechos materia de denuncia, existen costos de ingreso. En particular, a fin de poder distribuir un álbum de cromos que reproduzcan aspectos de la identidad de los futbolistas del Mundial —su imagen— (así como sus uniformes, emblemas y signos nacionales, etc) es condición ordenada por norma imperativa, el contar con la autorización de los futbolistas concernidos. Porque la imagen —al igual que la voz— de un individuo es parte de su identidad, y porque la identidad y sus componentes adquieren un mayor valor —en términos de cuantificación económica— al adquirir el individuo un mayor grado de notoriedad (asimilable a desarrollar un "goodwill"), la explotación por tercero de algún elemento de la identidad requiere el pago de una retribución al titular. Esta retribución, en términos de la norma imperativa, parte del consentimiento que otorga al tercero el titular, pudiendo el consentimiento ser a título gratuito u oneroso.

La norma imperativa a que nos referimos no es otra que el Código Civil peruano. Este, bajo el Artículo N° 15, título DERECHO DE LAS PERSONAS, dispone:

"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, exclusivamente 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."

Vale mencionar que en interpretación sistemática de la normativa sobre competencia desleal y la disposición del Código Civil peruano antes transcrita, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI ha sentado ya jurisprudencia –precisamente en caso impulsado por PANINI por supuesto de hecho muy similar al que atañe a esta denuncia- relativa a los alcances del derecho a la imagen y la sanción derivada de su explotación comercial no autorizada. Así, mediante precedente de observancia obligatoria, la Sala ha establecido lo que sigue: P.O. Oblig.

"Los componentes de la identidad de la persona, que engloban el nombre, la apariencia o imagen y otras características asimilables, constituyen un tipo de titularidad intangible que resulta asimilable al prestigio comercial (goodwill) y ante la clientela alcanzado por un determinado proveedor a través de la comercialización continuada de sus productos o servicios en el mercado, cuyo aprovechamiento indebido es sancionado por la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. La infracción consistente en la explotación comercial no autorizada de alguno de los componentes de la identidad de las personas constituye un acto de competencia desleal en los términos del artículo 7 del Decreto Ley N° 26122. Cuando se produzca imputación por la comisión de dicha infracción, el individuo o persona jurídica emplazados deberán acreditar que cuentan con las autorizaciones respectivas para poder explotar comercialmente alguno de los atributos de la identidad de quien se trate."

Ciertamente, resulta bastante claro a estas alturas –si tomamos en cuenta la sistemática infracción de algunos agentes económicos al Artículo 15° del Código Civil en materia de explotación comercial de la imagen de jugadores mundialistas- que el no cumplimiento del citado artículo brinda significativas ventajas al infractor: (i) le ahorra en términos financieros, el costo de pagar a cada federación o agremiación nacional una regalía como contraprestación por la licencia o autorización recibida –téngase en cuenta que son treinta y dos (32) los países clasificados para el Mundial, lo que involucra hacer pago de regalías a treinta y dos federaciones o agremiaciones, (ii) le ahorra en términos de tiempo, días, semanas y hasta meses de negociación de los términos de la licencia o autorización, ahorro que, trasladado al infractor, significa que podrá salir al mercado prontamente, sin dilación, antes de que el producto del titular legítimo de los

ventajas del infractor



derechos de explotación, llegue a manos del consumidor y (iii) le permite salir al mercado con un producto de costo unitario menor a aquél del legítimo titular de los derechos de explotación.

Demás está argumentar que siendo breve la etapa mundialista, le resultará extremadamente difícil al legítimo titular de los derechos de explotación, revertir la situación de ventaja de que goza el infractor, a consecuencia de la infracción a la norma. Medidas rápidas por parte del titular -como la interposición de esta denuncia y la eficiente actuación de la Autoridad, podrán contribuir a corregir este desbalance.

Hay pues una ironía en las circunstancias de quien elige violar una norma imperativa y ahorrarse los costos de ingreso a esta actividad: y es que quien menos invirtió, es quien gozará de una más pronta y mejor utilidad.

Es esta distorsión la que la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal busca impedir, mediante la prohibición de la violación de normas imperativas.

Cabe recalcar en este punto, que en nada altera lo expresado bajo este acápite, en particular, relativo a la ventaja competitiva significativa que adquiere el infractor, el hecho que la distribución del álbum haya sido "gratuita", junto con el diario TODO SPORT. Ello, habida cuenta que la comercialización "gratuita" del álbum encierra un interés lucrativo, cual es incrementar dramáticamente el nivel de ventas del diario durante el lapso de tiempo que dura la campaña mundialista.

Distribución
gratuita del
álbum
encierra
interés
lucrativo

Como último aspecto en este punto, es importante subrayar que la infracción de NAVARRETE es independiente de la cantidad de licencias que PANINI pudiera tener. Como ha expresado la Sala de Defensa de la Competencia, "lo que se busca proteger es el interés público en el ejercicio de una competencia leal que no afecte a los agentes económicos en el mercado, cualesquiera que fuera el rol de éstos."¹³

¹³ Resolución N° 0245-1999/TDC-INDECOPI, Expediente N° 045-1998/CCD.

IV. EXPLOTACION DE LA REPUTACION AJENA.-

La conducta de NAVARRETE en los hechos materia de esta denuncia, no se agota en el acto indebido de violación de normas. El ALBUM MUNDIAL SUDAFRICA 2010 involucra no la explotación comercial de la imagen de personas corrientes, sin renombre o especial atractivo para el público, sino que más bien se ocupa de la imagen de futbolistas de las selecciones que han calificado para el Mundial Sudáfrica 2010, es decir, de las actuales treinta y dos mejores selecciones del mundo.

Explotación
comercial de
personas de
renombre

En una sociedad como la actual, en la que la vida de futbolistas, modelos, actores y políticos captura el ojo público y hace titulares en diarios, series y magazines televisivos, colmar las páginas de un álbum con sus imágenes garantiza de antemano el éxito del material coleccionable. Si a ello sumamos que en un país de tradición futbolística como el Perú, las imágenes corresponden a los seleccionados que participarán en el Mundial, el buen resultado parece incuestionable.

Argumento
PANINI

Y así lo saben quienes eligen distribuir álbumes con cromos del Mundial. Lo sabe así también la Autoridad Administrativa, que ha señalado que "la infracción se configura por la emisión de una publicación explotando comercialmente la reputación ajena y sin pagar derecho alguno, cuando se sabe que dichas autorizaciones se venden en el mercado y pudieran haber otras empresas que las hubieran adquirido, como en efecto ocurrió con las denunciadas", lo que además consta a la denunciada pues en el pasado, ha denunciado a Navarrete por la misma conducta indebida.

Comisión de
INFRACCION

La Ley de Represión de la Competencia Desleal sanciona bajo su Artículo 10° los actos de explotación indebida de la reputación ajena, señalando que éstos:

DL 1044

"Consisten en la realización de actos que, no configurando actos de confusión, tienen como efecto, real o potencial, el aprovechamiento indebido de la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro agente económico, incluidos los actos capaces

Actos de
Explotación
Indebida

⁴ Resolución N° 0245-1999/TDC-INDECOPI de fecha 29 de Julio de 2000, expediente N° 045-1998/CCD.

de generar un riesgo de asociación con un tercero" (el subrayado es nuestro).

No se limita pues el enunciado del Decreto Legislativo N° 1044, a asociar la explotación indebida a signos distintivos de terceros (aspecto regulado sólo en el segundo párrafo del artículo). Haciendo expresa alusión a la imagen que corresponde a otro agente económico, su redacción permite englobar dentro de este tipo normativo, al aprovechamiento de la imagen del futbolista, cuya explotación corresponde comúnmente a un tercero: a la agremiación a la cual el futbolista cede los derechos de explotación, como es la costumbre de los clubes y agremiaciones deportivas y de los cuales otros agentes económicos (por ejemplo, las empresas gráficas) deben obtener las correspondientes autorizaciones.

Aprovecham
Imagen

En atención a todo lo antes expresado, PANINI solicita a la Comisión sancione a NAVARRETE por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas y explotación indebida de la reputación ajena.

V. INFRACCION A LA CLAUSULA GENERAL.-

En caso la Comisión considere que los actos de competencia desleal materia de denuncia no califican como actos de violación de normas y/o actos de explotación de la reputación ajena por no ajustarse a los supuestos de hecho contemplados bajo los Artículos 14° y 10° del Decreto Legislativo 1044, planteamos como pretensión subordinada, que se sancione a la denunciada por infracción a la cláusula general, prevista bajo el Artículo 6° de la misma ley.

DL 1044

La conducta de NAVARRETE así encuadrada, deberá ser sancionada por ser "objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado".⁵

Vale señalar sobre el particular, que en el precedente de observancia obligatoria dictado por Resolución N° 0245-1999/TDC-INDECOPI⁶ P.O. Obligat

⁵ Segundo párrafo del Artículo 6° del Decreto Legislativo 1044.

⁶ Expediente N° 045-1998/CCD

BARREDA
MOLLER

resolviendo una denuncia planteada por empresas del Grupo PANINI por supuestos de hecho muy similares a los que son materia de este Expediente -asociados a la explotación comercial no autorizada de la imagen de jugadores de fútbol en un álbum de cromos-, consideró la Autoridad que la conducta infractora se encuadraba bajo el Artículo 7° del Decreto Ley 26122⁷, no obstante que dicho Decreto Ley ya regulaba la figura de la explotación de la reputación ajena, bajo el Artículo 14°.

DL 26122

No resulta del todo claro por qué la Resolución N° 0245-1999/TDC-INDECOPI sancionó la conducta de los infractores como una contraria al Artículo 7° del Decreto Ley 26122 y no como violatoria del Artículo 14° del mismo cuerpo legal. El subrayado que en dicha resolución (acápito III.2, párrafo primero) se realiza del entonces Artículo 7° ("aprovechar indebidamente la reputación ajena y, en general, cualquier acto que por su naturaleza o finalidad pueda considerarse análogo o asimilable a aquéllos que enunciativamente se señalan en el presente Capítulo") parece sugerir que la conducta infractora excedía los límites del tipo "explotación de la reputación ajena" previsto en el Artículo 14°. 4

Otra explicación puede venir dada por el hecho que el Artículo 14° del Decreto Ley 26122, guardaba estrecha vinculación con la explotación derivada del uso no autorizado de signos distintivos u otros medios de identificación, ajenos, definición que el actual Artículo 10° del Decreto Legislativo 1044 expande y perfecciona.

→ Toda vez que la norma vigente, Decreto Legislativo 1044, no incluye dispositivo que enuncie las conductas infractoras de la leal competencia que la ley sanciona -como sí lo hacía el Artículo 7° del Decreto Ley 26122- reiteramos nuestro pedido para que la Comisión considere la conducta de la

⁷ Son actos desleales los destinados a crear confusión, reproducir, imitar, engañar, inducir a error, denigrar, desacreditar la actividad, productos, prestaciones o establecimientos ajenos, efectuar comparaciones inapropiadas, violar secretos de producción o de comercio, aprovechar indebidamente la reputación ajena y, en general, cualquier acto que por su naturaleza o finalidad pueda considerarse análogo o asimilable a aquéllos que enunciativamente se señalan en este Capítulo.

Actos desleales

⁸ Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocian a un tercero."

Explotación de la reputación ajena



denunciada como una contraria al Artículo 6º del Decreto Legislativo 1044 en caso estime que no se cumplen los supuestos de hecho regulados bajo los Artículos 10º y 14º del mismo cuerpo legal. *Cláusula General*

V.I EXHIBICION DE DOCUMENTOS.-

El párrafo segundo del precedente de observancia obligatoria en mención ordena, a la letra:

000 }
000 }

"La infracción consistente en la explotación comercial no autorizada de alguno de los componentes de la identidad de las personas constituye un acto de competencia desleal en los términos del artículo 7 del Decreto Ley N° 26122. Cuando se produzca imputación por la comisión de dicha infracción, el individuo o persona jurídica emplazados deberán acreditar que cuentan con las autorizaciones respectivas para poder explotar comercialmente alguno de los atributos de la identidad de quien se trate."

Se solicita a la Comisión que al amparo de lo dispuesto bajo el Artículo 2º del Decreto Legislativo 807 -Facultades, Normas y Organización de INDECOPI, requiera a la denunciada NAVARRETE la exhibición de los documentos que la autorizan a explotar comercialmente la imagen de los seleccionados para el Mundial Sudáfrica 2010.

En caso NAVARRETE no cumpla con acreditar que cuenta con las autorizaciones correspondientes, su conducta deberá ser sancionada.

VI. MEDIDAS CAUTELARES.-

Se solicita a la Comisión, dicte las medidas cautelares siguientes:

- Cesación de la conducta infractora, es decir, cese de la distribución del ALBUM MUNDIAL SUDAFRICA 2010, incluidos los cromos, cards, porta-cards, láminas y todo otro producto asociado al ALBUM MUNDIAL SUDAFRICA 2010, así como la cesación de la publicidad y/o promoción que del ALBUM MUNDIAL SUDAFRICA 2010 se realice en el diario TODO SPORT o por cualquier otro medio;



- Inmovilización del ALBUM MUNDIAL SUDAFRICA 2010, incluidos los cromos, cards, porta-cards, láminas y todo otro producto asociado al ALBUM MUNDIAL SUDAFRICA 2010, e inmovilización del diario TODO SPORT en tanto publicite o promueva el ALBUM MUNDIAL SUDAFRICA 2010 y/o productos asociados a éste.

Esta medida cautelar deberá practicarse en el domicilio de NAVARRETE sito en Carretera Central N° 759 Zona Industrial, Santa Anita, Lima

- Prohibición de exportación del ALBUM MUNDIAL SUDAFRICA 2010 a terceros países. Ello, habida cuenta que se tiene conocimiento que NAVARRETE se encuentra promocionando en el diario La Razón de Bolivia, la distribución de dicho álbum de cromos. Se adjunta a la presente denuncia como Anexo, copia del anuncio publicado en el diario La Razón de Bolivia.

A continuación sustentamos el cumplimiento de los requisitos para el dictado de medidas cautelares, previstos bajo el Artículo 34° del Decreto Legislativo 1044:

- Verosimilitud en la existencia de un acto de competencia desleal.- Dejamos constancia que la distribución del ALBUM MUNDIAL SUDAFRICA 2010 así como de los productos asociados a éste (cromos, cards, porta-cards, láminas, etc) se encuentra acreditada con el material original que se acompaña como anexo a esta denuncia. La verosimilitud del acto de competencia desleal se constata a través de la distribución del producto infractor, que ya circula en el mercado.
- Peligro en la demora del pronunciamiento final.- Dadas las particularidades del mercado de álbumes de cromos del Mundial Sudáfrica 2010 que han sido discutidas a lo largo de esta denuncia, la demora del pronunciamiento final dificultará gravemente el posicionamiento del álbum de cromos de Navarrete a lanzarse al mercado en el mes de abril próximo, por lo demás, el único álbum de cromos del Mundial Sudáfrica 2010, legítimo. Considerando lo breve de la campaña mundialista (11 de junio - 11 de julio de 2010), la

distribución del álbum materia de denuncia junto con el diario TODO SPORT, así como la de otros álbumes infractores detectados en el mercado, dificultará el posicionamiento del legítimo álbum de PANINI, habida cuenta que el consumidor se encuentra adquiriendo ya el producto infractor y dada su naturaleza, resulta improbable que adquiera más de uno (el álbum de PANINI y el de NAVARRETE). Por ello, la cesación de la conducta infractora de NAVARRETE debe ser inmediata.

De otro lado, la brevedad de la campaña mundialista, de sólo un mes de duración, no permitirá a PANINI recuperar las graves pérdidas económicas a sufrirse a consecuencia de la distribución del álbum infractor.

PANINI podrá posicionar su álbum y neutralizar su pérdida, sólo en tanto al momento del lanzamiento, el producto infractor de NAVARRETE así como todo otro producto y publicidad y/o promoción asociados a éste, hayan sido retirados del mercado.

VII. MEDIDAS CORRECTIVAS.-

Al amparo del Artículo 55° del Decreto Legislativo 1044, se solicita a la Comisión ordene a NAVARRETE la publicación de la resolución condenatoria que será en su oportunidad dictada en este Expediente en beneficio de PANINI.

Dada la reiterancia a nivel histórico, en la comisión de idéntica o similar infracción en el mercado de álbumes de cromos mundialistas, que no ha experimentado disminución pese a los reiterados pronunciamientos de la Autoridad Administrativa, consideramos que la publicación de la resolución condenatoria constituirá un mecanismo idóneo para desincentivar esta modalidad de infracción, de esta manera contribuyendo a la corrección del mercado.

Sometemos a la consideración de la Comisión, el dictado de medidas correctivas sustitutivas o complementarias.

VIII. COSTAS Y COSTOS.-

La distribución del ALBUM MUNDIAL SUDAFRICA 2010 junto con el diario TODO SPORT sin contar con las autorizaciones respectivas, constituye por parte de NAVARRETE una infracción flagrante a la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal -Decreto Legislativo 1044, por lo que corresponde que la Comisión ordene a la empresa denunciada el pago de las costas y costos generados en este procedimiento.

Por consiguiente, al amparo del Artículo 7º del Decreto Legislativo 807, se solicita a la Comisión, ordene a la denunciada el pago de costas y costos de este procedimiento.

POR TANTO:

A la Comisión se solicita en su oportunidad declarar FUNDADA esta denuncia e imponer a NAVARRETE el máximo de multa permitido por ley, así como el pago de las costas y costos generados en el procedimiento y la adopción de medidas correctivas tales como la publicación de la resolución condenatoria.

En la graduación de la multa a ser impuesta a NAVARRETE, se solicita a la Comisión tomar en cuenta que NAVARRETE es reincidente en su conducta infractora, por lo que a la luz del Artículo 52.3º del Decreto Legislativo 1044, la reincidencia deberá considerarse como circunstancia agravante en la determinación de la sanción aplicable

Se solicita a la Comisión en tanto se expide el pronunciamiento final relativo a los actos materia de denuncia, proceda con el dictado de medidas cautelares.

1º OTROSI DECIMOS: Que adjuntamos los aranceles por concepto de denuncia y de medida cautelar.

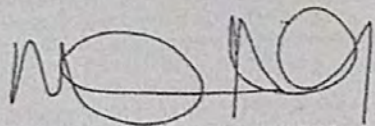
2º OTROSÍDEAMOS. Que se agrega como Anexo a esta denuncia, la siguiente documentación:

- Anexo A: Contrato de Licencia y Autorización (Argentina) suscrito entre Panini S.p.A. y Fundación El Futbolista ✓
- Anexo B: Term Sheet (Uruguay) suscrito entre Panini S.p.A. y Tenfield ✓
- Anexo C: Acuerdo de Licencia (Paraguay) suscrito entre Panini S.p.A. y Asociación Paraguaya de Fútbol con fecha 30 de abril de 2004 ✓
- Anexo D: Acuerdo de Licencia (España) suscrito entre Panini S.p.A. y Grupo Santa Mónica Sports, S.L con fecha 12 de febrero de 2007 ✓
- Anexo E: Acuerdo Fija de Licensing suscrito entre Panini España S.A. y Sindicato Dos Jogadores Profissionais de Futebol con fecha 19 de mayo de 2008, así como su traducción al español. Lisboa ✓
- Anexo F: Contrato de Licencia (Italia) suscrito entre Panini S.p.A. y A.I.C. Service SRL con fecha 20 de diciembre de 2006, así como su traducción al español. ✓
- Anexo G: Branded Product Licence Agreement suscrito entre Panini UK Ltd. y Fédération Internationale de Football Association (FIFA), así como su traducción al español. ✓
- Anexo H: Carta autoritativa suscrita por la Fédération Internationale de Football Association (FIFA) a favor de PANINI con fecha 15 de diciembre de 2008, así como su traducción al español. ✓
- Anexo I: Copia legalizada del Acta Notarial de fecha 7 de marzo de 2010 otorgada por el Notario Público Renzo Alberti Sierra, que da cuenta de la distribución gratuita del

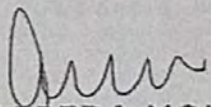
**ALBUM MUNDIAL SUDAFRICA 2010 junto con el diario
TODO SPORT, y adjuntos.**

- Anexo J:** *Copia legalizada del Acta Notarial de fecha 9 de marzo de 2010 otorgada por el Notario Público Renzo Alberti Sierra, que da cuenta de la adquisición de tres sobres conteniendo cada uno cinco stickers correspondientes al ALBUM MUNDIAL SUDAFRICA 2010, y adjuntos.*
- Anexo K:** *Un ejemplar original del diario TODO SPORT de fecha 7 de marzo de 2010, en el que se promociona el ALBUM MUNDIAL SUDAFRICA 2010.*
- Anexo L:** *Un ejemplar original del ALBUM MUNDIAL SUDAFRICA 2010.*
- Anexo M:** *Originales de ochenta (80) cromos y un (01) afiche correspondientes al ALBUM MUNDIAL SUDAFRICA 2010.*
- Anexo N:** *Copia del anuncio del ALBUM MUNDIAL SUDAFRICA 2010 de NAVARRETE, publicado en el diario La Razón de Bolivia.*

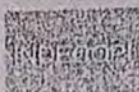
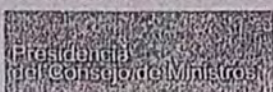
Lima, 16 de Marzo de 2010



MICAELA MUJICA SAN MARTIN
ABOGADA
CAL 24093



BARREDA MOLLER
JOSE BARREDA ZEGARRA
Av. Angamos Oeste 1200
Lima 18, PERU



000333

DENUNCIANTES : PANINI S.p.A.
(PANINI)
PANINI ESPAÑA S.A.
(PANINI ESPAÑA)

IMPUTADA : CORPORACIÓN GRÁFICA NAVARRETE S.A.
(NAVARRETE)

MATERIAS : ADMISIÓN A TRÁMITE
IMPUTACIÓN DE CARGOS
REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN

Lima, 7 de abril de 2010.

1. ANTECEDENTES

Con fecha 17 de marzo de 2010, Panini y Panini España denunciaron a Navarrete por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de explotación indebida de la reputación ajena y violación de normas, supuestos ejemplificados, respectivamente, en los artículos 10 y 14 del Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal). Del mismo modo, las denunciantes plantearon como pretensión subordinada, en caso que los hechos materia de denuncia no califiquen como explotación indebida de la reputación ajena y/o violación de normas, la presunta infracción a la cláusula general, prevista en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Según los términos de la denuncia, Panini y Panini España forman parte del grupo empresarial líder a nivel mundial en la comercialización de cromos y álbumes de cromos, siendo el único que cuenta con las autorizaciones o licencias exclusivas de parte de los seleccionados mundialistas y/o de sus jugadores para la distribución de álbumes de cromos que reproduzcan la imagen de los mismos, uniformes y emblemas nacionales, así como con licencia de la Federación Internacional de Fútbol Asociado - FIFA para la utilización de sus signos distintivos.

En dicho contexto, Panini y Panini España habrían detectado que Navarrete vendría distribuyendo gratuitamente, por medio del diario "Todo Sport", un álbum de cromos denominado "Mundial Sudáfrica 2010", así como cromos autoadhesivos y afiches, que reproducen las imágenes de los futbolistas de las 32 selecciones que participarán en el torneo "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010", sin contar con las autorizaciones para explotarlas. Asimismo, Panini y Panini España indicaron que los cromos del citado álbum se encontrarían disponibles en el mercado para la venta al público, en forma separada. Según las denunciantes, dicha conducta configuraría un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, debido a que Navarrete habría inobservado lo dispuesto por el artículo 15 del Código Civil, que establece que la imagen de una persona no puede ser aprovechada sin su autorización expresa. Del mismo modo, Panini y Panini España manifestaron que la conducta cuestionada también configuraría el aprovechamiento de la imagen de los futbolistas.

Asimismo, las denunciantes indicaron que en caso la conducta cuestionada no califique como un acto de violación de normas y explotación indebida de la reputación ajena, debería sancionarse a Navarrete por la infracción a la cláusula general, debido a que el hecho de reproducir las imágenes de los futbolistas de las 32 selecciones que participarán en el torneo "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010", sin contar con las autorizaciones para explotarlas, sería una conducta objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

Por dichas consideraciones, Panini y Panini España solicitaron a la Comisión que ordenara a Navarrete el pago de las costas y los costos en los que incurriera durante la tramitación del presente procedimiento, así como que se dispusiera la publicación de la resolución condenatoria.

2. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso corresponde a la Secretaría Técnica analizar lo siguiente:

1. La admisión a trámite de la denuncia.
2. La imputación de cargos contra Navarrete.
3. La pertinencia de requerir información a Navarrete.

3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

3.1. La admisión a trámite de la denuncia

Conforme a lo dispuesto por el artículo 26.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Secretaría Técnica es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instrucción del procedimiento de investigación y sanción de actos de competencia desleal. Asimismo, conforme a lo establecido por el literal c) del artículo 26.2 del citado cuerpo legal, la **Secretaría Técnica es el órgano encargado de decidir la admisión a trámite del procedimiento de investigación y sanción de actos de competencia desleal, pudiendo declarar inadmisibles o improcedentes la denuncia, según corresponda.**

De esta manera, en la medida que los cuatro (4) escritos presentados por Panini y Panini España con fechas 17, 23 y 25 de marzo de 2010, cumplen con los requisitos de admisibilidad contemplados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Indecopi, aprobado por Decreto Supremo N° 088-2005-PCM, así como aquellos establecidos en el artículo 29 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, **corresponde admitir a trámite la presente denuncia, conforme a lo estipulado en el artículo 31.1 del citado cuerpo legal.**

De otro lado, debe informarse a los administrados que, en caso consideren que la información contenida en los escritos que presenten durante el procedimiento, ya sea por impulso probatorio propio o en respuesta a los requerimientos de información formulados por la Comisión o la Secretaría Técnica, tiene carácter confidencial, podrán solicitar a la Comisión que ordene su reserva y confidencialidad conforme a lo establecido en el artículo 40 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, para lo cual deberán precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un **resumen no confidencial** de dicha información.

Finalmente, en caso los administrados no comuniquen su intención expresa de mantener en reserva la información presentada, se entenderá que la misma no presenta impedimentos para ser agregada al expediente y puesta en conocimiento de quienes se hayan apersonado al procedimiento.

3.2. La imputación de cargos contra Navarrete

En el presente caso, Panini y Panini España denunciaron a Navarrete por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de explotación indebida de la reputación ajena y violación de normas, supuestos ejemplificados, respectivamente, en los artículos 10 y 14 de la Ley de

DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 40.- Información confidencial.-

- 40.1.- A solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto empresarial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- 40.2.- De conformidad con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial, industrial, tecnológico o, en general, empresarial será concedida por la Comisión o el Tribunal, siempre que dicha información:
 - a) Se trate de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;
 - b) Que quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,
 - c) Que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.
- (...)
- 40.5.- Para que proceda la solicitud de declaración de reserva, el interesado deberá precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial sobre dicha información. Para evaluar si la información tiene carácter confidencial, la Comisión evaluará la pertinencia de la información, su no divulgación previa y la eventual afectación que podría causar su divulgación.

Represión de la Competencia Desleal. Del mismo modo, las denunciadas plantearon como pretensión subordinada, en caso que los hechos materia de denuncia no califiquen como explotación indebida de la reputación ajena y/o violación de normas, la presunta infracción a la cláusula general, prevista en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En este punto, debe considerarse que conforme a lo establecido por el artículo 75 de la Ley N° 27444 (en adelante, Ley del Procedimiento Administrativo General), toda autoridad del Estado que advierta un error u omisión en el procedimiento deberá encausarlo de oficio o a pedido de parte. Asimismo, el artículo 145 del mismo cuerpo legal establece la facultad de la autoridad administrativa para aplicar la norma pertinente al caso concreto, aún cuando ésta no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal.

Sobre el particular, luego de un análisis de los argumentos y los medios probatorios presentados por las denunciadas, la Secretaría Técnica aprecia que conforme a los hechos descritos en los antecedentes de la presente resolución, corresponde calificar la denuncia presentada por Panini y Panini España como una presunta infracción a la cláusula general, prevista en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, imputando dicha conducta a Navarrete, debido a que vendría comercializando y distribuyendo, por medio del diario "Todo Sport", un álbum de cromos denominado "Mundial Sudáfrica 2010", así como comercializando cromos autoadhesivos que reproducen las imágenes de los futbolistas de las 32 selecciones que participarán en el torneo "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010", sin contar con las autorizaciones para explotarias, lo cual resultaría contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

En este extremo, corresponde informar a la imputada que conforme a lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del Indecopi, la Comisión es competente para velar por el cumplimiento de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y de las leyes que, en general, prohíben y sancionan las prácticas contra la buena fe empresarial, incluyendo las normas de la publicidad. Al respecto, el literal b) del artículo 25.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que la Comisión es el órgano facultado para declarar la existencia de un acto de competencia desleal e imponer la sanción correspondiente.

Finalmente, debe recordarse que el incumplimiento de las normas cuya competencia corresponde a la Comisión en el ejercicio de sus funciones, da lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o de multa de hasta setecientas (700) Unidades Impositivas Tributarias², sin perjuicio de que la Comisión pueda ordenar, de ser el caso, las medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado.³ En este punto, corresponde informar a la imputada que en el transcurso

DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 52°.- Parámetros de la sanción.-

52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:

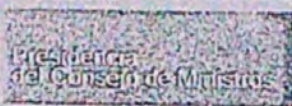
- Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
- Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
- Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,
- Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.

DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 55°.- Medidas correctivas.-

55.1.- Además de la sanción que se imponga por la realización de un acto de competencia desleal, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

- El cese del acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica;
- La remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la realización de actividades, inclusive bajo condiciones determinadas;
- El comiso y/o la destrucción de los productos, etiquetas, envases, material infractor y demás elementos de falsa identificación;
- El cierre temporal del establecimiento infractor;
- La rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas;
- La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de infracción, las que deberán ser coordinadas con las autoridades competentes, de acuerdo a la legislación vigente;



del presente procedimiento tiene plenas facultades para ejercer su derecho de defensa, así como los derechos y garantías procesales establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en la Ley del Procedimiento Administrativo General y en la Constitución Política del Perú.

3.3. La pertinencia de requerir información a Navarrete

Según lo establecido por el literal a) del artículo 26.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, para el desarrollo de sus investigaciones, la Secretaría Técnica se encuentra facultada para exigir a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos, la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia interna o externa y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas. Asimismo, el literal d) del artículo 26.2 del referido cuerpo legal, establece como atribución de la Secretaría Técnica, instruir el procedimiento realizando investigaciones y actuando medios probatorios, ejerciendo para tal efecto las facultades y competencias que las leyes han atribuido a las Comisiones del Indecopi.

Sobre el particular, conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, la Secretaría Técnica considera que corresponde requerir a la imputada la presentación de diversa información relacionada con los hechos materia de denuncia, la misma que se detalla en la parte resolutive.

4. DECISIÓN DE LA SECRETARÍA TÉCNICA

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 26 y 29 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal;

HA RESUELTO:

PRIMERO: ADMITIR a trámite la denuncia presentada por Panini S.p.A. y Panini España S.A. con fecha 17 de marzo de 2010 y, en consecuencia, conforme a los hechos y fundamentos jurídicos indicados en la presente resolución, IMPUTAR a Corporación Gráfica Navarrete S.A. la presunta infracción a la cláusula general, prevista en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que vendría comercializando y distribuyendo, por medio del diario "Todo Sport", un álbum de cromos denominado "Mundial Sudáfrica 2010", así como comercializando cromos autoadhesivos que reproducen las imágenes de los futbolistas de las 32 selecciones que participarán en el torneo "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010", sin contar con las autorizaciones para explotarias, lo cual resultaría contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

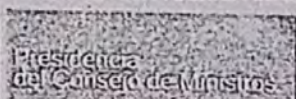
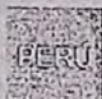
SEGUNDO: AGREGAR al expediente la denuncia presentada por Panini S.p.A. y Panini España S.A. con fecha 17 de marzo de 2010, así como los tres (3) escritos presentados con fechas 23 y 25 de marzo de 2010; correr traslado de dicha documentación a la imputada por el plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente de la notificación de esta resolución, a fin de que presente su descargo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Corresponde informar a los administrados que, en caso consideren que la información contenida en los escritos que presenten durante el procedimiento, ya sea por impulso probatorio propio o en respuesta a los requerimientos de información formulados por la Comisión o la Secretaría Técnica,

g) La publicación de la resolución condenatoria.

DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 32°.- Plazo para la presentación de descargos.- El imputado podrá defenderse sobre los cargos imputados por la resolución de inicio del procedimiento en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, presentando los argumentos y consideraciones que estime convenientes y ofreciendo las pruebas correspondientes. Este plazo podrá ser prorrogado por el Secretario Técnico por una sola vez y por un término máximo de cinco (5) días hábiles, únicamente si se verifica la necesidad de dicha prórroga.



tiene carácter confidencial, podrán solicitar a la Comisión que ordene su reserva y confidencialidad conforme a lo establecido en el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, para lo cual deberán precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial sobre dicha información.

Finalmente, en caso los administrados no comuniquen su intención expresa de mantener en reserva la información presentada, se entenderá que la misma no presenta impedimentos para ser agregada al expediente y puesta en conocimiento de quienes se hayan apersonado al procedimiento.

TERCERO: REQUÉRIR a Corporación Gráfica Navarrete S.A. para que, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de la fecha de notificación de esta resolución, cumpla con presentar:

1. La fecha de inicio de la difusión de los anuncios y afiches que promocionaron la venta del álbum denominado "Mundial Sudáfrica 2010", así como de los cromos autoadhesivos materia de denuncia.
2. La fecha de inicio de la distribución del álbum denominado "Mundial Sudáfrica 2010", con el diario "Todo Sport".
3. El número de ejemplares del álbum denominado "Mundial Sudáfrica 2010", que fueron distribuidos gratuitamente con el diario "Todo Sport" hasta la fecha de notificación de la presente resolución.
4. El número de ejemplares del álbum denominado "Mundial Sudáfrica 2010" comercializados hasta la fecha de notificación de la presente resolución.
5. El número de ejemplares del álbum denominado "Mundial Sudáfrica 2010", que se tiene proyectado comercializar, hasta agosto de 2010.
6. El monto de los ingresos brutos, expresados en Nuevos Soles, obtenidos por la comercialización del álbum denominado "Mundial Sudáfrica 2010", desde la fecha de inicio de su venta hasta la fecha de notificación de la presente resolución.
7. El monto de los ingresos brutos, expresados en Nuevos Soles, obtenidos por la comercialización de los cromos autoadhesivos del álbum denominado "Mundial Sudáfrica 2010", desde la fecha de inicio de su venta hasta la fecha de notificación de la presente resolución.
8. El número de sobres de cromos autoadhesivos del álbum denominado "Mundial Sudáfrica 2010", que se tiene proyectado comercializar, hasta agosto de 2010.
9. El monto expresado en Nuevos Soles, de los ingresos brutos percibidos en todas sus actividades económicas correspondientes al año 2009.
10. Las autorizaciones que la faculden a distribuir el álbum denominado "Mundial Sudáfrica 2010", así como los cromos autoadhesivos con las imágenes de los futbolistas de las 32 selecciones que participarán en el torneo "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010".

Estos requerimientos deben entenderse realizados bajo apercibimiento de aplicar a la imputada las sanciones previstas por el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi.

ANTONIO PALMISANO GUERRITORE
Secretario Técnico (e)
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal



INDECOPI
28 PM 4 26

764
CCD
EXPEDIENTE N° 042-2010/CCD
ESCRITO 01
CONTESTA DENUNCIA

000345

45:08

A LA COMISIÓN DE REPRÉSION DE LA COMPETENCIA DESLEAL DEL INDECOPI:

RECIBIDO
UNIDAD DE TRÁMITE
DOCUMENTARIO

CORPORACIÓN GRAFICA NAVARRETE S.A., identificada con RUC. No. 20347258611, con domicilio en Av. Carretera Central No. 759, distrito de Santa Anita, provincia y departamento de Lima, debidamente representada por JUAN JOSE MONTEVERDE BUSSALLEU, identificado con D.N.I. No. 07856936, según poder que obra en la Partida No. 01162705 del Registro de Personas Jurídicas de Lima; señalando domicilio procesal para efectos del presente proceso en la Casilla No. 461 del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, sito en el Cuarto Piso del Palacio Nacional de Justicia; atentamente decimos:

Que, hemos sido notificados con la Resolución de fecha 12 de abril de 2010, mediante la cual, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI (en adelante la Comisión):

- a) Califican la denuncia formulada por la Asociación Sindicato de Futbolistas Agremiados del Perú (en adelante ASFAP) como una denuncia por la presunta comisión de actos de competencia desleal en intracción de la-cláusula general;
- b) Admiten a trámite la denuncia y nos conceden un plazo de cinco (10) días para contestar la denuncia,
- c) Nos requieren para que, en un plazo no mayor de cinco (10) días hábiles contados a partir de la notificación de la Resolución bajo comentario, presentar información sobre el "Album mundial sudáfrica 2010" y documentación vinculada a dicho producto.

Dentro del plazo de ley, contestamos la denuncia presentada por PANINI y PANINI ESPAÑA, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, solicitando que, se declare Improcedente o bien Infundada dado que:

*

1. LA DENUNCIA ES IMPROCEDENTE PORQUE LA DENUNCIANTE NO HA ACREDITADO TENER LOS DERECHOS DE IMAGEN DE TODOS LOS JUGADORES PARTICIPANTES EN EL MUNDIAL.
2. LA DENUNCIA ES INFUNDADA PORQUE LOS DERECHOS DE IMAGEN SI FUERAN APLICABLES AL PRESENTE CASO, SON INHERENTES A LA PERSONA Y POR ENDE, SOLO SON DEFENDIBLES POR TERCEROS SI CUENTAN CON UNA CESION EXPRESA.
3. LA DENUNCIA ES INFUNDADA POR CARECER DE SUSTENTO LEGAL, YA QUE NUESTRA CONDUCTA ESTA AMPARADA POR EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y ESTA PREVISTA EN EL SUPUESTO DE EXCEPCION DEL ARTICULO 15 DEL CODIGO CIVIL.

Por las consideraciones de hecho y de derecho que a continuación exponemos:

A. FUNDAMENTOS DE HECHO:

DE LA POSICION DE NUESTRA EMPRESA SOBRE LOS HECHOS MATERIA DE LA DENUNCIA Y ANTERIORES DENUNCIAS RESPECTO A LOS EVENTOS MUNDIALES O SUDAMERICANOS DE FUTBOL

1. Pese a que, nuestra empresa comercializa álbumes de cromos sobre eventos deportivos desde la década del 70 en el siglo pasado sin que nunca hubiese tenido problema legal alguno, a partir del año 1998 venimos siendo continuamente y permanentemente acosados por la empresa transnacional Italiana a la que denominaremos Panini quien pretende sacarnos del mercado de cromos utilizando diversas empresas distribuidoras, asociaciones religiosas, empresas vinculadas a medios de prensa escrita.
2. En todos estos años, nuestra empresa a diferencia de nuestra contraparte Panini que, en estos años ha variado su discurso y lo más

grave a adoptado practicas que en algún momento denunció, viene sosteniendo de manera permanente, coherente y uniforme un único discurso que resume las razones legales del porque podemos producir los álbumes de cromos que comercializamos sin tener que requerir licencias.

3. Los argumentos que resumen nuestra posición y que servirán igualmente para afrontar la presente denuncia son los siguientes:

- A. LOS CAMPEONATOS DE FUTBOL EN DONDE INTERVIENEN SELECCIONES NACIONALES, SEAN ESTOS CAMPEONATOS MUNDIALES Y/O SUDAMERICANOS SON EVENTOS PUBLICOS, Y POR ENDE, NO SON DE PROPIEDAD EXCLUSIVA Y EXCLUYENTE DE NINGUNA ENTIDAD MONOPÓLICA (SEA LA FIFA O LA CONFEDERACION SUDAMERICANA DE FUTBOL).
- B. PARTIENDO DE LA PREMISA ANTERIOR, LOS EVENTOS DEPORTIVOS PUBLICOS (CAMPEONATOS DE FUTBOL) NO PUEDEN LICENCIARSE COMO TALES.
- C. LO QUE SI, ES FACTIBLE DE SER LICENCIADO SON LOS SIGNOS DISTINTIVOS Y/O MARCARIOS (MASCOTA, LOGOS, LEMAS COMERCIALES, ETC) DE PROPIEDAD DE LOS ORGANIZADORES DE LOS EVENTOS DEPORTIVOS PUBLICOS (CAMPEONATOS SUDAMERICANOS Y/O MUNDIALES DE FUTBOL) DEBIDAMENTE INSCRITOS EN LOS REGISTROS DEL PAIS DONDE SE VAN A LICENCIAR.
- D. EL USO DE LA IMAGEN DE LOS FUTBOLISTAS EN LOS CROMOS, NO OBEDECE A UNA EXPLOTACION COMERCIAL DE SU IMAGEN INDIVIDUAL NO AUTORIZADA, SINO QUE, LA IMAGEN DE LOS FUTBOLISTAS INTEGRANTES DE LAS SELECCIONES PARTICIPANTES EN LOS CROMOS OBEDECE A SU CONDICION DE MIEMBROS DE LOS SELECCIONADOS NACIONALES DE FUTBOL QUE REPRESENTAN A UN PAIS QUE PARTICIPA EN UN EVENTO DE CARÁCTER PUBLICO. EN

CONSECUENCIA, NO SE EXPLOTA LA IMAGEN DEL FUTBOLISTA EN TANTO INDIVIDUO SINO EN TANTO MIEMBRO DE UN COLECTIVO QUE PARTICIPA EN UN EVENTO PUBLICO, SUPUESTO QUE SE ENCUENTRA PREVISTO DENTRO DE LA EXCEPCION DEL ARTICULO 15 DEL CODIGOM CIVIL.

E. LOS ALBUMES DE CROMOS SON LIBROS QUE SUPONEN UN PRODUCTO AUTONOMO E INDIVIDUALIZADO, GENERADOR DE DERECHOS DE AUTOR.

F. EN TAL SENTIDO, PRODUCIR Y COMERCIALIZAR ALBUMES DE CROMOS DE EVENTOS PUBLICOS DE CARÁCTER DEPORTIVO NO REQUIERE DE LICENCIA ALGUNA PUES EL EVENTO NO ES SUCEPTIBLE DE APROPIACION CON EXCEPCION DE LOS SIGNOS DISTINTIVOS Y MARCARIOS DE LOS ORGANIZADORES.

1. Nuestra conducta se encuentra enmarcada dentro del supuesto de excepción del artículo 15, "DICHO ASENTIMIENTO NO ES NECESARIO CUANDO LA UTILIZACION DE LA IMAGEN (...) SE JUSTIFIQUE POR LA NOTORIEDAD DE LA PERSONA (FUTBOLISTA PROFESIONAL-PERSONAJE PUBLICO), POR EL CARGO QUE DESEMPEÑE (SELECCIONADO DE PAIS PARTICIPANTE DE EVENTO PUBLICO), POR HECHOS DE IMPORTANCIA (CAMPEONATO MUNDIAL O SUDAMERICANO DE FUTBOL) O INTERES PUBLICO (EVENTOS DEPORTIVOS DE TRASCENDENCIA MUNDIAL y/o CONTINENTAL)..." (El subrayado, mayúsculas y frases entre paréntesis son nuestras).

2. A

3. Con fecha 12 de mayo de 1998, Asociación Distribuidora Las Américas, asociación civil religiosa sin fines de lucro, en supuesta representación de Panini S.p.A. y otros, presentó denuncia contra nuestra empresa, Corporación Gráfica Navarrete S.A. y Distribuidora Navarrete S.A., por

supuestos actos de competencia desleal consistentes en la venta de álbumes referidos al campeonato mundial de fútbol celebrado en la República de Francia, expediente N° 045-1998/CCD. Las denunciantes sustentaron su posición sobre la base de la supuesta obtención de los derechos para utilizar los signos distintivos, derechos de autor e imágenes de la FIFA, de todas las asociaciones y federaciones de fútbol y de todos los integrantes de las representaciones nacionales, para ser utilizadas en álbumes sobre el campeonato mundial de fútbol llevado a cabo el año 1998.

4. Con fecha 26 de junio de 1998, presentamos una acción de amparo contra la Comisión de Represión de la Competencia Desleal y otros por violación a los derechos de igualdad ante la ley, libertad de información, libertad de creación, libre competencia e iniciativa privada, entre otros, expediente 2204-98 del Juzgado Especializado en Derecho Público.
5. Con fecha 26 de marzo de 1999, la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público resolvió en última instancia la acción de amparo, expediente N° 1732-98-A, declarándola fundada y ordenando a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI efectúe la reposición de las cosas al estado anterior a la expedición de las resoluciones N° 1, N° 3 y N° 4 recaídas es el expediente administrativo N° 045-1998/CCD. Es decir, recalificar la denuncia.
6. Con fecha 6 de mayo de 1999, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal emitió la Resolución No. 038-1999/CCD-

INDECOPI mediante la cual, entre otros, declara fundada la denuncia a que se refiere el numeral 2. que antecede, e incumpliendo lo expresamente ordenado por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público.

7. Mediante Resolución No. 0245-1999/TDC-INDECOPI de fecha 16 de julio de 1999,, resolución a la que se hace mención como precedente obligatorio, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI resuelve en última instancia administrativa la denuncia que corre en el expediente No. 045-1998/CCD, declarándola fundada y estableciendo precedente de obligatorio cumplimiento, por lo que ordena su publicación el Diario Oficial "El Peruano".
8. Con fecha 3 de noviembre de 1999, Corporación Gráfica Navarrete presenta ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia demanda de impugnación de la resolución administrativa indicada en el numeral precedente contra el INDECOPI y otros, expediente AV-444-99.
9. Con fecha 29 de abril de 2002, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia otorgó la medida cautelar solicitada por la demandante en el expediente AV-444-99, y ordenó al INECOPI suspenda la ejecución de la Resolución No. 0245-1999/TDC-INDECOPI de fecha 16 de julio de 1999, en cuanto al extremo que afecta a la solicitante y en tanto oportunamente se resuelva sobre la acción contencioso administrativa.
10. Por Sentencia del 29 de noviembre del 2002 se declara Infundada la demanda, la misma que es apelada ante la Sala Constitucional y Social

Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, la misma que con fecha 19 de agosto del 2005 revoca la sentencia apelada y declara Fundada nuestra demanda, en consecuencia, Nula la Resolución No. 0245-1999/TDC-INDECOPI del 16 de julio de 1999, Nulo e Insubsistente todo lo actuado a nivel administrativo, debiendo la Comisión recalificar la denuncia de competencia desleal teniendo en cuenta lo expuesto en esta sentencia, la misma que será comentada a profundidad más adelante. Quedando desvirtuado uno de los argumentos de la denunciante de que este proceso había sido adverso a nuestra empresa, puesto que, la misma se encuentra en ejecución e Indecopi deberá declarar improcedente la denuncia formulada por Panini S.p.A.

11. Como consecuencia de la acción de amparo antes mencionada y recogida en su integridad por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, la Sala Especializada en Derecho Público confirmó la sentencia de primera instancia y dictó una Resolución a la que atribuyó expresamente el carácter de precedente obligatorio que estableció CUATRO criterios que la Comisión DEBE CONSIDERAR EN EL PRESENTE CASO:

- a. PANINI S.p.A. DEBIO PROBAR CON SU DENUNCIA LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DE EXCLUSIVIDAD SOBRE LA TOTALIDAD DE LOS ALBUMES A PRODUCIRSE REFERIDOS AL MUNDIAL DE FUTBOL FRANCIA 1998.(considerando sétimo).

b. PANINI SpA DEBIO PROBAR EL DERECHO DE USAR EN FORMA EXCLUSIVA Y EXCLUYENTE LA IMAGEN DE LA TOTALIDAD DE SELECCIONES QUE PARTICIPARON EN EL MUNDIAL FRANCIA 98 Y DE LOS JUGADORES QUE LAS INTEGRARON. Es importante mencionar que la Sala consideró esta obligación de Panini S.p.A. de gran relevancia porque de no cumplirse la misma, el Poder Judicial señaló que la denunciante estaría incurriendo en la misma falta que ha denunciado (considerando sétimo).

c. ES NECESARIO QUE SE EXIJA EL OFRECIMIENTO DE UNA CONTRACAUTELA EFECTIVA QUE GARANTICE EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS QUE LAS MEDIDAS CAUTELARES SOLICITADAS PUDIERA HABER CAUSADO.

d. QUE LA DENUNCIANTE DEBE ACREDIATAR TENER LEGITIMIDAD PARA OBRAR Y ESO SUPONE QUE LA ADMINISTRACION EXIJA QUE SE CUMPLAN Y PRUEBEN LA REPRESENTACION LEGAL DE LOS DISTINTOS ACTORES.

12. Lo resuelto por el Poder Judicial ha merecido un pronunciamiento de la Sala de Derecho Constitucional Permanente de la Corte Suprema que, en última instancia judicial ha declarado Nula la Resolución No. 0245-1999/TDC-INDECOPI de fecha 16 de julio de 1999 y Nulo e Insubsistente todo lo actuado en sede administrativa en relación a la denuncia relativa al álbum Francia 1998, reivindicando lo ya resuelto por el amparo interpuesto por nuestra empresa y señalando expresamente que, NO CUMPLIR CON LOS CRITERIOS

RESUMIDOS anteriormente SUPONEN UNA TRANSGRESION DE LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 4 DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL.

16. Lo hasta aquí expuesto sirve para anunciar LA TOTAL AUSENCIA DE SUSTENTO DE LA DENUNCIA INCOADA.

B. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE NUESTRA CONTESTACION

B.1. SOBRE LA NATURALEZA INFORMATIVA DE NUESTRO PRODUCTO

1. Para comenzar, el inciso 4 del artículo 2º de nuestra constitución señala que toda persona tiene derecho a: "las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley". En ninguna parte de este articulado se menciona, como lo hace suponer PANINI, que dichas libertades están restringidas a los medios de comunicación masivos y únicamente cuando se tratan sobre temas actuales o pasados.
2. Efectivamente, cuando PANINI sostiene que nuestro producto no es informativo porque este no es un periódico o una revista especializada sobre el tema, presupone que los únicos amparados por la libertad de información, y por lo tanto facultados a utilizar las imágenes de los jugadores en su actividad informativa, son los medios de comunicación masiva.³
3. No menos arbitraria es la confusión que hace PANINI entre información y noticia, pues es claro que cuando el segundo párrafo del artículo 15º del Código Civil señala que no se requerirá autorización cuando la

utilización verse sobre alguno de los supuestos de excepción y "siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público"; PANINI lo interpreta como una restricción del ámbito de la información al de la noticia, de ahí que haya creado la exigencia de que la información verse sobre un evento actual y no futuro.

4. Resultaría ocioso señalar como una información puede estar relacionada no solo con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público y que sean actuales, sino también que se hayan realizado en el pasado o se vayan a realizar en el futuro. Solo diremos que, mas allá de ser una interpretación arbitraria, restrictiva y caprichosa de la ley y la constitución, la interpretación que realiza PANINI no toma en cuenta que la finalidad de las normas referidas proteger la intimidad de las personas y prohibir el aprovechamiento ilícito de reputación de la persona asociada a esa imagen.
5. En este sentido, las excepciones contenidas en el artículo 15º del CC no se pueden entender referidas únicamente al ámbito noticioso, que si bien es la manifestación directa y principal del interés de la opinión pública que justifica la exposición de las imágenes de las personas sin su consentimiento, este interés público en la información no se agota y no se puede agotar en la noticia, pues el interés público en la información se manifiesta también en hechos pasados o en la manejabilidad de la información sobre hechos actuales, pasados o futuros.

6. Hoy en día, la mayor parte de información del mundo se puede encontrar en Internet al acceso del público en general, sin embargo buscar una información en particular puede tomar tiempo porque no toda la información se encuentra en el mismo lugar o puede ser de difícil acceso. Es por eso que hoy en día, mas allá o incluso mas que el carácter novedoso, original o profundo de la información contenida en el producto (y que PANINI utiliza como principales criterios para determinar que es informativo y que no lo es), se valora la capacidad del producto informativo para sintetizar una gran cantidad de información y hacerla de fácil acceso.
7. Nuestros álbumes por más de 30 años han constituido una valiosa fuente de información para nuestros consumidores sobre los mundiales. Si bien la información contenida en ellos es pública y puede ser obtenida mediante otras fuentes informáticas (periódicos, revistas especializadas o Internet como señala PANINI), tienen la virtud de poder condensar y resumir la información mas relevante sobre el mundial en un formato de 64 paginas; en donde aparecen tanto la información fáctica sobre el mundial como el Fixture, su historia, los datos de los estadios, los datos de los jugadores (nombre, posición, edad, club profesional, etc.) entre otros; así como la información grafica como las imágenes de los estadios y las imágenes de los jugadores.
8. Toda esta información se encuentra presentada en un formato de fácil acceso y, Dios no lo quiera, entretenido para el lector; y esta es su mayor ventaja sobre otras fuentes y formatos de información, que si bien en conjunto pueden contener la misma información, es difícil sino imposible

pensar en otro formato o fuente de información que condense toda esta información en un solo lugar y que además de esto sea de fácil acceso y que siempre se encuentre a la mano (los periódicos se tiran o se traspapelan, las revistas especializadas te inundan de información y no siempre es fácil encontrar todo lo que se busca, hay que tomarse un tiempo para encender la computadora, conectarse a Internet e ir buscando la información que uno requiera).

9. Es mas, mas allá de ser una fuente de información para el lector antes y durante la realización del evento publico; después del evento público, particularmente mucho después, nuestros álbumes adquieren un valor informativo agregado, pues mientras que los periódicos y revistas especializadas han dejado hace mucho tiempo de informar sobre el evento público, y por lo tanto la información detallada sobre dicho evento es escasa y difícil de encontrar, nuestros álbumes constituyen una permanente fuente de información histórica, que el consumidor puede coleccionar y acceder en cualquier momento, sin importar cuanto tiempo haya pasado desde la realización del evento.

10. Cabe señalar en este punto que resulta paradójico el criterio que utiliza PANINI, pues hace mas de 30 años, cuando comenzamos a producir álbumes, ante la exigua exposición mediática de los jugadores y las selecciones, nuestros álbumes no solo eran sintetizadores sino que su información también era en algunos casos novedosa. Probablemente los cromos eran uno de los pocos registros gráficos que podía tener una persona sobre muchos jugadores y a nadie se le hubiera ocurrido dudar del carácter informativo de nuestros álbumes. Resulta claro entonces

Hace
30 años

que el criterio utilizado por PANINI es completamente arbitrario e inadecuado, pues como es posible que algo que era informativo bajo ese criterio con el tiempo ya no lo sea.

11. El problema con la posición PANINI es que presupone erróneamente que como la información contenida en nuestros álbumes no es novedosa, es imposible que el público tenga un interés informativo en ellos, y por lo tanto, debe de tratarse de un interés de "puro entretenimiento". Esperamos que la falacia de dicho argumento resulte ahora completamente evidente.

Información
novedosa

12. Por último, para cerrar este punto, cabe señalar que si PANINI fuera consecuente con este argumento, tendría que llegar a la conclusión, que por cierto nosotros si compartiríamos, que no hay un uso indebido de las imágenes de los futbolistas. Efectivamente, utilizando la misma lógica del argumento PANINI, como en Internet y en las revistas especializadas, existen millones de imágenes (gratuitas cabe decir) sobre los jugadores de futbol mejores a las que aparecen en nuestros álbumes, es imposible que los consumidores estén interesados en las imágenes cuasi-pasaporte contenidas en el álbum, que por tener una finalidad meramente informativa no requieren de un formato mas elaborado o con mayor merito estético. Si los consumidores no están interesados en las imágenes solas, como no lo están pues nadie compra los cromos por si mismos; entonces como es posible hablar de una explotación económica de las mismas, que requiere por definición un interés de compra generado por un interés por las imágenes. Otro problema semántico PANINI, confundir exposición con explotación.

Ojo, no
mencionar
lugares
obtenidos
en base
a los
álbumes

B.2. SOBRE LA NATURALEZA DE PRODUCTO DE ENTRETENIMIENTO DE NUESTRO ÁLBUM.

a) En primer lugar, PANINI, aparte de los criterios ya señalados anteriormente, nos dice que si el álbum se vendiera completo, se consideraría un producto informativo y estaría comprendido dentro de las excepciones del Art. 15º del Código Civil, pero como se vende por separado constituye un producto de entretenimiento que motiva el interés de los coleccionistas.

Dicho criterio es absurdo, por no decir inconstitucional, pues, como ya lo hemos señalado, ni la ley ni la constitución fijan criterios para determinar lo que es informativo y lo que no es, y menos basados en la forma en que el producto es vendido. Un producto es o no es informativo, no existe tal cosa como un producto "colateralmente" informativo, como lo señala PANINI, o un producto que es informativo dependiendo de cómo se comercialice.

Por otra parte, dicho criterio resulta completamente subjetivo y arbitrario, y por lo tanto inadecuado para pretender realizar una interpretación constitucional, pues lo que a un consumidor le puede parecer informativo, a otro consumidor u órgano supervisor de la competencia le puede parecer entretenimiento.

b) En segundo lugar, dicho criterio diferenciador también atenta contra otro derecho constitucional, que es la libertad de empresa; pues PANINI no puede decirle a los agentes económicos como deben vender sus productos. Toda empresa tiene derecho a decidir como vende y comercializa sus productos y PANINI no puede sancionar arbitrariamente a una empresa por la forma en que decide hacerlo.

Si Navarrete decide vender su producto informativo de una manera "entretenedora" que le reporta mayores ganancias, tiene todo el derecho y libertad de hacerlo, y eso no va a enervar el hecho de que su producto sea informativo.

c) En último lugar, aun aceptando esta diferenciación claramente inconstitucional, analicemos a que nos conllevaría la tesis De PANINI.

Si el álbum es un producto de puro entretenimiento, el interés de los consumidores, como el mismo PANINI lo ha señalado, estaría en la posibilidad de coleccionar y completar el álbum. En este sentido, las imágenes de los jugadores, o mejor dicho, los cromos que las contienen, se convertirían en los instrumentos mediante los cuales este interés se satisface; es decir, las imágenes quedarían despersonificadas y se convertirían en simples objetos a ser coleccionados, carentes de un valor independiente a la colección a la que pertenecen. Es más, la imagen del jugador termina convirtiéndose en un número, mediante el cual se le asigna su posición en el álbum.

En este sentido, para un consumidor coleccionista es irrelevante el contenido del objeto, siempre que no lo tenga y pertenezca a la colección que le ocupa. Así, dadas ciertas circunstancias, para un coleccionista, el cromó del defensa suplente de la selección de Costa de Marfil puede valer cien veces más que diez figuritas de Ronaldinho, y esto debido únicamente a la cantidad en el mercado de ese cromó y no a la calidad o cualquier otro atributo de la persona cuya imagen está contenida en el cromó.

Si seguimos lo dicho por el Dr. Fernández Sessarego en la exposición de motivos del Art. 15º, tendríamos que aceptar que el fundamento de este artículo reside en la tutela del derecho a la intimidad de las personas, es decir, la imagen es un derecho personalísimo que presupone un nexo entre la imagen de la persona y la persona.

Por lo tanto, habiéndose roto el nexo entre la representación y lo representado, entre la imagen y la esfera personal, entre la reproducción gráfica del jugador y el jugador mediante la despersonalización o cosificación de las imágenes de los jugadores, no estaríamos siquiera dentro de los alcances generales del Art. 15º, pues este presupone precisamente este nexo.

Es así que, aun aceptando la diferenciación inconstitucional PANINI, su tesis nos conllevaría a tener que aceptar o que el álbum

es un producto informativo y por lo tanto amparado por el Art. 15º del CC o es un producto de puro entretenimiento (que no es) y por lo tanto escapa a los alcances del referido artículo. De cualquiera de las dos formas no habría una vulneración de los derechos de imagen de los jugadores.

C. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS:

1. Copia del R.U.C. de nuestra empresa.
2. Copia del D.N.I. de nuestro representante legal.
3. Copia de la Partida Registral de nuestra empresa.

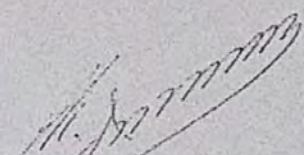
POR TANTO:

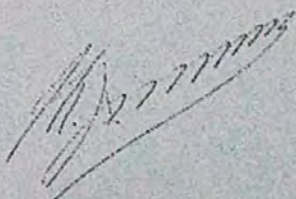
A Ud. Pedimos se sirva admitir a trámite la presente contestación y proveer con arreglo a ley.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que dada la complejidad del caso, solicitamos a la comisión que nos concedan el uso de la palabra a fin de poder exponer nuestro caso en persona ante los miembros de la Comisión.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que facultamos a los señores Luis Guillermo Cezardo Navarrete y Juan José Monteverde Bustamante para que en nombre de la sociedad puedan realizar la lectura del presente expediente así como acudir a citas con el especialista encargado del caso y/o el Secretario Técnico de la Comisión.

Lima, 26 de abril del 2010


 Juan José Monteverde B.
 ABOGADO
 Reg. U.A.L. 22113
 Reg. C.A.C. 3721



**BARREDA
MOLLER**

699

INDECOPI

000

2010 JUN 25 P.M. 4E

RECIBIDO
UNIDAD DE TRAMITE
DOCUMENTARIO

INDECOPI Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal	
30 JUN 2010 No. 42-2010	
RECIBIDO	
Por:	Hora:

A LA COMISION DE FISCALIZACION DE LA COMPETENCIA
DESLEAL

BARREDA MOLLER S. CIVIL DE R.L. en representación de Panini S.p.A. y Panini España S.A. (en adelante, PANINI) sobre denuncia contra la empresa CORPORACION GRAFICA NAVARRETE S.A. (en adelante, NAVARRETE), atentamente decimos:

Que dentro del plazo de ley, venimos a absolver el traslado del escrito presentado por NAVARRETE con fecha 26 de abril de 2010.

Que negamos lo señalado por NAVARRETE en el mencionado escrito en todos sus extremos y lo contradecemos en base a los siguientes fundamentos:

1. NAVARRETE incurre en error conceptual en cuanto a la determinación de quién se encuentra legitimado para interponer una denuncia por infracción a las normas de represión de competencia desleal al señalar que PANINI no se encuentra legitimada para ello por no haber acreditado el derecho de usar en forma exclusiva y excluyente la imagen de la totalidad de las selecciones que participan en el Mundial Sudáfrica 2010 y de los jugadores que las integran.

Al respecto, es importante destacar que la ley de represión de la competencia desleal -Decreto Legislativo No. 1044- es clara al señalar que ella reprime "todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto real o potencial afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo" (Artículo 1) y que se aplica a actos cuyo efecto o finalidad de modo directo o indirecto sea concurrir en el mercado (Artículo 2), no requiriéndose entre el denunciado y el denunciante la existencia de una relación de competencia, en el denunciante, la acreditación de titularidad, bastando la configuración de una afectación real o potencial al adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

El articulado del Decreto Legislativo N° 1044 recoge, pues, el modelo social que privilegia el interés de la comunidad, cuyo principal objetivo es cautelar el correcto funcionamiento del mercado.

Si NAVARRETE insiste en que PANINI debe acreditar su legitimación en tanto poseedor de derechos de explotación de la imagen de los treinta y dos (32) seleccionados mundialistas y/o de sus jugadores, claramente desconoce el sistema de competencia desleal que la Autoridad competente administra en el Perú y que tiene sustento en el Decreto Legislativo No. 1044.

Navarrete del contrato

Sin perjuicio de lo antes expresado y para simple ilustración de la Comisión, PANINI acompaña al presente copia de los contratos de exclusiva suscritos con los siguientes países: Grecia, Alemania, Brasil, Suíza, Eslovenia, Serbia, Francia, Dinamarca, Costa de Marfil,

Camerún, Argelia, Estados Unidos, Nigeria, República Democrática de Corea, Ghana, Eslovaquia, Inglaterra, Japón, Holanda, Australia, Sudáfrica, así como la traducción al español de dichos contratos. Se deja constancia que al escrito de denuncia, se acompañó copia de los contratos de exclusiva suscritos con los seleccionados de Uruguay, España, Portugal, Paraguay, Italia y Argentina.

PANINI no sólo se encuentra legitimada por ley para interponer y tramitar la presente denuncia, sino que posee un particular interés en que se dé cabal cumplimiento a la norma y se respeten los derechos adquiridos en virtud de los contratos celebrados con los seleccionados –y los desembolsos económicos realizados por dicho concepto-, por lo que la presentación de los contratos mencionados junto con sus traducciones al español, adquieren particular relevancia.

- 2. En el marco de la legitimidad que asiste a PANINI –como a cualquier otro agente en el mercado- para denunciar actos que vulneren el correcto funcionamiento del mercado, y entre la gama normativa que protege la imagen de las personas, máxime, cuando se trata de personas públicas o notorias (Constitución Política del Perú, Artículo 2º Numeral 7, Código Civil Peruano, Artículo 15º), vale hacer mención a la Ley N° 26566 que dicta normas referentes a la relación laboral de los futbolistas profesionales con los clubes deportivos, de fecha 01 de enero de 1996. Es el caso que el Artículo 7º, literal b de esta ley, señala de forma expresa que el futbolista tiene derecho a los beneficios pactados en el contrato y especialmente a la explotación*

comercial de su imagen y/o participar en la que el club haga de la misma.

La Ley N° 26566 traduce al ámbito práctico, la tutela constitucional de la propia imagen en la actividad del futbolista profesional, procurando para éste, en exclusiva, su explotación comercial. Ciertamente, asiste al futbolista profesional el derecho a ceder el derecho de explotación a tercero, para los fines que el titular de la imagen estime pertinentes y a cambio de la retribución que pacten las partes.

En el caso específico de PANINI, el derecho a explotar comercialmente la imagen de los jugadores en la fabricación, distribución y comercialización del álbum de cromos del Mundial Sudáfrica 2010 proviene de fuente legítima, a saber los contratos celebrados con los seleccionados participantes en el torneo mundialista.

3. Señala NAVARRETE a la letra: "si los consumidores no están interesados en las imágenes solas, como no lo están pues nadie compra los cromos por sí mismos; entonces cómo es posible hablar de una explotación económica de las mismas que requiere por definición un interés de compra generado por un interés por las imágenes. Otro problema semántico PANINI, confundir exposición con explotación".

El interés comercial en la distribución de un álbum de cromos es indiscutible. Lo es aún más, si el álbum versa sobre el Mundial

Sudáfrica 2010, en tiempo del torneo mundialista. Parece demasiado ingenuo pretender argumentar que no existe fin económico o comercial detrás de las actividades de fabricación, distribución y/o comercialización de tal producto en la coyuntura del Mundial.

Qué duda cabe que el lanzamiento de un álbum de cromos junto con un diario y la subsiguiente distribución de cromos junto con ejemplares del diario –así como en forma independiente–, incrementa en forma dramática el volumen de ventas del diario, de esta manera redundando en un beneficio económico significativo para el proveedor del producto.

La sola distribución del ÁLBUM MUNDIAL SUDÁFRICA 2010, aún con carácter gratuito, junto con el diario, importa un interés comercial cual es el incremento en el nivel de ventas del diario durante la campaña mundialista. Puede hablarse de un beneficio comercial aun mayor, cuando los cromos son comercializados en forma independiente. Ello no es, sin embargo, particularmente relevante al caso que nos ocupa.

La dinámica con que se distribuyen –o venden– los cromos, es acorde con el interés comercial que se persigue: los cromos son distribuidos –o vendidos– al azar, en sobre cerrado, de manera que el consumidor deberá realizar varias compras a fin de asegurar obtener una determinada imagen. Suele suceder que en estos casos, el proveedor del producto tiene particular cuidado en distribuir menos cromos de los personajes cuya notoriedad es mayor y cuya imagen es por tanto más codiciada, a fin de exacerbar la compra de cromos por el hincha, el

aficionado. En ese afán por lograr el cromó deseado, el aficionado realiza un mayor número de compras, conducta que redundo en beneficio del proveedor del producto. Es sólo natural que se pretenda completar el álbum antes del inicio del torneo, o en su defecto, antes de su finalización, todo lo cual intensifica la adquisición de cromos en etapa pre-mundialista y durante la campaña misma.

De acuerdo con la información que obra en autos, el ÁLBUM MUNDIAL SUDÁFRICA 2010 de NAVARRETE es distribuido junto con el diario "TODO SPORT" en tanto que los hechos han demostrado que los cromos se han distribuido gratuitamente junto con el diario, y han estado también disponibles al público en forma onerosa, según lo evidencia el acta notarial de fecha 09 de marzo de 2010 suscrita por el Notario Renzo Alberti Sierra, cuya copia obra en autos y que da cuenta de la compra de tres (03) sobres que contienen cada uno cinco (05) stickers.

Si los consumidores están o no interesados en imágenes solas, resulta irrelevante al fin comercial que persigue la estrategia comercial de actividades como la denunciada. En ambos casos -cromos vendidos solos, y cromos destinados a integrar un álbum que se distribuye junto con la venta de un diario- se está vulnerando el derecho a la propia imagen en tanto el cromó incorpore la imagen de un jugador de fútbol sin que medie su autorización.

Si las imágenes son elaboradas o no, si son lo suficientemente elaboradas, tampoco resulta determinante para el fin comercial que se

persigue. Basta comprobar que por motivo de la notoriedad de las personas cuyas imágenes son reproducidas en los cromos, se incrementa dramáticamente la venta del diario que lo acompaña.

Cabe señalar que el nivel de elaboración de la imagen explotada comercialmente por NAVARRETE, su originalidad, no concierne a la materia que atañe a esta denuncia, lo que no significa que tales imágenes se encuentren libres de escrutinio por vía de la legislación autoral, en la medida que se determine que se trata de imágenes que involucran un grado de originalidad (protección como derecho de autor) o que se trata de simples fotografías, carentes al menos en forma relevante, del ingrediente de originalidad (protección por la vía del derecho conexo).

La Comisión deberá tener en cuenta como elemento de juicio adicional, que no consta en autos autorización presentada por NAVARRETE para el uso de las fotografías en su dimensión de obras protegibles, como se ha señalado, ya sea por la vía del derecho de autor o del derecho conexo.

Si la Comisión no lo ha hecho aún, sería conveniente requiera a la denunciada la presentación de información que demuestre el volumen de ventas del diario TODO SPORT, al menos durante el período de seis (06) meses anterior a la fecha de inicio de la distribución del ÁLBUM MUNDIAL SUDÁFRICA 2010. Ello permitiría verificar el dramático incremento de ventas de TODO SPORT a partir de la fecha de distribución del álbum de cromos, revelando en consecuencia el

interés comercial que subyace a la explotación no autorizada de la imagen de los jugadores del Mundial 2010, que pretende ser enmascarado por la denunciada bajo el argumento de la distribución de un producto de entretenimiento.

4. El Artículo 15° del Código Civil Peruano señala a la letra lo siguiente:

"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."

notoriedad
Cargo
hechos imp.
interés pub.
índole científ
didact o
cultural

Es falso lo señalado por la denunciada en el sentido que "Panini [...] dice que si el álbum se vendiera completo, se consideraría un producto informativo y estaría comprendido dentro de las excepciones del Artículo 15° del Código Civil." El escrito de denuncia no incorpora dicha aseveración.

Todo lo contrario. Un álbum de cromos cuyo fin primordial es el entretenimiento y que involucra la explotación comercial no autorizada de la imagen de los jugadores integrantes de los seleccionados del

Finalidad del álbum de cromos
↓
entretenimiento.

Mundial Sudáfrica 2010, no se encuentra amparado por la excepción prevista en el párrafo segundo del Artículo 15º del Código Civil.

Completo o incompleto, el objetivo de todo álbum de cromos es entretener, por lo que por definición, este producto escapa del supuesto de excepción previsto bajo el Artículo 15º.

Cabe acotar que la conducta que es materia de denuncia por este Expediente consiste en la fabricación, distribución y comercialización de un álbum de cromos, donde la dinámica del producto es similar a la de cualquiera de su género: el incentivar la adquisición del álbum y de los subsiguientes cromos, persiguiéndose el objetivo de lograr completar la colección de cromos y el llenado del álbum. Es muy probable que desde una perspectiva comercial se haya comprobado que esta modalidad –en la que la expectativa del aficionado por lograr un "lleno" juega un papel esencial-, y no la venta del álbum completo, la que genera más ganancias al proveedor del producto

Es importante remitirnos en este punto a la definición del sustantivo "cromo" prevista en el Diccionario de la Real Academia. Esta definición es contundente a fin de calificar al álbum de cromos como un producto de entretenimiento:

"Estampa, papel o tarjeta con figura o figuras en colores, especialmente de menor tamaño destinada a juegos y colecciones propios de niños."

El propósito del cromo es por definición el entretenimiento. El soporte que lo contiene cumple el mismo propósito: entretener, divertir, supuestos que no tienen cabida en la excepción prevista en el Artículo 15 del Código Civil.

5. Considerando que el derecho a la imagen es un derecho constitucional, y que el título preliminar del Código Civil Artículo IV establece que la ley que prevé excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía, la excepción prevista bajo el párrafo segundo del Artículo 15° debe ser interpretada de manera restrictiva ya que de lo contrario, se estaría facilitando la vulneración del derecho a la imagen, que merece tutela constitucional.

La excepción del Artículo 15° debe interpretarse por consiguiente en su sentido más literal, cual es asociar la excepción a razones de interés público o fines de información. Ello es claramente explicado en la obra Código Civil Comentado –Por los 100 Mejores Especialistas, que comentando el Artículo 16 del Código Civil, señala:

“La imagen, constituye “uno de los signos distintivos de la persona”, por cuanto en “ella prevalecen los rasgos físicos, la efigie del sujeto, lo exterior y fácilmente perceptible por los demás” (FERNÁNDEZ SESSAREGO). Dicho de otro modo, la imagen representa el aspecto físico de las personas, y, se diferencia de la identidad personal, en que esta última constituye “la proyección social y dinámica de cada individuo, de su personalidad, de sus vivencias, de sus aspiraciones” (FERNÁNDEZ SESSAREGO), se manifiesta en el plano espiritual.

[...]

El derecho de la propia imagen, consiste "en el poder de decidir -consentir o impedir- la reproducción de la imagen de nuestra persona por cualquier medio, así como en exposición o divulgación sin nuestro consentimiento" (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). Siguiendo esta línea de pensamiento, la doctrina italiana considera que el derecho a la propia imagen recae sobre la persona y solo ella la puede exponer o publicitar, salvo el caso que medie consentimiento a terceros.

[...]

En el segundo párrafo del artículo en cuestión, se regulan los supuestos en que la utilización de la imagen o la voz puede efectuarse sin necesidad de la autorización expresa de la persona. Tales supuestos excepcionales obedecen a la notoriedad de la persona, el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público; o por motivos de índole científica, didáctica, cultural. La justificación a este tratamiento excepcional halla su razón de ser en el anticipado o tácito asentimiento de la persona que ha alcanzado cierta notoriedad en base al respaldo del público, ya sea por el cargo que desempeña o por la actividad que realiza (por ejemplo, puede tratarse de un político, actor de cine o teatro, modelo, cantante, etc.). Dicho anticipado o tácito asentimiento a la publicidad de la imagen o la voz de una persona, con cierta notoriedad o prestigio en la sociedad se presumen, por cuanto al haber alcanzado la preferencia de la opinión pública ésta va a requerir la exposición de su imagen y voz (FERNÁNDEZ SESSAREGO)."

Ciertamente, de la interpretación sistemática del marco normativo relativo a la protección de la propia imagen al que ya nos hemos referido, se desprende que la excepción del Artículo 15 se aplica exclusivamente a hechos noticiosos, con fines informativos y nunca comerciales.

Una interpretación en contrario implicaría desconocer el derecho a la propia imagen (y a su explotación comercial) a toda persona que haya alcanzado un elevado grado de notoriedad lo cual, naturalmente, es un contrasentido, habida cuenta que la reputación asociada a la imagen de la persona notoria se ha construido en base al esfuerzo e inversión de su titular, todo lo cual debe hacerlo merecedor de una protección reforzada y nunca, materia de desprotección por vía de una excepción legal. Se ha pronunciado la doctrina en el sentido que la imagen de la persona se asocia o asimila a lo que es un signo distintivo, de donde se deriva que a mayor inversión y reconocimiento que el signo reporta, mayor el ámbito de la protección que le es reconocida por ley. Ejemplo de ello es la protección reforzada de que gozan los signos notoriamente conocidos, tanto a nivel nacional como global frente al aprovechamiento de terceros.

Es pertinente en este punto hacer mención al Artículo 51º de la Constitución, que establece que la Constitución prevalece sobre toda norma legal por lo que en caso de discrepancia entre norma constitucional y norma de inferior jerarquía, prevalecerá necesariamente el mandato de la norma constitucional. Frente a cualquier interpretación alambicada que se pretenda del párrafo segundo del Artículo 15º, deberá prevalecer el espíritu de la norma constitucional, cual es proteger la imagen de la persona en todas sus dimensiones, incluyendo el derecho de carácter eminentemente económico sobre la imagen (llamado por el derecho norteamericano el "publicity right") así como el derecho a la intimidad de la persona ("privacy right"). Cabe destacar aquí que habida cuenta que el

Artículo 2º de la Constitución regula la protección a la imagen propia, pero también, en forma separada, la protección a la intimidad (personal y familiar), cobra particular relevancia el contenido económico en la protección del derecho a la imagen ("publicity right") aisladamente considerado, como objeto de tutela, en contraposición al derecho a la intimidad.

6. PANINI desea dejar en claro que promueve la libre iniciativa privada que se desarrolle dentro de la legalidad. Por el contrario, propugnar la iniciativa privada libre en contravención del marco regulatorio imperante, es algo que PANINI no suscribe sino que rechaza. Prueba de ello es el fuerte desembolso que realiza PANINI a nivel de todas las selecciones participantes en la Copa del Mundo, a fin de procurar para sí, la explotación de la imagen comercial de sus jugadores participantes. Demostración de ello es también la presentación de esta denuncia, que pretende de la Autoridad competente, la corrección de la afectación producida por NAVARRETE al mercado en el rubro de álbumes de cromos mundialistas.

7. Deseamos dirigir la atención de la Comisión al hecho que el ALBUM MUNDIAL SUDAFRICA 2010 infringe signos distintivos de la Fédération Internationale de Football Association - FIFA. En particular, el álbum denunciado infringe las marcas SOUTH AFRICA 2010 (registrada en el Perú bajo Certificado No. 122755) y MUNDIAL 2010 (registrada en nuestro país bajo Certificado No. 394), ambas, en la clase 16 internacional, en tanto que en dicho álbum se aprecia la utilización no autorizada de las denominaciones SUDAFRICA 2010 y

ALBUM MUNDIAL. Se deja constancia que la forma en que dichos signos son plasmados en el álbum materia de denuncia, evidencia su uso a título marcario, no cayendo en las excepciones al uso de marca por tercero, previstas bajo el Artículo 157 de la Decisión Andina No. 486. Este es un elemento demostrativo más del beneficio que NAVARRETE procura para sí, sin contar con las autorizaciones correspondientes.

8. Informamos también a la Comisión, que con fecha 4 de junio de 2010, la UNION DES ASSOCIATIONS EUROPEENNES DE FOOTBALL - UEFA- ha interpuesto contra NAVARRETE denuncia por infracción a los derechos de autor de UEFA, por infracción a la obra de arte plástica conformada por un logo asociado a la competición UEFA EUROPA LEAGUE y que se reproduce a continuación:



UEFA ha detectado que NAVARRETE infringe sus derechos de autor sobre dicha obra, por cuanto hace uso no autorizado de ella en el ALBUM MUNDIAL SUDAFRICA 2010, motivo por el cual se encuentra haciendo valer sus derechos en la vía correspondiente (la Comisión de Derecho de Autor de INDECOPI). Se reproduce a continuación, la forma en que NAVARRETE viene haciendo uso no autorizado del logo UEFA en el álbum materia de denuncia:



POR TANTO:

Se solicita a la Comisión tener presente lo expuesto al momento de resolver, declarando FUNDADA la denuncia interpuesta por PANINI, en todos sus extremos.

Lima, 24 de junio de 2010

MICHAELA MUJICA SAN MARTIN
ABOGADA
CAL 24093

BARREDA MOLLER
JOSE BARRÉDA ZEGARRA
Av. Angamos Oeste 1200
Lima 18, PERU

Resolución

N° 210-2010/CCD-INDECOPI

Lima, 29 de septiembre de 2010.

EXPEDIENTE N° 042-2010/CCD

DENUNCIANTES : PANINI S.p.A.
(PANINI)
PANINI ESPAÑA S.A.
(PANINI ESPAÑA)

IMPUTADA : CORPORACIÓN GRÁFICA NAVARRETE S.A.
(NAVARRETE)

MATERIAS : COMPETENCIA DESLEAL
CLÁUSULA GENERAL
MEDIDA CORRECTIVA
DENEGATORIA DE PUBLICACIÓN DE RESOLUCIÓN
CONDENATORIA
COSTAS Y COSTOS
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

ACTIVIDAD : COMERCIALIZACIÓN DE ÁLBUMES Y CROMOS

SUMILLA: Se declara **FUNDADA** la denuncia presentada por Panini y Panini España en contra de Navarrete, por la comisión de actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general, prevista en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En consecuencia, se **SANCIONA** a Navarrete con una multa de doscientas cuarenta (240) Unidades Impositivas Tributarias y se le **ORDENA**, en calidad de medida correctiva, el **CESE DEFINITIVO e INMEDIATO** de la comercialización del álbum de cromos denominado "Mundial Sudáfrica 2010" y de sus respectivos cromos autoadhesivos, así como de cualquier otro álbum o cromos de contenido similar, en tanto no cuente con las autorizaciones correspondientes.

Finalmente, se **DENIEGA** el pedido formulado por Panini y Panini España para que se ordene la publicación de la resolución condenatoria y se **CONDENA** a Navarrete al pago de las costas y los costos incurridos por las denunciadas en la tramitación del procedimiento.

1. ANTECEDENTES

Con fecha 17 de marzo de 2010, Panini y Panini España denunciaron a Navarrete por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de explotación indebida de la reputación ajena y violación de normas, supuestos ejemplificados, respectivamente, en los artículos 10 y 14 del Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal). Del mismo modo, las denunciadas plantearon como pretensión subordinada, en caso que los hechos de denuncia no califiquen como explotación indebida de la reputación ajena y/o violación de normas, la presunta infracción a la cláusula general, prevista en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Según los términos de la denuncia, Panini y Panini España forman parte del grupo empresarial líder a nivel mundial en la comercialización de cromos y álbumes de cromos, siendo el único que cuenta con las autorizaciones o licencias exclusivas de parte de los seleccionados mundiales y/o de sus jugadores para la distribución de álbumes de cromos que reproduzcan la imagen de los mismos, uniformes y emblemas nacionales, así como con licencia de la Federación Internacional de Fútbol Asociado - FIFA para la utilización de sus signos distintivos.

*Solo Panini
Tenia
autorización*

En dicho contexto, Panini y Panini España habrían detectado que Navarrete distribuyó gratuitamente, por medio del diario "Todo Sport", un álbum de cromos denominado "Mundial Sudáfrica 2010", así como cromos autoadhesivos y afiches, que reproducen las imágenes de los futbolistas de las 32 selecciones que participaron en el torneo "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010", sin contar con las autorizaciones para explotarlas. Asimismo, Panini y Panini España indicaron que los cromos del citado álbum se encontrarían disponibles en el mercado para la venta al público, en forma separada. Según las denunciaciones, dicha conducta configuraría un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, debido a que Navarrete habría inobservado lo dispuesto por el artículo 15 del Código Civil, que establece que la imagen de una persona no puede ser aprovechada sin su autorización expresa. Del mismo modo, Panini y Panini España manifestaron que la conducta cuestionada también configuraría el aprovechamiento de la imagen de los futbolistas.

*Falta de
Navarrete*

Asimismo, las denunciaciones indicaron que en caso la conducta cuestionada no califique como un acto de violación de normas y explotación indebida de la reputación ajena, debería sancionarse a Navarrete por la infracción a la cláusula general, debido a que el hecho de reproducir las imágenes de los futbolistas de las 32 selecciones que participaron en el torneo "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010", sin contar con las autorizaciones para explotarlas, sería una conducta objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

*Acto contra
la buena
fe*

Por dichas consideraciones, Panini y Panini España solicitaron a la Comisión que ordenara a Navarrete el pago de las costas y los costos en los que incurriera durante la tramitación del presente procedimiento, así como que se dispusiera la publicación de la resolución condenatoria.

Mediante Resolución de fecha 7 de abril de 2010, la Secretaría Técnica calificó la denuncia presentada por Panini y Panini España e imputó a Navarrete, la presunta infracción a la cláusula general, prevista en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que vendría comercializando y distribuyendo, por medio del diario "Todo Sport", un álbum de cromos denominado "Mundial Sudáfrica 2010", así como comercializando cromos autoadhesivos que reproducen las imágenes de los futbolistas de las 32 selecciones que participaron en el torneo "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010", sin contar con las autorizaciones para explotarlas, lo cual resultaría contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

*Inicio
de denuncia*

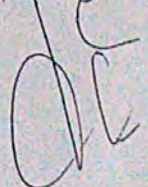
Con fecha 26 de abril de 2010, Navarrete presentó su escrito de descargo señalando que desde el año 1998, las denunciaciones vendrían realizando de modo permanente, a través de diversas empresas o asociaciones religiosas vinculadas, acciones basadas en supuestas infracciones a los derechos de exclusividad relativas a las imágenes de futbolistas de los cromos pertenecientes a los álbumes de la imputada.

*DESCARGOS
NAVARRETE*

En dicho contexto, Navarrete señaló que los campeonatos de fútbol en los que intervienen selecciones nacionales, sean campeonatos mundiales y/o sudamericanos, son eventos públicos y, por ende, no serían de titularidad exclusiva y excluyente de ninguna entidad

*Sobre los
eventos de
fútbol
(públicos)*

¹ Al respecto, Panini y Panini España adjuntaron a su escrito de denuncia, los contratos de Licencia y Autorización para la distribución de álbumes de cromos que reproducen las imágenes de los jugadores, uniformes y/o emblemas nacionales de las siguientes selecciones de fútbol: Argentina (Anexo A), Uruguay (Anexo B), Paraguay (Anexo C), España (Anexo D), Portugal (Anexo E) e Italia (Anexo F). Asimismo, Panini y Panini España adjuntaron el contrato de licencia suscrito con la FIFA para el uso de sus signos distintivos (Anexo G).



monopólica (sea de la FIFA o la Confederación Sudamericana de Fútbol). Por lo tanto, según Navarrete, dichos eventos no pueden licenciarse, sino únicamente los signos distintivos y/o marcamos de titularidad de los organizadores de los eventos deportivos públicos (campeonatos sudamericanos o mundiales), debidamente inscritos en el país en el cual se van a licenciar.

En tal sentido, Navarrete señaló que el uso de la imagen de los futbolistas en el álbum de cromos "Mundial Sudáfrica 2010", no se debería a una explotación comercial de su imagen, sino que obedece a su condición de miembros de los seleccionados nacionales de fútbol que representan a un país que participa en un evento de carácter público. En consecuencia, según la imputada, su conducta estaría enmarcada dentro de las excepciones que prevé el artículo 15 del Código Civil, el cual señala que no es necesario el asentimiento para el aprovechamiento de la imagen cuando la utilización de la misma se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o por interés público.

Con respecto a la naturaleza informativa de su producto, Navarrete indicó que las excepciones contenidas en el artículo 15 del Código Civil no se pueden entender referidas únicamente al ámbito noticioso, puesto que el interés público se puede manifestar en hechos pasados, en la manejabilidad de la información sobre hechos actuales, pasados o futuros. En tal sentido, la imputada afirmó que los álbumes que comercializa han constituido por más de treinta (30) años una valiosa fuente de información para sus consumidores acerca de los mundiales, siendo la ventaja frente a otros medios de información: (i) el entretenimiento que se le brinda al lector; (ii) su capacidad de condensar y resumir información relevante; y, (iii) el valor agregado del producto a medida que pasa el tiempo.

En lo concerniente a la naturaleza del producto de entretenimiento, Navarrete indicó que las denunciante manifestaron que si el álbum de Navarrete se vendería completo, es decir, con los cromos, se consideraría un producto informativo y estaría comprendido en las excepciones del artículo 15 del Código Civil; sin embargo, al venderse por separado, constituye un producto de entretenimiento que motiva el interés de los coleccionistas. Respecto a dicho argumento, Navarrete manifestó que dicho criterio es subjetivo y arbitrario, ya que ni la ley, ni la Constitución fijan parámetros para determinar lo que es o no informativo.

Adicionalmente, la imputada indicó que aún si se aceptara la tesis sustentada por Panini y Panini España acerca de la naturaleza del producto de entretenimiento, esto nos llevaría a aceptar que el álbum es un producto informativo amparado por el artículo 15 del Código Civil o un producto de entretenimiento que no es alcanzado por la aplicación del mencionado dispositivo. No obstante, de cualquiera de las dos formas no habría una vulneración de los derechos de imagen de los jugadores.

De otro lado, Navarrete manifestó que la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia habría establecido, en calidad de precedente obligatorio, cuatro criterios que la Comisión debería considerar en el presente caso:

1. Las denunciante deben probar la titularidad de los derechos de exclusividad sobre la totalidad de álbumes a producirse.
2. Las denunciante deben probar el derecho de usar, en forma exclusiva y excluyente, la imagen de la totalidad de selecciones que participaron en el mundial y de los jugadores que las integraron.
3. La necesidad de contracautela.
4. Las denunciante deben acreditar tener legitimidad para obrar.

Aunado a lo anterior, Navarrete manifestó que la denuncia resultaría improcedente dado que las denunciante no habrían acreditado contar con los derechos de imagen de todos los jugadores participantes en el torneo "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010".

Con fecha 25 de junio de 2010, Panini y Panini España presentaron un escrito en forma conjunta pronunciándose sobre el descargo presentado por Navarrete. Asimismo, las denunciante señalaron que de conformidad con la Ley N° 26566, el futbolista profesional tiene



el derecho a ceder la explotación de su imagen a terceros para los fines que el titular estime pertinentes a cambio de la retribución que pacten las partes. Adicionalmente, Panini y Panini España manifestaron que el propósito del álbum sería entretener, por lo que no se encontraría incluido en la excepción prevista en el artículo 15 del Código Civil.

Con fecha 14 de julio de 2010, se realizó la audiencia de informe oral, en la cual las partes hicieron uso de la palabra, exponiendo los argumentos de hecho y de derecho que sustentan sus posiciones.

Con fecha 15 de julio de 2010, Navarrete presentó un escrito reiterando sus argumentos de descargo.

Con fecha 2 de agosto de 2010, Panini y Panini España presentaron un escrito reiterando los argumentos expuestos a lo largo del presente procedimiento.

2. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso, corresponde a la Comisión analizar lo siguiente:

1. La presunta comisión de actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general.
2. La pertinencia de ordenar una medida correctiva.
3. La pertinencia de ordenar la publicación de la presente resolución.
4. El pedido de costas y costos formulado por Panini y Panini España.
5. La graduación de la sanción aplicable, de ser el caso.

3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

3.1 La presunta comisión de actos de competencia por infracción a la cláusula general

3.1.1 Normas y criterios aplicables

El artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal señala 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 Comisión considera que, dentro del modelo de economía social de mercado, se entiende por buena fe empresarial aquello que caracteriza a la competencia que se sustenta en la eficiencia de las prestaciones que se brindan a los consumidores, como son ofrecer mejor calidad de productos y servicios, poner a disposición de los clientes bienes a precios competitivos y brindar servicios post-venta eficientes y oportunos.

En este sentido, el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, disposición que contiene la denominada cláusula general, pretende abarcar en una definición amplia todas aquellas conductas que no se encuentran expresamente ejemplificadas en la referida Ley, toda vez que no resulta posible ejemplificar todos los posibles supuestos de deslealtad en las prácticas comerciales. Al respecto, la doctrina ha establecido que: "(...) un acto es desleal, a los efectos de la ley, solamente con que incurra en la noción contenida en la cláusula general,

sin que sea preciso que además figure tipificado en alguno de los supuestos que se enumeran, que poseen sólo un valor ilustrativo y ejemplificador.²

Para tal efecto, la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que para la determinación de la existencia de un acto de competencia desleal en ningún caso será indispensable que la autoridad administrativa determine fehacientemente que se haya producido, por parte del denunciado o imputado, un comportamiento consciente y/o voluntario, que haya generado un daño efectivo sobre una empresa competidora, un consumidor o sobre el sistema competitivo mismo, bastando la verificación de que haya existido un perjuicio potencial.³

Finalmente, debemos recordar que la competencia desleal se presenta en aquellos casos en que, reconociéndose el derecho de los sujetos a realizar determinada actividad económica, uno de los competidores infringe los deberes mínimos de corrección que rigen las actividades económicas con el fin de atraer clientela en perjuicio de los demás. En este sentido, la represión de la competencia desleal no sanciona el hecho de causar daños a otro como consecuencia de la actividad concurrencial, sino el hecho de haber causado o poder causar dichos daños en forma indebida.⁴

3.1.2 Aplicación al presente caso

En el presente caso, Panini y Panini España señalaron que forman parte del grupo empresarial líder a nivel mundial en la comercialización de cromos y álbumes de cromos, siendo el único que cuenta con las autorizaciones o licencias exclusivas de parte de los seleccionados mundialistas y/o de sus jugadores para la distribución de álbumes de cromos que reproduzcan la imagen de los mismos, uniformes y emblemas nacionales, así como con licencia de la Federación Internacional de Fútbol Asociado - FIFA para la utilización de sus signos distintivos.

En dicho contexto, Panini y Panini España habrían detectado que Navarrete distribuyó gratuitamente, por medio del diario "Todo Sport", un álbum de cromos denominado "Mundial Sudáfrica 2010", así como cromos autoadhesivos y afiches, que reproducen las imágenes de los futbolistas de las 32 selecciones que participaron en el torneo "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010", sin contar con las autorizaciones para explotarlas.

Por su parte, Navarrete señaló que desde el año 1998, las denunciadas vendrían realizando de modo permanente, a través de diversas empresas o asociaciones religiosas vinculadas, acciones basadas en supuestas infracciones a los derechos de exclusividad relativas a las imágenes de futbolistas de los cromos pertenecientes a los álbumes de la imputada.

En dicho contexto, Navarrete señaló que los campeonatos de fútbol en los que intervienen selecciones nacionales, sean campeonatos mundiales y/o sudamericanos, son eventos públicos y, por ende, no serían de titularidad exclusiva y excluyente de ninguna entidad monopólica (sea de la FIFA o la Confederación Sudamericana de Fútbol). Por lo tanto, según Navarrete, dichos eventos no pueden licenciarse, sino únicamente los signos distintivos y/o marcarios de titularidad de los organizadores de los eventos deportivos públicos (campeonatos sudamericanos o mundiales), debidamente inscritos en el país en el cual se van a licenciar.

En tal sentido, Navarrete señaló que el uso de la imagen de los futbolistas en el álbum de cromos "Mundial Sudáfrica 2010", no se debería a una explotación comercial de su imagen, sino que obedece a su condición de miembros de los seleccionados nacionales de fútbol que

² BAYLOS, Hermenegildo. Concepto de Competencia Desleal. En: Tratado de Derecho Industrial, 1978, p. 317.

³ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
Artículo 7.- Condición de Ilícitud

7.2.- Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial.

⁴ KRESALJA, Baldo, "Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre Represión de la Competencia Desleal", en *Derecho* N° 47, año 1993, p. 22.

representan a un país que participa en un evento de carácter público. En consecuencia, según la imputada, su conducta estaría enmarcada dentro de las excepciones que prevé el artículo 15 del Código Civil, el cual señala que no es necesario el asentimiento para el aprovechamiento de la imagen cuando la utilización de la misma se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o por interés público.

Con respecto a la naturaleza informativa de su producto, Navarrete indicó que las excepciones contenidas en el artículo 15 del Código Civil no se pueden entender referidas únicamente al ámbito noticioso, puesto el interés público se puede manifestar en hechos pasados, en la manejabilidad de la información sobre hechos actuales, pasados o futuros. En tal sentido, la imputada afirmó que los álbumes que comercializa han constituido por más de treinta (30) años una valiosa fuente de información para sus consumidores acerca de los mundiales, siendo la ventaja frente a otros medios de información: (i) el entretenimiento que se le brinda al lector; (ii) su capacidad de condensar y resumir información relevante; y, (iii) el valor agregado del producto a medida que pasa el tiempo.

En lo concerniente a la naturaleza del producto de entretenimiento, Navarrete indicó que las denunciantes manifestaron que si el álbum de Navarrete se vendería completo, es decir, con los cromos, se consideraría un producto informativo y estaría comprendido en las excepciones del artículo 15 del Código Civil; sin embargo, al venderse por separado, constituye un producto de entretenimiento que motiva el interés de los coleccionistas. Respecto a dicho argumento, Navarrete manifestó que dicho criterio es subjetivo y arbitrario, ya que ni la ley, ni la Constitución fijan parámetros para determinar lo que es o no informativo.

Adicionalmente, la imputada indicó que aún si se aceptara la tesis sustentada por Panini y Panini España acerca de la naturaleza del producto de entretenimiento, esto nos llevaría a aceptar que el álbum es un producto informativo amparado por el artículo 15 del Código Civil o un producto de entretenimiento que no es alcanzado por la aplicación del mencionado dispositivo. No obstante, de cualquiera de las dos formas no habría una vulneración de los derechos de imagen de los jugadores.

De otro lado, Navarrete manifestó que la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia habría establecido, en calidad de precedente obligatorio, cuatro criterios que la Comisión debería considerar en el presente caso:

1. Las denunciantes deben probar la titularidad de los derechos de exclusividad sobre la totalidad de álbumes a producirse.
2. Las denunciantes deben probar el derecho de usar, en forma exclusiva y excluyente, la imagen de la totalidad de selecciones que participaron en el mundial y de los jugadores que las integraron.
3. La necesidad de contracautela.
4. Las denunciantes deben acreditar tener legitimidad para obrar.

Aunado a lo anterior, Navarrete manifestó que la denuncia resultaría improcedente dado que las denunciantes no habrían acreditado contar con los derechos de imagen de todos los jugadores participantes en el torneo "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010".

De manera previa al análisis de la materia controvertida, este órgano colegiado considera pertinente señalar que el artículo 28 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁵ preceptúa que el procedimiento sancionador de investigación y sanción de actos de competencia desleal se inicia siempre de oficio por iniciativa de la Secretaría Técnica.

⁵ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 28.- Formas de iniciación del procedimiento.-

- 28.1.- El procedimiento sancionador de investigación y sanción de actos de competencia desleal se inicia siempre de oficio por iniciativa de la Secretaría Técnica.
- 28.2.- En el procedimiento trilateral 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 que se reputa afectado efectiva o potencialmente por el acto de competencia desleal que denuncia.

(...)

Adicionalmente, la referida disposición establece que en el procedimiento trilateral 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. Dicha circunstancia genera que para el presente caso, resulte irrelevante que Panini y Panini España acrediten contar con las licencias y autorizaciones para explotar las imágenes de los jugadores de las selecciones participantes en la "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010". Sin perjuicio de ello, la Comisión aprecia que las denunciadas han adjuntado diversos contratos de exclusividad celebrados con las federaciones y asociaciones correspondientes a los países participantes del citado torneo.

De otro lado, en relación con la materia controvertida, debe considerarse que la concurrencia en el mercado de los productos materia de denuncia, álbumes y cromos alusivos a la realización de un evento deportivo como la "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010" involucra normalmente una serie de costos que deben asumir, en forma usual y de acuerdo a los requisitos establecidos en la ley, todas las empresas que producen y comercializan lícitamente los mismos. Entre tales costos se encuentran aquellos que provienen de contactar y negociar con los seleccionados de fútbol y/o los jugadores de fútbol para contratar la concesión de licencias de uso y explotación de imagen correspondientes, así como la contraprestación por la realización de dicha actividad económica.

En tal sentido, una empresa que distribuya dichos productos sin contar con las licencias de uso y explotación de imagen correspondientes y sin pagar los derechos respectivos, genera una serie de distorsiones en la estructura de costos de las empresas que concurren lícitamente en este tipo de mercado, que no se derivan de la eficiencia lograda, sino en la evasión de costos en los que se debe incurrir para llevar a cabo la concurrencia en el mercado de álbumes y cromos alusivos a la realización de un evento deportivo como la "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010".

Asimismo, debe considerarse que la concesión de las licencias para el uso y la explotación de las imágenes de los seleccionados de fútbol y de los jugadores respectivos en cromos, autoadhesivos, hologramas, álbumes y afiches, genera para el licenciario la obligación de abonar derechos en favor de los titulares de las mismas. En consecuencia, producir y comercializar en el mercado de álbumes y cromos alusivos a la realización de un evento deportivo como la "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010", sin pagar los derechos correspondientes a los titulares de las imágenes utilizadas y explotadas económicamente, es una conducta capaz de generar daño concurrencial ilícito al competidor que sí los produce y comercializa, asumiendo el costo de abonar los referidos derechos. Esta conducta constituye un acto contrario a la buena fe empresarial, pues afecta el sistema competitivo, al generar una ventaja competitiva ilícita en quien no paga los derechos correspondientes, no basada en la eficiencia competitiva, sino en la evasión de los costos que involucra lícitamente la concurrencia en dicho mercado.

Al respecto, debe considerarse que la realización de un evento deportivo como la "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010" requiere de una organización e inversión económica que es realizada, entre otros, sobre la base del uso y la explotación económica de la imagen de las selecciones y de sus respectivos jugadores de fútbol, lo cual se realiza otorgando licencias para la transmisión de partidos, concediendo patrocinios, recibiendo auspicios del evento, para el vestuario y para el balón a ser utilizado en la competición, así como otorgando derechos a la explotación comercial de la imagen de las selecciones y los respectivos jugadores, mediante la distribución de productos que las presenten, entre otros. Al respecto, dado que cada cuatro años se realiza un campeonato mundial de fútbol, las entidades organizadoras de dicho torneo, las asociaciones o federaciones deportivas de cada uno de los equipos participantes y los propios jugadores, procuran generar recursos económicos mediante la explotación de elementos que se derivan del referido evento, a fin de generar recursos para su organización.

En consecuencia, como parte de la organización de un evento deportivo mundial como la "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010" se otorgan, entre otros, el derecho para la utilización de las imágenes de las selecciones participantes y de sus jugadores, en películas, revistas,

colecciones, álbumes, cromos, adhesivos, afiches, chapas, llaveros, vasos, entre otros. Por consiguiente, permitir que las empresas comercialicen productos que contengan imágenes de las selecciones y de los jugadores participantes en un certamen deportivo, sin contar con las licencias correspondientes, traería como consecuencia que las empresas que se dediquen a dicha actividad dejen de adquirir tales autorizaciones, desincentivando la inversión en licencias y generando progresivamente la eliminación de las principales fuentes de financiamiento de los eventos mundiales de fútbol, pudiendo incluso peligrar su realización, en caso de que los organizadores no cuenten con otros medios económicos necesarios para ello.

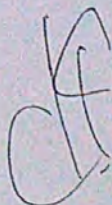
De otro lado, conforme a lo establecido en el artículo 15 del Código Civil, la regla general es la prohibición del aprovechamiento de la imagen de las personas sin el asentimiento de las mismas, no siendo éste necesario cuando se haga uso de la misma por la notoriedad de la persona, el cargo que desempeñe, hechos de importancia o interés público o, por motivos de índole científica, didáctica o cultural, siempre que se relacionen con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público.

En este punto, debe considerarse que la excepción establecida en el artículo 15 del Código Civil en relación con la utilización de las imágenes de personas notorias sin contar con su autorización, solamente está permitida cuando esté relacionada con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. Lo anterior se cumple cuando la publicación de imágenes de personas se realiza en el contexto de circulación de una noticia y se presenta la imagen de las personas en conexión directa con la información a los acontecimientos de interés público; o, desarrollados en público. También se cumple cuando el uso de las imágenes de personas se realiza con el fin de informar gráficamente sobre un evento público, complementando alguna noticia presentada en forma escrita. En estos casos, incluso, la imagen puede haber sido seleccionada de otra fuente y presentarse en forma accesoria, es decir, que tal imagen puede haber sido tomada del archivo del propio medio de comunicación o editor, o de otro medio, de manera lícita, y no necesariamente tiene que haber sido recogida en el mismo lugar y tiempo en que han acaecido los hechos que difunde la noticia. Sin embargo, en todos los casos anotados, aparece como obvio que la utilización de las imágenes de las personas se encuentra relacionada con la singularidad de la finalidad informativa inmediata que persigue un medio de comunicación social al efectuar la presentación y desarrollo de un evento noticioso, que a su vez constituye un acontecimiento de interés público.

En tal sentido, es irrelevante si el álbum se distribuyese incompleto o completo, conjuntamente con los cromos, toda vez que la finalidad de su comercialización es netamente económica, lo cual generaría beneficios al agente económico titular de dicho comportamiento o actividad realizada en el mercado. En el presente caso, Navarrete ha concurrido en el mercado mediante la comercialización de álbumes y cromos alusivos a la "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010" en el que se incluyen las imágenes de los jugadores participantes en el referido torneo. De este modo, es evidente que la actividad comercial desarrollada por la imputada ha sido la explotación comercial de la imagen de los jugadores participantes en este evento deportivo mundial.

Por lo señalado en el párrafo precedente, la Comisión considera necesario precisar que la excepción dispuesta en el artículo 15 del Código Civil, supone un uso manifiestamente informativo, elemento ajeno a la actividad de Navarrete, en tanto la comercialización de los álbumes y cromos con las imágenes de los jugadores de fútbol de las selecciones que participaron en la "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010" estuvo dirigida fundamentalmente a incentivar en el consumidor la adquisición continua de productos que contengan las imágenes de los jugadores de todas las selecciones participantes en citado evento deportivo, a fin lograr completar la colección de dichas imágenes.

Sobre el particular, conforme se ha mencionado anteriormente, la actividad comercial de Navarrete se realiza mediante la distribución y comercialización de los álbumes y cromos autoadhesivos, lo cual implica la realización de acciones dirigidas al uso y a la explotación comercial de las imágenes de los jugadores de fútbol de las selecciones participantes en la "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010". Por ello, la Comisión considera que la difusión de



las imágenes de los jugadores de las selecciones que participan en el citado evento deportivo, no tiene una finalidad noticiosa o informativa sobre hechos o eventos de actualidad, sino que configura una operación de explotación netamente comercial, no pudiéndose enmarcar dentro de un contexto informativo. Asimismo, cabe agregar que resulta evidente que la actividad realizada por Navarrete está dirigida fundamentalmente a incentivar en el consumidor la adquisición continua de productos que contengan las imágenes de los jugadores de todas las selecciones participantes en el citado evento deportivo, a fin lograr la tenencia de una colección completa de dichas imágenes, como consecuencia de sucesivas ventas de cromos que no se encuentran vinculadas con una función meramente informativa sobre el evento deportivo antes referido.

Por lo expuesto, considerando que Navarrete ha distribuido y comercializado álbumes y cromos alusivos a la "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010" con imágenes de los jugadores de las selecciones participantes, sin acreditar que cuenta con las autorizaciones respectivas, la Comisión concluye que la imputada ha desarrollado una conducta contraria a la buena fe empresarial, lo que significa que ha cometido un acto de competencia desleal por infracción a la cláusula general, contenida en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

3.2. La pertinencia de imponer una medida correctiva

De conformidad con el numeral 55.1 del artículo 55 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión puede ordenar, de ser el caso, las medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado.

Al respecto, debemos recordar que la Sala ha establecido en la Resolución N° 427-2001/TDC-INDECOPI⁶ que "es importante destacar que las medidas complementarias tienen por finalidad corregir las distorsiones que se hubiesen producido en el mercado como consecuencia de la actuación infractora y que su aplicación se sustenta en las normas que regulan la competencia de la Comisión para conocer de dichas conductas, imponer sanciones, y disponer los correctivos que correspondan para revertir el daño ocasionado al mercado."

En el presente caso, ha quedado acreditado que la imputada incurrió en actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general. En consecuencia, la Comisión considera que la posibilidad de que dicha conducta vuelva a repetirse justifica la imposición de una medida correctiva.

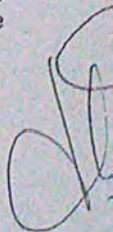
3.3. La pertinencia de ordenar la publicación de la presente resolución

En su denuncia, Panini y Panini España solicitaron a la Comisión que ordenara la publicación de la resolución condenatoria. Sobre el particular, el numeral 55.1 del artículo 55 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal señala que de acreditarse las infracciones a este cuerpo legal, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, las mismas que, entre otras, podrán consistir en la publicación de la resolución condenatoria. Del mismo modo, el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807 (en adelante, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI), establece que el Directorio de INDECOPI, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación de las resoluciones que emita la institución en el Diario Oficial "El Peruano" cuando lo considere necesario por constituir dichas resoluciones precedentes de observancia obligatoria o por considerar que dichas resoluciones son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.

Aplicando al presente caso lo señalado anteriormente, tenemos que:

1. Pese a la infracción en la que incurrió Navarrete, el derecho de los consumidores se ve suficientemente salvaguardado por la medida correctiva establecida en la presente resolución.

⁶ Emitida en el Expediente N° 116-2000/CCD, seguido por Tecnosanitaria S.A. contra Grifería y Sanitarios S.A.



2. Al momento de resolverse este expediente, no se ha aprobado un precedente de observancia obligatoria, sino que se han utilizado criterios de interpretación que ya venían siendo aplicados por la Comisión y por la Sala para la solución de casos similares a éste.

Por lo tanto, corresponde denegar el pedido de publicación de la resolución condenatoria solicitada por Panini y Panini España.

3.4. El pedido de costas y costos formulado por Panini y Panini España

En su denuncia, Panini y Panini España solicitaron a la Comisión que condenara a la imputada al pago de las costas y los costos en los que incurriera durante la tramitación del presente procedimiento.

Sobre el particular, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, en cualquier procedimiento contencioso seguido ante INDECOPI, la Comisión además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y los costos del procedimiento en que hubiese incurrido el denunciante.

En el presente caso, la Comisión aprecia que la infracción cometida por Navarrete es evidente, por lo que corresponde acceder al pedido de Panini y Panini España y ordenar a la infractora el pago de las costas y los costos del presente procedimiento.

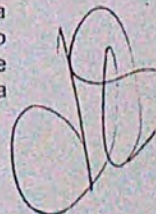
3.5. Graduación de la sanción

3.5.1. Normas y criterios aplicables

A efectos de graduar la sanción aplicable por la comisión de infracciones a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, ésta prescribe en su artículo 52 lo siguiente:

"Artículo 52º.- Parámetros de la sanción.-

- 52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:
- a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
 - b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
 - c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,
 - d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.
- 52.2.- Los porcentajes sobre los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión indicados en el numeral precedente no serán considerados como parámetro para determinar el nivel de multa



infracción por sí mismos, salvo que los directamente perjudicados, como Panini y Panini España, interpongan una denuncia por infracción a las normas de competencia desleal. Por ello, dicho criterio debe ser considerado como un agravante de la sanción a imponerse.

Del mismo modo, la Comisión estima pertinente considerar como agravante que el comportamiento de Navarrete generó una distorsión del correcto funcionamiento del mercado al contravenir la buena fe empresarial, debido a que lucró indebidamente con la imagen de los futbolistas de las selecciones participantes en la "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010", sin contar con la autorización correspondiente.

Además, la Comisión aprecia que Navarrete ha sido considerada responsable en otros procedimientos por la comisión de actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general por la comercialización de álbumes utilizando y explotando comercialmente las imágenes de jugadores de selecciones de fútbol participantes en certámenes deportivos de nivel mundial, sin contar con las autorizaciones respectivas,⁸ teniendo la calidad de reincidente, por lo que se requiere evitar que continúen produciéndose infracciones de esta naturaleza. En tal sentido, debe observarse que el numeral 52.3 del artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal considera a la reincidencia como un agravante, lo cual sucede en el presente procedimiento.

Adicionalmente, debe lograrse que la multa cumpla con la función desincentivadora que le corresponde, con la finalidad de evitar que para la infractora pueda resultar más ventajoso incurrir en ilícitos concurrenciales y asumir la correspondiente sanción, que someterse a lo dispuesto por las normas imperativas que regulan la leal competencia. Esta función es recogida por el principio de razonabilidad de la potestad sancionadora de las entidades del Estado, previsto en el inciso 3 del artículo 230 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aplicable supletoriamente a los procedimientos administrativos como el presente.

Por ello, la Comisión considera que en el presente caso la infracción debe ser considerada como grave, con efecto en el mercado, correspondiendo aplicar una multa de doscientas cuarenta (240) Unidades Impositivas Tributarias, conforme al artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

4. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del INDECOPÍ y 25 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal;

HA RESUELTO:

PRIMERO: Declarar FUNDADA la denuncia presentada por Panini S.p.A. y Panini España S.A. en contra de Corporación Gráfica Navarrete S.A., por la comisión de actos competencia desleal

En el siguiente cuadro podremos apreciar las sanciones impuestas contra Corporación Gráfica Navarrete S.A. por infracción a la cláusula general, en los distintos procedimientos seguidos ante la Comisión:

Expediente	Denunciante	Imputada	Materia	Multa
045-1998/CCD	Asociación Distribuidora Las Américas	Corporación Gráfica Navarrete S.A.	Infracción a la cláusula general	40 UIT
042-2002/CCD	Compañía Impresora Peruana S.A.	Corporación Gráfica Navarrete S.A.	Infracción a la cláusula general	80 UIT
058-2006/CCD	Grupo La República S.A.	Corporación Gráfica Navarrete S.A.	Infracción a la cláusula general	90 UIT
130-2007/CCD	Asociación Sindicato de Futbolistas Agremiados del Perú	Corporación Gráfica Navarrete S.A.	Infracción a la cláusula general	90 UIT
168-2007/CCD	Futbolistas Agremiados de Bolivia	Corporación Gráfica Navarrete S.A.	Infracción a la cláusula general	90 UIT

por infracción a la cláusula general, prevista en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: SANCIONAR a Corporación Gráfica Navarrete S.A. con una multa de doscientas cuarenta (240) Unidades Impositivas Tributarias.

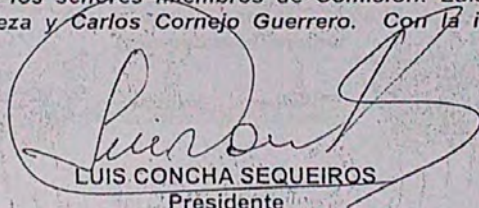
TERCERO: ORDENAR a Corporación Gráfica Navarrete S.A., en calidad de medida correctiva, el **CESE DEFINITIVO e INMEDIATO** de la comercialización del álbum de cromos denominado "Mundial Sudáfrica 2010" y de sus respectivos cromos autoadhesivos, así como de cualquier otro álbum o cromos de contenido similar, en tanto no cuente con las autorizaciones correspondientes, conforme a lo expresado en la presente resolución.

CUARTO: DENEGAR el pedido de Panini S.p.A. y Panini España S.A. para que se ordene la publicación de la resolución condenatoria, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

QUINTO: CONDENAR a Corporación Gráfica Navarrete S.A. al pago de las costas y costos incurridos por Panini S.p.A. y Panini España S.A. en el trámite del procedimiento, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

SEXTO: ORDENAR a Corporación Gráfica Navarrete S.A. que cumpla con lo dispuesto por la presente resolución en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles contados desde que la misma quede consentida o, en su caso, sea confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia correspondiente del Tribunal del INDECOPI. Esta orden se debe cumplir bajo apercibimiento de imponer una nueva sanción y ordenar su cobranza coactiva, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 57.1 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Con la intervención de los señores miembros de Comisión: Luis Concha Sequeiros, Ramón Bueno-Tizón Deza y Carlos Cornejo Guerrero. Con la inhibición de Alfredo Castillo Ramírez.



LUIS CONCHA SEQUEIROS

Presidente

Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

Comisión de Fiscalización de la
Competencia Desleal
21 OCT. 2010
RECIBIDO
Por: *Carula* Hora: *9:35*

112024 *ced*

INDECOPI EXPEDIENTE N° 042-2010/CCD
RECURSO DE APELACION

C154 + 607

A LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL DE INDECOPI.-

CORPORACIÓN GRAFICA NAVARRETE S.A. en los seguidos contra PANINI y PANINI ESPAÑA S.A., por supuestos actos de competencia desleal, atentamente decimos:

Que con fecha 05 de octubre de los presentes hemos sido notificados con la resolución N° 210-2010/CCD-INDECOPI mediante la cual la Comisión:

- Declara fundada la Denuncia.
- Sanciona a Corporación Grafica Navarrete S.A. con una multa ascendente a 240 UIT.
- Ordena el cese definitivo e inmediato de la comercialización del álbum denominado "Mundial Sudáfrica 2010".
- Condenar a Corporación Grafica Navarrete S.A el pago de las costas y costos.

Que siendo que no encontramos conforme a derecho a la resolución y estando dentro del plazo legal, interponemos recurso de apelación contra la N° 210-2010/CCD-INDECOPI en todos sus extremos. Sustentamos nuestro recurso en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO:

A. CONCEPTOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES NO TOMADOS EN CUENTA POR LA COMISIÓN.

Libertad de Información

1. Para comenzar, el inciso 4 del artículo 2º de nuestra constitución señala que toda persona tiene derecho a: "las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley". Cabe hacer notar que en ninguna parte de este articulado se menciona, como lo hace suponer La Comisión, que dichas libertades estén restringidas a los medios de comunicación masivos, noticiosos y únicamente cuando se tratan sobre temas actuales o pasados.
2. OBJETIVAMENTE NUESTRO ÁLBUM ES UN PRODUCTO INFORMATIVO: contiene y muestra información textual: breves referencias históricas a los mundiales. Los estadios. Fixture del mundial. Conformación de los grupos en orden ascendente. Conformación de los equipos (primero arqueros, defensas, mediocampista y luego atacantes). Datos de cada jugador (nombre, posición, altura, equipo profesional donde juega). Así como información grafica: Imágenes de los estadios. Imágenes de cada uno de los jugadores participantes.
3. Siendo un producto informativo, nuestro álbum se encuentra amparado por la libertad de información.
4. No menos arbitraria es la confusión que hace la comisión entre información y noticia, pues es claro que cuando el segundo párrafo del artículo 15º del Código Civil señala que no se requerirá autorización cuando la utilización verse sobre alguno de los supuestos de excepción y "siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público"; la comisión lo interpreta como una restricción del ámbito de la información al de la noticia, de ahí que haya creado la exigencia de que la información verse sobre un evento actual y no futuro.

5. Resultaría ocioso señalar como una información puede estar relacionada no solo con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público y que sean actuales, sino también que se hayan realizado en el pasado o se vayan a realizar en el futuro. Solo diremos que, mas allá de ser una interpretación arbitraria, restrictiva y caprichosa de la ley y la constitución, la interpretación que realiza la comisión no toma en cuenta que la finalidad de las normas referidas es proteger la intimidad de las personas y prohibir el aprovechamiento ilícito de reputación de la persona asociada a esa imagen.
6. En este sentido, las excepciones contenidas en el artículo 15º del CC no se pueden entender referidas únicamente al ámbito noticioso, que si bien es la manifestación directa y principal del interés de la opinión pública que justifica la exposición de las imágenes de las personas sin su consentimiento, este interés público en la información no se agota y no se puede agotar en la noticia, pues el interés público en la información se manifiesta también en hechos pasados o en la manejabilidad de la información sobre hechos actuales, pasados o futuros.
7. Hoy en día, la mayor parte de información del mundo se puede encontrar en Internet al acceso del público en general, sin embargo buscar una información en particular puede tomar tiempo porque no toda la información se encuentra en el mismo lugar o puede ser de difícil acceso. Es por eso que hoy en día, mas allá o incluso mas que el carácter novedoso, original o profundo de la información contenida en el producto (y que la comisión utiliza como principales criterios para determinar que es informativo y que no lo es), se valora la capacidad del producto informativo para sintetizar una gran cantidad de información y hacerla de fácil acceso.
8. Nuestros álbumes por más de 30 años han constituido una valiosa fuente de información para nuestros consumidores sobre los mundiales. Si bien la información contendida en ellos es pública y puede ser obtenida mediante otras fuentes informáticas (periódicos, revistas especializadas o Internet), tienen la virtud de poder

condensar y resumir la información mas relevante sobre el mundial en un formato de 64 paginas; en donde aparecen tanto la información fáctica sobre la Copa mundial como el Fixture, su historia, los datos de los estadios, los datos de los jugadores (nombre, posición, edad, club profesional, etc.) entre otros; así como la información grafica como las imágenes de los estadios y las imágenes de los jugadores.

9. Toda esta información se encuentra presentada en un formato de fácil acceso y, Dios no lo quiera, entretenido para el lector; y esta es su mayor ventaja sobre otras fuentes y formatos de información, que si bien en conjunto pueden contener la misma información, es difícil sino imposible pensar en otro formato o fuente de información que condense toda esta información en un solo lugar y que además de esto sea de fácil acceso y que siempre se encuentre a la mano (los periódicos se tiran o se traspapelan, las revistas especializadas te inundan de información y no siempre es fácil encontrar todo lo que se busca, hay que tomarse un tiempo para encender la computadora, conectarse a Internet e ir buscando la información que uno requiera).
10. Es mas, mas allá de ser una fuente de información para el lector antes y durante la realización del evento publico; después del evento público, particularmente mucho después, nuestros álbumes adquieren un valor informativo agregado, pues mientras que los periódicos y revistas especializadas han dejado hace mucho tiempo de informar sobre el evento público, y por lo tanto la información detallada sobre dicho evento es escasa y difícil de encontrar, nuestros álbumes constituyen una permanente fuente de información histórica, que el consumidor puede coleccionar y acceder en cualquier momento, sin importar cuanto tiempo haya pasado desde la realización del evento.
11. Cabe señalar en este punto que resulta paradójico el criterio que utiliza la comisión, pues hace mas de 30 años, cuando comenzamos a producir álbumes, ante la exigua exposición mediática de los jugadores y las selecciones, nuestros álbumes no solo eran

sintetizadores sino que su información también era en algunos casos novedosa. Probablemente los cromos eran uno de los pocos registros gráficos que podía tener una persona sobre muchos jugadores y a nadie se le hubiera ocurrido dudar del carácter informativo de nuestros álbumes. Resulta claro entonces que el criterio utilizado por la comisión es completamente arbitrario e inadecuado, pues como es posible que algo que era informativo bajo ese criterio con el tiempo ya no lo sea.

12. El problema con la posición la comisión es que presupone erróneamente que como la información contenida en nuestros álbumes no es novedosa, es imposible que el público tenga un interés informativo en ellos, y por lo tanto, debe de tratarse de un interés de "puro entretenimiento". Esperamos que la falacia de dicho argumento resulte ahora completamente evidente.
13. Cabe señalar que si la comisión fuera consecuente con este argumento, tendría que llegar a la conclusión, que por cierto nosotros si compartiríamos, que no hay un uso indebido de las imágenes de los futbolistas. Efectivamente, utilizando la misma lógica del argumento la comisión, como en Internet y en las revistas especializadas, existen millones de imágenes (gratuitas cabe decir) sobre los jugadores de futbol mejores a las que aparecen en nuestros álbumes, es imposible que los consumidores estén interesados en las imágenes cuasi-pasaporte contenidas en el álbum, que por tener una finalidad meramente informativa no requieren de un formato mas elaborado o con mayor merito estético. Si los consumidores no están interesados en las imágenes solas, como no lo están pues nadie compra los cromos por si mismos; entonces como es posible hablar de una explotación económica de las mismas, que requiere por definición un interés de compra generado por un interés por las imágenes. Otro problema semántico la comisión, confundir exposición con explotación.
14. En conclusión: La constitución en el inciso 4 del artículo 2 consagra el derecho fundamental a la libertad de información sin establecer reserva o limitación alguna a la misma, y en el segundo párrafo del

artículo 15º del Código Civil, se señala los supuestos en donde la libertad de información prevalece ante un conflicto con el derecho de imagen; haciendo de que cualquier supuesto adicional no recogido expresamente en dicho dispositivo constituya una restricción arbitraria e inconstitucional de la libertad de expresión. Únicamente se puede limitar un derecho constitucional cuando entra en conflicto con otro.

I. Derecho a la imagen y al nombre.

1. Existe un consenso, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina internacional, de que los personajes públicos (entre ellos los jugadores profesionales de fútbol), al voluntariamente convertirse en personajes públicos, tácitamente están autorizando el uso por parte de terceros de su imagen y su nombre, siempre y cuando este uso responda a un interés público, ya sea informativo, cultural, educativo, didáctico, etc... Ya Fernández Sessarego, en la exposición de motivos del artículo 15º Código Civil, respecto a los personajes públicos señala lo siguiente: "La notoriedad lograda por la persona en merito al reconocimiento de la opinión pública hace presumir que, al buscar y requerir dicho apoyo, presta su anticipado y tácito asentimiento a la publicidad de su propia imagen o al aprovechamiento de su voz, dentro de los límites de respeto al honor de la persona. En estas circunstancias se encuentran entre otros, los artistas, los políticos y los deportistas. Ellos actúan en público y a él le deben su éxito y fama. Es por tanto lógico y explicable que el público que los sostiene reclame sus imágenes y su voz, sin que para su exposición se requiera del asentimiento expreso de la persona".
2. En este contexto, solo existen dos formas de vulnerar el derecho a la imagen de un personaje público:
3. Vulnerando su derecho a la intimidad. Aspecto moral del derecho a la imagen. Por ejemplo, tomándole fotos en un espacio y en circunstancias donde existen expectativas razonables de privacidad.
4. Utilizando las imágenes y el nombre de los personajes públicos con fines comerciales. Lo que se conoce en el commonlaw como Right of Publicity, o el derecho de toda persona a controlar la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen. Así, validamente se puede

considerar la imagen de un personaje público como un bien comercial, con su consecuente valor comercial y económico: los consumidores tienden a admirar y emular a los personajes públicos por lo que son más propensos a adquirir los productos auspiciados o avalados por los personajes que admira: La fuerza de venta de un personaje público es directamente proporcional a la fama y reputación que tiene, que a la vez depende del esfuerzo, sacrificio y trabajo realizado por el personaje público para llegar a ser famoso, en un sentido, el consumidor no le está comprando el producto a la empresa sino al personaje público, por lo que utilizar la imagen y nombre de un personaje público con fines comerciales sin su consentimiento es apropiarse ilícitamente de esa fama y reputación (y de ese sacrificio y esfuerzo), con el consiguiente aumento en las ventas y el beneficio económico resultante.

5. Sobre la diferencia y relación entre estos dos aspectos del derecho a la imagen, ver sentencia del tribunal Constitucional Español STC 81/2001 del 26 de marzo del 2001 y STC 156/2001 del 2 de julio del 2001, las cuales obran en el expediente y que señalan que *"el derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial incontestada – e incluso en determinadas circunstancias consentida – de la imagen de una persona puede afectar su derecho fundamental a la propia imagen [...] Es cierto que nuestro Ordenamiento – especialmente en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen – se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucionalidad, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho a la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forma parte del derecho fundamental la la*

imagen del art. 18.1 CE. Dicho en otras palabras, a pesar de la creciente patrimonialización de la imagen y de la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma, el derecho garantizado en el artículo 18.1 CE, por su carácter "personalísimo" limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo."

6. Sin embargo, la utilización de las imágenes de los jugadores en nuestro álbum no responde a un fin comercial o a una explotación comercial, económica o publicitaria de los mismos. Esto a razón de que:
- i. El uso de las imágenes se da en un contexto estrictamente informativo (ver punto I).
 - ii. Para explotar comercialmente una imagen de un jugador (apropiarse de su fuerza de venta y reputación) se tiene que individualizar la imagen del personaje. En el álbum todos los jugadores a parecen por igual sin distinguir por fama o reputación.
 - iii. En el caso del álbum, la inclusión de la imagen de un jugador responde únicamente a un hecho o situación (su participación en el mundial) que lo homogeniza con el resto de los jugadores que comparte esa situación; por lo que la inclusión de su imagen NO ES ARBITRARIA sino que responde a un hecho fáctico, a diferencia de la utilización comercial o publicitario que por lo general es arbitraria (que tiene que ver Messi con una bebida gaseosa o Cristiano Ronaldo con un shampoo anticaspa?)
 - iv. EL álbum trata sobre el mundial, no sobre los jugadores que participan en el. La imagen y nombre de los jugadores es solo una parte (datos informativos) de la unidad informativa global que conforma el álbum.
 - v. Si no se ha individualizado la imagen de ningún jugador, NO ES RAZONABLE suponer que los consumidores van a asumir que un jugador o los jugadores que aparecen en el

álbum están avalando o auspiciando el álbum, ergo, no se puede inferir que se esta apropiando o dañando el valor comercial de la imagen de los jugadores.

- vi. Para hablar de explotación comercial de la imagen de los jugadores se tendría que concluir lógica y necesariamente que los consumidores compran los cromos por los cromos mismos. Sin embargo, los consumidores compran los cromos por el álbum, para completar el álbum, y no por los cromos mismos; pues usando uno de los contra-argumentos del punto I: No resulta razonable que los consumidores adquieran los cromos (básicamente fotos pasaporte de los jugadores) por ellos mismos, cuando pueden encontrar fotos mas grandes y estilizadas en otros medios de comunicación (mas baratos).
 - vii. A diferencia de un póster o un Trading card con la imagen individualizada de un jugador, donde el consumidor lo adquiere por su interés en el jugador que representa, un cromo con la imagen de un jugador no es un producto autónomo y el interés del consumidor en el es simplemente accesorio (siendo el principal el álbum).
7. En conclusión: Hay que distinguir entre exponer la imagen de los jugadores para fines informativos o lúdicos y explotar comercialmente la imagen de los jugadores.

II. Derecho al Entretenimiento

1. Un argumento implícito en el razonamiento de la Comisión sobre el carácter comercial de nuestro álbum es que como supuestamente no es informativo, por lo tanto, tiene que ser comercial. Al respecto caben decir dos cosas:
2. Si el interés de los consumidores no es supuestamente informativo, no se concluye de esto que el interés sea por las imágenes de los jugadores, también puede ser por un interés lúdico o de entretenimiento, como efectivamente ocurre. Si es así, entonces menos aun habría una afectación a derecho de imagen de los jugadores, pues: si el interés de

000040

los consumidores es completar el álbum o intercambiar los cromos (actividades generadoras del interés de entretenimiento) [entonces] la imagen del jugador contenida en el cromo se despersonaliza completamente, pues a los ojos del consumidor (en este contexto) se convierte únicamente en un objeto a ser coleccionado [por lo tanto] La imagen del jugador, independientemente que se trate de Messi o del defensa suplente de Bolivia, se convierte por igual en un número, el número que falta para completar el álbum [en conclusión] como puede haber una afectación al derecho de imagen de los jugadores si en este contexto el interés por la imagen del jugador como tal es nulo.

3. Sin perjuicio de lo anterior, cabe recordar que el derecho al entretenimiento es un derecho fundamental internacionalmente recogido (artículo 31 de la convención de los derechos del niño y artículo 24 de la declaración universal de los derechos humanos), y siendo que la mayoría de nuestros consumidores son niños, es un derecho que se aplica plenamente en el presente caso y por lo tanto ES UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE CONFIGURA AL IGUAL QUE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN UNA EXCEPCIÓN AL DERECHO DE IMAGEN siempre que el "FIN DE LA UTILIZACIÓN DE LA IMAGEN AJENA ES PREDOMINANTEMENTE CASI EXCLUSIVO Y ABSOLUTAMENTE ÚNICO EL CREMATÍSTICO, COMERCIAL, PUBLICITARIO Y ANÁLOGOS" sentencia del tribunal supremo español STS 21-12-94 (recurso nº 3651/91) el cual también obra en el expediente.
4. No solamente eso, sino que también se puede considerar que un álbum fomenta hasta cierto grado el interés del niño por la lectura (fin cultural o educativo).
5. **En conclusión:** Hay que distinguir entre explotar la imagen de los jugadores con fines comerciales sin su autorización (ilícito) y explotar comercialmente y económicamente la información sobre un evento público o el interés de entretenimiento. Es decir, NO SE EXPLOTA COMERCIALMENTE LAS IMÁGENES DE LOS JUGADORES, SINO LO QUE SE EXPLOTA ES EL INTERÉS INFORMATIVO O LÚDICO DE LOS CONSUMIDORES (algo completamente lícito), esto a través de la comercialización de un álbum sobre el mundial que contiene y expone

las imágenes de los jugadores, que puede incluir, en virtud de nuestra libertad de empresa, en la comercialización por separado de los cromos a fin de maximizar la explotación comercial de dicho interés informativo o lúdico, pero que de ningún modo se traduce en la explotación de las imágenes de los jugadores como bienes comerciales.

B. SOBRE LOS VICIOS, ERRORES Y DEFECTOS DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA:

B.1 SOBRE LOS DEFECTOS DE MOTIVACIÓN DE LA COMISIÓN:

El artículo 10 de la ley 27444 señala que son causales de nulidad del acto administrativo, cuando contraviene la constitución y las leyes; y por el defecto u omisión de uno de sus requisitos de validez; a su vez, el inciso 4 artículo 3 de la misma norma señala que es un requisito de validez la motivación, respecto a la cual artículo 6° señala que "deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado". Finalmente, el inciso 8 del artículo 230° de la misma norma señala que los actos de los administrados son lícitos hasta que se pruebe lo contrario. En otras palabras, es deber del denunciante y eventualmente de la Comisión, acreditar la comisión de la infracción, no es el deber del denunciado acreditar lo contrario. En el presente caso significa que, la Comisión tenía que haber acreditado conjuntamente 3 puntos (los puntos controvertidos propiamente que no son lo mismo que las pretensiones): (1) Que nuestro álbum no es informativo, (2) Que ha habido una explotación comercial de las imágenes de los jugadores y por lo tanto una afectación a su derecho de imagen y (3) Que nuestro álbum no es un producto de entretenimiento. Si no se acredita cualquiera de los tres, entonces la Comisión ha incurrido en un vicio de nulidad por motivación defectuosa.

B.1.1 Sobre el carácter no informativo de nuestro álbum:

1. Como ya lo hemos señalado, el argumento de la Comisión para sustentar que nuestro álbum no es informativo consiste en, mediante una interpretación parcializada y arbitraria del Art. 15 de CC, determinar que como nuestro álbum no tenía carácter noticioso y no versaba sobre un evento actual (en el sentido de no futuro o pasado), entonces no es informativo. Respecto a este punto nos remitimos a lo ya expresado en el punto A.1 del presente escrito.
2. Cabe señalar que la Comisión en ningún momento a refutado o negado que nuestro álbum es objetiva y plenamente una fuente de información, que puede ser objeto del interés informativo de los consumidores.
3. Asimismo, señala que como vendemos los cromos separadamente del álbum, es evidente que nuestra finalidad es incentivar al consumidor a la adquisición continua de nuestros productos hasta completar el álbum. Al respecto, solo cabe señalar que la Comisión nuevamente esta confundiendo la explotación de la información o el interés de entretenimiento de los consumidores con la explotación comercial de las imágenes de los jugadores.
4. Es el pilar del mercado y de la competencia el interés de lucro de las empresas; por lo tanto, es solamente natural que como empresa, tendamos a utilizar estrategias que masifiquen nuestras ventas. Como lo hemos señalado reiteradamente, los consumidores no compran los cromos por los cromos mismos, es decir, por las imágenes de los jugadores, sino por la información que les brinda el álbum en su conjunto o por el entretenimiento que les brinda coleccionar y completar el álbum. Explotar comercialmente la información o el interés de entretenimiento no esta prohibido por ninguna norma, es mas, son fenómenos ocurrentes en el mercado, por lo tanto, maximizar las ganancias provenientes de dicha explotación es completamente licito y natural.
5. Finalmente resulta claro que para limitar nuestra libertad de información tiene que acreditar una vulneración efectiva al derecho de imagen de los jugadores, es decir, tiene que acreditar la explotación comercial de las mismas.

b.1.2 Sobre la explotación comercial de las imágenes de los jugadores:

1. Al respecto, la Comisión únicamente argumenta que como nuestra empresa comercializa un producto que contiene las imágenes de los jugadores por lo tanto comercializando económicamente las imágenes de los jugadores y por lo tanto, esta explotando la imagen de los jugadores. Huelga decir que dicho argumento carece de consistencia lógica, pues el mismo criterio se puede aplicar a cualquier periódico o revista, en donde resulta claro que no existe una explotación comercial de las imágenes de los jugadores sino simplemente una exposición de las mismas.
2. Cabe señalar que la Comisión en ningún momento define lo que entiende por explotación comercial de las imágenes, ni ofrece argumentos que contradigan la concepción de la doctrina y jurisprudencia constitucional al respecto; ni siquiera presenta un argumento que sostenga que el interés de los consumidores esta en las imágenes de los jugadores (es mas, en sus argumentos menciona varias veces que el interés de los consumidores el coleccionar o completar el álbum) o que el consumidor asuma que los jugadores están auspiciando o avalando el álbum, o si quiera que asuman que los jugadores tienen una relación con el álbum.
3. Siendo que la Comisión no ha podido acreditar que nuestro álbum no es informativo, salvo mediante una interpretación arbitraria e inconstitucional de lo que se entiende por informativo y siendo que la Comisión no ha acreditado que haya una afectación al derecho de imagen de los jugadores; resulta entonces paradójico que la Comisión haya determinado categóricamente que se requiere de una licencia para el uso de las imágenes de los jugadores para un álbum sobre el mundial.
4. Cabe señalar que como la Comisión no se pronuncia sobre el interés de entretenimiento a pesar de haber sido reiteradamente señalado por nuestra parte, resulta clara la omisión de motivación respecto a este punto.

En consecuencia, siendo que la Comisión no ha podido acreditar o fundamentar los tres puntos necesarios señalados al principio del presente apartado, resulta evidente que la Resolución recurrida a incurrido en insalvables vicios de nulidad.

B.2 SOBRE LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN:


1. Salvando el hecho de que la sanción es improcedente pues nuestra empresa no ha incurrido en ninguna infracción; consideramos necesarios señalar que la determinación de la sanción es también nula pues no ha respetado lo establecido por la ley.
2. En primer lugar, aplica indebidamente el criterio de la reiterancia, pues las resoluciones sobre las que sustenta se encuentran siendo revisadas en instancia judicial (salvo la primera que fue declarada nula por la corte suprema). No habiendo un pronunciamiento firme hasta la fecha sobre los procedimientos, es incoherente e ineficiente que se utilice dicho criterio, máxime si ya en 3 procesos se ha declarado fundada la demanda contenciosa administrativa, pues de declararse nulo cualquiera de las resoluciones utilizadas por la Comisión para determinar la sanción, como ha ocurrido, indefectiblemente la resolución deviene en nula.
3. En este sentido, como la Comisión se sustenta en varias resoluciones que han sido declaradas nulas (cuyas dos primeras sentencias obran en el expediente), la graduación de la sanción deviene consecuentemente en nula.

Por lo tanto: Téngase por presentado nuestro recurso de apelación y sirvanse a elevarlo a su superior jerárquico para que en su oportunidad revoque la resolución y declare infundada la denuncia o en su defecto declare nula la resolución por los vicios de nulidad acotados.

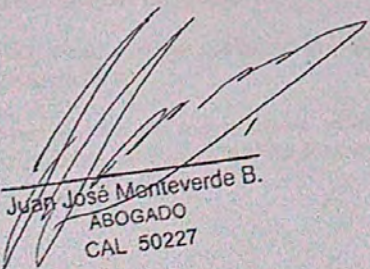
OTROSÍ DECIMOS: Que dada la complejidad del caso solicitamos que la Sala nos conceda el uso de la palabra en una audiencia oral.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que nos reservamos el derecho de ampliar nuestra apelación.

Lima, 19 de octubre del 2010



Juan José Monteverde B.
A B O G A D O
Reg. C. A. L. 22118
Reg. C. A. C. 3721



Juan José Monteverde B.
A B O G A D O
CAL 50227

EXPEDIENTE No. 042-2010/CCD
CONTESTA APELACION

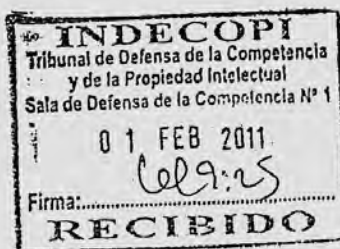
AL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA
PROPIEDAD INTELECTUAL - INDECOPI

BARREDA MOLLER, en nombre y representación de PANINI S.p.A. y PANINI
ESPAÑA S.A., en el Expediente No. 042-2010/CCD, sobre denuncia contra Corporación
Grafica Navarrete S.A. atentamente decimos:

Por atención de su despacho se nos ha notificado el 10 de enero de 2011,
con el recurso de apelación interpuesto por Corporación Grafica Navarrete S.A., contra la
resolución No. 210-2010/CCD-Indecopi que declaró fundada la denuncia presentada por
PANINI S.p.A. y PANINI ESPAÑA S.A. y, en consecuencia, sancionó y ordenó el cese
definitivo e inmediato de la comercialización del álbum denominado "Mundial SUDAFRICA
2010", imponiendo a Corporación Grafica Navarrete S.A. una multa ascendente a 240 UIT, y
condenándola al pago de las costas y costos del proceso.

Que dentro del término de ley, procedemos a contestar la apelación
interpuesta, solicitando a su despacho que en su oportunidad se sirva declarar infundada la
misma, confirmando la resolución No. 210-2010/CCD-Indecopi. Basamos nuestro pedido en
los siguientes argumentos.

1. De las afirmaciones en las cuales Corporación Grafica Navarrete
S.A. fundamenta su apelación contra la Resolución No. 210-2010/CCD-Indecopi.



Corporación Grafica Navarrete S.A. fundamenta su recurso impugnativo contra la resolución No. 210-2010/CCD-Indecopi en sus siguientes afirmaciones:

1.1 Que existen conceptos doctrinarios y jurisprudenciales que no han sido tomados en consideración por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal en la Resolución No. 210-2010/CCD-Indecopi. Según la apelante dichos conceptos serían los siguientes:

a. La libertad de información, la cual le garantiza vender el álbum "Mundial Sudáfrica 2010" y los cromos que reproducen las imágenes de los futbolistas de las 32 selecciones que participan en dicho mundial, sin obtener las autorizaciones correspondientes.

b. Que el derecho a la imagen en el caso de las personas famosas, está restringido y cualquiera puede utilizar la imagen de las mismas con dos excepciones, siendo una de ellas el uso de la imagen con fines comerciales, pero que ello no se da en el caso de autos en el cual Corporación Grafica Navarrete S.A. obtiene enormes ganancias por las ventas del álbum "Mundial Sudáfrica 2010" y, por la venta de los cromos que reproducen las imágenes de los futbolistas de las 32 selecciones que participaron en dicho mundial.

c. Que el derecho al entretenimiento que tienen los niños, le garantizan el poder de obtener enormes ganancias por las ventas del álbum "Mundial Sudáfrica 2010" y los cromos que reproducen las imágenes de los futbolistas de las 32 selecciones que participaron en dicho mundial, sin obtener las autorizaciones correspondientes porque los niños los compran para entretenerse.

d. Finaliza Corporación Grafica Navarrete S.A. esta parte de su exposición con la siguiente cita: "No se explota comercialmente las imágenes de los jugadores, sino lo que se explota es el interés informativo o lúdico de los consumidores, esto a través de la comercialización de un álbum sobre el mundial que contiene y expone las imágenes de los jugadores".

1.2 Que la resolución apelada ha incurrido en defecto de motivación porque:

- a. Ha interpretado que su álbum no tiene carácter informativo.
- b. No se ha pronunciado sobre el interés del entretenimiento que tienen los niños que compran su álbum.

1.3 Que la graduación de la sanción es nula ya que se basa en la presunta reiterancia de Corporación Grafica Navarrete S.A. en actos de competencia desleal, siendo el caso que de los 5 procesos citados, 3 han sido ya declarados nulos por el Poder Judicial.

En los siguientes acápites refutaremos las afirmaciones en base a las cuales Corporación Grafica Navarrete S.A. fundamenta su recurso impugnativo.

2. De la Resolución No. 210-2010/CCD-Indecopi

La Resolución No. 210-2010/CCD-Indecopi declara fundada la denuncia presentada por Panini S.p.A. y Panini España S.A contra Corporación Grafica Navarrete S.A. por la comisión de actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general prevista en el artículo 6 del Decreto Legislativo No. 1044- Ley de Represión de la Competencia Desleal, ordenando a Corporación Grafica Navarrete S.A. cesar en la distribución del álbum

"Mundial Sudáfrica 2010" y de sus respectivos cromos autoadhesivos en tanto no cuente con las autorizaciones correspondientes, sancionándola con una multa de 240 Unidades Impositivas Tributarias y condenándola al pago de las costas y costos incurridos por Panini S.p.A. y Panini España S.A. en la tramitación del presente proceso.

La resolución, que se encuentra debidamente fundamentada, establece en sus considerandos:

a. Que la realización de un evento deportivo como la copa mundial de la FIFA Sudáfrica 2010, es una actividad comercial privada que requiere de una organización e inversión económica por parte de quienes llevan adelante esta actividad comercial, costos que se cubren, entre otros conceptos con la explotación económica de las imágenes de las selecciones y de sus respectivos jugadores de fútbol. Literalmente, la resolución señala:

"Al respecto, debe considerarse que la realización de un evento deportivo como la "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010" requiere de una organización e inversión económica que es realizada, entre otros, sobre la base del uso y la explotación económica de la imagen de las selecciones y de sus respectivos jugadores de fútbol, lo cual se realiza otorgando licencias para la transmisión de partidos, concediendo patrocinios, recibiendo auspicios del evento, para el vestuario y para el balón a ser utilizado en la competición, así como otorgando derecho a la explotación comercial de la imagen de las selecciones y los respectivos jugadores, mediante la distribución de productos que las presenten, entre otros. Al respecto, dado que cada cuatro años se realiza una campeonato mundial de fútbol, las entidades organizadoras de dicho torneo, las asociaciones o federaciones deportivas de cada uno de los equipos participantes y los propios jugadores, procuran generar recursos económicos mediante la explotación de elementos que se derivan del referido evento, a fin de generar recursos para su organización.

En consecuencia, como parte de la organización de un evento deportivo mundial como la "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010" se otorgan, entre otros, el derecho para la utilización de las imágenes de las selecciones participantes y de sus jugadores, en películas, revistas

coleccionas, álbumas, cromos, adhesivos, afiches, chapas, llaveros, vasos, entro otros. Por consiguiente, permitir que las empresas comercialicen que contengan imágenes de las selecciones y de los jugadores participantes en un certamen deportivo, sin contar con las licencias correspondientes, traería como consecuencia que las empresas que se dediquen a dicha actividad dejen de adquirir tales autorizaciones, desincentivando la inversión en licencias y generando progresivamente la eliminación de las principales fuentes de financiamiento de los eventos mundiales de fútbol, pudiendo incluso peligrar su realización, en caso de que los organizadores no cuenten con otros medios económicos necesarios para ello".

El evento deportivo, la "Copa Mundial Sudáfrica 2010" es un negocio privado realizado por una organización privada que financia sus actividades y obtiene ganancias en base al otorgamiento de licencias para la transmisión de partidos, concesión de patrocinios, etc., en paralelo a lo cual las Federaciones o Asociaciones Nacionales de fútbol y/o sus integrantes, participantes en tal evento, se financian también mediante el otorgamiento de licencias para la publicación de álbumes que se llenan con los cromos que reproducen las imágenes de los jugadores. Queda en consecuencia claro que el publicar un álbum del mundial de la FIFA Sudáfrica 2010 y vender cromos de los jugadores no es un acto informativo, es un negocio comercial cuya titularidad corresponde a terceros.

(b) Que el Código Civil en su artículo 15, establece como regla general la prohibición del aprovechamiento de las imágenes de las personas sin el asentimiento de las mismas.

"De otro lado, conforme a lo establecido en el artículo 15 del Código Civil, la regla general es la prohibición del aprovechamiento de la imagen de las personas sin el asentimiento de las mismas, no siendo éste necesario cuando se haga uso de la misma por la notoriedad de la persona, el cargo que desempeñe, hecho de importancia o interés público o, por motivos de índole científica, didáctica o cultural, siempre que se relacionen con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público."

(c) Que la excepción establecida en el artículo 15 del Código Civil en relación con la utilización de las imágenes de personas notorias, solo está permitida cuando esté relacionada con hechos o ceremonias de interés general que se celebran en público.

"En este punto, debe considerarse que la excepción establecida en el artículo 15 del Código Civil en relación con la utilización de las imágenes de personas notorias sin contar con su autorización, solamente está permitida cuando esté relacionada co hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. Lo anterior se cumple cuando la publicación de imágenes de personas se realiza en el contexto de circulación de una noticia y se presenta la imagen de las personas en conexión directa con la información a los acontecimientos de interés público; o, desarrollados en público. También se cumple cuando el uso de las imágenes de personas se realiza con el fin de informar gráficamente sobre un evento público, complementando alguna noticia presentada en forma escrita. En estos casos, incluso, la imagen puede haber sido seleccionada de otra fuente y presentarse en forma accesoría, es decir, que tal imagen puede haber sido tomada del archivo del propio medio de comunicación o editor, o de otro medio, de manera lícita, y no necesariamente tiene que haber sido recogida en el mismo lugar y tiempo en que han acaecido los hechos que difunde la noticia. Sin embargo, en todos los casos anotados, aparece como obvio que la utilización de las imágenes de las personas que se encuentra relacionada con la singularidad de la finalidad informativa inmediata que persigue un medio de comunicación social al efectuar la presentación y desarrollo de un evento noticioso, que a su vez constituye un acontecimiento de interés público"

(...)

Por lo señalado en el párrafo precedente, la Comisión considera precisar que la excepción dispuesta en el artículo 15 del Código Civil, supone un uso manifiestamente informativo, elemento ajeno a la actividad de Navarrete, en tanto la comercialización de los álbumes y cromos con las imágenes de los jugadores de fútbol de las selecciones que participaron en la "Copa Mundial de FIFA Sudáfrica 2010" estuvo dirigida fundamentalmente a incentivar en el consumidor la adquisición continua de productos que contengan las imágenes de los jugadores de todas las selecciones participantes en citado evento deportivo, a fin lograr complementar la colección de dicha imágenes"

Que la actividad objeto de denuncia realizada por Corporación Gráfica Navarrete S.A. no tiene carácter informativo, pues se basa en la comercialización de un álbum denominado "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010" y de cromos con las imágenes de los jugadores de fútbol de las selecciones que participaron en dicha competencia que reiteramos tiene el carácter de privado.

"En tal sentido, es irrelevante si el álbum se distribuyese incompleto o completo, conjuntamente con los cromos, toda vez que la finalidad de su comercialización es netamente económica, lo cual generaría beneficios al agente económico titular de dicho comportamiento o actividad realizada en el mercado. En el presente caso, Navarrete ha concurrido en el mercado mediante la comercialización de álbumes y cromos alusivos a la "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010" en el que se incluyen las imágenes de los jugadores participantes en el referido torneo. De este modo, es evidente que la actividad comercial desarrollada por la imputada ha sido la explotación comercial de la imagen de los jugadores participantes en este evento deportivo mundial"

(...)

Sobre el particular, conforme se ha mencionado anteriormente, la actividad comercial de Navarrete se realiza mediante la distribución y comercialización de los álbumes y cromos autoadhesivos, lo cual implica la realización de acciones dirigidas al uso y a la explotación comercial de las imágenes de los jugadores de fútbol de las selecciones participantes en la "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010". Por ello, la Comisión considera que la difusión de las imágenes de los jugadores de las selecciones que participan en el citado evento deportivo, no tiene una finalidad noticiosa o informativa sobre hechos o eventos de actualidad, sino que configura una operación de explotación netamente comercial, no pudiéndose enmarcar dentro de un contexto informativo. Asimismo, cabe agregar que resulta evidente que la actividad realizada por Navarrete está dirigida fundamentalmente a incentivar en el consumidor la adquisición continua de productos que contengan las imágenes de los jugadores de todas las selecciones participantes en el citado evento deportivo, a fin de lograr la tenencia de una colección completa de dicha imágenes, como consecuencia de sucesivas ventas de cromos que no se encuentran vinculadas con una función meramente informativa sobre el evento deportivo antes referido"

d. Que corresponde sancionar a Corporación Gráfica Navarrete S.A. con una multa de 240 UIT teniendo en consideración que:

- Los beneficios ilícitos derivados de la conducta infractora, están constituidos por el 100% de los ingresos brutos, obtenidos por Corporación Gráfica Navarrete S.A. en la comercialización del álbum "Mundial Sudáfrica 2010" y sus respectivos cromos, cantidad que fue declarada confidencial por lo que no se consigna en la resolución.

- La probabilidad de detección de la conducta infractora es baja, dado que ni los consumidores, ni la autoridad competente pueden detectar dicha infracción por si mismos, salvo que medie una denuncia de los directamente perjudicados.

- Corporación Gráfica Navarrete S.A. tiene la calidad de reincidente, pues ha sido sancionado por lo menos en 5 anteriores procesos por la comercialización de álbumes y cromos, utilizando y explotando comercialmente las imágenes de los jugadores de las selecciones de fútbol participantes, sin contar con las autorizaciones respectivas.

En consecuencia, resulta evidente que la Resolución 210-2010/CCD-Indecopi, se encuentra debidamente fundamentada.

3. La FIFA y sus miembros, Federaciones o las Asociaciones Nacionales de Fútbol y los mundiales de fútbol.

Dado que Corporación Gráfica Navarrete S.A. sostiene que en base a la libertad constitucional de información, tiene derecho a vender un álbum denominado "Mundial Sudáfrica 2010" y a vender los cromos que reproducen las imágenes de los futbolistas de las 32 selecciones que participaron en dicho mundial, resulta necesario

explicar la naturaleza de la FIFA, y de sus miembros, las Federaciones o las Asociaciones Nacionales de Fútbol y de los mundiales de fútbol.

FIFA, son las siglas que corresponden a Federation Internationale de Football Association, es una asociación inscrita en el registro comercial de acuerdo con los artículos 60 y siguientes del Código Civil Suizo. La FIFA es en consecuencia una organización privada. *Organización privada* Son miembros de la FIFA las asociaciones de fútbol reconocida por la FIFA. Es la FIFA a través de su comisión permanente denominada, Comisión Organizadora de la Copa Mundial de la FIFA, la cual organiza cada cuatro años la Copa Mundial de Fútbol en la cual participan las selecciones de las Federaciones o las Asociaciones Nacionales de Fútbol.

El último mundial de fútbol fue celebrado en Sudáfrica 2010 con la participación de 32 selecciones y sus respectivos jugadores. En consecuencia queda claro que la Federation Internationale de Football Association es una persona jurídica de derecho privado, cuyos miembros son también personas jurídicas de derecho privado y que asumen la organización y realización de una actividad como el mundial de fútbol, para lo cual se requieren ambas, la FIFA y las Federaciones o las Asociaciones Nacionales de Fútbol de una gran inversión económica. Esta inversión económica es cubierta con la comercialización de diversos "productos" como ser las licencias para transmisión de los partidos, la licencia de marcas, la concesión de patrocinios o la recepción de auspicios para el vestuario o incluso el balón.

Las Federaciones o las Asociaciones Nacionales de Fútbol, quienes conservan los derechos a las imágenes de sus respectivas selecciones y de los jugadores que las integran, conceden las licencias y autorizaciones para su uso. Lo obtenido por ello constituye a financiar su funcionamiento.

La Federation Internationale de Football Association como organizadora del mundial de la FIFA Sudáfrica 2010, es la única entidad competente para explotar las marcas y signos distintivos del mundial, las Federaciones o las Asociaciones Nacionales de Fútbol, son las entidades competentes para utilizar comercialmente las imágenes de sus selecciones y jugadores participantes, por ejemplo la venta de álbumes.

4. El derecho a la información no puede justificar que Corporación Gráfica Navarrete S.A. venda el álbum "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010" sin pagar las autorizaciones correspondientes.

Debe en principio quedar claro que la libertad de información es un derecho individual que corresponde a la persona. La Constitución Política del Estado establece en su artículo primero y artículo segundo, numeral cuatro:

"Artículo 1.- Defensa de la persona

La defensa de la persona huma y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

"Artículo 2.- Defensa de la persona

Toda persona tiene derecho:

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impida circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación".

La misma Constitución establece en su artículo 58 del Régimen Económico Peruano es el de economía social del mercado.

La economía social de mercado se sustenta en una competencia leal, en consecuencia se reprime todo acto o conducta que afecte el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

El Decreto Legislativo No. 1044 establece en su artículo 6, cláusula general acápite 6.1, 6.2:

"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".

Cláusula
General

Con lo expuesto queremos demostrar que gozan del mismo reconocimiento constitucional, el derecho a la información y el derecho a hacer empresa. Que las personas naturales tienen derecho a ser informadas y que las personas jurídicas como Corporación Gráfica Navarrete S.A., tiene derecho a la libertad de empresa, pero que tanto la libertad de información como la libertad de empresa, tienen limitaciones.

limitaciones

No se puede, como pretende Corporación Gráfica Navarrete S.A., en base a un mal entendido derecho de la información, beneficiarse ilícitamente del esfuerzo económico realizado por la FIFA y por sus miembros, las Federaciones o las Asociaciones Nacionales de Fútbol, sin pagar la autorización debida, publicar un álbum denominado "Copa

Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010" y vender asimismo los cromos conformados por los jugadores de las 32 selecciones participantes.

Tampoco podría Corporación Gráfica Navarrete S.A. en base a una mala interpretación de su derecho a la información, transmitir los partidos de fútbol jugados con ocasión de la Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010, sin pagar al organizador, la FIFA, las autorizaciones correspondientes.

En conclusión ni el derecho a la información, ni el derecho a hacer empresa puede justificar que la denunciada, Corporación Gráfica Navarrete S.A., pretenda beneficiarse ilícitamente y sin pagar las autorizaciones correspondientes del esfuerzo realizado por un tercero. En este caso, las Federaciones o las Asociaciones Nacionales de Fútbol asociadas a la FIFA, comercializando un álbum de las selecciones y jugadores que participaron en la Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010, sin pagar las autorizaciones correspondientes.

5. Del derecho a la imagen.

El Código Civil Peruano en su artículo 15 establece:

"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 hecho o ceremonias de interés general que se celebran en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atenta contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden".

Resulta evidente que la norma general es que nadie puede utilizar ni la imagen, ni la voz de una persona, sin su autorización. Esta regla general tiene una excepción. No se requiere la autorización de la persona para utilizar su imagen cuando el uso de dicha imagen está relacionado con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público, y ellos se cumplen cuando la publicación de la imagen se realiza en el contexto de una noticia y se presenta la imagen de la persona en conexión directa con la información de los acontecimientos de interés público. Sin embargo, es obvio que esta excepción no ampara la utilización de las imágenes de las personas con el propósito de lucrar de las mismas, en el caso de autos, Corporación Gráfica Navarrete S.A., está lucrando con un álbum sobre el "Mundial FIFA Sudáfrica 2010", mediante la venta tanto del álbum como de los cromos conformados por las imágenes de los jugadores de las selecciones participantes.

En consecuencia, Corporación Gráfica Navarrete S.A. no puede escudar lo ilícito de su actuar bajo presuntos límites al derecho de la imagen.

6. Del derecho al entretenimiento.

Resulta claro que los niños tienen derecho al entretenimiento, pero de tal premisa resulta lógicamente imposible desprender la conclusión que pretende obtener Corporación Gráfica Navarrete S.A.

En efecto, de la premisa que los niños tienen derecho al entretenimiento, Corporación Gráfica Navarrete S.A. pretende obtener la siguiente conclusión: "Corporación Gráfica Navarrete S.A. puede libremente violar las normas de competencia desleal para lucrar vendiendo a los niños, un álbum por el cual no pagó las autorizaciones correspondientes".

No merece mayor comentario este "fundamento" de Corporación Gráfica Navarrete S.A.

7. Graduación a la sanción.

Gracias a que Corporación Gráfica Navarrete S.A. solicitó se mantenga en reserva los ingresos brutos que obtuvo por la comercialización del álbum "Mundial Sudáfrica 2010" y sus respectivos cromos, no pudo la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal indicar tal cantidad en la resolución No. 2010-2010/CCD-Indecopi. Sin embargo, la autoridad Administrativa declaró que el 100% de dichos ingresos brutos son ilícitos y que por lo tanto fueron considerados al momento de graduar la multa.

Otro criterio para la graduación de la multa, fue que resulta muy difícil detectar la conducta infractora, tanto para los consumidores como para la autoridad competente, salvo que medie una denuncia por parte de los directamente perjudicados, denuncia que en el caso de auto, formularon Panini S.p.A. y Panini España S.A., entidades que sí pagaron a la FIFA y a sus asociados, los montos correspondientes para usar las imágenes de sus seleccionados.

Por último, la Sala estimó que Corporación Gráfica Navarrete S.A. es reincidente en la comisión de hechos denunciados, citando hasta cinco procesos similares. Corporación Gráfica Navarrete S.A. ha objetado este último criterio, pues señala que de los cinco casos citados, tres han sido declarados nulos por el Poder Judicial. Sobre el particular debemos señalar que las resoluciones emitidas por el Tribunal del Indecopi son válidas hasta que el Poder Judicial en última instancia las anule. Corporación Gráfica Navarrete S.A. no ha presentado los documentos que demuestren que las resoluciones administrativas condenatorias que recibió en los cinco casos mencionados, han sido declarados nulos por

sentencias firmes por parte del Poder Judicial. En consecuencia, el criterio de reincidencia es válido.

8. Conclusión

Hemos probado:

- a. Que la resolución No. 210-2010/CCD-Indecopi ha sido debidamente fundamentada.
- b. Que Corporación Gráfica Navarrete S.A. no puede pretender en base al derecho constitucional que poseen las personas naturales a la libertad de información, beneficiarse ilícitamente del esfuerzo de un tercero.
- c. Que Corporación Gráfica Navarrete S.A. no puede pretender no haber utilizado comercialmente las imágenes de los futbolistas de las 32 selecciones que participaron en dicho mundial, cuando vendió el álbum "Mundial Sudáfrica 2010" y vendió cromos que reproducen las imágenes de los futbolistas y selecciones antes citados.
- d. Que el derecho al entretenimiento que tienen los menores, no justifica que Corporación Gráfica Navarrete S.A. lucre con los menores, vendiéndoles un álbum sin pagar las autorizaciones correspondientes.
- e. Que la multa impuesta a Corporación Gráfica Navarrete S.A. ha sido graduada correctamente.

Por lo expuesto, a su despacho solicitamos que en su oportunidad se sirva dictar resolución declarando infundado el recurso de apelación interpuesto.

Lima, 31 de enero de 2011.

CAV/mgs



CARLOS AUZA VELEZ
ABOGADO
C.A.C. 12277



BARREDA MOLLER
JOSE BARREDA ZEGARRA
Av. Angamos Oeste 1200
Lima 18, PERU

2012 JUN 28 PH 1:27

EXP. EN COMISION N° 042-2010/CGD
EXP. EN SALA N° 2102-2010/SC1
ALEGATOS

AL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL DE INDECOPI UNIDAD DE TRAMITE DOCUMENTARIO

CORPORACIÓN GRAFICA NAVARRETE S.A. en los seguidos por PANINI S.p.A. y PANINI ESPAÑA S.A., atentamente decimos:

Que, habiéndose llevado a cabo el informe oral con fecha 26 de junio de 2012 en la Sala de Audiencias de la Sala de Defensa de la Competencia N° 1, y para mejor resolver, presentamos los siguientes argumentos utilizados en el informe oral. En este sentido, solicitamos al Tribunal que tome en consideración los siguientes argumentos a la hora de resolver.

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO:

INDECOPI
Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual
Sala de Defensa de la Competencia N° 1
28 JUN 2012
Firma: [Signature]

1. Que, con fecha 26 de junio de 2012 se llevó a cabo al informe oral por ante la Sala de Defensa de la Competencia N° 1; dentro del cual, conforme a lo expuesto por el abogado de la parte denunciante, la Sala deberá concluir indubitablemente los siguientes hechos:
 - (1) Que PANINI no tiene el 100% de los derechos de imagen de los jugadores, para lo cual ha pretendido subsanar dicha falencia con supuestos contratos celebrados con las federaciones, sin demostrar contractualmente si los jugadores han cedido onerosamente los derechos a las federaciones.
 - (2) Que PANINI estaría negando absolutamente la existencia de personajes públicos, por cuanto expuso un ejemplo del álbum de INDECOPI, como si legalmente existiera impedimento para ello.
 - (3) Que PANINI pretende que se desconozca el valor probatorio de las Resoluciones Extranjeras que obran en el expediente, en donde la misma FIFA expresamente establece que no cuenta con derecho de propiedad sobre las imágenes de los jugadores.
2. En efecto, conforme a lo debatido en el informe oral, la Sala no deberá tener duda alguna respecto de la omisión acusada sobre los derechos de imagen de los jugadores que ostenta PANINI, por cuanto en ningún momento se ha acreditado al 100% dichos derechos ni se hace mención respecto a dicha

0301

diversidad. Ello, aunado en que los contratos presentados con las federaciones deportivas se observa la cesión onerosa de los derechos de los jugadores hacia su respectiva federación, razón por la cual queda acreditado que la reclamante no tiene el 100% de los derechos de imagen de los jugadores.

3. Asimismo, PANINI también desconoce la existencia de personajes públicos en nuestro país, ya que absurdamente presentó un ejemplo con respecto a un álbum sobre INDECOP, como si ello no estuviese amparado sobre la base del artículo 2º de nuestra Constitución y no existieran los personajes públicos (notoriedad de la persona) en nuestro país conforme al artículo 15º del Código Civil, ni existiese el derecho al entretenimiento.
4. Igualmente, pretende que vuestro Despacho desconozca la Jurisprudencia internacional presentada en el expediente (México y Hamburgo), que claramente refuerzan nuestra posición con respecto a los alcances de los derechos cedidos por parte de la FIFA hacia la empresa italiana PANINI.
5. Siendo ello así, reiteramos a la Sala que al amparo del artículo 2º inciso 4 de la Constitución "toda persona (sea natural o jurídica) tiene derecho a la libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimentos algunos." Así, siendo que nuestro álbum es un **PRODUCTO INFORMATIVO**, puesto que contiene y muestra información textual, se encuentra amparado por la libertad de información.
6. En consecuencia, conforme hemos venido exponiendo, la Sala deberá coincidir con nosotros en que se debe desestimar de plano la interpretación aplicada por la comisión con respecto a una restricción en el tenor del artículo 15º del Código Civil, esto es, al crear la exigencia que la información verse sobre un evento actual y no futuro, ya que la interpretación que realiza no toma en consideración la finalidad de las normas referidas es proteger la intimidad de las personas y prohibir el aprovechamiento ilícito de reputación de la persona asociada a esa imagen. Más aun cuando hoy en día se valora la capacidad del producto informativo para sintetizar una gran cantidad de información y hacerla de fácil acceso.
7. En efecto, se deberá valorar que la información que se brinda a través del álbum es pública y puede ser obtenida mediante otras fuentes informáticas, teniendo la virtud de poder condensar la información en un formato de 64 páginas de fácil acceso, siendo esta la mayor ventaja sobre las otras fuentes, además al concluir el evento público nuestros álbumes adquieren un valor

agregado, que el consumidor puede coleccionar y acceder en cualquier momento, sin importar cuánto tiempo haya pasado desde la realización del evento. Sin embargo, la Comisión presupone erróneamente que la información contenida en nuestros álbumes no es novedosa, siendo imposible que el público tenga un interés informativo en ellos, y debe de tratarse de un interés de "puro entretenimiento".

8. Por estas consideraciones se deberá concluir que el artículo 2º inciso 4) de la Constitución consagra el derecho fundamental a la libertad de información sin establecer reserva o limitación alguna a la misma, y el artículo 15º del Código Civil señala los supuestos en donde la libertad de información prevalece ante un conflicto con el derecho de imagen, pudiéndose únicamente limitar un derecho constitucional cuando entra en conflicto con otro.
9. Tanto la jurisprudencia como la doctrina consideran que los jugadores profesionales de fútbol al convertirse voluntariamente en personajes públicos tácitamente están autorizando el uso por parte de terceros de su imagen y su nombre, siempre y cuando este uso responda a un interés público, ya sea informativo, cultural, educativo, didáctico, etc.; y sólo se puede vulnerar el derecho a la imagen de un personaje público, cuando se vulnera su derecho a la intimidad, (aspecto moral del derecho a la imagen) y utilizando las imágenes y el nombre de los personajes públicos con fines comerciales. Así, tiene que distinguirse entre exponer la imagen de los jugadores para fines informativos o lúdicos y explotar comercialmente la imagen de los jugadores.
10. En este orden de ideas, es un hecho que la utilización de las imágenes de los jugadores en nuestro álbum no responde a un fin comercial o a una explotación comercial, económica o publicitaria de los mismos, a razón de que:
 - o El uso de las imágenes se da en un contexto estrictamente informativo.
 - o Para explotar comercialmente una imagen de un jugador se tiene que individualizar la imagen del personaje, en el álbum todos los jugadores aparecen por igual sin distinguir por fama o reputación.
 - o La inclusión de la imagen de un jugador en el álbum es homogénea con el resto de los jugadores, no es una inclusión arbitraria.
 - o El álbum trata sobre el mundial, no sobre los jugadores que participan en él.
 - o Si no se ha individualizado la imagen de ningún jugador, no es razonable suponer que los consumidores van a asumir que un jugador o los jugadores están auspiciando el álbum.

- o Los consumidores compran los cromos para completar el álbum y no por los cromos mismos.

11. Sin embargo, la Comisión razona erradamente en que si nuestro álbum no es informativo, tiene que ser comercial; por lo que si el interés no es supuestamente informativo, se concluye que el interés de las imágenes es un interés lúdico o de entretenimiento. Sin embargo, la Sala advertirá que, de ser cierto lo expuesto por la Comisión así, igual menos habría una afectación al derecho de la imagen de los jugadores, ya que el interés real de los consumidores es completar el álbum o intercambiar los cromos; al consumidor le interesa coleccionar el cromo no por la imagen del jugador que aparece sino por el cromo en si, en consecuencia no puede haber afectación al derecho de la imagen de los jugadores si el interés por la imagen del jugador como tal es nulo. Lo que se explota es el interés informativo o lúdico de los consumidores.
12. Además, la Sala deberá advertir que nuestra empresa no utiliza las imágenes ni insignias de la FIFA ni las Federaciones, sino que solo utiliza aquello que corresponde al dominio publico, como son los signos patrios y demás, que de los cuales nadie puede obtener la propiedad porque son de todos.
13. En este sentido, lo cierto es que resulta falso y errado lo expuesto en este extremo por el abogado de PANINI, al señalar que nuestra empresa no cubriría sus costos reales y que pretendería competir en el mercado sin asumir todos sus costos, ya que si nuestro producto informativo se encuentra dentro del mercado con un valor, esto responde a los gastos incurridos al adquirir los derechos fotográficos, de redacción, toma de datos, diagramas e impresiones, correspondientes a información que es de dominio publico.
14. Por otro lado, cumplimos con precisar al Tribunal que la resolución materia de la presente impugnación también contiene errores conforme a lo siguiente:

- La Comisión y el denunciante son quienes deben acreditar la comisión de la infracción, no es deber del denunciado hacerlo, por lo que la comisión ha incurrido en un vicio de nulidad por motivación defectuosa, ya que tenía la obligación legal de acreditar que:

- 1.- *Nuestro álbum no es informativo.*
- 2.- *Hubo una explotación comercial de las imágenes de los jugadores y por lo tanto una afectación a su derecho de imagen.*
- 3.- *Nuestro álbum no es un producto de entretenimiento.*

- La Comisión hace una interpretación parcializada y arbitraria del artículo 15º del Código Civil, determinando que nuestro álbum no tiene carácter noticioso y no versa sobre un evento actual, por lo tanto no es informativo. En ningún momento la Comisión ha refutado o negado que nuestro álbum sea fuente de información, que puede ser objeto del interés informativo de los consumidores.
- La Comisión confunde la explotación de la información o el interés de entretenimiento de los consumidores con la explotación comercial de las imágenes de los jugadores. Considera erradamente que el vender los cromos separadamente del álbum hay un incentivo al consumidor a la adquisición continua de nuestros productos. Se expresa que explotar comercialmente la información o el interés de entretenimiento no está prohibido por ninguna norma, son fenómenos ocurrentes en el mercado, por lo tanto, maximizar las ganancias provenientes de dicha explotación es completamente lícito y natural. Con ello, no se está acreditando la explotación comercial del derecho de imagen de los jugadores, por lo que no se puede limitar nuestra libertad de información.
- La Comisión en ningún momento define lo que se entiende por explotación comercial de las imágenes, ni ofrece argumentos que contradigan la concepción de la doctrina y jurisprudencia constitucional. Así mismo no se pronuncia sobre el interés de entretenimiento a pesar de haber sido reiteradamente señalado por nuestra parte, resulta clara la omisión de motivación respecto a ello.
- Nuestra empresa no ha incurrido en ninguna infracción, por lo que la determinación de la sanción también es nula, pues no ha respetado lo establecido por la ley. Aplica el criterio de la reiterancia, pero las resoluciones sobre las que sustenta se encuentran siendo revisadas en instancia judicial, ante ello no habiendo pronunciamiento judicial firme hasta la fecha, es incoherente que se utilice dicho criterio, pues la Comisión sustenta su sanción en resoluciones que han sido declaradas nulas por lo que la graduación de la sanción deviene en nula.

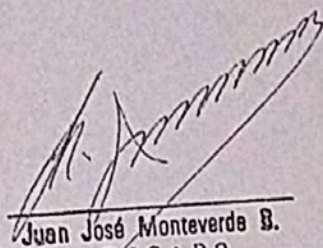
12. Por todas consideraciones, es que presentamos el presente recurso de apelación, motivo por el cual solicitamos a la Sala para que revoque la decisión adoptada por la Comisión y declare INFUNDADA la denuncia, o bien la declare

nula, sobre la base de nuestros argumentos, aunado con los criterios expuestos sobre la libertad de información, derecho a la imagen y al nombre, y el derecho al entretenimiento.

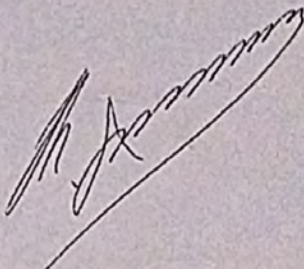
POR LO TANTO:

A la Sala pedimos que tenga presente lo expuesto y provea conforme a ley.

Lima, 27 de junio del 2012



Juan José Monteverde B.
A B O G A D O
Reg. C. A. L. 22118
Esg. C. A. C. 3721



VERSIÓN PÚBLICA

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA
DESLEAL
DENUNCIANTES : PANINI S.p.A.
PANINI ESPAÑA S.A.
DENUNCIADO : CORPORACIÓN GRÁFICA NAVARRETE S.A.
MATERIA : COMPETENCIA DESLEAL
CLAÚSULA GENERAL
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
ACTIVIDAD : EDICIÓN DE LIBROS, FOLLETOS Y OTROS

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 210-2010/CCD-INDECOPI del 29 de septiembre de 2010, en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta conjuntamente por Panini S.p.A y Panini España S.A. contra Corporación Gráfica Navarrete S.A. por la comisión de actos de competencia desleal por la infracción a la cláusula general, supuesto previsto en el artículo 6 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Ello, debido a que la empresa denunciada comercializó el álbum denominado "Mundial Sudáfrica 2010" y sus respectivos cromos que reproducen las imágenes de los futbolistas de las 32 selecciones que participaron en el torneo "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010", sin contar con las autorizaciones para explotarlas.

Asimismo, se CONFIRMA, bajo otros fundamentos, la Resolución 210-2010/CCD-INDECOPI, en el extremo que sancionó a Corporación Gráfica Navarrete S.A. con una multa de 240 (doscientos cuarenta) Unidades Impositivas Tributarias. Si bien este colegiado considera que atendiendo al beneficio ilícito obtenido, la probabilidad de detección, la intencionalidad de la conducta y los efectos sobre los titulares del derecho a la imagen correspondería imponer a la infractora una multa mayor que la determinada por la primera instancia, en aplicación del principio que prohíbe la reforma en peor la sanción debe limitarse a la multa impuesta por la primera instancia.

SANCIÓN: 240 (DOSCIENTOS CUARENTA) UIT

Lima, 10 de julio de 2012

I. ANTECEDENTES

1. Por escrito del 17 de marzo de 2010, complementado por escritos del 23, 24

y 25 de marzo del mismo año, Panini S.p.A. y Panini España S.A. (en adelante, Panini y Panini España) denunciaron conjunto ante la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal (en adelante, la Comisión) a Corporación Gráfica Navarrete S.A. (en adelante, Navarrete) por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de explotación indebida de la reputación ajena y violación de normas, supuestos ejemplificados en los artículos 10 y 14 del Decreto Legislativo Nº 1044 -Ley de Represión de la Competencia Desleal, respectivamente. Del mismo modo, las denunciantes plantearon como pretensión subordinada, en caso que los hechos materia de denuncia no calificaran en las modalidades antes señaladas, la presunta infracción a la cláusula general prevista en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

2. En su denuncia, Panini y Panini España señalaron lo siguiente:
- (i) Forman parte del grupo empresarial líder a nivel mundial en la comercialización de cromos y álbumes de cromos, siendo el único que cuenta con las autorizaciones o licencias exclusivas de parte de los seleccionados mundialistas y/o de sus jugadores para la distribución de álbumes de cromos que reproduzcan su imagen, uniformes y emblemas nacionales. Asimismo, cuentan con licencia de la Federación Internacional de Fútbol Asociado - FIFA para la utilización de sus signos distintivos.
 - (ii) Se ha detectado que Navarrete estaba distribuyendo gratuitamente, por medio del diario "Todo Sport", un álbum de cromos denominado "Mundial Sudáfrica 2010", así como cromos autoadhesivos y afiches, que reproducen las imágenes de los futbolistas de las 32 selecciones que participaron en el torneo "Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010", sin contar con las autorizaciones para explotarlas. Cabe precisar que los cromos del citado álbum se encontrarían disponibles en el mercado para la venta al público, en forma separada.
 - (iii) Dicha conducta configurarían un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, debido a que la imputada habría inobservado lo dispuesto por el artículo 15 del Código Civil¹, que

¹ **CÓDIGO CIVIL. Artículo 15.- Derecho a la imagen y voz.-** La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público.

No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden.

establece que la imagen de una persona no puede ser aprovechada sin su autorización expresa. Del mismo modo, Panini y Panini España manifestaron que la conducta cuestionada también configuraría el aprovechamiento indebido de la imagen y reputación de los futbolistas.

- (iv) En caso la conducta denunciada no califique como un acto de violación de normas y explotación indebida de la reputación ajena, debería sancionarse a Navarrete por una infracción a la cláusula general, debido a que el hecho de reproducir las imágenes de los mejores jugadores participantes en torneos mundialistas, sin contar con las autorizaciones para explotarlas, sería una conducta objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.
3. Mediante Resolución del 7 de abril de 2010, la Secretaría Técnica de la Comisión calificó la denuncia presentada por Panini y Panini España contra Navarrete como una presunta infracción a la cláusula general prevista en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, bajo los términos indicados por los denunciantes en ese extremo de su imputación.
 4. Por escrito del 26 de abril de 2010, complementado el 25 de junio de 2010², Navarrete presentó sus descargos señalando lo siguiente:
 - (i) La denuncia presentada por Panini y Panini España es improcedente, toda vez que dichas empresas no han probado que cuentan con las licencias para usar en forma exclusiva la imagen de los jugadores participantes en el mundial, situación que la Comisión debía de analizar para resolver el caso, conforme a lo señalado por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia.
 - (ii) En caso la denuncia proceda, esta sería infundada, debido a que la imagen es inherente a la persona y, por ende, solo es defendible por terceros si cuentan con una cesión expresa que la habilita a ejercitar las acciones procesales correspondientes.
 - (iii) Los campeonatos de fútbol en los que intervienen selecciones nacionales son eventos públicos y, por ende, no son de titularidad exclusiva y excluyente de una entidad. Por lo tanto, dichos eventos y las imágenes de los futbolistas asociadas no pueden licenciarse, sino

² Mediante escrito del 25 de junio de 2010, Navarrete presentó copia de las Resoluciones STC 81/2001 y STC 156/2001, emitidas por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional español; la Sentencia STS 21-12-94 (Recurso 3651/91), expedida por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España; y la Resolución 20 del 31 de agosto de 2009, emitida por la Sala Transitoria Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima.

únicamente los signos distintivos y/o marcarios de titularidad de los organizadores de los eventos deportivos públicos.

- (iv) El uso de la imagen de los futbolistas en el álbum de cromos “Mundial Sudáfrica 2010”, no se debía a una explotación comercial de su imagen, sino que obedece a su condición de personajes notorios, que son miembros de los seleccionados nacionales de fútbol que representan a un país que participa en un evento de carácter público. En consecuencia, su conducta estaría enmarcada dentro de las excepciones que prevé el artículo 15 del Código Civil, el cual señala que no es necesario el asentimiento para el aprovechamiento de la imagen cuando su utilización se justifique por la notoriedad de la persona o por interés público.
 - (v) De acuerdo al artículo 2.4 de la Constitución Política del Perú, toda persona tiene derecho a la libertad de información y dicha libertad no está restringida solo a los medios de comunicación. En esa línea, la excepción informativa contenida en el artículo 15 del Código Civil no se puede entender referida únicamente al ámbito noticioso vía medios de comunicación y prensa, puesto que el interés público se puede manifestar en la necesidad de informarse sobre hechos pasados, siendo que los álbumes que comercializa han constituido por más de treinta (30) años una valiosa fuente de información que se relaciona con la historia de los mundiales y los futbolistas que participaron en ellos (datos e imágenes de los estadios; nombre, posición, edad, club profesional de los jugadores, etc).
 - (vi) En todo caso, si se considera que el álbum es un producto de entretenimiento, el interés público de los consumidores estaría en que dicho producto satisface las necesidades fundamentales de entretenimiento, al otorgar la posibilidad de coleccionar y completar el álbum.
 - (vii) Los consumidores no están interesados en las imágenes solas contenidas en el álbum, puesto que nadie compra los cromos por sí mismos. Por ello, no se puede señalar que haya una explotación económica de dichas imágenes.
5. El 25 de junio de 2010, las denunciantes presentaron un escrito señalando que no se requería acreditar la existencia de una relación de competencia para que se configure un acto de competencia desleal³. También, las

³ Asimismo, presentó copia de los contratos de exclusiva suscritos con los siguientes países: Grecia, Alemania, Brasil, Suiza, Eslovenia, Serbia, Francia, Dinamarca, costa de Marfil, Camerún, Argelia, Estados Unidos, Nigeria, República Democrática de Korea, Ghana, Eslovaquia, Inglaterra, Japón, Holanda, Australia, Sudáfrica.

denunciantes indicaron que de conformidad con el artículo 7 literal b) de la Ley 26566 –Normas Referidas a la Relación Laboral de los Futbolistas Profesionales con los Clubes Deportivos⁴, la imagen del futbolista profesional tiene un valor patrimonial, puesto que se le reconoce expresamente el derecho de ceder la explotación de su imagen a terceros para los fines que el titular estime pertinentes a cambio de la retribución que pacten las partes. En tal sentido, señalaron que dicha ley traducía al ámbito patrimonial la tutela constitucional de la propia imagen en la actividad del futbolista profesional, procurando para este, en exclusiva, su explotación comercial.

6. El 16 de julio de 2010, Navarrete reiteró los argumentos señalados en su escrito de descargo. Asimismo, dicha empresa indicó que no explotaban las imágenes de los jugadores, sino el interés informativo de los consumidores. La recurrente también alegó que si su producto era solo de entretenimiento, este era un derecho fundamental del niño y el adolescente, personas a quienes eran destinados sus productos. Dicho derecho, al igual que el derecho de la información sería según Navarrete una excepción de interés público a la necesidad de contar con una autorización del titular para usar su imagen. Finalmente, la recurrente alegó que de acuerdo con la jurisprudencia española anexada a su escrito del 25 de junio de 2010, la Comisión podía concluir que no se vulneró el derecho a la imagen de los jugadores⁵.
7. Mediante Resolución 210-2010/CCD-INDECOPI del 29 de septiembre de 2010, la primera instancia declaró fundada la denuncia contra Navarrete por infracción al artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, fundamentado su decisión en los siguientes motivos:
 - (i) Resulta irrelevante que como requisito para tener legitimidad para obrar activa, Panini y Panini España acrediten contar con las licencias y autorizaciones para explotar las imágenes de los jugadores de las selecciones participantes en la “Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010”. Ello, puesto que el artículo 28 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁶ establece que en el procedimiento trilateral

⁴ **LEY 26566. NORMAS REFERIDAS A LA RELACIÓN LABORAL DE LOS FUTBOLISTAS PROFESIONALES CON LOS CLUBES DEPORTIVOS.**

(...)

Artículo 7.- El futbolista tiene derecho a los beneficios pactados en el contrato y especialmente a:

(...)

b. Explotación comercial de su imagen y/o a participar en la que el club haga de la misma.

(...)

⁵ Dicha empresa hizo mención a las Resoluciones STC 81/ 2001, STC 156/2001 y STS 21-12-94 (Recurso 3651/91).

⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL. Artículo 28.- Formas de iniciación del procedimiento.-**

28.1.- El procedimiento sancionador de investigación y sanción de actos de competencia desleal se inicia siempre de oficio por iniciativa de la Secretaría Técnica.

28.2.- En el procedimiento trilateral 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

sancionador promovido por denuncia de parte, el denunciante no debe ostentar la condición de competidor, siendo su papel el de colaborador en el procedimiento y conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio. Sin perjuicio de ello, las denunciadas han adjuntado diversos contratos de exclusividad celebrados con las federaciones y asociaciones correspondientes a los países participantes del citado torneo.

- (ii) Conforme a lo establecido en el artículo 15 del Código Civil, la regla general es la prohibición del aprovechamiento de la imagen de las personas sin su asentimiento, no siendo este necesario cuando se haga uso de la imagen por la notoriedad de la persona, el cargo que desempeñe, hechos de importancia o interés público o, por motivos de índole científica, didáctica o cultural, y siempre que, a su vez, las imágenes se relacionen con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público.
- (iii) La excepción establecida en el artículo 15 del Código Civil en relación con la utilización de las imágenes de personas notorias sin contar con su autorización, solamente está permitida cuando esté relacionada con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público.
- (iv) Lo anterior se cumple cuando la publicación de imágenes de personas se realiza en el contexto de circulación de una noticia y se presenta la imagen de las personas en conexión directa con la información a los acontecimientos de interés público o desarrollados en público. También se cumple cuando el uso de las imágenes de personas se realiza con el fin de informar gráficamente sobre un evento público, complementando alguna noticia presentada en forma escrita.
- (v) Como se aprecia, en todos los casos anotados, la utilización de las imágenes de las personas se encuentra relacionada con la singularidad de la finalidad informativa inmediata que persigue un medio de comunicación social al efectuar la presentación y desarrollo de un evento noticioso, que a su vez constituye un acontecimiento de interés público. En ese sentido, la Comisión precisó que la excepción dispuesta en el artículo 15 del Código Civil supone un uso manifiestamente informativo.

presente una denuncia de parte no requerirá acreditar la condición de competidor o consumidor vinculado al denunciado, bastando que se repute afectado efectiva o potencialmente por el acto de competencia desleal que denuncia.

(...)

- (vi) Por ello, la comercialización de los álbumes “Mundial Sudáfrica 2010” y las láminas configura la explotación comercial y el aprovechamiento indebido de la reputación de los futbolistas, en tanto la imagen se utiliza con la finalidad principal de satisfacer sus intereses empresariales, esto es, no con un objetivo esencialmente informativo.
 - (vii) En tal sentido, indicó que incluso cuando la distribución del álbum, por medio del diario Todo Sport, sea gratuita, cumple una finalidad netamente económica, pues procura que los consumidores compren con posterioridad los cromos que Navarrete pone a la venta, generando con ello beneficios al agente económico titular de dicho comportamiento o actividad realizada en el mercado.
8. En consecuencia, considerando que la denunciada ha distribuido álbumes alusivos al mundial “Mundial Sudáfrica 2010” con imágenes de los jugadores de futbol sin acreditar que cuentan con las autorizaciones respectivas, y siendo que la finalidad de dicha distribución estuvo dirigida fundamentalmente a incentivar en el consumidor la adquisición continua de sus productos (cromos), la Comisión concluyó que la imputada desarrolló una conducta contraria a la buena fe empresarial. Es decir, cometió un acto de competencia desleal por infracción a la cláusula general, contenida en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
9. Asimismo, la Comisión sancionó a Navarrete con una multa de 240 UIT, considerando el beneficio ilícito obtenido, el alcance de la conducta infractora, la baja probabilidad de detección, el factor de reincidencia y la función desincentivadora de la multa.
10. El 21 de octubre de 2010, Navarrete apeló la Resolución 210-2010/CCD-INDECOPI, reiterando alguno de sus argumentos expuestos en su escrito de descargo. En este contexto, enfatizó los siguientes aspectos:
- (i) El álbum es un producto informativo que contiene breves referencias históricas a los mundiales, conformación de los grupos, datos de cada jugador, así como imágenes de los estadios y de cada uno de los jugadores participantes. Siendo un producto informativo sobre un evento de trascendencia mundial, se encuentra amparado por la libertad de información.
 - (ii) De acuerdo al autor Carlos Fernández Sessarego, la notoriedad lograda por una persona (como lo deportistas), en mérito a reconocimiento de la opinión pública, hace presumir que presta su anticipado y tácito asentimiento a la publicidad de su propia imagen, sin que para su exposición se requiera del asentimiento expreso de la persona.

- (iii) Así, una de las formas de vulnerar el derecho a la imagen es cuando se utilizan las imágenes y el nombre de los personajes públicos con fines comerciales. Sin embargo, el uso de las imágenes en el álbum no corresponde a un fin comercial o una explotación comercial, debido a que para ello se tiene que individualizar la imagen del personaje. El álbum trata sobre el mundial, no sobre los jugadores que participan en él.
 - (iv) En esa línea, para que se configure un supuesto de explotación comercial de la imagen de los jugadores se tendría que concluir que los consumidores compran los cromos por los cromos mismos; sin embargo, los consumidores compran los cromos por el álbum. Es decir, la inclusión de la imagen de un jugador responde únicamente a su participación en el mundial y no a un fin comercial.
 - (v) En caso se descartara el fin informativo del álbum y la distribución de cromos, debía considerarse que este era un producto de entretenimiento. De tal modo, al ser el entretenimiento un derecho fundamental del niño y el adolescente, se estaría frente a una excepción de interés público a la necesidad de contar con autorización del titular de la imagen.
 - (vi) En revistas especializadas y en internet existen millones de imágenes gratuitas de los jugadores de futbol las cuales, incluso, son mejores a las que aparecen en los álbumes.
 - (vii) Respecto a la sanción impuesta, la Comisión consideró indebidamente el criterio de la reincidencia, puesto que las resoluciones aludidas se encuentran revisadas en la instancia judicial.
11. Asimismo, Navarrete también señaló que la resolución apelada adolecía de vicios, debido a que no se encuentra debidamente motivada, toda vez que la Comisión no ha acreditado que el álbum no sea un producto informativo, y confunde la explotación de la información o el interés de los consumidores con la explotación comercial de las imágenes de los jugadores. Añadió que dicha instancia no definió o argumentó que es lo que se entiende por explotación comercial de las imágenes, así como tampoco se pronunció respecto a lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia en relación al derecho a la imagen ni el interés del entretenimiento, a pesar de haber sido reiterado varias veces.
12. Finalmente, la recurrente solicitó a través de su escrito de apelación el uso de la palabra.
13. Por escrito del 31 de enero de 2011, complementado el 6 de marzo de 2012,

Panini y Panini España señalaron absolvieron el traslado a la apelación interpuesta y solicitaron el uso de la palabra.

14. El 26 de junio de 2012 se llevó a cabo la audiencia de informe oral con la asistencia de los representantes de ambas partes. En dicha audiencia, estos reiteraron los argumentos esgrimidos ante esta instancia. Adicionalmente, Navarrete señaló lo siguiente:
 - (i) Panini y Panini España carecen de legitimidad para interponer la denuncia, debido a que no acreditaron que tenían los derechos de usar las imágenes de los jugadores que participaban en el mundial.
 - (ii) El Código Civil establece limitaciones al derecho a la imagen desde el punto de vista moral y no patrimonial. Es decir, no habría una restricción por motivos de explotación comercial.
 - (iii) En países como México y Venezuela no fueron sancionados ante las denuncias interpuesta por Panini y Panini España, por lo que la Sala debía tomar en cuenta dicha circunstancia a efectos de emitir el pronunciamiento final.
 - (iv) En el expediente obra jurisprudencia emitida por otros países a partir de las cuales se podía concluir que no se había infringido el derecho a la imagen de los jugadores de fútbol.
 - (v) Cada vez que deciden sacar el mercado un álbum del mundial de fútbol son plenamente conscientes que serán denunciados por dicha conducta.
15. El 28 de junio de 2012, Navarrete presentó un escrito reiterando sus argumentos y señalando que Panini y Panini España no tienen el 100% de la titularidad de los derechos de imagen de los jugadores. En esa misma línea, la recurrente indicó que de acuerdo con la jurisprudencia internacional (México y Alemania) –que, según Navarrete, obraría en el expediente– se refuerza su posición respecto de los alcances de los derechos cedidos por parte de la FIFA a Panini y Panini España. Finalmente, manifestó que ellos sí incurrían en costos para concurrir en el mercado (tomas de datos, diagramas e impresiones, derecho de redacción) y, además no utilizaban las imágenes ni insignias de la FIFA ni las federaciones.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

16. Debe determinarse lo siguiente:
 - (i) Si las denunciantes tienen legitimidad para interponer la denuncia materia de análisis;

- (ii) De la cláusula general y los alcances de la prohibición de uso de la imagen ajena como acto de competencia desleal;
- (iii) si se han producido los vicios en la motivación alegados; y,
- (iv) de ser el caso, la graduación de la sanción.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 Sobre los cuestionamientos a la legitimidad para obrar de los denunciantes

III.1.1 La inexigibilidad de la relación de competencia como requisito general para denunciar la comisión de un presunto acto de competencia desleal

17. La evolución de la disciplina de la competencia desleal presenta tres modelos de regulación claramente identificados: (i) el “*modelo paleoliberal*”, caracterizado por la falta de una normativa general; (ii) el “*modelo profesional*”, en el que la técnica de represión consistió en la sanción de aquellos comportamientos considerados como aceptables o reprobables por los comerciantes, en el que un requisito necesario a efectos de activar el mecanismo procesal que el denunciante y denunciado se encontraran en “*relación de competencia*”, y, (iii) el “*modelo social*”, en el que la normativa represora deja de ser un ordenamiento concebido para la protección de la empresa en sus relaciones con los competidores, para convertirse en un Derecho ordenador de las relaciones de mercado que extiende su dominio a la tutela del interés de los consumidores y del propio interés del público⁷.
18. En el caso particular del sistema de competencia desleal peruano vigente, este acoge el denominado modelo social⁸. Así, la tutela de los actos de competencia desleal no se encuentra restringida a la sanción de aquellas conductas que causan un impacto negativo solo al competidor directo, sino que amplía su esfera de protección al mercado como orden público económico y a los consumidores, bajo el entendido que cualquier afectación al orden concurrencial genera perjuicios respecto de estos otros aspectos⁹.

⁷ MENÉNDEZ, AURELIO. “*La Competencia Desleal*.” Madrid: Editorial Civitas, 1988, Pág. 28.

⁸ En la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, se señaló que “*La protección del “proceso competitivo” implica la tutela de todos los agentes que intervienen el mercado: los proveedores de bienes o servicios, los consumidores y el orden económico. En este sentido, el Decreto Legislativo enmarca dentro del modelo social de represión de la competencia desleal, proclamado por las principales legislaciones sobre competencia desleal de raíz germánica. E implica la protección, no solamente de interés de los concurrentes en el mercado, sino además, del interés de los consumidores y el orden público económico*”.

⁹ A propósito de este concepto, el profesor Fernández López señala lo siguiente: “*De tratarse como un ordenamiento para resolver los conflictos entre los competidores, [la protección de la leal competencia] pasa a convertirse en un instrumento de ordenación de las conductas en el mercado, teniendo en cuenta los intereses privados de los empresarios en conflicto, los colectivos de los consumidores y los del propio Estado al mantenimiento de un orden*”.

En otras palabras, el esquema de competencia desleal acogido por el ordenamiento nacional acoge una visión que trasciende a la protección del competidor y bajo la cual existen múltiples intereses afectados y requeridos de tutela ante la configuración de un ilícito concurrencial.

19. Bajo este orden de ideas, se explica que ante la configuración de un presunto acto de competencia desleal exista un régimen de legitimidad que habilita a cualquier agente a recurrir a la autoridad administrativa para denunciar y obtener la declaratoria de ilegalidad del acto y la consecuente medida correctiva que procura la remoción o prevención de los efectos negativos derivados de la comisión de la infracción, sin necesidad de que acredite ser un empresario que concurre con el agente denunciado y, menos aún, que demuestre que su concurrencia se da bajo un esquema de licitud.
20. Por ende, si bien las denuncias por infracción a las normas sobre represión de la competencia desleal afectan a la competencia en el mercado y pueden originar perjuicios en el competidor del infractor, no significa que sólo un competidor afectado que compite lealmente pueda accionar ante la Comisión, pudiendo hacerlo cualquier persona para preservar el orden económico en el mercado. Ello, justamente porque estos procedimientos no buscan la reparación del daño a un competidor sino al interés económico general, sin perjuicio que la tutela a este bien jurídico protegido implique una protección indirecta del competidor afectado con la conducta desleal.
21. Lo señalado en los párrafos precedentes guarda concordancia con lo establecido en el artículo 28 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁵ que establece que en el procedimiento trilateral 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.
22. En consecuencia, ante la configuración de un acto de competencia desleal cualquier agente, sin importar su condición, tendrá una titularidad que lo habilita a denunciar, esto es, contará con una legitimidad para obrar activa de

concurrential no falseado". FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel. "Nuestra incorporación a Europa, motor de la regulación de un nuevo orden concurrencial y de la revisión de las principales instituciones mercantiles." En: "España en la Europa comunitaria: balance de diez años". Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 1995, Pág. 247.

⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL. Artículo 28.- Formas de iniciación del procedimiento.-**

28.1.- El procedimiento sancionador de investigación y sanción de actos de competencia desleal se inicia siempre de oficio por iniciativa de la Secretaría Técnica.

28.2.- En el procedimiento trilateral 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 que se reputa afectado efectiva o potencialmente por el acto de competencia desleal que denuncia.

(...)

tipo abierto, puesto que la afectación puede alcanzar a una gama de sujetos bastante amplia, tales como consumidores, competidores directos u otros agentes del mercado no directamente vinculados pero que sufren una lesión en la medida que se altera el orden público económico.

23. Por tanto, resulta irrelevante que, en ante una denuncia por competencia desleal, se analice la calidad del denunciante o se compruebe si este cumple con las normas que ordenan el leal comportamiento de los agentes en el mercado. Ello, considerando que para formular su denuncia por infracción a las normas de represión de competencia desleal no es necesario determinar si cuenta con la condición de empresario competidor o si es un agente que viene cumpliendo con el ordenamiento.

III.1.2 La legitimidad para obrar de Panini y Panini España

24. La Comisión halló responsable a Navarrete por una presunta infracción a la cláusula general prevista en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que distribuía, por medio de un diario, un álbum denominado “Mundial Sudáfrica 2010”, así como láminas que reproducen las imágenes de los mejores jugadores participantes en dicho torneo mundialista, sin contar con las autorizaciones para explotarlas, lo cual resultaría contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.
25. Durante la audiencia de informa oral y en su escrito del 28 de junio de 2012, Navarrete señaló que los contratos presentados por las denunciadas no acreditaban que éstas tenían el 100% de los derechos de imagen de los jugadores. Asimismo, indicó que de acuerdo con determinada Jurisprudencia internacional (México y Alemania - Hamburgo), la cual no obra en el expediente, se reforzaba su posición respecto a los alcances de los derechos cedidos por parte de la FIFA a las empresas denunciadas. Es decir, Navarrete cuestionó que Panini y Panini España tuvieran legitimidad para obrar en el presente caso.
26. Sobre el particular, se debe señalar –conforme ya lo indicado en el acápite teórico anterior–, que la tutela de los actos de competencia desleal amplía su esfera de protección al mercado.
27. Así, el presente procedimiento administrativo no versa sobre un conflicto intersubjetivo –característica propia de un proceso judicial– sino sobre la conducta infractora que Panini y Panini España le imputa a Navarrete respecto al uso no autorizado de las imágenes de los jugadores de fútbol, la que pudo ser denunciada por Panini y Panini España como también por cualquier otro administrado –sea competidor, consumidor o cualquier tercero– que hubiera considerado que dicha conducta era contraria a las

normas de leal competencia que deben regir las actividades de la denunciada y en general, de cualquier empresa que actúa en el mercado peruano.

28. Lo que debe determinarse en el presente procedimiento es únicamente si los denunciados, a través de la distribución de los álbumes del mundial de fútbol, infringieron o no la disposición contenida en el artículo 6 a la Ley de Represión de la Competencia Desleal. De tal modo, la discusión sobre la observancia por parte de los denunciados de las normas que rigen la leal competencia no es un elemento que incida en la legitimidad que tienen estos para denunciar y, en todo caso, es un aspecto que puede ser cuestionado por Navarrete vía la interposición de una denuncia de parte que debe ser canalizada en un procedimiento distinto.
29. Por ello, para formular su denuncia por infracción a las normas de represión de competencia desleal, así como para determinar dicha infracción, resulta irrelevante determinar si Panini y Panini España tienen el 100% de las licencias de los jugadores cuyas imágenes son utilizadas o que se analice los alcances de los derechos cedidos por parte de la FIFA a Panini y Panini España.
30. Navarrete ha pretendido cuestionar en su escrito de descargo esta conclusión, indicando que la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en la vía contencioso administrativa, habría determinado la nulidad de un pronunciamiento final expedido por este colegiado en un procedimiento contra Navarrete iniciado por Distribuidora Las Américas en supuesta representación de Panini¹⁰, sobre la base que en los procedimientos de competencia desleal por presunta infracción al derecho a la imagen era necesario establecer, como presupuesto procesal, que el denunciante cumplía con la ley y contaba con todas las autorizaciones para realizar la explotación comercial de la imagen ajena.
31. No obstante, es preciso señalar que en el fallo referido, la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema no ordenó que el denunciante acredite su legitimidad y, en ese sentido, demuestre que cuenta con los derechos de usar en forma exclusiva la imagen de los jugadores que eran reproducidos en el álbum y cromos. Por el contrario, tal como refirió la Sala en la Resolución 1813-2007/TDC-INDECOPI del 26 de septiembre de 2007 a través de la cual dio cumplimiento a la sentencia judicial referida, la nulidad declarada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema se sustentó únicamente en un tema de falta de

¹⁰ Proceso contencioso iniciado para cuestionar lo decidido en la Resolución 0245-1999/TDC-INDECOPI, que declaró fundada la denuncia interpuesta por la Asociación Distribuidora Las Américas en supuesta representación de Panini S.p.A y otros contra Navarrete por supuestos actos de competencia desleal consistentes en las ventas de álbumes referidos al campeonato mundial de fútbol celebrado en Francia en 1998.

representación, puesto que se corroboró que quien formuló la denuncia de competencia desleal (Asociación Distribuidora Las Américas) no tenía poder para actuar en nombre de quien dijo representar (Panini)¹¹.

32. En el contexto expuesto, y luego de verificar que –en efecto– Asociación Distribuidora Las Américas carecía de facultades para representar a Panini, la Sala prosiguió con el análisis y evaluó la legitimidad para obrar de Asociación Distribuidora Las Américas para interponer a nombre propio la denuncia contra Navarrete, concluyendo que dicha asociación no necesitaba acreditar tener la titularidad de los derechos de imagen de los jugadores de fútbol para interponer la referida denuncia. Ello, debido a que las imputaciones formuladas involucraban una afectación al interés general producto de desarrollar conductas contrarias a la buena fe comercial, por lo que existía legitimidad abierta, esto es, la posibilidad de iniciar un procedimiento sin importar la condición que ostente el denunciante.
33. En esa misma línea, indicó que tampoco correspondía que se analice el derecho o licencia que Panini tendría respecto de las imágenes de los jugadores de fútbol, puesto que únicamente se debía analizar si Navarrete usó indebidamente la imagen de los futbolistas que intervenían en el referido evento.
34. Es decir, lo concluido por la Sala mediante la Resolución 1813-2007/TDC-INDECOPI –como consecuencia de la nulidad de la Resolución 0245-1999/TDC-INDECOPI declarada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema– coincide con lo resuelto por esta instancia.
35. En atención a lo señalado, se debe desestimar lo argumentado por Navarrete en este extremo.

III.2 De las presuntas infracciones por violación al derecho a la imagen

III.2.1 Marco teórico

III.2.1.1 Artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal: Cláusula General

¹¹ Ver la foja 6 de la Resolución 1813-2007/TDC-INDECOPI del 26 de septiembre de 2007.

36. El artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹² recoge la denominada cláusula general de competencia desleal, según la cual serán calificados como prohibidos y sancionables todos aquellos actos desarrollados por un agente económico que resulten contrarios a la “buena fe empresarial”, esto es, que estén destinados a captar clientela y mejorar el posicionamiento en el mercado por medios distintos a la eficiencia económica^{13 14}.
37. Todo empresario, al competir, le causa necesariamente un daño a la posición concurrencial de su competidor, puesto que el producto natural de la pugna competitiva es la captación de consumidores a favor de un agente, y la detracción de clientela para el otro. De tal manera, constituyen supuestos típicos de actuación conforme a la “buena fe empresarial”, ofrecer mejor calidad de productos y servicios, poner a disposición de los clientes bienes a precios competitivos, entre otros.
38. No obstante, cuando la ventaja competitiva se obtenga mediante la vulneración del deber general de conducta que representa el actuar conforme a la eficiencia económica y a la corrección que debe guiar la pugna competitiva, en ese caso nos encontramos ante una conducta contraria a la “buena fe empresarial” exigida por la cláusula general.
39. En ese contexto, debe notarse que la concurrencia de los competidores en un mercado involucra siempre una serie de costos que son asumidos de acuerdo a los requisitos establecidos en la ley. Los empresarios, por ejemplo, están en la obligación de asumir los costos de obtener determinadas autorizaciones sectoriales para ingresar al mercado, produciéndose un quiebre en la legalidad que precisamente afecta la buena fe empresarial el que otros agentes concurren evitándose indebidamente esas inversiones y

¹² **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL. 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.

¹³ De esta forma, la cláusula general se convierte en una definición genérica de lo que se considera, un acto de competencia desleal o, si se prefiere, una prohibición en términos amplios que permite incluir supuestos particulares no previstos específicamente en la legislación. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y PATRÓN SALINAS Carlos. “*El otro poder electoral: apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal*”. En: Themis. Revista de Derecho No. 39. Lima, 1999, Pág. 440-441.

¹⁴ En esa línea, Bercovitz señala lo siguiente: “*Cabe, pues, afirmar en este punto, que el modelo de competencia se basa en que los agentes económicos dirijan su actuación a conseguir su autoafirmación en el mercado, mediante la captación de la clientela gracias a la bondad de sus ofertas; no como consecuencia indirecta del ataque a los competidores*”. BERCOVITZ, Alberto. *Significado de la ley y requisito generales de la acción de competencia desleal*. En: “*La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*”. Madrid: Jornadas organizadas por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992, Pág. 32.

obteniendo una ventaja competitiva a partir del ahorro de costos ilegal que provoca su conducta.

40. Así, toda situación en la cual, vía la vulneración de algún mandato del ordenamiento, se rompa sustancialmente este equilibrio que debe existir en la concurrencia, resultará un acto contrario a la buena fe empresarial. Ello, puesto que supone no solo una ruptura de las condiciones de igualdad que deben prevalecer en la lucha concurrencial, sino que constituye un escenario que –en el largo plazo– termina provocando la salida del agente que sí internaliza los costos que representa actuar legalmente o, lo que es peor, incentiva a que las empresas decidan actuar al margen de la ley a fin de preservar su competitividad.
41. Como se aprecia, la cláusula general tiene como objetivo fijar un sistema de ordenación y control de los comportamientos que se desenvuelven en el mercado, de modo que la concurrencia sea justa y ajustada al ordenamiento jurídico. Así, la cláusula general responde a la necesidad de imponer a todos los participantes en el mercado una corrección mínima en su forma de actuar, siendo un elemento que define esta correcta concurrencia el participar en el mercado sin evitar los costos en que por mandato legal se debe incurrir para acceder a la actividad¹⁵.
42. En ese contexto, comercializar bienes para los cuales se necesita obtener una licencia de uso correspondiente sin la autorización del titular es un acto contrario a la buena fe empresarial, puesto que dicho agente participa en el mercado sin asumir los costos que otros agentes en el mercado incurren para comercializar dichos bienes.
43. Efectivamente, en este escenario el agente que cumple con la normativa realiza un esfuerzo de inversión en términos económicos, de tiempo y trabajo para poder realizar su actividad empresarial (comercializar su producto), puesto que tiene que contactarse con las personas o autoridades pertinentes para obtener la respectiva autorización, someterse a un procedimiento o realizar una negociación con el titular para que pueda obtener dicha autorización, y desembolsar una suma de dinero para ello. Mientras que el que opera sin autorización no incurre en estas inversiones obligatorias que implican realizar dicha actividad en cumplimiento de la ley, operando en el

¹⁵ Al respecto, en consideración de Bercovitz, "(...) por la propia tipificación que el legislador hace de supuestos concretos de competencia desleal, cabe deducir criterios de carácter general, que exceden de los casos tipificados, pero sirven para conocer los criterios generales sobre los que el legislador entiende como desleal, criterios que deben tenerse en cuenta para la aplicación de la cláusula general. Así, esta permitirá considerar como desleales conductas que no son plenamente subsumibles en los casos concretos tipificados, pero en las que se manifiestan los elementos fundamentales de la tipificación legal (...)". BERCOVITZ, Alberto. "Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal." En: La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991, Boletín Oficial del Estado, Cámara de Comercio e Industrial de Madrid, Madrid, España, 1992, Pág. 29.

mercado con una ventaja mayor al agente que sí incurrió en los referidos costos para la comercialización de un producto similar al de la competencia.

44. Esto no solo genera un efecto sobre el competidor, sino que provoca consecuencias perjudiciales sobre el orden público económico. En efecto, si el agente que cumple la ley no tiene la seguridad de que las inversiones que realice para entrar al mercado van a ser exigidas a todos los agentes por igual, entonces sus expectativas de obtener un retorno se reducen. Esto, a su vez, reduce los incentivos para incurrir en estas inversiones y, a la larga, resta dinamismo e innovación al mercado¹⁶.
45. En el presente caso, la imputación formulada por Panini y Panini España contra Navarrete precisamente sostiene que dicho agente viene concurriendo en el mercado de elaboración y comercialización de álbumes y figuritas ahorrándose los costos en que obligatoriamente debe incurrir, puesto que no paga las correspondientes licencias por la explotación comercial de la imagen de los futbolistas que figuran en dichos productos.
46. Por su parte, la defensa formulada por Navarrete se centra en cuestionar la necesidad de obtener las referidas autorizaciones, pues a su criterio, el sistema legal las exceptuaría de incurrir en las referidas inversiones y, por consiguiente, no estarían concurriendo en el mercado de manera ilícita.
47. En tal sentido, corresponde a continuación desarrollar el alcance del derecho a la imagen, a fin de dar respuesta a las referidas alegaciones y determinar si el uso efectuado por Navarrete debe contar con la autorización previa de los futbolistas como titulares de los derechos a la imagen.

III.2.1.2 El derecho a la imagen y la excepción de uso informativo

48. El artículo 2 numeral 7 de la Constitución Política del Perú reconoce el derecho de toda persona a la imagen¹⁷. Es decir, la norma tutelar de la imagen tiene rango constitucional, constituyendo uno de los derechos fundamentales de la persona.

¹⁶ Como sostiene Eyzaguirre, "La competencia desleal vendría dada por el uso indebido de los frutos del gasto de un competidor. La competencia es el motor que impulsa el progreso y la innovación, pero si uno tiene seguridad de, al menos hasta cierto punto, beneficiarse de los frutos de estas inversiones, los incentivos para llevarlas a cabo se verán reducidos y el motor de la competencia no actuará con los beneficios que se esperen de él". EYZAGUIRRE DEL SANTE, Hugo. "Los fundamentos económicos del derecho de la competencia desleal". En: *El Derecho de la Competencia Desleal*. PASQUEL, Enrique; PATRÓN, Carlos y Gabriela PÉREZ COSTA (Compiladores). Lima: UPC, 2007, Pág. 66.

¹⁷ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:**
(...)
7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.
(...)
(Subrayado agregado)

49. El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la imagen *“protege, básicamente, la imagen del ser humano, ínsita 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”*¹⁸.
50. Asimismo, dicho tribunal ha indicado que 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”*¹⁹.
51. El Poder Judicial también se ha pronunciado sobre el derecho a la imagen con ocasión de la demanda planteada por la famosa animadora de televisión Gisela Valcárcel:

*“El caso peruano trata sobre la demanda interpuesta por la conocida artista de la televisión, doña Gisella Amparo Valcárcel Barreto, quién reclamó indemnización por haberse utilizado su imagen en una propaganda comercial, sin su autorización. La Corte Suprema amparó la demanda y fijó una indemnización a favor de la demandante, con los consiguientes fundamentos. —Que, por su naturaleza los atributos de la personalidad son inalienables, figurando entre ellos, el derecho sobre la propia imagen, en virtud del cual se tutela la intimidad y el decoro; que, consecuentemente, es derecho indiscutible de la persona el de decidir la oportunidad y condiciones de representación de su forma corporal, así como el de prohibir su desnaturalización; que, este derecho tendiente a la protección de su imagen, se traduce en dos valores: uno moral y otro patrimonial; por el primero, nadie tiene por qué invadir la esfera de la privacidad, exhibiendo a los demás, sin consentimiento del titular del derecho, a la efigie o imagen y, por el segundo, solo aquel le corresponde determinar las exigencias que previamente deben satisfacerse para autorizar su difusión, coligiéndose -asimismo- que tampoco está permitido procurarse un provecho económico a expensas de la imagen de una persona sin su consentimiento y, cuando así hubiere ocurrido, la obligación de asumir el resarcimiento del daño arrojado es su consecuencia (...)”*²⁰. (Subrayado agregado)

¹⁸ Ver sentencia recaída en el Expediente 0446-2002-AA/TC, correspondiente a la demanda de acción de amparo interpuesta por la señora Teresa Gárate Montoya contra la Empresa de Cobranzas VEO S.A.C. con el objeto de que cesen los actos perturbatorios que atentan contra sus derechos constitucionales al honor, a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, y a la imagen.

¹⁹ Ver sentencia recaída en el Expediente 01970-2008-PA/TC, correspondiente a la demanda de acción de amparo interpuesta por el señor Arnaldo Ramón Moulet Guerra contra el Servicio de Administración Tributaria de la Municipalidad Metropolitana de Lima con el objeto de que se suprima de la página web www.riesgosat.com.pe el nombre del recurrente.

²⁰ MORALES GODÓ, Juan. *“La Constitución Comentada”*, Director Walter Gutiérrez, Gaceta Jurídica, 2005, Tomo I, Pág. 120 –121.

52. Como se aprecia la jurisprudencia nacional reconoce la facultad que tiene un titular de su imagen de decidir si autoriza o no su publicación por parte de terceros para fines comerciales, reconociendo un valor no solo moral, sino también patrimonial.
53. El Tribunal Constitucional Español, por su parte, ha indicado que *“Lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas”*²¹.
54. En esa misma línea, la doctrina comparada ha señalado que el derecho fundamental a la propia imagen garantiza un ámbito de libertad respecto de sus atributos más característicos y propios de la persona. Además, salvaguarda el poder de decidir sobre los diversos fines a los que haya de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de la imagen. Así, este derecho protege a su titular frente a la captación, reproducción y publicación de la imagen, puesto que cada persona tiene la facultad de determinar cuándo, cómo, por quién y en qué forma quiere que se capten, reproduzcan o publiquen sus rasgos fisonómicos, para de esta forma controlar el uso de dicha imagen por terceros²².
55. En esa línea, otros autores han manifestado que el derecho a la imagen *“es un derecho de exclusiva y de carácter patrimonial sobre un bien inmaterial que puede ser transmitido a un tercero”*²³, señalando adicionalmente que:

*“(…) en el caso de un artista o deportista, éste cede sus derechos de imagen a su club, con el que tiene un contrato de trabajo, y al que ahora añade la cesión del derecho patrimonial a su imagen como obligación vinculada al contrato de trabajo”*²⁴. De esta manera, además de la relación contractual que le liga a su club, estipula su participación en los beneficios derivados de la explotación comercial de su imagen por parte de la entidad. Finalmente, puede darse el caso en el que el titular de los derechos de imagen, en lugar de explotarlos en su propio nombre, los cede a un tercero, que será el que contrate con otras entidades. En virtud de todo lo expuesto, (...) los derechos de imagen podrán ser explotados por la misma persona que los genera (su titular) o bien por un tercero al que se le haya cedido la explotación.”

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 14/2003 del 30 de enero de 2003. Recurso de Amparo núm. 4184/2000. Vulneración de los derechos a la propia imagen y al honor: difusión por la policía de la fotografía de un detenido, por su implicación en una investigación por asesinato, tomada para su reseña en los archivos policiales.

²² NORIEGA ALCALÁ, Humberto. *“El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”*. Revista Ius Et Praxis – Año 13. Nº 2. Pág. 261.

²³ RODRÍGUEZ LOSADA, Soraya. *“El contenido de los derechos de imagen y su posible catalogación como Canon”*. Revista Jurídica. Año 2008. Nº 24. Pág. 66 y 67.

²⁴ BOSH CAPDEVILA, E. *“La prestación de servicios por deportistas profesionales”*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006. Pág. 145.

A cambio de la autorización a la explotación del uso de la imagen se perciben una serie de rentas, que podrán ser una cantidad fija a tanto alzado, satisfecha en el momento de concluir el contrato o bien una participación en los ingresos de explotación a lo largo de toda la duración del contrato, o un sistema mixto de los dos anteriores.²⁵

(El subrayado agregado)

56. Ahora bien, como es evidente, la imagen adquiere un valor patrimonial más intenso cuando el titular es un sujeto famoso y de reconocida trayectoria. En ese caso, como señala Posner, citado en un trabajo del profesor Whitman, el derecho de autorizar y controlar el uso de la imagen propia tiene dos importantes justificaciones desde el punto de vista económico: de un lado, para que no se generen desincentivos a la inversión en el desarrollo de la imagen propia, puesto que los agentes solo invertirán si cuentan con la certeza que podrán recuperar lo que han gastado en ella; y, de otro lado, para que cualquier costo social que genere el uso o la explotación de la imagen del personaje famoso sea internalizado y pagado por su titular o quien se encuentre autorizado por este²⁶.
57. Asimismo, en Estados Unidos también existe una corriente que justifica la existencia del "Right of Publicity" como un instrumento de protección de la información que reciben los consumidores en el mercado. En efecto, estos autores argumentan que la necesidad de obtener una autorización del titular evita que cualquier agente utilice indiscriminadamente la imagen de la celebridad y genere sobre los consumidores la falsa impresión de que el producto se encuentra asociado a él, confundiéndolos sobre el prestigio y respaldo del bien o servicio ofertado²⁷.
58. Estas consideraciones han generado que con relación al derecho a la imagen se haya señalado que es una titularidad que pertenece a su poseedor, cuya infracción genera responsabilidad civil, además de constituir un supuesto de competencia desleal. En relación con este tema, señala lo siguiente:

²⁵ TOVILLAS MORÁN, J.M. "El tratamiento tributario del derecho de imagen". Madrid Marcial Pons. 2001. Pág. 62.

²⁶ WHITMAN, Patrick. "Everyone's a critic: Tiger Woods, The Right of Publicity and the artis". Houston Business and Tax Law Journal, 1, 2001. Pág. 51-52.

²⁷ Al respect, ver: TREECE, James M. "Commercial Exploitation of Names, Likenesses, and Personal Histories". Texas Law Review, 51, p. 637- 647 (1973); y, BAIRD, Douglas. "Note, Human Cannonballs and the First Amendment": Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., Stanford Law Review, 1185-1186, (1978).

“El Right Of Publicity²⁸ es el derecho inherente de todo ser humano de controlar el uso comercial de su identidad. Este derecho es infringido por el uso no autorizado que probablemente dañará el valor comercial de este derecho inherente de la identidad humana, el cual no está inmunizado por los principios de libertad de expresión y libertad de prensa. La infracción al Right Of Publicity es un tipo de perjuicio comercial y una forma de competencia desleal. El Right Of Publicity es propiedad y está adecuadamente categorizado como una forma de propiedad intelectual.”²⁹
(El subrayado es agregado)

59. Un caso remarcable en la jurisprudencia norteamericana sobre “*Right of Publicity*” y protección de personas notorias, que incluso llegó hasta la Corte Suprema, fue el que corresponde al asunto “Zacchini versus Scripps Howard Broadcasting Co.” (1977). Este caso se trata acerca de del señor Zacchini, quien era reconocido con el apelativo de “hombre bala”, debido a que realizaba pruebas que consistían en ser disparado desde un cañón a larga distancia y salir con vida después de tal actuación. La actuación duraba aproximadamente 15 segundos. Dicho evento era apreciado por un considerable grupo de personas quiénes pagaban su entrada para verlo. Sin embargo, en una oportunidad la actuación del referido artista fue televisada en un noticiero sin su consentimiento. Ello, ocasionó que su actuación fuera vista por miles de personas, lo cual generó que las referidas personas no acudieran a sus presentaciones en vivo, puesto que ya lo habían visto por televisión. Considerando el perjuicio económico causado, el señor Zacchini interpuso una demanda³⁰.
60. La Corte reconoció el derecho a la imagen de Zacchini (“*Zacchini’s Right of Publicity*”) rechazando las defensas propuestas por el denunciado. Con referencia a dicho caso, el autor Fernández Novoa señaló que el juez White indicó que:

“En efecto, al emitir la opinión en nombre de la mayoría del Tribunal, el Juez White afirmó que al proteger los intereses patrimoniales conectados con el Right of Publicity, se persiguen finalidades análogas a las propias del Derecho de Patentes y el Derecho de Autor; a saber: permitir a una persona que coseche los resultados de su actividad. Y puso de manifiesto que el Right of Publicity se funda en la conveniencia de evitar que una persona se enriquezca al apropiarse indebidamente del goodwill de otra persona”.³¹

²⁸ La doctrina consultada coincide en definir el *right of publicity* como el derecho de toda persona para controlar el uso comercial de los elementos de su identidad (CELEDONIA H, Baila. *Recent Development in the right of publicity in the United States*; MCKENIEZ, Jane Ann. *Choice of law issues in right of publicity cases*; BROWN H., Elliot. *Limitation of “Right of Publicity”*).

²⁹ Al respecto, sobre las similitudes existentes entre este derecho y el derecho de marcas, McCarthy señala que mientras una marca identifica y distingue una fuente comercial de bienes y servicios, la “persona” protegida por el derecho a la imagen identifica a un ser humano. MCCARTHY. *On Trademarks and Unfair Competition* (28-3) (28-10.1) (Traducción libre).

³⁰ Ver el sitio web: <http://rightofpublicity.com/brief-history-of-rop>.

³¹ FERNÁNDEZ NÓVOA, Carlos. “*La explotación publicitaria de los bienes de la personalidad*”. En: Estudios de la Publicidad. Santiago de Compostela, 1989, Pág. 317.

61. Como se puede observar, cada persona y, en especial, un individuo notorio o famoso, posee una titularidad sobre imagen que reviste un alto valor patrimonial, al igual que una empresa tiene la titularidad de las marcas que identifican a los bienes y servicios que comercializa en el mercado. Por ello, estas titularidades pueden ser explotadas comercialmente. Por ejemplo, una persona famosa puede ceder los derechos sobre su imagen a fin de efectuar publicidad de un determinado producto, de la misma manera que una empresa puede licenciar su marca para que sus productos sean fabricados en otro país.
62. Debe considerarse que una persona conocida o famosa ha invertido práctica, esfuerzo y dinero para conseguir esa notoriedad, la misma que, además, puede ser objeto de comercialización y explotación en el mercado. Los componentes de la identidad de la persona, que engloban el nombre, la apariencia o imagen y otras características asimilables, constituyen bienes intangibles que pueden ser valorizados y, como consecuencia de ello, objeto de transacciones comerciales mediante la suscripción de contratos de licencia, al igual que las marcas. Ello, sin perjuicio del reconocimiento de que el derecho al nombre, la imagen y la voz, son derechos inherentes a la personalidad elevados a nivel Constitucional y por tanto, con plena protección jurídica vía los procesos de tutela de derechos fundamentales.
63. Por tanto, puede concluirse que el derecho a la imagen ofrece una tutela que involucra sus aspectos patrimoniales y que consiste principalmente “*en el poder de decidir –consentir o impedir– la reproducción de la imagen de nuestra persona por cualquier medio, así como en exposición o divulgación sin nuestro consentimiento*”³². Asimismo, dicho derecho puede objeto de explotación comercial por su titular.
64. Debe señalarse que este precepto constitucional (el derecho a la imagen) está desarrollado a nivel legal en el artículo 15 del Código Civil, el cual establece lo siguiente:

“CÓDIGO CIVIL. Artículo 15.- La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechados 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

³² DÍEZ PICAZO, LUIS Y GULLÓN, Antonio. “Sistema de Derecho Civil”. Tecnos. Octava Edición. Volumen I. Madrid. 1995. Pág. 356.

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 corresponda.”

65. De la lectura del primer párrafo del artículo 15 se desprende que como regla general, la imagen no puede ser aprovechada, es decir, publicada, expuesta o utilizada sin el asentimiento de la persona. Este enunciado no admite otra interpretación de aquello de lo que se desprende del texto, esto es, es ilícito el aprovechamiento de la imagen ajena sin contar con la expresa autorización del titular del derecho.
66. No obstante lo anterior, en el segundo párrafo del apartado se enuncian taxativamente las situaciones en que por ciertas razones, cabe excepcionalmente el aprovechamiento o exposición de la imagen sin contar con el consentimiento de la persona³³.
67. Esta excepción, por significar una limitación al disfrute del derecho constitucional a la imagen desarrollada a nivel legal en el Código Civil, debe ser aplicada restrictivamente. En efecto, de acuerdo al criterio de interpretación según el resultado, la norma debe ser interpretada de manera extensiva únicamente cuando la conclusión interpretativa proteja derechos fundamentales, mientras que debe utilizarse una interpretación restrictiva de la norma cuando el resultado de dicha interpretación conlleva a establecer limitaciones o restricciones al ejercicio de derechos fundamentales, como en este caso, el derecho a la imagen.
68. Al respecto, Marcial Rubio señala que: “(...) *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*”³⁴.
69. En atención a los dos párrafos precedentes, toda vez que el Código Civil ha regulado supuestos de excepción en los cuales no sea necesario que se le exija al titular del derecho autorización para el uso de su imagen, este derecho debe ser interpretado de la forma más favorable a esta última situación. O lo que es lo mismo, debe preferirse aquella lectura según la cual se privilegia en la mayor medida posible la necesidad de que el titular otorgue su asentimiento para que se explote su imagen.

³³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Derecho de las Personas: Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano”. Lima: Editora Jurídica Grijle E.I.R.L. Novena Edición. 2004. Pág. 72-73.

³⁴ RUBIO CORREA, Marcial. “La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2 005, Pág. 369.

70. Así, de una lectura del segundo párrafo del artículo 15 del Código Civil, se puede apreciar que no se necesita autorización del titular de la imagen cuando se trate de personas notorias y siempre que este uso se encuentre relacionado con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público.
71. En atención a que se debe realizar una interpretación restrictiva de esta excepción, y en la línea de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria que se señalará a continuación, esta Secretaría Técnica considera que la publicación de imágenes de personas notorias sin autorización se puede efectuar únicamente en el contexto de brindar información de los acontecimientos de interés público o desarrollados en público; o cuando el uso de las imágenes de personas se realiza con el fin de informar gráficamente sobre un evento público, complementando así la noticia o contenido eminentemente informativo que se presenta.
72. En efecto, Carlos Fernández Sessarego, importante autor nacional que ha desarrollado en diversos trabajos el contenido de los derechos de la personalidad y, de entre ellos, el derecho a la imagen, ha restringido el ámbito de aplicación de la excepción según la cual no se necesita autorización para usar la imagen ajena a los supuestos de ejercicio informativo. Así, ha señalado 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.”*³⁵
73. Por su parte, el Tribunal Constitucional Español ha indicado en la Sentencia del 30 de enero de 2003 que *“el derecho a la propia imagen está limitado por el derecho a la comunicación de información”*³⁶.
74. Asimismo, en la Sentencia del 9 de mayo de 1988, dicho tribunal también consideró que la venta y comercialización de colecciones de cromos sin autorización, constituye una explotación comercial ilícita del derecho a la imagen de los interesados y se estableció lo siguiente: *“(…) el carácter de público de la persona cuya imagen se reproduzca sin su consentimiento, únicamente legitima su captación, reproducción o publicación a fines de mera información, pero nunca cuando se trata de su explotación para fines publicitarios y comerciales (…)”*³⁷

³⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “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. 1996. Pág. 76.

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 14/2003 del 30 de enero de 2003. Recurso de Amparo núm. 4184/2000. Vulneración de los derechos a la propia imagen y al honor: difusión por la policía de la fotografía de un detenido, por su implicación en una investigación por asesinato, tomada para su reseña en los archivos policiales.

³⁷ IGARTUA ARREGUI, Fernando. “La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos”. Madrid: Tecnos, 1991.

75. Finalmente, la doctrina comparada ha señalado, en la misma línea, lo siguiente:

*“Siempre será legítimo captar la imagen de una persona, reproducirla o publicarla por cualquier medio cuando ella se encuentre en el ejercicio de una profesión de proyección pública y la imagen se capte durante el desarrollo de actos públicos o en lugares abiertos al público con objeto de información a la ciudadanía, (...). En todo caso, es necesario señalar que la captación, reproducción y publicación de dichas imágenes solo pueden emplearse para el uso informativo, siendo contrario al ordenamiento jurídico utilizarlas para efectos comerciales, publicitarios o análogos, sin el consentimiento de la persona afectada”.*³⁸

(Subrayado agregado)

76. Como se aprecia, hay un consenso jurisprudencial y doctrinario en establecer que la utilización de las imágenes de las personas sin autorización se encuentra relacionada única y exclusivamente con la singularidad de la finalidad informativa inmediata que persigue un medio de comunicación al efectuar la presentación y desarrollo de un evento, que a su vez constituye un acontecimiento de interés público. Es decir, no se admite alguna otra finalidad que pueda restringir la regla general según la cual se requiere contar con una autorización del titular de este derecho constitucional.
77. La explicación por la cual se restringe el derecho a la imagen frente al derecho de información se debe a que *“estas personas [personas notorias] hacen noticia y es justo y razonable, en consecuencia, que su imagen o su voz ilustren sus gestos o actitudes de su vida de relación social. La comunidad tiene el derecho a ser debida y ampliamente informada, para lo cual los medios de comunicación tiene el deber de aprovechar la imagen y la voz de tales personas cuando, como está dicho, estas últimas hayan adquirido notoriedad o cuando se trate de acontecimientos de importancia de interés para la comunidad y en los que, de alguna manera, se encuentren involucradas.”*³⁹
78. Por tanto, se concluye que únicamente se puede utilizar la imagen de personas notorias sin autorización cuando se cumpla una finalidad de corte informativo. Sin embargo, si dicha imagen es utilizada para fines distintos, su uso no está permitido.

III.2.2 Aplicación al caso concreto

³⁸ NORIEGA ALCALÁ, Humberto. “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”. Revista Ius Et Praxis – Año 13. N° 2. Pág. 277.

³⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “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. 1996. Pág. 77.

79. La empresa denunciada ha señalado que el Código Civil establece limitaciones al derecho a la imagen desde el punto de vista moral y no patrimonial. Asimismo, indicó que de acuerdo al autor Carlos Fernández Sessarego, la imagen de una persona notoria –como la de un deportista– podía ser reproducida sin su asentimiento en mérito al reconocimiento de la opinión pública, la cual hace presumir que este presta su anticipado y tácito asentimiento.
80. Respecto al derecho a la imagen desarrollado en el artículo 15 del Código Civil, se debe indicar que conforme a lo desarrollado en el apartado teórico que antecede, no se aprecia que las limitaciones a la protección al derecho a la imagen sea únicamente amparada desde el punto de vista moral y se excluya la tutela patrimonial. Interpretar de esa forma dicho artículo sería interpretar restrictivamente un derecho de rango constitucional, cuando la regla es que se interprete restrictivamente las restricciones a los derechos constitucionales y extensivamente dichos derechos, conforme a lo desarrollado en los párrafos 67 a 69.
81. En consecuencia, contrariamente a lo señalado por Navarrete, y en línea con lo desarrollado en el marco teórico, se debe indicar que el derecho a la imagen también tiene un carácter patrimonial que permite a su titular explotarla comercialmente a cambio de una retribución económica.
82. En relación a lo señalado por el autor Carlos Fernandez Sesarego, se debe indicar que si bien este autor señala que en el caso de personas notorias como los deportistas no se necesita el asentimiento de su titular para reproducir su imagen, éste último también indica que esta posibilidad se refiere en el contexto de resguardar el legítimo derecho social a la información⁴⁰, conforme se puede apreciar en el párrafo 72 de la resolución. En otras palabras, no es necesaria la autorización solo en caso que la finalidad del uso de la imagen sea informativa.
83. Es importante señalar que el artículo 15 del Código Civil no puede ser entendido como una norma que autoriza el lucro con la imagen de terceros, puesto que una interpretación como la propuesta por la denunciada desnaturalizaría un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, cual es el derecho a la imagen. Debe considerarse, adicionalmente, que el artículo 7 literal b) de la Ley 26566 -Normas Referidas a la Relación Laboral de los Futbolistas Profesionales con los Clubes Deportivos- expresamente dispone, con relación al carácter patrimonial de la imagen de los futbolistas, que:

⁴⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "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. 1996. Pág. 76.

“Artículo 7.- El futbolista tiene derecho a los beneficios pactados en el contrato y especialmente a:

(...)

b. Explotación comercial de su imagen y/o a participar en la que el club haga de la misma.

(...)”

84. En relación con dicho artículo, el autor Carlos Fernández Sessarego ha señalado que⁴¹:

“La norma antes glosada (Ley 26566) se fundamenta en el hecho de que nadie puede aprovecharse de la imagen ajena para su difusión sin asentimiento previo del titular y, con mayor razón, para explotarla comercialmente y obtener beneficios económicos a expensas de la imagen de un notorio futbolista. Ello, aparte de estar prohibido por la ley, supone un enriquecimiento indebido. Nadie puede difundir la imagen ajena sin autorización y mucho menos, obviamente, aprovecharse de ella para generar lucro que no es lícito.

De lo prescrito por la Ley 26566 se concluye que no es lícito obtener lucro exponiendo imágenes de futbolistas o de equipos o de selecciones sin el asentimiento, en su caso, de cada uno de ellos. De obtenerse el respectivo asentimiento, quienes comercializan las imágenes y se benefician económicamente con su exposición deben celebrar previamente el correspondiente contrato en el que se pacten los beneficios económicos que obtendrán las selecciones y/o equipos y/o jugadores de fútbol por la comercialización de sus imágenes.”

85. En consecuencia, resulta claro que la protección de la imagen trasciende el ámbito moral y alcanza el aspecto patrimonial, siendo ilícita la explotación comercial de la imagen de los jugadores de fútbol sin su autorización o la de las asociaciones a los que pertenecen, en tanto que en todos los casos el jugador tiene el derecho de participar de los beneficios que su explotación genere.
86. En su recurso de apelación, Navarrete también señaló que los álbumes que distribuye tienen carácter informativo, por lo que el uso de la imagen que efectuó en estos soportes se encuentra amparado por la libertad de información. Ello, considerando que su álbum era una fuente de información sobre el mundial y los futbolistas que participan, la cual incluiría datos respecto al mencionado evento deportivo, por lo que dicho producto informativo estaría amparado en la excepción establecida en el artículo 15 del Código Civil.
87. Asimismo, ha indicado que los campeonatos de fútbol en los que intervienen las selecciones son eventos públicos, por lo que las imágenes de las

⁴¹ Ver el Informe que obra de la fojas 2094 a 2095 del Expediente 045-1998/CCD, cuyas partes denunciadas son Panini S.p.A., Panini GmbH, Panini France S.A., Panini Brasil S.A., Panini Netherlands B.V., Panini UK LTD. Asociación Distribuidora Las Américas y las denunciadas son Editorial Navarrete S.R.L., Distribuidora Navarrete S.A., Corporación Gráfica Navarrete S.A., y Editores Panastickers.

futbolistas asociadas a dicho evento deportivo no pueden licenciarse. Adicionalmente, manifestó que el uso de las imágenes en el álbum no corresponde a un fin comercial o una explotación comercial, debido a que para explotar comercialmente la imagen de un jugador se tiene que individualizar la imagen del personaje. Para hablar de la explotación comercial de la imagen de los jugadores se tendrían que concluir que los consumidores compran los cromos por los cromos mismos; sin embargo, dichas personas compran los cromos por el álbum.

88. Al respecto, la Sala considera que un álbum es un producto esencialmente de entretenimiento y quien lo adquiere lo realiza con el fin de coleccionar las figuras o cromos que se expenden para completarlo.
89. Si bien es cierto en el álbum se brinda cierta información sobre los futbolistas y el mundial de futbol, ello no hace que el producto adquiera un corte informativo o noticioso, puesto que para considerarlo de esta forma, esta característica debería ser predominante en el producto.
90. En un álbum de cualquier tipo, como un álbum de fútbol, lo que predomina es la actividad de entretenimiento con fines comerciales. A diferencia de lo indicado en su apelación, si bien el álbum se trata del mundial del futbol, los protagonistas de dicho producto son los futbolistas y los equipos participantes en el mundial, cuyas imágenes se encuentran individualizadas, siendo solo complementadas por ciertos datos que se consignan anexos, correspondientes en su mayor parte a información sobre los jugadores (nombre, posición, edad, nacionalidad, club profesional, determinados logros en su carrera, etc).
91. La mecánica de este producto consiste en que las personas –lo cual incluye no solo niños y adolescentes, sino también un amplio margen de personas adultas interesadas en estos eventos– obtengan el álbum vía la adquisición de los medios de comunicación a los cuales vienen anexos, y luego de ello se aboquen a completarlo con los cromos que contienen la imagen de los jugadores.
92. Tiene tal relevancia completar el álbum que incluso los que adquieren este producto realizan entre ellos intercambios de los cromos que les faltan. Ello, debido a que los cromos son distribuidos al azar en sobre cerrado de manera que el consumidor deberá realizar varias compras a fin de asegurar obtener una determinada imagen. Incluso, suele suceder que algunos cromos, debido al prestigio alcanzado de un determinado jugador, su imagen es más difícil de conseguir, puesto que la colocación de dichos cromos tiene alcance restringido. Ello, genera que dicha imagen sea más codiciada. En ese afán por lograr conseguir el cromo deseado, el aficionado realiza un mayor número de compras, conducta que redundaría en beneficio del proveedor del

producto.

93. Debe precisarse –a diferencia de lo indicado por Navarrete- que las personas que compran los álbumes de futbol, lo hacen no solo por el evento, sino también movidos por la notoriedad e interés que despiertan en ellos cada uno de los jugadores que participan en este certamen de gran importancia para el deporte del futbol⁴². Con ello, en la medida que en cada uno de los cromos se individualiza la imagen de un futbolista, desde el punto de vista del consumidor cada uno de estos cromos adquiere un valor comercial autónomo, que podría ser mayor o menor dependiendo precisamente de la mayor o menor notoriedad que tenga el futbolista o de su importancia para completar la colección.
94. Como se observa, los que comercializan un álbum de futbol y sus cromos tienen la finalidad de satisfacer exclusivamente sus intereses empresariales, explotando de esta forma la imagen de los jugadores de futbol de manera individualizada (debiéndose entender por explotación como el uso de la imagen con fines predominantemente comerciales). Por ello, aunque las imágenes de los jugadores hayan sido captadas en eventos públicos, Navarrete reproduce dichas imágenes con la finalidad de comercializar los álbumes y los cromos que se expenden por separado, más no tiene como objetivo primordial informar a la sociedad lo que ocurre en dicho evento y con los jugadores, como lo hacen los medios de comunicación.
95. En su apelación, Navarrete señaló que en revistas especializadas y en Internet existen millones de imágenes gratuitas de los jugadores de futbol las cuales, incluso, son mejores a las que aparecen en los álbumes.
96. Al respecto, si bien es cierto, que en los periódicos, revistas y en aquellos sitios de Internet que difunden noticias sobre eventos deportivos cuentan con fotografías e imágenes de los deportistas que participaron en el referido evento, no es menos cierto que esas imágenes fueron obtenidas en eventos públicos y su principal finalidad es la de constituir un elemento adicional de información a la plasmada en el artículo periodístico. Dichas imágenes son captaciones de lo que sucedió en el evento, y aun cuando finalmente conforman la edición de un periódico y su calidad puede coadyuvar al posicionamiento de un periódico o una revista, lo cierto es que la forma como estas imágenes se presentan al público es completamente distinta y responde a un ánimo esencialmente informativo.

⁴² Cabe traer a colación en este punto la sentencia emitida por la Corte de Apelaciones de Santiago, que sancionó a VTR Global Com S.A. por utilizar la imagen del conocido futbolista Iván Zamorano Zamorano sin su consentimiento, por considerar que este uso tenía eminentemente fines de aprovechamiento comercial. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Resolución N° 1009-2003, de fecha 8 de mayo de 2003.

97. La Sala reconoce que en el desarrollo de una actividad informativa, como la que desempeñan los diarios, revistas y demás medios de prensa, naturalmente está involucrado el ánimo lucrativo. Sin embargo, el fin informativo es trascendental. Ciertamente, en el caso de la venta de medios de comunicación como periódicos o revistas, la principal finalidad es la de informar a los consumidores aun cuando ello suponga el pago de una contraprestación por dicha información.
98. No obstante, en este procedimiento en particular, se trata de la comercialización de un producto que es predominantemente de entretenimiento, en el que la información que recibe el consumidor constituye únicamente un elemento colateral o secundario. Así, la naturaleza del álbum difundido permite inferir claramente que su principal finalidad no era de la cumplir con una simple labor informativa. Claramente, la imagen en el cromo de un álbum no es utilizada para explicar con mayor detalle algún hecho público que requiere de una referencia gráfica (supuesto informativo), sino para vender la imagen en sí misma, en el entendido del interés lúdico que despiertan por sí solas las tomas captadas de los futbolistas.
99. En consecuencia, se debe desestimar los argumentos esgrimidos por la denunciada en este extremo, dado que el álbum que comercializa no cumple un rol informativo sino que tiene por finalidad el obtener un beneficio económico con cargo al uso de las imágenes de los jugadores de fútbol de las selecciones que participarían en el evento deportivo.
100. Otro argumento señalado por Navarrete es que en el supuesto que no se aceptara el corte informativo del álbum, este debería ser considerado como un producto de entretenimiento para los niños y adolescentes. Ello, al estar reconocido como un derecho económico social y cultural de niño y el adolescente, sería también un supuesto dentro de las excepciones del artículo 15 del Código Civil.
101. Debe indicarse que los álbumes de cromos del mundial de fútbol no solo están dirigidos a los niños y adolescentes, sino también a personas adultas interesadas en el fútbol que se dedican a coleccionar estos álbumes con fines de entretenimiento, por lo que la experiencia indica que no hay exclusivamente un interés del menor que proteger. Por ello, y dado que Navarrete no ha presentado pruebas que demuestren este uso exclusivo, corresponde desestimar el argumento de la recurrente en este extremo.
102. Sin perjuicio de lo anterior, se debe señalar que aun en el supuesto de que un álbum del mundial de fútbol sea un producto de entretenimiento exclusivamente para un menor de edad, ello no configura un supuesto de excepción que regula el artículo 15 del Código Civil. En efecto, conforme a lo indicado en el apartado precedente, el único supuesto de excepción para que

se pueda utilizar la imagen de personas notorias sin autorización es cuando se cumpla una finalidad de informativa.

103. De aceptarse la hipótesis propuesta por la denunciada, se causaría un severo escenario de desprotección de los derechos de los titulares de las imágenes pues, bajo el argumento de objeto de entretenimiento de los menores, casi cualquier empresario cuyos productos sean accesibles a los niños y adolescentes –lo cual involucra un gran espectro de bienes u servicios– podría valerse de esta alegación para explotar la imagen ajena sin contar con consentimiento del titular.
104. La denunciante también manifestó durante la audiencia de informe oral que en Países como México y Venezuela no habían sido sancionados ante denuncias interpuestas por Panini y Panini España, por lo que la Sala debía tomar en cuenta dicha circunstancia a efectos de emitir un pronunciamiento final. Adicionalmente, indicó que en el expediente obraba jurisprudencia emitida por otros países a partir de las cuales se podía concluir que no se había infringido el derecho a la imagen de los jugadores de fútbol.
105. En relación con los pronunciamientos emitidos en México y Venezuela, se debe indicar que en el expediente no obra dicha documentación a la que alude Navarrete, por lo que la Sala no puede emitir un pronunciamiento al respecto al no conocer los aspectos desarrollados en las referidas resoluciones.
106. Por otro lado, se debe señalar que la única documentación que obra en el expediente respecto a jurisprudencia extranjera es la referida al país de España. Asimismo, obra la Resolución 20 del 31 de agosto de 2009, emitida por la Corte Superior de Justicia de Lima.
107. Respecto a la jurisprudencia del país de España, se debe indicar que una reciente resolución del propio Tribunal Supremo Español manifestó en la Sentencia Nº 1212/2007 del 28 de Noviembre de 2007 lo siguiente:

“ANTECEDENTES DE HECHO

*Con fecha 20 de mayo de 1998 se presentó demanda interpuesta por la compañía mercantil italiana PANINI S.p.A. contra D. Pedro Antonio como legal representante de la compañía E.C.S. INMOSOL, SA, Dª Estíbaliz, esposa del anterior, y la mercantil CROMOSOL, SL solicitando se dictara sentencia por la que: "a) Se declare que la conducta de Pedro Antonio al comercializar y distribuir una colección de cromos sobre el Campeonato Mundial de Francia 98 sin disponer de las preceptivas autorizaciones de los derechohabientes e infringiendo los derechos adquiridos por el grupo PANINI, constituye un acto de competencia desleal;
(....)*

FUNDAMENTO DE DERECHO

(...)

TERCERO

La conducta de las recurrentes sí es encuadrable en el art. 5 de la misma ley, en cuanto comportamiento objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

(...)

Así las cosas, no cabe duda de que las recurrentes, al distribuir en el mercado una colección o álbum de cromos mediante un contrato con la editora en el que, según se declara probado, ni siquiera se consignaba que esta última tuviera derecho alguno a reproducir en cromos las imágenes y emblemas de que se trata, editora a la que el tribunal de Módena prohibió la producción, comercialización y distribución de los cromos, como también se declara probado, incurrió en un comportamiento prácticamente igual a lo que hoy se conoce como "piratería" discográfica, pues siendo de conocimiento general el valor patrimonial de la imagen de los futbolistas entró en competencia, sin pagar nada, con la empresa que mediante una muy compleja negociación había logrado adquirir los derechos para la colección o álbum de cromos. En definitiva, se competía en el mercado con la actora-reconvenida, pero mientras ésta 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.

(...)

FALLAMOS

NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Procurador D. Nicolás Álvarez Real, en nombre y representación de las compañías mercantiles EDICIONES CROMOSOL, SL y E.C.S. INMOSOL, SA (E. C.S.I.), contra la sentencia dictada con fecha 29 de septiembre de 2000 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Asturias en el recurso de apelación núm. 372/99, imponiendo a dicha parte las costas causadas por su recurso de casación.

(Subrayado agregado)

108. Como se observa en dicha sentencia, el Tribunal Español señaló que la comercialización de un álbum de cromos que contiene la imagen de los jugadores de futbol sin la correspondiente autorización por parte de su titular era un acto de competencia desleal contrario a la buena fe empresarial. Ello, debido a que las denunciadas conociendo el valor patrimonial de la imagen de los futbolistas entraron en competencia, sin pagar los derechos respectivos, al margen del coste que ello conllevaba.
109. Nótese que la jurisprudencia citada, que es posterior a la invocada por la apelante, coincide con el razonamiento efectuado no solo por este Tribunal, sino también por la doctrina y la jurisprudencia que ha sido citada en la parte teórica

110. En relación con la Resolución 20 del 31 de agosto de 2009, emitida por la Sala Transitoria Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, se debe indicar que dicha sentencia ha sido revocada mediante Resolución S/n del 4 de noviembre de 2010 de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, desestimando los argumentos expuestos por Navarrete respecto a la comercialización del álbum de cromos “Mundial de Fútbol Alemania 2006”, y declarando infundada la demanda interpuesta por dicha empresa contra el INDECOPI y Grupo La República S.A., sobre impugnación de resolución administrativa. Si bien este último fallo judicial también ha sido recurrido y se encuentra en trámite un recurso de casación ante la Corte Suprema, lo cierto es que a la fecha no se encuentra firme el pronunciamiento invocado por la apelante, siendo que incluso en apelación –según se ha reseñado– se revocó dicha decisión.
111. Por ende, los argumentos referidos a la jurisprudencia de España y la jurisprudencia nacional deben ser desestimados.
112. Adicionalmente, la recurrente indicó que ellos sí incurrían en costos para concurrir en el mercado, tales como toma de datos, diagramas e impresiones, derecho de redacción, etc. Al respecto, se debe señalar que la infracción a la cláusula general no se produce por el ahorro de costos producido en desarrollar dichas actividades descritas por Navarrete, sino que radica en concurrir en el mercado ahorrándose los costos de las regalías que se deberían pagar por utilizar la imagen de los futbolistas, en incumplimiento de la ley. Por ello, aunque Navarrete incurra en otros costos, ello no conlleva que se evite otros costos que suponen una infracción a la cláusula general, por lo que los argumentos en este extremo también corresponde desestimarlos.
113. Finalmente, Navarrete manifestó que la distribución del álbum en cuestión no utilizaba las imágenes ni insignias de la FIFA ni de las Asociaciones o Federaciones de Fútbol. Al respecto, se debe indicar que el presente caso tiene como objeto determinar si se ha producido una infracción a la cláusula general de competencia desleal, al hacer uso la denunciada de las imágenes de los jugadores de fútbol sin autorización en los álbumes del mundial de fútbol. Por ello, carece de relevancia para determinar la infracción si la denunciada utilizó en el álbum algún tipo de signo alusivo a los escudos, emblemas, logotipos perteneciente a la FIFA o si se produjo una lesión sobre alguna creación intelectual alguna amparada por las normas de la FIFA o de otras asociaciones de fútbol. En todo caso, este tipo de hechos serían materia de una investigación de competencia exclusiva de las autoridades de propiedad intelectual, por lo que el argumento de la recurrente debe ser desestimado.

114. Por los argumentos expuestos, y en la medida que durante la tramitación del procedimiento la denunciada no ha presentado material probatorio que permita sustentar que contaba con la autorización de los futbolistas, de sus asociaciones u otro a quien éstos hubieran cedido sus derechos para la explotación comercial de su imagen, se concluye que se ha producido una infracción a la cláusula general. Por ello, la Sala concluye que se debe confirmar la resolución apelada en el extremo que halló responsable a Navarrete de la comisión de dicha infracción.

IV. Si la resolución impugnada incurrió en un vicio que acarrea su nulidad

115. En su recurso de apelación, la denunciada señaló que la Comisión no acreditó que su producto no sea informativo, así como tampoco definió o argumentó que entendía por explotación comercial de las imágenes.

116. De una lectura de la resolución apelada, se aprecia que la Comisión señaló que la realización de un evento deportivo como la “Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010” involucraba una serie de costos. Así, señaló que entre tales costos se encontraban aquellos que provenían de contactar y negociar con los seleccionados y los jugadores de fútbol para contratar la concesión de licencias de uso y explotación de imagen correspondientes, así como la contraprestación por la realización de dicha actividad económica.

117. Asimismo, indicó que debía considerarse que la concesión de las licencias para el uso y la explotación de las imágenes de los seleccionados de fútbol y de los jugadores respectivos en cromos, autoadhesivos, hologramas, álbumes y afiches, generaba para el licenciataria la obligación de abonar derechos en favor de los titulares de las mismas.

118. En dicho contexto, manifestó que el artículo 15 del Código Civil establecía como regla general la prohibición del aprovechamiento de las imágenes de las personas sin el asentimiento respectivo, no siendo éste necesario cuando se haga su uso “*por la notoriedad de la persona, (...) siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público*”. Asimismo, manifestó que la utilización de las imágenes de personas notorias sin el asentimiento respectivo solo estaba permitido en el contexto de circulación de una noticia y si se presentaban las imágenes en conexión directa con la información a los acontecimientos de interés público.

119. Considerando ello, la Comisión argumentó que el álbum y los cromos alusivos a la “Copa Mundial de la FIFA Sudáfrica 2010”, en el que se incluyen las imágenes de los jugadores de fútbol, era un producto que tenía una finalidad netamente económica, considerando que la actividad comercial de Navarrete se realizaba mediante la distribución y comercialización de los

álbumes y cromos autoadhesivos.

120. Así, según la Comisión, a través del uso de las imágenes de los jugadores se incentivaba al consumidor la adquisición continua de los productos de Navarrete con el objeto lograr una tenencia de una colección completa de dichas imágenes, como consecuencia de sucesivas ventas de cromos que no se encontraban vinculadas con una función informativa sobre el evento deportivo.
121. En esa línea, la primera instancia señaló que la difusión de las imágenes de los jugadores no tenía una finalidad noticiosa o informativa, sino que configuraba una explotación comercial de las imágenes de los jugadores.
122. Como se aprecia, la Comisión sí explicó las razones del por qué consideraba que su producto no era informativo, señalando que este era únicamente netamente comercial por los argumentos descritos en los párrafos 119 y 120.
123. Si bien, la Comisión no definió explícitamente que es lo que se entiende por explotación comercial de las imágenes de los jugadores, se debe señalar que de la lectura de la resolución se desprende meridianamente que esto se refiere a usar las imágenes de los jugadores con fines lucrativos.
124. Asimismo, se aprecia que dicha instancia fundamentó que la recurrente estaba explotando la imagen de los jugadores tomando en cuenta que el uso de las imágenes no tenía una finalidad informativa (excepción establecida en el artículo 15 del Código Civil para utilizar las imágenes sin autorización), sino netamente económica. Además, no contaba con las autorizaciones respectivas para dicho uso y, por ende, no efectuaba los gastos correspondientes. En atención a ello, la Comisión concluyó que Navarrete desarrolló una conducta contraria a la buena fe empresarial, infringiendo el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
125. Navarrete también señaló en su impugnación que la Comisión no se pronunció respecto a lo indicado por la doctrina y la jurisprudencia referida al derecho de la imagen ni el interés del entretenimiento alegado como un supuesto de excepción establecido en el artículo 15 del Código Civil.
126. De la revisión de la resolución apelada, se aprecia que, en efecto, dicha instancia no se pronunció respecto de tales argumentos. Sin embargo, considerando que la Sala mediante la presente resolución se ha pronunciado analizando estos argumentos, y siendo que su valoración no implica una variación de la decisión de la primera instancia que halló responsable a Navarrete, se concluye que la omisión incurrida por la Comisión respecto a los documentos presentados (doctrina y jurisprudencia) no hubiera cambiado el sentido de los resuelto.

127. Por ello, la omisión incurrida no es un vicio que acarree la nulidad de la Resolución 210-2010/CCD-INDECOPI en este extremo, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley del Procedimiento Administrativo General que dispone la conservación del acto administrativo ante vicios que no alteren el sentido de lo resuelto⁴³. Por tal motivo, se debe desestimar el pedido de nulidad solicitado por Navarrete.
128. Habiéndose desestimados todos los argumentos planteados por Navarrete, la Sala considera que se debe confirmar la resolución apelada en el extremo que halló responsable a Navarrete de la comisión de una infracción al artículo 6 de la Ley de Represión de Competencia Desleal.

V. Graduación de la Sanción

V.1 Marco Teórico

129. A efectos de determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción a imponerse a Navarrete, la autoridad administrativa deberá aplicar las disposiciones previstas en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, norma especial que reprime los actos que constituyen supuestos de competencia desleal. Así, el artículo 53 de dicho cuerpo normativo⁴⁴ establece diversos criterios a seguirse en dicha labor, dependiendo la adopción de uno u otro de la conducta infractora cometida y de las particularidades y características de cada caso en concreto.

⁴³ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, 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:
1. (...)
2. (...)
3. (...)
4. Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.
5. (...)
(...)

⁴⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL. Artículo 53.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción.-**
La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:
a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
b) La probabilidad de detección de la infracción;
c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
d) La dimensión del mercado afectado;
e) La cuota de mercado del infractor;
f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;
g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal

130. La aplicación de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal permitirá a la autoridad administrativa actuar bajo parámetros de objetividad en la imposición de las sanciones, evitando cualquier tipo de arbitrariedad a través de la cual se vulneren los derechos de los administrados.
131. Del mismo modo, además de los criterios antes indicados, debe tenerse presente el principio de razonabilidad recogido en el artículo 230.3 de la Ley 27444- Ley del Procedimiento Administrativo General, regla elemental en el ejercicio de la potestad sancionadora⁴⁵. Dicho principio –que incorpora una serie de factores para fijar las sanciones- tiene como premisa fundamental el deber de la Administración de imponer sanciones proporcionales a la infracción cometida, siempre salvaguardando que la comisión de las conductas sancionables no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción a imponerse en un eventual procedimiento, pues de lo contrario se estaría incentivando la realización de conductas antijurídicas debido a la rentabilidad de su ejecución.
132. A partir de lo indicado en el párrafo anterior, se puede concluir preliminarmente que para desincentivar una conducta ilegal, la sanción esperada debe ser siempre igual o mayor que el beneficio ilícito que el infractor espera obtener producto de la comisión de la conducta sancionable.
133. Además, en relación a la graduación de la sanción desde una perspectiva económica, debe tomarse en cuenta que cuando un agente económico decide cometer una conducta ilícita –como lo sería una infracción a la cláusula general– previamente tiene en cuenta la probabilidad de que como consecuencia de este hecho tenga que desprenderse con posterioridad de una determinada suma de dinero representada por una multa⁴⁶.

⁴⁵ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.-**

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

(...)

⁴⁶ Becker explica que los agentes económicos, cuando evalúan cometer una infracción, comparan esencialmente el beneficio privado que derivará de la misma, con el costo de la multa que tendrán que pagar multiplicado por la probabilidad de ser detectado y multado, de manera que un infractor racional incurrirá en una infracción solo si la magnitud de la sanción esperada es demasiado baja o si la probabilidad de ser detectado es reducida. Al respecto, ver: BECKER, Gary S. "Crime and Punishment: An Economic Approach". En: *The Journal of Political Economy*, Vol.

134. Sin embargo, no todas las infracciones tienen la misma probabilidad de detección. De este modo, a fin de desincentivar una infracción que no siempre será detectada, es necesario imponer una multa que contemple esta dificultad. En tal sentido, se ha estimado que una de las maneras de alcanzar ello es considerar que la multa sea superior al beneficio ilícito obtenido en cada caso en concreto, con la finalidad de que se recoja la dificultad de detección.
135. A manera de ejemplo, si al infractor solo se le detecta y sanciona una de cada diez veces (probabilidad de detección del 10%), para desincentivar la conducta la multa que se le imponga en la oportunidad que se le detecte debe ser por lo menos igual al beneficio ilícito obtenido multiplicado por diez. De lo contrario el infractor se encontraría compensado con el beneficio ilícito que obtenga las otras nueve veces que no sea detectado por la autoridad. Así, de cada diez veces que cometa la infracción el beneficio ilícito será igual a su costo y el agente no tendrá incentivos para infringir la ley.
136. Es por ello que en términos económicos el valor real de la multa dependerá principalmente de dos factores. El primero es el monto del beneficio ilícito, y el segundo es la probabilidad de que la conducta infractora sea efectivamente detectada y sancionada.
137. Estos dos factores de graduación han sido recogidos expresamente en el artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal; siendo que la ley contempla, a su vez, otros factores que también deberán ser tomados en cuenta para estimar y delimitar estas dos variables, o dependiendo del caso, podrán ser aplicados de manera independiente. Estos criterios son: la modalidad y el alcance del acto de competencia desleal, la dimensión del mercado afectado, la duración en el tiempo del acto de competencia desleal, la cuota de mercado del infractor, y la reincidencia o reiteración en la comisión del acto.
138. Por ejemplo, ante una estrategia publicitaria amplia que recurre al uso de diversos medios de comunicación, es razonable suponer que la conducta infractora alcanza a un mayor número de consumidores y, por consiguiente,

76, Nº 2, 1968, pp. 169-217. Texto accesible en: <http://www.wv.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf> (página web visitada el 7 de febrero de 2012)

En la misma línea, el profesor argentino Coloma, al explicar la teoría económica de la sanción, precisa el efecto desincentivador que tienen estas sobre los infractores: "(...) la persona que infringe un determinado deber jurídico debe en ambos casos hacer frente a un costo que el derecho le impone y que implica desprenderse de una suma de dinero. Esto hace que, cuando la persona decide llevar a cabo el hecho ilícito en cuestión (o toma precauciones para que el mismo no acontezca), tiene presumiblemente en cuenta la probabilidad que esto induce de tener que erogar luego una determinada suma de dinero (en concepto de indemnización o de multa). COLOMA, Germán. "Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio". Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 256.

el efecto persuasivo es más intenso, incrementándose el margen del beneficio esperado y también la probabilidad de detección. De la misma manera, ante una extensa duración de la conducta ilícita, la influencia sobre el comportamiento de los consumidores puede resultar más decisivo y perdurable, siendo el beneficio ilícito de mayor magnitud; pero también por el grado significativo de exposición, las posibilidades de detectar la existencia de una infracción se incrementan.

139. Formalizando los criterios recogidos por el artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal en una fórmula, el cálculo de la multa óptima en función del beneficio ilícito y la probabilidad de detección deberá efectuarse según la siguiente operación:

$$\text{Multa Base} = \frac{\text{Beneficio ilícito}}{\text{Probabilidad de detección}}$$

140. Asimismo, cabe precisar, conforme a lo señalado en el numeral 137 de la presente resolución, que al cálculo de la multa base realizado considerando el beneficio ilícito y la probabilidad de detección, se podrá agregar –siempre que se cuente con la información necesaria–, otros factores de graduación, como el eventual daño que la conducta haya producido sobre el mercado.

V.2 Aplicación al caso concreto

141. La Comisión sancionó a Navarrete con una multa de 240 UIT, considerando el beneficio ilícito obtenido, el alcance de la conducta infractora, la baja probabilidad de detección, el factor de reincidencia⁴⁷ y la función desincentivadora de la multa.
142. En su recurso de apelación, Navarrete cuestionó que se le considere para graduar la sanción el factor de reincidencia señalando que en la medida que no había un pronunciamiento firme a nivel judicial hasta la fecha, resultaba incoherente que se utilice dicho criterio.

⁴⁷ En el siguiente cuadro se aprecian las sanciones impuestas contra Corporación Gráfica Navarrete S.A. por infracción a la cláusula general, en los distintos procedimientos seguidos ante Indecopi:

Expediente	Denunciante	Imputada	Materia	Multa
045-1998/CCD	Asociación Distribuidora Las Américas	Corporación Gráfica Navarrete S.A.	Infracción a la cláusula general	40 UIT
042-2002/CCD	Compañía Impresora Peruana S.A.	Corporación Gráfica Navarrete S.A.	Infracción a la cláusula general	80 UIT
058-2006/CCD	Grupo La República S.A.	Corporación Gráfica Navarrete S.A.	Infracción a la cláusula general	90 UIT
130-2007/CCD	Asociación Sindicato de Futbolistas Agremiados del Perú	Corporación Gráfica Navarrete S.A.	Infracción a la cláusula general	90 UIT
168-2007/CCD	Futbolistas Agremiados de Bolivia	Corporación Gráfica Navarrete S.A.	Infracción a la cláusula general	90 UIT

143. Al respecto, se debe indicar que la formulación de una demanda contencioso administrativo no deja sin efecto lo decidido en el pronunciamiento impugnado. En esa línea, el artículo 23 de la Ley 27584 –Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo⁴⁸– establece que la admisión de la demanda no impide la ejecución del acto administrativo impugnado, salvo que el juez dicte una medida cautelar o la ley lo disponga.
144. En concordancia con el artículo antes mencionado, el artículo 19.2 del Decreto Legislativo 1033 –Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual– señala que las resoluciones emitidas por las Salas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual son ejecutivas y tienen eficacia inmediata, sin perjuicio de que el interesado interponga la demanda judicial correspondiente⁴⁹.
145. Esta manifestación legislativa encuentra su justificación en la ejecutividad de los actos administrativos, potestad de las autoridades públicas según la cual *sus pronunciamientos son plenamente eficaces y constitutivos de las situaciones jurídicas que disponga, sin que la oposición del particular suspenda lo dispuesto*⁵⁰.
146. Bajo este marco legal, y dado que las sanciones establecidas en los pronunciamientos administrativos cuestionados ante el Poder Judicial por Navarrete no han sido dejadas sin efectos a través de una sentencia definitiva o una medida cautelar, las multas en ellos impuestas deben ser consideradas para establecer la reincidencia de Navarrete.
147. Por ello, corresponde desestimar el argumento de la recurrente en este

⁴⁸ **LEY 27584. LEY QUE REGULA EL PROCESO CONRENCIOSO ADMINISTRATIVO. Artículo 23.- Efecto de la admisión de la demanda.-** La admisión de la demanda no impide la vigencia ni la ejecución del acto administrativo, salvo que el juez mediante una medida cautelar o la ley, dispongan lo contrario.
(*Texto con la modificatoria del Artículo Único del Decreto Legislativo 1067*).

⁴⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Artículo 19.- Ejecutividad y ejecutoriedad de las resoluciones del Tribunal.-**
(...)
19.2.- Las resoluciones emitidas por las Salas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual se ejecutarán inmediatamente, sin perjuicio de que el interesado presente la demanda judicial correspondiente. La ejecución forzosa se realiza a través de la Ejecutoría Coactiva del INDECOPI con sujeción a las normas vigentes.
(...)

⁵⁰ “Por ejecutividad se entiende una característica que tradicionalmente se ha considerado propia de todo acto administrativo, en tanto manifestación de una potestad o atribución pública, como es la de ser plenamente eficaz y constitutivo de las situaciones jurídicas por él definidos desde el momento mismo de su emisión sin que la oposición del particular –a través de los medios impugnatorios que la ley pudiera habilitar-pueda impedirlo (...)”. Véase: TIRADO BARRERA, José Antonio. “La ejecución forzosa de los actos administrativos. Un estudio sobre la Ley N° 27444, del Procedimiento Administrativo General”. Lima, 2001, Pág. 8.

extremo, con lo cual la multa a imponer por esta instancia no puede ser menor que la sanción anterior más alta, que asciende a 90 UIT, conforme a lo dispuesto por el artículo 52.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁵¹.

148. Ahora bien, de acuerdo con lo desarrollado en el marco teórico, los primeros factores que corresponde evaluar para determinar la motivación de la multa de 240 (doscientos cuarenta) UIT impuesta a Navarrete son el beneficio ilícito y la probabilidad de detección.
149. Con relación al beneficio ilícito obtenido por una empresa, como no siempre es posible contar con información exacta sobre este, y dado que en el presente caso no se cuenta con indicadores vinculados al costo que representaría para Navarrete obtener las licencias de todas las imágenes cuya explotación efectuó, en reiterada jurisprudencia⁵² la Sala ha señalado que para establecer un monto aproximado uno de los indicadores válidos que se puede usar parte de los ingresos brutos obtenidos por la venta del bien o servicio comercializado en infracción de las normas de competencia desleal.
150. Respecto de dicho factor, la Comisión determinó que el beneficio ilícito estaba constituido por el 100% de los ingresos brutos obtenidos por Navarrete por la comercialización del álbum "Mundial Sudáfrica 2010" y los respectivos cromos, esto es, **[CONFIDENCIAL]** que se traduce en **[CONFIDENCIAL]** UIT.
151. La Sala comparte esta posición pues, considerando que la denunciada comercializó el álbum utilizando las imágenes de los jugadores de fútbol en los cromos sin la respectiva autorización de su titular, el 100% de los ingresos brutos percibidos por Navarrete corresponde al beneficio ilícito obtenido, debido a que ante el escenario de no contar con las respectivas autorizaciones, Navarrete no hubiera podido siquiera comercializar algún álbum o cromo.
152. Ahora bien, como se señaló en los considerandos precedentes, para lograr un adecuado desincentivo de la conducta infractora, la multa a imponerse debe considerar no solo el beneficio esperado de la conducta ilícita sino

⁵¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL. Artículo 52. Parámetros de la sanción.**

(...)

52.3.- La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente.

(...)

⁵² Al respecto ver, entre otras, Resolución 119-2008/SC1-INDECOPI del 2 de diciembre de 2008, correspondiente al procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios contra Panificadora Bimbo del Perú S.A.; Resolución 059-2009/SC1-INDECOPI del 12 de febrero de 2009, correspondiente al procedimiento de oficio contra Quality Products S.A.; Resolución 0307-2009/SC1-INDECOPI del 14 de mayo de 2009, que resolvió el procedimiento seguido por Corporación Infarmasa S.A. contra Merck Peruana S.A.

también la **Probabilidad de detección**. Si una infracción es muy difícil de detectar, le corresponderá un porcentaje bajo de probabilidad, como sería 10%, lo que significa que de cada 10 infracciones, una sería detectada por la autoridad; mientras que si es de mediana o fácil detección le corresponderá un porcentaje mayor.

153. La Comisión consideró que la probabilidad de detección era baja señalando que la autoridad de competencia y cualquier consumidor no podía detectar dicha infracción. Sin embargo, la Sala discrepa con dicho razonamiento. Ello, debido a que toda vez que Navarrete distribuyó gratuitamente [CONFIDENCIAL] ejemplares a través del diario Todo Sport (diario de mediano alcance), comercializó [CONFIDENCIAL] álbumes e incluso publicitó su producto mediante afiches el día [CONFIDENCIAL], la conducta infractora era de alta probabilidad de detección, puesto que desde año 1998 Panini y Panini España y otras empresas han denunciado esta conducta cada vez que Navarrete comercializa un álbum con ocasión del mundial de fútbol. En ese escenario, esta Sala considera que la probabilidad de detección equivale al 85%.
154. De tal manera, aplicando la fórmula establecida en el párrafo 139 se obtiene el siguiente resultado:

$$\text{[CONFIDENCIAL]} = \frac{\text{[CONFIDENCIAL]}}{0,85} \quad (\text{Monto Equivalente a [CONFIDENCIAL UIT]})$$

155. Asimismo, debe considerarse otro factor a efectos de graduar la sanción como el de la intencionalidad. En ese contexto, el artículo 230.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, norma sancionadora que complementa el marco especial previsto en la norma de represión de la competencia desleal, también contempla a la *intencionalidad* como un factor de graduación.
156. La intencionalidad está definida como el deseo o voluntad de ejecutar una determinada conducta y querer sus resultados⁵³. En este contexto, basta corroborar que al agente quiso realizar determinada conducta, que su voluntad estuvo encaminada a la realización de un acto concreto aún sin saber de su antijuridicidad.
157. Esta instancia considera que la conducta sancionada ha sido realizada con intencionalidad, toda vez que pese a que Navarrete ha sido sancionada en reiteradas ocasiones por infracción a la cláusula general con ocasión de usar la

⁵³ Como sostiene Nieto, "(...) basta con la voluntad de la acción, que –desde esta perspectiva– es lo único imprescindible. Es decir, que el sujeto tiene que querer el resultado (voluntariedad) aunque no sea preciso que sea consciente de la malicia del mismo y, aún así, lo desee." EN: NIETO GARCÍA, Alejandro. "Derecho Administrativo Sancionador". Madrid: Editorial Tecnos, 2000, Pág. 340.

imágenes de los jugadores sin la respectiva autorización, dicha empresa sigue comerciando álbumes y cromos que contiene las imágenes de jugadores de fútbol conociendo que la conducta realizada configura un acto de competencia desleal. En esa línea, debe incluso recalcar que en la audiencia de informe oral, el representante de Navarrete indicó que cada vez que deciden sacar el mercado un álbum del mundial de fútbol son plenamente conscientes que serán denunciados por dicha conducta.

158. En consecuencia, la intencionalidad de Navarrete en la realización de la conducta infractora es evidente. En atención a ello, debe lograrse que la multa cumpla con la función desincentivadora, con la finalidad de evitar que para la infractora pueda resultar más ventajoso incurrir en ilícitos concurrenciales y asumir la correspondiente sanción, que someterse a lo dispuesto por las normas imperativas que regulan la leal competencia.
159. Finalmente, debe considerarse como factor para graduar la sanción el efecto que la conducta denunciada causa en el mercado. Al respecto, el hecho que se utilice la imagen de personas notorias -como los jugadores de fútbol que participan en un mundial- sin la respectiva autorización de su titular, ocasiona en el mercado que las empresas o personas que se dediquen a la explotación de la imagen de dichas personas con las respectivas licencias dejen de adquirir tales autorizaciones, puesto que no hay una igualdad de condiciones al momento de competir. Ello, desincentiva la inversión en licencias y genera progresivamente la eliminación de las principales fuentes de financiamiento de las personas conocidas o famosas que, como titulares de la imagen, han invertido práctica, esfuerzo y dinero para conseguir esa notoriedad.
160. En atención a lo anterior, la Sala aprecia que correspondería imponer a Navarrete una sanción incluso mayor a la determinada por la Comisión. No obstante ello, en atención a lo dispuesto por el artículo 237.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁵⁴, que prohíbe vulnerar el principio de “interdicción de la reforma en peor” (*non reformatio in peius*), corresponde, bajo otros fundamentos, confirmar la multa impuesta a Navarrete ascendente a doscientos cuarenta (240) UIT, la cual no supera el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por la infractora relativos a todas sus actividades económicas correspondientes al ejercicio inmediato anterior de la emisión de la resolución apelada⁵⁵.

⁵⁴ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 237.- Resolución. (...) Artículo 237.3.- Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

⁵⁵ Navarrete obtuvo como ingresos brutos de todas sus actividades económicas en el año 2009 la suma de [CONFIDENCIAL], cuyo 10% es [CONFIDENCIAL], monto que equivalía al momento de imposición de la sanción, a [CONFIDENCIAL].

VI. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución 210-2010/CCD-INDECOPI del 29 de septiembre de 2010, en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por Panini S.p.A y España España S.A. contra Corporación Gráfica Navarrete S.A. por la comisión de actos de competencia desleal por la infracción a la cláusula general, supuesto previsto en el artículo 6 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: confirmar, bajo otros fundamentos, la Resolución 210-2010/CCD-INDECOPI del 29 de septiembre de 2010, en el extremo que sancionó a Corporación Gráfica Navarrete S.A. con la multa de 240 (doscientos cuarenta) Unidades Impositivas Tributarias.

Con la intervención de los señores vocales Juan Luis Avendaño Valdez, Héctor Tapia Cano, Juan Ángel Candela Gómez de la Torre y Raúl Francisco Andrade Ciudad.

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
Presidente