

XII JORNADAS CHILENAS DE DERECHO COMERCIAL

MANUEL BERNET PÁEZ
PABLO MANTEROLA DOMÍNGUEZ
Editores



Universidad de
los Andes



**FACULTAD
DE DERECHO**

tirant lo blanch
Valencia, 2022

La publicidad denigratoria y la tutela de la dignidad del competidor en el derecho chileno: una aproximación desde el código chileno de ética publicitaria y desde la Ley 20.169 sobre Competencia Desleal

PATRICIA VERÓNICA LÓPEZ DÍAZ*

Sumario

Introducción. 1. La publicidad denigratoria como una especie de publicidad alusiva ilícita en el derecho chileno. 1.1. La publicidad denigratoria: una afectación a la dignidad del competidor éticamente reprochable. 1.2. La publicidad denigratoria: una afectación a la dignidad del competidor contraria a la competencia leal. 2. La tutela del competidor frente a la publicidad denigratoria en el derecho chileno. 2.1. La suspensión o cesación publicitaria y la prohibición de la publicidad denigratoria. 2.2. La acción declarativa de competencia desleal. 2.3. La acción de remoción de los efectos del acto. 2.4. La acción indemnizatoria. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Un examen de nuestro ordenamiento jurídico evidencia, como tantos otros, una especial preocupación por la dignidad de la persona, tanto natural como jurídica, y por su tutela. Sin embargo, esta no ha sido abordada con la complejidad que se quisiera por nuestra dogmática, al menos desde la perspectiva del competidor.

Claro está que tal dignidad puede reconducirse al derecho fundamental que tiene todo individuo a su *honra* consagrado en el artículo 19 N°4 de nuestra Constitución Política¹, deviniendo, por lo mismo, en un derecho de la personalidad moral no sólo de la persona natural sino también de la persona jurídica que se traduce en este último caso en su honor y prestigio, direccionándose los esfuerzos

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Adolfo Ibáñez. Doctora en Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Civil Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Correo electrónico: patricia.lopez@udp.cl. Este trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT Regular N° 1190200 “La publicidad comercial como fenómeno jurídico: diversidad de problemas y perspectivas de solución en el derecho chileno” del que la autora es Investigadora Responsable.

¹ Por todos DUCCI CLARO (1994), pp. 137-138 y CORRAL TALCIANI (2018), pp. 359 y 360.

dogmáticos a tutelarla principalmente a través del daño moral en sede contractual y extracontractual² incluso tratándose de personas jurídicas³.

Con todo, la tutela de la dignidad de las personas se ha focalizado principalmente en la parte débil o en el contratante débil de una determinada relación jurídica. Tal es el caso del trabajador en el derecho laboral y del consumidor en el derecho del consumo. En la primera de estas ramas del derecho destaca el principio de protección del trabajador⁴ y más precisamente el *principio de la dignidad humana o del valor humano* que implica la humanización del trabajo⁵, cuya manifestación más reciente entre nosotros se advierte en la tutela de los derechos fundamentales del trabajador⁶. En el caso del derecho del consumo, en cambio, la atención del legislador ha sido más intensa y, consecuentemente, la de nuestra dogmática. Sirva de ejemplo la expresa alusión al derecho del consumidor a no ser discriminado arbitrariamente por el proveedor de bienes y servicios en el artículo 3 de la Ley 19.496 (LPC) y la referencia a la afectación de la dignidad del consumidor como un criterio determinante para configurar el daño moral indemnizable en el artículo 51 N°2 de dicha ley⁷ y como directriz a la que debe ajustarse la cobranza extrajudicial del consumidor de conformidad al artículo 37 inciso 10 de la Ley 21.320.

No ha ocurrido lo mismo, en cambio, con el *competidor* que puede revestir la calidad de proveedor o de consumidor, dependiendo de la posición que ocupe en una relación de consumo determinada. Pero, en cuanto agente de mercado, se encuentra en una relación de *horizontalidad* con los otros competidores los que, a través de *medios ilegítimos*, podrían denostarlo, degradarlo, ridiculizarlo o aprovecharse de su reputación para distraer su clientela. No en vano la Ley 20.169 sobre Competencia Desleal (LCD) reacciona ante tales supuestos a través de los literales c) y d) del artículo 4 que aluden, respectivamente, a los *actos de confusión* y a los *actos de denigración*⁸, que constituyen una manifestación de la *cláusula general prohibitiva* del artículo 3 de dicha ley, calificándolos como actos de competencia desleal, garantizando así la observancia del *deber de corrección* que debe imperar en el mercado y muy especialmente la *dignidad del competidor*.

² DOMÍNGUEZ HIDALGO (2019a), pp. 83-99, DOMÍNGUEZ HIDALGO (2019b), pp. 123-138 y BARROS BOURIE (2020).
³ Una visión panorámica en TAPIA RODRÍGUEZ (2013), pp. 621-640 y LARRAÍN PÁEZ (2014), pp. 593-604.
⁴ Por todos GAMONAL CONTRERAS (2013), pp. 425-458 y GAMONAL CONTRERAS (2020), pp. 190-203.
⁵ GAMONAL (2020), pp. 236-237.
⁶ Un completo análisis GAMONAL CONTRERAS y GUIDI MOGGIA (2020).
⁷ Abordando este tópico DOMÍNGUEZ HIDALGO (2020), pp. 885-900 y PINO EMHART (2021), pp. 299-312.
⁸ Terminología empleada por TAPIA RODRÍGUEZ (2007), p. 89 y CONTRERAS BLANCO (2012), pp. 82-85, siguiendo a Roubier.

Pues bien, uno de los medios ilegítimos a través de los cuales un competidor puede desviar la clientela de un agente de mercado configurando, de conformidad al artículo 3 de la LCD⁹, una conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres es la *publicidad desleal*, esto es, aquella que infringe el *deber de corrección* ya referido y el principio *publicitario de respeto de la competencia* acuñado por la *Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales* (CIPP) del SERNAC de 21 de marzo de 2019¹⁰ y por el artículo 4 del Código Chileno de Ética Publicitaria (CchEP)¹¹.

A esta especie de ilicitud publicitaria nos hemos referido en las Jornadas de Derecho Comercial recién pasadas con ocasión del uso o alusión de la marca ajena a través de la publicidad comercial, abordando este tópico desde la perspectiva del derecho marcario, del derecho del consumo y del derecho de la competencia¹². Nuestro propósito, en esta ocasión, no es abordarla en su totalidad, articulando todas sus posibles categorías¹³ ni tampoco analizarla desde el competidor y el consumidor¹⁴ sino acotarla a la vulneración de la dignidad del competidor, focalizando la atención en la *denigratoria*, como una práctica comercial ilícita, abusiva y desleal.

Se trata de un tópico inexplorado en nuestra dogmática que conviene comenzar a indagar en atención, al menos, a tres consideraciones. En primer lugar, porque adiciona una nueva hipótesis a aquellas subsumibles en los literales c) y d) del artículo 4 de la LCD, perfilando una especie de publicidad alusiva como un acto de competencia desleal. En segundo lugar, evidencia la relevancia de la dignidad del competidor como un bien jurídico especialmente tutelable por la LCD. Finalmente, es útil abordarlo para ajustar la tutela del artículo 5 de la LCD a la publicidad alusiva ilícita en general y a la denigratoria en particular y seguir avanzando en la construcción de un estatuto jurídico de la publicidad *ilícita* en Chile¹⁵, pero desde la perspectiva de la dignidad del competidor perjudicado.

Para alcanzar nuestro propósito dividiremos esta ponencia en dos secciones. En la primera abordaremos la publicidad alusiva y la forma en que puede vulnerar la dignidad del competidor, tornándose ilícita y específicamente abusiva,

⁹ Artículo analizado profusamente por INOSTROZA SÁEZ (2017), pp. 21-66.

¹⁰ Aprobada por Resolución Exenta N° 187 de esa misma fecha.

¹¹ Cuya sexta versión se encuentra disponible en <https://www.conar.cl/codigo-etica/>.

¹² LÓPEZ DÍAZ (2021b).

¹³ Desafío que esperamos acometer en una próxima oportunidad.

¹⁴ Confluencia que se advierte en la publicidad desleal engañosa y desleal confusionista regladas respecto del consumidor en los artículos 28 y 28A de la LPC y tratándose del competidor en los literales a) y b) del artículo 4 de la LCD.

¹⁵ Desafío que hemos asumido en LÓPEZ DÍAZ (2020a), pp. 23-44, LÓPEZ DÍAZ (2020b), pp. 225-259, LÓPEZ DÍAZ (2020c), pp. 215-237; LÓPEZ DÍAZ (2021), pp. 273-308 y DE LA MAZA GAZMURI y LÓPEZ DÍAZ (2021), pp. 27-52.

desleal y denigratoria, examinando las normas de la LCD sobre las cuales puede erigirse y aquellas contenidas en el CchEP, así como los casos conocidos por nuestros tribunales y por el CONAR (i). En la segunda, en cambio, examinaremos la tutela que de conformidad al artículo 5 de la LCD puede impetrar el competidor perjudicado por dicha publicidad, adecuando esta norma a la publicidad comercial y constatando la utilidad para el competidor de recurrir a ella para alcanzar una reparación más adecuada que aquella que puede obtener en sede de autorregulación publicitaria.

1. LA PUBLICIDAD DENIGRATORIA COMO UNA ESPECIE DE PUBLICIDAD ALUSIVA ILÍCITA EN EL DERECHO CHILENO

La publicidad *alusiva* es aquella en la que el anunciante alude *explícitamente* a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por uno o varios competidores (esto es, a las marcas de los servicios o productos, nombre o establecimiento de otros competidores) o *implícitamente* (es decir, pueda deducirse de forma inequívoca la referencia, identificándose o resultando identificable para el público o para un sector significativo de éste)¹⁶.

El problema se presenta cuando la publicidad alusiva tiene una repercusión negativa en la dignidad del competidor si la alusión a este tiene por propósito denostarlo, ridiculizarlo o degradarlo. Con todo, si la alusión es veraz, exacta y pertinente tal publicidad será lícita. Si ello no ocurre estaremos ante publicidad ilícita, pues ella vulnera determinados principios publicitarios y ciertas normas establecidas en nuestro ordenamiento jurídico, configurándose específicamente dos especies de ilicitud publicitaria respecto del competidor: la publicidad *abusiva*, de un lado, y la publicidad *desleal*, de otro.

La ilicitud se advierte concretamente en la infracción del principio publicitario de *respeto a la competencia* recogido en el artículo 4 del CchEP y en la CIPP del SERNAC antes referida¹⁷, según el cual la publicidad debe respetar la competencia y sus productos o servicios y no denigrar, menospreciar o propiciar la deslealtad respecto de los competidores, perjudicándolos. Y dicho principio, como hemos sostenido en otro sitio¹⁸, constituye una manifestación normativa del *deber de corrección* que debe imperar entre los agentes de mercado y que exige, de conformidad al artículo 3 de la LCD, abstenerse de realizar conductas contrarias

¹⁶ TATO PLAZA (1996), pp. 21, 22 y 49 y LEMA DEVESA (2007), p. 448, DE LA CUESTA (2002), p. 180 y LÓPEZ JIMÉNEZ (2013), p. 129.

¹⁷ CIPP (2019), p. 11.

¹⁸ LÓPEZ DÍAZ (2021b).

a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persigan desviar clientela de un agente del mercado.

Pues bien, la que aquí interesa es la *publicidad alusiva desleal*, pero circunscrita tan solo a la dignidad del competidor, excluyéndose, por consiguiente, la publicidad desleal confusionista que no la afecte y la publicidad desleal engañosa que en nuestro derecho pueden reconducirse a los literales a) y b) del artículo 4 de la LCD y cuyas normas espejo tratándose del consumidor se encuentran en los artículos 28 y 28A de la LCD, toda vez que la publicidad opera en una *dimensión horizontal* (entre competidores) y otra *vertical* (entre competidores y consumidores), de modo que la ilicitud que se verifica respecto de los competidores afecta también a los consumidores.

Y es que la *publicidad alusiva ilícita* puede ser de tres especies: publicidad denigratoria, publicidad parasitaria o adhesiva y publicidad comparativa que denigre al competidor o adhiera a la reputación o prestigio de otro competidor. Adviértase que la publicidad *adhesiva o parasitaria* es una especie de publicidad confusionista, dado que se aprovecha en forma indebida, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional de las que goza un competidor en el mercado a través de signos distintivos ajenos o denominaciones de origen falsas acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto¹⁹. Se diferencia así no sólo de la denigratoria, sino que constituye la figura opuesta de la publicidad comparativa, dado que persigue equiparse a la oferta de aquel intentando colocar la propia en un plano de igualdad, pero no muestra al consumidor la superioridad de la propia oferta distanciándose del competidor²⁰.

La constatación de que existen tales especies de publicidad alusiva ilícita nos lleva a formularnos dos interrogantes relevantes. La primera es si es posible sustentar la procedencia de ellas en nuestro ordenamiento jurídico. Y, en el evento que la respuesta sea afirmativa, surge la segunda interrogante que consiste en determinar cuál sería la tutela que debe dispensarse al competidor perjudicado. Nuestra indagación, como lo hemos adelantado, se circunscribe a la publicidad denigratoria, intentado configurarla, de un lado, a partir de la normativa prevista en la LCD y en el CchEP y, de otro, de las sentencias de nuestros tribunales y los dictámenes éticos del CONAR que se han pronunciado sobre tales supuestos.

¹⁹ LEMA DEvesa (2007), pp. 296-297, VILAJOANA ALEJANDRE (2011), pp. 92-96 y MARTÍNEZ ESCRIBANO et al. (2015), pp. 145-146.

²⁰ MARTÍNEZ ESCRIBANO et al. (2015), p. 145.

1.1. La publicidad denigratoria: una afectación a la dignidad del competidor éticamente reprochable

La *publicidad denigratoria* es aquella en que el anunciante realiza o difunde manifestaciones que persiguen menoscabar el crédito, reputación, fama o aprecio del que goza otro competidor en el mercado a través de manifestaciones sobre su actividad, prestaciones, productos, servicios, marcas u otros signos distintivos, establecimientos o relaciones mercantiles²¹, constituyendo la afectación más evidente a la dignidad del competidor a través de una declaración publicitaria y deviniendo, por consiguiente, en ilícita.

Piénsese, por ejemplo, en las *aseveraciones falsas sobre la solvencia de un empresario profesional* (una carta dirigida a una comunidad de vecinos poniendo en duda la solvencia de una competidora a la que habían encargado la instalación de un ascensor o asegurando que la empresa desaparecerá por problemas económicos); en la *imputación de actividades ilícitas* (indicar que el producto que ofrece un competidor es una copia ilegal o que el competidor se ha apoderado ilícitamente de sus bases de datos); o en la *denigración de productos sustitutivos o alternativos*²².

Como acertadamente indica De la Cuesta, la denigración consiste en la acción lesiva del crédito comercial, esto es, de aquel del que gozan quienes operan en el mercado o sus productos o sus servicios y, en cuanto intangible que indiscutiblemente integra aspectos o factores personales del competidor, las acciones dirigidas a lesionarlo se aproximan a aquellas que se dirigen en contra el honor de las personas²³ y, por consiguiente, a su dignidad en sentido amplio (personal y comercial).

Sin embargo, si el contenido de tales manifestaciones es exacto, verdadero y pertinente no existirá ilicitud publicitaria, pues, al igual como acontece en el derecho penal con las injurias y calumnias opera la *exceptio veritatis*, de modo tal que dicho anuncio no será apto para provocar el descrédito el competidor. Así se ha consignado expresamente en las legislaciones más especializadas en materia de publicidad desleal, cual es el caso de la Ley 3/1991 de 10 de enero sobre Competencia Desleal española, pues el inciso primero de su artículo 9 exime a quien

²¹ DE LA CUESTA (2002), pp. 178-183, LEMA DEVESA (2007), pp. 297-299, VILAJOANA ALEJANDRE (2011), pp. 90-91, MARTÍNEZ ESCRIBANO et al. (2015), pp. 143-145 y VELASCO SAN PEDRO (2018), pp. 49-51. De allí que se contraponga a la confusionista, dado que en esta última el anunciante persigue confundir a los destinatarios sobre el origen de los bienes o servicios como si fueran de otro de mayor prestigio o reputación y no pretende que sus prestaciones sobresalgan respecto a las de aquel al que denigra.

²² Todos estos supuestos han sido conocidos por los tribunales españoles y por el Jurado de la Publicidad y sistematizados en VELASCO (2018), p. 50, notas 33-35.

²³ DE LA CUESTA (2002), p. 179.

haya incurrido en esta práctica publicitaria si el contenido de la manifestación es exacto, verdadero y pertinente, precisando que no se estiman pertinentes las manifestaciones “que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado”, esto es, relacionadas con las circunstancias estrictamente *personales* del competidor.

Como se advierte, la denigración puede realizarse en la *forma del anuncio*, es decir, en la “difusión” (denigración formal) o en el *contenido del mismo*, cual es, su realización (denigración material) y para que ella se configure no se requiere que el descrédito se materialice, sino que basta que el anuncio sea *apto* para producir tal efecto, siendo relevante en su ponderación las características personales de los destinatarios de la publicidad, especialmente la edad, el tipo de producto y el contenido del mensaje que se trasmite²⁴.

Un examen de nuestro ordenamiento jurídico revela que la publicidad denigratoria es reprochable, al menos, desde dos perspectivas que resultan complementarias. La primera es de carácter estrictamente *ético* y en nuestro ordenamiento jurídico tiene lugar en sede de autorregulación publicitaria, pues como examinaremos constituye una infracción al artículo 4 del CchEP que puede denunciarse ante el CONAR. La segunda es *normativa* y se reconduce a la vulneración de la LCD y, por consiguiente, a la configuración de un *acto de competencia desleal* que constituye una especial manifestación de la cláusula general prohibitiva del artículo 3 de dicha Ley y cuyo reproche es coincidente con aquel previsto en el CchEP: la contravención de los *usos comerciales correctos* u honestos, razonables y aceptables en la competencia²⁵ o, si se quiere, la utilización de tácticas que no dicen relación con la *eficiencia* del producto o servicio que el competidor ofrece²⁶.

Pues bien, en lo que refiere a la *dimensión ética* de la publicidad denigratoria destaca el CchEP que la repudia expresamente, como se desprende del artículo 4 relativo al *principio de respeto a la competencia*, cuyo tenor es el siguiente:

“El avisador será respetuoso respecto de la imagen, las marcas y los productos o servicios de un competidor. La denigración de un competidor 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.

En tal sentido, las comunicaciones no deben menoscabar ni denigrar directamente ni implícitamente a ninguna marca, producto o servicio, ya sea poniéndolo en ridículo, menospreciándolo, denigrándolo o de cualquier forma.

²⁴ DE LA CUESTA (2002), pp. 179 y 180, VILAJOANA (2011), p. 77 y MARTÍNEZ ESCRIBANO et al. (2015), p. 144.

²⁵ TAPIA RODRÍGUEZ (2017), pp. 175-180.

²⁶ INOSTROZA SÁEZ (2017), pp. 29-45.

No se considerarán denigración las manifestaciones recogidas en el mensaje publicitario que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

Con excepción de lo expresamente permitido en la publicidad comparativa y para efectos de identificación, los mensajes no deben reproducir ni hacer uso injustificado o peyorativo del nombre, iniciales, logos, signos gráficos, visuales o auditivos distintivos de cualquier firma, compañía, institución, o de la marca de un producto o servicio sin su previa autorización²⁷.

Ha sido precisamente la infracción de este artículo –que ha seguido de cerca al artículo 9 de la Ley de competencia desleal española en lo que se refiere a la exactitud, veracidad y pertinencia de la declaración para configurar la denigración– la que se ha invocado en diversas oportunidades ante el CONAR para perfilar la publicidad denigratoria como ilícita, asentando dicho Consejo en *Colgate Palmolive S.A. con Procter & Gamble Chile Ltda.* de 2012, en *Procter & Gamble Chile Ltda. con Unilever Chile S.A.* de 2015 y en *Unliever Chile S.A. con Procter & Gamble Chile Ltda.* de 2016, la siguiente máxima: “Para determinar cuándo se denigra una marca, producto o servicio, debe tenerse en cuenta el origen del artículo, cual es la protección de terceros cuando se la pone en ridículo, se le ofende, golpea o daña de manera burda a través de una pieza publicitaria”²⁸.

En *Colgate Palmolive S.A. con Procter & Gamble Chile Ltda.* de 2012, la reclamante funda su presentación en que la publicidad televisiva de la crema dental “Oral B Complete” es implícitamente comparada con “Colgate Triple Acción” de su propiedad, utilizando sus colores propios y distintivos y envase característicos, incluyendo la palabra “Triple acción” e indicando que no sólo es engañosa respecto de sus propiedades científicas sino que denigra la imagen de los productos Colgate, pues muestra que este deja los dientes amarillos u opacos y no removerá las manchas. En el considerando octavo de su dictamen el CONAR sostuvo que Oral B indicó tener las ventajas indicadas en la publicidad, pero que no se pudo acreditar esta circunstancia. El Tribunal de Ética Publicitaria, conociendo de la apelación del reclamado, estimó que si bien existe una inexactitud en la forma en que se presentan los atributos del producto mediante la pretensión exagerada de las tonalidades de las piezas dentales, no se advierte una denigración. Y agrega “en este caso, se observa un menoscabo a la marca del reclamante al no representarse fielmente el estudio invocado y exagerar las tonalidades de las piezas

²⁷ El antiguo artículo 12 del CchEP no era tan completo, pues sólo contemplaba los dos primeros incisos y no se pronunciaba sobre el efecto de la exactitud, veracidad y pertinencia de la declaración publicitaria.

²⁸ Véase CONAR, Rol 885-2012, 18 de diciembre de 2012, CONAR, Rol 982-15, 3 de julio de 2015 y CONAR, Rol 1001-16, 16 de marzo de 2016, disponibles en www.conar.cl/casos/casos-completos/ page/10/. Otro tanto ha acontecido en CONAR, Rol 1090-18, 26 de septiembre de 2018.

dentales luego del tratamiento, pero no en términos tales que permitan configurar una denigración”²⁹.

En *Procter & Gamble Chile Ltda. con Unilever Chile S.A.* el spot cuestionado fue “Nuevo Omo Vs. Ariel” en que una voz en *off* pregunta al televidente “¿Tu detergente líquido remueve las manchas más difíciles en el primer lavado? El nuevo OMO, sí. Cámbiate al nuevo OMO líquido con una fórmula superior al otro detergente líquido del mercado. Nuevo OMO líquido. Prueba y compara.” A continuación, el envase de Ariel líquido es aplastado por el envase de OMO líquido y la voz en *off* anuncia que el nuevo OMO sí remueve las manchas más difíciles, asegurando que éste tiene una “fórmula superior al otro detergente líquido del mercado” y exhibiéndose una nota aclaratoria prácticamente invisible “vs Ariel líquido en set de manchas difíciles en telas de 100% algodón y sintéticas.” El CONAR acoge el reclamo, pues estima vulnerado el artículo 4 del CchEP, señalando en el considerando sexto de su dictamen que “la imagen inicial donde el producto Omo cae sobre el producto de la reclamante y lo plasta, es una acción que lo menoscaba o menosprecia, dando un trato poco respetuoso y desleal al detergente del competidor”³⁰.

En “Unliever Chile S.A. con Procter & Gamble Chile Ltda.” el problema se presentó tratándose de la propaganda televisiva, en *youtube* y en el sitio web oficial de Ariel del producto Ariel *Power Liquid*, aduciendo la reclamante que incurre en denigración al exhibir a un oficinista usando una cantidad indiscriminada de detergente en polvo para comparar el rendimiento con Ariel *Power Liquid* sin seguir las instrucciones de uso, confundiendo al consumidor, exagerando los resultados al mostrar sucia la prenda lavada con el primero y finalizando con una pila de ropa manchada y aplastada por una bolsa de polvo de marca indeterminada. El CONAR en su considerando noveno indica que “al no fundarse debidamente la comparación y exagerar las tonalidades de las prendas luego del lavado con el detergente en polvo, la conclusión más probable que obtendrá el público de ello es que el producto en polvo no produce efecto limpiador o lo hace de manera muy deficiente, lo que no ha sido acreditado. Cabe mencionar especialmente que hay denigración al mostrarse al oficinista echando directamente del envase en polvo una cantidad indeterminada de producto, y aun cuando ella pueda corresponder a la dosis recomendada por el fabricante, no da esa impresión cuando no hay medición de la misma y la propia voz en *off* señala “...él está usando mucho detergente en polvo...”³¹

²⁹ CONAR, Rol 885-12, 18 de diciembre de 2012.

³⁰ CONAR, Rol 982-15, 3 de julio de 2015.

³¹ CONAR, Rol 1001-16, 16 de marzo de 2016.

1.2. La publicidad denigratoria: una afectación a la dignidad del competidor contraria a la competencia leal

Un detenido examen del supuesto de hecho de los dos últimos casos referidos en el apartado precedente –y de otros tantos que ha conocido el CONAR³²– revela que ellos podrían haberse discutido en tribunales si se hubieran reconducido a la infracción del literal d) del artículo 4 de la LCD, pues la denigración denunciada se verificaba en los términos de dicho precepto, a diferencia de otros casos en que se ha reclamado tal infracción y ella no ha tenido lugar. Así aconteció, entre otros casos, en “*Stuedemann S.A. con Servicios y Soluciones Integrales Ltda.*” y en “*Coveyor Belt Technology Limitada con Veyance Technologies Chile*” en que se reclamó la vulneración del artículo 4 letra c).

En el primero, la demandante sostuvo que la demandada realizó actos de denostación al indicarle a sus clientes que su empresa adolecía de desorden generalizado y que sus precios eran mejores, instándolos a infringir deberes contractuales, resolviéndose que ella no ejecutó actos tendientes a menoscabar la reputación de la demandante y que se limitó a publicitar sus productos y a visitar a los clientes de la demandante que sólo suscribieron tres contratos con ella, sin emplear medios ilegítimos³³. En el segundo, en tanto, la demandante indicó que la demandada realizó conductas de competencia desleal típicas consistentes en la difusión de información falsas respecto a los bienes comercializados mediante cartas enviadas a potenciales clientes, señalando que sus productos no tendrían garantía, además de inducir a su proveedor a cumplir contratos vigentes, no pudiendo acreditarse ninguna de estas circunstancias.³⁴

Y es que una revisión de la LCD evidencia que el fundamento normativo de la publicidad denigratoria se encuentra en los literales c) y d) del artículo 4 de dicha Ley que agrupan los *actos de denigración* como ilícitos de competencia desleal. En efecto, el primero de ellos califica como tal “todas las informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre los bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado”, agregando dicho precepto que “son también ilícitas las expresiones dirigidas a desacreditarlos o ridiculizarlos sin referencia objetiva”. El segundo, en tanto, dispone que revisten este carácter “las manifestaciones agraviantes que versen sobre la nacionalidad, las creencias, ideologías, vida privada o cualquier otra circunstancia personal del tercero afectado y que no tenga relación directa con la calidad del bien o servicio prestado”.

³² CONAR, Rol 900-13, 11 de agosto de 2013, Rol 1032-16, 4 de noviembre de 2016, Rol 1088-18, 5 de septiembre de 2018.

³³ Corte Suprema, 5 marzo 2018.

³⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 31 diciembre 2014.

La diferencia entre ambos literales se encontraría entonces, como lo precisa Mauricio Tapia³⁵, en la gravedad de la conducta denigratoria que tipifica el artículo 4, cuestión que justificaría que en el literal d) no se acepte la excusa de ser verdaderas las imputaciones. Dicho de otra forma, no se exige que tales manifestaciones sean falsas, sino que sean ofensivas respecto del competidor y se refieran a circunstancias personales de este³⁶, deviniendo así tal publicidad en *desleal* y *abusiva* en la medida que vulnere las garantías constitucionales del competidor o se traduzca en una discriminación arbitraria respecto de este³⁷.

Miradas las cosas desde esta perspectiva resulta evidente que la denigración publicitaria constituye un *acto de competencia desleal* que trasciende el mero reproche ético del CONAR, reproche que ciertamente sirve para justificar la deslealtad publicitaria que los literales c) y d) del artículo 4 de la LCD tipifican expresamente. Pero existen al menos dos diferencias relevantes entre el reproche ético y el reproche normativo destinados a tutelar la dignidad del competidor que justifican la importancia de calificarlo como acto de competencia desleal. La primera, que resulta evidente, es que el reproche ético en sede de autorregulación sólo procede respecto de aquellas asociaciones que integran el CONAR³⁸; en cambio, la contravención de la LCD puede alegarse respecto del infractor íntegro o no dicho Consejo, pues es ley vigente aplicable a todos los habitantes de la República. La segunda es que la tutela que se activa frente a la infracción del CchEP es muy acotada, pues de conformidad al artículo 21 del *Reglamento de funciones y procedimientos* del CONAR ella sólo se traduce en la cesación o suspensión de la campaña o pieza publicitaria en la medida que su difusión pueda causar un “grave perjuicio al público” o a la “actividad publicitaria”³⁹, a diferencia de la tutela que contempla el artículo 5 de la LCD que, como examinaremos a continuación, es más amplia e integral.

Con todo, podría pensarse que este análisis es inoficioso, dado que existen al menos dos razones que en la práctica justifican recurrir al CONAR: la primera es evitar ir a un juicio complejo cuya duración es ostensiblemente mayor que la

³⁵ TAPIA RODRÍGUEZ (2007), p. 90.

³⁶ CONTRERAS BLANCO (2012), p. 122.

³⁷ Una noción de publicidad abusiva, pero respecto de los consumidores en LÓPEZ DÍAZ (2020c), pp. 219-222 y 227-228.

³⁸ Cuales son la Asociación Chilena de Publicidad (ACHAP), la Asociación Nacional de Avisadores (AN-DA), la Asociación Nacional de Televisión (ANATEL), la Asociación de Radiodifusores de Chile (ARCHI), la Asociación Nacional de la Prensa (ANP) y el Interactive Advertising Bureau (IAB CHILE).

³⁹ Este precepto, bajo el acápite “suspensión preventiva de publicidad”, establece que el Directorio del CONAR, actuando de oficio o a petición de parte, podrá disponer como medida preventiva la suspensión de la exhibición de una pieza o de una campaña publicitaria mientras se resuelva la controversia sometida a su consideración cuando la difusión de la publicidad que se impugna pueda causar un “grave perjuicio” al “público” o a “la actividad publicitaria”. El inciso segundo de dicho precepto dispone que tal suspensión debe ser acordada con el voto conforme de al menos siete directores.

tramitación del reclamo ante dicho Consejo y la segunda es obtener un dictamen favorable para negociar un acuerdo extrajudicial con el reclamante.

Pero lo cierto es que ninguna de estas razones es determinante. En efecto, de un lado, el estándar del reproche ético del CONAR no es asimilable al estándar normativo contenido en la LCD, de modo que no existe certeza si ante un mismo supuesto el tribunal competente estimaría denigratoria una campaña o afiche publicitario calificado como tal por el referido Consejo. Y, de otro, si la denigración causó daños que pueden acreditarse claramente, el perjudicado se inclinará por la indemnización de éstos si ellos son cuantiosos y/o por alguna de las modalidades de reparación *in natura* que dicho artículo contempla y que abordaremos en las líneas que siguen.

2. LA TUTELA DEL COMPETIDOR FRENTE A LA PUBLICIDAD DENIGRATORIA EN EL DERECHO CHILENO

Como ha quedado dicho en el apartado precedente, un examen cuantitativo de las demandas deducidas ante nuestros tribunales y de los reclamos presentados ante el CONAR por publicidad denigratoria revela que este supuesto de publicidad desleal se ha discutido mayoritariamente ante dicho Consejo, probablemente como consecuencia de la ausencia de tratamiento dogmático de la publicidad alusiva ilícita a partir de la infracción de los literales c) y d) del artículo 4 de la LCD. El competidor, por tanto, ha obtenido la suspensión o cesación de la difusión de la pieza o campaña publicitaria que lo menoscaba de conformidad al artículo 21 del *Reglamento de funciones y procedimientos* del CONAR que ya hemos referido, pero no ha requerido ante tribunales, con la frecuencia que se pensaría, la tutela prevista en el artículo 5 de la LCD. De allí que, más allá de recoger la interesante doctrina asentada en dictámenes éticos de dicho Consejo que han aludido al principio de respeto de la competencia y han establecido los requisitos de la denigración publicitaria, sea relevante intentar configurar, como lo hemos intentado en las líneas precedentes, la publicidad denigratoria desde la perspectiva de la LCD.

Sin embargo, cabe preguntarse cuál sería el alcance de la tutela contenida en dicho precepto tratándose de la publicidad denigratoria, pues hasta ahora se trata de un tópico inexplorado⁴⁰ que reviste particular relevancia para el competidor perjudicado. Se trata, entonces, de explorar la utilidad, operatividad y conexión de las cuatro acciones contenidas en el artículo 5 de la LCD en la publicidad denigratoria, que según el mismo precepto pueden ejercerse conjunta o separadamente,

⁴⁰ A diferencia de lo que ha acontecido en sede de publicidad ilícita (LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2021c)) y muy especialmente en sede de publicidad engañosa (véase DE LA MAZA-LÓPEZ (2021), pp. 27-52).

cuales son (i) la acción de cesación del acto o prohibición de éste si aún no se ha puesto en práctica, (ii) la acción declarativa del acto de competencia desleal, (iii) la acción de remoción de los efectos producidos por el acto mediante la publicación de la sentencia condenatoria o de una rectificación a costa del autor del ilícito u otro medio idóneo y (iv) la acción indemnizatoria reglada en el Título 35 del Código Civil⁴¹.

Excluimos de este análisis la medida cautelar que el artículo 9 de la LCD le permite impetrar al competidor perjudicado frente a la existencia de “un indicio grave y preciso de amenaza o de ejecución de un acto de competencia desleal”, caso en el cual, acreditada la urgencia, peligro e idoneidad de las conductas denunciadas para causar un daño futuro, el juez podrá ordenar su suspensión inmediata, dejando constancia que sus efectos pueden coincidir con la acción de cesación, más no con la remoción de los efectos del acto ni con la indemnización de daños.

2.1. La suspensión o cesación publicitaria y la prohibición de la publicidad denigratoria

La acción de cesación o suspensión en general y de cesación publicitaria, en particular, tiene por propósito evitar que se produzca un daño o la repetición, continuación o agravamiento de un daño ya sufrido, enmarcándose así en la *función preventiva o disuasiva* de la responsabilidad civil.

Esta función, como ha precisado la profesora Lilian San Martín, asigna la responsabilidad civil al sujeto que está en mejor posición de prevenir la ocurrencia del daño, reconduciéndola a la lógica de la *justicia distributiva*⁴². Esto es precisamente lo que ocurre en la cesación publicitaria, enmarcándose este medio de tutela del competidor en la máxima “prevenir y reparar” que ha proclamado recientemente Llamas Pombo⁴³, sobre la cual debería erigirse un adecuado sistema de responsabilidad civil extracontractual.

Se trata, como se advierte, de un *mecanismo preventivo o cautelar*, de modo que no requiere que la acción u omisión antijurídica produzca efectivamente un daño; sólo basta que sea capaz de producirlo⁴⁴, lo que precisamente ocurrirá con un anuncio o una campaña publicitaria que denigre al competidor. Y, de otro lado, constituye una modalidad de *reparación en naturaleza*, pues su objeto no

⁴¹ Acciones cuyo análisis general, esto es, aplicable a la competencia desleal ha sido realizado por CONTRERAS BLANCO (2012), pp. 165 a 177 en la doctrina nacional y por RUIZ MORENO (2014), pp. 47-62 en el derecho español.

⁴² SAN MARTÍN NEIRA (2020), p. 38.

⁴³ LLAMAS POMBO (2020), p. 96.

⁴⁴ CONTRERAS BLANCO (2012), pp. 167-168.

es el dinero sino resguardar la integridad del bien amenazado o afectado por la intervención del tercero⁴⁵.

Dicha acción está consagrada en el literal a) del artículo 5 de la LCD como “acción de cesación del acto”. Pero este precepto adiciona otra de naturaleza similar, cual es la acción de “prohibición del mismo si aún no se ha puesto en práctica”, a diferencia de lo que ocurre en sede de protección de los consumidores, de publicidad falsa o engañosa, de propiedad intelectual y de propiedad industrial en que sólo se contempla la cesación. Así lo revelan, respectivamente, los artículos 50 inc. 2 y 31 de la Ley 19.496⁴⁶, 85B letra a) de la Ley 17.336⁴⁷ y 106 letra a) de la Ley 19.039⁴⁸.

Lo que este precepto de la LCD pretende evitar es el peligro que el ilícito sea continuado o repetido si ya se cometió o que se cometa si no se ha verificado, lo que también acontece en la Ley de Competencia Desleal española como lo revela el artículo 32.1⁴⁹. Contempla, por consiguiente, una tutela inhibitoria⁵⁰ que persigue un doble propósito: (i) prevenir y poner coto a un acto de competencia desleal inminente o justo antes que comience su ejecución y (ii) hacer cesar un acto de competencia desleal en actual ejecución, prohibiendo la continuación de sus efectos (acción de cesación)⁵¹.

Sin ánimo de formular los requisitos de procedencia de la acción de cesación con exhaustividad, es posible aseverar que estos son al menos dos: (i) una acción u omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento⁵² y (ii) un interés razonable en la prevención del daño⁵³, que claramente es el interés del competidor o agente de mercado víctima de la denigración.

Pues bien, en el caso de publicidad denigratoria claramente concurren estos requisitos y, por lo mismo, frente a su difusión lo más probable es que el competidor recurra primeramente a la cesación publicitaria, para prevenir y evitar la

⁴⁵ Por todos BARROS BOURIE (2020), p. 974.

⁴⁶ El primero de estos preceptos, intentando aglutinar un sistema de tutela del consumidor, alude a “la cesación del acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores”. El segundo, en tanto, dispone lo siguiente: “La suspensión de las emisiones publicitarias cuando la gravedad de los hechos y los antecedentes acompañados lo ameriten”.

⁴⁷ Este artículo prescribe “el cese de la actividad ilícita del infractor”.

⁴⁸ Dicha norma señala “la cesación de los actos que violen el derecho protegido”.

⁴⁹ Sobre este precepto véase RUIZ MORENO (2014), pp. 52-54.

⁵⁰ Un detenido análisis de la tutela inhibitoria en LLAMAS POMBO (2020), p. 96-189.

⁵¹ CONTRERAS BLANCO (2012), pp. 168-171.

⁵² Tal como lo prescribe el artículo 1711 del Código Civil y Comercial argentino.

⁵³ Es la fórmula utilizada por el artículo 1712 del Código Civil y Comercial argentino. Más específica es la que emplea el artículo 33.1 de la LCD española, pues legitima a “cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal”.

afectación a su imagen y prestigio comercial. Pero podría ocurrir que, a pesar de haber instado por este medio de tutela, el agente desleal no cese la actividad o no respete la prohibición de realización del acto, caso en el cual, antes de inclinarse por la indemnización de daños, podrá instar por la remoción de los efectos de la publicidad denigratoria⁵⁴, en los términos establecidos en el literal b) del artículo 5 de la LCD.

2.2. La acción declarativa de competencia desleal

Esta segunda acción contemplada en el literal b) del artículo 5 de la LCD que persigue que el tribunal pertinente declare que un acto determinado, en este caso la publicidad denigratoria, reviste el carácter de desleal se encuentra disciplinada en los siguientes términos: “Acción declarativa del acto de competencia desleal, si la perturbación creada por el mismo subsiste”.

Ciertamente ella será procedente en la medida que concurran sus presupuestos, cuales son (i) que el objeto de declaración sea un derecho, relación o situación jurídica concreto y actual susceptible de constituir objeto de un proceso autónomo; (ii) la incertidumbre jurídica o falta de certeza prejudicial sobre la inexistencia, alcance o modalidad del derecho, situación o relación jurídica determinada; (iii) un interés que justifique la necesidad de la tutela solicitada fundado en la existencia de riesgo de perjuicio solo reparable con la declaración del juez en la sentencia y, (iv) la inexistencia de otros medios o acciones procesales más adecuados para la tutela del derecho o interés y el carácter subsidiario de la acción de certeza⁵⁵.

Como se desprende de dicho precepto, en este caso concreto se requiere que la perturbación subsista, pero ello es criticable porque puede ocurrir que, aunque no persistan los efectos del acto desleal, exista un interés legítimo en que una determinada conducta se declare como tal para evitar que ella se repita o para solicitar la indemnización de los daños ocasionados⁵⁶. Por lo mismo y, como acertadamente señala Contreras, este requisito debe entenderse en sentido amplio, considerando su existencia incluso cuando lo que subsiste es un interés en terminar el estado de incertidumbre creado por el acto que compromete la lealtad de la competencia.

Con todo, solicitar tal declaración no tiene mucho sentido si ella no va sucedida por las otras acciones reguladas en el artículo 5. Precisamente la utilidad de ella es que hará procedentes las acciones de cesación, de remoción y de indemnización de daños. De allí que se señale que se trata de “un precedente para que se acojan otras acciones contempladas en nuestra ley”⁵⁷ o del “soporte para obtener

⁵⁴ CONTRERAS BLANCO (2012), p. 171.

⁵⁵ Por todos RIVERO HURTADO (2019), pp. 97-116.

⁵⁶ CONTRERAS BLANCO (2012), p. 171.

⁵⁷ CONTRERAS BLANCO (2012), p. 171.

determinadas consecuencias a través de otras acciones”⁵⁸, constatación que también resulta aplicable tratándose de la publicidad denigratoria.

2.3. *La acción de remoción de los efectos del acto*

Este tercer medio de tutela persigue remover, eliminar o revertir los efectos dañinos del acto de competencia desleal y, en lo que aquí interesa, del comportamiento publicitario ilícito para reconstituir el estado de cosas previo a su comisión, removiendo los objetos a través de los cuales este se ha materializado, tales como folletos, afiches u artículos publicitarios, instando por la destrucción, modificación o sustitución de dichos efectos y de los productos fabricados, comercializados o distribuidos o la rectificación de la información falsa o errónea que causa confusión⁵⁹.

Por consiguiente, procederá cuando el ilícito concurrential, en este caso la publicidad denigratoria, se ha ejecutado y sigue reiterándose en el tiempo, habiéndose ordenado su cesación, su prohibición o ambas. Esta acción se encuentra contenida en la letra c) del artículo 5 de la LCD y formulada como “acción de remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la publicación de la sentencia condenatoria o de una rectificación a costa del autor del ilícito u otro medio idóneo”, alcance más amplio que el que le otorgan otras leyes especiales que aluden a este medio de tutela. En efecto, el literal c) del artículo 106 de la Ley de Propiedad Industrial indica “la adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la infracción”, contemplando en el literal d) de dicho artículo la publicación de la sentencia⁶⁰ y el artículo 31 de la LPC a propósito de la publicidad falsa engañosa alude a “la publicidad correctiva para que resulte apropiada para enmendar errores o falsedades” sin referir a la publicación de la sentencia. Por su parte, el artículo 85B letra c) de la Ley 17.336 sólo contempla “la publicación de la sentencia a costa del demandado”, precisando que ella debe constar en un anuncio en un diario de circulación comercial de la región correspondiente, a elección del perjudicado.

Pues bien, una detenida lectura del literal c) del artículo 5 de la LCD y de las normas antes referidas nos sugieren que los requisitos de procedencia de este medio de tutela son al menos dos: (i) la continuación de la infracción, sea que exista orden de cesación o de prohibición de continuar la ejecución del acto y (ii) la ausencia de imputabilidad del infractor, porque persigue remover la conducta

⁵⁸ RUÍZ MORENO (2014), pp. 51-52.

⁵⁹ CONTRERAS BLANCO (2012), p. 172 y RUÍZ MORENO (2014), p. 55.

⁶⁰ Publicación a costa del condenado, mediante anuncios en un diario a elección del demandante, medida que será aplicable según el mismo precepto cuando la sentencia lo señale expresamente.

ilícita, más no resarcir perjuicios⁶¹. Dicho de otra forma, el anuncio o campaña publicitaria continúa denigrando al competidor o agente de mercado.

Claro está que la publicación de la sentencia condenatoria por la perpetración de un acto de competencia desleal es una de las formas de remoción de los efectos del acto cuyo propósito es la restitución del honor dañado, corrigiendo la memoria colectiva y produciendo el desprestigio del infractor. Por lo mismo, procederá en aquellos supuestos en que la víctima no quede debidamente subsanada con la cesación o remoción y en los casos en que no quede completamente compensada por la indemnización, toda vez que su difusión busca restaurar bienes jurídicos afectados por el infractor y reparar el mal causado⁶², pero esta debe ser proporcional, pues de lo contrario constituirá una vejación que constituirá un acto de competencia desleal⁶³.

Lo cierto es que dicho precepto también alude a “una rectificación a costa del autor del ilícito” –y ahí se encuentra, en lo que aquí interesa, la corrección publicitaria a que alude el artículo 31 de la LPC⁶⁴– y a “otro medio idóneo”, aproximándose así al literal c) del artículo 106 de la Ley 19.039. Este medio puede consistir en un aviso colocado como anexo en la publicidad o en un vínculo desde el sitio web del infractor hacia el texto de la sentencia que permitirá tutelar más adecuadamente la dignidad del competidor⁶⁵.

2.4. La acción indemnizatoria

Esta última acción o medio de tutela del competidor es la única que indiscutiblemente resultaría procedente en ausencia del artículo 5 de la LCD, pues si este no existiera puede reconducirse sin inconveniente al artículo 2314 del Código Civil. Las otras acciones pueden serlo en la medida que se estime, como lo creemos nosotros, que se trata de acciones de reparación *in natura* y, por consiguiente, se subsumen en la idea de reparar que tal precepto ilustra a través de la indemnización.

Dicho medio de tutela está consagrado en el literal d.) del artículo 5 de la LCD como “la acción de indemnización de los perjuicios ocasionados por el acto, sujeta a las disposiciones del título XXXV del Libro IV del Código Civil”, de modo que no cabe duda que deben concurrir los requisitos propios de la indemnización extracontractual, cuales son, en el caso de la publicidad denigratoria, el ilícito

⁶¹ CONTRERAS BLANCO (2012), pp. 172-173.

⁶² CONTRERAS BLANCO (2012), p. 174 y RUÍZ MORENO (2014), p. 61.

⁶³ RUÍZ MORENO (2014), pp. 61 y 62.

⁶⁴ Cuyo alcance ha sido abordado en DE LA MAZA y LÓPEZ (2021), pp. 42-43.

⁶⁵ CONTRERAS BLANCO (2012), p. 173.

publicitario, la imputabilidad del infractor, el daño y la relación de causalidad entre el ilícito y el daño⁶⁶.

La particularidad en sede de competencia desleal radica en el denominado “daño concurrencial”, pues éste lo sufre la víctima en su patrimonio (pérdida o disminución de clientela), pero repercute también en la colectividad, esto es, en los demás competidores y consumidores, dado que vulnera el *deber de corrección* que debe imperar en el mercado⁶⁷.

Pues bien, de lo dicho hasta acá fluye con claridad que la tutela del competidor frente a la publicidad denigratoria va más allá de la mera cesación publicitaria decretada por el CONAR o de la indemnización de daños que puede requerirse por infracción del artículo 2314 que consagra el *alterum non laedere*. A ellas pueden adicionarse la remoción de los efectos del acto, advirtiéndose, como ha quedado dicho, dos variantes o modalidades de ella en sede de competencia desleal que permiten, al igual que acontece en la cesación o prohibición previstas en el literal a) del artículo 5 de la LCD, otorgar una tutela más amplia y, por lo mismo, más efectiva al competidor perjudicado, toda vez que cubre diferentes supuestos de hecho en los que se puede encontrar, propendiendo así a la *reparación integral* frente al ilícito publicitario de que se trate.

A ello se añade que se trata de una tutela que, así presentada, opera en distintos niveles. En efecto, si la cesación no satisface al competidor o no lo deja plenamente indemne este puede recurrir directamente a la indemnización o a la corrección o remoción de los efectos de acto, según lo estime conveniente. Por lo mismo, ellas pueden acumularse o excluirse según lo decida el competidor perjudicado. Se advierte así un *sistema de tutela extracontractual* muy próximo al que se ha articulado en las últimas décadas en el derecho de contratos frente al incumplimiento del deudor⁶⁸ o a las anomalías precontractuales⁶⁹ que se incardina en la opción del “perjudicado”⁷⁰, cual es el competidor, aplicable a la publicidad desleal, pero más ampliamente a la competencia desleal, del que esperamos ocuparnos en otra oportunidad.

⁶⁶ Por todos, BARROS BOURIE (2020), pp. 69-467.

⁶⁷ CONTRERAS BLANCO (2012), pp. 175-176.

⁶⁸ Una visión panorámica en DE LA MAZA GAZMURI y VIDAL OLIVARES (2018).

⁶⁹ Una articulación en LÓPEZ DÍAZ (2019).

⁷⁰ Opción que ha sido admitida en los últimos años por la Corte Suprema a propósito de la concurrencia de responsabilidades. Véase LÓPEZ DÍAZ (2020d), pp. 377-399.

CONCLUSIONES

De lo asentado en los párrafos precedentes es posible arribar a las siguientes conclusiones:

1. La publicidad alusiva ilícita puede devenir en un acto de competencia desleal si ella parasita o adhiere a la reputación del competidor, lo denigra o compara sus bienes o servicios con los del otro competidor con alguno de dichos propósitos, pues se encuadra, respectivamente en los literales a), c) y d) y e) del artículo 4 de la LCD.

2. Esta calificación si bien podría resultar evidente en la práctica no lo ha sido en la intensidad que se quisiera, pues la mayoría de los supuestos de publicidad alusiva en general y denigratoria en particular han ingresado por vía de reclamo al CONAR, privando al competidor de una tutela más completa y acabada en el caso que dicha publicidad le hubiere causado daños.

3. Por consiguiente, la calificación de la publicidad denigratoria como acto de competencia desleal, reviste una doble utilidad: de un lado, permite ilustrar una hipótesis de común ocurrencia en sede de competencia desleal, dotando de contenido a los actos de denigración a los que aluden los literales c) y d) del artículo 4 de la LCD y, de otro, tutelar al competidor perjudicado más allá del reproche ético del CONAR, toda vez que resulta aplicable el artículo 5 de dicha ley.

4. Dicha tutela es diversa, pues no sólo es de carácter declarativa sino también tiene por propósito reparar al competidor, sea a través de la indemnización de los daños ocasionados por la desviación de la clientela sea en naturaleza, pudiendo optar entre inclinarse por la cesación de la publicidad, la remoción de los efectos producidos por ella mediante la publicación de la sentencia condenatoria o de una rectificación a costa del autor del ilícito u otro medio idóneo, evidenciando una tutela más integral del competidor que debe preferirse al mero reproche ético del CONAR y que fortalece la observancia y vigencia del *principio de reparación integral del daño* en sede de competencia desleal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARROS BOURIE, Enrique (2020). *Tratado de Responsabilidad civil extracontractual*. Tomo I y Tomo II. 2º ed. actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CONAR, *Reglamento de funciones y procedimientos*. Disponible en <https://www.conar.cl/sobre-conar/reglamentos-y-estatutos/reglamento-de-funciones-y-procedimientos-de-conar/>.
- CONTRERAS BLANCO, Oscar (2012). *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena*. Santiago: Ediciones UC, 209 pp.

- CORRAL TALCIANI, Hernán (2018), *Curso de Derecho Civil. Parte General*. Santiago: Thomson Reuters, 878 pp.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2021). “La publicidad engañosa en la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores: un intento de sistematización desde el moderno derecho de contratos”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 48, N°2, pp. 27-52.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro (2018). *Cuestiones de derecho de contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Thomson Reuters.
- DE LA CUESTA, José María (2002). *Curso de derecho de la publicidad*. Pamplona: EUNSA, 330 pp.
- DUCCI CLARO, Carlos (1994), *Derecho civil. Parte General*. 3° edición. Editorial Jurídica de Chile, 423 pp.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2019a). “Los derechos de la personalidad y el principio de reparación integral del daño” en DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El principio de reparación integral en sus contornos actuales. Una revisión desde el derecho chileno, latinoamericano y europeo*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 83-99.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2019b). “El principio de reparación integral del daño y su proyección en materia de daño moral causado por la afectación al honor de la persona en Chile” en DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El principio de reparación integral en sus contornos actuales. Una revisión desde el derecho chileno, latinoamericano y europeo*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 123-138.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2020). “En torno a la reparación del daño moral en el ámbito del derecho de consumo: distinción entre problemas comunes y especiales” en ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (coordinador). Santiago: Thomson Reuters, pp. 885-900.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2013), “El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena”, *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 1, pp. 425-458.
- GAMONAL CONTERAS, Sergio (2020), *Fundamentos de derecho laboral*. 5° ed. actualizada. Santiago: Ediciones Der, 304 pp.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio, GUIDI MOGGIA, Caterina (2020). *La tutela de los derechos fundamentales en el derecho del trabajo*. Cuadernos Jurídicos Academia Judicial. Santiago: Ediciones Der, 212 pp.
- GUERRERO BECAR, José Luis (2013). “Artículo 28 A”, en Iñigo DE LA MAZA, Carlos PIZARRO (edits.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 672-673.

- RIVERO HURTADO, Reneé (2019). “La tutela meramente declarativa o de mera certeza y su reconocimiento en el sistema procesal civil chileno”, *Revista Ius et Praxis*, Año 25, N° 1, pp. 97-116.
- INOSTROZA SÁEZ, Mauricio (2017). “El ilícito concurrencial general en la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal”. *Revista Ius et Praxis*, Nol. 23, N° 1, pp. 21-66.
- LARRAÍN PÁEZ, Cristián Andrés (2014). “Daño moral a personas jurídicas: prevenciones teóricas y propuestas de solución en TURNER, Susana- VARAS, Juan Andrés (coords.), *Estudios de Derecho Civil IX*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 593-604.
- LEMA DEVESA, Carlos (2007). “La mención de la marca ajena en la publicidad” en LEMA DEVESA, Carlos, *Los problemas jurídicos de la publicidad*. Madrid: Marcial Pons, pp. 293-306.
- LEMA DEVESA, Carlos (2007), “La publicidad comparativa” en LEMA DEVESA, Carlos, *Los problemas jurídicos de la publicidad*. Santiago: Marcial Pons, pp. 447-460.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2019). *La tutela precontractual del acreedor: una aproximación desde el código civil chileno y su interrelación con la tutela contractual*. Santiago: Thomson Reuters, 320 pp.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2020a): “La publicidad comercial como fenómeno jurídico: una aproximación general desde el derecho chileno”, en: *Revista Ius et Praxis* (Vol. 26, N° 3), pp. 23-44.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2020b), “La publicidad comercial dirigida al consumidor financiero: una sistematización de su regulación y de las consecuencias derivadas de su vulneración en el derecho chileno”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 55, pp. 225-259.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2020c), “La publicidad abusiva y agresiva: un intento de configuración dogmática en el derecho chileno y la tutela de los consumidores frente a tales prácticas comerciales”, en *Estudios de Derecho Comercial*, X Jornadas Chilenas de Derecho Comercial. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 215-237.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2020d). “Comulsa con Dougnac y Sociedad Mca Uno Ltda. Un nuevo caso en que la Corte Suprema admite la opción entre el régimen de responsabilidad contractual y extracontractual”, en CÁRDENAS VILLAREAL, Hugo (edit.), *Jurisprudencia Crítica II. Comentario de fallos 2018-2019*. Santiago: Ediciones Rubicón, pp. 377-399.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2021a), “Las perspectivas de tutela aplicables ante la publicidad engañosa en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia Vol. 40, pp. 273-308.

- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2021b). “El uso y la alusión a la marca ajena a través de la publicidad comercial sin la autorización de su titular: un análisis desde el derecho de consumo y desde la competencia desleal”, *Estudios de Derecho Comercial*, XI Jornadas Chilenas de Derecho Comercial, Valencia: Tirant lo Blanch, en prensa.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2021c). “La responsabilidad por publicidad ilícita dirigida al consumidor financiero: una aproximación desde el derecho chileno”, en HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel (dir.), *Consumidor Financiero*. Santiago: Ediciones Der, en prensa.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David (2013). “La publicidad desleal en la competencia en el ámbito digital: publicidad denigratoria, confusionista y comparativa”, *Revista boliviana de Derecho*, N°15, pp. 117-137.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia; HERRERO SUÁREZ, Carmen; MARTÍN GARCÍA, Lirio y HERNÁNDEZ-RICO, José Miguel (2015): *Derecho de la Publicidad*. Navarra: Aranzadi, 257 pp.
- PINO EMHART, Alberto (2021), “La naturaleza jurídica del daño moral en procedimientos de acción colectiva tras la reforma a la Ley del consumidor” en DE LA MAZA, Iñigo y CONTARDO, Juan Ignacio (coords.), *Estudios de Derecho del Consumidor II*. Santiago: Editorial Rubicón, pp. 299-312.
- RUIZ MORENO, José María (2014). *La protección jurisdiccional civil frente a la publicidad ilícita*. Valencia: Tirant lo Blanch, 135 pp.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2007), “Responsabilidad civil por actos de competencia desleal en el derecho chileno” en GONZÁLEZ, Marco Antonio (edit.). *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, N°14. Santiago: Ediciones Universidad de los Andes, pp. 85-93.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2013). “Daño moral de las personas jurídicas en el derecho chileno” en DOMÍNGUEZ, Carmen, GONZÁLEZ, Joel, BARRIENTOS, Marcelo, GOLDENBERG, Juan Luís (coords.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 621-640.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2017). “Competencia desleal por culpa”, *Revista Chilena de Derecho Privado* N°29, pp. 165-207.
- TATO PLAZA, Anxo (1996), *La Publicidad Comparativa*. Madrid: Marcial Pons, 340 pp.
- VELASCO SAN PEDRO, Luís Antonio (2018). “Competencia desleal y publicidad” en MIRANDA SERRANO, Luís María- COSTAS COMESAÑA, Julio, *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*. Madrid: Marcial Pons, pp. 39-61
- VILAJOANA ALEJANDRE, Sandra (2011). *Las Leyes de la publicidad. Límites jurídicos de la actividad publicitaria*. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, 247 pp.

NORMAS CITADAS

Ley 20.169, Normas sobre Competencia Desleal. Diario Oficial, 16 febrero de 2007.

Ley 3/1991 sobre Competencia Desleal española. Boletín Oficial del Estado, 10 de enero de 1991.

Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales (CIPP) del SERNAC de 21 de marzo de 2019. Resolución Exenta N° 187 de esa misma fecha. Disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-9190_archivo_01.pdf

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelaciones de Santiago, “Coveyor Belt Technology Limitada con Veyance Technologies Chile”, 31 de diciembre de 2014, Rol 2830-2014 (recurso de apelación), disponible en www.vlex.com, N° 579424846

Corte Suprema, “Stuedemann S.A. con Servicios y Soluciones Integrales Limitada”, 5 de marzo de 2018, Rol 4516-2019 (recurso de casación en la forma), disponible en www.pjud.cl.