

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2009  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## **Derecho de Autor. Competencia desleal. Fotografías. Álbumes.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Tribunal Supremo, Sala de lo Civil

**FECHA:** 28-11-2007

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Civil)

**FUENTE:** Portal del Tribunal Supremo español por <http://www.poderjudicial.es> (Tribunal Supremo/jurisprudencia)

**OTROS DATOS:** Sentencia 1212/2007

### **SUMARIO:**

*“... se presentó demanda interpuesta por la compañía mercantil italiana PANINI S.p.A. contra [...] solicitando se dictara sentencia por la que: «a) Se declare que la conducta de [...] al comercializar y distribuir una colección de cromos sobre el Campeonato Mundial de Francia 98 sin disponer de las preceptivas autorizaciones de los derechohabientes e infringiendo los derechos adquiridos por el grupo PANINI, constituye un acto de competencia desleal» ...”.*

[...]

*“... la actora-reconvenida ya se cuidó de puntualizar, al contestar a la reconvenición, que «nos hallamos ante una demanda por competencia desleal, y no por infracción exclusiva del derecho de imagen. Este derecho, lo mismo que el de marca y el de propiedad intelectual, puede ser y son complementos legales a la infracción. Es una conducta compleja compuesta de diversos actos y vulneraciones legales, que en su conjunto, no individualmente, constituyen competencia desleal» ...”.*

[...]

*“... no cabe duda de que las recurrentes, al distribuir en el mercado una colección o álbum de cromos mediante un contrato con la editora en el que, según se declara probado, ni siquiera se consignaba que esta última tuviera derecho alguno a reproducir en cromos las imágenes y emblemas de que se trata, editora a la que el tribunal de Módena prohibió la producción, comercialización y distribución de los cromos, como también se declara probado, incurrió en un comportamiento prácticamente igual a lo que hoy se conoce como «piratería» discográfica, pues siendo de conocimiento general el valor patrimonial de la imagen de los futbolistas entró en competencia, sin pagar nada, con la empresa que mediante una muy compleja negociación había logrado adquirir los derechos para la colección o álbum de cromos. En definitiva, se competía en el mercado con la actora-reconvenida, pero mientras ésta había adquirido todos los derechos necesarios para lanzar su colección de cromos, las recurrentes lo hacían totalmente al margen del coste que les habría supuesto la adquisición*

*de derechos de muy diversa índole pertenecientes a sujetos plurales, lo cual no puede por menos que calificarse como objetivamente contrario a las más elementales exigencias de la buena fe”.*

**COMENTARIO:** Pueden existir diversos actos ilícitos que tipifican infracciones a derechos de propiedad intelectual y que al mismo tiempo constituyen conductas típicas de competencia desleal, partiendo del principio por el cual, en términos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *“en el ámbito vinculado con la propiedad industrial, la conducta competitiva de los agentes económicos deberá ser compatible con los usos y prácticas considerados honestos por quienes participan en el mercado”*.<sup>1</sup> Aunque tradicionalmente esos actos de competencia desleal se vincularon fundamentalmente con los derechos de propiedad industrial, decisiones judiciales más recientes han declarado que con tales conductas también se pueden infringir, simultáneamente, un derecho de autor o un derecho conexo al del autor, particularmente en los casos de aprovechamiento parasitario de la reputación ajena. © Ricardo Antequera Parilli, 2009.

## TEXTO COMPLETO:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Con fecha 20 de mayo de 1998 se presentó demanda interpuesta por la compañía mercantil italiana PANINI S.p.A. contra D. Pedro Antonio como legal representante de la compañía E.C.S. INMOSOL S.A., D<sup>a</sup> Estíbaliz, esposa del anterior, y la mercantil CROMOSOL S.L. solicitando se dictara sentencia por la que: "a) Se declare que la conducta de Pedro Antonio al comercializar y distribuir una colección de cromos sobre el Campeonato Mundial de Francia 98 sin disponer de las preceptivas autorizaciones de los derechohabientes e infringiendo los derechos adquiridos por el grupo PANINI, constituye un acto de competencia desleal; b) Se condene a Pedro Antonio a indemnizar a mis principales por los daños y perjuicios ocasionados por su conducta competencialmente desleal, importe de dichos daños y perjuicios que será determinado a lo largo del presente procedimiento o en ejecución de sentencia; c) Se declare que la comercialización y distribución de los álbumes y coleccionables por Pedro Antonio, constituye una infracción de los derechos de imagen de los jugadores de fútbol de las diferentes selecciones nacionales

que hayan reproducido sin consentimiento del titular de los derechos; d) Se declare que Estíbaliz y la sociedad CROMOSOL, S.L., como colaboradores necesarios y con pleno conocimiento de los actos realizados en la edición, publicación y distribución de los álbumes y coleccionables del Mundial de Fútbol de Francia 98, han realizado actos de competencia desleal; e) Se condene a Estíbaliz y la sociedad CROMOSOL, S.L., a indemnizar a mis principales por los daños y perjuicios ocasionados por su conducta competencialmente desleal, importe de dichos daños y perjuicios que será determinado a lo largo del presente procedimiento o en ejecución de sentencia; f) Se condene a costa de las demandadas a la publicación de la Sentencia condenatoria en 3 periódicos de ámbito nacional y 2 de ámbito regional de la Comunidad Asturiana".

**SEGUNDO.** Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Gijón, dando lugar a los autos Nº 339/98 de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, y emplazados los demandados, éstos comparecieron y contestaron a la demanda, formularon reconvenición y solicitaron se dictara sentencia "por la que, estimando la excepción de falta de legitimación pasiva y de fondo de falta de legitimación activa de la actora, y en todo caso las causas de oposición que dejamos expuestas, DESESTIME LA DEMANDA Y ABSUELVA a mis representados de la misma, condenando a la actora en costas.

1. Proceso 26-IP-2008 (17-4-2008), en <http://www.comunidadandina.org/documentos.asp>

Y, con estimación de nuestra DEMANDA DE RECONVENCIÓN condene a Panini, S.p.A., en los siguientes pronunciamientos:

1º A DECLARAR:

a) Que la actuación de Panini, S.p.A. instando reclamaciones judiciales en contra de mis mandantes, solicitando y obteniendo la paralización de su mercancía, constituyen actos de competencia desleal y de abuso del derecho.

b) Que su actuación, articulando entre distintas empresas la contratación y posterior cesión a una de ellas de derechos de exclusiva, pactando la impresión, distribuyendo por zonas la comercialización con precio concertado, buscando la exclusión del mercado de sus competidores, en particular de nuestra cliente "E.C.S. INMOSOL, S.A.", constituye acto de competencia desleal contrario al art. 15.2 de esta ley, acto ilícito conforme a los arts. 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, y ejercicio de un derecho con empleo de mala fe y abuso de derecho del art. 7 del Código Civil.

2º A CONDENAR:

a) A que Panini, S.p.A. indemnice a mi representada en cuantos daños y perjuicios objetivos se le han ocasionado por la suspensión judicial de sus productos, cuya cuantía equivaldrá al precio de venta en el mercado de todos los realizados y que han quedado constituidos en depósito en sus almacenes y en los de los diferentes distribuidores que han sido oficiados por este Juzgado en la pieza separada de medidas cautelares, cuya determinación o "tantum" se practicará en periodo probatorio y, en otro caso, en trámite de ejecución de sentencia previa fijación de las bases conforme a lo dispuesto en el art. 360 de la L.E.C.

b) A pagar a mis representados en concepto de daños morales la suma que su Señoría considere ajustada a derecho y en concepto de lucro cesante, en la cantidad a que hubiera ascendido la rotación del producto de no haberse cortado la comercialización, calculado en ejecución de Sentencia, en razón al volumen final de ventas obtenido por mi

representada con otros productos similares, o bien en razón al volumen de negocio de la propia actora.

c) A publicar la Sentencia que se dicte en este procedimiento, a costa de Panini, S.p.A., en tres diarios de esta provincia y tres de los de mayor tirada a nivel nacional.

3º.- Y al pago de las costas procesales".

**TERCERO.** Contestada la reconvencción por la demandante inicial pidiendo su absolución de la misma con expresa imposición de costas a la parte reconviniente por su temeridad y mala fe, recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del mencionado Juzgado dictó sentencia con fecha 23 de marzo de 1999 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: "Que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva de la codemandada y desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Elías Cabal en nombre y representación de PANINI, S.p.A. y desestimando la reconvencción formulada por Pedro Antonio como legal representante de E.C.S. INMOSOL, S.A., Estíbaliz y CROMOSOL, S.L. representados por el Procurador Sr. Otero Fanego, debo absolver y absuelvo a Pedro Antonio, como legal representante de Inmosol, S.A., a Estíbaliz, a Cromosol S.L. y a Panini S.P.A., sin hacer expresa imposición de las costas, excepto de las causadas a instancia de Estíbaliz que se imponen a Panini S.P.A."

**CUARTO.** Interpuesto por la demandante inicial contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 339/98 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Asturias, y adheridas a la impugnación las mercantiles EDICIONES CROMOSOL S.L. Y E. C.S. INMOSOL S.A., la primera por no haberse declarado su falta de legitimación pasiva y la segunda por haberse desestimado la reconvencción, dicho tribunal dictó sentencia en fecha 29 de septiembre de 2000 con el siguiente fallo: "Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por PANINI, S.P.A. y desestimar la adhesión formulada por INMOSOL S.A. y CROMOSOL, S.L. ambos frente a la sentencia dictada el día veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y nueve por

la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Gijón, la que se REVOCA en el siguiente sentido:

1) Con estimación parcial de la demanda se declara que la conducta de E.C.S. INMOSOL, S.A. al comercializar y distribuir una colección de cromos sobre el campeonato mundial de Francia-98 sin disponer de los derechos de explotación de imagen e infringiendo los que son titularidad de la actora, PANINI, S.P.A., constituye un acto de competencia desleal. ASIMISMO, se declara que la referida comercialización y distribución de los álbumes y coleccionables constituye una infracción de los derechos de imagen de los jugadores de fútbol de las diferentes selecciones nacionales que hayan sido reproducidos sin consentimiento de sus titulares y en la medida en que tales derechos habían sido adquiridos por la actora PANINI, S.P.A.;

2) Se declara que la entidad CROMOSOL, S.L. al haber colaborado en la distribución de los álbumes y coleccionables del Mundial de Fútbol France-98 con la entidad INMOSOL, S.A. ha realizado actos de competencia desleal, condenando a la citada sociedad conjuntamente con INMOSOL, S.A. a indemnizar a la actora en los daños y perjuicios ocasionados, los que se determinarán en ejecución de sentencia. Así como, a publicar a su costa el Fallo de esta resolución en un periódico de ámbito nacional y otro de esta Comunidad Autónoma.

Se imponen a las sociedades condenadas las costas de la primera instancia originadas por la demanda, siendo las causadas por la llamada al proceso de la Sra. Estíbaliz a cargo de la actora. Se imponen a los reconvinientes las costas de la reconvenición. Se confirma el pronunciamiento de la recurrida que desestima la reconvenición, y el que absuelve a la Sra. Estíbaliz.

No procede hacer expresa declaración en cuanto a las costas del recurso. Se imponen a las adheridas las de la adhesión."

**QUINTO.** Anunciado recurso de casación por las mercantiles E.C.S. INMOSOL S.A. y EDICIONES CROMOSOL S.L. contra la

sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y aquéllas, representadas por el Procurador D. Nicolás Álvarez Real, lo interpusieron conjuntamente ante esta Sala articulándolo en cuatro motivos formulados al amparo del ordinal 4º del art. 1692 LEC de 1881: el primero por infracción del art. 7.6 en relación con el 8.2.a), ambos de la LO 1/82; el segundo por infracción del art. 11 de la Ley de Competencia Desleal; el tercero por infracción del art. 5 de la misma ley; y el cuarto por infracción de su art. 15.2 .

**SEXTO.** Personada la actora-reconvenida como recurrida por medio del Procurador D. José Llorens Valderrama, evacuado por el Ministerio Fiscal el trámite del art. 1709 LEC con la fórmula de "visto" y admitido el recurso por Auto de 27 de octubre de 2003, la mencionada parte recurrida presentó su escrito de impugnación solicitando se declarase no haber lugar al recurso y se impusieran las costas a las recurrentes.

**SÉPTIMO.** Por Providencia de 14 de septiembre del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 6 de noviembre siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. FRANCISCO MARÍN CASTÁN

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Dados los términos del presente recurso de casación, las cuestiones a resolver por esta Sala han quedado notablemente reducidas en comparación con las que fueron objeto de debate en las instancias. Así, la compañía demandante-reconvenida, de nacionalidad italiana, se ha aquietado con la absolución de la persona física codemandada, y del desarrollo del litigio ha quedado claro que sus pretensiones se dirigían, además, no contra la otra persona física también mencionada en la demanda inicial como representante legal de una compañía mercantil de nacionalidad belga con forma de sociedad anónima, sino contra esta misma compañía y otra de nacionalidad española con forma de sociedad limitada.

*Por su parte estas dos últimas compañías, demandadas-reconvinentes, no impugnan la valoración probatoria del tribunal de instancia en cuanto a los contratos celebrados por la actora-reconvenida con diversas federaciones de fútbol y distintos jugadores para poder "explotar en forma de cromos la imagen de los participantes, así como los logotipos, trofeos, emblemas, uniformes y mascotas relativos al Mundial de Fútbol de 1998, habiéndosele concedido, en la mayor parte de las ocasiones, el uso de esos derechos con carácter exclusivo".*

*Tampoco se impugnan otras declaraciones probatorias relevantes de la sentencia recurrida como son las siguientes: a) que la sociedad belga demandada-reconviniente "venía distribuyendo otra colección de cromos referida a la misma competición, sin que hubiera adquirido los derechos necesarios para ello"; b) que tales derechos para distribuir en España y Portugal esa otra colección no podían derivar del contrato celebrado con una sociedad limitada italiana, no litigante, acompañado con el escrito de contestación-reconvención, constando incluso en las actuaciones la resolución de un tribunal de Módena prohibiendo a esa sociedad italiana producir, comercializar y distribuir cromos de varios países y jugadores participantes en el Mundial; c) que igualmente constaba la resolución de un tribunal de Bruselas en la que se ordenaba a otra sociedad, tampoco litigante pero de la que era socio el padre de un socio de la compañía belga sí demandada, ordenando el cese en el uso de las fotografías individuales de los jugadores de fútbol de los clubes y asociaciones participantes en el Campeonato Mundial de 1998 por no haber obtenido el derecho de reproducción; y d) que la sociedad española demandada-reconviniente, de la que era representante legal el mismo que el de la sociedad belga también demandada-reconviniente, había cooperado con esta última en la distribución de los cromos.*

*Pues bien, de contrastar las referidas declaraciones probatorias con los cuatro motivos del recurso, interpuesto conjuntamente por las sociedades española y belga demandadas-reconvinentes al amparo del ordinal 4º del art. 1692 LEC de 1881, resulta*

*que a esta Sala se le plantean las siguientes cuestiones: primera, si su conducta constituye o no una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen de los jugadores de fútbol participantes en el Campeonato Mundial de Francia de 1998 (motivo primero); segunda, si esa misma conducta constituye o no acto desleal con arreglo a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (motivos segundo y tercero); y tercera, si fue o no desleal la conducta de la actora-reconvenida por prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante infracción de las leyes de defensa de la competencia (motivo cuarto).*

**SEGUNDO.** *El primer motivo del recurso, que plantea la cuestión ya referida, se funda en aplicación indebida del art. 7.6 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (por error se cita esa ley orgánica como "5/82 " al principio del encabezamiento del motivo), al entender la parte recurrente que no hubo por su parte intromisión ilegítima alguna "tanto por no ser ésta invocada por los titulares del derecho a la propia imagen, ni constituir vulneración de derecho a la imagen adquirido, como por estar amparada por el artículo 8.2 a) de la Ley Orgánica 1/1982 ". En el desarrollo del motivo se alega que la actora-reconvenida carece de acción "puesto que no ostenta la posición jurídica de titular del derecho presuntamente vulnerado, sino en todo caso, la de entidad autorizada o facultada para la utilización de la imagen, en virtud de los contratos de cesión o licencia de uso de la misma"; que no existe intromisión por ser los jugadores de fútbol participantes en el Mundial "personas con marcado carácter público" y dicho campeonato "un evento de indudable trascendencia y objeto de total seguimiento informativo", respondiendo el producto distribuido por la sociedad belga recurrente "a ese interés y demanda informativa que existe sobre el evento mundial", compatibles con un legítimo ánimo de lucro, pues también "la obtención de beneficios es el fin último que persiguen los medios informativos, la prensa y revistas que se ocupan de los acontecimientos públicos"; y en fin, que con arreglo a la*

*jurisprudencia la conducta de las recurrentes estaría amparada en el art. 8 de la citada LO 1/82.*

*La respuesta al motivo así planteado pasa por hacer una precisión sobre lo que verdaderamente planteó la parte actora en relación con la vulneración del derecho de los jugadores a su propia imagen y por exponer la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala acerca de la distinción entre el aspecto constitucional del derecho a la propia imagen y su aspecto comercial o esfera patrimonial.*

*En cuanto a lo primero, la actora-reconvenida ya se cuidó de puntualizar, al contestar a la reconvenición, que "nos hallamos ante una demanda por competencia desleal, y no por infracción exclusiva del derecho de imagen. Este derecho, lo mismo que el de marca y el de propiedad intelectual, puede ser y son complementos legales a la infracción. Es una conducta compleja compuesta de diversos actos y vulneraciones legales, que en su conjunto, no individualmente, constituyen competencia desleal". Y al impugnar ante esta Sala el motivo que ahora se examina, ha señalado el carácter meramente instrumental de la petición formulada en su día en la demanda sobre la infracción de los derechos de imagen, explicándose en los siguientes términos: "Pero quede claro, no persigue esta parte ninguna indemnización de daños por la intromisión ilegítima declarada, puesto que en ninguno de los casos esa intromisión ilegítima es sustancial de la causa de pedir, sino solamente instrumental (al igual que la que deriva de las infracciones igualmente confesadas de los derechos sobre los símbolos, escudos, emblemas y uniformes de todas las Selecciones) y en la medida que resulta precisa y necesaria para argumentar la demanda".*

*En cuanto a la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala sobre la indicada distinción, la STC 81/2001, de 26 de marzo, dictada con posterioridad a la sentencia recurrida en casación, de suerte que no pudo ser tenida en consideración por el tribunal sentenciador, declaró lo siguiente: "el derecho constitucional a la propia imagen no se*

*confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial in consentida -e incluso en determinadas circunstancias la consentida- de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen. Es cierto que en nuestro Ordenamiento -especialmente en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen- se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE.*

*Dicho en otras palabras, a pesar de la creciente patrimonialización de la imagen y de "la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma" (STC 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4), el derecho garantizado en el art. 18.1 CE, por su carácter "personalísimo" (STC 231/1988, FJ 3), limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo". Y unos meses más tarde la STC 156/2001, de 2 de julio, tratando de nuevo sobre el derecho a la propia imagen, declaró que "la protección constitucional de este derecho no alcanza su esfera patrimonial, ya que el conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de la imagen, aunque son dignos de protección y en nuestro Ordenamiento se encuentran protegidos -en especial en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil de derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen-, no forman parte del contenido del*

derecho fundamental a la propia imagen que consagra el art. 18.1 CE ". Por su parte la STS 21-12-94 (recurso nº 3651/91), sobre carteles con la imagen de una famosa actriz de los años 30 para anunciar la reposición de una zarzuela en 1985, excluyó la intromisión ilegítima atendiendo al homenaje y reconocimiento que en realidad se hacía a dicha actriz y precisando que el art. 7.6 de la LO 1/82 sólo es aplicable "cuando el fin de la utilización de la imagen ajena es predominantemente casi exclusivo y absolutamente único el crematístico, comercial, publicitario y análogos". La STS 3-10-96 (recurso nº 4033/92) apreció intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de unos regatistas olímpicos españoles por la reproducción de su fotografía en un calendario de una conocida marca de cervezas, remitiéndose a la STS de 29-3-96 según la cual dicha fotografía, tomada en plena competición, únicamente podía publicarse sin consentimiento de los interesados a fines de mera información, pero nunca para fines publicitarios o comerciales, ya que el derecho fundamental a la propia imagen podía ceder ante otro derecho del mismo rango, como el de información, pero no "ante el mero interés crematístico de un tercero", pues el interés público "se halla muy lejos de subyacer en el mero interés crematístico de quien, con el propósito de obtener un beneficio económico, acomete la explotación publicitaria o comercial de la reproducción o difusión de la imagen de un tercero, procediendo, además, sin consentimiento del mismo", de suerte que aumenta, en lugar de disminuir, la intensidad de la intromisión si, además, la persona cuya imagen se comercializa tiene carácter público. La STS 1-4-03 (recurso nº 2563/97), pese a ser contraria a la parte ahora recurrida en relación con un álbum de cromos del Campeonato Mundial de Fútbol de 1994, justifica su fallo precisamente por encuadrarse en la LO 1/82 "la protección del derecho patrimonial de la imagen", puntualizando que el art. 2 de dicha Ley Orgánica reconoce la posibilidad de disposición parcial de tal derecho mediante consentimiento expreso, por lo que debe concluirse que esa misma ley "regula y protege expresamente las consecuencias patrimoniales, inherentes al derecho a la propia imagen".

Pues bien, si a todo lo antedicho se une que el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, regulador de la relación laboral especial de los deportistas profesionales, contempla expresamente en su art. 7.3 "la participación en los beneficios que se deriven de la explotación comercial de la imagen de los deportistas", forzoso será concluir que el presente motivo ha de ser desestimado: primero, porque la actora-reconvenida no formuló en su demanda una pretensión autónoma fundada en la LO 1/82, ya que ni tan siquiera solicitó indemnización alguna por intromisión ilegítima en el derecho de los jugadores a su propia imagen, sino que invocó el art. 7.6 de dicha norma para confrontar la licitud de su conducta, al poner en el mercado el álbum de cromos previa adquisición de los derechos correspondientes, con la ilicitud de la conducta de las demandadas; segundo, porque, en consecuencia, no se arrogó la defensa del derecho a la propia imagen de los jugadores en su dimensión constitucional y personalísima, sino la de su valor patrimonial adquirido mediante una muy laboriosa negociación, defensa para la cual se encontraba plenamente legitimada por ser la titular de los derechos de explotación de la imagen en un álbum de cromos para el Campeonato Mundial de Fútbol de 1998 en virtud de ese proceso negociador; tercero, porque, también en consecuencia, eran los jugadores quienes carecían de legitimación para proceder contra las demandadas, precisamente por haber cedido a un tercero sus derechos, encontrándose en cambio legitimados en su caso para demandar a la actora-reconvenida de haber considerado que en realidad no se había producido tal cesión consentida; cuarto, porque el álbum de cromos comercializado y distribuido por las entidades demandadas no tenía la finalidad informativa predicable de los medios que publican noticias ilustradas con la imagen de los jugadores en competición o entrenamientos, sino un fin predominantemente comercial o crematístico sustentado en la pura imagen de los jugadores al margen de su intervención en una jugada u otro acontecimiento sobre los que interesara transmitir información; y quinto, porque en consecuencia se dio la intromisión ilegítima prevista en el art. 7.6 de la LO 1/82, utilización para unos fines comerciales consentidos en

exclusiva por los jugadores a favor de la actora-reconvenida, y en cambio no se dio ninguno de los casos previstos en el art. 8 de la misma ley.

Finalmente, la propia STS 25-4-89 que la parte recurrente cita en su apoyo conduce también a la desestimación del motivo, porque versando sobre la comercialización de un vídeo acerca de un famoso torero que incluía imágenes tomadas en la enfermería de la plaza tras la cogida que acabaría causándole la muerte, acuerda suprimir tales imágenes, por vulnerar la intimidad, y en relación con otras tomadas en vida del torero no aprecia la intromisión en el derecho a la propia imagen entendiéndolas consentidas por él tácitamente al no haber ejercitado las oportunas acciones en vida, añadiendo que las imágenes profesionales del diestro no se habían instrumentalizado "para los fines prohibidos por el número 6 del art. 7º"; es decir, todo lo contrario de lo que hicieron las aquí recurrentes.

**TERCERO.** Los motivos segundo y tercero del recurso deben examinarse conjuntamente porque ambos impugnan la atribución de actos de competencia desleal a las recurrentes. El motivo segundo se funda en infracción del art. 11 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en cuanto no habría imitación del producto de la actora-reconvenida, carente por demás de originalidad, ni aprovechamiento del esfuerzo ajeno ni, en fin, riesgo alguno de confusión en el consumidor; y el motivo tercero se funda en infracción del art. 5 de esa misma ley porque el interés protegido es el de los consumidores y las recurrentes habrían comprado un producto ya manufacturado por una sociedad editora, de suerte que no se les podría exigir la posesión de los derechos de imagen de los jugadores ni la licencia de los emblemas de las selecciones, lo cual sería tarea de los editores.

Pues bien, ambos motivos ha de ser desestimados porque si bien es cierto que la aplicación del art. 11 de la Ley de Competencia Desleal no está suficientemente justificada al no haber propiamente la imitación de algo que, como los álbumes de cromos de los futbolistas, está en el mercado desde antiguo respondiendo a una misma idea y con formato

y configuración siempre similares, no lo es menos que la conducta de las recurrentes sí es encuadrable en el art. 5 de la misma ley, en cuanto comportamiento objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

La jurisprudencia de esta Sala es clara al interpretar dicho art. 5 como orientado a prohibir "todas aquellas actuaciones de competencia desleal que, concurriendo los requisitos del art. 2º (acto realizado en el mercado con fines concurrenciales), no encuentran acomodo en los supuestos que expresamente se tipifican en los arts. 16 a 17 de la propia Ley" (STS 20-2-06 en recurso nº 2659/99, con cita de las SSTs 7 y 16-6-00, 15-10-01 y 28-9-05). Y la STS 30-5-07 (recurso nº 2037/00) declara que el referido art. 5 "es aplicable con independencia de los que le siguen, pero siempre a actos que no sean de los contemplados en estos mismos artículos", pues como se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley de Competencia Desleal la razón de ser de la cláusula general contenida en tal precepto es "la efectiva represión de la siempre cambiante fenomenología de la competencia desleal, esto es, la posibilidad siempre abierta de que surjan actos o prácticas no contemplados expresamente en la ley pero que no por ello dejen de ser constitutivos de competencia desleal".

Así las cosas, no cabe duda de que las recurrentes, al distribuir en el mercado una colección o álbum de cromos mediante un contrato con la editora en el que, según se declara probado, ni siquiera se consignaba que esta última tuviera derecho alguno a reproducir en cromos las imágenes y emblemas de que se trata, editora a la que el tribunal de Módena prohibió la producción, comercialización y distribución de los cromos, como también se declara probado, incurrió en un comportamiento prácticamente igual a lo que hoy se conoce como "piratería" discográfica, pues siendo de conocimiento general el valor patrimonial de la imagen de los futbolistas entró en competencia, sin pagar nada, con la empresa que mediante una muy compleja negociación había logrado adquirir los derechos para la colección o álbum de cromos. En definitiva, se competía en el mercado con la actora-reconvenida, pero mientras ésta había



*adquirido todos los derechos necesarios para lanzar su colección de cromos, las recurrentes lo hacían totalmente al margen del coste que les habría supuesto la adquisición de derechos de muy diversa índole pertenecientes a sujetos plurales, lo cual no puede por menos que calificarse como objetivamente contrario a las más elementales exigencias de la buena fe.*

*De ahí que, comprendiéndose en el art. 2.2 de la Ley de Competencia Desleal la difusión en el mercado de las prestaciones no sólo propias sino también de un tercero y siendo encuadrable el comportamiento de las recurrentes en el art. 5 de la misma ley, resulte irrelevante a los fines del presente recurso que no lo sea en su art. 11, pues dicho art. 5 también aparece muy explícitamente aplicado por la sentencia recurrida según se desprende del párrafo segundo de su fundamento jurídico segundo.*

**CUARTO.** Lo anteriormente razonado determina prácticamente por sí solo la desestimación del cuarto y último motivo del recurso, fundado en infracción del apdo. 2 del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal, porque, según la parte recurrente, la actora-reconvenida y sus filiales "habrían actuado de manera conscientemente concertada para monopolizar el mercado, excluyendo del mismo a sus competidores, en una clara transgresión del principio de libre concurrencia", a lo que se añade que "un grupo de empresas distintas, dispersas por varios países y encabezadas por la actora, se habrían concertado para editar un único producto, a precio concertado entre ellas y repartiéndose entre las mismas el mercado mediante la asignación a cada una de una zona para su comercialización", citándose por la recurrente, para integrar el mencionado art. 15 de la Ley de Competencia Desleal, los arts. 1 (apdo. 1, letras a, b y c) y 6 de la Ley

*16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, aplicable por ser la vigente a la sazón. Pero basta con considerar que lo prohibido por dicho art. 6 no era la posición dominante en todo o en parte del mercado, sino el abuso de tal posición; que las hoy recurrentes no han hecho el menor intento de probar que en algún momento pugnaran por adquirir los mismos derechos que adquirió la actora-reconvenida; o en fin, que la línea argumental de este motivo conduciría a la eliminación total e indiscriminada de las exclusivas, para que no sean necesarias más razones para desestimarlas.*

**QUINTO.** - No estimándose procedente ninguno de los motivos del recurso, debe declararse no haber lugar al mismo y, conforme al art. 1715.3 LEC de 1881, imponer las costas a la parte recurrente.

*Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español*

#### **FALLAMOS**

*NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Procurador D. Nicolás Álvarez Real, en nombre y representación de las compañías mercantiles EDICIONES CROMOSOL S.L. y E.C.S INMOSOL S.A. (E. C.S.I.), contra la sentencia dictada con fecha 29 de septiembre de 2000 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Asturias en el recurso de apelación nº 372/99, imponiendo a dicha parte las costas causadas por su recurso de casación.*

*Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.*