

APROXIMACIÓN A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA COMPETENCIA DESLEAL Y LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

ERIKA MARLENE ISLER SOTO¹

I. INTRODUCCIÓN

El Art. 19 N° 21 de nuestra Carta Fundamental, establece el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. Ampara entonces, tanto dichas actividades, como aquellos actos necesarios para llevarlas a cabo, dentro de los cuales se encuentra la publicidad.

Sin perjuicio de lo anterior, no es menos cierto que actores inescrupulosos del mercado, pueden utilizar dicha herramienta para desviar la conducta de los usuarios, provocando una agresión a los intereses y derechos de sus demás competidores, de los consumidores y de la economía en general.

De esta manera, preciso es que el Estado, mediante su poder normativo, establezca las directrices que regirán el actuar de los agentes publicitarios, así como las conductas ilegítimas para ofertar o difundir bienes o servicios, de tal manera que se dé también cumplimiento a la obligación estatal de contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno

¹ Abogado. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Candidata a Magíster en Derecho, mención Derecho Privado, Universidad de Chile.

de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible², siendo parte de aquellos, los competidores del mercado y los consumidores.

No es tarea fácil normar esta materia, puesto que el Art. 19 N° 22 de nuestra Constitución Política establece, además, el derecho a la no discriminación arbitraria que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. Así, el legislador, al regular las prácticas publicitarias, debe actuar de tal manera que las diferencias que establezca, sean racionales, puesto que sólo entonces, se estará propendiendo al bien común que, en materia económica, corresponde al orden público económico.

Así, conciliar el desarrollo económico de las empresas, la protección de la competencia y aun los derechos irrenunciables de los consumidores, implica realizar un estudio integral de distintas disciplinas jurídicas de disparejas características, a saber, Derecho de la Libre Competencia, Derecho de la Competencia Desleal, Derecho de Protección al Consumidor, Derecho Constitucional, entre otros.

Por otra parte, los crecientes y veloces cambios en las transacciones económicas, implican que la dictación de leyes que regulen las actividades de los proveedores, deba hacerse con la colaboración de éstos, puesto que “la empresa conoce los parámetros de costos y de la demanda con mayor precisión que el regulador”³.

En nuestro país, la temática ha sido abordada por la Ley 20.169 que regula la Competencia Desleal⁴ y la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores⁵. Ambas regulaciones no son excluyentes, sino que se complementan, puesto que velan por intereses jurídicos distintos pero relacionados, esto es, los intereses de los agentes del mercado, de los consumidores y de la sociedad toda, todos los cuales se encuentran estrechamente relacionados entre sí.

² Art. 1 inc. 3 CPR, incluido dentro de las Bases de la Institucionalidad.

³ Bustos, Álvaro y Galetovic, Alexander: “Regulación por empresa eficiente: ¿Quién es realmente usted?”, en Estudios Públicos, N° 86, Otoño 2002, Editorial de Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, 2002, p. 153.

⁴ En adelante LCD.

⁵ En adelante LPC.

En el ámbito no coercitivo, se debe mencionar además el Código de Ética Publicitaria⁶, del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria⁷, que regula las prácticas publicitarias de manera más nutrida.

El presente trabajo tiene por objeto realizar una aproximación a nuestra regulación sobre publicidad engañosa. Para lograr tal objetivo se contempla una primera parte sobre nociones generales; continúa con una referencia a las distintas normativas existentes en nuestro país, así como del vínculo que existe entre ellas; por último, culmina con la exposición de algunas conclusiones finales.

II. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

A. Antecedentes preliminares

I. LA PUBLICIDAD.

La publicidad se encuentra definida en el Art. 1 N°4 LPC como *“la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio, entendiéndose incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato”*⁸.

Sin fuerza vinculante general, el Código de Ética Publicitaria, la define como *“toda actividad o forma de comunicación profesional realizada o recomendada por un avisador en el ejercicio de una actividad comercial o social, y que es dirigida al público, o a parte del mismo, mediante avisos que tengan por propósito informar, persuadir o influir en sus opiniones o conductas”*⁹.

⁶ En adelante CEP.

⁷ En adelante CONAR.

⁸ Las condiciones objetivas se encuentran mencionadas en el Art. 28, y coinciden con los casos de publicidad engañosa enumerados en dicho cuerpo legal; tales son: Los componentes del producto y el porcentaje en que concurren; la idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante; las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial; el precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso; y las condiciones en que opera la garantía.

⁹ Parte interpretativa, letra F, CEP.

La legislación española, bastante más generosa en esta materia, se refiere a ella como *“toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”*¹⁰.

En consideración a los conceptos anteriormente señalados, podemos inferir que la publicidad presenta una característica disuasiva, esto es, tiene por objeto seducir al consumidor a realizar una transacción comercial, mediante la utilización de distintos mensajes y técnicas publicitarias.

II. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA.

Tal como se señaló en su oportunidad, la publicidad es una gran herramienta de transacción comercial, pero puede ser fuente de ilícitos en caso de que no se utilice en la forma prescrita por el ordenamiento jurídico o la ética, configurando en tal caso, los supuestos de publicidad ilícita. Éstos varían según las legislaciones y los autores¹¹, siendo una de ellas la publicidad engañosa¹², objeto del presente trabajo y que consiste básicamente en aquella que sin faltar necesariamente a la verdad, induce a error o engaño.

¹⁰ Art. 2 Ley General de Publicidad española.

¹¹ Cfr. Botana García, Gema y Ruiz Muñoz, Miguel, coordinadores: “Curso sobre protección jurídica de los consumidores”, Editorial Mc. Graw Hill, Madrid, 1999, p. 84.

¹² Otras formas de publicidad ilícita, que si bien se distinguen de la publicidad engañosa, pueden sin embargo coincidir con ella: **Publicidad falsa**: Se trata de aquella publicidad que falta a la verdad, por la vía de la acción o de la omisión. En nuestro país se trata en forma unitaria junto a la publicidad engañosa; **Publicidad abusiva**: Consiste en aquellas prácticas que vulneran u ofenden la dignidad de la persona o los valores fundamentales reconocidos por la Constitución, tales como la moral, las buenas costumbres. Se encuentra consagrada en el Art. 4 letra d) de la LCD y en forma específica a la publicidad, el CEP hace alusión a ella en su Art. 1; **Publicidad encubierta**: Consiste en aquellas formas de publicidad que se disfrazan de información noticiosa, de tal manera de inducir al destinatario de ella a creer que el mensaje que contiene, corresponde a un discurso objetivo e indubitado. El Art. 6 CEP, se refiere a ella, señalando que *“los avisos no deben hacer mal uso de los resultados de investigaciones o citas de literatura técnica y científica”*, dando además, algunos ejemplos de aquello; **Publicidad comparativa**: La define el Art. 10 inc. 1 CEP, como aquella publicidad que *“explícitamente identifica a la competencia o la que sugiere el nombre, envase, presentación, atributo, hecho o elemento que se relacione con una o más marcas o empresas de la competencia o una industria en particular”*. El límite entre la publicidad comparativa lícita y la ilícita (desleal, falsa o engañosa) es bastante

La directiva del Parlamento Europeo sobre publicidad engañosa y comparativa, define a la publicidad engañosa, como *“toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor”*¹³.

La legislación española, por su parte, define a los actos de engaño como un acto de competencia desleal¹⁴, relacionando de manera directa la institución en estudio con la disciplina protectora de la competencia.

Nuestra legislación no señala lo que se debe entender por publicidad engañosa, limitándose a señalar, en el Art. 28 LPC, los supuestos bajo los cuales se puede presentar.

De los conceptos otorgados, se desprende claramente que la publicidad engañosa se caracteriza esencialmente, por inducir al error o engaño en el eventual aceptante de un contrato, de tal manera que se transgrede el principio de buena fe contractual, que debe imperar en toda relación jurídica.

Para reconocer a aquella publicidad que induzca a error o engaño, se deben tener en consideración distintos elementos, tales como la entidad y características de la empresa proveedora, su posición en el mercado, la validez de la información que otorga, las características de sus productos, el medio de difusión empleado, etc.

difuso, llegando a existir situaciones francamente difíciles de calificar. La doctrina en general, a este respecto, ha señalado que la publicidad comparativa es ilícita, cuando se refiere o fundamenta en hechos falsos y carentes de objetividad. En este sentido pareciera pronunciarse el Art. 4 nuestra LDC, conforme al cual constituye un acto de competencia desleal, *“toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o, cuando de cualquiera otra forma, infrinja las normas de esta ley”*. El Art. 10 CEP, se pronuncia en un sentido similar.

¹³ Art. 2, letra b), Directiva 2006/114/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006.

¹⁴ Art. 7 Ley de Competencia Desleal española: *“Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas”*.

La jurisprudencia española, siguiendo a la alemana, se ha inclinado por no seguir exclusivamente los criterios gramaticales o filológicos, entendiendo que una publicidad induce a error, si la mayoría de los consumidores entiende la alegación en un sentido distinto al gramatical, todo lo cual, según el criterio del consumidor medio¹⁵.

Del mismo modo, la doctrina entiende que se excluyen del supuesto en estudio, aquellas prácticas, tales como exageraciones¹⁶ y exaltaciones, puesto que si bien llaman la atención del consumidor, no son idóneas para inducir a un juicio errado, pareciendo ser, más bien, una manifestación de *dolos bonus*¹⁷. Así lo entiende también la Comunidad Europea, cuyo Parlamento estima que no constituye publicidad engañosa, la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o afirmaciones respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal¹⁸.

Respecto de los intereses en juego, la publicidad engañosa incide en la protección jurídica de múltiples de ellos. De esta manera, puede comprometer los intereses individuales de cada consumidor, esto es, los que se caracterizan por “su relación con la necesidad o conveniencia de cada persona y que redundan en beneficio de esa persona en forma exclusiva”¹⁹; los intereses particulares, pero colectivos, entendidos como aquellos que corresponden a una categoría, clase o grupo de personas²⁰; y también los intereses generales, que conciernen a la colectividad toda, “de manera que aunque responden a

¹⁵ Cfr. García Sais, Fernando: “Efectos de la publicidad engañosa sobre la validez de los contratos celebrados con consumidores”, en Revista de Derecho Privado, Nueva Época, Año III, Número 9-10, septiembre, 2004, México, pp. 41 y 42.

¹⁶ Por ejemplo, “la carne más sabrosa del mundo”, “el mejor sonido del universo”, “no hay otro mejor en el Planeta”, etc.

¹⁷ Cfr. García Sais, Fernando: Op. Cit., p. 41.

¹⁸ Cfr. Art. 5 N° 3 Directiva 2005/29/CE publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, con fecha 11 de junio de 2005.

¹⁹ Poblete Iturrate, Orlando: “Las acciones por intereses colectivos y difusos. Algunas consideraciones básicas”, en Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año VII, N°7, Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Santiago de Chile, 2003, p. 283.

²⁰ Cfr. Poblete Iturrate, Orlando: Op. Cit., p. 283. En relación al interés colectivo, no se puede dejar de mencionar el caso de las denuncias por publicidad engañosa, respecto de las instituciones de educación superior que ofrecen u ofrecieron la carrera de Perito Criminalístico, Perito Forense y otras similares. Ejemplo de ello: Causa Rol 17.690-6-05, 4 JPL Santiago, Instituto profesional de Chile.

la satisfacción de la que los explica, repercuten también en beneficio de las personas que integran la colectividad”²¹.

B. Fundamento de la regulación sobre publicidad engañosa:

I. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.

Tal como se señaló en la parte introductoria del presente trabajo, el Estado debe contribuir a crear las condiciones jurídicas y fácticas que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, su mayor realización espiritual y material posible. Lo anterior se encuentra establecido nada menos que en el Art. 1 de nuestra Carta Fundamental, contemplado en las Bases de la Institucionalidad, por lo que constituye un principio rector del aparato público.

De esta manera, es deber del Estado velar porque los agentes económicos se desenvuelvan correctamente entre sí y no vulneren los derechos de los ciudadanos (en este caso consumidores). Sólo de esta manera se pueden conciliar, por una parte la libertad económica y empresarial (Art. 19 N° 21 CPR), y por otra los principios del orden público económico.

De lo anterior se concluye que constituye un imperativo constitucional del Estado, velar por una competencia que sea leal entre los competidores y que respete los derechos de los consumidores o ciudadanos. De esta manera, se actuará en favor del bien común²².

II. FUNDAMENTO CIVIL.

El Derecho Civil, subsidiario y común al resto de las ramas del derecho, se fundamenta básicamente en dos principios, a saber, el de autonomía de la voluntad y el de buena fe²³. Estos dos pilares no sólo sustentan el sistema privado, sino que trascienden a la esfera pública informando al resto del ordenamiento jurídico.

De esta manera, las partes competidoras y contratantes deben actuar conforme a ellos, aun antes de la celebración de los contratos, no siendo compatibles con los mismos, las prácticas de publicidad ilícita.

²¹ Poblete Iturrate, Orlando: Op. Cit., p. 283.

²² En este sentido, CEP considerando E, que concibe a la publicidad como una actividad orientada principalmente al bien común.

²³ Así respecto del comercio internacional, Art. 1.7 Unidroit.

Por otra parte, recordemos que la tesis de la autonomía de la voluntad, postula que las obligaciones descansan en la voluntad soberana del individuo. Conforme a lo anterior, la voluntad –esto es, “la facultad que nos permite hacer o no hacer lo que deseamos”²⁴– es la soberana de los requisitos del contrato, toda vez que contiene en sí todos los demás elementos²⁵. El consumidor, entonces, debe encontrarse en total uso de sus facultades racionales, a la hora de decidir una transacción comercial, no siendo lícito inducirla mediante la creación de una realidad ficticia. Incluso podría darse el caso en que la voluntad se exteriorice, pero que tal querer interno sea consecuencia de un error, que de no existir, la actividad volitiva del sujeto se habría inclinado en otro sentido²⁶.

En este sentido, García Sais estima que el consumidor determina su consumo con la información que se le otorga, por lo que el mensaje publicitario constituye un papel fundamental en el otorgamiento de su voluntad²⁷. Continuando en esta línea y basado en la supletoriedad del Derecho Civil, sostiene el mismo autor, que la sanción a los actos celebrados en consideración a una publicidad engañosa determinante, es la nulidad, puesto que el empresario realiza un acto contrario a la ley, encontrándose lo anterior sancionado precisamente por la nulidad²⁸.

Reafirma esta tesis, señalando que son plenamente aplicables los principios de la teoría general de las obligaciones, debiendo concluirse que “existe un vínculo indisoluble entre la publicidad engañosa generada en el consumidor y el error en el que éste se encontraba al momento de contratar”²⁹, para terminar concluyendo que la sanción correcta aplicable, es la nulidad relativa del acto.

Olvida sin embargo este autor, que las especiales características de la institución en estudio, obligan a un análisis interdisciplinario del problema, puesto que la aplicación de las sanciones civiles puede producir efectos nefastos en la economía del país. En este sentido, parece más conveniente aplicar

²⁴ León Hurtado, Avelino: “La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990, p. 33.

²⁵ En este sentido, León Hurtado, Avelino: Op. Cit., p. 33. También DUCCI CLARO, CARLOS: “Derecho Civil. Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, Santiago de Chile, 2005, p. 243.

²⁶ Cfr. León Hurtado, Avelino: Op. Cit., p. 150.

²⁷ Cfr. García Sais, Fernando: Op. Cit., p. 38.

²⁸ Entre nosotros, encontramos normas similares en los Arts. 10, 1462 y 1682 C.C.

²⁹ García Sais, Fernando: Op. Cit., p. 42.

una multa al proveedor y obligarlo al pago de una indemnización de perjuicios al consumidor afectado, puesto que la publicidad engañosa consiste en una práctica de efectos masivos. De esta manera los contratos celebrados en consideración a una práctica que induzca a error o engaño, pueden llegar a ser numerosos, no siendo eficiente ni saludable para la economía o incluso para los consumidores, aplicar la sanción civil propuesta por el autor.

III. FUNDAMENTO ECONÓMICO.

La importancia de la publicidad en el ámbito económico, radica en que la empresa vive sobre todo de sus productos, por lo que los actos destinados a promocionarlos incidirán de forma importante en sus ventas, en las ventas de los demás competidores, y por ende, en el desarrollo económico de un país, dependiendo de la importancia del agente de que se trate.

De esta manera, no es posible aplicar los principios y criterios de sólo una rama jurídica, debiendo tomarse en consideración también los efectos benéficos o nocivos que una decisión legal o judicial puedan implicar.

Por otra parte, cabe señalar que a través del mensaje publicitario, se crea la imagen de la empresa, por lo que un mismo producto puede incluir numerosas dimensiones comunicativas, tales como el diseño, el logotipo, un símbolo, la presentación, etc., lo que contribuye a crear una identidad visual, constituyendo un todo indisociable³⁰.

Esto conlleva, a que además la publicidad juegue un rol imprescindible en la propiedad intelectual, puesto que la estética industrial conlleva la generación de derechos de tal naturaleza que inciden en la relación que el consumidor establece con el proveedor³¹.

IV. FUNDAMENTO DESDE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.

Durante los años treinta surgieron voces que se opusieron a toda forma de publicidad, por considerarla invasiva, tóxica hacia los consumidores. Tales disidencias principalmente provenían de los defensores de la economía del bienestar (*welfare economy*), quienes solicitaban al Estado extirpar el mal que ella producía³². Sin embargo, estas oposiciones fueron superadas por consi-

³⁰ Cfr. Mattelart, Armand: "La publicidad", Editorial Paidós Comunicación, Barcelona, 2000, p. 107.

³¹ Cfr. Mattelart, Armand: Op. Cit., p. 107.

³² Cfr. Mattelart, Armand: Op. Cit., p. 127.

deraciones posteriores, que comenzaron a vislumbrar en la publicidad una fuerte herramienta comercial, económica y social.

De esta manera, comenzó a condenarse sólo la influencia indebida hacia el consumidor, concibiéndola como “la utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limita de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa”³³.

Resulta evidente que uno de los grandes perjudicados con la realización de prácticas ilícitas será el receptor de ellas, quien contratará inducido por el mensaje recibido, esto es, el consumidor o usuario. En atención a lo anterior, es que precisamente, el estatuto que lo protege, establece sanciones para el proveedor que incurre en hechos constitutivos de publicidad engañosa, consistentes en sanciones distintas a las establecidas en las reglas generales civiles, de tal manera que sea un remedio eficaz y que produzca efectos que perduren en el tiempo.

C. Tratamiento legislativo de la publicidad engañosa

1. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN LA COMPETENCIA DESLEAL.

Para el Parlamento Europeo, constituye práctica comercial desleal, aquella que “distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”³⁴.

Dicho organismo ha llegado aun más allá, señalando que constituyen además competencia desleal, aquellas prácticas comerciales que puedan distorsionar el mercado, previendo el proveedor, la conducta de un grupo vulnerable e identificable de sujetos que adolezcan de alguna dolencia física o trastorno mental o que por su edad o credulidad pudiese incidir en ello³⁵.

³³ Art. 2 letra j) Directiva 2005/29/CE publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, con fecha 11 de junio de 2005.

³⁴ Art. 5 N° 2 letra b) Directiva 2005/29/CE publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, con fecha 11 de junio de 2005.

³⁵ Cfr. Art. 5 N° 3 Directiva 2005/29/CE publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, con fecha 11 de junio de 2005.

Entre nosotros, el Art. 3 LCD define a la competencia desleal como *“toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado”*.

Con posterioridad, el Art. 4 del mismo cuerpo legal, contiene un catálogo no taxativo de conductas consideradas como constitutivas de ella, entre las cuales se encuentran también prácticas publicitarias, tales como las conductas que aprovechen indebidamente la reputación ajena, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de un tercero; la utilización de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente proporcionadas por los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos; la publicidad comparativa de bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o, cuando infrinja de otra forma la LCD.

Tal como se verá en su oportunidad, las disposiciones legales antedichas, se relacionan íntimamente con el Derecho del Consumidor, puesto que –tanto en nuestra realidad jurídica, como en derecho comparado– se señala como característica fundamental de estas prácticas, el incidir en la conducta del consumidor. Producto de lo anterior, es que la LPC coincide en varios de sus postulados con lo expuesto, sin perjuicio de que los efectos jurídicos que le atribuye son distintos.

En aplicación de la LCD, la consecuencia jurídica que produce la publicidad engañosa, es otorgarle una acción a cualquiera que se vea directa y personalmente amenazado o perjudicado por ella, para solicitar la suspensión de la misma³⁶.

Cabe señalar que el Art. 10 de la misma normativa, señala que si mediante sentencia firme, se establece que se han configurado uno o más actos de competencia desleal, el tribunal que la dictó deberá remitir todos los antecedentes del juicio al Fiscal Nacional Económico, quien podrá requerir al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en atención a la gravedad de la infracción o la extensión del perjuicio provocado, la aplicación de la multa correspondiente. Esta sanción, que fluctúa entre dos y mil UTM, no

³⁶ Arts. 6 inc. 1° y 5 letra a) LCD.

excluye otras que se le pudieren imponer al infractor, en consideración a otras normativas, tales como la LPC³⁷.

Las maniobras engañosas, por su parte, pueden consistir tanto en acciones como en omisiones.

Las primeras corresponden a aquellas prácticas que contengan información falsa y por tal motivo carezcan de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzcan o puedan inducir a error al consumidor medio, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, y que le haga o pueda hacer tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiere tomado³⁸.

Por su parte las omisiones engañosas, corresponden a aquellas prácticas comerciales que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omitan información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, hagan o puedan hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiere tomado³⁹.

Tal como ya se anunció, la publicidad engañosa puede envolver un caso de publicidad comparativa, considerando la doctrina en general, que la diferencia entre ellas radica en la posibilidad de verificar lo informado, toda vez que “la objetividad, la comprobabilidad, la veracidad de las afirmaciones que se vierten en la comparación va a servir a los efectos de considerar la publicidad comparativa como legal y lícita”⁴⁰. Así, la publicidad comparativa será permitida cuando no sea engañosa⁴¹.

³⁷ Art. 2 letra b) LCD.

³⁸ Cfr. Art. 6 N°1 Directiva 2005/29/CE publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, con fecha 11 de junio de 2005.

³⁹ Cfr. Art. 7 N°1 Directiva 2005/29/CE publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, con fecha 11 de junio de 2005.

⁴⁰ Barona Vilar, Silvia: “Tutela civil y penal de la publicidad”, Editorial Universitat de Valencia, Valencia, 1999, p. 109.

⁴¹ García Uceda, Mariola: “Las claves de la publicidad”, Quinta edición, Editorial Escuela Superior de Gestión Comercial y Marketing, Madrid, 2001, p. 369.

II. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN LA LPC.

La LPC no define a la publicidad engañosa, limitándose a enumerar en sus Arts. 28 y 28 B, los aspectos sobre los cuales puede incidir la falsedad o el engaño publicitario, para que constituya una infracción a dicho cuerpo legal⁴². Conforme a lo anterior, el catálogo de materias se encuentra compuesto por las siguientes materias: los componentes del producto y el porcentaje en que concurren en él⁴³; la idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante; las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial⁴⁴; el precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito, en su caso, en conformidad a las normas vigentes⁴⁵; las condiciones en que opera la garantía⁴⁶; o cuando a través de anuncios, el proveedor produce confusión respecto de la identidad de la empresa que ofrece el producto, de nombres marcas o signos distintivos de los competidores, por medio de mensajes publicitarios⁴⁷.

La consagración de la publicidad engañosa en la LPC, se condice con el resto del cuerpo normativo, puesto que constituye un principio inspirador,

⁴² En el mismo sentido, Art. 4 letra b) de nuestra LCD. En derecho comparado, Art. 7 LCD española; Art. 6 Directiva 2005/29/CE publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, con fecha 11 de junio de 2005; y Art. 3 Directiva 2006/114/CE.

⁴³ Así por ejemplo, Causa ROL 17907-5-2007, 2 JPL Las Condes, confirmada por la quinta sala de la C. Ap. de Santiago con fecha 23 de abril de 2008, Recurso 1097/2008; 2 JPL Las Condes, causa Rol 4193-5-2006.

⁴⁴ En este sentido Recurso 1503-2004, C. Ap. de San Miguel; 5 JPL Santiago, causa rol 4186/2006/PG.

⁴⁵ Respecto del precio: 3 JPL Las Condes, causa rol 41.983-7-2005.

⁴⁶ Se entiende que se refiere a la garantía voluntaria o convencional, puesto que la garantía legal se encuentra regulada en los Arts. 20 y 21 LPC, no admitiendo pacto en contrario, conforme al carácter irrenunciable de los derechos del consumidor (Art. 4 LPC).

⁴⁷ Esta inclusión en la LPC en el año 2004, era necesaria, según el profesor Sandoval, puesto que el creciente comercio electrónico ha llevado a innumerables casos de inducción a error y de ocupación de mala fe de marcas comerciales con dominio en internet. Cfr. Sandoval López, Ricardo: "Derecho del Consumidor, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 152. Sobre la importancia y evolución de las telecomunicaciones en materia contractual y de consumo, *Vide* Rivera Urrutia, Eugenio: "Nueva economía, gobierno electrónico y reforma del Estado", Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 2003, p. 39 y ss. Cabe señalar que este supuesto puede configurar un ilícito que atente contra la propiedad intelectual, según lo establecido en el Art. 2 letra c) LCD.

la circunstancia de que el consumidor contrate con pleno consentimiento y conocimiento.

En este sentido, la normativa en comento, consagra los derechos irrenunciables anticipadamente, a la libre elección del bien o servicio⁴⁸ y a una información veraz y oportuna⁴⁹, lo que se traduce en el deber correlativo de informar, que es de cargo del proveedor.

Constituye además, un imperativo legal, el principio de comprobabilidad, conforme al cual, el contenido del mensaje publicitario debe ser susceptible de ser comprobado, conforme lo establece el Art. 33 LPC⁵⁰.

Otro concepto importantísimo, lo constituye la información básica comercial, cuya exigencia tiene como fin, precisamente, prevenir prácticas engañosas o falsas. Se trata de “los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público, en cumplimiento de una norma jurídica”⁵¹.

Fernández Fredes, distingue ambos conceptos, señalando que “la publicidad, a diferencia de la información básica comercial, no contiene sólo antecedentes objetivos para la ilustración del consumidor acerca de las propiedades del producto o servicio, sino que, por definición, envuelve un elemento de persuasión o seducción dirigido a convencer al público de que debe preferir o escoger el respectivo bien o servicio en particular (comúnmente asociado a una marca o al nombre comercial de una empresa). Muchas veces los anuncios publicitarios tienen muy poco de información y casi todo en ellos es atracción asociada a los elementos anecdóticos (visuales o verbales) que se emplean para capturar el interés del consumidor e inducir en él la consecuente recordación de una marca”⁵².

⁴⁸ Art. 3 letra a) LPC.

⁴⁹ Art. 3 letra b) LPC, el que se encuentra además conteste con el CEP. Sobre la relación entre el deber de informar y la publicidad, Vide. Sandoval López, Ricardo: Op. Cit., pp. 141 y siguientes. También jurisprudencia que reconoce la relación publicidad engañosa y la información falsa: Causa Rol 267.666- 1999, JPL Rancagua.

⁵⁰ En el mismo sentido, Arts. 6, 7 y 8 CEP; Art. 32 Ley Federal de Protección al Consumidor, mexicana.

⁵¹ Art. 1 inc. 2° N°3 LPC.

⁵² Fernández Fredes, Francisco: “Manual de Derecho Chileno de Protección al Consumidor”, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003, p. 50.

Respecto a la naturaleza subjetiva u objetiva de la responsabilidad establecida en la Ley 19.496, ésta no se encuentra claramente determinada por el legislador. Al respecto han surgido distintas teorías que van desde aquellas que exigen la concurrencia de una posición subjetiva determinada por parte del proveedor (culpa o dolo), para que se genere responsabilidad; otras conforme a las cuales la LPC establece presunciones de derecho de responsabilidad; y otras que abogan por una responsabilidad subjetiva atenuada. Dilucidar tal incógnita no constituye el objeto de este artículo, por lo que me limito a señalar que la jurisprudencia actual estima que la responsabilidad contenida en la LPC, es del tipo objetivo, por lo que bastaría que los elementos de cualquier mensaje publicitario, que induzcan a error o engaño, se encuentren contenidos en el catálogo de los Arts. 28 y 28 B LPC⁵³.

La sanción jurídica contemplada en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, para la publicidad engañosa es una multa de hasta 750 UTM, la que se puede ver incrementada a las 1000 UTM si el engaño dice relación con las cualidades y afecte la salud, la seguridad del medio ambiente⁵⁴. Además, establece que en caso de reincidencia por 2 ó más veces en un año, la multa se aplicará al doble⁵⁵.

Por otra parte, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá disponer la suspensión de las emisiones publicitarias cuando la gravedad de los hechos y los antecedentes acompañados lo ameriten⁵⁶.

El mismo Art. 31 contiene una sanción adicional aplicable al anunciante de publicidad falsa o engañosa y que muchas veces tiene mayor efecto disuasivo que la multa: consiste en imponer al infractor que, a su propia costa, realice la publicidad correctiva que resulte apropiada para enmendar los errores o falsedades en los que se haya incurrido. En legislaciones comparadas, esta sanción contiene además la obligación de publicar la sentencia condenatoria por los mismos medios empleados en la difusión de la publicidad reprochada.

⁵³ Cfr. Sentencia causa rol 65.311-5, JPL Vitacura, confirmada por C.Ap. de Santiago, recurso 2232-2006.

⁵⁴ Cabe señalar que la LPC establece una sanción específica para la publicidad engañosa, por lo que no se aplicaría la regla general en materia infraccional, establecida en el Art. 24 inc. 1° LPC. De esta manera, queda de manifiesto, la especial preocupación del legislador por esta materia.

⁵⁵ Arts. 31 y 34 LPC.

⁵⁶ A la misma solución se puede llegar por vía de la aplicación del Art. 5 letra a) de nuestra LCD.

El Art. 34 LPC establece por su parte que si el denunciante –consumidor o Sernac– no puede precisar la identidad del anunciante contra quien dirige su requerimiento, puesto que los anuncios pueden no identificar al proveedor en cuyo interés se hace la publicidad, puede éste solicitar al juez que se exija del respectivo medio de comunicación empleado en la difusión de los anuncios o de la correspondiente agencia de publicidad, la identificación del anunciante o responsable de la emisión publicitaria. Esto encuentra aplicación en los casos de la publicidad sorpresiva⁵⁷, esto es, una “serie de anuncios en que sólo los últimos identifican al producto o empresa de que se está hablando⁵⁸”.

D. La autorregulación de la publicidad engañosa: El Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria

En nuestro país además de existir normas vinculantes a todo competidor, se ha dictado un Código de Ética Publicitaria, emanado del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR). Este organismo es una corporación de Derecho Privado sin fines de lucro, que regula la actividad publicitaria nacional desde el punto de vista de la ética. La normativa que aplica es, entonces, de carácter facultativo, no obstante tener una gran importancia práctica.

Comienza el CEP declarando que la libertad publicitaria constituye una forma de libertad de expresión, sin perjuicio de afirmar que el fundamento de ella radica también en el derecho del público consumidor de estar debidamente informado. Con posterioridad, dicho cuerpo normativo señala en su parte considerativa que la publicidad debe encuadrarse dentro de los márgenes de la decencia, la honestidad y la veracidad, no pudiendo, por tanto inducir al error o al engaño, conforme a los principios de la sana competencia. De esta manera, “cada aviso o publicidad publicitaria debe ser un instrumento de la competencia leal entre los diversos productos y servicios”⁵⁹.

De forma similar a la LPC, el Art. 4 señala que “*los avisos no deben contener ninguna declaración o presentación visual que directamente o por implicación, omisión, ambigüedad o pretensión exagerada, puedan conducir al público a conclusiones erróneas*”, mencionando a continuación algunas formas que puede revestir la publicidad engañosa.

⁵⁷ En los demás casos no es nocivo en lo que nos importa, puesto que no incide en la preferencia.

⁵⁸ Fernández Fredes, Francisco: Op. Cit., p. 57.

⁵⁹ Considerando, letra D, CEP.

Establece además, como principio rector, la comprobabilidad del mensaje publicitario. En el mismo sentido, el Art. 8 de este estatuto, señala que los avisos sólo incluirán testimonios auténticos y relacionados con las experiencias pasadas o presentes de quien presta la declaración o de aquel a quien el declarante personifica, por lo que los testimonios deberán ser siempre comprobables y vigentes.

Cabe mencionar a este respecto el fallo del Tribunal de Ética de este organismo, que confirmó la resolución de primera instancia, que ordenó retirar la campaña publicitaria de las marcas propias de D&S "Ahorra hasta un 20% sin sacrificar la calidad". En dicha ocasión, la CONAR estimo que D&S "no ha podido demostrar que sus "Productos Líder" (todos ellos) sean en promedio 20% más baratos que su competencia (toda ella)", siendo tales expresiones poco legibles y objetivas.

E. Relación existente entre las normas sobre publicidad engañosa en materia de Competencia Desleal y Protección al Consumidor

Tradicionalmente, no se ha tratado la publicidad engañosa de un modo integral. En efecto, "los intereses de los consumidores quedaron al margen de la disciplina de la competencia desleal. Su aparición y posterior consolidación como disciplina jurídica estuvo estrechamente ligada, por el contrario, a los intereses privados de los empresarios en sus relaciones recíprocas de mercado (relaciones de competencia). Se perseguía la protección de éstos, frente a los comportamientos concurrenciales de sus competidores que conculcaban las reglas de comportamiento reputadas honestas o correctas según la ética o moral empresarial imperante. Pero esta situación se ha visto alterada (...). De conformidad con los postulados sobre los que se apoya esta moderna concepción, se ha dado entrada a los intereses de los consumidores en el Derecho de la competencia desleal en cuanto participantes y protagonistas –junto con los empresarios– del tráfico económico y jurídico desarrollado en el mercado"⁶⁰.

Ahora bien, la relevancia de los intereses de los consumidores en el moderno Derecho de la Competencia Desleal deriva de la posición natural que éstos ocupan en el mercado como destinatarios de las *ofertas al público o invitaciones para ofrecer* relativas a los bienes o servicios producidos u ofrecidos por los empresarios y profesionales. Se persigue que la *decisión del consumidor sea libre*, pues solo de esta manera el consumidor puede cumplir la principal tarea funcional que le viene asignada por el sistema de

⁶⁰ Botana García, Gema y Ruiz Muñoz, Miguel: Op. Cit., pp. 48 y 49.

economía de mercado. Las normas reguladoras de la competencia desleal tratan, por consiguiente, de protegerlo frente a los posibles abusos del derecho a ejercitar libremente las actividades empresariales y profesionales que tienen lugar en momentos anteriores (*precontractuales o antecontractuales*) y distintos (*paracontractuales o paranegociales*) a las fases de *perfección y ejecución contractual*⁶¹.

Las normas antes estudiadas encuentran la piedra de toque, por tanto, en la clientela, formada por “todos aquellos consumidores potenciales de mercancías o servicios que se ofrezcan en un mercado”⁶², pudiendo los pequeños y grandes comerciantes ser competidores entre sí, siempre y cuando busquen contratar con el mismo público consumidor⁶³. De esta manera, para nadie es un misterio que en la economía actual los usuarios sean considerados activos claves en la gestión de las empresas⁶⁴, siendo su protección necesaria, puesto que el consumidor no siempre compra por necesidad, sino movido por la seducción del mensaje publicitario.

Los grupos intermedios, como las empresas, por su parte, ocupan un lugar privilegiado en el desarrollo de una sociedad, debiendo competir lealmente entre ellas, toda vez que en caso contrario, se generará un daño a la eficiencia productiva y a los consumidores y productores⁶⁵.

Todo lo anterior, cobra especial importancia, en atención a que se está produciendo una creciente eliminación de los intermediarios entre los proveedores y los consumidores⁶⁶, con el consiguiente aumento de los productos de marcas propias, involucrándose los consumidores en el proceso de producción.

Producto de lo anterior, es que el Art. 1 LCD, señala que dicha normativa, “*tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal*”. Continuando con la misma filosofía, es que el Art. 2, también de la LCD, señala que un acto puede ser constitutivo de competencia desleal

⁶¹ Cfr. Botana García, Gema y Ruiz Muñoz, Miguel: Op. Cit., pp. 48 y 49.

⁶² Witker, Jorge: “Derecho de la Competencia en América”, Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 2000, p. 57.

⁶³ Cfr. Witker, Jorge: Op. Cit., p. 57.

⁶⁴ En este sentido Rivera Urrutia, Eugenio: Op. Cit., p. 21.

⁶⁵ Cfr. Witker, Jorge: Op. Cit., p. 57.

⁶⁶ Cfr. Rivera Urrutia, Eugenio: Op. Cit., p. 24.

y simultáneamente de otras infracciones, como las consignadas en la Ley 19.496.

El CEP, por su parte, único estatuto en nuestro país, que se preocupa específicamente de la publicidad, prescribe en su Art. 12 la obligación del avisador, de ser respetuoso respecto de los productos o servicios publicitados por un competidor, puesto que su denigración constituye no sólo una falta al honor profesional del avisador sino que conduce también a un debilitamiento de la confianza que el público dispensa a la publicidad. De esta manera, los avisos no pueden denigrar directamente ni implícitamente a ninguna marca, producto o servicio, ya sea poniéndolo en ridículo, menospreciándolo o de cualquier otra forma.

II. CONCLUSIONES FINALES

- 1.- La legislación chilena, a diferencia de legislaciones comparadas, es insuficiente y dispersa al regular la publicidad en general, y en específico la publicidad engañosa.
- 2.- Producto de lo anterior, es que nuestra legislación no contempla un concepto de publicidad engañosa, limitándose a señalar ciertos aspectos sobre los que puede incidir.
- 3.- No obstante lo anterior, la materia en comento se encuentra regulada en la Ley sobre Competencia Desleal y en la Ley sobre Protección de los Consumidores. Desde el punto de vista de la autorregulación, la CONAR cuenta con un Código de Ética Publicitaria, que regula de forma más nutrida las prácticas de publicidad.
- 4.- La regulación de la competencia desleal debe realizarse tomando en consideración los distintos intereses comprometidos, de manera que para poder normarla de forma integral, se debe recurrir a los principios de distintas disciplinas jurídicas.
- 5.- La determinación de si una práctica constituye publicidad engañosa o no, no debe realizarse en base a criterios puramente filológicos, sino que se deben tener en consideración las características del caso concreto.
- 6.- Las legislaciones comparadas en general, utilizan la figura del consumidor medio, para determinar si una práctica constituye o no publicidad engañosa.

III. BIBLIOGRAFÍA

A. Normativas

I. NACIONALES.

Constitución Política de la República.

Código Civil chileno.

Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

Ley 20.169 sobre competencia desleal.

II. EXTRANJEROS.

Ley General de Publicidad española.

Ley de Competencia desleal española.

Principios Unidroit.

Directiva 2005/29/CE publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, con fecha 11 de junio de 2005. Directiva 2006/114/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006.

III. NORMAS DE AUTORREGULACIÓN.

Código de Ética Publicitaria (CONAR)

B. Doctrina

I. NACIONAL.

BUSTOS, ÁLVARO y GALETOVIC, ALEXANDER: "Regulación por empresa eficiente: ¿Quién es realmente usted?", en Estudios Públicos, N° 86, Otoño 2002, Editorial de Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, 2002.

DUCCI CLARO, CARLOS: "Derecho Civil. Parte General", Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, Santiago de Chile, 2005.

FERNÁNDEZ FREDES, FRANCISCO: "Manual de Derecho Chileno de Protección al Consumidor", Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003.

LEÓN HURTADO, AVELINO: "La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990.

POBLETE ITURRATE, ORLANDO: "Las acciones por intereses colectivos y difusos. Algunas consideraciones básicas", en Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año VII, N°7, Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Santiago de Chile, 2003.

RIVERA URRUTIA, EUGENIO: "Nueva economía, gobierno electrónico y reforma del Estado", Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 2003.

SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO: "Derecho del Consumidor, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004.

WITKER, JORGE: "Derecho de la Competencia en América", Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 2000.

II. *EXTRANJERA.*

BARONA VILAR, SILVIA: "Tutela civil y penal de la publicidad", Editorial Universitat de Valencia, Valencia, 1999.

BOTANA GARCÍA, GEMA y RUIZ MUÑOZ, MIGUEL, coordinadores: "Curso sobre protección jurídica de los consumidores", Editorial Mc. Graw Hill, Madrid, 1999.

GARCÍA SAIS, FERNANDO: "Efectos de la publicidad engañosa sobre la validez de los contratos celebrados con consumidores", en Revista de Derecho Privado, Nueva Época, Año III, Número 9-10, Septiembre, 2004, México.

GARCÍA UCEDA, MARIOLA: "Las claves de la publicidad", Quinta edición, Editorial Escuela Superior de Gestión Comercial y Marketing, Madrid, 2001.

MATTELART, ARMAND: "La publicidad", Editorial Paidós Comunicación, Barcelona, 2000.

C. Otros antecedentes

Registro Público de sentencias, en www.sernac.cl

ENSAYOS

