

za extrajudicial, esto es, que establezca, por ejemplo, la obligación de informar la frecuencia de tales acciones, el medio por el cual se efectúan, su costo unitario (por ejemplo, el costo de un llamado telefónico o del envío de una carta de cobranza).

Esta exigencia apunta a poner fin a la práctica de establecer cobros por conceptos genéricos (por ejemplo, "gastos administrativos"), que no aportan ninguna justificación concreta sobre la efectividad del gasto.

- c) En tercer lugar, con relación a la obligación de informar las posibilidades de pago de la deuda y las vías disponibles para tal efecto, es recomendable que el Reglamento determine un contenido mínimo a este respecto, por ejemplo, el deber del proveedor de informar los plazos y eventuales recargos asociados a tal pago; en su caso, los montos mínimos de abono que detendrían la cobranza extrajudicial y los cargos e intereses por una eventual "renegociación" del crédito, si los hubiere.
- d) Finalmente, con relación a la prohibición de efectuar referencias a eventuales procedimientos judiciales que no se hubieren iniciado, sería recomendable que el reglamento desarrolle la disposición, en el sentido de indicar que se prohíben bajo este rubro expresiones tales como "evitar futuros embargos o remate de sus bienes", "mayores gastos por honorarios judiciales" o bien "evitar que sus antecedentes sean comunicados al boletín comercial".

5. LA RESPONSABILIDAD POR PUBLICIDAD ILÍCITA DIRIGIDA AL CONSUMIDOR FINANCIERO: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO CHILENO

PATRICIA LÓPEZ DÍAZ*

5.1. Introducción

La responsabilidad civil ha sido un tópico que desde antiguo ha conitado la atención de nuestra dogmática, focalizándose en un primer momento en la distinción entre aquella contractual y extracontractual y desplazándose posteriormente a la precontractual y a los regímenes especiales de responsabilidad, destacando al efecto la responsabilidad por productos defectuosos, por daños ambientales, por vicios de la construcción y en el último año aquella derivada de desastres naturales.

Sin embargo, salvo algunas disquisiciones que hemos efectuado en el *Mercurio Legal*, nada se ha dicho respecto de la responsabilidad por publicidad ilícita en términos generales ni, en lo que aquí interesa, a propósito de aquella dirigida al consumidor financiero, probablemente porque ni la publicidad comercial ni esta especie de consumidor constituyen tópicos recurrentes en la literatura jurídica nacional.

En efecto, el interés por estudiar la publicidad comercial como fenómeno jurídico surge entre nosotros en la última década, concentrándose el

* Abogada. Profesora de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales. Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: patriciaveronica.lopezdiaz@mail.com.

análisis dogmático principalmente en la publicidad engañosa y en la integración publicitaria, como lo revelan diversos artículos del profesor Iñigo DE LA MAZA en que aborda profusamente tales tópicos; otros de la profesora Erika ISLER en los que examina la confluencia de dicha publicidad con la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal y explora la vinculación de la publicidad al contrato y algunas reflexiones que hemos consignado en trabajos más recientes. La preocupación administrativa por disciplinarla, en cambio, se advierte recién en el año 2017, en que el Departamento de Estudios e Inteligencia del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) formuló en el documento “Análisis, vigilancia y gestión jurídica de la publicidad comercial en Chile” los principios legales de la publicidad comercial, complementándolos en la Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales de 21 de marzo de 2019, concibiéndolos como límites al discurso publicitario, cuya infracción, como hemos apuntado en otro sitio, permite construir la publicidad ilícita e identificar las categorías específicas que ella comprende.

Un fenómeno similar se aprecia tratándose del consumidor financiero que solo ha concitado la atención doctrinaria desde el año 2015, incrementándose sustancialmente en el último tiempo como lo demuestran las Actas de los Seminarios que este libro recoge. En tal sentido destaca un ilustrativo artículo del profesor Gabriel HERNÁNDEZ referente a la obligación precontractual de la entidad financiera de informar al cliente a la luz de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores (LPDC). Otro tanto acontece con al menos tres publicaciones del profesor Juan Luis GOLDENBERG relativas a la tutela del consumidor financiero. La primera de ellas aborda el *big data* y el *fintech* como herramientas para dar cumplimiento a los deberes de consejo y advertencia; la segunda explora los paradigmas del consumidor financiero responsable y del proveedor financiero profesional con el propósito de modular el estándar de diligencia esperable de dicho consumidor en el ordenamiento jurídico nacional a partir de la lógica de corresponsabilidad; la tercera indaga el propósito persuasivo de la publicidad y sus peligros en el ámbito del crédito al consumo, constatando que ella induce al consumidor a adoptar decisiones subóptimas como el sobreendeudamiento y que el legislador desatiende los problemas derivados de la racionalidad imperfecta de los consumidores.

De hecho, como este último autor sostiene, resulta evidente que el consumidor financiero no es un consumidor medio, esto es, aquel “normal-

mente informado, razonablemente atento y perspicaz, capaz de interpretar y procesar correctamente la información que recibe”, pues presenta fuertes sesgos cognitivos y analfabetismo que acentúan su vulnerabilidad y persuasión. De allí que pueda calificarse como un consumidor hipervulnerable, toda vez que a su vulnerabilidad estructural se agrega otra adicional derivada de tales factores.

Probablemente esta fue la razón que determinó que el 2011 se dictara la Ley N° 20.555 que, entre otras modificaciones, introduce diversas letras al artículo 17 de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores destinados a regular la información técnica que debe proporcionárseles a los consumidores financieros, y agrega un inciso segundo al artículo 3° que tipificó expresamente sus derechos e incorpora normas que revelan una especial preocupación por regular la publicidad financiera. Tal es el caso de los artículos 17 G, relativo a la publicidad de la CAE; 17 L, a propósito de la publicidad engañosa, y 62, que impone la obligación de dictar reglamentos que disciplinen, entre otras materias, la publicidad dirigida a tales consumidores, aprobados por los decretos supremos del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo N° 42, N° 43 y N° 44 que contienen, respectivamente, el Reglamento sobre Información de Créditos Hipotecarios, el Reglamento de Créditos de Consumo y el Reglamento de Tarjetas de Crédito Bancarias y No Bancarias.

Pues bien, abordar la responsabilidad derivada de la publicidad comercial ilícita dirigida al consumidor financiero es relevante no solo porque permite hacerse cargo de la racionalidad imperfecta a la que aludimos previamente y del sobreendeudamiento que ella puede acarrear, sino porque permite fortalecer su tutela en una dimensión preventiva y represiva, toda vez que, articulada dicha responsabilidad, el proveedor, anunciante o ambos podrían desistir de dirigir tal publicidad al consumidor financiero o bien asumir que el contenido del mensaje publicitario o la forma en que este se comunica puede acarrearles consecuencias adversas.

Pero configurar este efecto preventivo y represivo y generar en ellos la convicción que tal responsabilidad puede alcanzarlos, requiere examinar al menos cinco aristas previas que hasta ahora no han sido exploradas entre nosotros y que permiten constatar la relevancia de asumir el desafío dogmático que proponemos. La primera de ellas supone identificar la publicidad ilícita dirigida al consumidor financiero más allá de aquella específicamente disciplinada en nuestro ordenamiento jurídico —que

como lo revela el artículo 17 L de la LPDC se restringe a la engañosa, dado que es posible sustentar la procedencia de otras ilicitudes publicitarias a partir de la LPDC que revisten particular relevancia respecto del consumidor financiero. La segunda es que tal indagación nos permitirá advertir que se puede dibujar, según el caso, un sistema en que la responsabilidad no se traduce tan solo en la indemnización de daños, sino que, siguiendo el modelo acuñado por el moderno derecho de contratos, puede concebirse como una ordenación más amplia de medios de tutela en favor del consumidor. La tercera es la posibilidad de perseguir decididamente la responsabilidad por anuncios publicitarios que coaccionen, acosen o influyan indebidamente en el consumidor determinando que adopte una decisión de consumo que de otra forma no hubiera tomado u oculten su carácter publicitario, pues, a falta de regulación de la publicidad ilícita, podría pensarse que la única alternativa posible es recurrir al Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR), restringiendo la tutela del consumidor a la mera cesación de la publicidad o retiro de la pieza publicitaria. La cuarta es que constreñir la publicidad ilícita exclusivamente a aquella engañosa obsta al principio de reparación integral, puesto que si se vulnera el derecho a la libre elección del bien o servicio signado en el artículo 3° letra a) de la LPDC (publicidad agresiva) o el derecho a la información veraz y oportuna consagrado en la letra b) de dicho precepto (publicidad encubierta) y se causan daños al consumidor se estaría desestimando la tutela resarcitoria. Finalmente, la quinta es que la sistematización que proponemos permite al consumidor diseñar su estrategia de protección frente a los anuncios publicitarios ilícitos más allá de la mera acción indemnizatoria que puede ser contractual, precontractual o extracontractual, según el caso.

Nuestro objetivo, entonces, es delinear el estatuto de la responsabilidad por publicidad ilícita dirigida al consumidor financiero en el derecho chileno. Para alcanzarlo, procederemos en dos tiempos. En el primero nos aproximaremos a la publicidad ilícita e identificaremos sus especies, abocándonos a aquellas que incidan exclusivamente en el sobreendeudamiento del consumidor financiero, toda vez que ellas son las que adquieren relevancia respecto de esta particular categoría de consumidor. Seguidamente, indicaremos cuál es la responsabilidad (en sentido amplio) que puede hacerse efectiva respecto del anunciante y/o proveedor en cada uno de esos ilícitos publicitarios, evidenciando que no siempre ella se traduce en la indemnización de daños, sino que también puede instarse por otra acción civil que

deviene en un medio de tutela para el consumidor. Finalmente, consignaremos nuestras conclusiones.

5.2. La publicidad ilícita dirigida al consumidor financiero que incide en su sobreendeudamiento y la responsabilidad que se activa frente a su acaecimiento

Una primera cuestión que debe dilucidarse es qué entenderemos por publicidad ilícita, pues nuestro legislador no la define ni establece criterios que permitan identificarla. Pero es lógico intuir que ella se configurará si expresamente se tipifica como tal —cual es el caso de la publicidad engañosa— o si contraviene los derechos básicos de los consumidores indicados en el artículo 3° de la LPDC, específicamente el derecho a la libre elección del bien o servicio, el derecho a la información veraz y oportuna, el derecho a no ser discriminado arbitrariamente por el proveedor de bienes o servicios y el derecho a la seguridad en el consumo. El derecho a la reparación adecuada y oportuna de todos los daños, consagrado en el artículo 3° letra e), en tanto, se vulnerará en el evento que no reconozcamos publicidades ilícitas diversas a la engañosa.

La publicidad ilícita comprenderá, por tanto, la publicidad engañosa, agresiva, abusiva, desleal y la encubierta, pero solo alguna de ellas son las que aquí interesan, toda vez que inciden en el sobreendeudamiento del consumidor financiero. En efecto, la publicidad abusiva y la publicidad desleal no conllevan tal efecto, dado que la primera atiende a la vulneración de sus garantías constitucionales y las regulaciones que tienen por objeto protegerlas, infringiendo la legalidad vigente (como acontece con la publicidad sexista y aquella que hipersexualiza a menores o discrimina y estereotipa al consumidor por cualquier causa), y la segunda afecta a los competidores del anunciante y colateralmente a sus consumidores sin agravar su situación económica (y puede devenir en engañosa, confusionista, comparativa, denigratoria y adhesiva o parasitaria que pueden construirse a partir de la Ley N° 20.169 y que hemos examinado en otro sitio).

Aquellas relevantes, por consiguiente, para nuestro propósito son la publicidad engañosa, la publicidad agresiva y la publicidad encubierta cuyo destinatario es el consumidor financiero. La primera se encuentra

expresamente disciplinada en el artículo 17 L de la LPDC en forma confusa y reiterativa respecto de los otros preceptos de dicha ley que regulan la publicidad engañosa (artículos 28, 28 A y 33), motivo por el cual ha sido objeto de críticas por nuestra dogmática y complementada, como veremos, por determinados artículos del Reglamento sobre Información de Créditos Hipotecarios, del Reglamento de Créditos de Consumo y del Reglamento de Tarjetas de Crédito Bancarias y No Bancarias antes aludidos. La segunda y tercera, en cambio, no se encuentran consagradas a nivel legal ni reglamentario, pero una interpretación armónica de algunos preceptos nos permitirá sustentar su procedencia. En este mismo orden, las examinaremos.

A) *La publicidad engañosa dirigida al consumidor financiero*

Como se ha precisado más arriba, el artículo 17 L de la LPDC tuvo por propósito regular la publicidad engañosa cuyo destinatario es el consumidor financiero, pero claramente no alcanzó tal objetivo, sino que terminó por complejizar la configuración de dicho ilícito, advirtiéndose dos grandes deficiencias. De un lado, no lo dotó de contenido técnico en circunstancias que el detalle de la información que debe proporcionárseles a los consumidores financieros ameritaba referir, al menos a título enunciativo, las condiciones objetivas contenidas en la publicidad, ampliando el listado indicado en el artículo 28 que disciplina este ilícito respecto de los consumidores en general. Y, de otro, se distanció del tenor literal de este último precepto, prescindiendo de elementos que este consideraba (la expresión "a sabiendas o debiendo saberlo") e incorporando otros que aquel no contemplaba (la referencia a la indemnización de daños), generando así una incongruencia normativa evidente.

Afortunadamente, ambos inconvenientes se han ido superando: el primero por vía reglamentaria y el segundo por vía doctrinaria.

En efecto, probablemente ante la falta de especificación de las condiciones objetivas que pueden integrarse al contrato y en cumplimiento del mandato del artículo 62 de la LPDC —que como ha quedado dicho impone la obligación de dictar reglamentos que regulen la información proporcionada a los consumidores financieros—, el artículo 3° N° 38 del Reglamento sobre Información de Créditos Hipotecarios, el artículo 3° N° 40 del Reglamento de Créditos de Consumo y el artículo 3° N° 56 del Reglamento

de Tarjetas de Crédito indiquen, respectivamente, catorce, trece y nueve condiciones objetivas distintas a aquellas que consigna el artículo 28 de la LPDC, destacando como comunes la CAE (carga anual equivalente), el interés moratorio y el gasto de cobranza, además de incorporar una mención expresa a la veracidad en la información publicitada en sus artículos 37, 35 y 36. La referencia a la CAE ciertamente es relevante, ya que, si bien su publicidad está regulada en el artículo 17 G sin que el artículo 17 L efectúe referencia alguna a ella, resulta evidente que la falta de precisión de esta o su contradicción con la tasa de interés u otra información consignada en la publicidad tienen la virtualidad de inducir a error o a engaño al consumidor financiero, como de hecho lo ha sostenido el CONAR en un dictamen ético al que aludiremos más adelante.

De otro lado, un examen de la doctrina que ha indagado este tópico y de la jurisprudencia más reciente que se ha pronunciado sobre la configuración de la publicidad engañosa revela que ella existe si el mensaje publicitario tan solo tiene la potencialidad de inducir a error o engaño a los consumidores a través de una acción, omisión o acto de confusión respecto a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedad, origen, precio y cualquier otro dato relevante o esencial del producto o servicio, influyendo en su comportamiento económico. Así también lo evidencia una interpretación armónica de los artículos 17 L, 28, 28 A y 33 de la LPDC, de modo que la expresión "a sabiendas o debiendo saberlo" no contenida en el artículo 17 L, pero empleada por el artículo 28, resulta irrelevante para su configuración, pues basta la inducción a error o engaño, independientemente de la imputabilidad de quien la efectúa.

Reformulada, entonces, la noción de publicidad engañosa en la LPDC cabe precisar la responsabilidad que puede activarse por su acaecimiento. Y una lectura detenida de dicha ley revela que ella no solo comprende la indemnización de daños sino también la cesación o suspensión del anuncio publicitario o su corrección, toda vez que, si bien el artículo 31 de la LPDC regula ambas acciones respecto de la publicidad falsa, esta última se subsume en la engañosa, pues induce a error o a engaño. Tal constatación es fundamental, ya que trata de mecanismos especiales que pueden resultar muy adecuados según el caso, pues el primero tutela preventivamente el daño, dado que tiene por propósito obtener la cesación de la publicidad engañosa para evitar que la inducción a error o engaño a través del mensaje publicitario continúe; en tanto, el segundo exige difundir nuevos mensajes que

materialmente corrijan los anteriores, deviniendo el remedio más eficaz para remitir los efectos de tal publicidad, pues elimina los pensamientos que subsisten en la mente de los consumidores.

Pues bien, como nos encontramos ante una noción unívoca de publicidad engañosa, no existiría, por consiguiente, diferencia alguna entre los efectos de la publicidad engañosa disciplinada en el artículo 17 L y en el artículo 28 de la LPDC, debiendo entenderse que el primero de ellos alude a la indemnización de daños en forma inoficiosa, toda vez que, si no aludiera a ella, igualmente podría demandarse de conformidad a lo prevenido en el artículo 50 de dicha ley.

Con todo, un análisis de las sentencias pronunciadas por nuestros tribunales a propósito de la infracción del artículo 17 L de la LPDC y de los dictámenes éticos del CONAR nos permite arribar al menos a tres constataciones: la primera es que la vulneración de dicha norma no ha sido objeto de alta litigiosidad; la segunda, que cuando ello ha acontecido solo se ha reclamado la indemnización de daños, y la tercera, que tal alegación no se ha realizado siempre en sede judicial, sino, al menos en una ocasión, en sede de autorregulación publicitaria.

En lo que concierne a las sentencias de nuestros tribunales, hasta donde llegan nuestras noticias, el único caso sería “Álvarez con Falabella”, de 2016, conocido por la Corte de Apelaciones de Antofagasta a propósito de un recurso de apelación interpuesto por el SERNAC ante la sentencia del tribunal de primera instancia que desestimó la denuncia infraccional y la demanda indemnizatoria por la publicidad engañosa asociada a una tarjeta de crédito. Los hechos fueron los siguientes: la recurrente acudió a Falabella a comprar ropa de colegio, dado que había recibido un folleto en su domicilio que indicaba “aprovecha esta vuelta a clases con un 20% en todos los productos, incluyendo textos escolares. Exclusivo con CMRVISA, CMR FALABELLA y BANCO FALABELLA”. En tal convencimiento acudió a la caja de dicha tienda a efectuar el pago con su tarjeta CMR Falabella y, al hacer exigible la oferta, se le indicó que el descuento podía utilizarlo una sola vez y que la promoción era válida solo para Santiago, advertencia que no constaba en el referido folleto. La Corte de Apelaciones de Antofagasta acogió el referido recurso de apelación, pues estimó que efectivamente se vulneró el artículo 17 L, condenado a Falabella al pago de una multa de 25 UTM y a indemnizar a la consumidora el daño emergente y el daño moral derivado de dicha publicidad. A tal efecto, precisó

que la inducción a error que configura la publicidad engañosa “se inicia con el envío de una propaganda a regiones sobre compras de productos con rebaja que debe realizarse en Santiago, sin que se realice advertencia alguna, lo que colabora al error”, agregando que dicha propaganda altera la información con el objeto de inducir al cliente a la compra, más aún si se indica que el descuento procede si se paga exclusivamente con las tarjetas CMRVISA, CMR Falabella y Banco Falabella.

Tratándose de los dictámenes éticos del CONAR, también existiría un único caso en que se habría reclamado la publicidad engañosa dirigida al consumidor financiero. Este fue el siguiente: la empresa Nissan Chile SpA. publicitó en los diarios *La Tercera* y en *El Mercurio* el modelo Qashqai Sense MT bajo el título “Nissan REDSALE”, un vehículo sobre un fondo rojo que señalaba “0% interés”, indicando más abajo “Desde \$11.990.000 Bono credi Nissan plus \$3.221.000” y “CAE: 6,87%/Precio Lista \$15.211.000/CTC \$6.433.576”, e insertando una cita aclaratoria con las condiciones y costo del crédito para la compra a 24 meses. El CONAR, en dictamen ético de 15 de abril 2020, estimó que dicha nota modificaba sustancialmente el mensaje principal, induciendo a error al público respecto del precio al cual es posible obtener el producto publicitado, consignando que se configuraba una infracción a los artículos 8° y 16 del Código chileno de Ética Publicitaria (CchEP) relativos a la veracidad publicitaria y a la publicidad de precios y ordenando el retiro de la pieza publicitaria.

Lo cierto es que, sin perjuicio del correcto razonamiento vertido en dicho dictamen, la ilicitud que se reclama también podría haberse encausado por infracción del artículo 17 L ante el tribunal competente, lo que habría permitido activar la tutela por publicidad engañosa prevista en la LPDC que va más allá de la cesación publicitaria o del retiro de la publicidad que ordena el CONAR, sino que comprende, como hemos precisado más arriba, la publicidad correctiva, la indemnización de daños y la posibilidad de activar la integración publicitaria a partir de los artículos 1° N° 4 y 28 de la LPDC, permitiendo esta última al consumidor recurrir a los medios de tutela por incumplimiento que estime que satisfacen de mejor forma su interés contractual. Ello, sin perjuicio de que decida prescindir de todas estas alternativas e inclinarse por demandar la nulidad relativa del contrato celebrado con ocasión de la publicidad engañosa en la medida que pueda acreditar el dolo que dicha nulidad exige.

B) *La publicidad agresiva dirigida al consumidor financiero*

Otro ilícito publicitario que adquiere relevancia tratándose del consumidor financiero es la publicidad agresiva, esto es, aquella que a través de la coacción, acoso e influencia indebida vulnera la libertad de elección de los consumidores, limitando significativamente su capacidad para adoptar una decisión económica que de otra forma no hubiera tomado. Infringe, por consiguiente, el derecho del consumidor a la libre elección del bien o servicio consagrado en el artículo 3° letra a) de la LPDC.

Existe coacción si a través de fuerza física o de otra clase se le ocasiona un daño al consumidor o se amenaza con ocasionarlo, generando en este la expectativa que la celebración de un contrato acarreará el cese de dicha amenaza o la obtención un beneficio real. El acoso, en cambio, se verifica si a través de la publicidad se presiona al potencial adquirente de un producto para comprarlo directamente o a distancia impidiéndole que reflexione sobre la conveniencia de tal transacción. Finalmente, la influencia indebida tiene lugar cuando el anunciante se aprovecha de la posición de poder que ostenta respecto del destinatario, disminuyendo ostensiblemente su capacidad para adoptar una decisión económica, y se presenta, por ejemplo, si se utilizan ganchos comerciales o personajes de confianza, prevaleciéndose de la credulidad o ingenuidad de los menores de edad para que persuadan a sus padres para adquirir determinados bienes o contratar ciertos servicios y, en lo que aquí interesa, si un proveedor publicita un producto contrario a los intereses del consumidor necesitado de financiamiento y ostenta dicho poder o tal publicidad proviene de un influenciador o *influencer* que ejerce una influencia similar en él.

Esta especie de publicidad no se encuentra tipificada en la LPDC, pero, como hemos consignado en otro sitio, es posible sustentar su procedencia en nuestro derecho a partir de diversos argumentos o premisas. Tales son: (i) el *alterum non laedere* consagrado en el artículo 2314 del Código Civil; (ii) el derecho del consumidor a la libre elección del bien o servicio contemplado en la letra a) del artículo 3° de la LPDC; (iii) el derecho del consumidor a suspender los envíos de comunicaciones promocionales y/o publicitarias no deseadas reconocido en el artículo 28 B de la LPDC, y (iv) la proscripción de la fuerza moral en la celebración de actos o contratos si es grave, injusta y determinante en los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil.

Sin embargo, tratándose del consumidor financiero, se agregan dos artículos que parecen proscribir la coacción y el acoso en la contratación de productos y servicios financieros y que, por lo mismo, nos permiten abogar por la procedencia de la publicidad agresiva tratándose de este consumidor. El primero de ellos es el artículo 17 F, examinado por el profesor Guillermo CABALLERO, que repudia el envío de productos o contratos representativos de ellos no solicitados por el consumidor a su domicilio o lugar de trabajo, entendiéndose que, si la publicidad lo acompaña, se torna ilícita. El segundo es el artículo 17 H, explorado detenidamente por la profesora Francisca BARRIENTOS, que prohíbe las ventas atadas y, específicamente en lo que aquí interesa, a los proveedores de productos o servicios financieros "ofrecerlos" de manera atada, y en su letra a), "imponer la contratación de otros productos o servicios adicionales, especiales o conexos", frase esta última que denota una especie de coacción extrapolable a la publicidad.

En consecuencia, este ilícito publicitario faculta al consumidor financiero no solo a instar por la indemnización de daños derivada de la vulneración del derecho a la libre elección del bien o servicio antes referido, sino también a demandar la nulidad relativa si el consumidor celebra un contrato por coacción y esta reúne los requisitos establecidos en los artículos 1456 y 1457 del Código Civil y, dependiendo del rol que se le asigne al desequilibrio o asimetría contractual ocasionado por la influencia indebida, la nulidad absoluta, la nulidad relativa y la adaptación de contrato a opción del consumidor. En efecto, si se concibe al equilibrio contractual como un elemento esencial general del contrato, su ausencia determinará la procedencia de la nulidad relativa; si se considera que constituye una calidad esencial del objeto sobre el que versa el contrato, puede configurarse un error sustancial que hace procedente la nulidad relativa; finalmente, si se estima que dicha asimetría no reviste estos caracteres, aparece como una alternativa posible solicitar la adaptación del contrato a la otra parte si tal ajuste efectivamente permite restablecer el equilibrio prestacional.

C) *La publicidad encubierta dirigida al consumidor financiero*

El último ilícito publicitario que abordaremos es la publicidad encubierta y, como también precisamos más arriba, no se encuentra regulado en la LPDC ni en otra ley especial. Ella tiene lugar, como ha señalado DE LA

CUESTA, cuando el mensaje publicitario, sea en un medio escrito o audiovisual, se encuentra investido de los modos o los lenguajes que son típicos de mensajes informativos de otro carácter.

Se configura, en consecuencia, cuando se induce a error o engaño respecto de la naturaleza publicitaria del mensaje que se transmite, impidiendo al destinatario distinguirlo de la mera información y haciéndolo más vulnerable a la persuasión que este envuelve. Dicho de otra forma, la ilicitud atiende a la forma de publicitar el producto o servicio y no a algún dato relevante o esencial de ellos, de modo que, a diferencia de la publicidad engañosa, no recae en el contenido del mensaje (como lo revelan los artículos 17 L, 28, 28 A y 33 de la LPDC), lo que justifica un tratamiento separado de esta, si bien se subsume en la fórmula amplia de engaño publicitario.

La pregunta que surge, entonces, es si es posible sustentar la procedencia de la publicidad encubierta en nuestro derecho y perfilarla como una especie de publicidad ilícita que la LPDC repudia. Y la respuesta, a nuestro juicio, es afirmativa, dado que ella vulnera el derecho a la información veraz y oportuna del consumidor signado en el artículo 3° letra b) de la LPDC relativa, en este caso, a la naturaleza publicitaria del mensaje o aviso, conducta que acarrea, a su vez, la contravención del artículo 1° N° 4 que define publicidad a partir de un elemento informativo u objetivo (que en este caso no se advertiría) y otro subjetivo o persuasivo.

Miradas las cosas desde esta perspectiva, existiría una vulneración al principio de autenticidad o de autoidentificación publicitaria, admitido expresamente por el SERNAC primeramente en el documento titulado "Análisis, vigilancia y gestión jurídica de la publicidad en Chile", de abril de 2017, y posteriormente en la Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales de 21 de marzo de 2019, y que hemos examinado en otro sitio. Y es que dicho principio impone la necesidad de que la publicidad se diferencie claramente de la información noticiosa contenida en los medios de comunicación masiva con el propósito que el público no se confunda al tomar como información objetiva lo que en realidad es promoción publicitaria de un producto, de una empresa o de una actividad determinada, lo que no acontece en la publicidad encubierta.

Especial relevancia adquiere en este contexto la publicidad nativa, esto es, aquella que se integra al contenido natural de una página o a la funcio-

nalidad del medio en que se publica y particularmente aquella realizada por los *influencers*, pues, sin perjuicio que estos últimos puedan inducir a error o a engaño respecto de un dato relevante o esencial de un producto o servicio que publicitan y que en atención a la influencia que ejercen en el destinatario alteren significativamente su decisión de consumo, resulta evidente que, si no explicitan que existe un acuerdo comercial entre ellos y la marca que ofertan o promocionan, tal publicidad será encubierta, toda vez que el destinatario no se encuentra en condiciones de identificarla. La situación es más alarmante tratándose del consumidor financiero, dado que tal ocultamiento, unido a sus evidentes sesgos cognitivos, puede resultar determinante en la contratación de un servicio o producto financiero que no le sea conveniente.

Pues bien, atendido que existe una infracción al artículo 3° letra b) de la LPDC se activa, al igual que en el caso de la publicidad engañosa y la publicidad agresiva, no solo la multa infraccional del artículo 24 de la LPDC, sino también la posibilidad de demandar la indemnización de los daños que tal publicidad acarree, como lo prevé expresamente el inciso segundo del artículo 50 de dicha ley, además de la tutela prevista en el artículo 5° de la Ley N° 20.169 si se considera que, además, se configura el ilícito concurrencial del artículo 3° de dicha ley, cuestión que excede el análisis que venimos realizando.

5.3. Los sujetos en contra de los cuales el consumidor financiero puede hacer efectiva la responsabilidad por la publicidad ilícita dirigida en su contra

Establecida la tipología de la ilicitud y la responsabilidad derivada de ella, cabe preguntarse contra quién o quiénes se dirigen las acciones aludidas o, si se quiere, se hace efectiva la responsabilidad en sentido amplio que hemos venido examinando. Y para responder esa pregunta debemos determinar si el proveedor o prestador de servicios financieros es, a la vez, el anunciante o se trata de dos personas diversas. En la primera hipótesis no cabe duda de que el responsable será el proveedor anunciante, quien debe observar el deber de profesionalidad formulado en la Circular del SERNAC sobre el derecho a la calidad e idoneidad en el Régimen de Garantías de 21 de marzo de 2019, según el cual en su calidad de profesional del comercio debe observar una diligencia proporcional a tal pericia, diligencia

que se extiende a la actividad publicitaria si además deviene en anunciante. Por consiguiente, además de su deber de profesionalidad como proveedor o prestador (respecto de la idoneidad y aptitud del bien o servicio), no puede incurrir en las ilicitudes publicitarias que hemos referido, porque la inducción a error, engaño o confusión al consumidor, la coacción, amenaza o influencia indebida para que este adopte una determinada decisión de consumo y el ocultamiento de la naturaleza publicitaria del mensaje, así como la vulneración del derecho a la información veraz y oportuna y a la libre elección del bien o servicio son contrarios al referido deber.

Cuestión distinta acontece si además del anunciante interviene una agencia de publicidad u otro sujeto que realice la transmisión publicitaria, pues estaremos ante una hipótesis de responsabilidad concurrente (en la medida que estos últimos estén en conocimiento de la ilicitud publicitaria), dado que existen varias obligaciones independientes, pero que convergen en el objeto o prestación, de modo que los deudores, a pesar de tener diversos vínculos originados en fuentes distintas (deber de profesionalidad respecto de la actividad publicitaria en el caso del anunciante y deber de profesionalidad respecto de la difusión publicitaria en el caso de la agencia o el responsable de la transmisión publicitaria), deben cumplir pagando la misma o idéntica prestación y pueden ser demandados por el total.

Resulta claro, entonces, que las acciones de cesación, de publicidad correctiva, de indemnización de daños y aquellas derivadas de la integración publicitaria por activación de la garantía legal deben entablarse en contra del anunciante como consecuencia de la vulneración de su deber de profesionalidad. Lo mismo ocurrirá con la acción de nulidad relativa que emana de la publicidad agresiva, pues deberá entablarse en contra del proveedor o prestador de servicios con el que se contrató y que encargó la realización de la publicidad a un tercero, toda vez que para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario, como lo prescribe el artículo 1457 del Código Civil, que la fuerza provenga de quien se beneficia de ella sino que de cualquier persona.

5.4. Conclusiones

De lo expuesto en los apartados precedentes es posible arribar al menos a las siguientes conclusiones:

- 1) La responsabilidad por publicidad ilícita dirigida al consumidor financiero no siempre se traduce en la indemnización de daños, sino que puede activarse la nulidad relativa (por publicidad engañosa, por publicidad agresiva por coacción o por publicidad agresiva por influencia indebida), la cesación o suspensión publicitaria y la publicidad correctiva o la integración publicitaria, de modo que ella no se agota exclusivamente en la LPDC, sino que también puede recurrirse, dependiendo de la hipótesis, al Código Civil.
- 2) Tal indemnización no siempre será contractual, sino que puede ser precontractual o extracontractual, como lo evidencia la indemnización de daños que puede acompañar a la nulidad relativa en supuestos de publicidad agresiva o de publicidad engañosa, aquella que se impetra por publicidad engañosa sin que se haya celebrado contrato alguno y el daño moral que en todos estos casos pueda acreditar el consumidor como consecuencia de la afectación de sus derechos de personalidad moral.
- 3) La ausencia de regulación de la publicidad ilícita en la LPC o en una ley especialmente destinada al efecto no impide perseguir la responsabilidad derivada de ella y configurar, siguiendo el modelo acuñado en el derecho de contratos a propósito de responsabilidad contractual y precontractual, un sistema de responsabilidad, identificando un elemento articulador de la ilicitud y aglutinando en torno a este los medios de tutela que se activan por su acaecimiento. En el caso de la publicidad ilícita tal elemento sería la vulneración de determinados derechos del consumidor que hemos venido examinando, los que, a su vez, permiten construir los principios de la publicidad comercial, cuya procedencia y configuración han sido admitidas por el SERNAC en el documento titulado "Análisis, vigilancia y gestión jurídica de la publicidad en Chile" de 2017 y en la Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales de 2019 y que nosotros hemos explorado con mayor detención en otro lugar.