

# PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

## Facultad de Derecho



Informe Jurídico sobre Resolución N° 0086-2019/SDC-  
INDECOPI (Caso Álbum Mundial Rusia 2018)

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título  
profesional de Abogada

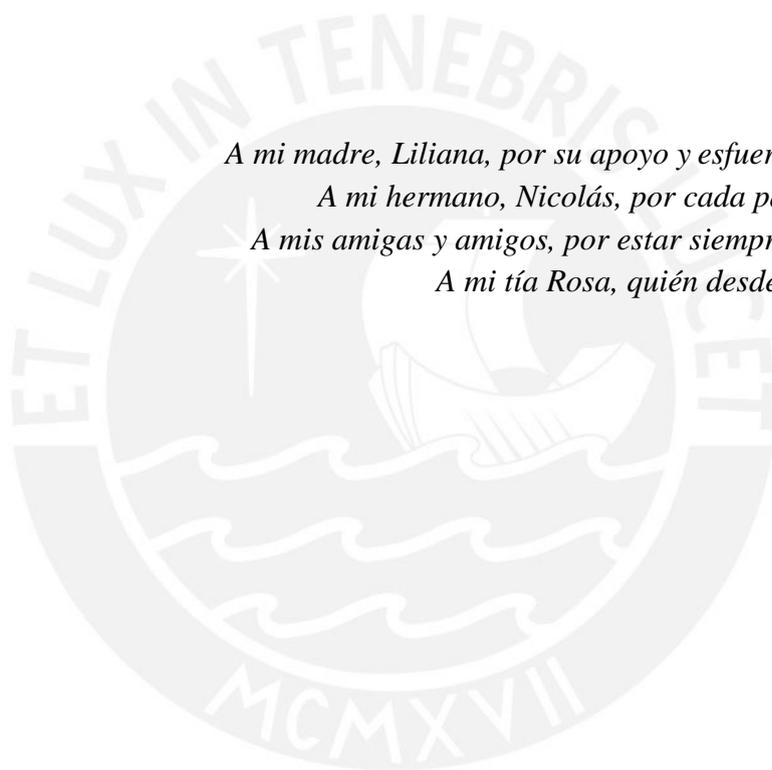
Autora:

***Jussara Genesis Peña Mendoza***

Asesor:

***Javier Mihail Pazos Hayashida***

Lima, 2022



*A mi madre, Liliana, por su apoyo y esfuerzo incondicional,  
A mi hermano, Nicolás, por cada palabra de aliento,  
A mis amigas y amigos, por estar siempre que lo necesito,  
A mi tía Rosa, quién desde el cielo me guía.*

## ***RESUMEN***

En el presente informe jurídico se busca dilucidar si existió o no un caso de competencia desleal, por infracción a la cláusula general, a la luz de lo estipulado en la Ley de Represión de Competencia Desleal – Decreto Legislativo N° 1044 (LRCD). Lo anterior a partir de uno de los casos más controversiales, recaído en la Resolución 0086-2019/SDC-INDECOPI, sobre el álbum de figuritas “3 reyes” de titularidad de Capri Internacional S.A., en comparación con el de Panini, con temática del Mundial FIFA Rusia 2018. Asimismo, se analizará si la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (CCD) debió dictar de oficio una medida cautelar, con la finalidad de salvaguardar el orden del mercado. En ese sentido, se concluye que sí hubo una infracción a la cláusula general de la LRCD, en tanto se quebrantó la buena fe empresarial que es la base de una leal competencia en el mercado, al no contar con las autorizaciones correspondientes para el uso de imagen de los futbolistas del mencionado certamen. Por otro lado, se analiza y desarrolla que la CCD sí debió dictar una medida cautelar ya que se cumple con cada uno de los requisitos necesarios para otorgarlo, así como por la reiterancia de este tipo de casos a lo largo de los años.

**Palabras claves:** Cláusula general, Competencia Desleal, Medidas Cautelares, INDECOPI.

## ***ABSTRACT***

In this legal report we attempt to clarify whether or not there was a case of unfair competition, for violating the general clause, in accordance with the stipulations of the Law on Suppression of Unfair Competition - Legislative Decree No. 1044 (LRCD). All based on one of the most controversial cases, which is the result of Resolution 0086-2019/SDC-INDECOPI, regarding the album of figures "3 kings" owned by Capri Internacional S.A., compared to the Panini album of the FIFA World Cup Russia 2018. Furthermore, it will be analyzed whether the Commission for the Control of Unfair Competition (CCD) should have dictated a precautionary measure on its own initiative, with the purpose of protecting the order of the market. In that sense, the conclusion is that there was an violation of the general clause of the LRCD, since there was a infringement of good business faith, which is the basis of fair competition in the market, by not having the necessary authorizations for the use of the soccer players' image in the above mentioned championship. On the other hand, it is analyzed and explained that the CCD should have dictated a precautionary measure since it fulfills each one of the necessary requirements to grant it, as well as due to the recurrence of this type of cases throughout the years.

**Keywords:** General Clause, Unfair Competition, Precautionary Measures, INDECOPI.

## ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
Presentación del caso .....	1
Justificación de la elección resolución.....	1
<b>II. HECHOS RELEVANTES DEL CASO .....</b>	<b>2</b>
Antecedentes .....	2
Hechos del caso.....	2
<b>III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICO .....</b>	<b>8</b>
<b>IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....</b>	<b>9</b>
1. ¿Hubo un acto de competencia desleal por infracción a la cláusula general de acuerdo a la Ley de Represión de Competencia Desleal, en tanto no había autorización para el uso de la imagen de los futbolistas?.....	9
1.1.Sobre la cláusula general y sus implicancias	9
1.2.Sobre el derecho a la imagen, sus alcances y su relación con la infracción a cláusula general.....	19
2. ¿La Comisión debió dictar una medida cautelar para ordenar la suspensión de la venta de las figuritas del álbum “Sticker Álbum Original World Cup Rusia 2018”? .....	24
2.1.Las medidas cautelares en el derecho peruano	24
2.2.La administración pública, específicamente INDECOPI, ¿puede dictar de oficio medidas cautelares?.....	28
2.3.¿Cabía dictar una medida cautelar en este caso?	32
<b>V. POSICIÓN DEL BACHILLER .....</b>	<b>35</b>
<b>VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>38</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>40</b>

## **I. INTRODUCCIÓN**

El mundial de fútbol organizado por la Federación Internacional de Fútbol Asociación (en adelante, “FIFA”) es un torneo esperado por millones de personas, realizado cada cuatro años, teniendo como sede cualquiera de los países participantes, de acuerdo a un sorteo entre los mismos. Asimismo, forman parte de este todos los países que logran alcanzar el puntaje necesario en la fase de eliminatorias. Como bien se sabe, este torneo es motivo de celebración alrededor de todo el mundo, tanto que con el paso de los años -y con la ayuda de la globalización- la publicidad y sus distintas aristas son pieza fundamental de lo que se espera por dichas fechas.

Desde camisetas, pelotas, juegos hasta álbumes de figuritas con los rostros de los jugadores más famosos del mundo como Lionel Messi, Cristiano Ronaldo, Neymar Jr., entre otros, son parte de la comercialización durante estas épocas. Nuestro país no es ajeno a ello. La empresa “Panini” es conocida por ser la encargada de elaborar y distribuir los álbumes oficiales de la FIFA en la región latinoamericana, en tanto cuenta con todos los permisos y licencias para poder realizar dicha actividad.

Sin embargo, muchos consumidores consideran que los precios de venta de dicha empresa son demasiado elevados. Es en dicho contexto que surgen estos famosos álbumes “alternativos”, que también son alusivos al mundial de fútbol. Prueba de ello fue el “Sticker álbum original World Cup Rusia 2018”, álbum elaborado y comercializado por “3 reyes” – Capri Internacional S.A. Estos productos eran vendidos a un menor precio que los álbumes de Panini. Con ello surgió la interrogante de si dicho álbum estaría cumpliendo con las normas que aseguran una leal competencia en el mercado.

En ese sentido, ¿es lícita la producción, distribución y comercialización de “álbumes alternativos” distintos a los autorizados por la FIFA?, o ¿lo ilícito es comercializarlos incumpliendo todas las normas previstas para realizar dicha actividad? El presente informe jurídico versará sobre el caso de los álbumes del Mundial FIFA 2018, a partir de la decisión contenida en la Resolución N° 0086-2019/SDC-INDECOPI (en adelante, “la Resolución”), emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia. La

elección de esta resolución se justifica en la relevancia y reiterancia de este tipo de casos a lo largo de los años, los mismos que han sido materia de análisis por parte de la autoridad y que, como veremos este caso, comparte muchas particularidades.

Así pues, se evaluará si el presente caso encaja en un acto de competencia desleal, a la luz de lo estipulado en la Ley de Represión de Competencia Desleal – Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, “LRCD”). Asimismo, se analizará si el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, a través de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, tenía alguna facultad para poder solicitar la suspensión de la comercialización de las figuritas del álbum en cuestión, con la finalidad de proteger la leal competencia en el mercado.

## **II. HECHOS RELEVANTES DEL CASO**

### **1. Antecedentes: Sobre la circulación en el mercado de los álbumes temáticos del Mundial de Rusia 2018**

En junio del 2018 se llevó a cabo el campeonato mundial de fútbol, realizado por la FIFA. Como parte de las actividades publicitarias del certamen, la FIFA otorgó la licencia para la elaboración de álbumes con la temática del mundial a la empresa Panini. Es así que dicha empresa, la cual usualmente es la encargada de la elaboración y distribución de dichos álbumes en Latinoamérica, puso en venta el álbum denominado “*FIFA World Cup Russia 2018*”, en marzo de dicho año.<sup>1</sup>

Asimismo, durante el mismo periodo de circulación del álbum mencionado anteriormente, se puso a la venta en el mercado otro álbum con la misma temática, bajo el nombre de “*Sticker álbum original World Cup Rusia 2018*”, siendo esta producida y distribuida por “3 reyes” – Capri Internacional S.A. (en adelante, “Capri Internacional”).<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Redacción RPP, 2018, *El álbum de Panini del Mundial Rusia 2018 sale a la venta este jueves*. RPP Noticias. <https://rpp.pe/futbol/rusia-2018/el-album-panini-del-mundial-rusia-2018-sale-a-la-venta-este-jueves-noticia-1111924>

<sup>2</sup> La Ley, 2018, La venta de álbumes “alternativos” del Mundial Rusia 2018 es un acto de competencia desleal. La Ley.pe. <https://laley.pe/art/5061/la-venta-de-albumes-alternativos-del-mundial-rusia-2018-es-un-acto-de-competencia-desleal>

## **2. Presentación de denuncia a Distribuidora Navarrete S.A. por parte del Grupo La República Publicaciones S.A (Expediente 055-2018/CCD)**

Con fecha 22 de marzo de 2018, el Grupo La República Publicaciones S.A. (en adelante, “La República”) presentó una denuncia ante la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal (en adelante, la “Comisión”) hacia los fabricantes, distribuidores, comercializadores y vendedores del “Sticker álbum original World Cup Rusia 2018”. La República presumió que se trataba de la Distribuidora Navarrete S.A. (en adelante, “Distribuidora Navarrete”), por lo cual solicitaron que se le notifique a dicha empresa.

Ahora bien, La República alegó en su denuncia la presunta comisión de un acto de competencia desleal en la modalidad de actos de violación de normas\_(artículo 14°, numeral 14.2 b) de la LRCD. Así, mediante resolución de fecha de 28 de marzo de 2018, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal (en adelante, “la Secretaría Técnica”) admitió a trámite la denuncia presentada por La República y le imputó a la Distribuidora Navarrete la presunta comisión de actos de competencia desleal, en la modalidad de engaño, según lo dispuesto en el artículo 8° de la LRCD.

Por otro lado, la Distribuidora Navarrete presentó sus descargos el 23 de abril 2018, alegando que no tenían relación alguna con la elaboración, distribución y/o comercialización del álbum materia de la denuncia, información que ya había sido compartida previamente con la Secretaria Técnica.

## **3. Presentación de imputación de oficio por parte de la Secretaría Técnica a Capri Internacional S.A. (Expediente 058-2018/CCD)**

Previamente a la imputación de cargos por parte de la Secretaría, encargados de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, “GSF”) adquirieron el álbum en cuestión y pudieron advertir el nombre de la empresa “3.0 Consulting Group S.A.C.”, encargada de elaborar la aplicación “Virtual Stickers” del álbum.

Así, se le solicitó a dicha empresa que indicará quién fue la persona (natural o jurídica) que le encargó realizar dicho servicio. En respuesta a la solicitud de la GSF, la empresa

respondió señalando que la persona jurídica en cuestión era Capri Internacional S.A. (en adelante, “Capri Internacional”).

Asimismo, mediante Informe 275-2018/GSF, con fecha del 28 de marzo de 2018, la GSF le indicó a la Secretaría Técnica que, durante una inspección realizada a un establecimiento en Tarapoto, se tomó conocimiento que la empresa distribuidora del álbum en Lima era Capri Internacional.

En ese sentido, el 28 de marzo de 2018, la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal (en adelante, “la Comisión”) imputó a Capri Internacional la presunta infracción a la cláusula general, de acuerdo con el artículo 6° de la LRCD). La justificación de dicha imputación se centró en que Capri Internacional no contaba con las autorizaciones para explotar los cromos/figuritas con las imágenes de los jugadores de todas las selecciones participantes del mundial de fútbol de la FIFA, por lo que se habría vulnerado el principio de la buena fe empresarial.

De igual forma, se le imputó la presunta comisión de actos de engaño, alegando que se estaría comercializando el álbum dando a entender a los consumidores que se trataba de un producto oficial del certamen, autorizado por la FIFA. De acuerdo a dichos acontecimientos, con fecha 2 de abril de 2018, la Secretaría Técnica atendiendo a que eran dos denuncias conexas, requirió que se acumule el procedimiento del Expediente 058-2018/CCD al Expediente 055-2018/CDD.

#### **4. Presentación de descargos por parte de Capri Internacional**

En su escrito de descargo del 7 de mayo de 2018, Capri Internacional argumentó que el álbum era un producto que tenía fines educativos e informativos para quien se encontrará interesado en la Copa Mundial. Asimismo, el álbum tenía un precio accesible, por lo cual era una alternativa para las personas que deseaban adquirir un álbum con la temática del certamen a menor precio.

Sobre las figuritas o “cromos” con las imágenes de los jugadores, Capri Internacional sostuvo que dichas imágenes y los equipos de los jugadores eran provenientes del

material fotográfico de titularidad del señor Pier Giorgio Glavelli, con el cual tenían un contrato que acreditaba que contaban con la licencia sobre el uso de dichas imágenes.

Sobre la presunta comisión de actos de engaño, Capri Internacional alegó que la Secretaría Técnica no desarrolló debidamente las razones del por qué el álbum de su elaboración constituiría dicho acto frente a los consumidores. Finalmente, Capri Internacional indicó que el término “original”, el cual se encuentra en la carátula del álbum, no constituía un acto de engaño. Ello debido a que dicha palabra hace referencia a “novedad”, así como que existen muchas diferencias entre su portada y la portada del álbum de titularidad de Panini.

## **5. Resolución de la Comisión (Resolución 153-2018/CCD-INDECOPI)**

Con fecha de 22 de agosto de 2018, la Comisión declaró fundada la denuncia respecto de la infracción a la cláusula general, sancionando a Capri Internacional con una multa ascendente a 240 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), bajo la siguiente argumentación:

- El caso se encuentra enfocado en el análisis del uso y explotación comercial de la imagen de los jugadores como tal, independientemente de los derechos de exclusividad que puedan ser o no de propiedad de los creadores de las fotografías de los mismos. Es decir, el contrato de Capri Internacional y Pier Giorgio Glavelli no exime a los primeros de responsabilidad de contar con la autorización de uso de imagen de los mismos jugadores.
- En ese sentido, la Comisión indicó que el artículo 15° del Código Civil establece que el uso de imagen de personas reconocidas, sin contar con la autorización de ellas, aplicará cuando dicho uso se encuentre relacionado a hechos o ceremonias de interés general, de interés público y/o algún evento similar.

- Por lo tanto, se concluyó que la difusión de las imágenes de los futbolistas en las figuritas/cromos del álbum no tenía ningún tipo de las finalidades que se encuentran acorde con la excepción establecida en el artículo 15° del Código Civil, por lo cual se trataría de una situación de explotación de la imagen de carácter comercial. Asimismo, en tanto Capri Internacional no contaba con las autorizaciones respectivas, se comprobó que dicha empresa ha incurrido en una conducta contraria a la buena fe comercial, a la luz del artículo 6° de la LRCD.

Asimismo, declaró fundada la denuncia por actos de engaño, sancionando a Capri Internacional con una amonestación, ya que consideró que dicha conducta no generó una mayor distorsión en el mercado. Sobre dicho punto, la Comisión argumentó lo siguiente:

- A la luz del análisis superficial e integral de la publicidad del álbum, se concluye que el mensaje tiene un carácter objetivo, por lo cual se entiende que el álbum sería el oficial y autorizado por la FIFA, ya que se observan afirmaciones alusivas al certamen realizado por dicha federación. Ello generó un error en los consumidores, llevándolos a creer que se encontraban frente al producto oficial del evento.
- Sobre la palabra “original”, esta se usa como una definición para alegar que no se trata de una copia, sino que, si se analiza en el contexto de la venta del producto, tiene el significado de que es un producto autorizado por la FIFA.

Finalmente, declaró infundada la denuncia presentada contra la Distribuidora Navarrete y, dado que Capri Internacional ha cometido dos infracciones sobre la misma pieza publicitaria, la Comisión indicó que se trataba de un concurso ideal de infracciones, por lo que consideró pertinente imponer la multa de 240 IUT, al ser la infracción a la cláusula general la que generó mayores problemas en el mercado.

## **6. Apelación de Capri Internacional a la Resolución 153-2018/CCD-INDECOPI ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia**

Capri Internacional apeló a la resolución en el apartado anterior, alegando los siguientes puntos: (i) la Comisión no fundamentó ni señaló la base jurídica, y ha ampliado los requisitos para la aplicación de la excepción contenida en el artículo 15° del Código Civil; (ii) no se puede afirmar que las imágenes de los jugadores del torneo de fútbol no tienen una finalidad informativa o noticiosa; (iii) a través de la suscripción del contrato con el señor Pier Giorgio Giavelli, la empresa contaba con la autorización correspondiente para usar las imágenes de los futbolistas en la elaboración de sus productos; (iv) el término “original” hace referencia al carácter de novedad que tiene un producto, reafirmando que su álbum con el álbum de Panini tiene diversas diferencias; (v) el beneficio ilícito de la supuesta infracción debe orientarse solo al costo que representa el haber adquirido las licencias necesarias para comercializar su álbum y (vi) no se generó ventaja económica ilícita para Capri Internacional, dado que Panini duplicó el precio de venta de su álbum, siendo así que se encuentra en desventaja respecto de otros competidores.

## **7. Análisis y decisión de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia sobre el caso (Resolución 0086-2019/SDC-INDECOPI)**

Sobre la presunta infracción a la cláusula general por parte de Capri Internacional. La Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, “la Sala”) sostuvo que esta la empresa sí incurrió en dicha conducta, en tanto ha vulnerado el principio de buena fe empresarial, ya que no se habría adjuntado pruebas que permitan sustentar que la empresa contaba con autorización de los jugadores para la explotación comercial de su imagen. Ello le generó un ahorro en los costos de su actividad y no estaría concurrendo bajo las mismas reglas que los demás competidores en el mercado. Por ello, la Sala confirmó la Resolución emitida por la Comisión en este extremo, modificándolo bajo dicho argumento.

Sobre los actos de engaño, la Sala realizó un análisis para corroborar si se infringió el principio de veracidad, mediante el análisis integral y superficial del álbum, para luego corroborar el mensaje de dicha pieza publicitaria con la realidad en el mercado. Así, la

Sala concluyó que el álbum de titularidad de Capri Internacional no transmitió a los consumidores la idea de que se trataba del álbum oficial del torneo de fútbol licenciado por la FIFA.

En ese sentido, dicho cuerpo colegiado señaló que el término “original”, basándose en la definición de la Real Academia Española, se estaría aludiendo a un producto de carácter nuevo y distinto. Por ello, el uso de dicha palabra haría referencia de que se trata de un álbum distinto al de Panini, y tampoco se afirmó que se trataría del álbum oficial del torneo. Es así que, la Sala revocó la Resolución 153-2018/CCD-INDECOPI, emitida por la Comisión respecto del extremo sobre actos de competencia desleal en la modalidad de engaño.

Sobre la graduación de la sanción, la Sala desestimó los argumentos presentados en la apelación por parte de Capri Internacional, en tanto el beneficio ilícito obtenido de la infracción es del 100% de los ingresos brutos de Capri Internacional, por no haber contado con las autorizaciones de los futbolistas, y hacer comercializado el álbum sin ese requisito. Es así que confirmó la multa impuesta por la Comisión, por lo cual esta no se modificó y permaneció en 240 UIT.

### **III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS**

Al realizar el análisis de la Resolución N°0086-2019/SDC-INDECOPI, se pudo identificar dos problemas jurídicos primordiales y esenciales respecto del presente caso, siendo una de ellas evaluadas por el INDECOPI. En ese sentido, dentro de dichas cuestiones, se analizará distintos subtemas relacionados con cada planteamiento a fin de obtener las respuestas de cada interrogante, considerando la normativa correspondiente, doctrina y resoluciones administrativas nacionales e internacionales.

En ese sentido, los problemas jurídicos a desarrollar en el presente informe son los siguientes:

1. ¿Hubo un acto de competencia desleal por infracción a la cláusula general de acuerdo a la Ley de Represión de Competencia Desleal, en tanto no había autorización para el uso de imagen de los futbolistas?

2. ¿La Comisión debió dictar una medida cautelar para ordenar la suspensión de la venta de las figuritas del álbum “Sticker álbum original World Cup Rusia 2018”?

#### IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

1. *¿Hubo un acto de competencia desleal por infracción a la cláusula general de acuerdo a la Ley de Represión de Competencia Desleal, en tanto no había autorización para el uso de imagen de los futbolistas?*

##### *1.1. Sobre la cláusula general y sus implicancias*

Tanto la Comisión, como la Sala, coinciden en que hubo una infracción a la cláusula general por parte de Capri Internacional, bajo los mismos argumentos con ciertas discrepancias. En ambas resoluciones se alude principalmente a la falta de autorización del uso de imagen de todos los futbolistas, con la finalidad de comercializarlos a través de figuritas/cromos del álbum de Capri Internacional, alusivo al Mundial Rusia 2018.

A fin de responder el primer problema jurídico en cuestión, es necesario que tengamos en claro qué entendemos por competencia desleal, supuestos en donde puede haber una infracción a la cláusula general, así como si la falta de autorización de uso de imagen podría ser entendida como una conducta desleal o no.

El mercado es un espacio a través del cual distintos agentes económicos pueden ofertar bienes y/o servicios a clientes o, en otras palabras, a los consumidores. Es así que entre todos ellos surgirá una competencia para ver quien captará la mayor cantidad de consumidores, atendiendo a sus ofertas en el mercado, y así poder darle continuidad a la actividad económica de su empresa. En el marco del mercado y la competencia de los agentes económicos -más en un país con un gran porcentaje de informalidad-, no todos realizan sus actividades respetando las normas.

“No es competencia desleal el captar un cliente de un competidor, ya que esa es la esencia de la competencia. La cuestión está entonces en los medios que se utilizan para captar ese cliente” (Otamendi, 1998, p. 1). (subrayado es nuestro) Dichos medios, a

nuestra consideración, pueden ser los que los competidores crean convenientes para el desarrollo de su empresa, siempre y cuando los mismos respeten las leyes del mercado, así como el **legítimo esfuerzo** en el que **obligatoriamente** deben incurrir al ofrecer sus bienes y/o servicios.

Como menciona Pierino Stucchi López (2007), los distintos agentes económicos que ofrecen bienes y/o servicios, respecto de los que ofrecen sus competidores, van a generar un daño, en tanto los consumidores elijan sus productos. Sin embargo, dicho daño será, en principio, lícito (p. 288).

En ese sentido, un acto de competencia desleal se materializará cuando los medios que utilicen los agentes económicos sean ilícitos. Los competidores no se encontrarán en igualdad de condiciones en el mercado, por lo cual esa “ventaja” ilícita beneficiará, de manera totalmente ilegítima, al agente que comete dicho acto.

En nuestra Constitución Política no se establece en un artículo específico una referencia directa a la represión de la Competencia Desleal, como si lo hace en el caso de la Libre Competencia. Sin embargo, el artículo 59° se estipula lo siguiente:

“El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”. (subrayado es nuestro)

Asimismo, artículo 103° menciona expresamente que la Constitución no ampara el abuso del derecho. En ese sentido, de una lectura en conjunto de ambos artículos, queda claro que si bien el Estado promueve la libertad de empresa, así como la creación de la riqueza, no ampara el abuso de derecho. Por dicha razón cualquier práctica que sea abusiva y contraria a la buena fe, conforme a derecho, se encontrará prohibida y deberá ser sancionada.

En esa línea, es preciso indicar la importancia de la cláusula general en el marco del derecho de la competencia desleal y la sanción de conductas ilícitas por parte de los

agentes económicos que incurran en ellas. Como señala Gustavo Rodríguez, “(...) la cláusula general prohibitiva 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. (...)” (2017, p. 240). (subrayado es nuestro)

Por otro lado, el autor Alex Sosa (2020) menciona 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.”

Pero, ¿cómo se entiende lo mencionado anteriormente en la norma peruana? Antes de la entrada en vigencia de la LRCD, INDECOPI sancionaba los actos desleales en base a lo estipulado en la Ley N° 26122, primer cuerpo normativo peruano en materia de competencia desleal. En dicha norma la cláusula general se encontraba también regulada en el artículo 6°, la cual tenía la siguiente redacción:

“**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.”<sup>3</sup> (subrayado es nuestro)

Como podemos apreciar, de acuerdo a la ley derogada, la cláusula general se dirigía más a un concepto de lo que se debía considerar como acto de competencia desleal, así como una mención de que dichas conductas no eran avaladas por el ordenamiento jurídico, por ende, son conductas prohibidas e ilícitas.

Es así que, en el año 2008 entra en vigencia la LRCD, la nueva ley que sanciona las conductas desleales. En dicha norma, la cláusula general tiene mayor amplitud respecto

---

<sup>3</sup> Congreso de la República del Perú (1992). Ley N° 26122. Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. <https://vlex.com.pe/vid/decreto-represion-competencia-desleal-29904841>

de la anterior. Si bien se establece la potestad de sancionar actos de competencia desleal, a su vez crea un cajón de sastre mediante las cuales se sancionará cualquier conducta, en cualquier forma que esta se presente, teniendo en cuenta la evolución de su materialización en el mercado.

Por ello, a través de la cláusula general se evita que dicha norma sea modificada cada cierto tiempo, ya que abarca cualquier acto que pueda implicar la competencia desleal por parte de agentes económicos, sea la forma como estos se presenten en el mercado, considerando el tiempo y la evolución en el mercado.

En concordancia con lo comentado en el párrafo anterior, en el artículo 6° de la LRCD, señala expresamente 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 aquel que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado. (...)<sup>4</sup> (subrayado es nuestro)

En la exposición de motivos de la LRCD se expuso que, a través de la cláusula 6°, se unió tanto lo dispuesto en dicha cláusula 6°, así como en la cláusula 7° de la ley anterior, mejorando la legislación en tanto la conducta desleal debe ser objetivamente contraria a la buena fe. Asimismo, se menciona que, al amparo del artículo 230.4° del la Ley de Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444 (en adelante, “LPAG”), en el ámbito administrativo las conductas infractoras no se pueden elaborar en una cláusula cerrada, por lo que será suficiente sancionar bajo una cláusula con descripción general.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Congreso de la República del Perú (2008). Decreto Legislativo N° 1044. Ley de Represión de Competencia Desleal. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H967537>

<sup>5</sup> Congreso de la República del Perú (s/f). Exposición de Motivos – Decreto Legislativo N° 1044. pp. 13. [https://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion\\_de\\_Motivos/DL-2008/DL-1044.pdf](https://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1044.pdf)

Ahora bien, como bien sabemos, nuestra LRCD toma como referencia la ley española – Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, para regular la definición de la cláusula general en el sistema peruano. En dicha norma la cláusula general es bastante extensa y tiene distintas precisiones relacionadas a los consumidores, que nuestra ley no contempla<sup>6</sup>. Sin embargo, la principal característica adoptada por la norma peruana es que los actos de competencia desleal serán comportamientos que sea objetivamente contrarias a las exigencias de la buena fe.

En el texto de INDECOPI, sobre *Análisis de las funciones de Indecopi, a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. Competencia Desleal y Regulación Publicitaria*, se señala que “(...) la importancia de la cláusula general reside en que esta se configura como la norma de prohibición y el tipo sancionador que es la base para el reproche y la corrección de los actos de competencia desleal. (...)” (Aramaya, A., Gagliuffi, I., Maguiña, R., et al. 2013, p. 24).

Por otro lado, en el Precedente de Observancia Obligatoria Caballero Bustamante del año 2004, INDECOPI establece que lo protegido por la cláusula general es una competencia justa, bajo las reglas del mercado, y, en caso de infringir dichas reglas, será considerado como desleal. Asimismo, más allá de la posición personal respecto a lo alegado en dicha resolución, sobre la definición establecida en el artículo 6° se señala 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;

---

<sup>6</sup> Ley 3/1991. “**Artículo 4. Cláusula general.** Se reputa desleal **todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.** En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores. A los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con: a) La selección de una oferta u oferente. (...) a los efectos de esta ley se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado. (...)”

(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 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, (...)” (p. 12).

Sin embargo, si prestamos atención e interpretamos lo que se menciona en dicho precedente, podemos concluir que sólo se podría prohibir y sancionar conductas desleales en el mercado bajo lo dispuesto en el artículo 6°. En ese sentido, los supuestos enumerados en la norma serían meramente una lista ejemplificativa de los actos de competencia desleal más comunes, como si se tratará de una especie de guía sin relevancia.

En esa línea, considero que resulta inapropiado considerar que los actos de competencia desleal tipificados en la Ley N° 26122 -en ese entonces la ley vigente sobre competencia desleal- e interpretados por la Sala en el Precedente Caballero Bustamante, debían ser considerados como una lista sin relevancia. Sin embargo, de acuerdo a la Resolución N° 0362-2017-SDC-INDECOPI, dicho pronunciamiento ya no se encontraría vigente ni aplicable para casos actuales. Se analizará esta resolución más adelante.

Ahora bien, cabe hacernos la siguiente pregunta: ¿cuál es la definición y/o el alcance de la cláusula general de acuerdo a la LRCD? Y, ¿cómo se aplica actualmente? Pues, la cláusula general se entiende como una cláusula prohibitiva. En ese sentido, “(...) En virtud de dicha norma se describe lo que debe entender por un acto desleal y se establece claramente que dichos actos están prohibidos y, por ello, quienes lo realicen pueden ser sancionados (...)” (Samaniego y Córdova, 2010, p. 168).

En ese sentido, como mencionan Alfredo Bullard y Carlos Patrón (1999), la evolución y progresividad de nuevas prácticas en el sector empresarial, como prácticas que pueden pasar como desapercibidas, de muchos actos desleales en el mercado hicieron necesaria la regulación de una cláusula abierta que pudiera abarcar dichas conductas, en tanto sean incorrectas (p. 436). En palabras sencillas, la cláusula general tiene como función abarcar conductas desleales atípicas, que se irán presentando y evolucionando con el

tiempo, el desarrollo del mercado, entre otros factores. Ello amplía el ámbito de protección de la leal competencia.

Sobre lo anterior, es preciso analizar y comentar la resolución emitida por INDECOPI (2017) que, como mencionamos en párrafos anteriores, cambió el criterio que se estableció a través del precedente Caballero Bustamante. En el caso de América Móvil vs. Entel, la Sala Especializada en Competencia Desleal mencionó que, cuando se imputa la cláusula general por sí sola, sin alguna otra cláusula en donde se menciona una conducta específica -ya sea actos de engaño, de confusión, entre otros que la norma prevea- su rol será residual, de tal manera que dentro de esta cláusula se podrá interpretar cualquier conducta desleal que no se ajuste a las conductas enunciativas de la ley, y que este relacionada con la vulneración de la buena fe empresarial (p. 13).

Como podemos apreciar, mediante la resolución mencionada en el párrafo anterior, INDECOPI deja de lado el Precedente Caballero Bustamante. Para la autoridad, se concluye que dichas conductas son importantes en tanto establecen conductas típicas, que serán reconocibles a través del análisis de los casos, en conjunto con los presupuestos establecidos para cada conducta. En ese sentido, cuando ninguna conducta pueda ser imputada por no cumplir con algún precepto de los actos tipificados en la norma, deberá aplicarse la cláusula general, en tanto se cumpla con lo que se entiende por un acto de competencia desleal.

Entonces, queda claro que al entrar al mercado como agente económico competidor necesariamente se va causar un daño a la posición concurrencial de otro competidores para captar consumidores. Sin embargo, cuando esa captación se da a través de conductas incorrectas, que no se relacionan con la eficiencia económica, pues estaremos ante una infracción a la cláusula general (INDECOPI, 2011, p. 6).

La Comisión ejemplifica también algunos supuestos mediante los cuales se puede incurrir en infracción a la cláusula general. Dentro de ellos se encuentra “la comercialización de bienes para los cuales se necesita obtener una licencia de uso correspondiente, pero que no se ha obtenido la autorización del titular, (...)”, puesto que dicho agente participa en el mercado sin asumir los costos en los que otros agentes en

el mercado incurren para comercializar dichos bienes (...)” (INDECOPI, 2011, p. 8).  
(subrayado es nuestro)

Básicamente, bajo este tipo de conducta, un agente económico no está asumiendo todos los tipos de costos que supone obtener autorizaciones para poder comercializar un determinado bien, lo cual supone una ventaja frente a los costos que sí asumieron sus competidores en el mercado, como en el caso de Panini en el marco del álbum del Mundial Rusia 2018. Solo así se estaría participando en el mercado de manera lícita, respetando las reglas de juego. Volveremos a este punto luego, ya que será pertinente desarrollarlo en el marco de la resolución analizada en el presente informe.

En ese sentido, “podemos afirmar que la cláusula general establece un **estándar de comportamiento**. Se considerará que existe deslealtad cuando un empresario obtiene una ventaja competitiva no debido a la mejor de sus propias prestaciones sino a conductas desleales, entre ellas, aprovecharse del esfuerzo e inversión de los competidores. (...)” (Samaniego y Córdova, 2010, p. 170).

Analizado el tema de la cláusula general, es oportuno mencionar un punto clave dentro de la regulación de este artículo: la buena fe empresarial. Como se mencionó anteriormente, la buena fe empresarial es lo que debe tener cada agente económico al ingresar al mercado. Ello se encuentra relacionado con el tema del daño concurrencial lícito. Los competidores deben cumplir con cada una de las reglas para concurrir lícitamente con sus competidores. Habrá “ganadores” y “perdedores”, pero mientras se haya dado un “juego limpio”, no se suscitará mayor problema.

Sin embargo, es precisamente en los casos en donde no se respete la buena fe empresarial, ni las reglas de mercado para competir lícitamente, en donde se incurrirá en una conducta que devenga en desleal. Dicha conducta, tal como nuestra ley lo reconoce, deberá ser sancionada por INDECOPI, ya sea por infracción a la cláusula general, como por alguna de las conductas que la ley prevé.

La buena fe comercial no es una buena fe que debe ser analizada desde un punto de vista subjetivo. Al referirnos a este término queremos decir que se trata de “(...) un estándar que, en cada caso, permite evaluar la adecuación de la conducta propia con la

buena fe comercial objetiva que se espera de un agente que participa en el proceso competitivo bajo reglas de eficiencia, que es propio de una economía social de mercado” (López, 2007, p. 294)

El punto mencionado anteriormente es crucial a la hora de evaluar una infracción a la cláusula general. Las conductas desleales que sean realizadas por parte de los agentes económicos, que tengan como consecuencia esa “ventaja” obtenida de mala fe, supondrán un quiebre a la buena fe comercial establecida en el artículo 6º de la LRCD, en tanto se trata de conducta ilícita.

En línea con lo anterior, que un agente económico contravenga la buena fe comercial se materializa cuando obtiene esa ventaja que no encuentra su base en la propia eficiencia que debería tener como proveedor calificado, sino que se obtiene a través de presentar obstáculos a los demás competidores (López, 2007, p. 289), o a su vez cuando no cumple con ciertos preceptos necesarios para ofrecer cierto bien y/o servicio producto.

Asimismo, en la exposición de motivos de la LRCD, se dejó establecido expresamente que “(...) el elemento determinante de un acto de competencia desleal es la contravención a la buena fe comercial objetiva, es decir, la realización de conductas contrarias a la buena fe que normalmente debe regir las actividades económicas en el proceso competitivo que se verifica en el mercado.”<sup>7</sup> (subrayado es nuestro)

Es preciso mencionar también que ya se han presentado casos en el cual ha surgido controversias como la analizada en el presente informe, respecto de casos de álbumes ofertados alusivos a los mundiales de fútbol, precisamente por infracción a la cláusula general. En el año 2007, en el marco del Mundial de la FIFA 2006, se denunció a Navarrete bajo el mismo argumento por el cual se denunció a Capri Internacional.

Si bien este caso se resolvió antes de que se derogara la Ley N° 26122, en aquella oportunidad la Comisión mencionó que, al encontrarnos en una economía social de mercado, se debe entender por buena fe todo lo que caracteriza a los competidores,

---

<sup>7</sup> Congreso de la República del Perú (s/f). Exposición de Motivos – Decreto Legislativo N° 1044.

sustentándose en la eficiencia de las prestaciones que se brindan a los consumidores. En ese sentido, las conductas contrarias a dicha buena fe son actos que van a pretender tener éxito en el mercado pero por medios que son totalmente distintos a la eficiencia económica (INDECOPI, 2007, pp. 14, 16).

Considerando todo lo anterior, la cláusula general prohíbe y sanciona, de manera general, las conductas desleales que se den en el mercado, contrarias a la buena fe comercial, sea la forma en la que se presenten. Se usará esta cláusula cuando la conducta infringida no calce con las conductas enunciativas de la misma ley, siendo así que su uso será residual, pero no por ello menos importante. En ese sentido, la cláusula general será una especie de cajón de sastre, en el que se deberá tener en cuenta siempre la buena fe comercial objetiva.

En el caso en particular, en principio, Capri Internacional, bajo la libertad de empresa, tenía todo el derecho de participar en el mercado como agente económico en la venta de álbumes y figuritas sobre la Copa Mundial Rusia 2018 o de cualquier otra temática que haya preferido. Sin embargo, para que su participación se enmarcará en una leal competencia, Capri Internacional debía concurrir respetando todas las reglas del mercado.

Atendiendo a los hechos expuestos en el punto II. del presente informe, la empresa no contaba con autorizaciones de los futbolistas para comercializar su imagen a través de las figuritas y/o cromos, que eran parte del álbum. Por ello, Capri Internacional no actuó conforme a la eficiencia económica que debía regir su comportamiento en el mercado, al momento de querer producir y, posteriormente, ofrecer el álbum en el mercado. Es decir, se ahorró todos los costos que implicaban la obtención de autorizaciones, teniendo así una ventaja ilícita sobre su competidor, la empresa Panini.

Pero, ¿por qué el no haber sido autorizado por los futbolistas supondría un acto contrario a la buena fe empresarial, y, por ende, a la cláusula general?

***1.2. Sobre el derecho a la imagen, sus alcances y su relación con la infracción a cláusula general***

Como hemos mencionado en el apartado anterior, la Sala resuelve que Capri Internacional ha incurrido en infracción a la cláusula general, justificando su decisión en que la imputada no contaba con autorizaciones de uso de imagen por parte de los futbolistas, para ser usadas en las figuritas o cromos del álbum. En ese sentido, es pertinente ahondar en el derecho a la imagen, y su relación con la competencia desleal, ya que advertimos que la Sala no hizo mayor profundización en el tema como se esperaba en un caso de tanta relevancia como este.

La Constitución Política del Perú establece en el artículo 2º, numeral 7, que toda persona tiene derecho al “*honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propia.*” (subrayado es nuestro). En concordancia con lo señalado en la Carta Magna, el Código Civil establece en su artículo 15º:

**“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.” (subrayado es nuestro)

Asimismo, el Tribunal Constitucional (2008) ha desarrollado este derecho, analizándolo como un derecho por sí solo, mediante el cual se busca proteger la imagen de la persona respecto de reproducción de imágenes que no incidan en su esfera personal. En otras palabras, la persona titular de este derecho tiene la facultad de poder evitar la difusión de su aspecto físico, si así lo desea.

En ese sentido, el derecho a la imagen se compone de dos dimensiones: (i) negativa y (ii) positiva. Respecto de la primera, esta faculta al titular para prohibir la captura, reproducción y publicación de su imagen cuando no medie su conocimiento. Por otro lado, la segunda dimensión faculta a que el titular establezca el uso que se le dará a su imagen (Tribunal Constitucional, 2008). Consideramos que, en el caso del álbum 3 reyes, se debe prestar mayor atención a la dimensión positiva de este derecho, dado que los futbolistas, debían autorizar el uso de su imagen en las figuritas.

Por otro lado, el derecho a la imagen en el ámbito de la publicidad, específicamente en el deportivo, se presentan distintas particularidades. Como se mencionó en párrafos anteriores, el artículo 15° dispone que para el uso de la imagen de una persona se debe contar con autorización, a menos que se use en casos particulares como la notoriedad de la persona, interés público, entre otros.

Sin embargo, tal como lo mencionó la Sala en el presente caso, no se trata de un caso enmarcado en las excepciones establecidas en el artículo 15° del Código Civil. Teniendo ello en cuenta, en párrafos siguientes ahondaremos en el derecho a la imagen de los jugadores de equipos de futbol, así como el *right of publicity*.

Así pues, ¿cuáles son las implicancias del uso de imágenes de los jugadores, valerse de ellos para comercializar y obtener ganancias de un producto alusivo al Mundial 2018, sin contar con las autorizaciones requerida? La respuesta instantánea, en el marco de la competencia, es el ahorro en los costos necesarios para conseguir dichas autorizaciones, así como una explotación económica de la imagen que le sugiere mayores ingresos sin tanto “sacrificio.”

En el ámbito deportivo, el uso de la imagen de los futbolistas tienen un fuerte peso en el aspecto patrimonial, dada la fama que estos mismos tienen en la industria. Por dicha razón es que el consentimiento es imperativo para darle uso comercial a la imagen de estos personajes, siendo que el uso sin autorización de fotos o videos se entenderán como uso arbitrario (Pedraza y García, 2019, p. 42, 45).

Asimismo, de acuerdo a Enrique Cavero (2012), “(...) el Right of Publicity comprende la protección de diversos derechos que en nuestro ordenamiento están regulados por

el derecho de imagen y voz propias, pero también por los derechos de propiedad intelectual o el derecho de la competencia desleal” (p. 213)

En línea con lo anterior “(...) es ilegal, bajo “the right of publicity” usar, sin licencia, la identidad/imagen de una persona para atraer la atención hacia un anuncio o producto” (McMurphy y Lee, 1999, p. 25). (traducción es nuestra) Enfocándonos en la competencia desleal, lo que importará es el uso sin autorización de la imagen de la persona, ya que ello supondrá una ventaja para el agente económico que no está cumpliendo con dicho mandato.

En el contexto actual de globalización, el Right of Publicity (ROP) adquiere una gran relevancia ya que las personas de la industria del entretenimiento suelen ser “imagen” de muchas marcas reconocidas a nivel mundial. En el mundo deportivo, futbolistas como Lionel Messi, Cristiano Ronaldo, Neymar Jr., Mbappé, entre otros, ceden o brindan la autorización del uso de su imagen a grandes marcas, teniendo en cuenta el proyecto en el que deseen participar.

Estos futbolistas reciben a cambio del uso de su imagen una retribución económica fija o un porcentaje importante de las ganancias obtenidas, la cual deberá ser soportada por las empresas que deseen obtener legalmente el derecho de reproducir ya sea sus imágenes, videos, entre otros materiales visuales.

En esa misma línea, anteriormente la autoridad ya se ha pronunciado respecto de este punto en resoluciones similares a las del caso del álbum del Mundial Rusia 2018. Durante el Mundial Sudáfrica 2010, surgió la misma controversia respecto al uso de imagen en las figuritas/cromos en un álbum alusivo a dicho torneo. Así, la Sala argumentó que

“(...) la imagen adquiere un valor patrimonial más intenso cuando el titular es un sujeto famoso y de reconocida trayectoria. (...) 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**” (INDECOPI, 2012, p. 20) (subrayado y resaltado es nuestro)

Asimismo, en dicha resolución, la Sala señala que los elementos que componen la identidad de una persona, sobre todo si está es famosa, deben considerarse como bienes intangibles que pueden tener valor económico, y, por ende son susceptibles de ser objeto en transacciones comerciales mediante contratos de cesión o de licencia, entre otros (p. 22).

Bajo dicho criterio, lo mencionado en dicha resolución es clave para dilucidar la respuesta en el presente caso, en tanto la importancia de adquirir autorizaciones, licencias o cesión de uso de imagen de personas del medio de entretenimiento, se potencia específicamente en los casos de figuras tan populares como lo son los futbolistas. Su imagen -por sí sola- puede obtener ganancias económicas de gran magnitud, dado el esfuerzo que conlleva ser deportistas de alto nivel. Por ello, las empresas que quieran valerse de esa fama para ofrecer sus productos y/o servicios en el mercado, deberán pagar con la finalidad de concurrir de manera legal y, sobre todo, para actuar bajo la buena fe empresarial.

De igual forma, el ponente Carlos Auza (2018) menciona la reiterada práctica de empresas que ofrecen álbumes alternativos a los que ofrece Panini, alusivos al mundial de fútbol. Panini realiza grandes inversiones para contar con autorizaciones de los futbolistas de cada equipo que clasifica al torneo, lo cual le permite hacer uso ya sea de fotografías, sujetas a derechos de autor, así como marcas, entre otros (INDECOPI, 2018, pp. 22).

Es en este contexto que entendemos que cualquier persona, especialmente personajes famosos como los futbolistas, cuya imagen tendrán un gran valor patrimonial, tienen la facultad de poder consentir el uso de su imagen por terceros. Será dicha transacción lo que potencialice el fuerte avance en la patrimonialización de la imagen, incluyéndola en el tráfico jurídico, claramente a título oneroso en el caso de estas personas (Sáez, 2017, p. 38). Es por ello que podemos afirmar que los álbumes de figuritas podrían considerarse parte fundamental del *merchandising* del mundial en la región latinoamericana.

Entonces, si se desea usar la imagen de Lionel Messi para el álbum de figuritas del Mundial Qatar 2022, como lo realiza Panini cada cuatro años, lo correcto será

contactarme con la productora o manager del futbolista, en términos de activo económico, para obtener dicha autorización a través del contrato y/o licencia correspondiente.

Lo anterior no quiere decir que no pueden existir álbumes alternativos a los que ofrece Panini, sino que debe respetarse las reglas del mercado a la hora de ofrecer este tipo de productos. De lo contrario, no sólo se vulnera el derecho de la imagen de las personas famosas, sino que también dicha infracción constituye un acto de competencia desleal, así como una especie de burla a los agentes económicos que ofrecen estos mismos productos, que sí invierten los recursos económicos necesarios para participar en el mercado de manera honesta, respetando las normas.

En resoluciones administrativas comparadas se han presentado casos similares sobre el uso de imagen y la competencia desleal. En el caso colombiano *Patricia López Ruíz vs Yanbal de Colombia S.A. y Casa Editorial El Tiempo S.A.*, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) (2012) concluye que hubo un acto de competencia desleal, en tanto se usó la imagen de Patricia, sin contar con autorización, para publicitar un producto de belleza, lo cual le generó una posición favorable en el mercado (p. 3).

Asimismo, el Tribunal Supremo español (2007) estableció en una resolución un punto importante referido al valor patrimonial de los futbolistas. Es así que

“(…) 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.”

Como podemos apreciar, tribunales extranjeros tienen una percepción similar de las implicancias del uso de imagen con finalidad de comercialización, así como la relación que tienen con la leal competencia.

Por todo lo analizado en el presente apartado, consideramos que sí hubo una infracción a la cláusula general de la LRCD por parte de Capri Internacional, siendo el acto de competencia desleal, infractor de la buena empresarial, bajo el artículo 15° del Código, sobre el uso sin autorización de imágenes de los futbolistas participantes del Mundial Rusia 2018.

Finalmente, en este y anteriores casos similares, se evidencia que la comercialización ilícita de imágenes de futbolistas, y de todo tipo de persona reconocida en el mundo del entretenimiento, y los beneficios económicos obtenidos de ella tiene un gran importancia en el marco de la competencia desleal. En ese sentido debemos tener presente que el acto que se busca sancionar no es la existencia de un álbum alternativo como el del mundial, sino que la sanción se dé por no cumplir con las exigencias para esta.

En tanto Capri Internacional obtuvo beneficios económicos de la comercialización de las imágenes de los futbolistas – a través de las figuritas del álbum-, sin haber incurrido en los gastos necesarios para ofrecerlos de manera legal en el mercado, muestra una falta de respeto a sus competidores, así como una falta a la buena fe comercial que rige el espíritu de la cláusula general. Ello envía un mensaje al mercado, mediante el cual se entiende que se puede usar cualquier tipo de medio para ofrecer un bien, con la finalidad de enriquecerse ilícitamente.

## ***2. ¿La Comisión debió dictar una medida cautelar para ordenar la suspensión de la venta de las figuritas del álbum “Sticker álbum original World Cup Rusia 2018”?***

### ***2.1. Las medidas cautelares en el derecho peruano***

Con la finalidad de responder la segunda interrogante del presente informe, es necesario que mencionamos qué son las medidas cautelares y cuáles su función dentro de un proceso, específicamente en un procedimiento administrativo sancionador como el que nos encontramos analizando.

De acuerdo a la Constitución Política del Perú, el artículo 139°, numeral 3, sobre la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, se establece que “Ninguna

persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.”

Si bien el artículo mencionado en el párrafo anterior no hace referencia alguna sobre las medidas cautelares de manera explícita, se interpreta que, a través de la tutela jurisdiccional, las medidas cautelares son una garantía/medio para proteger derechos en casos en donde exista una certeza de que están siendo vulnerados, de tal forma que si no se atienden cuanto antes, no se habrá cumplido la función primordial de tutela.

Asimismo, en el artículo del Código Procesal Civil Peruano no se define ni se regula solo un tipo de medida cautelar, ya que existen varios tipos y son empleados de acuerdo a la necesidad del derecho a proteger. Sin embargo, en la doctrina peruana se ha tratado de definir las medidas cautelares como una garantía en el proceso.

En ese sentido, Giovanni Priori (2011) menciona que el derecho a la tutela cautelar se entiende como un *derecho a la efectividad*, ya que a través de este se asegurará que “(...) llegado el momento en que la sentencia deba producir efectos, los produzca. (...) La medida cautelar es, por ello, el medio a través del cual se expresa el derecho fundamental a la tutela cautelar. (...)” (p. 416). (subrayado es nuestro)

Es así que, las medidas cautelares buscan que los efectos que produzca las sentencias, una vez culminado el proceso, realmente se materialicen eficazmente en la realidad. Asimismo, las medidas cautelares nacen “(...) ante un conflicto entre la necesidad de celeridad en el camino hacia la solución definitiva y la seguridad jurídica que otorga un tiempo prudencial para que la misma sea acorde a derecho” (Palacios, 2004, p. 24). (subrayado es nuestro)

Así pues, otro aspecto fundamental de las medidas cautelares es que funcionan como una herramienta ante un conflicto que, efectivamente, no se va a resolver de la noche a la mañana. La característica que brindan las medidas cautelares, en tanto se cumplan con los requisitos para ser otorgadas, es la celeridad, a través de la cual los efectos que

deban producirse al final del proceso se den con rapidez, bajo la sombra de la tutela jurisdiccional.

En ese sentido, debemos señalar que, al igual que el aspecto de la celeridad, una característica de las medidas cautelares es

“(…) el carácter provisional de la medida, más no necesariamente la provisionalidad de los efectos. La medida cautelar en cuanto emana sobre la base de una cognición sumaria y no de una cognición plena es por su naturaleza provisional en el sentido en que nunca será capaz de sostener por sí sola los efectos definitivos a ella ligados, aunque estos, en cuanto a contenido, sean totalmente anticipatorios de la futura medida de cognición plena” (Proto Pisani, 2014, p. 390)

Ello se encuentra íntimamente relacionado con la función principal de las medidas cautelares ya que, si bien estas serán provisionales, ello no quiere decir que sus efectos también lo serán. De obtener una resolución final que sea concordante con lo establecido en la medida cautelar, entonces dicha provisionalidad de los efectos desaparecería.

Ahora bien, como mencionamos previamente, las medidas cautelares tienen ciertos requisitos para que puedan ser admitidos o dictados por parte de las autoridades jurisdiccionales que están frente al proceso. Dichos requisitos son (i) la verosimilitud del derecho invocado, (ii) el peligro en la demora y (iii) la adecuación.

Respecto al primer requisito, entendemos que la verosimilitud hace alusión a la certeza que hay sobre el derecho que se pretende proteger, en tanto existe una vulneración del mismo. Sin embargo, si bien no existe una definición del todo clara sobre este requisito “(…) podemos concluir que la fórmula clásica empleada en este extremo es que las medidas cautelares podrán concederse, siempre que se acredite la certeza de que el derecho que se reclama o invoca, existe real, legal y jurídicamente” (Salas, 2007, p. 226)

Asimismo, el Tribunal Constitucional (2006) ha pronunciado sobre este primer requisito indicando que “(…) El peticionario tiene la carga de acreditar, sin control de

su contraria, que existe un alto grado de probabilidad de que la sentencia definitiva que se dice oportunamente reconocerá el derecho en el que se funda la pretensión” (f. 28). (subrayado es nuestro)

En ese sentido, debemos hacer énfasis en el **alto grado de probabilidad**, que el Tribunal Constitucional menciona, al momento de decidir sobre la verosimilitud sobre el derecho invocado. Sobre ello volveremos más adelante para corroborar si en el presente caso debió adoptarse una medida cautelar.

Sobre el peligro en la demora o *periculum in mora*, segundo requisito de las medidas cautelares,

“(…) es específicamente el peligro del ulterior daño que deriva del retardo de la decisión definitiva, a causa de la lentitud del proceso cognitorio o de ejecución. La imposibilidad material de acelerar el pronunciamiento de la sentencia definitiva es el fundamento de la obtención de la medida cautelar cuyo propósito es tornar inofensivo el daño que la referida lentitud genera. El *periculum in mora*, por consiguiente, implica la necesidad de evitar los riesgos que la duración del proceso principal genera, configurándose de ese modo un peligro de inejecución o de ineffectividad de la sentencia estimatoria” (Pérez, 2010, p. 102).

De lo mencionado, se interpreta que el requisito de mayor peso e importancia sería el peligro en la demora. Como hemos indicado, las medidas cautelares son medios con la característica sustancial de la celeridad, lo cual se encuentra relacionado con el peligro en la demora de la tutela del derecho en cuestión. Se busca la rapidez del otorgamiento de la medida cautelar precisamente porque existe un peligro en caso no se otorgue de manera pronta.

Finalmente, sobre el último requisito para la admisión de una medida cautelar, la adecuación responde a la idoneidad de la medida. Sobre el particular, la finalidad en específico responde a que la medida solicitada o a imponer sea razonable para garantizar la protección del derecho, por lo cual “(…) debe justificarse en la necesidad de salvaguardar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso: la protección de fines constitucionalmente relevantes justifica la intervención estatal

jurisdiccional en el ámbito de derechos fundamentales. (...)” (Pérez, 2010, p. 104). En ese sentido, es necesario que se superen estos tres requisitos para la imposición de una medida cautelar.

## 2.2. *La administración pública, específicamente INDECOPI, ¿puede dictar de oficio medidas cautelares?*

Ahora bien, lo mencionado en el apartado anterior nos brinda luces de cómo es que se entienden las medidas cautelares en el derecho peruano, específicamente en el proceso civil. Ello no quiere decir que, en otro tipo de procesos, como el procedimiento administrativo, sea diferente en todas sus aristas. Sin embargo, existen ciertas particularidades que se presentan en el ámbito administrativo en lo que respecta a este tipo de medidas.

De acuerdo a la doctrina sobre el procedimiento administrativo, se entiende a las medidas cautelares como aquellas que surgen “(...) como mecanismos de protección y garantía del resultado del procedimiento” (Gómez y Granados, 2015, p. 35). Así, la finalidad es la misma que en los procesos civiles.

En esa línea, la LPAG, respecto de las medidas cautelares, establece lo siguiente:

### **“Artículo 146.- Medidas cautelares**

146.1 Iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir. (...)”<sup>8</sup> (subrayado es nuestro)

La misma norma otorga la facultad a las autoridades administrativas de adoptar medidas cautelares, solo si se cumplen los requisitos para ello, siendo que si no se adopta dicha medida, la efectividad de la resolución a emitir al final del procedimiento está en juego.

---

<sup>8</sup> Ley N° 27444.

En relación con dicho artículo, Eloy Espinosa-Saldaña (2010) ha mencionado que “(...) deberá tenerse presente que estas medidas pueden ser modificadas o levantadas, ya sea de oficio o a pedido de parte, si suceden cosas nuevas o se llegaran a saber aspectos no conocidos al momento de adoptar una medida cautelar” (p. 179).

Por ello, queda claro que se la ha otorgado una facultad muy importante a las autoridades administrativas, con la finalidad de salvaguardar la eficacia de sus decisiones finales. No obstante, ello no quiere decir que poseen una carta en blanco para que la autoridad administrativa imponga medidas cautelares si así lo requiera. En ese sentido,

“(…) Cualquiera funcionario (a) no está habilitado (a) para hacerlo. Ya el quehacer posterior seguido al respecto ha hecho entender, tal como se comprende en líneas generales en todo el Derecho Comparado, que ese (a) funcionario (a) es quien decidirá la controversia de fondo (y no, por ejemplo, quien asume el rol de instructor (a) ordinario (a) en dicho procedimiento), funcionario (a) que puede incluso otorgar una medida distinta a la cual había sido solicitada” (Espinosa-Saldaña, 2010, p. 179). (subrayado es nuestro)

Las medidas cautelares en sede administrativa, además de tutelar algún interés público, en ciertos casos también se buscan proteger intereses privados, como, por ejemplo, casos referidos a protección al consumidor, **competencia desleal**, entre otros relacionados (Gómez y Granados, 2015, p. 34). (negrita es nuestra) Dicha aclaración es importante ya que, el caso en análisis del presente informe busca esclarecer si cabía presentar de oficio una medida cautelar, por lo cual, en principio, podemos afirmar que sí.

Es así que, a la luz de lo regulado en la LPAG, sobre las medidas cautelares,

“(…) INDECOPI se encuentra habilitado para ordenar provisionalmente el cese de los actos de competencia desleal mediante medidas cautelares, siempre que ello sirva para asegurar el cumplimiento de su decisión definitiva; es razonable y proporcionado que una vez constatados estos actos y a fin de asegurar el efectivo cumplimiento de la

decisión final en sede administrativa, se ordene el cese definitivo de estos” (Morón, 2010, p. 149).

En ese sentido, las medidas cautelares en sede administrativa también tienen tres requisitos que deben ser superados para ser adoptados. Sobre la verosimilitud,

“(…) se exige que la autoridad competente realice un juicio de verosimilitud, pero no de certeza, pues este último recién será exigible al momento de emitir la resolución final. (...) la “apariencia sobre el fundamento de la pretensión” se obtiene cuando se cuenta con elementos de juicio suficientes que generen verosimilitud en la autoridad competente sobre la probabilidad de que la pretensión (petición administrativa) sea amparada” (Gómez y Granados, 2015, p. 42).

Nuevamente, la particularidad de la verosimilitud se dirige más a la probabilidad que a la certeza, con lo cual la autoridad competente debe enfocarse en buscar elementos que alcancen dicho punto. Por otro lado, respecto al peligro a la demora, dado que un procedimiento “(...) se debe realizar toda una serie de actividades en un período determinado, el cual frecuentemente no es breve. Este lapso de tiempo, indispensable para garantizar el debido procedimiento, genera el riesgo de convertir en prácticamente ineficaz la resolución final, la cual parece destinada por deseo de perfección, a llegar demasiado tarde” (Gómez y Granados, 2015, p. 44).

En ese sentido, dicho presupuesto se enfoca a la duración del procedimiento como tal, teniendo en cuenta por ello que eso genera un riesgo en la protección del derecho en riesgo. Finalmente, sobre la adecuación, “(...) implica la necesidad que se otorguen medidas cautelares que sean congruentes y proporcionales con el objeto que es materia de protección. (...)” (Gómez y Granados, 2015, p. 45). En el caso de actos de competencia desleal, el artículo 33° de la LRCD indica que las medidas cautelares tienen que ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño que se quiere evitar (Gómez y Granados, 2015, p. 46)

En el caso particular de la competencia desleal tenemos el Decreto Legislativo N° 1044, en el cual se faculta a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal para dictar medidas cautelares, en caso corresponda, estableciendo lo siguiente: “Artículo

25.2.- Son atribuciones de la Comisión: (...) d) Dictar medidas cautelares; (...)” (subrayado es nuestro). Entonces, en línea con lo establecido en la LPAG, INDECOPI, a través de dicha Comisión, puede dictar medidas cautelares.

Pero, ¿cuándo es que la Comisión debería dictar una medida cautelar o en qué casos debería otorgarse? El artículo 33° de la LRCD dispone que

“33.1.- En cualquier etapa del procedimiento, la Comisión podrá, de oficio o a pedido de quien haya presentado una denuncia de parte o de terceros con interés legítimo que también se hayan apersonado al procedimiento, dictar una medida cautelar destinada a asegurar la eficacia de la decisión definitiva, lo cual incluye asegurar el cumplimiento de las medidas correctivas y el cobro de las sanciones que se pudieran imponer. (...)”

Dicha disposición normativa establece que la facultad que tiene la Comisión para poder dictar medidas cautelares puede darse en el marco de cualquier etapa del procedimiento, siempre y cuando dicha medida se otorgue para asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. En esa misma línea, el artículo 33.2° indica que las medidas cautelares pueden adoptarse para la cesación de un acto o la prohibición de uno, en caso aún no se haya dado, entre otros. En el caso que nos compete, es preciso resaltar que la Comisión puede disponer dichas medidas cautelares para ordenar que se suspenda un acto que este provocando un perjuicio a un administrado.

Ahora, como mencionamos en el apartado anterior, de acuerdo a nuestro Código Civil, así como de acuerdo a la LPAG, los presupuestos para poder dictar una medida cautelar son tres: (i) la verosimilitud del derecho, (ii) el peligro en la demora y (iii) la adecuación.

Sin embargo, en la LRCD se menciona que los requisitos son dos: (i) la verosimilitud en la existencia de un acto de competencia desleal y (ii) peligro en la demora del pronunciamiento final<sup>9</sup>. Ello no quiere decir que la adecuación este fuera de los

---

<sup>9</sup>“**Artículo 34.- Requisitos para el dictado de medidas cautelares.** - Para el otorgamiento de una medida cautelar, la Comisión deberá verificar la existencia concurrente de: i) verosimilitud en la existencia de un acto de competencia desleal; y, ii) peligro en la demora del pronunciamiento final.”

presupuesto a cumplir, sino que este mismo se desprende del artículo 33° del dicho cuerpo normativo.

Asimismo, la Sala (2009) ha señalado que “(...) El transcurso del tiempo que toma la tramitación de un proceso judicial o administrativo hasta la obtención de una decisión puede determinar que ésta sea ineficaz. Para evitarlo, el ordenamiento otorga la posibilidad de recurrir a mecanismos que garanticen que la ejecución de lo ordenado por la autoridad al final del procedimiento sea efectivamente realizable: las medidas cautelares” (p. 2) (subrayado es nuestro)

Es así que, es importante tomar como factor crucial de las medidas cautelares el tiempo en el que se desarrolla un procedimiento administrativo, y que tan eficaz va a ser la resolución final respecto del derecho que se busca proteger- en tanto se tenga la probabilidad que se exige en la verosimilitud-. Por todo lo mencionado anteriormente, considero que INDECOPI, a través de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, sí puede adoptar medidas cautelares de oficio, en tanto se cumpla con los presupuestos para ello.

### 2.3. *¿Cabía dictar una medida cautelar en este caso?*

Teniendo en cuenta que hemos definido lo que se entiende por medidas cautelares y su regulación tanto en el Código Civil, así como su aplicación en el procedimiento administrativo, específicamente por parte de autoridades administrativas como INDECOPI, en el caso de Capri Internacional y las figuritas del álbum, ¿la Comisión debió adoptar una medida cautelar?

Como mencionamos en el apartado anterior, la Comisión sí tiene facultades para, de oficio, dictar medidas cautelares, atendiendo a los requisitos que se necesitan para este. En ese sentido, debemos evaluar los presupuestos con la finalidad de verificar si se cumplen. Sobre la verosimilitud de estar frente un caso de competencia desleal, se busca responder a un juicio de probabilidad estándar, más no a la certeza ya que, de otro modo, no habría procedimiento alguno.

En este caso, con la interposición de la denuncia y las pruebas presentadas por parte de La República, así como la imputación de oficio por parte de la Secretaría Técnica y las fiscalizaciones llevadas a cabo, en principio, la Comisión pudo advertir el alto grado de probabilidad de la comisión de un acto de competencia desleal por parte de Capri Internacional.

Como mencionamos, la República presentó un contrato de cesión de imágenes entre Capri Internacional y el señor Pier Giorgio Glavelli, para alegar la comisión de un acto de competencia desleal. Asimismo, la Secretaría de la Comisión realizó distintas fiscalizaciones ya que se había constatado de que la empresa en cuestión no tenía autorización para la explotación de imágenes de los futbolistas en las figuritas/cromos.

En adición a lo anterior, la Comisión debió considerar la reiterancia de este tipo de actos de competencia desleal a lo largo de los años. Casos como el Mundial de Francia 1998, el Mundial de Alemania en el 2006 y el Mundial de Sudáfrica 2010, fueron materia de análisis de la Comisión. La mayoría de dichos casos comparte la particularidad de la falta de autorización de uso de imagen de los futbolistas. En ese sentido, teniendo en consideración estos antecedentes, la Comisión podía analizar y colegir la existencia de un juicio de probabilidad estándar, con fuertes indicios, mediante el cual el presupuesto de la verosimilitud era fácilmente superado.

Por otro lado, en cuanto el peligro en la demora, aun habiéndose iniciado el procedimiento, la afectación a las normas de competencia desleal seguía dándose de manera evidente. Además, atendiendo al factor del tiempo, la duración de este tipo de certamen es relativamente corto.

Como bien sabemos, si bien la promoción del evento organizado por la FIFA suele iniciar los primeros meses del año, los partidos se dan durante los meses de junio y julio, siendo su duración aproximadamente un mes. Finalizado el mundial, la relevancia de la venta de cualquier tipo de *merchandasing* alusivo a este deja de ser tan solicitado en el mercado.

En ese sentido, ¿cuál es el objetivo de emitir una resolución a favor de La República después de las fechas en donde el Mundial Rusia 2018 adquirió mayor atención e

importancia por parte de los consumidores? Así pues, considerando el requisito de la verosimilitud y la duración del procedimiento en relación con la duración del mundial, es claro y evidente que se cumple con el requisito del peligro en la demora.

Asimismo, Capri Internacional seguía obteniendo una ventaja económica -ilícita-, proveniente de su participación de mala fe en el mercado. En tanto nos encontrábamos en el marco de un procedimiento, que aún no contaba con una resolución final, respecto de un caso reiterativo en el marco del mundial de la FIFA, la falta de prohibición de la comercialización de las figuritas del mundial provocaba la perpetuación de dicha ventaja a favor de Capri Internacional.

Finalmente, sobre la adecuación de la medida a adoptar, como mencionamos en el apartado anterior, atendiendo al artículo 33º, dichas medidas pueden solicitar la cesación o prohibición de un determinado acto que se encuentra vulnerando alguna de las disposiciones de la LRCD, ya sea la cláusula general, o los actos enunciativos de la norma. En este caso, la medida que se debió tomar, dado que así se paralizaría la comercialización de las figuritas/cromos de futbolistas del álbum de Capri Internacional, es la orden de cesación de la circulación y comercialización de estos mismos.

En conclusión, bajo el razonamiento anterior, la Comisión debió adoptar una medida cautelar que ordene la suspensión de la circulación de las figuritas con las imágenes de los futbolistas, ya que de esa manera evitaba que Capri Internacional siga generando ganancias económicas a costa de la buena fe empresarial y la participación justa en el mercado.

Ahora, si bien consideramos que la Comisión debió dictar una medida cautelar, consideramos que ello se subsanó en tanto la Comisión de Derechos de Autor dictó una medida cautelar atendiendo a la normativa sobre la materia que les corresponde, salvaguardando de manera indirecta el orden y la leal competencia en el mercado.

## V. **POSICIÓN DEL BACHILLER**

En líneas generales, concuerdo con la resolución emitida por parte de la Sala en el presente caso, en particular sobre la argumentación de la infracción de la cláusula general por parte de Capri Internacional. En ese sentido, sobre la cláusula general y su infracción, considero que la Sala hace lo correcto en referirse a la cláusula general como aquella en la que caben los supuestos que no pueden identificarse con las conductas desleales enunciativas establecidas en la norma.

En ese sentido, la cláusula general juega un rol complementario, tal como menciona el autor Alex Sosa, así como residual. Los actos enunciativos en la norma son considerado típicos, mientras que los atípicos -ya que no se ajustan a los supuestos particulares- deberán ser sancionados a través de la cláusula general. Sin embargo, que los actos de competencia desleal en general sean contrarios a la buena fe empresarial, suponen que los actos enunciativos de la norma -que de igual forma son actos de competencia desleal- también infringen la cláusula general.

Asimismo, sobre el fundamento base de la cláusula general, concuerdo con la Sala en tanto señalan que la buena fe empresarial es lo que sostiene la participación leal en el mercado. Por ello, “(...) cuando un agente económico mejora su posición en el mercado o afecta a su competidor, mediante una conducta que distorsiona u obstruye el funcionamiento del proceso competitivo y es ajena al esfuerzo empresarial propio; nos encontramos ante un acto contrario a la buena fe empresarial previsto y sancionado por la cláusula general” (INDECOPI, 2019, p. 11)

Por otro lado, en lo relacionado a la falta de autorización del uso de la imagen de los futbolistas, como causa del quebrantamiento a la buena fe empresarial, si bien nos encontramos de acuerdo con lo mencionado por la Sala, consideramos que se debió realizar un mayor análisis en dicho extremo, evaluando el derecho a la imagen desde su aplicación como derecho personalísimo, así como su vulneración cuando se tratan de personajes famosos, como son los futbolistas.

En esa línea, concuerdo con Pedraza y García (2019), en tanto que el uso de imágenes de los futbolistas en particular, constituye un uso arbitrario de las mismas (p. 42, 45). Asimismo, como se mencionó en el primer apartado, coincidiendo con Moro, el hecho de haber usado las imágenes sin autorización y que estas sean parte del comercio de

un determinado producto, es un claro y fuerte indicio de comisión de un acto de competencia desleal.

Ahora, específicamente sobre las medidas cautelares que debió dictar la Comisión, observamos que, en uso de la facultad otorgada por la LPAG, así como por la LRCD, dicho colegiado debió prestar atención a dos cuestiones en particular: (i) el tiempo de duración de la Copa Mundial FIFA 2018 y (ii) la reiterancia de casos de álbumes con alusión a los mundiales de fútbol que la misma autoridad ha resuelto a lo largo de los años.

Sin embargo, aún si sólo se atiende únicamente a la primera cuestión, considerando que las medidas cautelares son usadas con el fin de asegurar la resolución final y su efectividad, siendo de esa manera instrumentos de celeridad, la Comisión debió tomar en consideración el tiempo y duración de la promoción del *merchandising* alusivos al mundial, así como del mismo campeonato. Es así que, después de dicho periodo, la venta de dichos productos, como lo son los álbumes, no sería la misma que en el pico de la celebración del mundial, siendo incluso que la producción y distribución del mismo habría culminado.

En ese sentido, ¿de qué sirve emitir una resolución de un procedimiento que iba a tomar un mayor tiempo, siendo que la comisión del acto de competencia desleal se limita determinado tiempo de duración?, ¿por qué la Comisión no consideró adoptar una medida cautelar con la finalidad de proteger la leal competencia en el mercado y la efectividad de la decisión final?

A nuestro parecer, la Comisión falló en no advertir dicho punto ya que, en caso de que la Comisión de Derechos de Autor no hubiera dictado la medida cautelar, la resolución final se hubiera emitido cuando el mundial de fútbol ya hubiere finalizado. Por lo tanto, el agravio a la buena fe empresarial en el mercado ya se hubiera culminado y Capri Internacional tendría ganancias económicas sin haber incurrido en los costos y esfuerzos requeridos para participar en el mercado. Por ello, consideramos que la Comisión debió ser quién adopte la medida de suspensión de la comercialización de las figuritas/cromos con las imágenes de los futbolistas.

Es pertinente hacer mención de manera individual sobre la reiterancia de este tipo de actos. Anteriormente, la empresa Navarrete era sancionada por la falta de autorización para el uso de imágenes de futbolistas. Asimismo, dicha empresa presentaba siempre como prueba el contrato de cesión de imagen suscrito con el señor Pier Giorgio Glavelli. En ese sentido, resulta preocupante el hecho de que se haya suscitado hasta en tres oportunidades el mismo caso, siendo que incluso la parte denunciada presenta una y otra vez el mismo medio probatorio.

Dentro de las funciones del INDECOPI se encuentra velar por el orden en el mercado, teniendo en consideración a los agentes económicos y los consumidores. Así, la Comisión se encuentra obligada a sancionar a los agentes económicos que no cumplan con las disposiciones de la LRCD. En ese sentido, ¿qué sucede en casos en los cuales se repite una y otra vez las mismas circunstancias? ¿acaso la Comisión no está realizando de manera eficiente su labora?

Como hemos mencionado a lo largo del presente informe jurídico, estamos ante un caso que, en la práctica, se da cada cuatro años, en el contexto de la celebración del Mundial realizado por la FIFA. Entonces, la Comisión debe tener mayor atención a ello y ver si hay alguna particularidad y/o coincidencia en estos casos que no está advirtiendo o, si las sanciones que está imponiendo deben ser más severas, de tal manera que Capri Internacional se rehúse a cometer nuevamente este tipo de actos.

Asimismo, consideramos que el presente caso era de suma importancia, en tanto la Comisión pudo sentar un Precedente de Observancia Obligatoria (PPO) con la finalidad de dar un mensaje no solo a Capri Internacional, sino a cualquier otro agente económico que pretenda burlar las normas sobre competencia desleal para obtener ventajas económicas ilícitas. De esa forma se imponía un mensaje claro y contundente para evitar que se repitan este tipo de casos que distorsionan el correcto funcionamiento del mercado.

Finalmente, esperamos que, en caso de suscitarse nuevamente alguna situación similar, la autoridad tome dicha oportunidad para evaluar minuciosamente cada arista del caso y realice una comparación con los anteriores, a fin de ser más severo en la imposición de sanciones.

## **VI. CONCLUSIONES**

1. A partir de lo analizado en el presente informe, queda en evidencia que Capri Internacional cometió un acto de competencia desleal por infracción a la cláusula general, de acuerdo a lo estipulado en la cláusula 6º de la LRCD. En ese sentido, dicha empresa vulneró la buena fe empresarial en tanto puso en venta en el mercado un álbum de figuritas sobre el mundial Rusia 2018, sin contar con la autorización para el uso de imagen de los futbolistas de todas las selecciones participantes.
2. Si bien la Sala hizo lo correcto en sancionar a Capri Internacional a la luz del artículo mencionado anteriormente, consideramos que dicho colegiado pudo reforzar sus argumentos en lo referido al uso de imagen y el derecho a los futbolistas sobre este mismo.
3. La Comisión debió dictar una medida cautelar solicitando la suspensión de la venta de las figuritas del álbum de Capri Internacional, ya que de esa forma se paralizaba la ventaja económica ilícita obtenida por parte de esta empresa al no contar con las autorizaciones correspondientes para ello.
4. Atendiendo a los presupuestos de las medidas cautelares, la duración del procedimiento, y la reiterancia de este tipo de casos a lo largo de los años -en el marco de las celebraciones de los mundiales de fútbol-, la Comisión no advirtió en que esta medida podía asegurar la efectividad de la resolución final.
5. La Comisión perdió una clara oportunidad para imponer una sanción económica severa, así como para sentar un Precedente de Observancia Obligatoria en casos de uso de imagen sin autorización de los titulares como quebrantamiento de la buena fe empresarial. De esa forma se podría evitar que agentes económicos, como Capri Internacional, sigan lucrando sin incurrir en los costos necesarios para dicha actividad, obteniendo ganancias económicas de manera ilícita. Recomendamos que, en caso de presentarse nuevamente un caso similar,

INDECOPI no pierda la oportunidad de poder dejar un mensaje claro en salvaguarda de la leal competencia.



## **BIBLIOGRAFÍA**

Bullard, A. y Patrón, C. (1999). El Otro Poder Electoral: Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal. *Themis* N° 39. p. 436. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10442>

Cavero, E. (2012). El right of publicity y los derechos sobre la imagen y reputación de las celebridades en la industria del entretenimiento. *Ius Et Veritas* N° 44. Lima. p. 213. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12031>

Congreso de la República del Perú (1992). Ley N° 26122. Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. <https://vlex.com.pe/vid/decreto-represion-competencia-desleal-29904841>

Congreso de la República del Perú (2008). Decreto Legislativo N° 1044. Ley de Represión de Competencia Desleal. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H967537>

Congreso de la República del Perú (s/f). Exposición de Motivos – Decreto Legislativo N° 1044. pp. 13. [https://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion\\_de\\_Motivos/DL-2008/DL-1044.pdf](https://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1044.pdf)

Espinosa-Saldaña, E. (2010). Medidas cautelares en el Procedimiento Administrativo Peruano: Una mirada crítica a lo realizado y un adelanto sobre aquello que debiera hacerse al respecto. *Círculo de Derecho Administrativo*. p. 179. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13712/14336>

Expediente 08-058739. Sentencia N° 1990. (2012). Superintendencia de Industria y Comercio. p. 3. [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/sentencia%20de%20competencia%20desleal/Sentencia\\_1990\\_2012.pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/sentencia%20de%20competencia%20desleal/Sentencia_1990_2012.pdf)

Expediente N° 1970-2008/PA/TC. Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01970-2008-AA.pdf>

Gómez, H. y Granados, M. (2015). “Teoría General de las Medidas Cautelares en los procedimientos administrativos”. *Praeceptum Indecopi*. p. 34, 35, 42, 44, 45, 46. [https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7738/826\\_827-830\\_ECP\\_Praeceptum2.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7738/826_827-830_ECP_Praeceptum2.pdf?sequence=3&isAllowed=y)

Aramaya, A., Gagliuffi, I., Maguiña, R., Rodas, C., Sosa, A. y López, P. (2013). Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. Competencia Desleal y Regulación Publicitaria. Repositorio Indecopi. p. 24. [https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5559/competencia\\_desleal.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5559/competencia_desleal.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Indecopi. (2018). Promoviendo la competencia y la protección al Consumidor en la Copa Mundial FIFA Rusia 2018. p. 22. <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/7762>

Indecopi. (2021) Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial. p. 8. <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/7793>

Jefatura del Estado. (1991). Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1991/BOE-A-1991-628-consolidado.pdf>

López, P.S. (2007). La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados. *Themis N° 54*. p. 288, 289, 294. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8885>

McMurphy, M. & Lee, L. (1999). The Professional Athlete’s Right of Publicity. *Marquette Sports Law Review*. pp. 25. <https://core.ac.uk/download/pdf/148695357.pdf>

Moro, M. (2012). La cesión de los derechos de imagen de los deportistas profesionales. p. 216, 219. <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=rpJk0SMCh%2Fo%3D>

Morón, J. (2010). Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración. *Círculo de Derecho Administrativo*. p. 149.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13710/14334>

Otamendi, J. (1998). La competencia desleal. *Revista Jurídica*, revista N° 2, p.1.  
[https://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub\\_a3n2.html](https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub_a3n2.html)

Palacios, E. (2004). Reflexiones sobre la caducidad de las medidas cautelares. *Ius Et Veritas*. p. 24.

Pedraza, D. y García, R. (2019). *El derecho a la imagen propia de los deportistas profesionales en Colombia y su uso comercial*. p. 42, 45.  
<https://repositorio.unicolmayor.edu.co/handle/unicolmayor/75>

Pérez, C. (2010). Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano. p. 102.  
[http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1480/Perez\\_rc.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1480/Perez_rc.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Priori, G. (2011). La oposición a las medidas cautelares. *Advocatus*. p. 416.  
<https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/3202>

Proto Pisani, A. (2014) La tutela cautelar (Estructura y funciones). La tutela jurisdiccional. p. 390.

Tribunal Constitucional (2006). Expediente N° 0015-2005-PI/TC. Fundamento 28.  
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00015-2005-AI.pdf>

Resolución N° 034-2007/CCD-INDECOPI. (2007) p. 14,16.

Resolución N° 0362-2017-SDC-INDECOPI. (2017). INDECOPI. p.13.

Resolución N° 0455-2004/TDC-INDECOPI (2004). INDECOPI. p. 12.  
[https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4180/1352\\_CCD\\_Prec\\_CD\\_Resolucion\\_0455-2004-TDC-Indecopi.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4180/1352_CCD_Prec_CD_Resolucion_0455-2004-TDC-Indecopi.pdf?sequence=3&isAllowed=y)

Resolución N° 1212/2007. (2007). Tribunal Supremo Español.  
<https://vlex.es/vid/desleal-imitacion-albumes-cromos-u-35761870>

Resolución N° 1511-2012/SC1-INDECOPI. (2012). INDECOPI. p. 20, 22.  
<https://es.scribd.com/document/374296309/RESOLUCION-1511-2012-SC1-INDECOPI-EXPEDIENTE-042-2010-CCD>

Resolución N° 1752-2011/SC1-INDECOPI. (2011). INDECOPI. p. 6.

Resolución N° 609-2018/CDA-INDECOPI (2018). INDECOPI. p. 12.

Resolución 0658-2009/S C1-INDECOPI. (2009) p. 2. [https://app-vlex-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/#search/jurisdiction:PE+inPlanOnly:1+fulltext+in+plan:1+content\\_type:7/medidas+cautelares+procedimiento+administrativo/WW/vid/446467342](https://app-vlex-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/#search/jurisdiction:PE+inPlanOnly:1+fulltext+in+plan:1+content_type:7/medidas+cautelares+procedimiento+administrativo/WW/vid/446467342)

Rodríguez, G. (2017). La Cláusula de competencia desleal en el Perú: lo bueno, lo malo y lo espantoso. *Derecho & Sociedad*, revista N° 49. p. 240. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19890>

Sáez, C. (2017). Derecho a la imagen propia y su manifestación en internet. p. 38, 42. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/151565/Derecho-a-la-imagen-propia-y-su-manifestaci%C3%B3n-en-internet.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Salas, S. (2007). Factores para determinar la verosimilitud del derecho invocado en las medidas cautelares. *Revista Jurídica del Perú*. p. 226. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7662799.pdf>

Samaniego, P. y Córdova, E. (2010). Comentarios a la Ley de Represión de Competencia Desleal. *Gaceta Jurídica*. p. 168, 170. <https://es.slideshare.net/percysamaniego/comentarios-a-la-ley-de-represin-de-competencia-desleal>

Sosa, A. (2020). La cláusula general de competencia desleal: ¿El “caballero está muerto o anda de parranda? *Pólemos Portal Jurídico Interdisciplinario*. <https://polemos.pe/la-clausula-general-de-competencia-desleal-el-caballero-esta-muerto-o-anda-de-parranda/>