# PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

## Facultad de Derecho

Informe Jurídico sobre la Resolución Nº 0177-2018/SDC-INDECOPI

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de Abogada

Autor:

***Antonella Esperanza Pérez Suárez***

Asesor:

***Javier Mihail Pazos Hayashida***

Lima, 2022

**RESUMEN**

El presente Informe Jurídico analiza la Resolución Nº 0177-2018/SDC-INDECOPI, emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, respecto a los presuntos actos de competencia desleal cometidos por la denunciada, F&NMV Inversiones S.A.C., en perjuicio de la denunciante, Nelly Denisse Nossar Adaui, dueña del restaurante La Panka. Para ello, se plantea como primer problema jurídico determinar si los anuncios publicitarios materia de controversia configuran actos de engaño, siendo que del análisis desarrollado a partir de lo establecido en el Decreto Legislativo Nº 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, y a diferencia de lo resuelto por la Sala, la autora concluye que los dos primeros anuncios configuran publicidad alusiva de tipo comparativa que no cumplen con los requisitos de la *exceptio veritatis,* por lo que configuran actos de comparación indebida; mientras que respecto al tercer anuncio, se verifica que el mismo configura una publicidad simple con alegaciones de carácter subjetivo, por lo que no corresponde la aplicación de Principio de Veracidad, y la misma es lícita. Por otro lado, como segundo problema jurídico, se plantea determinar si la denunciada habría cometido actos de confusión por emplear elementos presuntamente característicos y similares utilizados por la denunciante en su establecimiento (que compondrían su *trade dress*), siendo que, finalmente, y en línea con lo resuelto por la Sala, la autora concluye que no existe riesgo de confusión alguno.

**Palabras Clave:** Competencia Desleal – Actos de engaño – Publicidad Comparativa – Publicidad Alusiva – Actos de Confusión.

**ABSTRACT**

The present report carries out a legal analysis of the Resolution Nº 0177-2018/SDC-INDECOPI, issued by the Competition Defense Chamber, regarding the alleged acts of unfair competition committed by the defendant, F&NMV Inversiones S.A.C., to the detriment of the plaintiff, Nelly Denisse Nossar Adaui, owner of the restaurant La Panka. For this purpose, the first legal problem is to determine whether the advertisements in dispute constitute acts of deception, being that from the analysis developed from the provisions of Legislative Decree Nº 1044 - Law for the Repression of Unfair Competition,

and contrary to what was decided by the Chamber, the author concludes that the first two advertisements constitute allusive advertising of a comparative type that do not comply with the requirements of the *exceptio veritatis*, and therefore constitute acts of unfair competition. On the other hand, with respect to the third advertisement, it is verified that it is a simple advertising with subjective allegations, so the application of the Principle of Truthfulness does not apply, and it is lawful. On the other hand, as a second legal problem, the question arises to determine whether the defendant has committed acts of confusion by using elements allegedly characteristic and similar used by the plaintiff in its establishment (which would compose its trade dress), being that, finally, and in line with the Chamber's decision, the author concludes that there is no risk of confusion whatsoever.

**Keywords:** Unfair Competition – Acts of Deception – Comparative Advertising – Allusive Advertising – Acts of Confusion.

**Índice de Contenido**


I. Introducción 1

II. Justificación 3

III. Antecedentes y hechos relevantes 4

IV. Identificación de los problemas jurídicos 16

V. Análisis de los problemas jurídicos identificados 17

1. ¿Los anuncios publicitarios materia de controversia configuran actos de competencia desleal en la modalidad de engaño? 17

1.1. ¿Qué tipo de publicidad configuran los anuncios publicitarios cuestionados, y en función a ello, bajo qué modalidad de acto de competencia desleal corresponde analizar los mismos? 17

1.1.1. La Represión de la Competencia Desleal 17

1.1.2. La Publicidad Comercial 18

1.1.3. La Publicidad Comercial Simple y Alusiva 20

1.1.4. La interpretación de la Publicidad Comercial 23

1.1.5. Análisis de los hechos controvertidos 25

1.2. ¿Cuál es el carácter de los mensajes publicitarios cuestionados, y en función a ello, sería factible aplicar a los mismos el Principio de Veracidad? 31

1.2.1. El Principio de Veracidad 31

1.2.2. El carácter subjetivo u objetivo de las alegaciones publicitarias 36

1.2.3. Análisis de los hechos controvertidos 40

2. ¿El empleo de los elementos presuntamente característicos y similares utilizados por la denunciante en su establecimiento, tales como: (i) la presentación de las sillas o bancas de color blanco; (ii) la presentación de las mesas de madera natural (tipo y color); (iii) el diseño de las lámparas, entre otros; configura un acto de competencia desleal en la modalidad de confusión? 44

2.1. ¿Hubo un incumplimiento del deber de diferenciación? 44

2.1.1. Actos de Confusión 44

2.1.2. Derecho a Imitar: 46

2.1.3. Análisis del hecho controvertido 52

VI. Conclusiones: 56

VII. Recomendaciones: 59

Bibliografía 61

## I. Introducción

La Constitución Política del Perú de 1993, mediante su artículo 58, acogió como modelo económico a la Economía Social de Mercado, sistema que al garantizar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, consagra al proceso competitivo como un elemento primordial en el desarrollo de nuestra sociedad. Así, este sistema competitivo consiste en que los empresarios se esfuercen por captar la mayor cuota posible de la clientela, buscando mejorar la calidad, precio o brindar ventajas adicionales a los consumidores, para que así estos últimos elijan su oferta en lugar de otras que pueden encontrar en el mercado. De tal forma, si bien el proceso competitivo genera un daño concurrencial (por cada empresario vencedor, habrá otros a quienes el consumidor dejó de elegir), este será lícito, ya que es innegable que contribuye al bienestar de la sociedad, toda vez que no solo gana el empresario que a través de su esfuerzo fue capaz de concentrar la demanda, sino también los consumidores, quienes acceden a un producto o servicio en condiciones más ventajosas.

El problema surge cuando los agentes económicos buscan captar clientela no a través del esfuerzo propio, sino valiéndose de actos contrarios a la buena fe empresarial, afectando así el correcto funcionamiento del proceso competitivo. Como señala Rodríguez (2013), la exigencia de la buena fe en el ámbito concurrencial apunta a evitar que se genere un desperdicio de recursos valiosos, toda vez que si cualquier agente pudiera actuar de forma oportunista, se generarían incentivos en el competidor afectado para autoprotegerse del aprovechamiento (lo que implica una inversión en defensa) o incentivos para dejar de producir aquello que pudiera ser aprovechado (reducción de la innovación); y en este contexto, a diferencia de lo que sucede cuando el proceso competitivo funciona correctamente, el daño concurrencial generado es ilícito, y debe reprocharse dicha conducta a través de la norma de represión de la competencia desleal.

Tomando ello en consideración, el presente Informe Jurídico analizará la Resolución Nº 0177-2018/SDC-INDECOPI, emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, en el marco de la denuncia presentada por la señora Nelly Denisse Nossar Adaui, dueña del restaurante La Panka, en contra de F&NMV Inversiones S.A.C. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de engaño y confusión, supuestos tipificados en los artículos 8 y 9, respectivamente, del Decreto Legislativo Nº 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal; buscando determinar si

en el caso en concreto la denunciada realizó conductas que obedecen al principio de competencia por eficiencia, y por lo tanto, generaron un daño concurrencial lícito en el mercado, o por el contrario, se valió de conductas oportunistas que infringen la norma de represión de la competencia desleal.

Para ello, planteamos como primer problema jurídico determinar si los anuncios publicitarios materia de controversia configuran actos de engaño, iniciando por determinar ante qué tipo de publicidad (simple o alusiva) nos encontramos en cada caso, y en función a ello identificar la modalidad de acto de competencia desleal que corresponde analizar, así como los requisitos de licitud de que debe aplicar al caso concreto. Así, de encontrarnos ante publicidad de tipo simple, corresponde analizar la conducta bajo el tipo de Actos de Engaño, y de ser las alegaciones contenidas en la publicidad de carácter objetivo, se debe aplicar el Principio de Veracidad para determinar la licitud de la misma; en cambio, de encontrarnos ante publicidad de tipo alusiva, se debe identificar qué modalidad corresponde analizar (Actos de Comparación Indebida, Equiparación Indebida o Denigración), atendiendo a las características de cada caso concreto, y para determinar su licitud se debe aplicar los requisitos de la *exceptio veritatis*.

Asimismo, como segundo problema jurídico, se plantea determinar si la denunciada habría cometido actos de confusión por emplear elementos presuntamente característicos y similares utilizados por la denunciante en su establecimiento (que compondrían su *trade dress*), para lo cual, siguiendo el análisis efectuado por el Indecopi en anteriores procedimientos, se deberá identificar si existen similitudes sustanciales entre los establecimientos de la denunciada y la denunciante que puedan inducir a error al consumidor respecto al origen empresarial del establecimiento.

Adicionalmente, cabe mencionar que para abordar apropiadamente los referidos problemas jurídicos, la estructura del trabajo contiene un breve resumen de los antecedes y hechos relevantes del caso, un marco teórico con los conceptos clave para efectuar el análisis, así como las respectivas conclusiones y recomendaciones que se sigan del mismo.

Finalmente, a partir del análisis efectuado, la autora concluye que los dos primeros anuncios configuran publicidad alusiva de tipo comparativa que no cumplen con los requisitos de la *exceptio veritatis,* por lo que configuran actos de comparación indebida; mientras que

respecto al tercer anuncio, se verifica que el mismo configura una publicidad simple con alegaciones de carácter subjetivo, por lo que no corresponde la aplicación de Principio de Veracidad, y la misma es lícita. Por otro lado, respecto al segundo problema jurídico, en línea con lo resuelto por la Sala, la autora concluye que no existe riesgo de confusión alguno.

## II. Justificación

La elección de la presente Resolución como objeto de análisis del presente informe, obedece a que la misma aborda dos temas de especial relevancia con respecto al proceso competitivo desarrollado en el mercado: (i) De un lado, tenemos a la publicidad comercial, cuya función persuasiva la convierte en una herramienta sumamente útil para los agentes económicos, que se valen de ella para captar la mayor parte de la clientela. No obstante, un mal empleo de la misma, sin respeto a la buena fe comercial, puede alterar el correcto funcionamiento del proceso competitivo, por lo que se hace imprescindible que la actividad publicitaria se adecúe a lo establecido por la norma de represión de la competencia desleal. (ii) De otro lado, tenemos a la protección de la apariencia general de un establecimiento, también denominado *trade dress*, que permite la identificación de determinado origen empresarial, por lo que su imitación por otros competidores también podría afectar el correcto funcionamiento del mercado, siendo necesario también abordar esta figura mediante la norma de la represión de la competencia desleal.

Así, la decisión adoptada por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia nos permite reflexionar acerca de cómo debe abordarse el examen de licitud de la actividad publicitaria, tomando relevancia la tarea de determinar el mensaje publicitario del anuncio de acuerdo a un análisis superficial e integral, ya que es a partir de ello que se podrá identificar ante qué tipo de publicidad nos encontramos, así como determinar la modalidad de acto de competencia desleal bajo la cual se analizará la licitud de la misma. Ello es relevante, en tanto que, dependiendo de la modalidad analizada, los requisitos de licitud variarán, por lo que de ello depende que la protección que la norma de represión de la competencia desleal pretende dar al proceso competitivo sea realmente efectiva.

De otro lado, la Resolución también nos permite ahondar en la figura del *trade dress* de un establecimiento como objeto de protección a través de la norma de represión de la competencia desleal, conociendo sus características, así como su desarrollo jurisprudencial y

doctrinario, de forma tal que podamos encontrar pautas claras y definir criterios que hagan predecible cuándo la apariencia general de un establecimiento podrá ser susceptible de protección.

Finalmente, cabe mencionar que con el análisis del caso en concreto, podremos apreciar la utilidad de la norma de represión de la competencia desleal para garantizar el adecuado desarrollo del proceso competitivo, y cómo ello aporta al bienestar general de la sociedad.

## III. Antecedentes y hechos relevantes

### 1. Antecedentes de la denuncia

Como parte de los antecedentes de los hechos controvertidos, se conoce que en el 2010, la denunciante, la señora Nelly Denisse Nossar Adaui (en adelante, Nelly Nossar) abrió el restaurante con el nombre comercial La Panka, ubicado en el distrito de Surquillo, dedicado principalmente a la venta de anticuchos y pollos a la brasa. Posteriormente, en setiembre del 2011, el restaurante obtuvo un reconocimiento en el sector gastronómico al ganar el premio Mistura al "Mejor anticucho". Más adelante, el 13 de junio de 2012, Nelly Nossar obtuvo el registro del nombre comercial La Panka para distinguir su servicio como restaurante.

Por su parte, la denunciada, F&NMV Inversiones S.A.C. (en adelante, F&NMV Inversiones) inició actividades el 2 de setiembre de 2012, siendo una empresa de propiedad del señor Fredy Nossar (padre de la denunciante) y sus hijas: Nicole, Michelle y Valerie Nossar.

El 2 de setiembre de 2013, Nelly Nossar suscribió con su padre, Fredy Nossar, un contrato de licencia de uso del nombre comercial La Panka, para que éste, de forma directa o indirecta, ponga en marcha varios locales con dicho nombre comercial. Así fue que mediante la empresa F&NMV Inversiones, se abrió un local en Miraflores con el nombre de La Panka.

### 2. Hechos materia de la controversia

#### 2.1. De forma previa a la resolución del contrato de licencia

La señora Nelly Nossar manifestó que, pese a cumplir ella con sus obligaciones correspondientes al contrato celebrado, la denunciada, a través de sus representantes y socias, habría informado a través de diversos medios (escritos y televisivos) hechos relacionados con la vinculación existente entre ellas, que no corresponderían a la realidad, perjudicando así a su negocio. En específico, la denunciante remarcó que la denunciada siempre pretendió diferenciar los establecimientos de Surquillo y Miraflores, perjudicando la imagen de su negocio.

El primero de los hechos cuestionados por la denunciante es a razón del artículo denominado "LA PANKA: Nuevo Concepto de Brasas", publicado en la revista *Cosas* de fecha 16 de octubre de 2013. A continuación podemos apreciar lo consignado en el mismo:

**La Panka: nuevo concepto de brasas**

El segmento de brasas tiene, desde hace tres semanas, un nuevo integrante, uno que llega con un concepto novedoso, cuya propuesta, realmente, sorprende que no haya aparecido antes. La Panka, cuyo eslogan es "Brasas Peruanas", ha tomado lo mejor del restaurante original ubicado en la Av. Villarán (el pollo y el an-cho), para relanzarlo en el barrio de Santa Cruz, en Miraflores, en un modelo mucho más completo (más platos y bebidas) y atractivo.

**La Panka: nuevo concepto de brasas**

El segmento de brasas tiene, desde hace tres semanas, un nuevo integrante, uno que llega con un concepto novedoso, cuya propuesta, realmente, sorprende que no haya aparecido antes. La Panka, cuyo eslogan es "Brasas Peruanas", ha tomado lo mejor del restaurante original ubicado en la Av. Villarán (el pollo y el an-cho), para relanzarlo en el barrio de Santa Cruz, en Miraflores, en un modelo mucho más completo (más platos y bebidas) y atractivo.

El concepto rinde tributo a los mercados de Lima y fue desarrollado íntegramente, desde el diseño hasta el menaje, por la empresa Infinito (Don Belisario y Paseo Colón). El resultado es un ambiente familiar, muy cálido y confortable, con mesas y sillas de madera, alternadas con mayólicas, y una barra central donde se preparan las bebidas y los postres, todo en un local con capacidad para 140 personas. Música con ritmos peruanos -algunos clásicos, otros modernos- le dan a La Panka el ambiente adecuado para reunirse con la familia, comer con los amigos o divertirse en la noche. La carta no se agota, como decíamos, en las brochetas, los anticuchos (ganadores de Mistura 2011) y el pollo a la brasa. Probamos un delicioso tamalito estilo chiclayano y sabrosos champiñones en crema anticuchera. Entre las ensaladas, uno puede pedir, además de la clásica, que acompaña al pollo, el ceviche y la ensalada parrillera, con vegetales a la parrilla. Pero, como en toda brasería, el pollo es el fuerte: tiene un pellejo tan crocante como adictivo (apodado por el público como "pellejo galleta"), y papas que superan a muchas de la competencia.

Entre los postres, recomendamos los picarones para beber, los chicanos (tienen macerados de distintas hierbas, frutas y especias), los jugos naturales, los distintos sabores de limonadas (hierbabuena, hierbaluisa, kion), la chicha morada y el especial de la casa: la Chicha Frozen Panka, inspirada en una preparación chinchana, hecha con miel de chancaca. En resumen, una brasería de sabores y espíritu netamente peruanos, que estamos seguros de que encontrará réplica en otros barrios.

Los anticuchos fueron ganadores de Mistura 2011.

TAMBIÉN PROBAMOS UN DELICIOSO TAMALITO ESTILO CHICLAYANO Y SABROSOS CHAMPIÑONES EN CREMA ANTICUCHERA.

La Panka. Av. Mendiburu 1007, Miraflores. Tlf. 641-1279. De lunes a domingo, de mediodía medianoche.

142

A decir de la denunciante, en dicho artículo la denunciada daría a entender a los consumidores que el restaurante La Panka de Surquillo ya no existiría más, toda vez que se habría relanzado de forma más completa y atractiva en el local ubicado en Miraflores; por lo que se estaría invitando al público a visitar únicamente este último, y generando así perjuicio al local de la denunciante.

El segundo de los hechos cuestionados es con relación a la entrevista realizada a la señora Nicole Nossar (socia de la empresa denunciada) en el programa "Mundo Empresarial" de fecha 26 de enero de 2014. A continuación se puede observar un extracto de la misma:

**Entrevista realizada en el "Programa Mundo Empresarial"**

*"(…)*

*Presentador: Cuéntame sobre La Panka, como así nace La Panka*

*Sra. Nicole Nossar: Bueno nosotros tomamos la franquicia de un local que ya existía, que nació como una anticuchería en el 2011 ganan el premio Mistura al mejor anticucho y luego se desarrolla el pollo a la brasa, en ese momento tomamos nosotros la franquicia y desarrollamos este concepto yendo un poco más allá.*

*Presentador: entonces el premio de Mistura fue en el 2011 y entonces esa es la campanita que les llama la atención.*

*Sra. Nicole Nossar: Claro, después desarrollar ese pollo a la brasa muy jugoso (…) y tomamos nosotros esta franquicia desarrollando este concepto (…) Desarrollamos un local mucho más acogedor (…)*

*Presentador: Ahora esta franquicia, ¿Les permitiría abrir más locales en lima?*

*Sra. Nicole Nossar: De hecho tenemos propuestas de abrir en centros comerciales*

*Presentador: El local que han abierto está en la Av. Mendiburu*

*Sra. Nicole Nossar: Nosotros hemos tomado la marca que existía y la hemos potenciado (…) tenemos 3 o 4 meses en el mercado y estamos con más propuestas de abrir más locales en el mercado.*

*(…)"*

A decir de la denunciante, en dicha entrevista la denunciada informaría al público que habría tomado una franquicia para desarrollar un nuevo concepto y una propuesta diferente, la cual se encontraría únicamente en el local de Miraflores.

Por último, la denunciante cuestionó la entrevista realizada a la señora Valerie Nossar (socia de la empresa denunciada) en el programa "En su Punto" de fecha 27 de mayo de 2014. En la misma, se indicó lo siguiente:

*"(…)*
*Presentador: ¿Y la panka empieza en otro local, y este es el segundo no?*
*Sra. Valerie Nossar: En realidad empieza con este local que está en Villarán que es de mi hermana mayor Denisse, que abrió un lugar súper chiquito que estaba sólo enfocado en lo que es anticuchos y pollos a la brasa, y ganó Mistura con el anticucho. A raíz de eso nos dimos cuenta que su anticucho estaba espectacular y que el pollo era uno que no encuentras en muchos locales, porque era un pollo chiquito con la costrita como galleta que te la puedas comer así crocante. Entonces vimos de que manera sacarle provecho y armar una franquicia de esto no?. Entonces ahí fue cuando nos juntamos, le dimos vueltas al asunto y nació todo el concepto de la Panka.*
*(…)"*

Así, la denunciante centra su cuestionamiento en el hecho de que la señora Valerie Nossar se haya referido a su local como uno súper chiquito de barrio, para diferenciarlo del local de la denunciada, al que a su vez calificarían como un restaurante *gourmet*.

Finalmente, el 24 de junio de 2014, debido a la mala relación entre la denunciante y la denunciada, se firmó por mutuo acuerdo la resolución del contrato de licencia de uso.

## 2.2. De forma posterior a la resolución de contrato de licencia

La señora Nelly Nossar indicó que, luego de la desvinculación con la denunciada, esta última habría continuado utilizando su *know how* (recetas, procedimientos de preparación de toda la carta del restaurante, la lista de proveedores, las capacitaciones otorgadas a sus empleados); así como su *trade dress,* sin contar con autorización para ello. De tal forma, a decir de la denunciante, tras la desvinculación con la denunciada, esta última habría conservado toda la imagen de su negocio, variando únicamente el nombre de La Panka a Rasson. A continuación podemos apreciar cómo lucía el establecimiento:

| LA PANKA (DENUNCIANTE) | RASSON (IMPUTADA) |
|---|---|
| | |
| | |
| | |
| | |

Por otro lado, la denunciante cuestionó también la entrevista de fecha 18 de julio de 2014, realizada en el programa radial "De la noche a la mañana" de Radio Programas del Perú, a la señora Melissa Orihuela, en la cual se señalaba lo siguiente:

"(…)
- Presentadora: Ella es Melissa Orihuela y ella es administradora del restaurante la Panka, que tal Melissa como estas, bienvenida, bienvenida a RPP.
- Señora Orihuela: Gracias.
(…)
- Presentadora: En el caso de ustedes, ¿Cómo empieza el tema de la Panka?
- Señora Orihuela: Bueno la Panka empieza haciéndose conocida por su anticucho, la Panka ganó, bueno en el 2011 ganó el primero a Mistura a los mejores anticuchos, y bueno la dueña que es Dennis Nossar, la dueña de la marca, este empezó investigando un poco más para saber que ofrecerles a los clientes. Empezó a hacer recetas e innovar recetas (…) Ella tiene un pre horneado y ella vuelve a cocer el pollo cuando este es requerido en la mesa.
(…)

A decir de la denunciante, en dicha entrevista se observaría una vinculación ilegítima que haría la denunciada con los logros del negocio de la denunciante, reforzado por el hecho de que la señora Orihuela se habría identificado como la administradora del restaurante La Panka. Es recién a partir del 30 de agosto de 2014, que la denunciada adopta la denominación Rasson para distinguir su oferta de restaurante.

Finalmente, a raíz de todo lo expuesto, el 20 de setiembre de 2016, la señora Nelly Nossar denunció a F&NMV Inversiones por la presunta comisión de actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general, confusión, explotación indebida de la reputación ajena, violación de secretos empresariales y violación de normas, supuestos establecidos en los artículos 6, 9, 10, 13 y 14, respectivamente, de la Ley de Represión de la Competencia Desleal (Decreto Legislativo Nº 1044).

## 3. De la imputación de cargos

Mediante Resolución de fecha 22 de marzo de 2017, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Secretaría Técnica) imputó a F&NMV Inversiones lo siguiente:

a. La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que habría difundido, mediante diversos anuncios, afirmaciones respecto de las características de su local que inducirían a error a los consumidores, en la medida que:

(i) A través del artículo denominado "LA PANKA: Nuevo Concepto de Brasas" de la "Revista Cosas" y de la entrevista realizada en el "Programa Mundo Empresarial",

la imputada induciría a pensar a los consumidores que el restaurante La Panka habría sido relanzado en su local ubicado en Calle General Mendiburu N° 1007, urbanización Santa Cruz, distrito de Miraflores, dejando de existir el local ubicado en Avenida Villarán N° 753, Miraflores, de propiedad de la denunciante, para desarrollar una propuesta diferente que se encontraría únicamente en su local, cuando en realidad ello no habría sido cierto.

(ii) A través del artículo denominado "LA PANKA: Nuevo Concepto de Brasas" de la "Revista Cosas", la imputada induciría a pensar a los consumidores que el establecimiento ubicado en Calle General Mendiburu N° 1007, distrito de Miraflores, de propiedad de la imputada sería un modelo completo y atractivo; cuando en realidad ello no sería cierto.

(iii) A través de la entrevista difundida en el "Programa En Su Punto" a través del Canal J, la imputada informaría a los consumidores que el restaurante ubicado en Calle General Mendiburu N° 1007, distrito de Miraflores, de propiedad de la imputada sería un restaurante gourmet; cuando en realidad ello no sería cierto.

b. La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de confusión, supuesto ejemplificado en el artículo 9 de la Ley Represión de la Competencia Desleal, debido a que vendría desarrollando su actividad comercial reproduciendo elementos característicos y similares utilizados por la denunciante, tales como: (i) la presentación de las sillas o bancas de color blanco; (ii) la presentación de las mesas de madera natural (tipo y color); (iii) el diseño de las lámparas; (iv) la fotografía que decora el local y que incluye la imagen de un mercado; (v) el diseños de los letreros, así como de sus mensajes; (vi) la presentación de los platos, tazas, bandejas y servilleteros; (vii) la utilización de utensilios en fierro enlozado; (viii) la presentación de la carta de platos que contaría con una base de madera, riel, tornillos y una hoja adicional encima de la misma; (ix) la denominación para los platos; y, (x) el diseño y decoración de la fachada; lo que generarían inducción a error a los consumidores sobre el origen empresarial del mismo.

c. La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de confusión, supuesto ejemplificado en el artículo 9 de la Ley de Represión de la Competencia

Desleal, vendría publicitándose, a través de la entrevista realizada el 18 de julio de 2014 en el "Programa de la Noche a la Mañana", emitido en Radio Programa, haciendo referencia al premio del "Mejor Anticucho 2011", recetas y demás conocimientos de la denunciante, cuando ello podría ser capaz de generar un riesgo de confusión con el establecimiento de la denunciante, en tanto entre ambas no existiría un acuerdo comercial o vinculación sino un origen empresarial distinto.

d. La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de secretos empresariales, supuesto ejemplificado en el artículo 13 de la Ley Represión de la Competencia Desleal, debido a que vendría explotando información confidencial de la denunciante, referida a su *know how* que incluye las recetas, procedimientos de preparación de los platos del restaurante de la denunciante, la lista de proveedores, las capacitaciones otorgadas a sus empleados y las presentaciones de sus productos, para ofrecer su servicio, el cual habría sido obtenido, con deber de reserva, durante el tiempo que mantuvo un vínculo contractual con la denunciante.

## 4. Los descargos de F&NMV Inversiones

Respecto a la presunta comisión de actos de confusión, la denunciada sostuvo que el inicio de la relación contractual con la denunciante se habría efectuado debido a la relación familiar entre esta y el señor Fredy Nossar. Es así que por el lazo familiar existente, éste último habría decidido cooperar económicamente con el negocio de su hija -denunciante-, siendo una de estas acciones el pago por el desarrollo del proyecto "La Panka", elaborado por la empresa Infinito Consultores de Imagen y Estrategia S.A. (en adelante, Infinito).

En este punto, la denunciada señaló que en el contrato de licencia celebrado no se estipuló que la denunciante concedería al licenciatario el uso de su *trade dress,* siendo ello así porque a la fecha del contrato, el restaurante de la denunciante habría carecido de un diseño característico o *trade dress.* En esa línea, F&NMV Inversiones reitera que a la fecha del contrato, el restaurant de Surquillo no habría contado con un diseño característico; y por ello, para la apertura del local en Miraflores, se encargó el diseño interior y exterior del establecimiento a la empresa Infinito (la denunciada adjuntó el proyecto "La Panka", elaborado por dicha empresa).

En atención a ello, la denunciada destaca que Infinito creó para F&NMV Inversiones un modelo de restaurante que antes no existía, y menos aún era de propiedad de la denunciante, siendo que quien habría invertido en los muebles, diseño y *branding* del local para poner valor en el signo "La Panka" habría sido la denunciada.

Asimismo, la denunciada refirió que nunca habría tenido intención de obtener ventaja ilícita alguna de la denunciante, por lo que luego de la resolución del contrato el 24 de junio de 2014, habría procedido a cesar en el uso del nombre comercial La Panka; siendo que el 10 de julio de 2014 habría solicitado a la empresa Infinito le brindara un presupuesto para la implementación de un nuevo nombre comercial y marca.

A partir del 30 de agosto de 2014, se comenzó a emplear el signo "Rasson" para identificar al restaurante ubicado en Miraflores.

Por otro lado, respecto a la presunta comisión de actos de engaño, la denunciada indicó que en el artículo "LA PANKA: Nuevo concepto de Brasas" de la revista *Cosas,* el articulista nunca habría afirmado que el local de Surquillo había dejado de existir, sino que el mensaje apuntaba a que se relanzaba dicho restaurante con una oferta mayor, más completa y con un nuevo concepto en el local de Miraflores. En esa línea, agregó que el modelo de restaurante creado en el local de Miraflores habría llevado al articulista a afirmar que dicho local sería más completo y atractivo que el local de Surquillo, lo cual sería una afirmación subjetiva. No obstante, tomando en cuenta el esfuerzo e inversiones realizadas para la apertura del local de Miraflores, y sus claras diferencias con el local de Surquillo, la denunciada indicó que la misma sería una afirmación cierta.

Respecto a la entrevista realizada en el programa "De la Noche a la Mañana" el 18 de julio de 2014, la denunciada señaló que, previamente a la resolución del contrato, las partes habrían acordado suspender el contrato de licencia de uso por 120 días, permitiéndose a F&NMV Inversiones el uso del signo "La Panka" en el local de Miraflores, mientras se efectuaba la implementación del nuevo nombre comercial. Por ello, solicitó se tomara lo antes dicho en consideración al momento de analizar las declaraciones ofrecidas por la señora Melissa Orihuela.

Finalmente, respecto a la presunta comisión de actos de violación de secretos empresariales, la denunciada manifestó que la señora Nelly Nossar no habría acreditado la preexistencia de su referido *know how*, que habría tomado las medidas correspondientes para mantenerlo en secreto, y que habría entregado el mismo con deber de reserva. En ese sentido, la denunciada negó que la señora Nelly Nossar haya brindado capacitación alguna a su personal, precisando que la única relación que tuvieron con ésta habría sido para permitir el uso del nombre comercial La Panka.

Sobre el particular, F&NMV agregó que el chef que habría preparado los platos en el local de Surquillo habría sido el señor Antonio Díaz Quiroz, a quien el señor Fredy Nossar habría recomendado a la denunciante cuando recién empezaba su negocio. Por ello, la denunciada señala que la señora Nelly Nossar no habría probado ser chef ni mucho menos que haya elaborado receta alguna o que sea propietaria de secretos o fórmulas de preparación.

## 5. De la decisión de primera instancia

El 16 de enero de 2018, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Comisión) emitió la Resolución Nº 002-2018/CCD-INDECOPI, resolviendo lo siguiente:

- Se declara infundada la denuncia por la presunta comisión de actos de engaño, toda vez que:

  (i) El mensaje percibido por el consumidor era la apertura de un nuevo local de LA PANKA, sin hacer precisión de que el local original dejaría de existir, por lo que al no encontrarse el mensaje publicitario denunciado, no correspondía analizar su veracidad.

  ii) Las frases "modelo completo" y "atractivo" eran de carácter subjetivo y por tanto, no se encontraban sujetas al análisis de veracidad.

  iii) El mensaje que percibe el consumidor no es que el local sería gourmet, sino que el mismo versa sobre la creación del local de Miraflores, por lo que no correspondía analizar la veracidad del mismo.

- Se declara infundada la denuncia por la presunta comisión de actos de confusión, toda vez que los elementos "característicos" reproducidos serían una práctica común en el mercado, por lo que no podrían generar identificación a un determinado servicio. Asimismo, en ambos servicios se resaltaría de manera visible la denominación de sus servicios y su origen empresarial, lo que impediría la existencia de un riesgo de confusión directo o indirecto, por lo que la imputada habría cumplido con el deber de diferenciación que se exige a todos los agentes.

- Se declara fundada la denuncia por actos de confusión respecto a la entrevista del 18 de julio de 2014 en el programa "De la Noche a la Mañana" de Radio Programas del Perú, en la cual la manager de la denunciada hizo referencia al Premio Mistura obtenido por el restaurante de la denunciante en 2011, e incluso se identificó como administradora de La Panka. Ello, toda vez que a la fecha de la entrevista, la denunciada y la denunciante ya habían suscrito la resolución del contrato de licencia (24 de junio de 2014), por lo que no tenían vinculación alguna. En dicha entrevista no se habría realizado distinción o diferenciación entre los servicios brindados por Rasson y La Panka.
- Se declara infundada la denuncia por actos de violación de secretos empresariales, toda vez que la denunciante no acreditó que la información cuestionada calificaría como secreto comercial, ni que se haya dado a la misma algún tratamiento de reserva.

- No se ordenó medidas correctivas, toda vez que la conducta infractora, a la fecha de la resolución, ya había cesado.

- Se impone una multa de 2 Unidades Impositivas Tributarias, toda vez que la entrevista en el programa "De la Noche a la Mañana" habría tenido un impacto publicitario limitado, puesto que fue transmitida en una sola oportunidad, y además, existieron otras piezas publicitarias difundidas por la denunciada que daban a entender que su restaurante RASSON se encontraba ubicado en el local de Miraflores.

## 6. De la apelación formulada por la señora Nelly Nossar

El 16 de febrero de 2018, la señora Nelly Nossar presentó un recurso de apelación con la resolución de primera instancia, en base a los siguientes argumentos:

- Respecto al artículo "LA PANKA: Nuevo concepto de BRASAS" de la revista *Cosas*, la Comisión no habría reparado en que la denunciada pretendería dar a entender que en local de Miraflores había desarrollado una versión mejorada del restaurante La Panka, dando a entender que F&NMV Inversiones sería la única dueña de dicha marca.

- Reitera que la denunciada habría señalado contar con una propuesta completa y atractiva del restaurante La Panka.

- Respecto a la entrevista difundida en el programa "En su punto" de canal J, cuestionó que la Comisión no habría considerado que la controversia tenía que ver con el hecho de que la denunciada había señalado que el local de Surquillo era uno "súper chiquito", dando a entender que el ubicado en Miraflores sería uno *Gourmet,* siendo que ello no sería cierto, dado que ambos locales ofrecían lo mismo.

- Respecto a los actos de confusión por la reproducción de elementos similares, la Comisión no habría considerado que la denunciada únicamente varió la marca, manteniendo todos los demás elementos del restaurante anterior (pese a que los mismos, en su conjunto, serían distintivos de La Panka).

- Sobre los actos de violación de secretos empresariales, la Comisión no habría tomado en cuenta que la propia denunciada habría alegado que los productos ofrecidos por La Panka fueron los que motivaron la apertura de un nuevo local, por lo que habría otorgado un valor a las recetas, proceso de producción, capacitaciones, entre otros; siendo que los acuerdos de transferencia de información no se habrían formalizado por la relación familiar existente con el señor Fredy Nossar (socio y gerente de la denunciada).

- Respecto a la graduación de la sanción, solicitó a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala), incrementar la multa en atención a los demás tipos infractores imputados y a la mala fe de la denunciada.

- Asimismo, solicitó a la Sala ordenar medidas correctivas para que cesen los actos de competencia desleal cuestionados.

- Finalmente, cuestionó que la Comisión no haya ordenado el pago de costos y costas, pese a que la denunciada fue vencida en el procedimiento.

Mediante Resolución Nº 3 del 28 de febrero de 2018, la Comisión concedió el recurso de apelación, siendo que el 6 de abril de 2018, la Sala puso en conocimiento de las partes la recepción del Expediente Nº 157-2016/CD1.

Finalmente, cabe informar que el 7 de mayo de 2018, F&NMV Inversiones formuló un recurso de adhesión a la apelación, en virtud de la Directiva Nº 002-1999/TRI-INDECOPI, solicitando que la Sala evalúe la resolución de primera instancia en los extremos que la halló responsable por la realización de actos de competencia desleal en la modalidad de confusión y la sancionó con una multa de 2 Unidades Impositivas Tributarias.

## 7. De la decisión de segunda instancia

El 23 de agosto de 2018, la Sala emitió la Resolución Nº 0177-2018/SDC-INDECOPI, resolviendo lo siguiente:

- Declaró improcedente el recurso de adhesión a la apelación formulado por la denunciada, toda vez que (i) la denunciada no vio insatisfechas parte de sus pretensiones, ya que no planteó ninguna ante primera instancia; y, (ii) su adhesión se dio únicamente respecto a los extremos en los cuales se defendió y fue vencida, por lo que no se cumplió con los requisitos contenidos en la Directiva 002-1999/TRI-INDECOPI.

- Confirmó la resolución de primera instancia en el extremo que declaró infundada la denuncia por la presunta comisión de actos de engaño, toda vez que:

  i) Si bien el mensaje publicitario de la denunciada se refirió a la apertura de un local de La Panka en Miraflores, no señalaba que el ubicado en Surquillo había cerrado.

  ii) Los términos “completo” y “atractivo” serían alegaciones de carácter subjetivo, por lo que no se encontraban sujetos al análisis de veracidad.

iii) La denunciada no habría difundido el mensaje (imputado) de que el restaurante de Miraflores sería uno gourmet.

- Confirmó la resolución de primera instancia en el extremo que declaró infundada la denuncia por la presunta comisión de actos de confusión, toda vez que del análisis conjunto de la presentación del establecimiento de la denunciada, se apreciaría que el mismo contenía elementos empleados por otros agentes económicos y una marca diferenciada, por lo que no evocarían en el consumidor que se tratara del restaurante La Panka o que compartan el mismo origen empresarial. Agregó que los elementos característicos alegados por la denunciante solo evocarían el hecho de estar en un restaurante, siendo que el principal elemento diferenciador estaría comprendido por los nombres comerciales. Además, la Sala destacó que el posicionamiento en el mercado de la denunciante se consiguió con una presentación distinta a la que ostentó posteriormente a la celebración del contrato de licencia de uso.

- Confirmó la resolución de primera instancia en el extremo que declaró infundada la denuncia por la presunta comisión de actos de violación de normas, toda vez que la denunciante no detalló en qué consistía la información referida a los procesos de producción, proveedores y recetas características de los productos ofrecidos en su establecimiento y que la misma haya sido transferida con deber de reserva.

- Confirmó la resolución de primera instancia en el extremo que denegó la solicitud de imposición de una medida correctiva, toda vez que confirmó la Resolución Nº 002-2018/CCD-INDECOPI en todos los extremos en que declaró infundadas las imputaciones contra F&NMV Inversiones, por lo que al no existir infracción adicional a la detectada por la Comisión, no correspondería ordenar una medida correctiva.

- Denegó la solicitud de costos y costas de la señora Nelly Nossar, formulada en su recurso de apelación, toda vez que la denunciante no realizó la solicitud en su denuncia.

## IV. Identificación de los problemas jurídicos

1. **Primer problema jurídico principal:** ¿Los anuncios publicitarios materia de controversia configuran actos de competencia desleal en la modalidad de engaño?

1.1. **Primer problema jurídico secundario vinculado al primer problema jurídico principal:** ¿Qué tipo de publicidad configuran los anuncios publicitarios cuestionados, y en función a ello, bajo qué modalidad de acto de competencia desleal corresponde analizar los mismos?

1.2. **Segundo problema jurídico secundario vinculado al primer problema jurídico principal:** ¿Cuál es el carácter de los mensajes publicitarios cuestionados, y en función a ello, sería factible aplicar a los mismos el Principio de Veracidad?

2. **Segundo problema jurídico principal**: ¿El empleo de los elementos presuntamente característicos y similares utilizados por la denunciante en su establecimiento, tales como: (i) la presentación de las sillas o bancas de color blanco; (ii) la presentación de las mesas de madera natural (tipo y color); (iii) el diseño de las lámparas, entre otros, configura un acto de competencia desleal en la modalidad de confusión?

2.1. **Primer problema jurídico secundario vinculado al segundo problema jurídico principal:** ¿Hubo un incumplimiento del deber de diferenciación?

## V. Análisis de los problemas jurídicos identificados

### 1. ¿Los anuncios publicitarios materia de controversia configuran actos de competencia desleal en la modalidad de engaño?

Para darle respuesta al primer problema jurídico planteado, es preciso responder previamente los problemas jurídicos secundarios vinculados al mismo, en base a un marco teórico que desarrollaremos en la siguiente sección del trabajo.

### 1.1. ¿Qué tipo de publicidad configuran los anuncios publicitarios cuestionados, y en función a ello, bajo qué modalidad de acto de competencia desleal corresponde analizar los mismos?

#### 1.1.1. La Represión de la Competencia Desleal

El artículo 58 de la Constitución Política del Perú de 1993[1] establece como régimen económico a la economía social de mercado, un sistema económico en el cual la libre iniciativa privada y la libertad de empresa son los dos pilares a partir de los cuales se encamina el desarrollo del país.

No obstante ello, los agentes económicos que participen en el mercado deben llevar a cabo sus actividades atendiendo al marco regulatorio establecido y a las normas de defensa de la competencia, con el fin de garantizar que el mercado funcione con eficiencia y que se generen beneficios para los consumidores (Tassano, 2016, p. 106).

Esto último se debe a que, para garantizar activamente la permanencia de una economía de mercado, es decir, evitar que ciertas conductas concurrenciales puedan falsear el sistema económico dentro del cual estos agentes desarrollan sus actividades, se requiere una legislación constituida por 3 conjuntos normativos: las disposiciones sobre la protección al consumidor, los preceptos sobre represión de la competencia desleal y, la legislación sobre la libre competencia (Diez Canseco, 1997, p. 40).

En la misma línea, Guzmán (2012) nos dice que sin libre y leal competencia, el mercado dejaría de ser el mecanismo que asigna los recursos de manera eficiente, criterio base del modelo de economía social de mercado que acoge nuestra Constitución (p. 246).

Así, en aras de proteger el modelo económico acogido es imprescindible contar con un sistema de represión de la competencia desleal, que apunte a reprimir aquellos actos realizados por los agentes económicos que tengan por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. En el caso peruano, dicho sistema está consagrado en el Decreto Legislativo Nº 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, LRCD).

### 1.1.2. La Publicidad Comercial

[1] **Constitución Política del Perú**
**Artículo 58.-** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

En un contexto en el cual los agentes económicos compiten entre ellos para lograr atraer la mayor parte de la demanda hacia su oferta, estos se valdrán de diversas herramientas para lograr persuadir al público, estando entre ellas la publicidad comercial.

Podemos definir a la publicidad comercial como toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, con el objetivo de lograr, de forma directa o indirecta, la contratación de determinado producto o servicio (Anxo, 1996, como se citó en Murillo, 2015, p. 164).

En línea con ello, Rodríguez y Sosa (2020) destacan la función persuasiva de la publicidad comercial, pues todo anuncio publicitario busca convencer al potencial cliente a comprar o adquirir su producto o servicio, a la vez que identifican también una función informativa, ya que aun cuando el fin de la publicidad no sea informar, brinda información a los consumidores (de forma directa o indirecta) que le permite comparar sus diferentes opciones, lo que genera como efecto positivo que los consumidores reduzcan sus costos de búsqueda de información y que se favorezca la competencia (p. 24).

Por su parte, Gonzáles (2009) hace hincapié en la función informativa de la publicidad comercial, toda vez que la califica como un instrumento idóneo para reducir la asimetría de la información, ya que la misma permite brindar información a los consumidores sin que se requiera de un mandato imperativo, por cuanto al ser beneficioso para los agentes económicos, estos ya cuentan con los incentivos suficientes para difundir publicidad voluntariamente, y así beneficiar con dicha información al consumidor (p. 71).

No obstante, dado a la función persuasiva que también caracteriza a la publicidad, en dicho afán por captar la atención del público, los agentes económicos podrían alterar la naturaleza informativa de la publicidad, empleándola de tal manera que la misma sea capaz de inducir a error a los consumidores sobre elementos esenciales de la oferta (Gonzáles, 2009, p. 71).

En efecto, si bien la actividad publicitaria es un mecanismo idóneo para que los agentes del mercado puedan promover su actividad económica y competir adecuadamente, lo cierto es que existe la posibilidad de que dichos agentes realicen la misma sin respeto a la buena fe comercial y al principio de eficiencia económica propia, motivo por el cual el artículo 2 de la

LRCD[2] señala expresamente que los actos realizados a través de publicidad comercial también están bajo su ámbito de aplicación objetivo.

De tal forma, el artículo 59, inciso d) de la LRCD define a la publicidad comercial de la siguiente manera:

> **Artículo 59.- Definiciones.-**
> Para efectos de esta ley, se entenderá por:
> (…)
> d) Publicidad: a toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales.

De la citada norma, podemos observar que el legislador ha logrado comprender la totalidad de supuestos publicitarios en tiempos actuales, así como ha buscado cubrir supuestos que puedan aparecer en el futuro, al incluir en la redacción la frase "a través de cualquier medio o soporte" (De Barros, 2008, como se citó en Murillo, 2015, p. 165).

Asimismo, cabe mencionar que se pueden identificar diversos tipos de publicidad comercial, en base a distintos criterios, siendo pertinente para el análisis de los problemas jurídicos planteados, la distinción entre publicidad simple y alusiva, ya que ello nos permitirá identificar adecuadamente la modalidad de actos de competencia desleal en la que corresponde subsumir los hechos controvertidos.

### 1.1.3. La Publicidad Comercial Simple y Alusiva

Entendemos por publicidad simple a aquella en la que un oferente de bienes o servicios difunde publicidad referida siempre a la oferta propia y no a la oferta ajena. Por el contrario, nos encontramos frente a publicidad alusiva cuando en la misma se hace referencia no solo al

[2] **Decreto Legislativo Nº 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal**
**Artículo 2.- Ámbito de aplicación objetivo.-**
La presente Ley se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos.
(Subrayado nuestro)

bien o servicio que ofrece el anunciante sino que, se alude también (sea de forma expresa o implícitamente) a los bienes o servicios de otro concurrente en el mercado (Stucchi, 2007, p. 183).

Ahora, dentro del concepto de publicidad alusiva podemos encontrar modalidades publicitarias como la publicidad comparativa, la publicidad denigratoria y la publicidad adhesiva, teniendo estas en común que i) hay una alusión inequívoca (sea directa o indirecta) a la oferta de otro agente económico; y, ii) estas serán lícitas siempre que cumplan con ser veraces, exactas y pertinentes (Sosa, 2012, p. 345).

A continuación, ahondaremos en las particularidades de cada modalidad de publicidad, así como los límites impuestos a las mismas, de acuerdo a lo establecido en la LRCD.

**a) Publicidad simple (Actos de engaño)**

Como ya se mencionó, la publicidad simple es aquella referida a la oferta propia, en la cual al agente económico busca resaltar los beneficios o atributos de su producto o servicio, con el fin de lograr captar la atención del público y persuadirlos a adquirir dicho bien o servicio.
No obstante, conforme lo señalado en el apartado referido a la publicidad comercial, en su afán por captar la atención del público, los agentes económicos podrían alterar la naturaleza informativa de la publicidad, induciendo a error a los consumidores respecto a los atributos o características de su oferta.

En atención a ello, con el fin de preservar que la actuación de los agentes económicos en el mercado esté siempre guiada por la eficiencia económica, nuestro ordenamiento pone límites a la actividad comercial mediante la represión de los actos de la competencia desleal. Así, el artículo 8 de la LRCD, prohíbe la comunicación de información que genere en el receptor del mensaje una idea del producto o servicio que sea distinta de la que proviene de la realidad concreta, calificando ello como un acto de engaño.

Cabe resaltar que deben tomarse en consideración dos elementos al momento de determinar si estamos frente una publicidad simple lícita o, por el contrario, frente a un acto de engaño: i) La veracidad de las afirmaciones objetivas contenidas en la misma; y, ii) la substanciación

previa, es decir, se debe verificar si el anunciante contaba previamente con las pruebas que sustenten la veracidad del mensaje (Guzmán, 2012, p. 250).

**b) Publicidad Alusiva**

- **Publicidad Comparativa (Actos de comparación)**

La publicidad comparativa cumple un rol importante en la competencia, ya que permite a los consumidores obtener información acerca de las ofertas existentes, ahorrando costos de búsqueda de la misma (tiempo que ocuparían comparando las ofertas disponibles). A su vez, este tipo de publicidad estimula la competencia, ya que los agentes que opten por emplearla, tendrán incentivos para invertir en la mejora de sus ofertas, para poder mostrar al público sus ventajas sobre las ofertas de otros competidores (Sosa, 2012, p. 347).

La LRCD, en su artículo 12, establece dos requisitos para determinar que nos encontramos ante esta modalidad de publicidad alusiva: i) la alusión inequívoca sobre la oferta de otro agente económico; y, ii) el objeto de dicha alusión debe ser presentar las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora.

- **Publicidad Adhesiva (Actos de Equiparación)**

Esta modalidad de publicidad se refiere a un bien o servicio propio y además, a uno ajeno con el fin de equiparar dichos productos, o, dicho de otro modo, buscando informar a los consumidores que los bienes o servicios propios comparten determinadas características o atributos con aquellos que ofrece otro competidor (Stucchi, 2007, p. 183).

Al respecto, Sosa (2012) hace la precisión de que el anunciante que haga uso de esta modalidad de publicidad no se equiparará con una marca desconocida, sino que se adherirá a la oferta distinguida, como una marca notoriamente conocida o de importante implantación en el mercado (p. 348).

De la lectura del artículo 12 de la LRCD, podemos determinar que nos encontramos ante esta modalidad de publicidad alusiva cuando: i) Haya alusión inequívoca sobre la oferta de otro

agente económico; y, ii) el objeto de dicha alusión debe ser adherir la oferta propia a los atributos de determinada oferta ajena.

- **Publicidad Denigratoria (Actos de denigración)**

Esta modalidad de publicidad alusiva transmite un mensaje con el fin de desacreditar o menoscabar el crédito o reputación de otro agente económico, su organización, sus productos o servicios y otros elementos vinculados a su actividad comercial o que puedan incidir en la misma y, de tal forma, sustraer la clientela del denigrado (Gagliuffi, 2003, p. 306).

Así, el artículo 11 de la LRCD establece como elementos para identificar la publicidad denigratoria: i) La alusión inequívoca sobre la oferta de otro agente económico; y, ii) el anuncio debe ser susceptible de tener como efecto el descrédito o menoscabo de la imagen o prestigio de otro agente económico.

Respecto a la publicidad alusiva, en todas sus modalidades, se encontrará permitida siempre que las afirmaciones que se comuniquen en ella sean: i) verdaderas, es decir, objetivas o verificables, siempre que el anunciante cuente con pruebas idóneas para acreditar la veracidad; ii) exactas, lo que implica que deben tener una claridad tal que evite la ambigüedad en la percepción del consumidor sobre la realidad de las condiciones de la empresa aludida; iii) pertinentes en la forma, evitando la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo); y, iv) pertinentes en el fondo, transmitiendo información que al consumidor le permita evaluar la oferta aludida sobre parámetros de eficiencia (Stucchi, 2007, p. 194). Así lo consagró el artículo 11.2 de la LRCD.

Sobre el particular, podemos resaltar que, como sucede en la publicidad simple, uno de los elementos que nos permiten verificar cuándo nos encontramos ante una publicidad lícita es el Principio de Veracidad. No obstante, en el caso de la publicidad alusiva, podemos encontrar que este principio tiene ciertas particularidades, siendo la más resaltante que cuando la publicidad alusiva contenga información de carácter subjetivo, la misma será considerada ilícita (Sosa, 2012, p. 351).

### 1.1.4. La interpretación de la Publicidad Comercial

En secciones previas del presente trabajo nos hemos referido al modelo de economía social de mercado que acoge nuestra Constitución, el cual se materializa a través del sistema competitivo, que orienta la asignación de recursos a través de la interacción entre los agentes económicos (Gonzáles, 2009, p. 69). Es en dicho contexto que se destaca la publicidad comercial como un mecanismo que permite fomentar dicha competencia, resaltando su función persuasiva, así como informativa; y, tomando en cuenta que en el afán por persuadir se puede ver afectado el correcto funcionamiento del proceso competitivo, nuestro ordenamiento acertadamente impone limitaciones a la misma, consagradas principalmente en la LRCD.

Asimismo, clasificamos a la publicidad comercial en publicidad simple y alusiva, precisando los elementos a tomar en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante determinado tipo de publicidad, la tipificación que le correspondería, así como las particulares que tendría en cada caso el análisis de licitud de las mismas, de acuerdo a lo establecido en la LRCD.

Ahora bien, antes de formularnos preguntas como si nos encontramos ante publicidad comercial, ante qué tipo de publicidad, o bajo qué modalidad de acto de competencia desleal se subsumiría la controversia, es preciso determinar el mensaje publicitario contenido en cada uno de los anuncios publicitarios cuestionados.

Al respecto, la LRCD establece en su artículo 21 lo siguiente:

> **Artículo 21.- Interpretación de la publicidad.-**
>
> 21.1.- La publicidad es evaluada por la autoridad teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes o servicios.
>
> 21.2.- Dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe.
>
> En el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

De la lectura del referido artículo, podemos observar que se toma como referencia para el análisis al destinatario final, quien es aquel que podría ser inducido a error o ver alteradas sus decisiones de consumo sobre la base de información falsa, denigratoria o que sea contraria a las disposiciones legales aplicables. Ello, a su vez, implica que el análisis no puede ni debe realizarse a partir del conocimiento particular o juicio personal de la autoridad ni la lectura que el propio anunciante propone respecto de su anuncio (Rodríguez y Sosa, 2020, p. 44).

Ahora, si bien es el consumidor quien atribuye el significado al anuncio, ello no implica que la autoridad de competencia tenga que requerir encuestas o estudios que determinen qué es lo que entendió el consumidor (lo que sería muy costoso), sino que la interpretación de la publicidad comercial que haga la autoridad debe realizarse conforme lo haría un consumidor razonable de un análisis integral y superficial del anuncio (Aramayo et al., 2013, p. 86).

El empleo del término "superficial" hace alusión a una interpretación espontánea del anuncio, proscribiéndose cualquier interpretación forzada del mensaje publicitario. Ello toma especial relevancia en los casos en que está en discusión el contenido técnico o complejo del mensaje publicitario. Por otro lado, cuando la norma refiere que el análisis debe ser "integral" expresa que el anuncio se debe analizar como un todo, es decir, proscribe una lectura fragmentada del mismo que obvie elementos que lo integren (Rodríguez y Sosa, 2020, p. 45).

Por consiguiente, en aplicación de lo establecido en el artículo 21 de la LRCD, para determinar el mensaje contenido en un anuncio publicitario, la autoridad competente debe realizar un análisis integral y superficial del mismo, a partir de la percepción que el consumidor destinatario de dicha publicidad tenga de la misma.

### 1.1.5. Análisis de los hechos controvertidos

En este apartado, debemos responder la pregunta planteada como primer problema jurídico secundario vinculado al primer problema jurídico principal: ¿Qué tipo de publicidad configuran los anuncios publicitarios cuestionados, y en función a ello, bajo qué modalidad de acto de competencia desleal corresponde analizar los mismos?

Para ello, tendremos que identificar ante qué tipo de publicidad nos encontramos, para luego poder identificar la modalidad de acto de competencia desleal bajo la cual se realizará el

análisis de licitud de los anuncios publicitarios cuestionados. En orden a ello, el primer paso que debemos realizar es analizar los anuncios publicitarios cuestionados para determinar el mensaje publicitario que contiene cada uno de ellos.

- **Artículo denominado "LA PANKA: Nuevo Concepto de Brasas", publicado en la revista *Cosas* de fecha 16 de octubre de 2013.**

# La Panka: nuevo concepto de brasas

El segmento de brasas tiene, desde hace tres semanas, un nuevo integrante: uno que llega con un concepto novedoso, cuya propuesta, realmente sorprende que no haya aparecido antes. La Panka, cuyo eslogan es "Brasas Peruanas", ha tomado lo mejor del restaurante original ubicado en la Av. Villarán (el pollo y el anticucho), para relanzarlo en el barrio de Santa Cruz, en Miraflores, en un modelo mucho más completo (más platos y bebidas) y atractivo.

El concepto rinde tributo a los mercados de Lima y fue desarrollado íntegramente, desde el diseño hasta el menaje, por la empresa Infinito (Don Belisario y Paseo Colón). El resultado es un ambiente familiar, muy cálido y confortable, con mesas y sillas de madera, alternadas con mayólicas, y una barra central donde se preparan las bebidas y los postres, todo en un local con capacidad para 140 personas. Música con ritmos peruanos –algunos clásicos, otros modernos– le dan a La Panka el ambiente adecuado para reunirse con la familia, comer con los amigos o divertirse en la noche.

La carta no se agota, como decíamos, en las brochetas, los anticuchos (ganadores de Mistura 2011) y el pollo a la brasa. Probamos un delicioso tamalito estilo chiclayano y sabrosos champiñones en crema anticuchera. Entre las ensaladas, uno puede pedir, además de la clásica, que acompaña al pollo, el solterito y la ensalada parrillera, con vegetales a la parrilla. Pero, como en toda brasería, el pollo es el fuerte: tiene un pellejo tan crocante como adictivo (apodado por el público como "pellejo galleta"), y papas que superan a muchas de la competencia.

Entre los postres, recomendamos los picarones; para beber, los chicanos (tienen macerados de distintas hierbas, frutas y especias), los jugos naturales, los distintos sabores de limonadas (hierbabuena, hierbaluisa, kion), la chicha morada y el especial de la casa: la Chicha Frozen Panka, inspirada en una preparación chinchana, hecha con miel de chancaca. En resumen, una brasería de sabores y espíritu netamente peruanos, que estamos seguros de que encontrará réplica en otros barrios.

Sus anticuchos fueron ganadores de Mistura 2011.

TAMBIÉN PROBAMOS UN DELICIOSO TAMALITO ESTILO CHICLAYANO Y SABROSOS CHAMPIÑONES EN CREMA ANTICUCHERA

La Panka. Av. Mendiburu 1007, Miraflores. Tlf. 441-1279. De lunes a domingo, de mediodía medianoche.

142

Conforme podemos apreciar de la lectura del artículo, en el mismo se nos anuncia la entrada al mercado de brasas de un nuevo competidor denominado La Panka, detallando que este restaurante habría tomado lo mejor del restaurante original (resaltando el premio Mistura que obtuvo este), ubicado en la Avenida Villarán, para relanzarlo en Miraflores en un modelo más completo y atractivo, precisando que esto último se debe a que el local de Miraflores contaría con más platos y bebidas. Asimismo, el artículo nos hace referencia al diseño del restaurante, los elementos que encontraríamos en el mismo (como las mesas, sillas, la barra central, etc.) y la música que se pondría en el establecimiento, para luego pasar a mencionar y destacar algunos de los platos principales, postres y bebidas que contiene su carta, para finalmente, terminar el artículo consignando la dirección del establecimiento ubicado en Miraflores, así como su teléfono y precisar los días y horarios de atención.

Así, de un análisis integral y superficial del anuncio publicitario en cuestión, podemos determinar como mensaje publicitario la apertura de un nuevo restaurante en Miraflores denominado La Panka, el cual habría tomado lo mejor del restaurante del mismo nombre ubicado en la Avenida Villarán (Surquillo), pero destacando que la oferta del local de Miraflores tendría un modelo más completo y atractivo, toda vez que contaría con más platos y bebidas, razón por la que se invita a visitar el mismo.

Como podemos apreciar, el mensaje publicitario difundido no hace referencia únicamente a la oferta propia. En efecto, del mensaje publicitario el consumidor claramente percibe que existen dos locales de La Panka, uno ubicado en la Avenida Villarán (el original), y otro ubicado en Miraflores, el cual sería una suerte de versión mejorada del primero, ya que contaría con un modelo más completo y atractivo; siendo que el local de Surquillo pertenecía a la señora Nelly Nossar, mientras que el local de Miraflores pertenecía a otro agente económico, F&NMV Inversiones.

Por tanto, podemos afirmar que nos encontramos frente a una publicidad en la cual se hace referencia no solo al servicio que ofrece el anunciante (F&NMV Inversiones) sino que, se alude también inequívocamente al servicio de otro concurrente en el mercado (la señora Nelly Nossar), al hacer mención al local original ubicado en la Avenida Villarán, que fue ganador del premio Mistura al Mejor Anticucho; con el adicional de que jactándose de "más completo y atractivo" que el original, busca destacar las ventajas de su oferta frente a las del local ubicado en Surquillo.

Siguiendo ello, podemos concluir que nos encontramos ante una publicidad alusiva de tipo comparativa, y por ende, corresponde analizar la licitud de la misma como un acto de competencia desleal en la modalidad de comparación, conforme lo establece el artículo 12 de la LRCD.

Sobre el particular, cabe mencionar que la Sala se limitó a replicar el mensaje imputado por la Secretaría Técnica en la admisión a trámite de la denuncia, consistente en que el establecimiento La Panka habría sido relanzado en Miraflores, mientras que el de Surquillo

ya no existiría, por lo que no plantea cuestionamientos al respecto, y procede a analizar el anuncio cuestionado bajo la modalidad de actos de engaño[3].

Al respecto, es pertinente evocar el principio de tipicidad, consagrado en el numeral 4 del artículo 248 del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General[4], el cual consiste en que las conductas que constituyen infracción deben estar previstas de forma clara, precisa e inequívoca, de manera que los ciudadanos puedan prever las consecuencias de sus conductas, siendo que nadie debe ser sancionado por una conducta que no se sabía de antemano que era infracción (Huapaya y Guzmán, 2019, p. 63).

En consecuencia, es evidente la relevancia que tiene identificar el tipo infractor adecuado al momento de analizar los hechos controvertidos, toda vez que dependiendo del mismo, el análisis de licitud puede variar, y por consiguiente, las consecuencias para el administrado también podrían resultar distintas en función al tipo infractor imputado.

- **Entrevista realizada a la señora Nicole Nossar (socia de la empresa denunciada) en el programa "Mundo Empresarial" de fecha 26 de enero de 2014.**

[3] Al respecto, he de destacar que la señora Nossar alegó en su denuncia que la publicidad cuestionada configuraría un acto de denigración, pero la Secretaría Técnica señaló en la resolución de admisión a trámite que ello no sería posible toda vez que para la configuración de actos de denigración se requiere que los consumidores identifiquen claramente la participación en el mercado de dos agentes económicos distintos, lo cual, a opinión de la Secretaría Técnica, no sucedería en el presente caso. Asumiendo que esta aplicaría el mismo análisis respecto de la modalidad de actos de comparación, discrepamos con ello, toda vez que de la propia publicidad cuestionada se puede identificar dos ofertas distintas, una presentándose como mejor que la otra, y que pertenecen a agentes económicos (si bien vinculados) diferentes.

[4] **Decreto Supremo Nº 004-2019 –JUS – Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General)**
**Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(…)
4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.

**Entrevista realizada en el "Programa Mundo Empresarial"**

*"(…)*

*Presentador: Cuéntame sobre La Panka, como así nace La Panka*

*Sra. Nicole Nossar: Bueno nosotros tomamos la franquicia de un local que ya existía, que nació como una anticuchería en el 2011 ganan el premio Mistura al mejor anticucho y luego se desarrolla el pollo a la brasa, en ese momento tomamos nosotros la franquicia y desarrollamos este concepto yendo un poco más allá.*

*Presentador: entonces el premio de Mistura fue en el 2011 y entonces esa es la campanita que les llama la atención.*

*Sra. Nicole Nossar: Claro, después desarrollar ese pollo a la brasa muy jugoso (…) y tomamos nosotros esta franquicia desarrollando este concepto (…) Desarrollamos un local mucho más acogedor (…)*

*Presentador: Ahora esta franquicia, ¿Les permitiría abrir más locales en lima?*

*Sra. Nicole Nossar: De hecho tenemos propuestas de abrir en centros comerciales*

*Presentador: El local que han abierto está en la Av. Mendiburu*

*Sra. Nicole Nossar: Nosotros hemos tomado la marca que existía y la hemos potenciado (…) tenemos 3 o 4 meses en el mercado y estamos con más propuestas de abrir más locales en el mercado.*

*(…)"*

De la revisión de la publicidad cuestionada, verificamos que en la misma se nos cuenta cómo surge el restaurante La Panka de la Avenida Mendiburu, detallando que este restaurante habría tomado la franquicia de un local que ya existía (resaltando el premio Mistura que obtuvo este), desarrollando dicho concepto yendo un poco más allá. Asimismo, se señala que La Panka de la Avenida Mendiburu habría tomado la marca que existía y la habría potenciado; y finalmente, se indica también que el local desarrollado en Mendiburu sería mucho más acogedor.

Así, de un análisis integral y superficial del anuncio publicitario en cuestión, podemos determinar como mensaje publicitario que La Panka de Mendiburu habría desarrollado el concepto del local que ya existía – de la Avenida Villarán – yendo un poco más allá; y que el local desarrollado en Mendiburu sería más acogedor.

Como podemos apreciar, el mensaje publicitario difundido no hace referencia únicamente a la oferta propia. En efecto, del mensaje publicitario el consumidor claramente percibe que existen dos locales de La Panka, uno que ya existía y que ganó el premio Mistura (el original), y otro ubicado en Miraflores, el cual sería una suerte de versión mejorada del primero, ya que habría desarrollado el concepto del local original yendo un poco más allá; además, el local en Mendiburu sería más acogedor.

Por tanto, podemos afirmar que nos encontramos frente a una publicidad en la cual se hace referencia no solo al servicio que ofrece el anunciante (F&NMV Inversiones) sino que, se alude también inequívocamente al servicio de otro concurrente en el mercado (la señora Nelly Nossar), al hacer mención al local que ya existía y que ganó el premio Mistura al Mejor Anticucho; con el adicional de que jactándose de haber desarrollado el concepto del local original "yendo un poco más allá" y que su local sería más acogedor, busca destacar las ventajas de su oferta frente a las del local ubicado en Avenida Villarán.

Siguiendo ello, podemos concluir que nos encontramos ante una publicidad alusiva de tipo comparativa, y por ende, corresponde analizar la licitud de la misma como un acto de competencia desleal en la modalidad de comparación, conforme lo establece el artículo 12 de la LRCD.

- **Entrevista realizada a la señora Valerie Nossar (socia de la empresa denunciada) en el programa "En su Punto" de fecha 27 de mayo de 2014.**

> *"(…)*
> *Presentador: ¿Y la panka empieza en otro local, y este es el segundo no?*
> *Sra. Valerie Nossar: En realidad empieza con este local que está en Villarán que es de mi hermana mayor Denisse, que abrió un lugar súper chiquito que estaba sólo enfocado en lo que es anticuchos y pollos a la brasa, y ganó Mistura con el anticucho. A raíz de eso nos dimos cuenta que su anticucho estaba espectacular y que el pollo era uno que no encuentras en muchos locales, porque era un pollo chiquito con la costrita como galleta que te la puedas comer así crocante. Entonces vimos de que manera sacarle provecho y armar una franquicia de esto no?. Entonces ahí fue cuando nos juntamos, le dimos vueltas al asunto y nació todo el concepto de la Panka.*
> *(…)"*

De la revisión de la publicidad cuestionada, se observa que en la misma se nos cuenta cómo surge el concepto de La Panka, detallando que este restaurante habría iniciado con un local chiquito en la Avenida Villarán enfocado en pollos a la brasa y anticuchos (resaltando el premio Mistura que obtuvo este), y que tras darse cuenta de lo espectacular que estaba el anticucho y que el pollo con la costra como galleta no se encontraba en muchos locales, decidieron armar una franquicia, surgiendo así el concepto de La Panka.

De un análisis integral y superficial del anuncio publicitario en cuestión, podemos determinar como mensaje publicitario que el concepto de La Panka habría surgido a raíz de que la familia Nossar notara que los productos (anticuchos y pollo a la brasa) del local de Villarán

estaban espectaculares y no se encontraban en muchos locales, y así habría surgido la idea de armar una franquicia.

Como podemos apreciar, a diferencia de lo sucedido con los anuncios publicitarios analizados previamente, aquí el mensaje publicitario difundido hace referencia a una única oferta, la propia. En efecto, del mensaje publicitario el consumidor percibe que existe un único concepto de La Panka (si bien con dos locales), surgido a raíz de las bondades que presenta su oferta: unos anticuchos espectaculares (por el cual La Panka de Villarán ganó el premio Mistura) y el pollo con la costra como galleta que no se encuentra en muchos locales.

Por tanto, podemos concluir que nos encontramos ante una publicidad simple, y por ende, corresponde analizar la licitud de la misma como un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño, conforme lo establece el artículo 8 de la LRCD.

Finalmente, habiendo dado respuesta al primer problema jurídico secundario planteado, corresponde continuar con el análisis para determinar si efectivamente los anuncios cuestionados configuraron o no actos de competencia desleal, lo cual se desarrollará a propósito del segundo problema jurídico secundario planteado que abordaremos a continuación.

## 1.2. ¿Cuál es el carácter de los mensajes publicitarios cuestionados, y en función a ello, sería factible aplicar a los mismos el Principio de Veracidad?

Ya hemos explicado la importancia de la actividad publicitaria como herramienta que facilita la competencia entre los agentes económicos del mercado, a la vez que cumple la función de informar a los consumidores acerca de los atributos o características de la oferta que mediante ella se publicita. Así, buscando garantizar que la publicidad cumpla su rol en el mercado de forma adecuada, la licitud de la misma está condicionada al cumplimiento de ciertos principios, entre los que destaca el Principio de Veracidad.

### 1.2.1. El Principio de Veracidad

Como señalaba Guzmán (2009), la actividad publicitaria debe ser ejercida con responsabilidad y en forma tal que aporte determinado paquete de información al mercado,

sin distorsionar el proceso competitivo (p. 71). Es por ello que el Principio de Veracidad impuesto a la actividad publicitaria prohíbe inducir a error a los consumidores.

Este principio protege tanto al consumidor como receptor del mensaje publicitario, como a las empresas que concurren en el mercado, ya que busca evitar que los consumidores realicen la adquisición de determinado producto o servicio motivados por información publicitaria que distorsione su apreciación sobre la realidad, toda vez que cada que se realiza una elección de consumo habiendo sido inducido a error, se genera una desviación de la demanda que no corresponde a la eficiencia económica, perjudicándose injustificadamente a otros competidores (Stucchi, 2006).

De tal forma, podemos señalar que el Principio de Veracidad busca evitar que los agentes económicos generen demanda hacia sus ofertas sobre la base de engaños, toda vez que de suceder ello, el anunciante no estaría compitiendo sobre la base de su propio esfuerzo, configurándose un acto de competencia desleal (Sosa, 2017, p. 164).

Ahora bien, la única posibilidad de que una afirmación genere error en el destinatario del mensaje es que contenga información, es decir, datos como extremos objetivos sobre determinada oferta que se puedan verificar (Stucchi, 2006). De tal forma, solo las alegaciones publicitarias que contengan información objetiva son susceptibles de inducir a error, toda vez que los consumidores la toman en serio; por el contrario, aquellas de contenido subjetivo, al no ser tomadas en serio, no son susceptibles de inducir a error, por lo que no están sometidas al Principio de Veracidad (Aramayo et al., 2013, p. 91).

En nuestro ordenamiento jurídico, la LRCD incluye el Principio de Veracidad como límite a la actividad publicitaria en los siguientes términos:

> **Artículo 8.- Actos de engaño.-**
>
> 8.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que

posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial. (…).

**Artículo 11.- Actos de denigración.-**

11.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos.

11.2.- Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, estos actos se reputan lícitos siempre que:

a) Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad;

b) Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;

c) Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y,

d) Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no trasmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.

(…)

**Artículo 12.- Actos de comparación y equiparación indebida.-**

12.1.- Los actos de comparación consisten en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora; mientras que los actos de equiparación consisten en presentar únicamente una adhesión de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena. Para verificar la existencia de un acto de comparación o de equiparación se requiere percibir una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico, incluso mediante la utilización de signos distintivos ajenos.

> 12.2.- Estos actos se reputan lícitos siempre que cumplan con lo indicado en el párrafo 11.2 de la presente Ley, caso contrario configurarán actos de competencia desleal.
>
> (Subrayado nuestro)

De los citados artículos, podemos apreciar como nuestro ordenamiento jurídico impone como límite común a todo tipo de actividad publicitaria la exigencia de que los anuncios configuren información verdadera; no obstante, dependiendo si estamos ante publicidad de tipo simple o alusiva, el análisis de licitud tiene ciertos matices que nos pueden llevar a diferentes conclusiones.

Por un lado, en los actos de engaño (publicidad de tipo simple), tipificados en el artículo 8 de la LRCD, se prohíbe la inducción a error (no se alude a la mentira), lo cual es adecuado considerando que un contenido verdadero puede ser presentado de manera engañosa y generar una inducción a error (Rodríguez y Sosa, 2020, p. 63). Esto permite abarcar un mayor número de escenarios (como la omisión de determinada información y los mensajes ambiguos) en los que el anunciante se esté beneficiando producto de la distorsión de la percepción del consumidor respecto de su oferta, y por consiguiente, afectando el proceso competitivo.

Así, la prohibición de la inducción a error impone como carga al anunciante el evitar el uso de términos que sean oscuros o ambiguos, pues estos pueden llevar al consumidor a interpretaciones completamente razonables de la publicidad que, cuando no se verifiquen en la realidad, configurarán actos de engaño, siendo el anunciante quien asuma la responsabilidad por los mismos, toda vez que es él quien cuenta con mayor y mejor información sobre los términos de la publicidad y es quien dispone de todos los medios para garantizar que el contenido de la misma responda fielmente a lo publicitado (Rodríguez y Sosa, 2020, p. 64).

En ese sentido, podemos decir que un mensaje publicitario ambiguo, es decir, aquel que puede entenderse de más de una forma, tendrá un mensaje que va a ser falso, lo cual será suficiente para sancionar el anuncio por infracción al Principio de Veracidad, toda vez que los consumidores que lo interpreten de dicha manera serán inducidos a error (Sosa, 2017, p. 163).

Otra forma de inducir a error es a través de la omisión, pero no respecto de cualquier elemento, sino uno que contenga información relevante respecto de la oferta anunciada. Un ejemplo de ello se dio en el caso de una tienda por departamento que difundió un anuncio de una cámara fotográfica a determinado precio, siendo que en la realidad, el producto ofertado no era un producto nuevo, sino un producto reacondicionado, lo cual no se indicó en ninguna parte de la publicidad, y por lo tanto, se produjo una infracción al Principio de Veracidad (Stucchi, 2006).

Ahora bien, tomando en consideración de que nuestra norma define a los actos de engaño como aquellos que tengan como efecto inducir a error, podemos inferir que no todo contenido de la publicidad podrá ser sometido a la aplicación del Principio de Veracidad (Rodríguez y Sosa, 2020, p. 65), toda vez que no todos los elementos que la misma contiene son tomadas en serio por el consumidor, y por tanto, no son susceptibles de inducir a error.

Es así que cuando estemos ante publicidad de tipo simple que únicamente contenga elementos de carácter subjetivo (los cuales no son tomados en serio por los consumidores), nos encontraremos ante una publicidad lícita, toda vez que la misma no es capaz de inducir a error a los consumidores. En este punto, cabe precisar que el análisis de la publicidad alusiva no sigue la misma suerte.

En efecto, en los artículos 11.2 y 12 de la LRCD, de aplicación a todas las modalidades de publicidad alusiva, se establece como requisito de licitud que las mismas constituyan información no solo verdadera, sino también exacta y pertinente tanto en la forma como en el fondo, lo que en la doctrina se conoce como la excepción de veracidad o *exceptio veritatis*. Basta que uno de ellos no se verifique, para que estemos ante un anuncio infractor.

Así, respecto al requisito de veracidad, la norma establece de forma expresa que los anuncios deben constituir información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad, lo que nos permite identificar una marcada diferencia con la publicidad de tipo simple respecto a su análisis de licitud: no solo serán ilícitos aquellos anuncios que sean susceptibles de inducir a error, sino también aquellos que contengan información de carácter subjetivo (Sosa, 2012, p. 351).

De tal forma, es indiscutible que toda actividad publicitaria debe pasar por un filtro de veracidad para determinar su licitud, siendo que dicho análisis variará dependiendo de si nos encontramos ante publicidad de tipo simple o alusiva. Lo que queda claro es que, sea que nos refiramos a la aplicación del Principio de Veracidad o de la *exceptio veritatis*, es de suma relevancia identificar previamente el carácter objetivo o subjetivo de las alegaciones publicitarias contenidas en el anuncio cuestionado.

### 1.2.2. El carácter subjetivo u objetivo de las alegaciones publicitarias

Cuando hablamos de alegaciones de carácter objetivo, nos referimos a aquellas que nos brindan información sobre la oferta que son verificables, mensurables y/o comprobables; que no dependen de la representación mental particular o de la opinión del anunciante, sino de aquello que haya sido recibido como un dato por los destinatarios de la publicidad (Stucchi, 2006).

Por su parte, las alegaciones de carácter subjetivo son siempre relativas y su contenido depende de la percepción de quien lo emite y lo recibe, siendo que el consumidor entiende que no son susceptibles de ser verificadas por corresponder a aspectos emocionales, subjetivos, fantásticos o evocativos que el anunciante le hace conocer buscando lograr que adquieran su producto o servicio (Stucchi, 2006).

Así, al referirnos a las alegaciones de carácter subjetivo debemos tomar en cuenta que el consumidor no es tan ingenuo para creer todo lo que le dicen en la publicidad comercial, sino que sabe que se trata de una empresa que busca vender su producto o servicio, para lo cual tratará de resaltar de todas las formas (inclusive exagerando) las ventajas de su oferta (Rodríguez y Sosa, 2020, p. 137).

Es precisamente por lo antes expuesto que las alegaciones de carácter subjetivo no son susceptibles de inducir error, puesto que al ser opinión, fantasía o capricho del anunciante, no son comprobables y por tanto, no se encuentran sujetas al Principio de Veracidad (Stucchi, 2006).

No obstante, aunque la diferencia entre lo subjetivo y objetivo pareciera estar resuelta, en el día a día los casos que nos encontramos no siempre nos permiten identificar ante qué tipo de

alegación estamos, ya que podría suceder que el anuncio en cuestión contenga ambos aspectos (tanto objetivos como subjetivos) o inclusive, presentarse la información de forma tal que aparentara tratarse de una alegación de carácter subjetivo, cuando en realidad se trataría de datos comprobables.

En esa línea, Stucchi (2006) nos dice que los tipos de información no se agotan solo en las calidades de objetiva o subjetiva, sino que todo depende de cómo se presenten y de qué entienda el consumidor sobre ellas, refiriéndose a estos supuestos como zonas grises.

Concordando con ello, Sosa y Maguiña (2010) refieren que las afirmaciones que se emplean en la publicidad no se limitan únicamente a un carácter netamente objetivo o subjetivo, toda vez que en la misma se comunican características y cualidades de la oferta haciendo uso de diversos recursos como el humor, la fantasía, la exageración, el uso de frases excluyentes, y en algunos casos incluye a la par datos comprobables o estudios que las sustentan, con el fin de convencer al público de adquirir su oferta (p. 98).

En atención a ello, para identificar con mayor claridad ante qué tipo de alegación nos encontramos, y por ende, saber si procede la aplicación del Principio de Veracidad, es indispensable conocer los distintos tipos de afirmaciones que pueden difundirse en la publicidad, para lo cual abordaremos la clasificación planteada por Sosa y Maguiña (2010).

**a) Afirmaciones objetivas**

- **La publicidad de tono excluyente**

Por ella entendemos toda afirmación de contenido informativo y comprobable que es tomada en serio por el público al que se dirige, en la cual se da a entender que la empresa, producto o servicio anunciados ocupan la posición preeminente en el mercado, posición que no es alcanzada por ningún otro competidor o, en su caso, por un círculo limitado de competidores. Como se puede observar, la nota característica de este tipo de alegación radica en afirmar que el anunciante ocupa una posición preeminente en el mercado o que posee alguna ventaja frente a sus competidores (Sosa y Maguiña, 2010, p. 100).

En este punto, cabe precisar la diferencia entre este tipo de publicidad y la publicidad comparativa: en la publicidad de tono excluyente, el anunciante se limita a resaltar su posición de preeminencia, sin hacer ninguna referencia directa a sus competidores; por otro lado, respecto de la publicidad comparativa, líneas arriba ya mencionábamos que un requisito imprescindible en todo tipo de publicidad alusiva es precisamente la alusión inequívoca a la oferta de otro competidor. Por tanto, si bien podemos encontrar referencias comparativas implícitas en toda publicidad de tono excluyente, las mismas son un simple efecto secundario de aquella, siendo que su efecto principal no lo constituye la comparación, sino la afirmación de posición de preeminencia (Sosa, 2012, p. 347).

Respecto a su licitud, como toda publicidad de carácter objetivo, la publicidad de tono excluyente es tomada en serio por los consumidores, por lo que es susceptible de la aplicación del Principio de Veracidad. Por tanto, será lícita siempre y cuando el anunciante acredite la veracidad de la posición de preeminencia alegada.

Un ejemplo de ello se da cuando un banco alega que es "el único que cuenta con oficinas de atención disponibles las 24 horas del días", ya que en dicha afirmación se busca informar al público que existe una posición de preeminencia de su empresa o producto frente a todos sus competidores (Rodríguez y Sosa, 2020, p. 69).

- **La publicidad objetiva per se**

Este tipo de publicidad contiene alegaciones objetivas como expresiones concretas y por tanto, comunica datos verificables, mesurables o comprobables. Podemos observar algunos ejemplos de la misma cuando se informa que un producto es de procedencia norteamericana, o cuando se consigna las 4 estrellas para promocionar los servicios de hotelería de una empresa; siendo que en dichos casos el consumidor siempre considera los mismos como datos reales que serán determinantes para tomar su decisión de consumo (Sosa y Maguiña, 2010, p. 103).

Cabe destacar que dentro de este subgrupo, también encontramos aquellos anuncios que se realizan sobre la base de aspectos subjetivos acompañados de tests o estudios de mercado, con la finalidad de sustentarlos. Esto último les otorga a este tipo de alegaciones un contenido comprobable, toda vez que las referidas pruebas cambian la percepción de los consumidores,

quienes dejarán de verlos como una mera opinión del anunciante, pasando a percibirlas como una información veraz, es decir, comprobable (Sosa y Maguiña, 2010, p. 104).

A modo de ejemplo, podemos mencionar aquellos anuncios en que una aerolínea afirma que "los viajeros la prefieren", indicando como base un "estudio de preferencias en aerolíneas" realizado a través de encuestas por determinada empresa; o cuando se anuncia que una pasta dental "te deja con el aliento más fresco" apoyada con un estudio de percepción realizado a un público objetivo. En ambos casos, dado que dichas alegaciones, en principio subjetivas, están acompañadas de instrumentos como encuestas o estudios que las sustentarían, su contenido se torna comprobable, y por tanto, serán susceptibles de la aplicación del Principio de Veracidad.

**b) Afirmaciones subjetivas**

- **Exageración Publicitaria**

Este tipo de publicidad se caracteriza por aumentar de modo desmesurado las excelencias de la oferta en cuestión, valiéndose de elogios de tono altisonante, con un contenido total o parcial concreto y comprobable, que posee un núcleo fáctico verdadero y que no es tomada en serio por los consumidores (Sosa y Maguiña, 2010, p. 104). Así, al poseer dicho núcleo fáctico verdadero, se puede concluir que este tipo de alegaciones contiene un mínimo de verdad sobre el cual el anunciante parte para hacer elogios respecto de su oferta.

Ahora bien, hemos mencionado que la exageración publicitaria no es tomada en serio por el consumidor, ya que este no es tan ingenuo para creer todo lo que le dicen en la publicidad comercial, toda vez que sabe que el anunciante empleará todos los recursos posibles para hacer su oferta lo más atractiva posible. Sin perjuicio de ello, podemos encontrar situaciones en las que la exageración publicitaria sea susceptible de inducir a error a los consumidores.

En efecto, dado a que la misma se construye sobre la base de un núcleo fáctico, puede que este no siempre concuerde con la realidad, generando una inducción a error, configurándose así un supuesto de publicidad ilícita. Por tanto, es la existencia del núcleo verdadero lo que permite considerar una determinada alegación como una exageración y no como publicidad engañosa (Sosa y Maguiña, 2010, p. 107).

A modo ilustrativo, Sosa y Maguiña (2010) se refieren a la publicidad de un nuevo modelo de celular en la cual se afirma que el mismo cuenta "con la tecnología de punta jamás vista en el mundo", indicando que en este caso, los consumidores entenderán dicha afirmación como una simple exageración publicitaria y entenderán que se trata de un celular que cuenta con cierta tecnología estándar del mercado; no obstante, si dicho celular se limitara solo a recibir y realizar llamadas y mensajes de texto, los consumidores habrían sido inducidos a error mediante la exageración publicidad (p. 107).

- **Publicidad Subjetiva per se**

Conforme adelantamos líneas arriba, en esta categoría encontramos todas las alegaciones carentes de contenido comprobable, y que por tanto, se sustraen de la aplicación del Principio de Veracidad, ya que no pueden inducir a error a los consumidores.

Así, tenemos de un lado i) las expresiones publicitarias triviales de carácter general, conformadas por alabanzas genéricas de la oferta o empresa anunciada, las cuales son percibidas por el consumidor como meras incitaciones a la adquisición de la oferta publicitada; y de otro, también encontramos ii) los juicios estimativos, las cuales son expresiones publicitarias que se limitan a exteriorizar una opinión del anunciante, la cual, al no mencionar ni aludir a ningún hecho, no son comprobables ni pueden inducir a error (Sosa y Maguiña, 2010, p. 110).

### 1.2.3. Análisis de los hechos controvertidos

En este apartado, debemos responder la pregunta planteada como segundo problema jurídico secundario vinculado al primer problema jurídico principal: ¿Cuál es el carácter de los mensajes publicitarios cuestionados, y en función a ello, sería factible aplicar a los mismos el Principio de Veracidad? Ello, a su vez, nos permitirá responder finalmente, si los hechos controvertidos configuraron o no actos de competencia desleal.

Así, tendremos que identificar ante qué tipo de alegaciones publicitarias nos encontramos, y en base a ello, verificar si es posible la aplicación del Principio de Veracidad, con el fin de determinar la licitud de los anuncios cuestionados.

- **Artículo denominado "LA PANKA: Nuevo Concepto de Brasas", publicado en la revista *Cosas* de fecha 16 de octubre de 2013.**

Ya en un apartado anterior del presente informe, realizamos un análisis integral y superficial del anuncio cuestionado, determinando como mensaje publicitario la apertura de un nuevo restaurante en Miraflores denominado La Panka, el cual habría tomado lo mejor del restaurante del mismo nombre ubicado en la Avenida Villarán (Surquillo), pero destacando que la oferta del local de Miraflores tendría un modelo más completo y atractivo, toda vez que contaría con más platos y bebidas, razón por la que se invita a visitar el mismo.

Si intentamos hacer aún más conciso el mensaje publicitario, podríamos decir que se nos anuncia la apertura de un restaurante La Panka en Miraflores, el cual toma todas las ventajas del restaurante original (ubicado en Surquillo) con un adicional: **un modelo más completo y atractivo, toda vez que contaría con más platos y bebidas**.

Así, de la revisión del referido mensaje publicitario podemos concluir que nos encontramos ante una alegación de carácter objetivo per se, ya que el propio anunciante nos explica en qué consisten las características de "completo y atractivo" que diferenciarían su oferta de la oferta del restaurante original: el hecho de que contaría con más platos y bebidas.

Si bien decir que su oferta tiene un modelo "completo y atractivo" hace referencia a aspectos subjetivos de la misma que, normalmente, el consumidor no tomaría en serio, la forma en que el anunciante decidió presentar el mensaje hizo posible convertir su contenido en uno comprobable, al agregar entre paréntesis "más platos y bebidas", lo cual se podría verificar en la realidad.

La Panka: nuevo concepto de brasas

El segmento de brasas tiene, desde hace tres semanas, un nuevo integrante, uno que llega con un concepto novedoso, cuya propuesta, realmente, sorprende que no haya aparecido antes. La Panka, cuyo eslogan es "Brasas Peruanas", ha tomado lo mejor del restaurante original ubicado en la Av. Villarán (el pollo y el an-[illegible]cho), para relanzarlo en el barrio de Santa Cruz, en Miraflores, en un modelo mucho más completo (más platos y bebidas) y atractivo.

Siguiendo ello, podemos concluir que nos encontramos ante una publicidad alusiva de tipo comparativa, con una alegación de carácter objetivo, respecto de la cual corresponde aplicar la *exceptio veritatis*.

Recordemos que el primer requisito que integra dicha excepción es la veracidad, lo que implica que el anunciante (F&NMV Inversiones) debía acreditar la veracidad de su afirmación aportando los medios probatorios (de fecha anterior a la difusión de la misma) que la acrediten. No obstante, ello no sucedió, ya que en sus descargos, F&NMV Inversiones se limitó a indicar que la frase "modelo más completo y atractivo" que empleó para describir su oferta sería de carácter subjetivo, y si bien a pesar de ello recalcó que se trataría de una afirmación cierta, no presentó medio probatorio alguno que acreditara la veracidad de lo afirmado.

Habría bastado con una fotografía de la carta de ambos restaurantes (de fecha anterior a la difusión de la publicidad), resaltando los nuevos platos y bebidas introducidos por el local de F&NMV Inversiones para cumplir con el requisito de veracidad correspondiente a la *exceptio veritatis.*

No obstante, al no cumplir el anunciante con acreditar la veracidad de su afirmación, podemos responder al primer problema jurídico principal planteado, afirmando que con la difusión del anuncio cuestionado se configuró un acto de competencia desleal en la modalidad de comparación indebida.

- **Entrevista realizada a la señora Nicole Nossar (socia de la empresa denunciada) en el programa "Mundo Empresarial" de fecha 26 de enero de 2014.**

Atendiendo al análisis integral y superficial exigido por el artículo 21 de la LRCD, en su oportunidad, determinamos como mensaje publicitario del anuncio cuestionado que La Panka de Mendiburu habría desarrollado el concepto del local que ya existía – de la Avenida Villarán – yendo un poco más allá; y que el local desarrollado en Mendiburu sería más acogedor.

Así, de la revisión del referido mensaje publicitario podemos concluir que nos encontramos ante alegaciones de carácter subjetivo per se, carentes de contenido comprobable, y por tanto,

que se sustraen de la aplicación del Principio de Veracidad o, en el caso de la publicidad alusiva, de la *exceptio veritatis.*

En efecto, con la alegación referida a que F&NMV habría desarrollado un concepto "yendo un poco más allá" estamos frente a una frase vacía, que el consumidor entenderá como parte del intento del anunciante por hacer su oferta más atractiva en relación al local de Surquillo, y por ello, no la tomará en serio. La misma suerte sigue la alegación "desarrollamos un local mucho más acogedor" que emplea el anunciante para describir su oferta en comparación con la oferta del local de Surquillo, toda vez que obedece a una mera opinión, y es tomada como tal por el consumidor.

Por tanto, podemos concluir que nos encontramos ante una publicidad alusiva de tipo comparativa, con alegaciones de carácter subjetivo.

En este punto, cabe destacar que en el caso de la publicidad alusiva, los artículos 11.2 y 12 de la LRCD establecen de forma expresa que, para ser lícitos, los anuncios deben constituir información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad (requisito de veracidad de la *exceptio veritatis*); lo que nos lleva a la inevitable conclusión de que aquella publicidad alusiva que contenga alegaciones de carácter subjetivo será ilícita.

En consecuencia, atendiendo al análisis desarrollado, podemos responder al primer problema jurídico principal planteado, afirmando que con la difusión del anuncio cuestionado se configuró un acto de competencia desleal en la modalidad de comparación indebida.

- **Entrevista realizada a la señora Valerie Nossar (socia de la empresa denunciada) en el programa "En su Punto" de fecha 27 de mayo de 2014.**

Ya en un apartado anterior del presente informe, realizamos un análisis integral y superficial del anuncio cuestionado, determinando como mensaje publicitario que el concepto de La Panka habría surgido a raíz de que la familia Nossar notara que **los productos (anticuchos y pollo a la brasa) del local de Villarán estaban espectaculares y no se encontraban en muchos locales**, y así habría surgido la idea de armar una franquicia.

Como podemos apreciar, en el referido mensaje se resalta los atributos de la oferta propia (ya que de la publicidad se entiende que al ser una franquicia del restaurante de Villarán,

comparten la misma oferta), indicando que estaban espectaculares y que no se encontraban en muchos locales, alegaciones que son de carácter subjetivo per se, carentes de contenido comprobable, y por tanto, que se sustraen de la aplicación del Principio de Veracidad.

Por tanto, podemos concluir que nos encontramos ante una publicidad simple, con alegaciones de carácter subjetivo, que no son capaces de inducir a error al consumidor, ya que este entiende perfectamente que, al estar en el contexto de una publicidad, el anunciante empleará diversos recursos para resaltar su oferta, por lo que el consumidor no tomará las mismas en serio.

Acertadamente, el artículo 8 de la LRCD (encargado de precisar los requisitos de licitud para la publicidad de tipo simple) prohíbe la inducción a error, siendo que aquellas alegaciones de carácter subjetivo que no son tomadas en serio por el consumidor son consideradas como lícitas a la luz del mencionado artículo.

Por lo tanto, atendiendo al análisis desarrollado, podemos responder al primer problema jurídico principal planteado, afirmando que con respecto al presente anuncio, estamos ante una publicidad de tipo simple lícita, y por ende, no se configuró acto de engaño alguno.

**2. ¿El empleo de los elementos presuntamente característicos y similares utilizados por la denunciante en su establecimiento, tales como: (i) la presentación de las sillas o bancas de color blanco; (ii) la presentación de las mesas de madera natural (tipo y color); (iii) el diseño de las lámparas, entre otros, configura un acto de competencia desleal en la modalidad de confusión?**

Con el fin de responder a la interrogante planteada como segundo problema jurídico principal, a continuación procederemos a analizar el respectivo problema jurídico secundario formulado, así como desarrollaremos el marco teórico que nos permitirá brindar respuestas a los problemas jurídicos planteados.

### 2.1. ¿Hubo un incumplimiento del deber de diferenciación?

#### 2.1.1. Actos de Confusión

Líneas arriba, señalamos que el artículo 58 de la Constitución peruana de 1993 consagra a la economía social de mercado como modelo económico, mediante el cual principalmente se garantiza la libertad de los agentes económicos en la conducción de sus actividades económicas. No obstante ello, existen límites a dicha libertad, siendo uno de ellos las normativa de competencia desleal que contempla la LRCD, que busca preservar el proceso competitivo y la eficiencia económica que son esenciales para todo mercado. Así, como una de las modalidades de actos de competencia desleal establecidas en la norma, tenemos a los actos de confusión.

Los actos de confusión consisten en conductas realizadas por un competidor con el fin de inducir a error al consumidor sobre la procedencia empresarial de un producto (o servicio, actividad, empresa o establecimiento), de forma que el consumidor termine seleccionando uno distinto al que realmente quiere (Méndez, 2013, p. 176).

En otras palabras, la confusión se produce mediante todas aquellas actividades que son aptas para inducir a error al consumidor acerca de la procedencia última de la prestación, producto o servicio que se ofrece en el mercado (Portellano, 1995, como se citó en Espinoza, 2007, p. 122).

Así, el artículo 9 de la LRCD tipifica los actos de confusión de la siguiente manera:

> **Artículo 9.- Actos de confusión.-**
>
> 9.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, las prestaciones o los productos propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde.
>
> 9.2.- Los actos de confusión pueden materializarse mediante la utilización indebida de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual.

Conforme podemos observar, el citado artículo define dichos actos como aquellos que tengan como efecto inducir a error respecto al origen empresarial de determinada oferta. Ello ha llevado a considerarlo dentro de la subcategoría de actos que afectan la transparencia del mercado, junto a los actos de engaño (Aramayo et al., 2013, p. 35).

Asimismo, existen dos tipos de confusión: (i) Directa, cuando existe una similitud tal en la presentación y/o apariencia general de los bienes, que se genera la convicción en el consumidor de que corresponde a un determinado agente económico, pero en realidad se trata de un tercero; y, (ii) Indirecta, cuando si bien los consumidores pueden diferenciar los bienes, debido a la similitud, creen erróneamente que tienen el mismo origen empresarial (Aramayo et al., 2013, p. 37)

Ahora bien, un elemento clave a la hora de hablar de los actos de confusión es el derecho a imitar, es decir, la posibilidad de imitar lícitamente iniciativas empresariales[5]. Ello se debe a que, dependiendo de si situamos la conducta dentro o fuera del derecho a imitar que tiene todo agente económico, determinaremos la licitud o ilicitud de la conducta.

De tal forma, podemos decir que si bien todo agente económico tiene derecho a imitar, dicha prerrogativa no puede ejercerse de manera irrestricta, existiendo límites a su ejercicio, conforme veremos a continuación.

### 2.1.2. Derecho a Imitar:

En una economía social de mercado, en la cual se destaca la importancia del proceso competitivo, es útil que los agentes económicos puedan hacer uso de las aportaciones previas de otros para sus propios productos o servicios, de modo que se refuerza la competencia y los intereses de los consumidores crecen (Sanz, 2015, p. 17).

En esa línea, en los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial del 2001[6], se hizo referencia al "derecho a imitar" como una manifestación de la libertad de iniciativa privada en materia económica, y un presupuesto necesario del progreso, cuyo fundamento radica en la libertad que tienen los agentes económicos de acceder a las creaciones que otros han puesto en el mercado y por lo que pasan a ser consideradas como bienes públicos (Indecopi, 2001, p. 4).

[5] Al respecto, cabe precisar que el derecho a imitar se encontraba establecido en el artículo 4 del Decreto Ley Nº 26122; no obstante, la misma fue derogada y la norma de competencia desleal actual, el Decreto Legislativo Nº 1044, no la contempla. Sin perjuicio de ello, dicho derecho sigue encontrando asidero en nuestro ordenamiento, ya que es una manifestación del derecho a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, consagradas en el artículo 58 de nuestra Constitución.

[6] En este punto, cabe aclarar que dichos Lineamientos emitidos por la Autoridad de la Competencia Desleal correspondían al derogado Decreto Ley Nº 26122, en cuyo artículo 4 se consignaba el referido derecho a imitar. No obstante, como ya hemos referido, dicho derecho aún encuentra asidero en nuestro ordenamiento, por lo que consideramos pertinente lo establecido por el Indecopi al respecto.

Sobre el particular, cabe mencionar que el Indecopi tuvo oportunidad de pronunciarse respecto al contenido del referido derecho y sus limitaciones, mediante la Resolución Nº 1091-2005/TDC, Precedente de Observancia Obligatoria[7] emitido respecto al caso seguido por Bembos S.A.C. contra Renzo's Pollería Restaurante Snacks S.R.L. En la misma, se estableció lo siguiente:

> 1. El denominado Derecho a Imitar que consiste en que un concurrente en el mercado puede lícitamente imitar las iniciativas empresariales de otro concurrente, constituye una de las manifestaciones de la libertad de iniciativa privada en materia económica, consagrada y protegida por el artículo 58 de la Constitución Política del Perú. Sin embargo, el denominado Derecho a Imitar no puede ser ejercido por las empresas de modo irrestricto, debe ser ejercido respetando los límites que el ordenamiento jurídico establece.
>
> 2. Un primer límite a la imitación consiste en el respecto que los concurrentes en el mercado deben tener por los derechos de propiedad intelectual de terceros, como es el caso de las marcas que otorgan protección sobre determinadas invenciones y de titularidades de derechos de autor que otorgan protección sobre determinadas obras, entre otros. Mediante derechos de propiedad intelectual, el titular de un signo, invención u otra goza de una protección tal que la imitación de otro concurrente respecto de estos elementos es ilícita, según lo precisado por las normas en la materia.
>
> 3. Un segundo límite a la imitación consiste en el deber de diferenciación que corresponde a los concurrentes en el mercado. Este deber es exigido por las normas que reprimen la competencia desleal y significa que, si bien los concurrentes tienen Derecho a Imitar, tienen como contraparte la obligación de evitar, en observancia de la buena fe comercial, que alguna imitación sea capaz de: (i) generar confusión respecto del origen empresarial de los bienes o servicios que colocan en el mercado, así como sobre los establecimientos utilizados para tal fin; (ii) significar una explotación indebida de la reputación que corresponda a otro concurrente en el mercado. Estas dos conductas son consideradas contrarias a la buena fe comercial que rige las actividades comerciales y son ejemplificadas como actos de Competencia Desleal, respectivamente, en los artículos 8, 13 y 14 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, siendo prohibidas por el artículo 6 de la misma Ley, que

[7] Sobre el particular, es pertinente precisar que mediante Resolución Nº 0362-2017/SDC-INDECOPI, la Sala se pronunció con relación a un Precedente de Observancia Obligatoria (el precedente Caballero Bustamante), señalando que en la medida que el mismo interpretó los alcances del Decreto Ley Nº 26122 que fue derogado, sus disposiciones ya no serían vinculantes. Si bien el mismo razonamiento podría aplicarse al Precedente Bembos – Renzo's, consideramos relevante referirnos al mismo, toda vez que es uno de los pocos pronunciamientos en que se ha desarrollado acerca de la configuración de actos de confusión por imitación del t*rade dress* y, además, porque la propia Sala citó la misma en su pronunciamiento en la Resolución Nº 0177-2018/SDC-INDECOPI, analizada en el presente informe jurídico.

> constituye la tipificación expresa exigida por el artículo 230.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General para aplicar las sanciones correspondientes.
> (…)

Del extracto citado, podemos identificar dos límites al ejercicio del derecho a imitar: (i) el respeto a la propiedad intelectual, ya que de lo contrario, la imitación será ilícita; y, (ii) el deber de diferenciación, por el cual los concurrentes no pueden generar confusión, impedir que el imitado pueda diferenciarse o afirmarse en el mercado o generar explotación indebida de la reputación ajena (Guzmán, 2012, p. 251).

De tal forma, nuestro sistema de represión de la competencia desleal busca proteger a todos los instrumentos de identificación de la actividad, prestaciones y establecimientos de los agentes económicos, prohibiendo que, mediante el ejercicio de su derecho a imitar crucen el límite de lo lícito, generando un riesgo de confusión.

¿Y cómo la autoridad puede determinar que el agente económico incumplió su deber de diferenciación, y por ende, generó un riesgo de confusión?

Al respecto, cabe señalar que los criterios para determinar la existencia de un riesgo de confusión no se encuentran expresamente establecidos en la LRCD, por lo que dicho análisis tiene un carácter esencialmente fáctico, es decir, el análisis debe hacerse caso por caso (Espinoza, 2007, p. 137)[8].

En este punto, cabe destacar que la doctrina ha desarrollado una serie de criterios que permiten determinar la existencia de un riesgo de confusión: (i) La similitud entre los signos empleados para la presentación de propio agente, su actividad o establecimiento, siendo que la misma no debe ser analizada en abstracto, sino en conexión con el resto de elementos que coadyuvan al consumidor a identificar al agente o su establecimiento (estos pueden reforzar, debilitar o incluso eliminar el riesgo de confusión). Es preciso que los medios de identificación apropiados posean fuerza distintiva. (ii) La implantación del signo en el mercado, toda vez que aquellos no utilizados en el tráfico (o usados muy escasamente), no

[8] En este punto, cabe precisar que en los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial del 2001, se consignaba lo siguiente:
> Para determinar si se ha producido un acto de confusión (directo o indirecto) debe observarse, entre otros puntos: (i) la forma como se distribuyen los productos o se proveen los servicios en cuestión (por ejemplo, si concurren en una misma plaza, en un mismo segmento del mercado o empleando similares canales de distribución), (ii) el nivel de experiencia de los consumidores que adquieren tales bienes o servicios, (iii) el grado de distintividad de la forma o apariencia externa del producto o de la prestación del servicio o de sus medios de identificación (esto es, si dichos elementos cumplen una función indicadora de procedencia empresarial) y (iv) el grado de similitud existente entre los elementos que distinguen a los productos o a la prestación de los servicios objeto de evaluación. (Indecopi, 2001, p. 12)

.

podrán generar nunca un riesgo de confusión. (iii) En la confrontación de medios de identificación debe primar una valoración sintética (de la imagen que el consumidor retiene en su mente del medio de identificación original) sobre una valoración analítica (examen detallado y simultáneo de los medios de identificación involucrados. Finalmente, (iv) Cuando los signos resulten conocidos por los correspondientes segmentos de los consumidores, el riesgo de confusión surgirá más allá de la regla de la especialidad (Monteagudo, 1995).

Sobre el particular, mediante la Resolución Nº 1091-2005/TDC, precedente de observancia obligatoria emitido respecto al caso seguido por Bembos S.A.C. contra Renzo's Pollería Restaurante Snacks S.R.L., se estableció lo siguiente:

> 5.- Finalmente, a efectos de evaluar si se produce un acto de confusión respecto de elementos sobre los que no recae derecho de propiedad intelectual alguno, la autoridad administrativa, para determinar si un concurrente ha infringido el "deber de diferenciación" que le es exigible, debe evaluar fundamentalmente que los signos, presentación y/o apariencia general de los bienes, servicios o establecimientos que corresponden al concurrente presuntamente afectado por la imitación, cuando menos: i) sean capaces individualmente o en conjunto de generar un efecto identificador del origen empresarial y diferenciador de la oferta de este concurrente frente a los demás concurrentes en el mercado; ii) no sean una respuesta a necesidades propias de la actividad económica que este concurrente realiza; iii) no sean un estándar en el mercado; y, iv) conformen una apariencia que pueda ser evitada por los demás concurrentes sin incurrir en elevados costos de diferenciación.

Posteriormente, en la Resolución Nº 2487-2010/SC1-INDECOPI, la Sala indicó lo siguiente:

> 14. Para determinar si existe posibilidad de confusión, en primer lugar se debe comparar la existencia de similitudes sustanciales entre los servicios o productos. Cuando la estructura, colores e imágenes de un producto o servicio son particulares y permiten identificar a un agente en el mercado (*trade dress*), la imitación de dicha apariencia general puede provocar en los consumidores una errada impresión sobre la identidad de los productos u orígenes empresariales.
>
> 15. Cabe precisar que la sola presencia de algunas divergencias entre las presentaciones analizadas no resulta suficiente para descartar algún tipo de confusión, pues lo relevante no radica en verificar los detalles sino si, tras una apreciación

> integral, existe una impresión general similar entre los bienes o servicios comparados. Así por ejemplo, el uso de tonalidades de colores ligeramente divergentes en los empaques o la inclusión de alguna grafía adicional en uno de los envases comparados, si no es sustantiva, no es suficiente para eliminar el riesgo de confusión pues, finalmente, debe recordarse que los consumidores no efectúan un análisis minucioso y, más bien, se guían por la impresión general que perciben.

De la revisión de las citas precedentes, podemos observar cómo la autoridad nacional en materia de competencia desleal ha acogido algunos de los criterios establecidos en la doctrina para la determinación del riesgo de confusión, como la fuerza distintiva que deben poseer los medios de identificación apropiados y la valoración sintética sobre la cual debe partir el análisis.

Ahora bien, en el último pronunciamiento citado, la Sala señala que para determinar la existencia del riesgo de confusión se debe encontrar similitudes sustanciales, haciendo referencia a la imitación de una "apariencia general" de un producto o servicio que podría potencialmente causar un riesgo de confusión. A esta figura la doctrina la conoce como *trade dress*.

El *trade dress* es la suma de elementos decorativos y de presentación que identifican un producto o establecimiento, siendo que dichos elementos en conjunto generan la existencia de una percepción por parte del consumidor al confrontarlos. Respecto a los establecimientos, conforman el *trade dress*: los colores empleados, los elementos ornamentales, la disposición de anaqueles, los menús, la vestimenta de los empleados, la iluminación, los letreros del lugar, etc.; en el caso de los productos, lo conforman elementos como el tamaño y la forma de los empaques, los colores, el tipo de letras, entre otros (Daher, 2005, citado en García, 2017, p. 236).

Esta figura ha sido ampliamente desarrollada en la jurisprudencia norteamericana, siendo que en el año 1992 se estableció un precedente sobre su protección a partir del caso Two Pesos*, Inc. v.* Taco Cabana*, Inc*. Este último era una cadena de restaurantes de comida rápida localizada en San Antonio, Texas; siendo que años después a su apertura, surgió Two Pesos, como otra cadena similar ubicada en Houston, Texas, empleando elementos del *trade dress* de Taco Cabana. El problema jurídico sobre el cual versaba esta controversia era la necesidad

de determinar si el diseño de los restaurantes Taco Cabana era distintivo para generar la elección de los consumidores (Suárez, et al., 2014).

Según el fallo del Tribunal estadounidense, se definió al *trade dress* de Taco Cabana como:

> Una atmósfera festiva para comidas con un área interna y un área de patio, decoradas con objetos, colores brillantes, cuadros, murales. El patio incluye áreas internas y externas, siendo posible aislar el patio interno del externo mediante el uso de puertas suspendidas. La parte externa de la construcción es festiva, con colores vivos y utiliza rayas pintadas y de neón en el contorno de su forma. Toldos y sombrillas brillantes completan el tema decorativo (Berrazueta, 2015, p. 41).

A partir de dicha sentencia, se pudieron identificar las siguientes características con respecto al *trade dress*: (i) Forma parte de la apariencia de los productos y establecimientos, pudiendo identificarse elementos como colores, formas, texturas, aromas, ubicación de luces, uniformes de los empleados, etc.; (ii) No forma parte de la funcionabilidad del producto; y, (iii) debe ser de uso constante y continuo para ser percibido por el consumidor como único con respecto a otros similares (García, 2017, p. 241).

De lo desarrollado en esta sección, podemos concluir que, si bien los agentes económicos tienen el derecho a imitar algunas características o atributos de los productos, servicios o establecimientos de otro competidor, encontramos un límite en el deber de diferenciación, y en caso no se cumpla con el mismo, se configura un acto de competencia desleal en la modalidad de confusión. En línea con ello, cabe agregar que la deslealtad de la confusión se sigue de la introducción en el proceso de comunicación con la clientela de ciertos elementos que pueden provocar decisiones de consumo sobre la base de una inadecuada percepción de

la realidad respecto a la identidad o procedencia empresarial de una actividad, prestaciones o establecimiento (Monteagudo, 1995, p. 238).

### 2.1.3. Análisis del hecho controvertido

En este apartado, debemos responder la pregunta planteada como primer problema jurídico secundario vinculado al segundo problema jurídico principal: ¿Hubo un incumplimiento del deber de diferenciación por parte de la denunciada? Ello, a su vez, nos permitirá responder finalmente, si la conducta de la denunciada configuró un acto de competencia desleal en la modalidad de confusión.

Así, recordando los hechos denunciados, la señora Nelly Nossar indicó que pese a haberse desvinculado de la denunciada, esta última habría conservado toda la imagen de su negocio, variando únicamente el nombre de La Panka a Rasson. En específico, la denunciante detalló que la denunciada habría reproducido elementos característicos y similares utilizados de su establecimiento, tales como: (i) la presentación de las sillas o bancas de color blanco; (ii) la presentación de las mesas de madera natural (tipo y color); (iii) el diseño de las lámparas; (iv) la fotografía que decora el local y que incluye la imagen de un mercado; (v) el diseños de los letreros, así como de sus mensajes; (vi) la presentación de los platos, tazas, bandejas y servilleteros; (vii) la utilización de utensilios en fierro enlozado; (viii) la presentación de la carta de platos que contaría con una base de madera, riel, tornillos y una hoja adicional encima de la misma; (ix) la denominación para los platos; y, (x) el diseño y decoración de la fachada.

De tal forma, en atención al análisis efectuado por el Indecopi en anteriores procedimientos[9], como primer paso, corresponde determinar si existen similitudes sustanciales entre los establecimientos de la denunciada y la denunciante. Ahora bien, en este punto, cabe mencionar que la autoridad considera que la sola presencia de algunas divergencias no resulta suficiente para descartar que exista riesgo de confusión (ya sea directo o indirecto), dado que el análisis debe apuntar a determinar si tras una apreciación integral del establecimiento (lo relevante no radica en los detalles), existe una impresión general similar[10].

[9] Ver Resolución Nº 1410-2008/TDC-INDECOPI; Resolución Nº 0078-2011/SC1-INDECOPI; Resolución Nº 0079-2011/SC1-INDECOPI; Resolución Nº 3637-2012/SDC-INDECOPI; Resolución Nº 515-2014/SDC-INDECOPI.

[10] Ver Resolución Nº 0078-2011/SC1-INDECOPI; Resolución Nº 0079-2011/SC1-INDECOPI; Resolución Nº Resolución Nº 3637-2012/SDC-INDECOPI; Resolución Nº 515-2014/SDC-INDECOPI.

Posteriormente, si se verifica que existe similitud entre los establecimientos confrontados, se pueden analizar otros factores como el nivel de experiencia de los consumidores, el nivel de estandarización de las presentaciones en el mercado, entre otros; ya que la valoración en conjunto de todos los elementos puede reforzar o debilitar el riesgo de confusión[11].

A continuación, procederemos con el análisis partiendo una valoración sintética de los establecimientos en cuestión:

| LA PANKA (DENUNCIANTE) | RASSON (IMPUTADA) |
|---|---|
| | |
| | |
| | |
| | |

Sobre el particular, de la apreciación de ambos establecimientos, podemos encontrar elementos en común en el interior como las mesas color madera, las sillas blancas, lámparas colgantes, cartas con diseño y una barra central. Asimismo, en el exterior de los establecimientos se puede notar que tienen fachadas con una estructura similar, por lo que puede decirse que sí se encuentra cierta similitud en la apariencia de los establecimientos confrontados. No obstante, cabe notar que para la configuración de un acto de confusión no basta solo con verificar la existencia de elementos imitados (pueden ser muchos o pocos),

[11] Ver Resolución 0078-2011/SC1-INDECOPI; Resolución Nº 0079-2011/SC1-INDECOPI; Resolución Nº 515-2014/SDC-INDECOPI; Resolución Nº 548-2015/SDC-INDECOPI; RESOLUCIÓN 0167-2018/SDC-INDECOPI; Resolución Nº 018-2020/SDC-INDECOPI.

sino que es imprescindible que la imitación impida distinguir el origen empresarial de los establecimientos.

En esa línea, en la Resolución Nº 3637-2012/SDC-INDECOPI, la Sala se pronunció sobre el riesgo de confusión referido al *trade dress* de dos productos *marshmellow* con distinto origen empresarial, señalando lo siguiente:

> 30. (…) las citadas similitudes ceden frente al impacto visual general que en ambos casos causa la denominación del producto y la referencia al nombre comercial de la empresa que los elabora (…).
>
> 34. (…) la Sala considera que en ambas presentaciones se resalta de una manera fácilmente visible a los consumidores, dadas las dimensiones de ambas presentaciones, la denominación de ambos productos y su origen empresarial, lo que impide sostener la existencia de un riesgo de confusión indirecta.

Así, retomando el análisis del caso concreto, a partir de los criterios para la determinación del riesgo de confusión desarrollados por Monteagudo, así como los criterios establecidos por la jurisprudencia norteamericana para la protección del *trade dress*, consideramos que la imitación de la apariencia general de un establecimiento será susceptible de inducir a error respecto al origen empresarial únicamente cuando se verifique que esta apariencia goza de distintividad, es decir, que su apreciación evoque en el consumidor un determinado origen empresarial.

Siguiendo ello, para determinar si la apariencia general del establecimiento de la denunciante, La Panka, goza de distintividad, es necesario analizar el factor del nivel de estandarización de las presentaciones de establecimientos del mismo rubro[12], ya que de verificarse que otros establecimientos poseen una apariencia similar, no existiría distintividad alguna y no habría *trade dress* al cual conferir protección.

En el caso concreto, en la resolución objeto de análisis, la Sala encontró que otros agentes económicos del rubro de restaurantes empleaban también los elementos presuntamente característicos del establecimiento de la denunciante (las tonalidades marrones, blancas y las cartas), consignando los siguientes ejemplos:

[12] En la misma línea se pronunció la Sala en la Resolución Nº 0167-2018/SDC-INDECOPI.

**Establecimiento "Popular":**

**Establecimiento "Paseo Colón":**

**Establecimiento "Barra Chalaca":**

**Establecimiento "Papachos":**

De ello, podemos verificar que, en efecto, la apariencia general del establecimiento de la denunciante no tiene distintividad, por lo que no es factible que su imitación pudiera inducir a error al consumidor respecto a su origen empresarial. Ello se ve reforzado con el hecho de que ambos establecimientos colocaron en sus fachadas, de una manera fácilmente visible a los consumidores, su respectivo nombre comercial, lo cual termina por extinguir cualquier riesgo de confusión (ya sea directo o indirecto).

De tal forma, coincidimos con el análisis realizado por la Sala, ya que al verificarse que otros establecimientos del rubro de restaurantes emplean los elementos que la denunciante refiere como característicos de su establecimiento, se descarta que la apariencia general de este posea distintividad tal que sea capaz de evocar en la mente del consumidor determinado origen empresarial, y por tanto, la similitud encontrada entre el establecimiento de la denunciada y la denunciante no configura un supuesto de confusión.

Finalmente, en atención a lo expuesto líneas arriba, podemos responder al problema jurídico planteado, resaltando que, en el presente caso, la denunciada no incumplió su deber de diferenciación, ya que pese a las similitudes encontradas entre los establecimientos confrontados, se verificó que esta colocó en su fachada, de una manera fácilmente visible a los consumidores, su respectivo nombre comercial; pero lo que es aún más importante, se verificó que la presentación del establecimiento de la denunciante carece de distintividad, lo que no hace factible la configuración de un acto de confusión.

## VI. Conclusiones:

1. Para identificar la modalidad de acto de competencia desleal bajo la cual corresponde analizar la licitud de determinada publicidad comercial, es primordial verificar si estamos ante un supuesto de publicidad simple o alusiva. De tal forma, si a partir de un análisis integral y superficial del anuncio se verifica que en el mismo solo se hace referencia a la oferta propia, estaremos ante una publicidad simple, correspondiendo analizarla bajo la modalidad de actos de engaño, siendo necesaria la aplicación del principio de veracidad a las alegaciones de carácter objetivo para determinar su licitud. En contraste, si se verificara que el anuncio no solo hace referencia a la oferta propia, sino también a la oferta de otro agente económico, estaremos ante publicidad alusiva que podría configurar un acto de comparación indebida (caracterizada por resaltar las ventajas de la oferta propia frente a la del competidor), equiparación (caracterizada por adherir la oferta propia a los atributos de determina oferta ajena) o denigración (caracterizada por tener como efecto el descrédito o menoscabo de la imagen o prestigio de otro agente económico), y se deberá aplicar los requisitos de la *exceptio veritatis* para determinar su licitud.

2. Así, respecto al artículo denominado "LA PANKA: Nuevo Concepto de Brasas", se aprecia que el mensaje publicitario no solo hace referencia a la oferta propia sino que resalta las ventajas de su oferta frente a la oferta de otro agente económico, toda vez que se señala que el restaurante La Panka de Miraflores tendría un modelo más completo y atractivo que el local de Surquillo, al contar con más platos y bebidas, correspondiendo analizarlo bajo la modalidad de comparación indebida. Siguiendo con el análisis, se verificó que la alegación publicitaria es de carácter objetivo, debido a la forma en que el anunciante decidió presentar el mensaje (colocó entre paréntesis "más platos y bebidas", lo cual es comprobable); y aplicando la *exceptio veritatis*, se determinó el incumplimiento

del requisito de veracidad, ya que la denunciada no presentó medio probatorio alguno que acreditara su afirmación. Por tanto, se configuró un acto de comparación indebida.

3. Respecto a la entrevista realizada en el programa "Mundo Empresarial", se aprecia que el mensaje publicitario no solo hace referencia a la oferta propia sino que resalta las ventajas de su oferta frente a la oferta de otro agente económico, toda vez que se señala que el restaurante La Panka de Miraflores habría desarrollado el concepto del local que ya existía (el establecimiento de la denunciante, en Surquillo) yendo un poco más allá, así como que sería más acogedor que aquel, por lo que corresponde analizarlo también bajo la modalidad de comparación indebida. Siguiendo con el análisis, se verificó que las alegaciones publicitarias "yendo un poco más allá" y "mucho más acogedor" son de carácter subjetivo, ya que son frases vacías, que el consumidor entenderá como parte del intento del anunciante por hacer su oferta más atractiva en relación al local de Surquillo, y por ello no las tomará en serio. Así, dado que con la aplicación de la *exceptio veritatis* se determina de forma automática la ilicitud de las alegaciones de carácter subjetivo, se configuró un acto de comparación indebida.

4. Respecto a la entrevista realizada en el programa "En su Punto", se aprecia que el mensaje da a entender al consumidor que existe un único concepto de La Panka (si bien con dos locales), surgido a raíz de las bondades que presenta su oferta: unos anticuchos espectaculares y el pollo con la costra como galleta que no se encuentra en muchos locales. Por ello, dado que el consumidor percibe que el anunciante únicamente hace referencia a la oferta propia, corresponde analizarlo bajo la modalidad de actos de engaño. Siguiendo con el análisis, se verificó que las alegaciones del anuncio son de carácter subjetivo per se, carentes de contenido comprobable, y por tanto, se sustraen de la aplicación del Principio de Veracidad. En ese sentido, no se configuraron actos de engaño.

5. En tal sentido, cabe mencionar que discrepamos con el análisis realizado por la Sala, ya que se limitó a replicar el mensaje imputado por la Secretaría Técnica en la admisión a trámite de la denuncia, omitiendo un paso imprescindible en el análisis de toda publicidad comercial, que es la determinación del mensaje publicitario en base a un análisis integral y superficial, como lo establece el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Esta omisión generó que el análisis de la Sala se redujera a indicar que "no se verifica que se haya difundido el mensaje imputado", sin mayores precisiones, y que no se

cuestione la modalidad de actos de engaño bajo la cual se analizó la controversia. Esto último cobra especial relevancia, ya que dependiendo de la modalidad de acto de competencia desleal analizado, el análisis de licitud varía, siendo que un anuncio con alegaciones subjetivas analizado bajo la modalidad de actos de engaño será lícito; mientras que si se analiza el mismo anuncio como actos de comparación indebida, será ilícito porque la aplicación de la *exceptio veritatis* conlleva en automático a la ilicitud de las alegaciones subjetivas.

6. Asimismo, discrepamos con la Sala respecto a que la alegación "un modelo más completo y atractivo" no cuente con elementos que la doten de parámetros objetivos, ya que como indicamos líneas arriba, en el propio anuncio se refiere que dicha alegación alude a que cuenta con "más platos y bebidas" que el restaurante de Surquillo, lo cual se puede comprobar en la realidad.

7. Respecto a los actos de confusión, la doctrina establece ciertos criterios para determinar la existencia de un riesgo de confusión, resaltando el hecho de que aquellos elementos de la oferta cuya imitación genera confusión deben tener fuerza distintiva. En la misma línea, la jurisprudencia norteamericana señaló que, en supuestos de confusión referidos a establecimientos (como restaurantes), se otorgará protección al *trade dress* del mismo, siempre que se verifique que la apariencia general del mismo contara con distintividad tal, que evocara en la mente del consumidor a un origen empresarial determinado, ya que de lo contrario, no sería factible la inducción a error respecto al origen empresarial.

8. En el caso concreto, para determinar si el establecimiento de la denunciante gozaba de distintividad, se analizó el factor del nivel de estandarización de las presentaciones de establecimientos del mismo rubro, encontrándose que otros agentes económicos del rubro de restaurantes empleaban también los elementos presuntamente característicos del establecimiento de la denunciante (las tonalidades marrones, blancas y las cartas), por lo que este último carecía de distintividad, es decir, su apreciación no evocaba en la mente del consumidor origen empresarial alguno, y por tanto, no era posible que el empleo de dichos elementos configurara un acto de confusión. En este punto, coincidimos con el análisis de la Sala, que destacó que los elementos referidos por la denunciante como propios son empleados por otros agentes económicos, es decir, son de uso común en el

giro de negocio, y ello, sumado al hecho de que cada establecimiento colocó su respectivo nombre comercial (en forma fácilmente visible), eliminaba todo riesgo de confusión.

## VII. Recomendaciones:

1. La publicidad comercial es una herramienta sumamente útil (dada su función persuasiva) de la cual se valen los agentes económicos en el proceso competitivo para captar la mayor parte de la clientela; no obstante, en el afán por captar clientes, existe la posibilidad de que dichos agentes realicen la misma sin respeto a la buena fe comercial, alterando con ello el correcto funcionamiento del proceso competitivo. De ahí se sigue la importancia de la norma de represión de la competencia desleal para fiscalizar la actividad publicitaria, siendo que dependiendo de la modalidad del acto bajo análisis, variarán los requisitos para determinar la licitud de la misma. Es así que es una tarea primordial de la autoridad determinar el mensaje publicitario contenido en el anuncio en base a un análisis integral y superficial del mismo (conforme lo ordena el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal), ya que en función a dicho mensaje es que se podrá determinar la modalidad adecuada bajo la cual corresponde analizar la publicidad en el caso concreto.

2. Es indiscutible lo beneficiosa que resulta la publicidad comparativa en el proceso competitivo, ya que permite un ahorro en los costos de información al consumidor, así como fomenta una competencia más feroz. En esa línea, nuestro ordenamiento debería promover el desarrollo de la misma; no obstante, la *exceptio veritatis*, al determinar en modo automático la ilicitud de las alegaciones de carácter subjetivo, desincentiva su uso[13]. Ello no ocurre en el caso de la publicidad simple, en la cual las alegaciones subjetivas no están sujetas a la aplicación del principio de veracidad, y se consideran lícitas, toda vez que al ser una opinión, fantasía o capricho del anunciante, el consumidor, que sabe que el anunciante hará todo lo posible por hacer su oferta atractiva a los ojos de los consumidores, no las tomará en serio, y por tanto, no son susceptibles de inducir a error.

[13] Sobre todo considerando el criterio desarrollado por el Indecopi respecto a que, para estar ante alegaciones de carácter objetivo, estas deben contener un parámetro de comprobación en sí mismas, o deben ser probadas a través de un parámetro objetivo y unívoco (Sosa, 2017). Este criterio genera que la mayor cantidad de anuncios comprobables no sean considerados objetivos por el solo hecho de que existan varias formas de probarlo, y ello sumado a que las alegaciones subjetivas son ilícitas en publicidad alusiva, llevan a una condena casi segura al anunciante que quiera hacer uso de esta última, ya que basta que la autoridad considere que su anuncio tiene carácter subjetivo (inclusive si tiene muchas formas de probarse), para que la autoridad, en aplicación de la norma, determine la ilicitud del mismo.

Consideramos que el mismo razonamiento debería seguirse en el caso publicidad alusiva, para lo cual sería pertinente realizar una modificación legislativa al artículo 11.2 de la Ley de Represión de la Competencia desleal, en el primer requisito de la *exceptio veritatis* que establece que los anuncios se reputan lícitos siempre que constituyan "información verdadera, por su condición objetiva (…)"; de manera que se erradique la condena a las alegaciones de carácter subjetivo. Por ejemplo, podría consignarse que constituya información verdadera "cuando se trate de afirmaciones objetivas", de forma tal que queda claro que dicho requisito no podría exigirse a las alegaciones subjetivas, no generando ello su ilicitud automática.

3. La apariencia general de un establecimiento puede ser protegido es nuestro ordenamiento al amparo de los actos de confusión tipificados en el artículo 9 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. No obstante, dicha protección no es automática, por lo que no basta con verificar similitudes entre la apariencia de los establecimientos confrontados para determinar que estamos ante un acto de confusión. Así, debe analizarse el riesgo de confusión existente, debiendo la autoridad resaltar el criterio de la distintividad que debe tener la apariencia general del mismo para que pueda ser objeto de protección, es decir, que sea capaz de evocar en la mente del consumidor un determinado origen empresarial. De no verificarse la referida distintividad, no podemos hablar propiamente de un *trade dress* como figura protegida por nuestra norma de competencia desleal.

**Bibliografía**

Aramayo, A.; Gagliuffi I.; Rodas C.; Stucchi P.; Maguiña, R. y Sosa, A. (2013). Competencia Desleal y Regulación Publicitaria. Lima, Perú: Indecopi. https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5559/competencia_desleal.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Berrazueta, F. (2015). La necesidad de regular el "vestido de comercio" o "Trade Dress" en la normativa comunitaria andina, para garantizar la defensa del consumidor y disminuir la competencia desleal. [Tesis de postgrado, Universidad Internacional SEK]. Repositorio de la Universidad Internacional SEK. https://repositorio.uisek.edu.ec/handle/123456789/1120

Diez Canseco, L. (1997). Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica. *Themis*, 36, pp. 39-63.

Durán, F. (2019). El trade dress aplicado a la protección de los elementos constitutivos de un establecimiento de comercio en Colombia [Trabajo de grado – Maestría, Universidad Externado de Colombia]. https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/1872

Espinoza, K. (2007). El acto de confusión como acto de competencia desleal y el riesgo de confusión marcaria como infracción a los derechos de la propiedad industrial. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 3(5), pp. 121-140. https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/115

Gagliuffi, I. (2003). La publicidad denigratoria en el Perú: Memorias sobre la guerra de las Kolas amarillas (historia de Gómez, los chamanes, los cocineros y la impulsadora). *Themis Revista de Derecho*, 46, 299-313. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10043

García, I. (2017). Trade dress, imagen empresarial o apariencia distintiva: como objeto de protección dentro de una franquicia. *Revista Republicana*, 22, pp. 231-257. https://urepublicana.edu.co/ojs/index.php/revistarepublicana/article/view/386/341

González, G. (2009). El Principio de Veracidad Publicitaria y el deber de información a los consumidores. *ITA IUS ESTO*, 4, p. 65-76.

https://www.gonzalezvaldivialaw.com/images/gonzales-valdivia/publicaciones/gonzalez-delgado.pdf

Guzmán, C. (2011). Introducción a la Represión de la Competencia Desleal en el Perú. Un análisis del Decreto Legislativo N° 1044. *Revista de Derecho Administrativo*.

Huapaya, R., y Alejos, O. (2019). Los principios de la potestad sancionadora a la luz de las modificaciones del Decreto Legislativo N° 1272. *Revista de Derecho Administrativo*, 17, 52-76. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22165

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia – Indecopi (2001). Resolución Nº 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI. Lima, Perú.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia – Indecopi (5 de octubre de 2005). Resolución Nº 1091-2005/TDC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia – Indecopi (17 de julio de 2008). Resolución Nº 1410-2008/TDC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia – Indecopi (8 de setiembre de 2010). Resolución Nº 2487-010/SC1-INDECOPI

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia – Indecopi (12 de enero de 2011). Resolución Nº 0078-2011/SC1-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia – Indecopi (12 de enero de 2011). Resolución Nº 0079-2011/SC1-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia – Indecopi (27 de diciembre de 2012). Resolución Nº 3637-2012/SDC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia – Indecopi (13 de mayo de 2014). Resolución Nº 515-2014/SDC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia – Indecopi (12 de octubre de 2015). Resolución Nº 05482015/SDCINDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia – Indecopi (9 de agosto de 2018). Resolución Nº 167-2018/SDC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia – Indecopi (28 de enero de 2020). Resolución Nº 018-2020/SDC-INDECOPI.

Maguiña, R. y Sosa, A. (2010). "El mejor del Perú: ¿Exageración publicitaria o engaño? Escoja Usted". *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual – INDECOPI*, 6(10), pp. 93-116. https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/78/76

Méndez, R. M. (2013). La estrategia de comercialización de seguimiento al líder y du relación con el acto de confusión. *Advocatus*, 29, 175-181.

Monteagudo, M. (1995). *La protección de la marca renombrada*. Civitas.

Murillo, J. (2015). Los mil y un rostros de la publicidad. Análisis sobre el actual concepto jurídico de publicidad comercial en el Perú. *Revista Anuario de Investigación del CICAJ 2013-2014*. Lima: PUCP, pp. 161-196.

Pazos, J.; Capurro, A.; Mac Kee, G. y Escalante, A. (2021). Competencia desleal y publicidad comercial. Lima, Perú: Indecopi. https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/8746/Lineamientos%20sobre%20Competencia%20Desleal%20y%20Publicidad%20Comercial%20%282021%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Rodríguez, G. (2013). Fundamentos económicos y legales de la legislación sobre represión de la competencia desleal. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 9(17), pp. 19-33. https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/59

Rodríguez, G. y Sosa, A. (2020). *Con Licencia para Anunciar: Un tratado de derecho publicitario en el Perú*. Themis.

Sanz, L. (2015). La competencia desleal en España. Especial consideración a los actos de imitación, pp. 1-34.

Sosa, A. (2012). Apuntes sobre la publicidad comercial alusiva. *Actualidad Jurídica*, 223, pp. 345-353.

Sosa, A. (2017a). Guerra Publicitaria en el "Mundo Telecom" (Casos Prácticos). *Derecho & Sociedad*, 49, pp. 161-182. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19886

Sosa, A. (2017b, 18 de junio). *Cómo no se debe interpretar la publicidad comercial*. Pólemos. https://polemos.pe/no-se-interpretar-la-publicidad-comercial/

Stucchi, P. (2005). El engaño, la confusión y la explotación de la reputación ajena como actos de competencia desleal y como infracciones publicitarias. *IUS ET VERITAS*, 15(31), 41-58. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12408

Stucchi, P. (2006). El principio de veracidad publicitaria y la prohibición de inducir a error al consumidor. *Bepress*, pp. 1-29.

Stucchi, P. (2007). Aplicación de los principios de licitud sobre los diferentes tipos de publicidad comercial: introducción sobre la regulación de la publicidad directa, indirecta, simple, alusiva, adhesiva, comparativa, encubierta y subliminal. *IUS ET VERITAS*, 17(34), 179-200. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12317

Suárez Botero, C. (2021). Algunas divergencias en conceptos de Competencia Desleal y de Propiedad Industrial. *Foro Jurídico*, 19, 59-70. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/24723

Tassano, H. (2016). Competencia y regulación. Derecho PUCP, 76, 105-121. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.004

| | | |
|---|---|---|
| **PROCEDENCIA** | **:** | COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL |
| **DENUNCIANTE** | **:** | NELLY DENISSE NOSSAR ADAUI |
| **DENUNCIADA** | **:** | F & NMV INVERSIONES S.A.C. |
| **MATERIAS** | **:** | PROCESAL<br>ADHESIÓN A LA APELACIÓN<br>ACTOS DE ENGAÑO<br>ACTOS DE CONFUSIÓN<br>VIOLACIÓN DE SECRETOS EMPRESARIALES |
| **ACTIVIDAD** | **:** | ACTIVIDADES DE RESTAURANTES Y DE SERVICIO MÓVIL DE COMIDAS |

***SUMILLA: se CONFIRMA la Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI del 16 de enero de 2018 en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por Nelly Denisse Nossar Adaui contra F & NMV Inversiones S.A.C. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto tipificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.***

***El fundamento es el siguiente:***

***a) En cuanto al primer cuestionamiento, referido a que la denunciada habría difundido en la revista "Cosas" y en el programa "Mundo Empresarial" el mensaje de que el restaurante "La Panka" habría sido relanzado en el local ubicado en Miraflores y que el de Surquillo habría sido cerrado, se aprecia que en dichos medios, la imputada indicó que se había abierto un local de "La Panka" en Miraflores, pero no señaló que el ubicado en Surquillo había cerrado.***

***b) Con relación al segundo cuestionamiento, referido a que la denunciada habría difundido en la revista "Cosas" que el nuevo restaurante de "La Panka" sería más "completo" y "atractivo", se advierte que dichas afirmaciones carecen de un contenido unívoco y de un parámetro objetivo de medición, por lo que dado el carácter subjetivo del mensaje no cabe realizar su análisis conforme al artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.***

***c) En cuanto al tercer cuestionamiento, referido a que la denunciada habría difundido en el programa "En su punto" del "Canal J" el mensaje de que el restaurante de Miraflores sería uno "gourmet", se observa que aquel no fue difundido por la imputada en dicho programa.***

***Además, se CONFIRMA la Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI del 16 de enero de 2018 en el extremo que declaró infundada la denuncia de la señora Nelly Denisse Nossar Adaui contra F & NMV Inversiones S.A.C. por la presunta***

***comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de confusión, supuesto tipificado en el artículo 9 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.***

***Ello, debido a que del análisis conjunto de la presentación del establecimiento de la denunciada (restaurante "Rasson") se aprecia que el mismo contiene elementos empleados por otros agentes económicos en el mercado y una marca diferenciada, por lo que no evocan en el consumidor que se trata del restaurante "La Panka" (de la denunciante) o que estos locales compartan el mismo origen empresarial.***

***Finalmente, se CONFIRMA la Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI del 16 de enero de 2018, en el extremo que declaró infundada la denuncia de la señora Nelly Denisse Nossar Adaui contra F & NMV Inversiones S.A.C. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de secretos empresariales, supuesto tipificado en el artículo 13 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.***

***El fundamento es que la denunciante no ha detallado en qué consiste la información referida a los procesos de producción, proveedores y recetas características de los productos ofrecidos en su establecimiento y que esta haya sido transferida con deber de reserva a F & NMV Inversiones S.A.C.***

Lima, 23 de agosto de 2018

## I. ANTECEDENTES

1. El 20 de septiembre de 2016, Nelly Denisse Nossar Adaui (en adelante, la señora Nossar) denunció a F & NMV Inversiones S.A.C. (en lo sucesivo, F & NMV Inversiones) ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Comisión) por la presunta realización de actos de competencia desleal en las modalidades de actos de engaño, actos de confusión y violación de secretos empresariales, supuestos de infracción previstos en los artículos 8, 9 y 13 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante Ley de Represión de la Competencia Desleal), respectivamente.

2. Al respecto, la señora Nossar señaló lo siguiente:

   (i) En el año 2010 abrió un restaurante con el nombre comercial "La Panka" en el distrito de Surquillo, donde se comercializaban anticuchos y pollos a la brasa, principalmente. Sus recetas ganaron reconocimiento en el sector, siendo que en el año 2011 ganó el premio "Mistura" en la categoría "Mejor anticucho". Con motivo de los logros del negocio, el 2 de septiembre de 2013 se firmó un contrato de licencia de uso de nombre comercial con

Miguel Fredy Nossar Adaui, gerente de F & NMV Inversiones. De esta forma, se abrió un local de "La Panka" en el distrito de Miraflores.

(ii) Con la finalidad de cumplir con el referido contrato, se brindó capacitaciones y entrenamientos relacionados con la preparación de los platos y bebidas que conformaban la carta ofrecida a los consumidores.

(iii) En atención a las diferencias existentes con los socios de F & NMV Inversiones, así como los comunicados que afectaban el prestigio del local de Surquillo, el 24 de junio de 2014 se firmó la resolución por mutuo acuerdo del contrato de licencia de uso de nombre comercial.

(iv) Un ejemplo de estas declaraciones se da el 16 de octubre de 2013, cuando se publica en la revista "Cosas" un artículo denominado "La Panka: nuevo concepto de brasas", en el cual la denunciada señaló que "*el segmento de brasas tiene, desde hace tres semanas, un nuevo integrante; uno que llega con un concepto novedoso, cuya propuesta, realmente sorprende que no haya aparecido antes. La Panka, cuyo eslogan es "Brasas peruanas", ha tomado lo mejor del restaurante original ubicado en la Av. Villarán (el pollo y el anticucho), para relanzarlo en el barrio de Santa Cruz, en Miraflores, en un modelo mucho más completo (más platos y bebidas) y atractivo.*" Ello da a entender que el local ubicado en Surquillo ya no existe más, siendo que el único establecimiento que operaría sería el de Miraflores.

(v) Asimismo, el 26 de enero de 2014 se entrevistó a una de las socias de F & NMV Inversiones en el programa "Mundo Empresarial". En dicha oportunidad, se manifestó que la referida empresa tomó una franquicia desarrollando una propuesta diferente, la cual se encontraría únicamente en el local de Miraflores.

(vi) Por otro lado, el 27 de mayo de 2014 se indicó en el programa "En su punto" (difundido en el "Canal J") que el local de Villarán sería uno "chiquitito", dando a entender que el local de Miraflores sería uno gourmet.

(vii) De manera posterior a la desvinculación contractual, la denunciada continuó empleando su *know how*, recetas, procedimientos, etc. en el establecimiento ubicado en Miraflores, pero con una nueva marca: "Rasson".

(viii) Además, en el programa "De la noche a la mañana", emitido por Radio Programas del Perú el 18 de julio de 2014, una representante de la denunciada indicó que su empresa estaría vinculada con el restaurante "La Panka", pese a que ya se había resuelto el acuerdo de licencia de uso de nombre comercial.

(ix) Además, la denunciada emplea en la actualidad todos los conocimientos adquiridos cuando emplearon el nombre comercial "La Panka", los cuales fueron entregados en señal de buena fe empresarial, pese a que no existía autorización alguna para explotar dicha información, por calificar como secreto comercial.

(x) Finalmente, la denunciada emplea en su establecimiento "Rasson" la misma presentación que se tiene en "La Panka", como por ejemplo mesas de madera, sillas blancas, carteles laterales, el modelo de carta, entre otros.

3. El 14 de octubre de 2016, personal de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del Indecopi, con delegación de facultades de la Comisión, realizaron una inspección al establecimiento "Rasson", en la que se tomaron fotografías al local.

4. Por Resolución s/n del 22 de marzo de 2017, la Secretaría Técnica de la Comisión resolvió imputar a F & NMV Inversiones lo siguiente:

(i) La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto tipificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que:

- A través del artículo denominado "La Panka: Nuevo concepto de brasas" de la "Revista Cosas" y de la entrevista realizada en el programa "Mundo Empresarial", la imputada induciría a pensar que el restaurante "La Panka" habría sido relanzado en su local de Miraflores, dejando de existir el local de Surquillo, para desarrollar una propuesta diferente que se encontraría únicamente en su local, cuando ello no sería cierto.

- A través del artículo denominado "La Panka: Nuevo concepto de brasas" de la "Revista Cosas", la imputada induciría a pensar que el establecimiento de Miraflores sería un modelo completo y atractivo, lo cual no sería cierto.

- A través de la entrevista difundida en el programa "En su punto" a través del Canal J, la imputada informaría a los consumidores que el restaurante de Miraflores sería un restaurante gourmet, cuando ello no sería cierto.

(ii) La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de confusión, supuesto tipificado en el artículo 9 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a lo siguiente:

- Vendría desarrollando su actividad comercial reproduciendo elementos característicos y similares utilizados por la denunciante, tales como: la presentación de las sillas o bancas de color blanco; la presentación de las mesas de madera natural; el diseño de las lámparas; la fotografía que decora el local; el diseño de los letreros; la presentación de los platos, tazas, bandejas y servilleteros; la utilización de utensilios en fierro enlozado; la presentación de la carta de platos que contaría con una base de madera, riel, tornillos y una hoja adicional encima de la misma; la denominación para los platos; el diseño y decoración de la fachada; lo que generaría inducción a error a los consumidores sobre el origen empresarial del mismo.

- En la entrevista realizada en el programa "De la noche a la mañana" por RPP, haría referencia al premio "Mejor anticucho 2011", recetas y demás conocimientos de la denunciante cuando ello podría ser capaz de generar un riesgo de confusión con el establecimiento de F & NMV Inversiones, en tanto entre ambas no existiría un acuerdo comercial o vinculación sino un origen empresarial distinto.

(iii) La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de secretos empresariales, supuesto tipificado en el artículo 13 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que vendría explotando información comercial de la denunciante, referida a su *know how* que incluye las recetas, procedimientos de preparación de los platos del restaurante, lista de proveedores, capacitaciones a los empleados y presentaciones de los productos, lo cual habría sido obtenido, con deber de reserva, durante el tiempo que obtuvo un vínculo con la denunciante.

5. El 19 de mayo de 2017, F & NMV Inversiones presentó sus descargos, señalando lo siguiente:

(i) Se debe tener presente que, de manera previa a la resolución del contrato de licencia de uso de la marca "La Panka", se suspendió dicho acuerdo por 120 días, lo cual permitía al local de Miraflores emplear la referida denominación. Este acuerdo se encuentra acreditado con la carta enviada a la señora Nossar el 17 de junio de 2014. Luego de la resolución del contrato con la señora Nossar, se procedió a emplear el nombre comercial "Rasson", desde el 30 de agosto de 2014.

(ii) Basta con leer el artículo denominado "La Panka: nuevos conceptos de brasas" en la revista "Cosas" y con observar la entrevista realizada en el programa "Mundo Empresarial" para advertir que nunca se afirmó que el establecimiento ubicado en Surquillo había dejado de existir. Lo que sí se indicó fue que se relanzaba dicho restaurante con una oferta mayor, más

completa, atractiva y con un nuevo concepto en el local de Miraflores. Además, se debe tener en cuenta que los términos "completo" y "atractivo" son subjetivos.

(iii) Las inversiones hechas en el local de Miraflores fueron realizadas para posicionar este restaurante como un establecimiento gourmet y así lo reconocía el público.

(iv) El restaurante "La Panka" de Surquillo no contaba con un diseño característico, mucho menos con el diseño del establecimiento ubicado en Miraflores. De hecho, luego de celebrar el contrato de licencia de uso de marca comercial es que adopta las nuevas características que actualmente ostenta. Para tal fin, se contrató a una empresa que había elaborado previamente los diseños de distintos restaurantes, como por ejemplo "Paseo Colón".

(v) Como se indicó previamente, existió un período de suspensión del contrato de licencia de uso de marca comercial en el que se permitió emplear el nombre "La Panka" en el local de Miraflores mientras se efectuaba la implementación del nuevo nombre comercial, por lo que al difundirse la entrevista en Radio Programas del Perú, se podía hacer referencia a "La Panka". Además, en todo momento se reconoció a la denunciante como titular de dicha marca, por lo que en ningún momento se indujo a error a los consumidores respecto del origen de la empresa.

(vi) Finalmente, la denunciante no ha acreditado la existencia del presunto "*know how*", que entregó dicho conocimiento con obligación de reserva, ni que se tomaron las prevenciones para mantener en secreto la referida información.

6. El 19 de septiembre de 2017, la señora Nossar reiteró los argumentos expuestos en el procedimiento y además señaló que trasladó al señor Miguel Fredy Nossar Adaui, gerente de F & NMV Inversiones, todas las recetas que hicieron exitoso al restaurante "La Panka" sin formalizar los acuerdos, pues se trataba de una relación padre – hija. Dicha particularidad debe ser tomada en cuenta en el análisis de violación de secretos empresariales.

7. Mediante Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI del 16 de enero de 2018, la Comisión resolvió lo siguiente:

(i) Declarar fundada la denuncia contra F & NMV Inversiones por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de confusión, en el extremo referido a la difusión de una publicidad en el programa "De la noche a la mañana" emitido en la emisora Radio Programas del Perú en la que hacía referencia a elementos característicos del restaurante "La

Panka", dando a entender que su establecimiento tendría vinculación con el referido local.

(ii) Declarar infundada la denuncia contra F & NMV Inversiones por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de engaño y violación de secretos empresariales.

(iii) Declarar infundada la denuncia contra F & NMV Inversiones por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de confusión, en el extremo referido a la presunta realización de su actividad económica reproduciendo elementos característicos del restaurante "La Panka".

(iv) Sancionar a F & NMV Inversiones con una multa de 2 Unidades Impositivas Tributarias por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de confusión.

8. El fundamento de la Comisión fue el siguiente:

<u>Sobre los actos de engaño</u>

(i) En cuanto a la primera imputación de engaño, referida a que F & NMV Inversiones habría difundido en un artículo publicado en la revista "Cosas" y en una entrevista en el programa "Mundo Empresarial" el mensaje consistente en que el restaurante "La Panka" en Surquillo ya no existiría, se advierte que ni en la referida publicación ni en el programa cuestionado se hace mención al mensaje imputado. Lo cierto es que solo hacen mención a la apertura de un nuevo local en Miraflores, por lo que corresponde desestimar la denuncia en este extremo.

(ii) Respecto a la segunda imputación, referida a que la denunciada habría difundido las afirmaciones "modelo completo" y "atractivo" en la revista "Cosas", se observa que estas frases tienen diversas connotaciones, por lo que no se cuenta con un parámetro objetivo que permita determinar su veracidad, en la medida que no existe un criterio unívoco de medición que permita concluir qué puede ser considerado como "completo" o "atractivo". En consecuencia, debe desestimarse la denuncia en este extremo.

(iii) Con relación a la tercera imputación, referida a que en el programa "En su punto" habría difundido el mensaje de que el restaurante ubicado en Miraflores sería un local "gourmet", se aprecia que en dicha oportunidad se difundió un mensaje distinto, consistente en que se habría creado un nuevo local de "La Panka" en Miraflores, mas no se indicó que fuera "gourmet". Por ello, se desestima la denuncia en este extremo.

Sobre los actos de confusión

(iv) En cuanto a la imputación referida a que la denunciada presuntamente habría reproducido en el restaurante "Rasson" elementos característicos y similares utilizados por la denunciante en el local de "La Panka", se aprecia que, si bien existen similitudes entre los establecimientos confrontados, se considera que estas no generan un riesgo de confusión en los consumidores, pues las características invocadas por la denunciante no identifican específicamente a su oferta, sino que estas son empleadas por distintos agentes de este tipo de servicios.

(v) Por otro lado, en cuanto a la imputación referida a las afirmaciones hechas por una representante de la denunciada en el programa "De la noche a la mañana" en Radio Programas del Perú, se observa que dicha entrevista se realizó el 24 de junio de 2014, cuando la imputada ya no tenía contrato con la señora Nossar para el uso del nombre "La Panka". Sin embargo, en la referida oportunidad, se hizo referencia al establecimiento "La Panka", pese a que tenía otro nombre comercial ("Rasson") con un origen empresarial distinto. Por tanto, sí se evidencia que existe un riesgo de confusión, por lo que corresponde declarar fundada la imputación en este extremo.

Sobre los actos de violación de secretos empresariales

(vi) La información que calificaría como secreto comercial, según la denunciante, sería la referida a las recetas, procedimientos de preparación de los platos del restaurante de la denunciante, la lista de proveedores, capacitaciones a los empleados y las presentaciones de sus productos para ofrecer el servicio. Sin embargo, la señora Nossar no ha acreditado de qué manera la información a la que habría tenido acceso la denunciada sería un secreto comercial. En efecto, de un análisis de la denuncia se aprecia que se indicó que dicha información tendría un valor, pero no sustentó por qué ello sería así.

(vii) No obstante, la información no calificaría como secreto comercial, pues se trata de información que cualquier persona que pretenda incursionar en el mercado buscaría. En este punto, se debió argumentar por qué la información antes señalada tendría características singulares frente a las recetas, procedimientos, proveedores, capacitaciones y presentaciones de los demás proveedores.

(viii) Asimismo, no se observa que se haya tenido algún tratamiento de reserva una vez que esta fue puesta a disposición de la denunciada como parte del trabajo que este desarrollaba, como podría ser la firma de un acuerdo que contenga una cláusula de confidencialidad que estipule expresamente

la existencia de un deber de reserva y confidencialidad por parte de la imputada. Por tanto, corresponde desestimar este extremo de la denuncia.

Sobre la graduación de la sanción

(ix) Considerando que la infracción tuvo una duración de un día y fue realizada en un programa de difusión nacional, el alcance es alto. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la imputada emitió publicidad indicando que el establecimiento en Miraflores contaba con el nombre de "Rasson", por lo que el impacto se habría reducido. En consecuencia, se impone una multa de dos (2) UIT.

Sobre la medida correctiva

(x) Dado que la conducta infractora tuvo una duración de un día, siendo que en la actualidad ya no continúa, no corresponde imponer una medida correctiva.

9. El 16 de febrero de 2018, la señora Nossar presentó un recurso de apelación contra la Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI y señaló los siguientes argumentos:

(i) Con relación al artículo "La Panka: nuevo concepto de brasas", publicado en la revista "Cosas" y la entrevista en el programa "Mundo Empresarial", la Comisión no ha reparado en que la imputada pretende dar a entender que en local de Miraflores había desarrollado una versión mejorada del restaurante "La Panka", transmitiendo como mensaje que F & NMV Inversiones sería la única dueña de dicha marca. Ello se ve reforzado por la afirmación "*hemos tomado la marca que ya existía*", dando a entender que el local de Surquillo no existe más.

(ii) Por otro lado, se reiteran los argumentos expuestos en la denuncia en los que se cuestiona que la denunciada señaló contar con una propuesta completa y atractiva del restaurante "La Panka", por lo que debe declararse fundada la denuncia en este extremo.

(iii) En la entrevista difundida en el programa "En su Punto" del "Canal J", la Comisión no consideró que el cuestionamiento tenía que ver con el hecho de que la denunciada había señalado que el local de Surquillo era uno "súper chiquito", con lo que da a entender que el ubicado en Miraflores es uno "gourmet". Sin embargo, ello no es cierto porque en ambos locales se ofrecía lo mismo.

(iv) Al evaluar la denuncia en el extremo referido a confusión por reproducción de elementos similares, la Comisión no consideró que lo que se cuestiona

es que la imputada únicamente haya variado la marca, manteniendo todos los demás elementos del restaurante anterior (pese a que estos, en su conjunto, son distintivos de "La Panka" y no de otro restaurante).

(v) En cuanto a la imputación por violación de secretos empresariales, la Comisión no tuvo en cuenta que la propia denunciada alegó que los productos ofrecidos por "La Panka" fueron los que motivaron la apertura de un nuevo local, por lo que le otorgó un valor a las recetas, proceso de producción, capacitaciones, entre otros. Ahora bien, debido a la relación familiar existente con el señor Freddy Nossar Adaui (socio y gerente de la imputada), es que los acuerdos de transferencia de información no se formalizaron.

(vi) En cuanto a la graduación de la sanción, la Sala debe incrementar la multa, en atención a los demás tipos infractores imputados y a la mala fe de la denunciada, que se aprovechó de la relación familiar existente entre los involucrados para emplear los conocimientos, recetas y demás elementos señalados en el presente caso.

(vii) En ese mismo orden de ideas, la Sala debe ordenar las medidas correctivas pertinentes para que cesen los actos de competencia desleal cuestionados en la denuncia.

(viii) Finalmente, la Comisión no condenó a la imputada al pago de las costas y costos, pese a que fue vencida en el procedimiento, contraviniendo así lo indicado en el artículo 7 del Decreto Legislativo 807.

10. Mediante Resolución 3 del 28 de febrero de 2018, la Comisión concedió el recurso de apelación de la señora Nossar, disponiendo la elevación del procedimiento a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante la Sala).

11. Mediante Proveído 1 del 6 de abril de 2018, la Sala puso en conocimiento de las partes la recepción del Expediente 157-2016/CD1 como consecuencia de la interposición del recurso de apelación presentado por la señora Nossar.

12. El 7 de mayo de 2018, F & NMV Inversiones formuló un recurso de adhesión a la apelación en virtud de la Directiva 002-1999/TRI-INDECOPI, solicitando que la Sala evalúe la Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI del 16 de enero de 2018 en los extremos que la halló responsable por la realización de actos de competencia desleal en la modalidad de confusión y la sancionó con una multa de 2 Unidades Impositivas Tributarias. Asimismo, reiteró los argumentos expuestos a lo largo del procedimiento.

## II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

13. De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde que la Sala evalúe lo siguiente:

    (i) Si corresponde conceder la adhesión a la apelación formulada por F & NMV Inversiones.

    (ii) Si correspondía conceder el recurso de apelación interpuesto por la señora Nossar contra la Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI en el extremo referido a la graduación de la sanción.

    (iii) Si F & NMV Inversiones cometió actos de competencia desleal en la modalidad de engaño.

    (iv) Si F & NMV Inversiones cometió actos de competencia desleal en la modalidad de confusión.

    (v) Si F & NMV Inversiones cometió actos de competencia desleal en la modalidad de violación de secretos empresariales.

    (vi) De ser el caso, la sanción y medidas correctivas a imponer a F & NMV Inversiones.

    (vii) Si correspondía que la Comisión ordene a F & NMV Inversiones el pago de las costas y costos incurridos por la señora Nossar en el presente procedimiento.

## III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

### III.1. Sobre la solicitud de adhesión a la apelación de F & NMV Inversiones

14. La Directiva 002-1999/TRI-INDECOPI (en adelante, la Directiva) establece que la adhesión a la apelación es un instituto procesal y, a la vez, un derecho que el ordenamiento jurídico concede al justiciable a fin de garantizar su derecho de defensa[1].

15. De acuerdo con la referida Directiva, la adhesión a la apelación puede ser planteada en los procedimientos en los que la resolución final de la instancia cause agravio a más de una parte que interviene en el mismo. Así, la adhesión

[1] **DIRECTIVA 002-1999/TRI-INDECOPI - CRITERIOS PARA LA TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE ADHESIÓN A LA APELACIÓN**
**Artículo Primero. -**
La adhesión a la apelación es un instituto procesal y a la vez un derecho que el ordenamiento jurídico procesal concede al justiciable a fin de garantizar su derecho de defensa. Tiene lugar cuando una resolución produce agravio a más de una parte que interviene en procedimiento y permite a la parte que no apeló oportunamente valerse del recurso de apelación interpuesto por la parte contraria, buscando que el superior jerárquico reforme la decisión ya expedida en su propio beneficio y en contra de la parte apelante.

a la apelación permite a la parte que no apeló oportunamente valerse del recurso de apelación interpuesto por la parte contraria, a fin de que el superior jerárquico también evalúe el extremo de la resolución que causa agravio a la parte que no apeló inicialmente.

16. Asimismo, la oportunidad para presentar un recurso de adhesión a la apelación es dentro del plazo previsto para la absolución del traslado de la apelación, conforme a lo dispuesto en el artículo tercero de la Directiva 002-1999/TRI-INDECOPI[2]. En efecto, vencido dicho plazo, la adhesión a la apelación deberá ser declarada inadmisible.

17. Conforme a lo expuesto, la adhesión a la apelación procederá cuando:

    (i) La adhesión a la apelación sea formulada dentro del plazo previsto por cada procedimiento para la absolución del traslado de la apelación;

    (ii) exista y esté aún vigente un recurso de apelación interpuesto;

    (iii) quien plantea la adhesión sea la parte contraria del apelante; y,

    (iv) el que se adhiere sufra algún agravio al no haber obtenido la plena satisfacción en su pretensión o pretensiones.

18. En el caso de los procedimientos sancionadores por actos de competencia desleal, el artículo 48.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal[3] prevé un plazo de quince (15) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación del inicio del trámite en segunda instancia, para que las partes puedan absolver la apelación formulada y presentar los alegatos, documentos y justificaciones que estimen pertinentes. En ese sentido, el plazo para la interposición de la adhesión a la apelación es de quince (15) días hábiles, de acuerdo con la norma referida.

19. En el presente caso, el 12 de abril de 2018, se notificó a F & NMV Inversiones el Proveído 1 emitido por la Sala por el cual se puso en su conocimiento el recurso de apelación que interpuso la señora Nossar contra la Resolución 002-

---

[2] **DIRECTIVA 002-1999/TRI-INDECOPI - CRITERIOS PARA LA TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE ADHESIÓN A LA APELACIÓN**
**Artículo Tercero. -**
La adhesión a la apelación debe interponerse dentro del plazo previsto por cada procedimiento para la absolución del traslado de la apelación. Vencido dicho plazo, la adhesión a la apelación deberá ser declarada inadmisible.

[3] **DECRETO LEGISLATIVO 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL,**
**Artículo 48.- Tramitación del recurso de apelación. -**
48.1.- El Tribunal notificará a los interesados, en un plazo de quince (15) días hábiles contados a partir de la recepción del expediente, el arribo de éste y el inicio del trámite del recurso de apelación.
48.2.- Los apelantes podrán presentar las alegatos, documentos y justificaciones que estimen pertinentes, en un plazo de quince (15) días hábiles contados a partir de la notificación señalada en el numeral anterior.
(…)

2018/CCD-INDECOPI. Posteriormente, el 7 de mayo de 2018, el F & NMV Inversiones solicitó adherirse a la apelación formulada por la señora Nossar.

20. De este modo, la adhesión formulada por F & NMV Inversiones fue presentada dentro del plazo previsto en el artículo tercero de la Directiva 002-1999/TRI-INDECOPI.

21. Con relación al requisito indicado en el literal (ii) del numeral 17 de la presente resolución, en el presente caso se verifica que la señora Nossar interpuso recurso de apelación contra la Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI, el cual fue concedido por la Comisión mediante Resolución 3 del 28 de febrero de 2018, por lo que F & NMV Inversiones cumple con este requisito, al verificarse un recurso de apelación vigente.

22. Respecto al requisito indicado en el literal (iii) del numeral 17 de la presente resolución, consistente en que la adhesión a la apelación sea formulada por la parte contraria del apelante, la Sala observa que en el presente procedimiento, F & NMV Inversiones, en su calidad de denunciada, pretende adherirse al recurso de apelación presentado la señora Nossar, por lo que se cumple con el requisito antes mencionado por ser partes contrarias.

23. Sin embargo, en cuanto al requisito relacionado con que la adhesión a la apelación sea planteada por quien no haya obtenido la plena satisfacción de su(s) pretensión(es), se advierte que, en el presente caso, F & NMV Inversiones es la parte denunciada en el presente procedimiento, por lo que no ha planteado ante la primera instancia pretensión alguna para que sea analizada por la autoridad. Por el contrario, F & NMV Inversiones únicamente ha expuesto sus argumentos de defensa respecto de las imputaciones formuladas en su contra.

24. Cabe tener en cuenta que, sin perjuicio que este Colegiado considera que el contenido de la Directiva 002-1999-TRI-INDECOPI presenta diferencias respecto de la figura de adhesión a la apelación contemplada para el proceso civil[4], lo cierto es que, la referida directiva –aplicable para los procedimientos

---

[4] En efecto, el Código Procesal Civil establece un supuesto amplio para interponer un recurso de adhesión*: "la existencia de un agravio"*; sin especificar si éste debe estar o no relacionado con la pretensión interpuesta.

**CÓDIGO PROCESAL CIVIL**
**Artículo 373.- Plazo y trámite de la apelación de sentencias.-**
La apelación contra las sentencias se interpone dentro del plazo previsto en cada vía procedimental, contado desde el día siguiente a su notificación.
Concedida apelación, se elevará el expediente dentro de un plazo no mayor de veinte días, contado desde la concesión del recurso, salvo disposición distinta de este Código. Esta actividad es de responsabilidad del Auxiliar jurisdiccional.
En los procesos de conocimiento y abreviado, el superior conferirá traslado del escrito de apelación por un plazo de diez días.
Al contestar el traslado, la otra parte podrá adherirse al recurso, fundamentando sus agravios, de los que se conferirá traslado al apelante por diez días.
Con la absolución de la otra parte o del apelante si hubo adhesión, el proceso queda expedito para ser resuelto, con la declaración del Juez superior en tal sentido, señalando día y hora para la vista de la causa.
El desistimiento de la apelación no afecta a la adhesión.

administrativos seguidos ante el Indecopi- es clara al establecer que la adhesión a la apelación debe ser planteada por quien no haya obtenido la plena satisfacción de su(s) pretensión(es).

25. De acuerdo a lo expuesto, siendo que en el presente caso: (i) no se presenta el supuesto en el que F & NMV Inversiones (parte denunciada) haya visto insatisfechas parte de sus pretensiones, ya que no ha planteado ninguna ante la primera instancia; y, (ii) su adhesión a la apelación es únicamente respecto de los extremos sobre los cuales únicamente se defendió y fue vencida; no se cumple con uno de los requisitos contenidos en la Directiva 002-1999/TRI-INDECOPI para poder declarar procedente el recurso de adhesión interpuesto.

26. En consecuencia, se declara improcedente la adhesión a la apelación de la señora Nossar formulada por F & NMV Inversiones.

27. Considerando que esta Sala ha declarado improcedente la adhesión a la apelación de la denunciada, únicamente corresponde emitir un pronunciamiento en esta instancia respecto de los extremos apelados por la señora Nossar.

III.2. Sobre el recurso de apelación de la señora Nossar

28. De la revisión de la apelación planteada por la señora Nossar contra la Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI, se observa que la denunciante cuestionó, entre otros extremos, la sanción de dos (2) UIT a F & NMV Inversiones.

29. Sobre el particular, cabe precisar que la legitimidad para obrar reconocida a los denunciantes en los procedimientos sancionadores, sólo involucra el derecho a denunciar una presunta conducta ilícita y, por ende, a obtener de la autoridad un pronunciamiento que determine la comisión de la infracción denunciada, así como solicitar el dictado de aquellos mandatos que afecten directamente en su propio interés, como por ejemplo, las medidas correctivas o el pago de costas y costos. Ello no implica que los denunciantes puedan cuestionar el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, por ser ésta una actuación motivada estrictamente por fines públicos.

30. En ese sentido, el artículo 47.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, expresamente dispone que los denunciantes únicamente pueden apelar la resolución de la Comisión en el extremo que exculpa al denunciado, como se puede apreciar a continuación:

> **DECRETO LEGISLATIVO 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
> "***Artículo 47.- Interposición del recurso de apelación***

*(…)*
*47.2.- Las partes interesadas en la determinación de la existencia de un acto infractor y la imposición de una sanción* ***sólo podrán apelar la resolución final cuando ésta haya exculpado al denunciado****.*"

(Subrayado y resaltado agregado)

31. En línea con la referida disposición, el artículo 366 del Código Procesal Civil[5], aplicable supletoriamente a los procedimientos administrativos[6], establece que quien interpone un recurso de apelación debe manifestar cuál es el agravio que le causa la resolución cuestionada. Por consiguiente, la indicación del vicio o agravio, así como su fundamentación, constituyen un requisito para la presentación de un recurso de apelación.

32. En ese sentido, en tanto que la determinación de la sanción a imponer constituye la aplicación de la potestad punitiva del Estado, la cual responde a la defensa y tutela del interés público asignada exclusivamente a la Administración, no puede invocarse en dicho caso un interés legítimo por parte de la denunciante. Por ello, esta última no puede cuestionar, a través de un recurso, la decisión que expide la autoridad al respecto[7], pues no le causa agravio alguno.

33. En consecuencia, corresponde declarar improcedente el recurso de apelación interpuesto por la señora Nossar, en el extremo que cuestionó la graduación de la sanción impuesta a F & NMV Inversiones por la realización de actos de confusión.

III.3. Sobre los actos de engaño

Marco normativo

---

5 **CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**
**Artículo 366.- Fundamentación del agravio.**
El que interpone apelación debe fundamentarla, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria.

6 **LEY 27444-LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**
**TÍTULO PRELIMINAR**
**Artículo VIII.- Deficiencia de Fuentes**
1. Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les propongan por deficiencia de sus fuentes; en tales casos acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a estas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.

7 Este razonamiento ha sido seguido también en la Resolución 0045-2016/SDC-INDECOPI del 25 de enero de 2016, en la cual se desestimó la solicitud de adhesión a la apelación presentada por los señores Juan Carlos Gordaliza Grados y Elsa Melchora Peralta Carmona contra el extremo de la Resolución 040-2015/CCD-INDECOPI que impuso una multa de 20.06 UIT a Prensa Popular S.A.C.

34. El artículo 8.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal dispone que los agentes no deben ejecutar conductas que tengan por efecto, real o potencial, inducir a error al consumidor respecto de las características o condiciones de los bienes o servicios que ofrecen en el mercado, o de los atributos que tiene su negocio[8].

35. Así, para establecer si la publicidad difundida induce a error a los consumidores previamente deberá determinarse cuál es el mensaje o contenido publicitario. Una vez delimitado dicho mensaje, y sólo si es que éste es de naturaleza objetiva, deberá corroborarse con la realidad. En caso exista una discordancia con ella, podrá concluirse que los anuncios publicitarios que sean evaluados resultan falsos o inducen a error y que, consecuentemente, infringen el principio de veracidad configurando un acto de engaño.

36. El artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal[9] establece las pautas de enjuiciamiento de los anuncios, precisando que su análisis se debe efectuar de manera integral y teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario, teniendo en consideración el referido mensaje en su conjunto. De este modo, dicho consumidor aprehenderá todos los elementos comprendidos en el anuncio.

37. En esa línea, la doctrina ha señalado que existe el "Principio de Indivisibilidad" del anuncio, en virtud del cual no es posible romper la unidad de la pieza publicitaria al efectuar su interpretación[10].

38. En el mismo sentido, el autor Carlos Fernández Novoa sostiene que la evaluación de los anuncios se debe realizar en forma integral, considerando todo el contenido del anuncio –frases, imágenes y disposición de las mismas en el anuncio–, debido a que es, de esta forma, como un consumidor aprehende el mensaje publicitario[11].

---

8 Ver Nota al pie 1.

9 **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**
**Artículo 21.- Interpretación de la publicidad.-**
21.1 La publicidad es evaluada por la autoridad teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes o servicios.
21.2 Dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe. En el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

10 BAUMBACH – HEFERMEHL, "Introducción a la UWG", párrafo 3, anotación 16, p. 522, cita extraída de FERNÁNDEZ - NÓVOA, Carlos. "La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias". En: FERNÁNDEZ - NÓVOA, Carlos. Estudios de Derecho de la Publicidad. Madrid: Universidad Santiago de Compostela, 1999, p. 255.

11 FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. La Interpretación Jurídica de las Expresiones Publicitarias. En: Revista de Derecho Mercantil, Nº 107, enero-marzo, 1968, p. 92.

39. Por ello, las expresiones publicitarias no se pueden analizar aislando sus diversas partes integrantes, las cuales **deben ser analizadas** en su conjunto, sin desagregarlas y **atendiendo a la impresión global que generen en sus destinatarios.** En otras palabras, todos los datos e imágenes contemplados en los anuncios resultan relevantes, puesto que la propia ley, en la línea de la doctrina, obliga a efectuar un acercamiento integral y total de la pieza publicitaria.

40. Ahora bien, al momento de interpretar el anuncio publicitario, debe tenerse en consideración que son dos los sujetos involucrados en el proceso de transmisión del mensaje publicitario: el anunciante y el consumidor. Así, el anunciante es el agente que realiza la publicidad y, como tal, diseña y define el mensaje que desea transmitir al consumidor, mientras que este último es quien recibe dicha información, la procesa y luego la interpreta según sus propios parámetros.

41. En relación con la interpretación del mensaje publicitario por parte del consumidor, resulta importante tener en consideración que **deben dejarse de lado la aproximación meramente gramatical o lingüística de las expresiones contenidas en los anuncios**, cuando este análisis puede resultar más complejo o incluso contradictorio con la interpretación más natural y sencilla que puede hacer un consumidor[12].

42. Considerando ello, el profesor Carlos Fernández - Novoa hace referencia a estos criterios de interpretación de los anuncios publicitarios, tomando como base las pautas seguidas en la práctica alemana:

> "*a) Debe considerarse que a la hora de interpretar el anuncio o de fijar un sentido y efecto no pueden emplearse criterios gramaticales y filosóficos.*
> *b) Se debe dejar a un lado la significación que la expresión publicitaria tiene para el empresario o anunciante.*
> *c) Al interpretar el anuncio debe también desconectarse la significación que el juez atribuye personalmente a la expresión publicitaria.*
> *d) En conclusión, hasta aquí, lo importante es el significado que el anuncio tiene para el consumidor."*[13]
>
> (Énfasis agregado).

43. En conclusión, lo expuesto evidencia que para extraer el mensaje publicitario de un anuncio, la autoridad debe realizar un análisis superficial e integral de las piezas en cuestión –en función a las percepciones que sobre estas posea el

---

[12] Dicho razonamiento ha sido seguido en las Resoluciones 176-2015/SDC-INDECOPI, 424-2015/SDC-INDECOPI y 521-2015/SDC-INDECOPI.

[13] FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. La Interpretación Jurídica de las Expresiones Publicitarias. En: Revista de Derecho Mercantil, Nº 107, enero-marzo, 1968, p. 53.

público destinatario–, sin efectuar un análisis aislado del significado de cada una de las palabras o afirmaciones (interpretación gramatical), que soslaye los demás elementos y el contexto del anuncio publicitario; y, poniéndose en el lugar del consumidor sin dejarse influenciar por opiniones y percepciones personales.

44. Asimismo, según se ha señalado respecto de la publicidad, en particular, y de los actos de competencia desleal, en general, recae la obligación de no inducir a error al consumidor sobre de las características, atributos o condiciones de los bienes o servicios que ofrecen en el mercado. A esta prohibición se le conoce en doctrina como la exigencia de respeto al Principio de Veracidad Publicitaria.

45. Sin embargo, este Principio de Veracidad no es absoluto pues la propia norma de Competencia Desleal limita su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en los que estemos frente a publicidad que trasmita un mensaje objetivo. En efecto, ello se desprende de los artículos 8.3 y 8.4 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que señalan que solo aquellas afirmaciones objetivas pueden ser evaluadas a la luz del Principio de Veracidad:

> **DECRETO LEGISLATIVO 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
> *"**Artículo 8.- Actos de engaño***
> *(...)*
> *8.3. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.*
>
> *8.4.- En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje."*
> (Subrayado añadido)

46. Dicho criterio ha sido recogido por esta Sala en pronunciamientos anteriores, en donde se ha indicado lo siguiente[14]:

> *"17. La publicidad comercial puede contener (…) información objetiva y subjetiva. Mientras la información objetiva es comprobable, la información subjetiva no está sujeta a comprobación por expresar opiniones, puntos de vista o sentimientos del anunciante. (…)*
>
> *18. **Solamente las expresiones publicitarias** que un consumidor razonable interprete como **objetivas y comprobables se encuentran sujetas al principio de veracidad**. (…)"*

[14] A manera de ejemplo, ver la Resolución 1602-2007/TDC-INDECOPI y la Resolución 0129-2016/SDC-INDECOPI.

(Énfasis agregado)

47. Por tanto, en el caso de la publicidad comercial, únicamente se encuentran sujetas al límite de no engañar (Principio de Veracidad) las expresiones publicitarias que un consumidor razonable interprete como objetivas. Ello se debe a que solo respecto de afirmaciones que son susceptibles de ser comprobadas, se puede exigir al anunciante que, en cumplimiento del deber de sustanciación previa, proporcione los medios probatorios necesarios para acreditar la veracidad y exactitud de la información trasladada a los consumidores.

Aplicación al presente caso

48. Mediante Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI, la Comisión resolvió declarar infundada la denuncia de la señora Nossar contra F & NMV Inversiones por la presunta realización de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, debido a lo siguiente:

(i) A través del artículo denominado “La Panka: Nuevo concepto de brasas” de la “Revista Cosas” y de la entrevista realizada en el programa “Mundo Empresarial”, la imputada induciría a pensar que el restaurante “La Panka” habría sido relanzado en su local de Miraflores, dejando de existir el local de Surquillo, para desarrollar una propuesta diferente que se encontraría únicamente en su local.

(ii) A través del artículo denominado “La Panka: Nuevo concepto de brasas” de la “Revista Cosas”, la imputada induciría a pensar que el establecimiento de Miraflores sería un modelo completo y atractivo, lo cual no sería cierto.

(iii) A través de la entrevista difundida en el programa “En su punto” a través del Canal J, la imputada informaría a los consumidores que el restaurante de Miraflores sería un restaurante gourmet, cuando ello no sería cierto.

49. En la medida que la señora Nossar apeló la referida resolución en los tres puntos referidos en el numeral anterior, la Sala procederá a evaluar estos extremos de forma separada, a efecto de determinar si en alguno de ellos F & NMV cometió actos de engaño.

Sobre la presunta difusión del mensaje referido a que el establecimiento de “La Panka” en Surquillo habría dejado de existir

50. En cuanto a este extremo, la Comisión refirió que, de la revisión del artículo “La Panka: nuevo concepto de brasas” en la revista “Cosas” así como la entrevista realizada en el programa “Mundo Empresarial”, no se verifica que el mensaje

imputado, consistente en que el establecimiento de “La Panka” en Surquillo habría dejado de existir, haya sido difundido por la imputada. Por el contrario, lo único que se indicó fue que se había abierto un nuevo local en Miraflores, sin hacerse mención alguna al de Surquillo.

51. En su recurso de apelación, la señora Nossar alegó que la denunciada había indicado en ambas publicaciones que se había tomado una marca que ya existía (“La Panka”), dando a entender que el establecimiento en Surquillo ya no existiría. De este modo, la imputada aparecía como única dueña de la referida marca y empleándola solo en el local de Miraflores.

52. Al respecto, lo primero a señalar es que el mensaje imputado en la admisión a trámite de la denuncia contra F & NMV Inversiones consiste en que el establecimiento “La Panka” habría sido relanzado en Miraflores, mientras que el de Surquillo ya no existiría, por lo que se verificará si este es el mensaje que fue difundido por la denunciada, y de ser el caso si este se condice con la realidad.

53. De la revisión de los anuncios cuestionados, se observa lo siguiente:

**PUBLICACIÓN EN LA REVISTA “COSAS” DEL 16 DE OCTUBRE DE 2013**

**VER PÁGINA SIGUIENTE**

# La Panka: nuevo concepto de brasas

El segmento de brasas tiene, desde hace tres semanas, un nuevo integrante: uno que llega con un concepto novedoso, cuya propuesta, realmente, sorprende que no haya aparecido antes. La Panka, cuyo eslogan es "Brasas Peruanas", ha tomado lo mejor del restaurante original ubicado en la Av. Villarán (el pollo y el anticucho), para relanzarlo en el barrio de Santa Cruz, en Miraflores, en un modelo mucho más completo (más platos y bebidas) y atractivo.

El concepto rinde tributo a los mercados de Lima y fue desarrollado íntegramente, desde el diseño hasta el menaje, por la empresa Infinito (Don Belisario y Paseo Colón). El resultado es un ambiente familiar, muy cálido y confortable, con mesas y sillas de madera, alternadas con mayólicas, y una barra central donde se preparan las bebidas y los postres, todo en un local con capacidad para 140 personas. Música con ritmos peruanos –algunos clásicos, otros modernos– le dan a La Panka el ambiente adecuado para reunirse con la familia, comer con los amigos o divertirse en la noche.

La carta no se agota, como decíamos, en las brochetas, los anticuchos (ganadores del Mistura 2011) y el pollo a la brasa. Probamos un delicioso tamalito estilo chiclayano y sabrosos champiñones en crema anticuchera. Entre las ensaladas, uno puede pedir, además de la clásica, que acompaña al pollo, el solterito y la ensalada parrillera, con vegetales a la parrilla. Pero, como en toda brasería, el pollo es el fuerte: tiene un pellejo tan crocante como adictivo (apodado por el público como "pellejo galleta"), y papas que superan a muchas de la competencia.

Entre los postres, recomendamos los picarones; para beber, los chilcanos (tienen macerados de distintas hierbas, frutas y especias), los jugos naturales, los distintos sabores de limonadas (hierbabuena, hierbaluisa, kion), la chicha morada y el especial de la casa: la Chicha Frozen Panka, inspirada en una preparación chinchana, hecha con miel de chancaca. En resumen, una brasería de sabores y espíritu netamente peruanos, que estamos seguros de que encontrará réplica en otros barrios.

Sus anticuchos fueron ganadores de Mistura 2011.

TAMBIÉN PROBAMOS UN DELICIOSO TAMALITO ESTILO CHICLAYANO Y SABROSOS CHAMPIÑONES EN CREMA ANTICUCHERA.

**La Panka. Av. Mendiburu 1007, Miraflores. Tlf. 441-1279.**
**De lunes a domingo, de mediodía medianoche.**

142

**ENTREVISTA REALIZADA EN EL PROGRAMA "MUNDO EMPRESARIAL" EL 26 DE ENERO DE 2014**

*"Presentador: Cuéntame sobre La Panka, como así nace La Panka*

*Sra. Nicole Nossar: Bueno nosotros tomamos la franquicia de un local que ya existía, que nació como una anticuchería en el 2011 ganan el premio Mistura al mejor anticucho y luego se desarrolla el pollo a la brasa, en ese momento tomamos nosotros la franquicia y desarrollamos este concepto yendo un poco más allá.*

*Presentador: entonces el premio de Mistura fue en el 2011 y entonces esa es la campanita que les llama la atención.*

*Sra. Nicole Nossar: Claro, después desarrollar ese pollo a la brasa muy jugoso (…) y tomamos nosotros esta franquicia desarrollando este concepto (…) Desarrollamos un local mucho más acogedor (…)*

*Presentador: Ahora esta franquicia, ¿Les permitiría abrir más locales en lima?*

*Sra. Nicole Nossar: De hecho tenemos propuestas de abrir en centros comerciales*

*Presentador: El local que han abierto está en la Av. Mendiburu.*

*Sra. Nicole Nossar: Nosotros hemos tomado la marca que existía y la hemos potenciado (…) tenemos 3 o 4 meses en el mercado y estamos con más propuestas de abrir más locales en el mercado.*

*(…)"*

54. De la revisión de la publicación en la revista "Cosas", la Sala coincide con la Comisión al interpretar que no se ha señalado que el local de Surquillo (ubicado en la Av. Villarán) haya dejado de existir, siendo el único abierto el de Miraflores (ubicado en la Av. Mendiburu). Lo que sí se señala es que se ha abierto un nuevo local en Miraflores, empleando *"lo mejor del restaurante original"*, lo cual no da a entender que el local de Surquillo (el "original") haya dejado de existir.

55. Por otro lado, en la entrevista en el programa "Mundo Empresarial" indicada previamente, no se observa que la denunciada haya difundido el mensaje imputado. Por el contrario, como se puede apreciar de los extractos consignados líneas arriba, la representante de F & NMV Inversiones indicó que tomaron "*la franquicia*", por lo que no solo se entiende que el establecimiento inicial (ubicado en Surquillo) aun existe, sino que además la imputada habría abierto un nuevo local en Miraflores (como parte de la franquicia "La Panka") y ofreció inaugurar más locales a futuro.

56. Como se puede apreciar, a diferencia de lo alegado por la señora Nossar en apelación, esta Sala interpreta que ni en el anuncio difundido en el programa "Mundo Empresarial" ni en la publicación en la revista "Cosas" se difundió el mensaje imputado. En consecuencia, corresponde declarar infundada la denuncia interpuesta contra F & NMV Inversiones en este extremo.

<u>Sobre la presunta difusión del mensaje referido a que el restaurante de la imputada sería uno "completo" y "atractivo"</u>

57. En este extremo, la Comisión señaló que los términos "completo" y "atractivo" no tienen un significado unívoco que permita ser evaluado en los términos del artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por lo que declaró infundada la denuncia.

58. En apelación, la señora Nossar indicó que la imputada habría indicado en la publicación de la revista "Cosas" que se cuenta con un modelo "completo" y "atractivo", lo cual no sería cierto, debido a que la oferta en los locales de Surquillo y Miraflores sería la misma.

59. Al respecto, la Sala aprecia que, en efecto, se indicó en la revista "Cosas" que el local de Miraflores contaría con un modelo "completo" y "atractivo". Sin embargo, no se evidencia que estos atributos se encuentren acompañados de elementos que los doten de parámetros objetivos que permitan su comprobación.

60. Distinto sería el caso si, por ejemplo, a los términos cuestionados se les hubiese añadido la frase "de acuerdo con la encuesta Z efectuada a los consumidores A, B y C". En dicho supuesto hipotético, al contar con un parámetro que dota de objetividad las afirmaciones analizadas, tendría que verificarse la existencia de dicha encuesta y analizar si, de su contenido, es posible desprender dichas conclusiones. Sin embargo, en el anuncio materia de investigación no se indica parámetro objetivo alguno, por lo que corresponde declarar infundada la imputación en este extremo.

Sobre la presunta difusión de la afirmación referida a que el restaurante de Miraflores sería un local "gourmet", en el programa "En su punto"

61. Al respecto, la Comisión indicó que la afirmación cuestionada no fue difundida en el programa "En su punto" del "Canal J", por lo que correspondía desestimar dicho extremo de la denuncia.

62. En su recurso de apelación, la señora Nossar señaló que la imputada habría referido que el local de Surquillo sería "uno chiquito", por lo que esta frase daría a entender que el establecimiento de "Miraflores" sería uno "*gourmet*".

63. Sobre el particular, el extracto de la entrevista realizada en el programa "En su punto" en donde se señalaría lo indicado por la señora Nossar, es el siguiente:

> **ENTREVISTA REALIZADA EN EL PROGRAMA "EN SU PUNTO" DEL "CANAL J"**
>
> *"(…)*
> *Presentador: ¿Y la panka empieza en otro local, y este es el segundo no?*
> *Sra. Valerie Nossar: En realidad empieza con este local que está en Villarán que es de mi hermana mayor Denisse, que abrió un lugar súper chiquito que estaba sólo enfocado en lo que es anticuchos y pollos a la brasa, y ganó Mistura con el anticucho. A raíz de eso nos dimos cuenta que su anticucho estaba espectacular y que el pollo era uno que no encuentras en muchos locales, porque era un pollo chiquito con la costrita como galleta que te la puedas comer así crocante. Entonces vimos de que manera sacarle provecho y armar una franquicia de esto ¿no? Entonces ahí fue cuando nos juntamos, le dimos vueltas al asunto y nació todo el concepto de la Panka.*
> *(…)"*

64. Como se puede apreciar, en efecto la señora Valeria Nossar, representante de F & NMV Inversiones, indicó que el establecimiento de la denunciante (el ubicado en Surquillo) era un "*lugar súper chiquito*". Sin embargo, de la lectura integral de la referida afirmación, así como de todo el contexto en el cual esta se indica, la Sala advierte que no se desprende que la imputada haya señalado que el establecimiento en Miraflores sea uno "*gourmet*". En efecto, únicamente se hace mención al tamaño del establecimiento original y a los productos que ofrecía inicialmente (anticucho y pollo a la brasa), mas no se destaca que el

nuevo local (de Miraflores) sea uno "*gourmet*", por lo que esta Sala coincide con la Comisión al desestimar la denuncia en este extremo.

65. Habiendo desestimado los puntos en apelación de la señora Nossar, corresponde confirmar la Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI del 16 de enero de 2018 en el extremo que declaró infundada la denuncia contra F & NMV Inversiones por la presunta comisión de actos de engaño, supuesto tipificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

III.4. Sobre los actos de confusión

Marco normativo

66. El "derecho a imitar" constituye una de las manifestaciones de la libertad de iniciativa privada consagrada en la Constitución Política del Perú, la cual, a su vez, es uno de los principios que rigen el modelo de economía social de mercado en nuestro país.

67. Es por ello que, si se tiene en cuenta que la imitación de otras iniciativas tiende a dinamizar el proceso competitivo, al constituir un mecanismo de estímulo del progreso y de generación de mayores innovaciones, la regla es que los agentes se encuentren permitidos de reproducir en sus propios productos o servicios las presentaciones o creaciones ajenas. Siempre cautelando que no se cause una afectación al interés económico general.

68. En efecto, la libre imitación de iniciativas tiene, como cualquier derecho, límites. En el Precedente de Observancia Obligatoria emitido por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) mediante Resolución 1091-2005/TDC-INDECOPI, se estableció que los límites son: (i) los derechos de propiedad intelectual; y, (ii) la buena fe comercial, lo cual significa que la imitación no debe configurar un acto de competencia desleal que vulnere la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

69. En este contexto, el artículo 9 del Decreto Legislativo 1044[15], prohíbe la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, las prestaciones o los productos propios, de manera tal que se

[15] **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
**Artículo 9.- Actos de confusión**
9.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, las prestaciones o los productos propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde.
9.2.- Los actos de confusión pueden materializarse mediante la utilización indebida de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual.
(Subrayado agregado)

considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde.

70. La ilicitud radica en la necesidad de asegurar que los consumidores reciban información correcta, pues se procura evitar que estos adopten *"decisiones de mercado fundadas en una incorrecta representación de la realidad acerca de la identidad o procedencia empresarial de una actividad, prestaciones o establecimiento".*

71. Así, en este tipo de actos, la copia o imitación de una iniciativa empresarial no es sancionable por el mero fin de proteger la presentación desarrollada por un competidor imitado. En realidad, la protección existe porque la confusión provoca una inducción al error sobre el origen empresarial de un producto o servicio.

72. Con ello, **no importa si los elementos imitados son muchos o pocos ni la intención de la imputada, pues la intervención de la Administración depende únicamente de que el contexto de la imitación impida distinguir el origen de las prestaciones y traslade información distorsionada a los consumidores, dificultándoles adoptar adecuadas decisiones de mercado.**

73. En atención a ello, en nuestra legislación los actos de confusión directa consisten en aquellos supuestos en que los bienes, servicios o establecimientos de un agente económico guardan identidad con los que corresponden a otro agente económico, por lo que los consumidores son inducidos erróneamente a considerar que se trata del mismo. Esta confusión podría ocurrir a causa de una extrema similitud en signos, presentación o apariencia general de los bienes, los servicios o establecimientos en cuestión. Mientras que los actos de confusión indirecta se producen cuando el consumidor, si bien observa que no son idénticos, entiende que comparten un mismo origen empresarial, cuando en realidad pertenecen a dos concurrentes distintos.

74. Asimismo, respecto a la confusión indirecta, es necesario señalar que el Precedente de Observancia Obligatoria emitido por la Sala mediante Resolución 1091-2005/TDC-INDECOPI, estableció que pueden existir casos en los que efectivamente existan elementos diferenciadores entre los establecimientos (o productos, entre otros) imputados y los del denunciante que enervarían una confusión directa; correspondiendo, en este caso, analizar si las similitudes podrían implicar una confusión indirecta referida al origen empresarial.

75. De esta manera, en el caso específico del Precedente de Observancia Obligatoria la Sala señaló que:

> *"La existencia de confusión indirecta o de riesgo de asociación no supone que las prestaciones o elementos del proveedor afectado, sean idénticas a las empleadas por el infractor - lo que es propio de la confusión directa - bastando que sean similares, de allí que las alegaciones de Renzos respecto a que Bembos posee elementos distintos a los de su establecimiento (como los aleros triangulares en su frontis) no enerven el riesgo de confusión determinada en primera instancia."*

76. Finalmente, cabe indicar que el análisis de confusión no se agota en las similitudes que desde la percepción de un consumidor razonable tienen los productos de la denunciante y de la denunciada. Como ya ha tenido oportunidad de señalar este Colegiado en anteriores pronunciamientos, también es importante analizar otros factores tales como, la forma y proceso en que estos adquieren el producto o servicio cuestionado, el nivel de experiencia de los consumidores, el nivel de estandarización de las presentaciones en el mercado, entre otros, pues **la valoración de estos elementos en conjunto puede reforzar o debilitar el nivel de confusión.**

Aplicación al caso concreto

77. Mediante Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI del 16 de enero de 2018, la Comisión declaró infundada la denuncia contra F & NMV Inversiones por la presunta realización de actos de confusión, en atención a que los elementos empleados por la imputada en su establecimiento "Rasson" no distinguen únicamente a "La Panka" sino también a varios restaurantes en el mercado, por lo que no existe riesgo de confusión directo o indirecto.

78. En apelación, la señora Nossar indicó que los elementos empleados por la imputada en el local de "Rasson" son los mismos de "La Panka", pero con la marca variada, por lo que se aprecia que, en su conjunto, el local de la denunciada sí generaría un riesgo de confusión con su establecimiento.

79. Al respecto, tal como se ha desarrollado en el marco teórico, para que se configuren los actos de confusión, se debe analizar si la conducta imputada ocasiona un riesgo de confusión directa o indirecta con relación al origen empresarial.

80. De esta manera, se entenderá como confusión directa el riesgo que los consumidores consideren que el establecimiento de la denunciada (F & NMV Inversiones) es un local de "La Panka". Mientras que se considerará confusión indirecta si de la apreciación de los establecimientos cuestionados se desprende que existe el riesgo de que los consumidores consideren que estos comparten el mismo origen empresarial.

81. La señora Nossar alega que F & NMV Inversiones habría copiado su modelo de negocio en los siguientes elementos: la presentación de las sillas o bancas de color blanco; la presentación de las mesas de madera natural; el diseño de

las lámparas; la fotografía que decora el local; el diseño de los letreros; la presentación de los platos, tazas, bandejas y servilleteros; la utilización de utensilios en fierro enlozado; la presentación de la carta de platos que contaría con una base de madera, riel, tornillos y una hoja adicional encima de la misma; el diseño y decoración de la fachada.

82. Los establecimientos de ambas partes tienen las siguientes características:

| LA PANKA (DENUNCIANTE) | RASSON (IMPUTADA) |
|---|---|
| | |
| | |
| | |

| | |
|---|---|
| | |
| | |

83. De una comparación de los establecimientos, se observa que ambos cuentan con sillas blancas, mesas de color madera natural, una barra central con letreros, lámparas colgantes y una carta con diseño. Por otro lado, el establecimiento de “La Panka” cuenta con paredes blancas y marrones, mientras que “Rasson” cuenta con paredes blancas.

84. Ahora bien, en el rubro de restaurantes, las tonalidades marrones, blancas y las cartas con diseño son características que comparten otros agentes económicos que participan en dicho mercado, siendo las siguientes sus presentaciones:

**VER IMÁGENES EN PÁGINA SIGUIENTE**

**Establecimiento "Barra Chalaca":**

**Establecimiento "Papachos":**

**Establecimiento "La Lucha":**

**Establecimiento "Mangos":**

**Establecimiento "Popular":**

**Establecimiento "Paseo Colón":**

85. Como se puede apreciar, los elementos señalados por la señora Nossar en su denuncia como característicos de "La Panka" son empleados por otros agentes económicos que participan del mismo mercado (restaurantes): lámparas colgantes, sillas blancas y mesas color madera, cartas con diseños similares, letreros y barra central. Incluso, conforme lo ha señalado la propia imputada[16], la empresa que se contrató para el diseño del establecimiento de "La Panka" fue la misma que diseñó las características de restaurantes como, por ejemplo, "Paseo Colón".

86. Considerando lo expuesto previamente, corresponde analizar si la presentación del local comercial de F & NMV Inversiones ("Rasson") conlleva algún riesgo de confusión directa o indirecta.

87. Como se puede apreciar en los numerales 82 y 84 de la presente resolución, si bien existen similitudes en varios elementos de los establecimientos "Rasson" y "La Panka", estos son también empleados en su conjunto por otros agentes económicos en el mercado, hecho que diluye el riesgo de confusión directa.

88. Además, de acuerdo con lo señalado por ambas partes en el procedimiento, se aprecia que el diseño que a la fecha ostenta "La Panka" en Surquillo fue concebido inicialmente para el establecimiento de Miraflores, por lo que incluso el posicionamiento en el mercado de la denunciante se consiguió con una presentación distinta a la que actualmente tiene.

89. Finalmente, debe tenerse en cuenta el empleo de la denominación correspondiente a cada una de ellas, pues es lo que distingue su origen empresarial, por lo que el consumidor sabrá que al ingresar al establecimiento de la denunciada ("Rasson") este no es un local de "La Panka". Por ende, no existe un riesgo de confusión directa en el presente caso.

90. Con relación al riesgo de confusión indirecta (esto es, que los consumidores asuman que los establecimientos comparten el mismo origen empresarial), la Sala reitera que los elementos referidos por la denunciante como propios son empleados por otros agentes económicos en el mercado, por lo que son de uso común en este giro de negocio. Asimismo, se ha consignado de forma predominante el nombre comercial en cada uno de los locales.

91. Finalmente, la señora Nossar alegó en apelación que debía analizarse el empleo de un nombre distinto "manteniendo los mismos elementos del anterior local". Sobre el particular, tal como se ha señalado precedentemente, de la evaluación conjunta de los elementos invocados por la denunciante (que a su criterio darían a entender al consumidor que se encuentra en un establecimiento de "La Panka"), la Sala aprecia que estos solo evocan el estar en un

[16] Ver foja 75 del expediente.

restaurante. Así, el principal elemento diferenciador está comprendido por los nombres comerciales, tal como ocurre en los demás restaurantes que emplean presentaciones similares (Papachos, Popular, Paseo Colón, Barra Chalaca, entre otros).

92. Por tanto, el consumidor puede diferenciar los establecimientos comparados, a partir de su presentación conjunta en el mercado, por lo que no existe riesgo de confusión. Siendo ello así, corresponde confirmar la Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI del 16 de enero de 2018, en el extremo que declaró infundada la denuncia de la señora Nossar contra F & NMV Inversiones por la presunta realización de actos de confusión, supuesto tipificado en el artículo 9 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

III.5. Sobre los actos de violación de secretos empresariales

Marco normativo

93. El artículo 13 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal[17] califica como un supuesto típico de competencia desleal la figura de la violación de secretos empresariales, estableciendo que se encuentran prohibidos y serán sancionados aquellos actos que tengan como efecto, real o potencial, lo siguiente:

(i) Divulgar o explotar, sin autorización de su titular, secretos empresariales ajenos a los que se haya tenido acceso legítimamente con deber de reserva o ilegítimamente.

(ii) Adquirir secretos empresariales ajenos por medio de espionaje, inducción al incumplimiento de deber de reserva o procedimiento análogo.

94. En el primer supuesto se describen aquellos casos en los cuales un agente económico divulgue o explote para su beneficio secretos empresariales ajenos, sin autorización de su titular, a los que tuvo acceso en forma legítima con deber de reserva (en ejercicio de su cargo o en el marco de relaciones contractuales comerciales) o ilegítima (por ejemplo, sustracción de información). En el segundo escenario, la conducta desleal radica en la adquisición de un secreto empresarial ajeno mediante el empleo del espionaje o la inducción al incumplimiento de deber de reserva, es decir, el interesado se vale de la actuación de un tercero para adquirir secretos empresariales ajenos.

---

[17] **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL,**
**Artículo 13.- Actos de violación de secretos empresariales.-**
Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, lo siguiente:
a) Divulgar o explotar, sin autorización de su titular, secretos empresariales ajenos a los que se haya tenido acceso legítimamente con deber de reserva o ilegítimamente
b) Adquirir secretos empresariales ajenos por medio de espionaje, inducción al incumplimiento de deber de reserva o procedimiento análogo.

95. De lo anterior se desprende que, para la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de secretos empresariales, se requiere que se presenten los siguientes elementos constitutivos:

    (i) La existencia de un secreto comercial o industrial; y,

    (ii) La divulgación o explotación de dicho secreto realizado por quien tuvo acceso legítimamente a la información, pero con deber de reserva, o por quien accedió a ella de forma ilegítima; o, la adquisición de secretos empresariales ajenos por medio de espionaje, inducción al incumplimiento de deber de reserva o procedimiento análogo.

96. En ese sentido, si bien la norma no precisa específicamente las características que debe poseer determinada información para ser considerada secreto empresarial, resulta conveniente traer a colación lo indicado en el artículo 40 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal[18] respecto de las condiciones necesarias para que la información resulte confidencial[19], las cuales son:

    a) Se trate de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;

    b) que quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,

    c) que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.

97. De acuerdo con el primer requisito, la información necesariamente debe versar sobre un objeto determinado, esto es, referir algún dato específico e identificable. Asimismo, solo una vez individualizada la información y determinada su existencia, se podrá apreciar si esta es de naturaleza reservada (caso contrario, no podría calificar como un "secreto empresarial"), lo cual

---

18 **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
**Artículo 40.- Información Confidencial.-**
(…)
40.2.- De conformidad con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial, industrial, tecnológico o, en general, empresarial será concedida por la Comisión o el Tribunal, siempre que dicha información:
a) Se trate de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;
b) Que quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,
c) Que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.

19 Sobre la aplicación referencial de las reglas establecidas en el artículo 40 del Decreto Legislativo 1044, véase la Resolución 16-2017/SDC-INDECOPI del 10 de enero de 2017 y la Resolución 360-2017/SDC-INDECOPI del 22 de junio de 2017.

supone analizar si esta se encuentra o no a disposición de terceros no autorizados[20].

98. Complementariamente, solo podrá considerarse secreta aquella información preservada con cuidado dentro del propio ámbito de conocimiento del titular y de aquellos terceros que hayan accedido a esta con un deber de reserva. En ese sentido, el titular de tal información debe haber adoptado medidas para evitar que se produzca su divulgación, como lo podrían ser acuerdos de confidencialidad, medidas de seguridad física, encriptación de datos, accesos restringidos u otras alternativas tecnológicas análogas[21].

99. Finalmente, determinada información reservada tendrá valor comercial efectivo o potencial cuando su utilización en régimen de secreto reporte un provecho patrimonial por suponer para el empresario una ventaja frente a los competidores que lo desconocen[22]. En esa línea, es pertinente aludir a lo señalado en el artículo 2.1. literal c) de la Directiva 001-2008/TRI-INDECOPI[23], que califica como secreto empresarial aquella información no divulgada que una persona natural o jurídica posea legítimamente, que se use en alguna actividad

---

20 En ese sentido, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 260 literal a) de la Decisión 486 –Régimen Común sobre Propiedad Industrial– aplicable a los países andinos, el carácter secreto depende de que "*(...) como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, (la información) no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva*".

21 *"Las medidas razonables pueden incluir un enfoque de capas o niveles. Un nivel puede involucrar medidas de seguridad física, tales como el aislamiento del secreto empresarial en un área específica o limitar el acceso solo a casos en que exista como fundamento una "necesidad de saber"; uso de tarjetas de seguridad para controlar y restringir el acceso; o requerir el llenado de hojas de registro a los visitantes. Otro nivel puede involucrar limitaciones computarizadas o electrónicas, tales como una clave múltiple, laptops de seguridad, encriptación de datos, y limitación de acceso remoto o vía internet en el área donde el secreto empresarial es utilizado. En otro nivel, muchas compañías protegen sus secretos empresariales a través de sus políticas laborales, lo cual incluye acuerdos laborales de no revelación, calificación de los secretos empresariales y sus propiedades como "confidenciales", capacitaciones y recordatorios sobre la importancia de proteger los secretos empresariales de la compañía, manuales de trabajo, y entrevistas a la partida de un trabajador para asegurarse que los materiales de propiedad de la empresa vinculadas a los conocimientos reservados hayan sido devueltos y remarcar las obligaciones de confidencialidad"*.
Traducción libre del siguiente texto:

"Reasonable measures may include a layered or tiered approach. One layer may involve physical security, such as isolating the trade secret to a particular area and limiting access on a "need to know" basis; using security cards to monitor and restrict access; or requiring sign-in sheets to record visitors. Another layer may involve computer or electronic limitations, such as multiple passwords, secure laptops, data encryption, and no remote or internet access in the area where the trade secret is used. As another layer, most companies protect trade secrets through employment policies and practices including employee non-disclosure agreements, marking trade secret and proprietary information as "confidential," training and reminders about the importance of protecting the company trade secrets, employment manuals, and exit interviews upon an employee's departure to ensure proprietary materials have been returned and to underscore confidentiality obligations." KROTOSKI, Mark L. "Common Issues and challenges in prosecuting trade secrets and economic espionage act cases".
En: UNITED STATES ATTORNEYS' BULLETIN. Columbia: Executive Office for United States Attorneys, Noviembre 2009, Volumen 57, p. 10. (Texto accesible en http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usab5705.pdf. Página web visitada el 19 de febrero de 2018).

22 LLOBREGAT HURTADO, María Luisa. *"Temas de Propiedad Industrial".* Madrid: Editorial La Ley 2da. Edición, p. 494.

23 Con el propósito de analizar el valor comercial de la información, se podrá considerar a manera referencial, lo dispuesto por la Directiva 001-2008/TRI-INDECOPI, sobre confidencialidad de la información en los procedimientos seguidos por los órganos funcionales del Indecopi.

productiva, industrial o comercial y que sea susceptible de transmitirse a terceros[24] [25].

Aplicación al caso concreto

100. Mediante Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI del 16 de enero de 2018, la Comisión declaró infundada la denuncia contra F & NMV Inversiones por la presunta comisión de actos de violación de secretos empresariales. A criterio de la primera instancia, la denunciante no habría acreditado que la información que habría sido aprovechada por la imputada haya tenido algún valor económico, ni cómo esta tendría características singulares frente a las de sus competidores. Finalmente, no habría acreditado que las haya entregado con deber de reserva.

101. En su recurso de apelación, la denunciante indicó que las recetas y método de preparación sí tienen un valor comercial. Ello quedaría demostrado en el hecho de que la denunciada reconoció que estos conocimientos fueron los que motivaron la celebración del contrato de licencia de uso de nombre comercial. Por otro lado, manifestó que no se formalizó la transferencia de información por confiar en los miembros de F & NMV Inversiones.

102. Sobre el particular, la Sala advierte que la denunciante no ha acreditado fehacientemente la existencia de la información presuntamente aprovechada ilegítimamente por F & NMV Inversiones. En efecto, la señora Nossar solo ha

---

[24] **DIRECTIVA 001-2008/TRI-INDECOPI, SOBRE CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS POR LOS ÓRGANOS FUNCIONALES DEL INDECOPI.**
**IV. DISPOSICIONES GENERALES**
(...)
**2.Información confidencial.**
(...)
Se considerará lo siguiente:
**Secreto comercial:** aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad empresarial obliga a las empresas a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a la empresa;
**Secreto industrial:** conocimiento tecnológico referido a procedimientos de fabricación o producción en general, o el conocimiento vinculado al empleo y aplicación de técnicas industriales, que permitan obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros;
**Secreto empresarial:** Cualquier información no divulgada que una empresa natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:
c.1 Secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;
c.2 tenga un valor comercial por ser secreta; y
c.3 haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

[25] Según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la información empresarial secreta se divide en: "*los secretos de fabricación (o industriales), que es información de carácter puramente técnico, como serían métodos de producción, fórmulas químicas, proyectos y prototipos"* y "*los secretos comerciales que incluyen métodos de venta, de distribución, formatos de contratos, programas comerciales, detalles sobre los acuerdos de precios, perfiles de los consumidores, estrategias de publicidad y listas de proveedores o clientes"*.
ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. "*Protección contra la Competencia Desleal"*. Ginebra: OMPI, 1994, p.54.

mencionado el tipo de información que la denunciada habría empleado, mas no presentó medio probatorio alguno que demuestre que, en efecto, existía un conocimiento particular que contaba con un valor comercial y que sería pasible de utilización por parte de otros agentes económicos (por ejemplo, recetas, lista de proveedores, procesos, entre otros).

103. Por otro lado, aun con la existencia de dicha prueba, la denunciante tampoco ha demostrado que haya existido una transferencia con deber de reserva de estos conocimientos a la denunciante. Tan es así, que la propia señora Nossar señaló en su apelación que en ningún momento se formalizaron los acuerdos, siendo que el único contrato existente es el de licencia de uso de marca, el cual solo contempla el uso de la marca "La Panka" y no la transferencia de conocimiento o dato alguno propio de la denunciante.

104. En consecuencia, corresponde confirmar la Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI del 16 de enero de 2018, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra F & NMV Inversiones por la presunta comisión de actos de violación de secretos empresariales, supuesto tipificado en el artículo 13 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

III.6. Sobre la medida correctiva

105. A través de la Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI del 16 de enero de 2018, la Comisión denegó la solicitud de una medida correctiva, pues a su criterio la conducta infractora de F & NMV Inversiones (confusión por afirmar en el programa "De la noche a la mañana" que su establecimiento sería un local de "La Panka" pese a que a la fecha de dicha entrevista ya no se contaba con licencia de uso de la referida marca) había concluido.

106. En su recurso de apelación, la señora Nossar solicitó que se ordene una medida correctiva a la imputada, en atención a las demás infracciones que se habrían cometido.

107. Al respecto, como se puede observar de lo expuesto previamente, la Sala ha confirmado la Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI en todos los extremos en los que declaró infundadas las imputaciones en contra de F & NMV Inversiones. En tal sentido, al haber quedado acreditado que no existió infracción adicional a aquella detectada por la Comisión, no corresponde ordenar una medida correctiva a la imputada.

108. En tal sentido, corresponde confirmar la Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI del 16 de enero de 2018 en el extremo que denegó la solicitud de medida correctiva interpuesta por la señora Nossar.

III.7. Sobre las costas y costos del procedimiento

109. De acuerdo con el artículo 7 del Decreto Legislativo 807 – Ley sobre las Facultades, Normas y Organización del Indecopi[26], los órganos resolutivos de esta entidad pueden ordenar al infractor el pago de las costas y costos incurridos por el denunciante en el procedimiento.

110. Como se puede observar, esta es una facultad otorgada a los órganos resolutivos, los cuales pueden conceder las costas y costos del procedimiento a la denunciante, siempre que esta lo solicite en su denuncia.

111. Siendo así, en la medida que la señora Nossar no solicitó en su denuncia el pago de las costas y costos incurridos en el procedimiento, corresponde denegar la referida solicitud hecha en apelación.

## IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

**PRIMERO:** declarar improcedente el recurso de adhesión a la apelación formulado por F & NMV Inversiones S.A.C. el 7 de mayo de 2018, respecto de la apelación interpuesta por Nelly Denisse Nossar Adaui contra la Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI del 16 de enero de 2018.

**SEGUNDO:** confirmar la Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI del 16 de enero de 2018 en el extremo que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal declaró infundada la denuncia interpuesta por Nelly Denisse Nossar Adaui contra F & NMV Inversiones S.A.C. por la presunta realización de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto contemplado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.

**TERCERO:** confirmar la Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI del 16 de enero de 2018 en el extremo que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal declaró infundada la denuncia interpuesta por Nelly Denisse Nossar Adaui contra F & NMV Inversiones S.A.C. por la presunta realización de actos de competencia desleal en la modalidad de confusión, supuesto contemplado en el artículo 9 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.

**CUARTO:** confirmar la Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI del 16 de enero de 2018 en el extremo que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal declaró infundada la denuncia interpuesta por Nelly Denisse Nossar Adaui contra F

---

26 **DECRETO LEGISLATIVO 807. FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI.**
**Artículo 7.- Pago de costas y costos.-** En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el INDECOPI, la comisión o dirección competente, además de imponer la sanción que corresponda, puede ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el INDECOPI. En los procedimientos seguidos de parte ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, se podrá ordenar el pago de costas y costos a la entidad que haya obtenido un pronunciamiento desfavorable.
(…)

& NMV Inversiones S.A.C. por la presunta realización de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de secretos empresariales, supuesto contemplado en el artículo 13 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.

**QUINTO:** confirmar la Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI del 16 de enero de 2018 en el extremo que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal denegó la solicitud de una medida correctiva.

**SEXTO:** denegar la solicitud de costas y costos de la señora Nelly Denisse Nossar Adaui formulada en su recurso de apelación contra la Resolución 002-2018/CCD-INDECOPI.

***Con la intervención de los señores vocales Juan Luis Avendaño Valdez, Silvia Lorena Hooker Ortega, Mónica Eliana Medina Triveño y José Francisco Martín Perla Anaya.***

**JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ**
**Presidente**