

Legal |  
Opinión | Artículo 1 de 1

# La responsabilidad por publicidad ilícita y su incidencia en la tutela de los consumidores

**“...Resulta cada vez más necesario tratándose de los consumidores en general y especialmente de aquellos hipervulnerables expuestos permanentemente a la publicidad, como acontece con los niños, niñas y adolescentes y con el consumidor financiero, pues permitirá fortalecer la tutela de sus derechos frente a la actividad publicitaria ilícita que, con excepción de la engañosa, parece encontrar hasta ahora un reproche más ético que jurídico...”**

Martes, 03 de noviembre de 2020 a las 12:11



A<sup>-</sup> A<sup>+</sup> Imprimir Enviar

**Patricia López**

Desde antiguo nuestra doctrina se ha abocado al estudio de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, focalizando su atención en las últimas décadas en los regímenes especiales de responsabilidad, específicamente en lo que concierne a productos defectuosos, daños ambientales, vicios de construcción y, recientemente, a propósito de desastres naturales.

Sin embargo, nada se ha dicho de la responsabilidad por publicidad ilícita a pesar que los supuestos en que ella se presenta han sido cada vez más frecuentes tratándose de la publicidad engañosa, abusiva, agresiva y encubierta. Sirva de ejemplo, en lo que respecta a la primera, la denuncia efectuada por el Sernac en el año 2018 respecto de planes aparentemente ilimitados de telefonía móvil ofrecidos por Entel, Movistar y Wom, en circunstancias que en la letra chica del anuncio y en las condiciones de su sitio web existían diversas limitaciones. En lo que concierne a la publicidad abusiva

destaca la *publicidad sexista* y aquella que *hipersexualiza a niñas, niños y adolescentes*; tratándose de la agresiva, la que utiliza *ganchos comerciales* para inducir el consumo de menores de edad aprovechándose de su credulidad y la que coacciona o acosa al consumidor para que adopte una determinada decisión de consumo, y, a propósito de la encubierta, la realizada por *influencers* que no revelan dicha calidad.

De otro lado, la atención de la dogmática se ha focalizado en la publicidad engañosa y particularmente en la indemnización de daños y en la integración publicitaria, sin advertir que además de tales medios de tutela pueden activarse otros que también obedecen a acciones civiles, cuales son la suspensión o cesación publicitaria y la publicidad correctiva. A ello se agrega que no se ha abordado la responsabilidad derivada de otras especies de publicidad ilícita en forma integral ni se han estudiado los diversos factores que pueden condicionar una u otra.

Se trata, entonces, de un tópico inexplorado que resulta interesante indagar por varias razones. En primer lugar, porque la publicidad lícita no está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante lo cual su procedencia puede sustentarse a partir de la vulneración de determinadas normas. En segundo lugar, porque su indagación nos permitirá advertir que se puede dibujar, según el caso, un sistema en que la responsabilidad no se reconduce solo a la indemnización de daños, sino que puede concebirse como una *ordenación más amplia* de medios de tutela en favor del consumidor. En tercer lugar, porque evidencia que es posible perseguir la responsabilidad por anuncios publicitarios respecto de los cuales solo se ha recurrido al Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (Conar), aduciendo al efecto que a falta de ley que tipifique tal responsabilidad ella no podría hacerse efectiva. Piénsese en la publicidad sexista y en aquella que hipersexualiza a menores de edad (específicamente en la denuncia efectuada por la Defensoría de la Niñez ante el Conar contra Monarch y Calzado C Moran por la publicidad gráfica relacionada con la campaña de uniformes escolares 2021, que tuvo gran connotación mediática durante enero y febrero de este año). En cuarto lugar, dado que no admitir que existen especies de publicidad ilícita más allá de la publicidad engañosa obsta *al principio de reparación integral*, puesto que se estaría desestimando una tutela resarcitoria existiendo daños a los derechos de la personalidad moral del consumidor. Finalmente, porque la sistematización que proponemos permite al consumidor *diseñar su estrategia de protección* frente a los diversos ilícitos publicitarios a los que pueda verse expuesto.

Asentadas las ventajas derivadas de articular la responsabilidad por publicidad ilícita en el derecho chileno cabe preguntarse cómo podría alcanzarse dicho objetivo. Y la respuesta es que primeramente deben identificarse las especies de publicidad ilícita que lesionan los derechos de los consumidores y, seguidamente, determinar respecto de quiénes puede hacerse efectiva tal responsabilidad.

En lo que concierne a la primera cuestión, nuestro legislador, si bien define publicidad en la Ley 19.496 (LPC), no ha establecido una tipología de ella. Sin embargo, es lógico intuir que devendrá en *ilícita* si expresamente se tipifica como tal (publicidad engañosa) o sin tipificar se contraviene los derechos de

los consumidores signados en el artículo 3 de la LPC (específicamente el derecho a la libre elección del bien o servicio, el derecho a una 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). Especial relevancia cobra el derecho a la reparación adecuada y oportuna de todos los daños consagrado en el artículo 3 letra e), toda vez que se vulnerará en el evento que no reconozcamos especies de publicidad ilícita no tipificadas, esto es, distintas a la engañosa.

Miradas las cosas desde esta perspectiva, la publicidad ilícita comprenderá, al menos, la publicidad engañosa, agresiva, abusiva y encubierta.

Comencemos por la *publicidad engañosa*. Acá solo consignaremos dos ideas. La primera es que si bien la LPC no la define, una interpretación armónica de los artículos 17L, 28, 28A y 33 revela que ella existe si el mensaje induce o puede 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 o cualquier otro *dato relevante o esencial* del producto o servicio, influyendo en el comportamiento económico de los consumidores. La segunda, que la responsabilidad derivada de ella no se reduce a la indemnización de daños o a la integración publicitaria, sino que también comprende la cesación o suspensión del anuncio publicitario o su corrección, toda vez que si bien el artículo 31 de la LPC regula ambas acciones respecto de la publicidad falsa, esta última se subsume en la engañosa.

La publicidad *abusiva*, en cambio, se configura si se infringen las garantías constitucionales o derechos de la personalidad moral del consumidor y las regulaciones que tienen por objeto protegerlas. Así acontece si el mensaje publicitario menoscaba la dignidad humana o es discriminatorio, como sucede en la *publicidad sexista* o en aquella que *hipersexualiza* a menores, vulnerando los derechos de los consumidores consagrados en el artículo 3 letra c) y d) de la LPC. De allí que se active, además de la multa infraccional prevista en el artículo 24, la indemnización del inciso segundo del artículo 50 de la LPC que deviene en extracontractual y que deriva de la vulneración de los derechos de la *personalidad de los consumidores*.

Por su parte, la *publicidad agresiva* 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. Infringe, entonces, el derecho del consumidor a la libre elección del bien o servicio signado en el art. 3 letra a) de la LPC. Cabe precisar que la influencia indebida tiene lugar cuando el anunciante se aprovecha de la posición de poder que ostenta respecto del destinatario y se presenta, entre otros casos, si se utilizan ganchos comerciales o personajes de confianza, prevaliéndose de la credulidad o ingenuidad de los menores de edad para que persuadan a sus padres para adquirir, por ejemplo, alimentos “altos en” (hipótesis prevista en los artículos 6 inciso tercero y 8 de la Ley 20.606). Por consiguiente, este ilícito publicitario permite al consumidor —además de solicitar la multa infraccional y la indemnización derivadas de la vulneración del derecho a la libre elección del bien o servicio—demandar la nulidad relativa si celebra un contrato por *coacción* y ella reúne los

requisitos establecidos en los artículos 1456 y 1457 del Código Civil y, dependiendo del rol que se le asigne al *desequilibrio contractual* ocasionado por la *influencia indebida*, la nulidad absoluta, la nulidad relativa y la adaptación de contrato a opción del consumidor

En lo que respecta a los sujetos en contra de quienes pueden dirigirse las acciones aludidas debemos determinar si el proveedor es, a la vez, el anunciante o se trata de dos personas diversas. La primera hipótesis no reviste mayor inconveniente, dado que la responsabilidad del proveedor anunciante emana de su *deber de profesionalidad* que le impone una diligencia proporcional a su pericia profesional y que claramente excluye las ilicitudes publicitarias que hemos referido. Cuestión distinta acontece si se trata de personas diversas, ya que se presentaría una hipótesis de *responsabilidad concurrente*, toda vez que existen varias obligaciones independientes, pero que convergen en el *objeto o prestación*, de modo que los deudores (proveedor y anunciante) a pesar de tener diversos vínculos originados en fuentes distintas (deber de profesionalidad respecto de la idoneidad y aptitud del bien o servicio/ deber de profesionalidad respecto de la actividad publicitaria), *deben cumplir pagando la misma o idéntica prestación y pueden ser demandados por el total*. Ciertamente las acciones de cesación, de publicidad correctiva, de indemnización y aquellas derivadas de la integración publicitaria deben entablarse contra el anunciante. Distinto es el caso de la acción de nulidad relativa que emana de la publicidad agresiva, pues deberá interponerse en contra del proveedor con el que se contrató y que encargó la publicidad al anunciante, ya que el artículo 1457 del Código Civil no exige que la fuerza provenga de quien se beneficia de ella sino que de cualquier persona.

Pues bien, todo lo dicho hasta acá nos permite arribar a las siguientes constataciones. En primer lugar, que la responsabilidad por publicidad ilícita no siempre se traduce en la indemnización, sino que puede activarse la nulidad relativa (por publicidad agresiva por coacción y por influencia indebida), la cesación o suspensión publicitaria y la publicidad correctiva o la integración publicitaria, de modo que no se agota *exclusivamente* en la LPC. En segundo lugar, que tal indemnización no siempre será contractual, sino que puede ser precontractual o extracontractual, adquiriendo particular relevancia aquella por vulneración de los derechos de la personalidad tratándose de la publicidad abusiva, específicamente por lesión a la integridad física y síquica del consumidor. En tercer lugar, que la ausencia de ley que tipifique la publicidad ilícita no impide configurar un *sistema de responsabilidad* (identificando un *elemento articulador* de tal ilicitud y los medios de tutela que se activan por su acaecimiento) ni perseguirla respecto del proveedor y/o el anunciante.

Asumir este último desafío resulta cada vez más necesario tratándose de los consumidores en general y especialmente de aquellos *hipervulnerables* expuestos permanentemente a la publicidad, como acontece con los niños, niñas y adolescentes y con el consumidor financiero, pues permitirá fortalecer la tutela de sus derechos frente a la actividad publicitaria ilícita que, con excepción de la engañosa, parece encontrar hasta ahora un reproche más ético que jurídico.

\* *Patricia López Díaz es profesora de Derecho Civil Universidad Diego Portales.*

*\*\* Esta columna 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 cual la autora es investigadora responsable.*

---

# EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online