

LA PUBLICIDAD DESLEAL Y LA TUTELA DEL COMPETIDOR: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO CHILENO

UNFAIR ADVERTISING AND THE PROTECTION OF THE COMPETITOR: AN APPROACH FROM THE CHILEAN LAW

PATRICIA VERÓNICA LÓPEZ DÍAZ * **

RESUMEN

El presente trabajo tiene por propósito abordar la publicidad desleal en el ordenamiento jurídico chileno como una categoría de publicidad ilícita, explorando su configuración, supuestos de hecho y la tutela que debe otorgársele al competidor perjudicado, a partir de un análisis de la Ley 20.169 sobre Competencia Desleal, del Código Chileno de Ética Publicitaria (CchEP), de las sentencias de nuestros tribunales y de los dictámenes del Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONAR) que se han pronunciado sobre ellos, distinguiendo la publicidad confusionista, parasitaria, engañosa, denigratoria y comparativa. El estudio revela que es posible configurarla a partir de la infracción del *deber de corrección* y del *principio de respeto de la competencia*, permitiendo identificar nuevas hipótesis subsumibles en el artículo 4 de la LCD y tutelar al competidor más allá del reproche ético del CONAR.

Palabras clave: Publicidad desleal; deber de corrección, Publicidad confusionista, Publicidad comparativa, Publicidad denigratoria, Publicidad parasitaria.

*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: patricia.lopez@udp.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6716-0584>.

**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.

Artículo recibido el 30 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 3 de diciembre de 2021.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to address unfair advertising in the Chilean legal system as a category of illegal advertising, exploring its configuration, factual assumptions and the protection that must be granted to the injured competitor, based on an analysis of Law 20.169 on Unfair Competition, the Chilean Code of Advertisings Ethics (CchEP), the judgments of our Courts and the opinions of the Advertising Self-Regulation Council (CONAR), distinguishing the advertising that is confusing, parasitic, misleading, denigrating and comparative as limits of advertising discourse.

Keywords: Unfair advertising, Correction duty, Confusion advertising, Comparative advertising, Denigratory advertising, Parasitic advertising.

I. INTRODUCCIÓN

La actividad publicitaria y su régimen jurídico no constituye un tópico que haya concitado profusamente la atención de la dogmática nacional tradicional desde la perspectiva del derecho civil,¹ del derecho de consumo² y del derecho de la competencia desleal,³ pudiendo afirmarse que,

¹ En tal sentido sólo se advierten las reflexiones vertidas en LÓPEZ, Patricia, “Publicidad Engañosa. Indemnización de daños. Concurrencia de responsabilidad civil. Opción de responsabilidades. Responsabilidad Extracontractual. Corte Suprema, 18 de enero de 2018, rol 73907-2016. Cita en línea VLEX-701344085”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2018, N° 30, pp. 195-210; y en LÓPEZ, Patricia, “Las perspectivas de tutela aplicable ante la publicidad engañosa en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, 2021, Vol. 40, pp. 273-308.

² Por todos: ISLER, Erika, “Aproximación a la publicidad engañosa, desde la perspectiva de la competencia desleal y la protección al consumidor”, *Revista Ars Boni et Aequi*, 2010, Vol. 6, N°1, pp. 125-148; DE LA MAZA, Iñigo, “Artículo 28”, en: DE LA MAZA, I.; PIZARRO, C. (eds.), BARRIENTOS, F., (coord.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 653-671; BARRIENTOS, Francisca, *Lecciones de derecho del consumidor*, Thomson Reuters, Santiago, 2019, pp. pp. 67-75; y DE LA MAZA, Iñigo; LÓPEZ, Patricia, “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*, 2021, Vol. 48, N° 2, pp. 27-52.

³ ISLER, cit. (n. 2), pp. 134-136, y LÓPEZ, Patricia, “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, ponencia, 2021, en prensa.

durante décadas, fue un tópico inexplorado, en circunstancias que reviste una importancia cardinal en estas tres parcelas del derecho. Y es que, como examinaremos en las líneas que siguen, tal ilicitud puede activar las acciones civiles contempladas en el artículo 5 de la Ley 20.169 sobre Competencia Desleal (LCD) y afecta a los consumidores, como lo revela el artículo 28A de la Ley 19.496 sobre Protección de los derechos de los consumidores (LCD),⁴ y a estos y a los competidores, como se desprende de los artículos 3 y 4 letras a), b), c) y e) de la LCD.

Esta falta de interés por explorarla probablemente encuentre explicación en el hecho que el Código Civil no alude a la publicidad como declaración precontractual –pues no regula dicha fase⁵– y que la LPC y la LCD que la disciplinan –directamente la primera a propósito de la engañosa y tangencialmente la segunda tratándose de la comparativa-, datan, respectivamente, de 1997 y 2007.⁶ De hecho, fue a partir de la entrada en vigencia de ambas y de la promulgación del *Código Chileno de Ética Publicitaria* (CchEP)⁷ que la publicidad comenzó a adquirir notoriedad y a ser abordada jurídicamente, en circunstancias que resulta indudable que, desde la sola perspectiva del derecho civil, constituye una declaración precontractual que puede acarrear responsabilidad contractual -si su contenido se ha integrado al contrato⁸- o extracontractual o precontractual cuando éste no se ha celebrado.

⁴ Tópico explorado en LÓPEZ, cit. (n. 3).

⁵ Motivo por el cual la dogmática nacional se ha dedicado a construirla y a examinar la tutela en dicha fase. Un completo estudio por LÓPEZ, Patricia, *La tutela precontractual del acreedor: una aproximación desde el código civil chileno y su interrelación con la tutela contractual*, Thomson Reuters, Santiago, 2019.

⁶ Por lo mismo, podría ocurrir que fueran precedentes la LCD como la LPC, como lo admite expresamente el artículo 2 letra b) de la LCD. Tal sería el caso de la publicidad engañosa (en que resultan aplicables los artículos 28, 17 L y 33 de la LPC y el 4 b) de la LCD) y de la publicidad confusionista (reglada en el 28 A de la LPC y 4 a), supuesto en el cual se ha admitido la opción del consumidor. En tal sentido véase en LÓPEZ, “Las perspectivas de tutela aplicable...”, CIT. (N. 1), pp. 296-301.

⁷ *Código chileno de Ética Publicitaria*, del 3 de diciembre de 1979. Disponible en su sexta edición en <https://www.conar.cl/codigo-etica/>.

⁸ DE LA MAZA, Iñigo, “La integración publicitaria y la publicidad engañosa como supuesto de error provocado”, en: BARRÍA, M.; CAPRILE, B.; DIEZ, J.; DOMÍNGUEZ, C.; PIZARRO, C.; TAPIA, M. (eds.), *Estudios de Derecho Privado. Homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila*, Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 551-571; e ISLER, Erika, “La vinculación de la publicidad al contrato: integración y derogación”, en: CÉSPEDES, C. (dir.), *Temas actuales de Derecho Patrimonial*, Thomson Reuters, Santiago, 2019, pp. 261-277.

Así, a la fecha se ha focalizado el análisis en la publicidad engañosa, precisándose que ella también puede ser desleal⁹ y más tangencialmente en la publicidad comparativa antes de su regulación en la LCD y con ocasión del tenor del artículo 4 letra e) de la LCD que la tipifica. En lo que respecta a la primera esta doble ilicitud no está explicitada en la LPC ni en la LCD,¹⁰ pero resulta evidente habida consideración que la publicidad opera en una *dimensión vertical* (entre consumidor y proveedor) y otra *horizontal* (entre competidores),¹¹ de modo que lo que afecta a los consumidores (el engaño) tiene un efecto reflejo en los competidores (la deslealtad). No en vano el artículo 28 y 28 A de la LPC regulan la publicidad engañosa respecto de los consumidores y el artículo 4 letra a) y letra b) de la LCD disciplinan, respectivamente la publicidad confusionista y la publicidad engañosa respecto de los competidores. En tanto, en lo que refiere a la publicidad comparativa existen reflexiones anteriores a su tipificación en la LCD y algunos comentarios sobre el alcance del artículo 4 letra e) que dan cuenta de su noción y de su configuración y de algunas sentencias que se han pronunciado sobre ella.¹² No existen, en cambio, estudios sobre la publicidad desleal que la perfilen como un ilícito publicitario e indaguen detenidamente su noción, su taxonomía y la tutela del competidor frente a su acaecimiento,¹³ a diferencia de lo que aconteció tratándose del consumidor destinatario de dicha publicidad.¹⁴

Este es precisamente el problema que constituye el objeto de nuestro

⁹ ISLER, cit. (n. 2), pp. 125-148.

¹⁰ A diferencia de lo que acontece en el ordenamiento jurídico español, en que el artículo 3 letra e) de la *Ley general de publicidad española* 34/1988 de 11 de noviembre, después de la modificación introducida por la *Ley sobre Competencia Desleal* 29/2009 de 30 de diciembre, dispuso que la publicidad engañosa- además de la desleal y agresiva “tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal”.

¹¹ Por todos, DE LA MAZA, cit. (n. 2), p. 654.

¹² PAREDES, Ricardo, “Fundamentos para la regulación de la publicidad comparativa”, *Revista ABANTE*, 2004, Vol. 7, N° 1, pp. 67-102; BARROS, Andrea, “Competencia desleal y protección al consumidor”, en: GONZÁLEZ, Marco (ed.), *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, 2007, N° 14, p. 68; y TAPIA, Mauricio, “Competencia desleal por culpa”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2017, Vol. 29, p. 184.

¹³ Excepcionalmente se ha explorado sólo en términos generales, en: LÓPEZ, cit. (n. 3). Por lo mismo, requiere un análisis más detenido y completo, como el propuesto en este artículo.

¹⁴ Pues dicha hipótesis efectivamente ha sido explorada por nuestra dogmática. Véase ISLER, cit. (n. 2), pp. 134-136, y LÓPEZ, “Las perspectivas de tutela aplicable...”, cit. (n. 1).

estudio en esta oportunidad, pues abordarla en la forma que hemos referido en el párrafo precedente reviste una *importancia* teórica y práctica fundamental en sede de competencia desleal en atención, al menos, a tres consideraciones. En primer lugar, porque permite configurar la *deslealtad* como una especie de ilicitud publicitaria que comprende, de un lado, el interés del mercado en general y, de otro, el de los competidores en particular. En segundo lugar, dado que permite completar la taxonomía de la publicidad ilícita propuesta por la dogmática nacional, abordándola con la misma profundidad con la que se han examinado otras ilicitudes publicitarias como la publicidad *abusiva*, la publicidad *agresiva* y la publicidad *engañosa*.¹⁵ Y, en tercer lugar, porque provee insumos no sólo al competidor perjudicado por dicha publicidad sino a los tribunales para dotar de contenido a este ilícito publicitario, más allá de la publicidad engañosa comparativa -que ha devenido en el caso que ha concitado una mayor cantidad de litigios-, y articular la debida tutela del competidor leal, precisando su alcance.

Nuestra hipótesis es que a pesar de que el legislador no discipline expresamente la publicidad desleal es posible construirla como tal, distinguir sus diversas especies y articular la tutela del competidor leal en torno al *deber de corrección en el mercado* y al *principio de respeto de la competencia*, a partir de diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico y, muy especialmente de la LCD y del CchEP.

Para demostrarla y alcanzar nuestro propósito dividiremos este artículo en dos secciones. En la primera construiremos la categoría de la *publicidad desleal*, examinando su justificación dogmática y sus diversas especies (I). En la segunda, en tanto, sistematizaremos la tutela que nuestro legislador debe dispensarle al agente de mercado víctima de una publicidad desleal, identificando las acciones civiles que contempla el artículo 5 de la LCD y especificando las consecuencias que de ella se derivan (II). Examinados tales tópicos, formularemos las conclusiones.

¹⁵ LÓPEZ, Patricia, “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: VÁSQUEZ, M. (dir.), *Estudios de Derecho Comercial, X Jornadas Nacionales de Derecho Comercial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 215-237; LÓPEZ, Patricia, “La publicidad abusiva como ilícito que vulnera la integridad del consumidor e infringe el derecho a la seguridad en el consumo previsto en el artículo 3 letra d.) de la LPC”, en: ISLER, E. (ED.), *SEGURIDAD Y CONFORMIDAD EN EL DERECHO DE CONSUMO: REFLEXIONES ACTUALES*, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2021, pp. 617-679; ISLER, cit. (n. 2), pp. 125-148; DE LA MAZA, cit. (n. 2), pp. 653-671; LÓPEZ, “Publicidad engañosa...”, cit. (n. 1), pp. 273-308; DE LA MAZA y LÓPEZ, cit. (n. 2), pp. 27-52.

II. LA PUBLICIDAD DESLEAL COMO CATEGORÍA DE PUBLICIDAD ILÍCITA Y LAS MODALIDADES QUE PUEDE REVESTIR

Una primera precisión que debemos efectuar es que entenderemos por *publicidad comercial* toda forma de comunicación que tiene por propósito transmitir a través de cualquier medio idóneo al efecto un mensaje informativo en forma persuasiva con la intención de influir en la toma de decisiones de sus destinatarios sobre la adquisición de un producto y/o la contratación de un servicio, sea motivándolos al efecto o promoviendo dicho producto o servicio, pues tal noción integra las diversas definiciones legales existentes en nuestro ordenamiento jurídico¹⁶ y contiene los elementos que la configuran.¹⁷

Establecida la noción de publicidad a la que adherimos, debemos transitar a otra cuestión más compleja, cual es determinar en qué supuesto ella se torna *desleal*. Una primera aproximación sugiere recurrir a la noción natural y obvia de esta expresión, cual es “el que obra con lealtad”, entendiendo por lealtad “la cualidad de leal”, esto es, “que guarda a alguien o a algo la debida fidelidad”. Una segunda, en tanto, más adecuada al propósito de este trabajo, es aquella normativa que exige recurrir a la *cláusula general de deslealtad* tipificada en el artículo 3 de la LCD que indica que “en general es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente de mercado”.

De acuerdo con este precepto, entonces, la publicidad comercial sería *desleal* si el mensaje o campaña publicitaria del anunciante distrae *ilegítimamente* a los actuales consumidores de un proveedor o aquellos potenciales que puedan convertirse en sus clientes. Esta constatación que parece evidente plantea, con todo, dos interrogantes que deben dilucidarse antes de arribar a una noción definitiva de publicidad desleal. La primera se refiere a la justificación dogmática de la publicidad desleal que subyace tras dicho precepto, lo que requiere examinar los distintos intereses que

¹⁶ Contenidas en los artículos 1 N° 4 de la LPC y 7 de la Ley 20.606, 3 N° 38, 3 N° 40 y 3 N° 56 de los Reglamentos sobre Información de Créditos Hipotecarios, de Créditos de Consumo y de Tarjetas de Crédito Bancarias y no Bancarias, que replican la contenida en la LPC.

¹⁷ Cuales son la comunicación, el medio de difusión y la finalidad. Véase: LÓPEZ, Patricia “La publicidad comercial como fenómeno jurídico: una aproximación general desde el derecho chileno”, *Revista Ius et Praxis*, 2020, Vol. 26, N° 3, p. 27.

confluyen en el mercado y que exigen que la competencia sea leal y que han servido para formular el *deber de corrección* que debe inspirar la conducta de los competidores. La segunda, en tanto, atañe al alcance y a la taxonomía de tal ilicitud. En este mismo orden las examinaremos.

2.1. El fundamento de la ilicitud: la justificación dogmática de la publicidad desleal

La publicidad comercial, como ha precisado la doctrina comparada,¹⁸ constituye un poderoso instrumento procompetitivo que contribuye a incrementar la transparencia en los mercados, reduciendo las asimetrías de información que obstan a su funcionamiento eficiente. Asimismo, facilita la introducción de nuevos operadores, productos y servicios en los mercados, coadyuva a una mejor protección de los consumidores al facilitar la comparabilidad de productos y servicios e incrementar los estándares de información y fomenta la competencia basada en méritos empresariales al permitir la fidelización de los clientes.

Sin embargo, si ella es ilícita y, en lo que aquí interesa, desleal, estas ventajas desaparecen, toda vez que el ordenamiento jurídico la proscribiera porque no cumple con la finalidad que justifica su existencia. Como lo ha sostenido reiteradamente nuestra doctrina y las sentencias de los tribunales nacionales que han conocido de actos de competencia desleal,¹⁹ la actividad competitiva puede ser ruda, pero debe ser lícita porque sólo así se podrán proteger los intereses de todos los intervinientes en el mercado. De allí que el artículo 3 de la LCD regule la *cláusula general de deslealtad* y exija para que ella se configure (i) la existencia de una conducta, (ii) que esta contravenga la buena fe o a las buenas costumbres, (iii) medios ilegítimos y (iii) el daño al competidor -que se traduce en el desvío de la clientela- discutiéndose si se trata de un ilícito objetivo o subjetivo y, en este último caso, si requiere una conducta dolosa o basta la culpa leve del agente para

¹⁸ VELASCO, Luis Antonio, “Competencia desleal y publicidad”, en: MIRANDA, L. M.; COSTAS, J. (coords.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 40.

¹⁹ Una visión panorámica en RIVAS, María, *Los ilícitos de competencia desleal en la jurisprudencia chilena*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 12, nota 13; CONTRERAS, Oscar, *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena*, Ediciones UC, Santiago, 2012; e INOSTROZA, Mauricio, “El ilícito concurrencial general de la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal”, *Revista Ius et Praxis*, 2017, 23, N°1, pp. 32-45.

configurarlo, como referiremos más adelante.

La represión de la competencia desleal y, por consiguiente, de la publicidad asociada a ella, encuentra su justificación, de un lado, en la tutela del *consumidor* y del *competidor* frente a malas prácticas comerciales, de la propiedad intelectual, de la propiedad industrial y de la libre competencia, que pueden verse afectadas por ella de manera refleja,²⁰ y de otra, en la necesidad de asegurar el buen funcionamiento del *mercado*.²¹ De allí que el derecho de la competencia deba compatibilizar el interés de los empresarios de que se les asegure que no serán privados por medios ilícitos de la posición adquirida en el mercado, el interés de los consumidores de que no se desvirtúe su capacidad de decisión y el interés público en el mantenimiento de una conducta libre y no falseada y que se sostenga que el bien jurídico protegido es la decencia y la corrección de la conducta de los competidores en un mercado de estructura competitiva.²²

Y es que, como acertadamente ha sostenido Contreras,²³ los actos de competencia desleal demuestran una apropiación de los méritos o esfuerzos ajenos o evidencian conductas que distorsionan o pueden distorsionar la voluntad libre y exenta de vicios del consumidor medio y, por consiguiente, de su comportamiento. Es precisamente en atención a esta constatación que el profesor Barros²⁴ ha señalado que si la competencia está contaminada por el engaño o la fuerza injusta, los consumidores no adoptan decisiones libres,

²⁰ A propósito del tenor del artículo 1: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20.169, Segundo Trámite Constitucional: Senado”, 2018, disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5425/HLD_5425_21c8b18a7a6ca49735a94f3eb2ca62e2.pdf.

²¹ CONTRERAS, cit. (n. 19), p. 102; GÓNZALEZ, Marco Antonio, “Ley 20.169, que regula la competencia desleal. Aspectos relevantes”, en: GONZÁLEZ, M. (ed.), *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, N° 14, Ediciones Universidad de los Andes, Santiago, 2007, p. 24; y EMPARANZA, Alberto, “Competencia desleal y protección de los consumidores”, en: MIRANDA, L.; COSTAS, J. (dirs.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 101.

²² MENCHACA, Tomás, “Libre competencia y competencia desleal en la Ley N° 20.169, ¿existe contradicción entre ambas disciplinas?”, en: GONZÁLEZ, M. (ed.), *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, N° 14, Ediciones Universidad de los Andes, Santiago, 2007, p. 33; y BARROS, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2020, Tomo II, pp. 963-965.

²³ CONTRERAS, cit. (n. 19), pp. 102 y 103.

²⁴ BARROS, cit. (n. 22), pp. 963 y 964. Refiriéndose a tales ilícitos precisa que ellos pueden ordenarse en: a) el entorpecimiento malicioso o por fuerza de la actividad del competidor; b) el engaño al público o a una persona determinada y c) la apropiación de atributos comerciales ajenos. BARROS, cit. (n. 22), p. 965.

los contratos no pueden estar protegidos por una presunción de justicia y los competidores devienen en víctimas de engaño o abuso, lo que determina que los ilícitos típicos de competencia desleal sean el falseamiento de la realidad, la fuerza y las maniobras para dificultar el establecimiento de un competidor.

Pues bien, la exigencia de una competencia leal, contenida normativamente en la referencia a la buena fe y a las buenas costumbres y en la proscripción del empleo de medios ilegítimos a que alude el referido artículo 3 de la LCD se ha traducido dogmáticamente en el denominado *deber de corrección* de los agentes de mercado, esto es, en el “estándar objetivo del empresario correcto y decente en la prosecución de su propio interés”,²⁵ traspasado el cual la competencia deja de ser leal.

Dicho deber, que no sólo considera el interés de los competidores sino también el de los consumidores y el mercado en general, si se lee desde la óptica del derecho civil ciertamente evoca a la *buena fe objetiva*, toda vez que ella constituye un *estándar de conducta* que exige lealtad, corrección y honestidad a los intervinientes.²⁶ Pero en sede de competencia desleal comprende, además, la contravención a “las buenas costumbres” y el empleo de “medios ilegítimos”. En lo que concierne a la primera ella pretende graficar los usos comerciales correctos u honestos, razonables y aceptables en la competencia; en tanto la alusión a los segundos implica una reiteración innecesaria, toda vez que tales medios constituyen conductas contrarias a los usos comerciales aceptables o, si se quiere, develan que el competidor utiliza tácticas que no dicen relación con la eficiencia del producto o servicio que ofrece,²⁷ de modo que se subsumen en los actos contrarios a la buena fe o a las buenas costumbres, ratificando la idea de un parámetro objetivo de conducta que debe resultar infringido.

Esta última constatación ha determinado que se discuta si el referido ilícito es *subjetivo* u *objetivo*, esto es, si se configura prescindiendo de la culpa o dolo del agente de mercado infractor y, por consiguiente, de su acreditación, entendiéndose que la imputabilidad sólo se exige para reclamar la indemnización que contempla el literal d) del artículo 5 de la LCD, pues se remite expresamente al título XXXV del libro IV del Código Civil que,

²⁵ BARROS, cit. (n. 22), p. 963. En igual sentido TAPIA, cit. (n. 12), p. 171.

²⁶ CONTRERAS, cit. (n. 19), p. 101, e INOSTROZA, cit. (n. 19), p. 31.

²⁷ INOSTROZA, cit. (n. 19), pp. 29-45; y TAPIA, cit. (n. 12), pp. 177, 178 y 179.

por regla general, recoge un régimen subjetivo de responsabilidad.²⁸ Con todo, la opinión mayoritaria es aquella que ha admitido que se requiere imputabilidad del agente y que esta se reconduce a un actuar doloso,²⁹ admitiéndose tan sólo recientemente por Mauricio Tapia que bastaría su culpa leve o falta de diligencia ordinaria, en atención al texto de la LCD, la historia fidedigna de su establecimiento, su interpretación sistemática a otras leyes, como la LPC, la Ley 20.416 y el Código Civil, y algunas sentencias de nuestros tribunales que han recogido esa tesis.³⁰

Pues bien, tratándose de la publicidad comercial, que es la que aquí interesa, ese deber de corrección adquiere una manifestación concreta en sede de publicidad que se traduce en el *principio de respeto de la competencia*, inicialmente recogido en el artículo 12 del CchEP y actualmente en su artículo 4 y formulado por el SERNAC en la *Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales* (en adelante, CIPP) de 21 de marzo de 2019.³¹

²⁸ En tal sentido destaca Contreras que indica que solo es necesario que se confirmen fehacientemente los medios ilegítimos de los que se sirvió el infractor para desviar la clientela, para que la acción de competencia desleal sea procedente, admitiendo que el dolo o culpa no son necesarios, pero que estarán presentes al producirse la deslealtad (CONTRERAS, cit. (n. 19), pp. 99, 100 y 162). Por su parte, BERNET califica el acto de competencia desleal como un *ilícito objetivizado* en atención a (i) que el dolo o culpa del agente no es un presupuesto de la acción de cesación, siendo sólo relevante para efectos de la indemnización; (ii) el carácter objetivo se ajusta de mejor forma con la finalidad de la LCD, toda vez que existen actos de competencia desleal que despliegan efectos particularmente perniciosos respecto de los consumidores, debiendo ser removidos del mercado al margen de toda consideración psicológica del autor; (iii) en la historia fidedigna de la LCD se recoge cierta objetividad en el análisis del ilícito, pues debe prestarse atención a los “medios empleados por el hechor”, siendo irrelevante su querer interno y (iv) la buena fe a la que alude el artículo 3 de la LCD es objetiva, deviniendo en un parámetro de antijuricidad despojado de elementos subjetivos (BERNET, Manuel, *La presentación comercial en el Derecho de la competencia desleal*, LegalPublishing, Santiago, 2014, pp. 434-452).

²⁹ Por todos: TAPIA, Mauricio, “Responsabilidad civil por actos de competencia desleal en el derecho chileno”, en: GONZÁLEZ, M. (ed.), *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, N° 14, Ediciones Universidad de los Andes, Santiago, 2007, p. 88; BARROS, cit. (n. 22), pp. 964-965, nota 687; BANFI, Cristián, *Responsabilidad civil por competencia desleal*, Editorial LegalPublishing, Santiago, 2013, pp. 190 y 237; CONTRERAS, cit. (n. 19), p. 101, e INOSTROZA, cit. (n. 19), pp. 31 y 49-52.

³⁰ TAPIA, cit. (n. 12), pp. 172-203.

³¹ SERNAC, *Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas comerciales* [CIPP], Resolución Exenta N° 0187, 21 de marzo de 2019, 62 pp., disponible en línea: https://www.sernac.cl/portal/618/articles-9190_archivo_01.pdf. consultada: 28 de septiembre de 2021.

En efecto, el artículo 4 del referido Código, reproduce el antiguo artículo 12 y agrega dos nuevos incisos, el tercero y el cuarto, señalando lo 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”.

“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 autorización”.

Dicho precepto, al igual que su antecesor, han sido invocados en diversos dictámenes éticos del CONAR relativos a publicidad denigratoria y comparativa³² y han servido para asentar su vigencia como un *criterio*

³² Entre otros: CONAR, 29 de enero de 2010, “*Help S.A. con Instituto de Seguridad del Trabajo*”, Rol N° 769-10; CONAR, 14 de octubre de 2011, “*Watt’s S.A. con Agrocommerce*”, Rol N° 837-11; CONAR, 23 de julio de 2012, “*Asociación gremial de productores de huevos de Chile con Evercrisp Snack Productores*”, Rol N° 868-12; CONAR, 30 de noviembre de 2012, “*Colgate Palmolive S.A. con Procter & Gamble Chile Ltda.*”, Rol N° 885-12; CONAR, 8 de marzo de 2013, “*De oficio - Cosmética Nacional*”, Rol N° 900-13; CONAR, 23 de agosto de 2013, “*Unilever Chile S.A. con Procter & Gamble Chile Ltda.*”, Rol N° 921-13; CONAR, 24 de octubre de 2014, “*Aislantes nacionales S.A. con Parex Chile Ltda.*”, CONAR, Rol N° 964-14; CONAR, 26 de junio de 2015, “*Claro Comunicaciones S.A.*”, Rol N° 981-15; CONAR, 3 de julio de 2015, “*Procter & Gamble Chile Ltda. con Unilever Chile S.A.*”, Rol N° 982-15; CONAR, 4 de noviembre de 2016, “*Movistar con Wom S.A.*”, Rol N° 1032-2016; CONAR, 22 de mayo de 2017, “*Beiersdorf Chile S.A. con Unilever Chile Ltda.*”, Rol N° 1048-17; CONAR, 5 de septiembre de 2018, “*AFP modelo S.A. con AFP Capital S.A.*”, Rol N° 1088-18; CONAR, 26 de septiembre de 2018, “*Kimberly-Clark Chile S.A. con Procter & Gamble Chile Ltda.*”, Rol N° 1090-18; CONAR, 21 de diciembre de 2018, “*Asociación Gremial de Industriales Gráficos de Chile con Cencosud*”.

interpretativo y resolutivo en sede de autorregulación publicitaria, deviniendo en una directriz fundamental para la realización de una publicidad responsable e incidiendo en el comportamiento que debe observarse en una sociedad que debe promover valores esenciales para su correcto desarrollo.

Por su parte, el SERNAC refiriéndose expresamente al *principio de respeto a la competencia* ha indicado que la actividad publicitaria debe ser respetuosa de la competencia y de sus productos o servicios, precisando que ello implica que está vedado el uso de la denigración o menosprecio de un competidor, haciendo remisión al artículo 4 del CcHEP antes transcrito.³³

De allí que se sostenga que en virtud de este principio la actividad publicitaria no debe denigrar, menospreciar o propiciar la deslealtad respecto de los competidores, perjudicándolos. Y es que, como ya hemos precisado, la publicidad comercial no sólo opera *verticalmente* sino también *horizontalmente* (entre competidores), tornándose en un escenario propicio para desviar la clientela de un agente del mercado e influenciar la decisión económica de los consumidores.

Lo cierto es que aunque nuestra dogmática no hubiera formulado el *deber de corrección* ni el CchEP contemplara el *principio de respeto de la competencia* ellos igualmente podrían inferirse, más allá del principio de *buena fe contractual*, a partir del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República que consagra el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (estableciendo como límites la moral, el orden público y la seguridad nacional y las normas legales que la regulen dichas actividades), de los artículos 10 bis y 25 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, del artículo 28A de la LPC, de la LPI en su totalidad, del artículo 3 letra c) DFL 211 de Defensa de la Libre Competencia. A ellos se agregan los artículos 3 y 4 de la LDC referidos precedentemente y el artículo 1, pues fija su ámbito de aplicación, señalando que tiene por objeto proteger no sólo a los competidores sino también a los consumidores y a *cualquier persona afectada* en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal.³⁴

Retail S.A.”, Rol N° 1096-18; CONAR, 5 de julio de 2019, “*Empresas de Factoring de Chile A.G. / Cumpló Chile S.A.*”, Rol N° 1118-19.

³³ CIPP (n. 31), p. 11.

³⁴ LÓPEZ, cit. (n. 3). De allí que se sostenga que los consumidores han sido objeto de una doble protección en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que a la LCP se agregaría la LCD. Por todos, CONTRERAS,

2.2. La taxonomía de la publicidad desleal: el alcance de la ilicitud

La segunda interrogante que surge es en qué puede consistir la *deslealtad* en la publicidad. Y la respuesta claramente fluye del deber de corrección y del principio de respeto de la competencia que hemos referido en la sección precedente, pero requiere de una sistematización, porque la formulación de las conductas contrarias a la competencia desleal que refieren los artículos 3 de la LCD y 4 del CchEP, sobre la que se erigen estos, es demasiado *genérica* lo que no permite advertir con precisión el contenido de la deslealtad en sede de publicidad comercial.

De allí que la dogmática comparada, especialmente la española,³⁵ admita diversas deslealtades publicitarias que, como intentaremos demostrar en las líneas que siguen, también pueden articularse en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de los artículos 3 y 4 literales a), b), c), d) y e) de la LCD, que permiten determinar el contenido y alcance de la ilicitud publicitaria. Se trata, además de la *publicidad agresiva*³⁶ – dado que la coacción, acoso e influencia indebida no sólo disminuyen la libertad de elección, sino que también constituyen formas ilegítimas de distraer clientela de un agente de mercado – de la *publicidad desleal confusionista*, de la *publicidad parasitaria*, de la *publicidad desleal engañosa*, de la *publicidad denigratoria* y de la *publicidad desleal comparativa*.

(1). La publicidad desleal confusionista

La primera forma que puede revestir la deslealtad en la publicidad es la *confusionista*, esto es, aquella que afecta a los competidores del anunciante o del proveedor que ha contratado al anunciante y consiste en inducir a confusión a los consumidores para disminuir la clientela de tales competidores.

cit. (n. 19), pp. 60-63.

³⁵ DE LA CUESTA, José María, *Curso de derecho de la publicidad*, EUNSA, Pamplona, 2002, pp. 127-207; VILAJOANA, Sandra, *Las Leyes de la publicidad. Límites jurídicos de la actividad publicitaria*, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2011, pp.54-110; y MARTÍNEZ, Celia; HERRERO, Carmen; MARTÍN, Lirio y HERNÁNDEZ-RICO, José Miguel, *Derecho de la Publicidad*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 93-152.

³⁶ Sobre ello, puede verse en LÓPEZ, “La publicidad abusiva y agresiva...”, cit. (n. 15), pp. 218-225 y 228-231.

Así puede desprenderse del artículo 4 letra a) de la LCD que tipifica los *actos de confusión*. En efecto, dicho precepto califica como acto de competencia desleal a “toda conducta que aproveche indebidamente la reputación ajena, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de un tercero”, que incluye el *riesgo de confusión* y el *riesgo de asociación*.

El *riesgo de confusión* es el que induce a confusión a los consumidores respecto del origen o procedencia de los productos o servicios que se anuncian en la publicidad, pudiendo concluir que ellos tienen un mismo origen empresarial, que ellos tienen las cualidades y propiedades publicitadas por su titular o el origen empresarial que la marca indica, en circunstancias que ello no es así. El *riesgo de asociación*, en tanto, tiene lugar en el caso que los consumidores concluyan, al menos, que dos productos proceden de empresas vinculadas jurídica o económicamente, asociándolos, lo que acontecerá, por ejemplo, si un competidor usa una marca ajena y el consumidor, en virtud de la mención en dicho anuncio publicitario asocia dicha marca a la de otro agente de mercado.³⁷

Esta deslealtad no sólo afecta a los competidores, sino que, oblicuamente a los consumidores, disminuyendo su libertad de elección, toda vez que la confusión les impide escoger el bien o servicio que requieren adquirir o contratar. De allí que exista una norma espejo de este precepto en la LCD, cual es, el artículo 28 A, incorporado por la Ley 19.955 de 2004, que a la fecha ha sido escasamente tratado.³⁸ Este último artículo prescribe que “asimismo, comete infracción a la presente ley el que, a través de cualquier tipo de mensaje publicitario, produce confusión en los consumidores respecto de la identidad de empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores”.

Particular relevancia adquiere en esta especie de publicidad la denominada publicidad *adhesiva o parasitaria*, esto es, aquella que se aprovecha en forma indebida, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional de las que

³⁷ TATO, ANXO; FERNÁNDEZ, Pablo; HERRERA, Christian, *La reforma de la ley de Competencia Desleal*, Editorial La Ley, Madrid, 2010, pp. 140-141.

³⁸ GUERRERO, José Luis, “Artículo 28 A”, en: DE LA MAZA, I.; PIZARRO, C. (eds.); BARRIENTOS, F. (coord.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 672-673.

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 producto. Se contrapone así a la publicidad comparativa, dado que no pretende distanciarse del competidor para mostrar al consumidor la superioridad de la propia oferta, sino equiparse a la oferta de aquel intentando colocar la propia en un plano de igualdad.³⁹

Nuestros tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre esta especie de deslealtad publicitaria en diversas ocasiones.⁴⁰ Así ha acontecido, entre otros casos, en “Hunter Douglas S.A. con Juan Amigo Fuentes” en que la primera autorizó a la segunda para utilizar la marca ““LUXAFLEX[®]” en la comercialización de sus productos en Chile, no obstante lo cual los promocionó bajo el nombre de “LUXA” -marca no inscrita y gráfica y fonéticamente similar a la del demandante-, utilizando incluso fotografías de los productos de la licenciante, concluyendo el tribunal que se configuró el acto de competencia desleal tipificado en el artículo 4 letra a) de la LCD, pues se induce a confusión a los consumidores, pero que además se afectó el derecho de estos a una información veraz sobre el bien o servicio ofrecido, vulnerándose así el artículo 28A de la LPC.⁴¹

Otro tanto se advierte en “Sociedad Imperial Travel & Reps. Ltda. con Sociedad Imperial Tours Ltda.” de 13 de enero de 2010,⁴² en que se denuncian conductas constitutivas de competencia desleal de uno de los socios de la demandada, reconducibles al literal a) del artículo 4 de la LCD. En la especie se sostuvo que habiéndose desempeñado como gerente general de la demandante se retiró y constituyó la sociedad demandada, tomando prácticamente el mismo nombre, giro y publicidad de la primera, con un logo similar e incluso la misma dirección, pero con oficina en un piso distinto. La Corte de Apelaciones de Santiago en el considerando sexto de su sentencia estimó que se configuraba un acto de competencia desleal en los términos de dicho precepto, toda vez que se aprovechó indebidamente de la reputación de la demandante, induciendo a confundir los propios servicios, actividades

³⁹ MARTÍNEZ, HERRERO, MARTÍN y HERNÁNDEZ-RICO, cit. (n. 35), p. 145.

⁴⁰ Así como de la infracción del artículo 28A de la LPC. Sobre tales casos, véase LÓPEZ, cit. (n. 5).

⁴¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de enero de 2020, www.legalpublishing.cl, N° CL/JUR/9945/2020.

⁴² Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de enero de 2010, www.legalpublishing.cl, N° CL/JUR/360/2010.

y signos distintivos de la actora y desviando su clientela, condenándola a indemnizarle el daño moral en la suma de \$20.000.000, pues no pudo acreditar otro perjuicio. Como se advierte, existe un claro supuesto de *publicidad desleal confusionista parasitaria*, aunque el tribunal no aluda a ella en estos términos, pues esta se subsume en el “acto de confusión” como categoría más amplia.

(2). La publicidad desleal engañosa

Una segunda especie de deslealtad que puede asumir la publicidad es el *engaño*, como lo revela el literal b) del artículo 4 de la LCD, que -al igual como lo hace la publicidad desleal confusionista respecto del artículo 28A de la LPC-, viene a complementar la regulación contemplada en los artículos 17L, 28 y 33 relativa a la publicidad engañosa en la LCP,⁴³ pero a propósito de los competidores, reiterando la idea que los efectos de la publicidad no sólo alcanzan a los consumidores sino también a los competidores.

Dicho literal señala que “el uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente proporcionadas por los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos”, supuesto que es perfectamente aplicable a la publicidad.

En ocasiones, la deslealtad signada en el literal b) del artículo 4 de la LCD concurre junto a aquella prevista en el literal a) de dicho precepto, esto es, la desleal confusionista, lo que se explica porque entre engaño y confusión existe, por así decirlo, una relación de *género a especie*, reservando el legislador la expresión *confusión* para otras ofertas empresariales y el *error o engaño* para los productos o servicios ofertados,⁴⁴ distinción de la que dan cuenta, respectivamente, el artículo 28A y 28 de la LPC. De allí que pueda sostenerse que el engaño publicitario no sólo admite como modalidades

⁴³ Una noción amplia y unitaria de publicidad engañosa en DE LA MAZA y LÓPEZ, cit. (n. 2), pp. 32-40.

⁴⁴ Véase este distingo en MARTÍNEZ, HERRERO, MARTÍN y HERNÁNDEZ-RICO, cit. (n. 35), pp. 141-143, y muy especialmente en CAMACHO, Consuelo, *La protección del consumidor frente al mensaje publicitario. Integración de la publicidad al contrato*. Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012, pp. 156-160.

la acción y la omisión sino también la confusión⁴⁵. Y es que “confusión”, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua consiste en “mezclar, fundir cosas diversas, de manera que no puedan reconocerse o distinguirse”, definición que extrapolada a la publicidad se traduce en el engaño desleal de los consumidores a través de una *confusión directa* o de una *confusión indirecta*. La primera recae sobre la identidad de la empresa de la que proviene el producto o servicio disponible; la segunda, en tanto, genera *riesgo de confusión* y les hace creer que la empresa que ofrece el producto o servicio mantiene una vinculación accionarial, industrial o comercial con otra conocida de cuyo prestigio participaría aquella.⁴⁶

Así lo revelan algunos casos conocidos por los tribunales nacionales. Sirva de ejemplo *L’Oreal con Laboratorios Prater S.A.* en que la Corte Suprema estimó vulnerados los artículos 3 y 4 letra a) y b) de la LCD,⁴⁷ pues se acreditó que la demandada incurrió en actos de competencia desleal al producir y comercializar productos imitando características, envases, aromas, nombres y colores distintivos de los perfumes y cremas comercializadas por L’Oreal, desviando ilegítimamente su clientela y disminuyendo sus ventas a raíz de la puesta en el mercado imitaciones de productos exclusivos de la actora, sin gastos en publicidad, aprovechándose así del trabajo de marketing de su competidora. Por lo mismo, ratificó la resolución del tribunal de primera y segunda instancia que la condenó a cesar dichos actos y abstenerse de seguir comercializando, a retirar todos los envases de los productos *Etienne Delicious Senses Eau de Parfum*, *Tess’or Crystal Temptations* y *Amour* y a indemnizar los daños causados a la actora.

⁴⁵ DE LA MAZA y LÓPEZ, cit. (n. 2), pp. 29, 38 y 40. Un fenómeno similar se advierte en la doctrina española como consecuencia del artículo 20 de la LCD titulado “Prácticas engañosas por confusión para los consumidores” que, al igual que los artículos 28A de la LPC y 4 letra a) de la LCD repudian los actos de confusión directa y de confusión indirecta (sobre dicha regulación española véase CAMACHO, cit. (n. 44), pp. 118-160).

⁴⁶ Para esta distinción véase CAMACHO, cit. (n. 44), p. 157. Ambas ilicitudes publicitarias son, en consecuencia, manifestaciones del engaño publicitario que no necesariamente son coincidentes con la publicidad falsa, puesto que el supuesto de hecho es distinto. En efecto, publicidad falsa es aquella comunicación en que abierta y deliberadamente se altera la veracidad de una afirmación o una característica relevante del bien o servicio ofrecido; en tanto, la engañosa es aquella falsa o que, aun siendo veraz, induzca o pueda 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 que puede afectar su comportamiento económico (en este sentido, véase DE LA MAZA y LÓPEZ, cit. (n. 2), pp. 38 y 40).

⁴⁷ Corte Suprema, 21 de noviembre de 2016, www.vlex.cl, N° 653849889.

En igual sentido destaca *Comercializadora Better Food Ltda. con Pizza Pizza S.A.*, conocido por la Corte de Apelaciones de Santiago en que esta última se habría aprovechado de la marca Domino's, franquicia sobre la cual Better Food es la única y exclusiva titular de derechos en Chile, desviando clientela del mercado de ofrecimiento de pizzas a través del uso de logos, marcas, fama, prestigio y notoriedad de su franquicia, aparentando que sus locales de venta de productos eran de Domino's o asociados a éste mediante publicidad, métodos de producción, comercialización, sistema de atención telefónica, relacionadas con el denominado "Modelo Domino's", infringiendo así los artículos 3° y 4° letras a) y b) de la LCD. En tal sentido el tribunal indica en el considerando vigésimo primero que a la luz de los antecedentes establecidos en el proceso, particularmente que la parte demandada se ha aprovechado del conocimiento del público de algunos teléfonos y locales ocupados por la anterior franquiciada, "deberá presumirse que el hecho de seguir usando los nombres Deluxe y Superdeluxe en sus menús, puede hacer que algunos consumidores, ya confundidos con los números y locales, se confundan, además, pensando que dichos nombres se relacionan a la marca Domino's".⁴⁸

(3). La publicidad denigratoria

Una tercera modalidad de deslealtad publicitaria es aquella denigratoria, esto es, la que persigue menoscabar el crédito de otro competidor en el mercado a través de manifestaciones sobre su actividad, prestaciones, productos, servicios, marcas u otros signos distintivos, establecimientos o relaciones mercantiles, a menos que sean exactas, verdaderas y pertinentes.⁴⁹

Por consiguiente, se contraponen a la confusionista, porque el anunciante no persigue confundir a los destinatarios sobre el origen de los bienes o servicios como si fueran de otro de mayor prestigio o reputación, sino que pretende que sus prestaciones sobresalgan respecto a las de aquel al que denigra. De allí que su procedencia puede sustentarse en nuestro ordenamiento jurídico en los literales c) y d) del artículo 4 de la LCD. En

⁴⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de septiembre de 2012, disponible en www.vlex.cl, N° 573049990.

⁴⁹ DE LA CUESTA, cit. (n. 35), pp. 178-183, VILAJOANA, cit. (n. 35), pp. 90-91, y MARTÍNEZ, HERRERO, MARTÍN y HERNÁNDEZ-RICO, cit. (n. 35), pp. 143-145.

efecto, el primero tipifica como acto de competencia desleal “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 literal d), 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”.

En un sentido similar destaca el artículo 4 del CcHEP que hemos referido al abordar el *principio de respeto a la competencia*, toda vez que dispone que 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. Precisa además que no se considerará denigración las manifestaciones recogidas en el mensaje publicitario que sean exactas, verdaderas y pertinentes y dispone que 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 autorización”.

La redacción de dicho artículo ciertamente ha determinado que se reclame la infracción de este artículo ante el CONAR en diversas oportunidades, aunque sin calificar expresamente la publicidad como denigratoria, asentando dicho Consejo 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”. Así ha ocurrido, entre otros, en “Procter & Gamble Chile Ltda. con Unilever Chile S.A.” en el que en el spot “Nuevo Omo Vs. Ariel” aparece una botella muy similar a la de Ariel Líquido que es reemplazado por un Omo Líquido que cae sobre la primera, indicando que el producto remueve las manchas más difíciles en el primer lavado⁵⁰ y en “Unilever Chile S.A. con Procter & Gamble Chile Ltda.” en que la publicidad de Ariel

⁵⁰ CONAR, 3 de julio de 2015, “Procter & Gamble Chile Ltda. con Unilever Chile S.A.”, Rol N° 982-15.

Power Liquid muestra a un oficinista usando una cantidad indiscriminada de detergente en polvo para compararlo con el rendimiento de aquel para mostrar que la ropa queda igualmente sucia, ridiculizando al oficinista.⁵¹

A ellos se agregan “Help S.A. con Instituto de Seguridad del Trabajo” en que se admite la deslealtad de la pieza publicitaria “En una urgencia, la tecnología más avanzada llegará tarde” (exhibiendo ambulancias similares a las de Help)⁵² y “AFP Modelo con S.A. con AFP Capital S.A.”, pues la publicidad se considera denigratoria por aludir a un competidor graficándolo como una imitación de una reconocida marca de zapatilla,⁵³ contrastando con los casos en que han conocido los tribunales nacionales sobre publicidad denigratoria en que no se ha logrado acreditar que la demandada utilice la publicidad como mecanismo ilícito para distraer clientela de su competidor.⁵⁴

(4). La publicidad desleal comparativa

La última forma de deslealtad publicitaria es la comparación ilícita. Si se considera que esta especie de publicidad constituye un poderoso instrumento pro competitivo que incrementa los estándares de información de los consumidores que comparan de manera independiente distintas clases de productos o servicios,⁵⁵ cabe preguntarse en qué supuesto devendrá en ilícita.

Pues bien, un examen de nuestro ordenamiento jurídico revela que la respuesta se encuentra en el literal e) del artículo 4 de la LCD relativo a los *actos de comparación*, nutriéndose, como advertiremos, de las ilicitudes publicitarias que hemos referido más arriba, distanciándose, en parte, de la regulación que prevé el artículo 14 del CChEP respecto de la comparación desleal en sede de autorregulación publicitaria.

En efecto, el literal e) del referido artículo 4 califica como acto de competencia desleal

⁵¹ CONAR, 16 de marzo de 2016, “Colgate Palmolive Chile S.A. con Procter & Gamble Chile Ltda.”, Rol N° 1001-16.

⁵² CONAR, 29 de enero de 2010, “Help S.A. con Instituto de Seguridad del Trabajo”, Rol N° 769-10.

⁵³ CONAR, 5 de septiembre de 2018, “AFP modelo S.A. con AFP Capital S.A.”, Rol N° 1088-18.

⁵⁴ Corte Suprema, 3 de octubre de 2019, Rol 4516-2019; y Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de diciembre de 2014, www.vlex.cl, N° 579424846.

⁵⁵ VELASCO, cit. (n. 18), p. 51.

“toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no *sea veraz y demostrable*, o, cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley”.

Por consiguiente, la publicidad comparativa no solo es ilícita en aquellos casos que es engañosa (esto es, no es veraz ni demostrable) sino también cuando sea confusionista, parasitaria o adhesiva y denigratoria, pues existirá, respectivamente, una infracción de los literales a), b), c), d) del artículo 4, además del artículo 3 de la LCD que consagra la cláusula general prohibitiva de competencia desleal.

Esta regulación contrasta con la contenida en el artículo 14 del CchEP, toda vez que dicho precepto señala que la publicidad comparativa será admisible siempre que:

“A. Que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad. B. Que compare de modo veraz, objetivo y demostrable una o más características de los bienes, servicios o marcas comparadas, entre las que podrá incluirse el precio. C. Que no dé lugar a confusión entre el anunciante y un competidor, o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor. D. Que no constituya competencia desleal, denigración o menosprecio de la imagen o la marca de otra empresa o industria.”

Esta constatación es relevante, porque evidencia que, a diferencia de lo que podría desprenderse de un cotejo preliminar entre el artículo 4 letra e) de la LCD y el artículo 14 del CchEP, el alcance de la ilicitud es similar entre ambos, dado que proscriben la comparación engañosa, confusionista y denigratoria. La diferencia entre tales regulaciones se encontraría, entonces, en lo que debe compararse y la forma en que debe efectuarse la comparación, cuestión que esperamos abordar en otra oportunidad. Y es que la exigencia de bienes o servicios que *satisfagan las mismas necesidades* o tengan *la misma finalidad* y de que la comparación sea *objetiva* es propia de dicho Código más no de la LCD, cuyo artículo 4 letra e) sólo exige veracidad y

demostrabilidad.

Nuestros tribunales han conocido de supuestos de publicidad comparativa desleal en los términos que hemos venido refiriendo. Tal es el caso, entre otros, de “Farmacias Ahumada S.A. con Cruz Verde S.A.” en que esta última exhibió en televisión y medios de comunicación escritos la campaña publicitaria denominada “Desafíos Cruz Verde, precios bajos sin competencia” en la que efectúa una comparación de precios de los medicamentos vendidos por su farmacia con los ofertados por Farmacias Ahumada S.A., concluyendo con la frase “¡Comprobado! En precios bajos Cruz Verde no tiene competencia”. La Corte de Apelaciones de Santiago estimó que la referencia directa de un proveedor a otro con un listado de 685 medicamentos que se muestran como los más consumidos, en la que asevera que ofrece “precios bajos sin competencia, valiéndose de un notario que da fe de esta circunstancia, constituye un acto de competencia desleal, sin que se advierta una argumentación contundente sobre la ilicitud de la conducta.⁵⁶

Otro tanto aconteció en *Danone Chile S.A. con Soprole S.A.*, en que la demandante sostuvo que por medio de la campaña publicitaria “Deja lo malo, quédate con lo bueno” la demandada asoció inequívocamente a “Activia” con lo malo, sugiriendo que lo bueno es “Next Tránsito+” de Soprole”, difundiendo así afirmaciones incorrectas o falsas y denigrantes respecto de las propiedades de los yogures funcionales de la demandante que estarían científicamente comprobadas para la regularización del tránsito intestinal lento, induciendo a engaño a los consumidores, infringiendo los artículos 3º, 4º b), c) y e) de la LCD e incurriendo en publicidad comparativa engañosa y denigratoria. Sin embargo, la Corte de Apelaciones desestimó la indemnización solicitada, pues estimó que no se configuró ningún acto de competencia desleal, pues no existió contravención a la buena fe ni a las buenas costumbres mercantiles ya que la alusión a lo malo está dado en el contexto de las incomodidades de la molestia que se intenta superar con el consumo del producto lácteo y la referencia al uso de otro producto no contiene ninguna mención específica, ajustándose a la conducta esperable de un agente de mercado competitivo.⁵⁷

⁵⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de julio de 2012, www.legalpublishing.cl, N° CL/JUR/1486/2012.

⁵⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de mayo de 2016, www.legalpublishing.cl, N° CL/

III. LA TUTELA DEL COMPETIDOR FRENTE A LA PUBLICIDAD DESLEAL: ELEMENTO ARTICULADOR Y MEDIOS DE TUTELA

Establecido el contenido de la deslealtad en la publicidad comercial resta examinar la tutela que debe dispensarse al competidor frente a la publicidad desleal que, en cuanto acto de competencia desleal, constituye un ilícito civil y, por consiguiente, se reconduce a la responsabilidad extracontractual. Dicha tutela, que protege en forma refleja al consumidor, se encuentra establecida en el artículo 5 de la LCD y se traduce en (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 Civil.⁵⁸

El desafío que nos proponemos en esta sección es triple y tributa no sólo a la competencia desleal sino también a la responsabilidad extracontractual, pues evidencia una tutela que ha sido escasamente explorada por los autores nacionales no sólo en términos generales⁵⁹ sino también a propósito de regímenes especiales en que ella está expresamente regulada, cual es el caso de la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual,⁶⁰ de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial⁶¹ y de la LCD.⁶²

El primero de ellos supone identificar y evidenciar el *elemento*

JUR/3432/2016.

⁵⁸ Sin perjuicio de la multa a beneficio fiscal del inciso primero del artículo 10 de la LCD que ha sido criticada, dado que el acto de competencia desleal sólo afecta al interés de la víctima, de modo que no procede una sanción de carácter público. GÓNZALEZ, cit. (n. 21), pp. 27-28.

⁵⁹ Por todos BARROS, cit. (n. 22), pp. 974-988.

⁶⁰ PINO, Alberto, “Las acciones civiles por infracciones al derecho de propiedad intelectual”, *Revista chilena de derecho y tecnología*, 2019, Vol. 8, N° 2, pp. 33-58.

⁶¹ PINO, Alberto, “Las acciones civiles por infracciones al derecho de propiedad industrial” en: BARRÍA, M.; DÍEZ, J. L.; DE LA MAZA, I.; MOMBERG, R.; MONTORY, G.; VIDAL, A., (coords), *Estudios de derecho privado en Homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo*, Thomson Reuters, Santiago, 2019, pp. 795-817.

⁶² En general: ISLER, Erika, “Una aproximación a las acciones derivadas de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los consumidores”, en: MORALES, M. Elisa (dir.), MENDOZA, P. (coord.), *Derecho del consumo: ley, doctrina y jurisprudencia*, Ediciones Der, Santiago, 2019, pp. 195-207; y con ocasión de la publicidad engañosa DE LA MAZA y LÓPEZ, cit. (n. 2), pp. 41-46.

articulador de los medios de tutela contemplados en el artículo 5 de la LCD que subyace, como se verá, en los artículos 3 y 4 de dicha Ley que refieren a la *cláusula general prohibitiva de competencia desleal* y sus manifestaciones. El segundo es justificar la ordenación de dichas acciones civiles en torno tal elemento articulador. Y, el tercero, consiste en ajustar el alcance de todas ellas a la publicidad comercial desleal, superando el simple reproche ético del CONAR que, en virtud del artículo 21 del *Reglamento de funciones y procedimientos*, se traduce en la facultad de dicho Consejo de disponer de la suspensión o cesación de la pieza o campaña publicitaria en caso de “grave perjuicio” al “público” o a “la actividad publicitaria”.⁶³

Este esfuerzo dogmático permitirá fortalecer la tutela del competidor perjudicado, pues lo ilustrará respecto de las distintas alternativas entre las que puede optar para obtener una reparación adecuada y del alcance de dicha tutela en el caso concreto, propendiendo así a su reparación integral o a la “reparación integral del daño resarcible”⁶⁴ dado que, como lo ha explicitado nuestra doctrina más autorizada, la reparación debe ser razonable y no perseguir la devolución exacta de la cuantía del daño, sino la mejor aproximación a la entidad del mismo.⁶⁵ Dicho de otra forma, debe colocar a la víctima en la situación más parecida posible a la que se encontraría de no existir el ilícito, salvo que deba reducirse la indemnización porque así lo dispone la ley, concurre la culpa de la víctima, esta no ha mitigado los daños o resulte pertinente compensar el lucro obtenido por la víctima.⁶⁶

⁶³ Este precepto establece que el Directorio de dicho Consejo, 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 dispone que tal suspensión debe ser acordada con el voto conforme de al menos 7 directores.

⁶⁴ CORRAL, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, 2ª ed., p. 377. El autor propone esta denominación, pues estima que así el daño queda condicionado a una valoración previa, cual es que los daños son en ese supuesto, y según el régimen de responsabilidad aplicable, susceptibles de resarcimiento.

⁶⁵ DOMÍNGUEZ, Carmen, “El principio de reparación integral del daño y su contenido: algunas consecuencias para el derecho chileno”, en: DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coord.) *Estudios de Derecho Civil V*, LegalPublishing, Santiago, 2010, pp. 680 y 685. Un tratamiento más amplio de este tópico en DOMÍNGUEZ, Carmen (ed.), *El principio de reparación integral en sus contornos actuales. Una revisión desde el derecho chileno, latinoamericano y europeo*, Thomson Reuters, Santiago, 2019.

⁶⁶ Por todos: CORRAL, cit. (n. 64), pp. 380-383. Véase, además, sobre los límites de la reparación integral

3.1. *El sistema de tutela previsto en el artículo 5 de la LCD y su adecuación a la publicidad desleal*

Un *sistema* es, desde una perspectiva lógica, un conjunto de reglas o principios sobre una determinada materia, racionalmente enlazados o, un conjunto de cosas, que, relacionadas ordenadamente, contribuyen a determinado objeto.

Esta idea de *ordenación* es la que ha acuñado la dogmática nacional para proponer una sistematización de la tutela contractual en torno al incumplimiento,⁶⁷ de la tutela precontractual a partir de la infracción de deberes precontractuales,⁶⁸ de la tutela del consumidor prevista en el artículo 50 inciso de la LPC,⁶⁹ de la tutela frente a la infracción de la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual y de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial⁷⁰ y de la tutela frente a la publicidad ilícita, específicamente de la publicidad abusiva, de la publicidad agresiva y de la publicidad engañosa en torno a la infracción de determinados derechos de los consumidores.⁷¹

Pues bien, una mirada a la LCD revela que el elemento articulador que el legislador recoge en el artículo 5 es la observancia del *deber de corrección en el mercado* consagrado, como hemos referido más arriba, en los artículos 3 y 4 de dicha ley, cuya manifestación específica en sede publicitaria se advierte en el *principio de respeto de la competencia* regulado en el artículo 14 del CcHEP, al que también ya hemos aludido. Y es que las acciones contenidas en el artículo 5 propenden, de un lado, a prevenir y proscribir los actos de competencia desleal y, de otro, reparar los daños derivados de la comisión de dichos actos y, en lo que aquí interesa, de la publicidad desleal. En efecto, una detenida lectura de dicho precepto evidencia diversas especies de tutela, pues no sólo contempla una *resarcitoria*, sino también la *declarativa* y de *reparación en naturaleza* que no pueden reconducirse a una tutela

al daño a DOMÍNGUEZ, Ramón, “Los límites al principio de reparación integral”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2010, N° 15, pp. 9-28.

⁶⁷ DE LA MAZA, Iñigo; VIDAL, Álvaro, *Cuestiones de derecho de contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia*, Thomson Reuters, Santiago, 2018.

⁶⁸ LÓPEZ, cit. (n. 5).

⁶⁹ ISLER, cit. (n. 62), pp. 195-207.

⁷⁰ PINO, cit. (n. 60), pp. 33-58, y PINO, cit. (n. 61), pp. 795-817.

⁷¹ Véase los autores indicados en la nota 15.

contractual, pues se ha verificado un ilícito publicitario. Por consiguiente nos encontraríamos ante un sistema específico de tutela *extracontractual* cuyo sustento normativo mediato se encuentra en el artículo 2314 del Código Civil.⁷² No se trataría de una tutela precontractual,⁷³ dado que dicho competidor no celebraría un contrato con el competidor desleal, sino que eventualmente con el consumidor que ha sido distraído ilegítimamente de su clientela como consecuencia de la publicidad engañosa, confusionista, parasitaria, denigratoria y/ o comparativa del competidor desleal.

Con todo, excluiríamos de este análisis la *acción declarativa de competencia desleal* contemplada en el literal b) del artículo 5, en atención a dos consideraciones.

En primer lugar, porque constituye una manifestación de la tutela declarativa general reconocida en nuestro derecho⁷⁴ que se activa indiscutiblemente cuando concurren los siguientes presupuestos: (i) 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 certeza.

En segundo lugar, dado que deviene en el antecedente para que se acojan las otras acciones contempladas en dicho artículo. De allí que se sostenga que se trata de “un precedente para que se acojan otras acciones contempladas en nuestra ley”⁷⁵ o del “soporte para obtener determinadas consecuencias a través de otras acciones”,⁷⁶ cobrando relevancia cuando se

⁷² Cuya articulación general aún se encuentra pendiente en nuestro derecho, específicamente en lo que concierne a las variantes de la reparación *in natura* en dicha sede y que esperamos abordar en otra ocasión.

⁷³ Sobre este sistema de tutela: LÓPEZ, cit. (n. 5).

⁷⁴ Admitida ampliamente. Sobre este tópico véase: RIVERO, René, “La tutela meramente declarativa o de mera certeza y su reconocimiento en el sistema procesal civil chileno”, *Revista Ius et Praxis*, 2019, Año 25, N° 1, pp. 97-116.

⁷⁵ CONTRERAS, cit. (n. 19), p. 171.

⁷⁶ RUIZ, José María, *La protección jurisdiccional civil frente a la publicidad ilícita*, Tirant lo Blanch,

ejerce junto a alguna o algunas de las acciones del artículo 5 de la LCD.

Sólo consignaremos que exigir, como lo hace dicho precepto, que *subsista la perturbación creada por el acto de competencia desleal* para ejercerla es criticable, dado que, como precisa Contreras, 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 su repetición o para solicitar la indemnización de los daños ocasionados. Por lo mismo, dicho autor sugiere entender este requisito en sentido amplio, considerando que existe 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.⁷⁷

No en vano una de las modificaciones introducidas el año 2009 a la Ley 3/19991, 10 de enero sobre Competencia Desleal española fue la eliminación de este requisito de procedencia, contenido en el antiguo artículo 18,⁷⁸ toda vez que dificultaba el ejercicio de esta acción frente a campañas publicitarias finalizadas, requiriéndose actualmente tan solo acreditar la existencia de la publicidad desleal y el interés legítimo del competidor perjudicado en accionar.

(i). *La suspensión o cesación publicitaria y la prohibición de la publicidad desleal*

La acción de cesación publicitaria tiene por propósito evitar que la publicidad comercial produzca un daño o la repetición, continuación o agravamiento de uno ya sufrido, enmarcándose así en la *función preventiva* o *disuasiva* de la responsabilidad civil⁷⁹ y en la máxima “prevenir y reparar”

Valencia, 2014, pp. 51-52.

⁷⁷ CONTRERAS, cit. (n. 19), p. 171.

⁷⁸ Como lo revela el actual artículo 32.1. de dicha ley que alude a “acción declarativa de deslealtad”, a diferencia del antiguo artículo 18 que agregaba “si la perturbación creada por el mismo subsiste”.

⁷⁹ En la dogmática comparada, por todos, DIEZ-PICAZO, Luís, *Derecho de Daños*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, pp. 206 y ss.; y CALVO, Carlos, “La prevención: la otra cara de la responsabilidad civil (¿o del derecho de daños)”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Vol 20, N° 3, 2018, pp. 20-47, en lo que respecta al derecho civil. Más recientemente en derecho de consumo BURGUEÑO, Manuel, *La función preventiva de la responsabilidad civil con especial consideración del derecho de consumo*, Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2021. En el ámbito nacional: MOLINARI, Aldo, *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004; SAN MARTÍN, Lilian, “¿Hacia una función social o asistencial de la responsabilidad civil?”, en:

que ha proclamado recientemente Llamas Pombo,⁸⁰ sobre la cual debería erigirse un adecuado sistema de responsabilidad civil extracontractual

Se trata de un *mecanismo preventivo o cautelar*, de modo que no requiere que la acción u omisión antijurídica produzca efectivamente un daño, sino que sea capaz de producirlo,⁸¹ lo que ocurrirá con un anuncio publicitario que confunda o engañe a los consumidores, compare productos y/o servicios lealmente, denigre al competidor o adhiera a su reputación. Constituye además una modalidad de *reparación en naturaleza*, pues su objeto no es el dinero sino resguardar la integridad del bien amenazado o afectado por la intervención del agente de mercado, cual es, la competencia leal.⁸²

Esta acción está contemplada en el literal a) del artículo 5 de la LCD como “acción de cesación del acto” junto a la “prohibición del mismo si aún no se ha puesto en práctica”, lo que constituye una novedad respecto de esta tutela, pues en sede de protección de los consumidores, de publicidad falsa o engañosa, de propiedad intelectual y de propiedad industrial sólo se contempla la cesación, como lo revelan los artículos 50 inc. 2 y 31 de la LCD,⁸³ 85 B letra a) de la Ley 17.336⁸⁴ y 106 letra a) de la Ley 19.039.⁸⁵

Ambas acciones, como se advierte, persiguen evitar, por una parte, que el ilícito sea continuado o repetido y, por otra, que se cometa si no se ha verificado, consagrando así una *tutela inhibitoria* que persigue un doble

MORALES, M. E.; MENDOZA, P. (coords.), *Estudios de Derecho Privado. II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado*, Ediciones Der, Santiago, 2020, pp. 38-39; y abordando supuestos más específicos de dicha función: LÓPEZ, Patricia, “Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: relaciones de vecindad y tutela preventiva”, *Revista de Derecho de la Empresa UAI*, N° 7, 2009, pp. 9-30, y Díez, José Luis, “La acción de daño contingente del artículo 2333 del Código Civil: sus elementos y ámbito de aplicación”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2016, N° 46, pp. 133-153.

⁸⁰ LLAMAS, Eugenio, *Las formas de reparar y prevenir el daño*, Wolter Kluwers España S.A., Madrid, 2020, p. 96.

⁸¹ CONTRERAS, cit. (n. 19), pp. 167-168.

⁸² BARROS, cit. (n. 22), p. 974.

⁸³ El primero de ellos alude a “la cesación del acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores”. El segundo, en tanto, se refiere a la suspensión de las emisiones publicitarias “cuando la gravedad de los hechos y los antecedentes acompañados lo ameriten”.

⁸⁴ Que contempla “el cese de la actividad ilícita del infractor”. Un análisis en PINO, cit. (n. 60), pp. 39 y 40.

⁸⁵ Dicho precepto faculta al titular del derecho de propiedad para demandar civilmente “la cesación de los actos que violen el derecho protegido”. Sobre este artículo véase PINO, cit. (n. 61), pp. 799-802.

propósito: (i) prevenir y establecer límite a un acto de competencia desleal inminente o justo antes que comience su ejecución (acción de prohibición) y (ii) hacer cesar un acto de competencia desleal en actual ejecución, prohibiendo la continuación de sus efectos (acción de cesación).⁸⁶

No se advierte, a diferencia de lo que acontece en el artículo 32.1 de la Ley de Competencia Desleal española, una acción de prohibición de reiteración futura de la conducta desleal. Pero, como se ha sostenido a propósito de la acción de cesación prevista en la Ley 17.336 y 19.039, no habría inconveniente, si existe peligro de repetición, en que el juez la decretara, toda vez que en tal supuesto sería inoficioso que el tribunal ordenara la cesación de la publicidad sin hacer extensiva esa prohibición para el futuro.⁸⁷

Pues bien, de la lectura de este precepto y de la naturaleza jurídica de la acción de cesación o suspensión, puede inferirse que sus requisitos de procedencia son, al menos tres: (i) una acción u omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento⁸⁸, (ii) riesgo o potencialidad de que se produzca daño y (iii) un interés razonable en la prevención del daño⁸⁹, que claramente es el interés del competidor o agente de mercado lesionado.

Frente a la difusión de la publicidad desleal el competidor ciertamente recurrirá a la cesación publicitaria para prevenir y evitar la afectación a su imagen y prestigio comercial como consecuencia de una publicidad confusionista, comparativa desleal, denigratoria, engañosa, desleal y parasitaria, deviniendo esta en la acción más utilizada en la práctica. Sirvan como ejemplo *Recalcine S.A. con Hormoquímica Chile Ltda. y Farmacias Ahumada S.A. con Farmacias Cruz Verde* con ocasión de publicidad comparativa desleal, en que se solicitó la suspensión publicitaria junto a la remoción de los efectos del acto y/ o la indemnización de daños.

En el primero, *Recalcine* denunció que la campaña publicitaria de *Hormoquímica* promocionaba un producto antidepresivo, analizando

⁸⁶ CONTRERAS, cit. (n. 19), pp. 168-171.

⁸⁷ PINO, cit. (n. 60), pp. 39 y 40, y PINO, cit. (n. 61), p. 799.

⁸⁸ Como lo prescribe el artículo 1711 del *Código Civil y Comercial argentino*.

⁸⁹ 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 Ley de Competencia Desleal española, toda vez que legitima a “cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos *intereses económicos* resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal”.

comparativamente precios en relación a otros productos similares que se utilizan para el tratamiento de la depresión, pero entregando información subjetiva, poco clara y demostrable, pues no precisó la farmacia en que se efectuó la compra, el día ni el costo de los tratamientos. La Comisión Preventiva Central ordenó la suspensión inmediata de la publicidad del producto y la corrección de dicha información constitutiva de competencia desleal.⁹⁰ En el segundo caso, cuyos hechos hemos referido con antelación a propósito de la publicidad comparativa, Farmacias Ahumada S.A. solicitó la cesación o prohibición de la publicidad y la remoción de sus efectos secundarios más la indemnización de perjuicios, ordenando el tribunal no exhibir publicidad por cualquier medio y la publicación de un extracto de la sentencia pronunciada en dicho juicio en todos los medios de prensa de circulación nacional y en todos los canales de televisión abierta en la franja horaria normal.⁹¹

Pero lo cierto es que podría ocurrir que, a pesar de haberse decretado la cesación o suspensión publicitaria, ella no cese o no se respete la prohibición de realizarla, caso en el cual, el competidor perjudicado, antes de inclinarse por la indemnización de daños, podrá instar por la remoción de los efectos de la publicidad, en los términos establecidos en el literal c) del artículo 5 de la LCD, que examinaremos a continuación.

(ii). *La acción de remoción de los efectos del acto*

Este segundo medio de tutela se enmarca dentro de lo que denominaremos *medidas correctivas* o de remoción del ilícito y que resultan necesarias para evitar que prosiga el acto de competencia desleal, morigerando o neutralizando sus efectos y desincentivándolo.

Específicamente persigue remover, eliminar o revertir los efectos dañinos del acto de competencia desleal y, tratándose de la publicidad desleal, reconstituir el estado de cosas previo a su difusión, removiendo los objetos a través de los cuales este se ha materializado -tales como folletos, afiches u artículos publicitarios-, instando por la destrucción, modificación

⁹⁰ Comisión Preventiva Central, 26 de enero de 2001, "*Recalcine S.A. con Hormoquímica Chile Ltda.*", Dictamen N°1147-2001.

⁹¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de julio de 2012, www.legalpublishing.cl, N° CL/JUR/1486/2012 (referido más arriba).

o sustitución de estos y de los productos fabricados, comercializados o distribuidos⁹² o por la rectificación de la información falsa o errónea que causa confusión desleal o de aquella que parasita del prestigio de uno o varios competidores o los denigra.⁹³

En consecuencia, el competidor recurrirá a la remoción de los efectos del acto cuando la publicidad desleal se haya ejecutado y siga reiterándose en el tiempo, habiéndose ordenado su cesación, su prohibición o ambas, y sin que se requiera imputabilidad del infractor ni daños derivados del acto de competencia desleal, porque persigue remover la conducta ilícita, pero no resarcir perjuicios.⁹⁴

Se encuentra contenido en la letra c) del artículo 5 de la LCD que alude a él 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”, otorgándole un alcance más amplio que el de otras leyes especiales que lo contemplan. Así, el literal c) del artículo 106 de la Ley de Propiedad Industrial sólo alude a “la adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la infracción”, reservando el literal d) de dicho artículo para la publicación de la sentencia; del mismo modo el artículo 31 de la LPC a propósito de la publicidad falsa se refiere a “la publicidad correctiva que resulte apropiada para enmendar errores o falsedades” sin aludir a la publicación de la sentencia.⁹⁵

La publicación de la sentencia condenatoria por perpetración de un acto de competencia desleal, en cuanto modalidad de remoción del ilícito, tiene por propósito la restitución del honor dañado o del derecho moral del competidor, corrigiendo la memoria colectiva y desprestigiando al infractor. De allí que en aquellos supuestos en que la víctima no quede debidamente subsanada con la cesación o suspensión publicitaria ni completamente

⁹² Aproximándose así a la acción de destrucción o apartación de los ejemplares consagrada en el artículo 85.C de la Ley 17.336. Sobre dicha acción, véase PINO, cit. (n. 60), pp. 40-41.

⁹³ CONTRERAS, cit. (n. 19), p. 172, y RUIZ, cit. (n. 76), p. 55.

⁹⁴ CONTRERAS, cit. (n. 19), pp. 172-173.

⁹⁵ Un análisis de este precepto en ISLER, Erika, “Artículo 31” en DE LA MAZA, I.; PIZARRO, C. (eds.), BARRIENTOS, Francisca, (coord.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 721-731; y LÓPEZ, Patricia, “Artículo 31”, en BARRIENTOS, F.; DE LA MAZA, I.; PIZARRO, C. (dirs.); FERNÁNDEZ, F. (ed.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores*, Thomson Reuters, Santiago, 2ª edición, en prensa.

compensada por la indemnización ella adquiera relevancia, toda vez que su difusión busca restaurar bienes jurídicos afectados por el infractor y reparar el mal causado.⁹⁶

En tal supuesto se suele solicitar que el tribunal ordene publicar la sentencia condenatoria que acoja la demanda o un extracto de ella en los mismos medios de prensa y publicidad escrita en que la demandada realizó la publicidad desleal, accediendo nuestros tribunales, por lo general, a que dicha publicación se realice una sola vez, a costa de la demandada, en extracto, en todos los medios de circulación nacional y en todos los canales de televisión abierta en la franja de horario normal. Con todo, la publicación de la sentencia debe ser proporcionada con la difusión que se le pretende dar, dado que de lo contrario tal publicación no constituirá una reparación sino una gratuita vejación que puede devenir en un acto de competencia desleal. En consecuencia, el tribunal respectivo deberá ponderar si la reparación del competidor perjudicado se obtiene con la publicación en un medio de comunicación social o en varios, de alcance nacional o inferior, en atención al espectro de consumidores reales y potenciales que fueron destinatarios de la publicidad desleal.⁹⁷

La segunda modalidad de remoción acuñada por el literal c) del artículo 5 de la LCD es la “rectificación a costa del autor del ilícito” que, en jerga publicitaria, equivale a la *publicidad correctiva o corrección publicitaria* que está contemplada expresamente en el artículo 31 de la LPC a propósito de la publicidad falsa y que se ha hecho extensiva a la engañosa.⁹⁸ En el caso de la publicidad desleal la rectificación estará destinada a eliminar de la mente de los consumidores los efectos perniciosos de la deslealtad publicitaria, corrigiendo el mensaje confusionista, engañoso, denigratorio y comparativo desleal que ha distraído ilegítimamente la clientela del competidor perjudicado, a través de las modificaciones que resulten pertinentes, siendo el tribunal el que precise el contenido, la forma y los medios de difusión en que se realizará la corrección.

De allí que, a nuestro juicio, y siguiendo con los debidos ajustes a

⁹⁶ CONTRERAS, cit. (n. 19), p. 174, y RUÍZ, cit. (n. 76), p. 61. Esta misma finalidad es la que persigue la publicación de la sentencia contemplada en el artículo 85 B letra c) de la ley 17.336 y 106 letra d) de la Ley 19.039.

⁹⁷ RUÍZ, cit. (n. 76), pp. 61 y 62.

⁹⁸ DE LA MAZA y LÓPEZ, cit. (n. 2), pp. 42-43.

Pitofsky que ha tratado la corrección publicitaria con ocasión de la publicidad engañosa, para que la *corrección publicitaria* proceda deben verificarse, al menos, cuatro requisitos: (i) deslealtad del mensaje publicitario, (ii) constancia de que dicho mensaje distrajo ilegítimamente la clientela de ese competidor, (iii) subsistencia de los efectos del mensaje en los consumidores y (iv) persistencia de los efectos ilícitamente creados, incluso después de la orden de la cesación de la respectiva campaña publicitaria.⁹⁹ Una aproximación similar es la que ha tenido la dogmática española, pues ha asentado que para que proceda la corrección de la publicidad desleal se requiere que : i) los efectos residuales del acto de competencia desleal sean *graves y duraderos* y ii) la rectificación constituya un *remedio eficaz y proporcionado* (esto es, el único posible o el más adecuado) para poner fin a tales efectos lesivos para la libertad de decisión de los consumidores y para los intereses de los consumidores afectados.¹⁰⁰

De otro lado, si bien es cierto que ella puede realizarse a través de diferentes medios, se ha impuesto como práctica que se efectúe a través de medios de comunicación, escritos o audiovisuales y, preferentemente, en aquellos en que se realizó la publicidad, lo que no obsta a que se utilice un soporte distinto y que se realice por otro individuo con tal que logre el mismo objetivo, insertando, un anuncio en la página web o un cartel explicativo en el local comercial.¹⁰¹

Se trata, por consiguiente, de una *contrapublicidad*,¹⁰² esto es, de una medida que impone difundir un nuevo mensaje publicitario que enmiende el anterior, modificando así el original y frustrando, en el caso de la publicidad desleal, la infracción del *deber de corrección* y del *principio de respeto a la competencia* que subyace en ella.

⁹⁹ PITOFSKY, Robert, “*Beyond Nader: Consumer Protection and the Regulation of Advertising*”, *Harvard Law Review*, 1977, Vol. 90, N° 4, pp. 696-697.

¹⁰⁰ Por todos, RUÍZ, cit. (n. 76), p. 57.

¹⁰¹ Premisas acuñadas para la publicidad engañosa por MORALES, Antonio Manuel, “Declaraciones públicas y vinculación contractual (Reflexiones sobre una propuesta de Directiva)”, en: MORALES, A., *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Navarra, 2006, p. 823; MARÍN, Manuel Jesús, “La formación del contrato con consumidores” en PARRA, M. (dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 274; y extrapoladas a la publicidad desleal por RUÍZ, cit. (n. 76), p. 57.

¹⁰² Terminología empleada inicialmente por SANTAELLA, Manuel, *Derecho de la Publicidad*, Civitas, Madrid, 2003, p. 68, tratándose de la publicidad engañosa, y posteriormente por RUÍZ, cit. (n. 76), p. 58 para la publicidad desleal.

La diferencia, entonces, con la cesación publicitaria es evidente: aquella persigue poner fin a una publicidad desleal que ya comenzó o que puede comenzar en forma inminente; la corrección, en cambio, pretende erradicar sus efectos. Por otra parte, la corrección publicitaria constituye la medida más grave que puede imponerse al responsable de un ilícito por deslealtad no sólo porque repercutirá en el desarrollo de su actividad sino porque puede determinar su expulsión del mercado. Ello explica que se active ante supuestos graves que afecten los intereses de los consumidores o la estructura competitiva del mercado.¹⁰³

La tercera y última modalidad de remoción prevista en el artículo 5 letra c) es “otro medio idóneo”, distinto de la publicación de la sentencia o de la rectificación a costa del autor del ilícito. Aplicado a la publicidad, este puede consistir en un aviso colocado como anexo en la publicidad impresa o en un vínculo desde el sitio web del infractor hacia el texto de la sentencia condenatoria del acto de competencia desleal que permitirá erradicar más eficientemente los efectos perniciosos de la publicidad desleal de la mente de los consumidores.¹⁰⁴

Finalmente, cabe señalar que el competidor afectado solicitará al tribunal la remoción de los efectos del acto de competencia desleal en términos generales requiriendo la mayoría de las veces, indistintamente, cualquiera de las tres modalidades del literal c) del artículo 5. Por consiguiente, será el tribunal el que deberá determinar, en el caso concreto, cuál de ellas le procurará más pronta y eficiente reparación al agente de mercado perjudicado.

(iii) *La acción indemnizatoria*

Este último medio de tutela, consagrado en el literal d.) del artículo 5 de la LCD, remite expresamente a las disposiciones del título XXXV del Libro IV del Código Civil, otorgándole correctamente a la indemnización una naturaleza extracontractual. Con todo, si no estuviera contemplada ella procedería de acuerdo con las reglas generales cuando concurrieran los requisitos propios de la indemnización, cuales son, en el caso de la publicidad desleal, el ilícito publicitario, la imputabilidad del infractor,

¹⁰³ Ruíz, cit. (n. 76), p. 57.

¹⁰⁴ CONTRERAS, cit. (n. 19), p. 173.

el daño y la relación de causalidad entre el ilícito y el daño. De allí que este medio de tutela no sea tan novedoso en comparación a los que hemos aludido precedentemente.

Ciertamente el daño generado por el acto de competencia desleal para el competidor será la pérdida o disminución de clientela,¹⁰⁵ que se traducirá en daño emergente, en lucro cesante y eventualmente en daño moral. Piénsese, tratándose de la primera partida indemnizable que hemos referido, en la pérdida de la inversión realizada en publicidad para promocionar lícita y lealmente sus productos y servicios, en los costos de reposicionamiento de la marca denigrada, parasitada, confundida o comparada deslealmente y en la pérdida de descuentos por volúmenes de productos no vendidos o servicios no prestados. Por su parte, en lo que concierne al lucro cesante parece evidente demandar las pérdidas derivadas de las menores ventas de productos y/o servicios desde el inicio de la campaña o anuncio publicitario desleal hasta la presentación de la demanda, valorizando cada semana que ella siga vigente. Y en lo que respecta al daño moral deberá acreditarse la lesión a la reputación o prestigio del competidor víctima de competencia desleal.

Con todo, la particularidad en sede de competencia desleal radica en el denominado “daño concurrential”, cual es, aquél que sufre la víctima en su patrimonio, 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 mercado.¹⁰⁶

Como se advierte, la tutela del artículo 5 de la LCD, así presentada, ofrece al competidor perjudicado por la publicidad desleal distintas alternativas reparación que pueden impetrarse en forma exclusiva o acumulativa. En efecto, si la cesación publicitaria no lo satisface o no lo deja plenamente indemne este podrá recurrir a la indemnización o a la corrección o remoción de los efectos de acto, según lo estime conveniente, considerando la corrección publicitaria y la publicación de la sentencia, pudiendo acumularse o excluirse según lo decida, evidenciando un sistema de tutela en sede de publicidad desleal hasta ahora inexplorado, que le otorga una tutela más amplia y acabada que el mero reproche ético del CONAR.

Dicho de otra forma, el referido precepto recoge un sistema de tutela

¹⁰⁵ TAPIA, cit. (n. 29), pp. 86 y 87.

¹⁰⁶ CONTRERAS, cit. (n. 19), pp. 175-176.

extracontractual especial que, al igual que el general que aún no se ha construido detenidamente en el Código Civil,¹⁰⁷ se cimienta en la observancia del deber de no dañar a otro (*alterum non laedere*) consagrado en el artículo 2314 de dicho Código y de la reparación integral, que se desprende de dicho precepto junto al artículo 2329.¹⁰⁸ Y, de la misma forma que aquel, exige reconocer la *opción* del perjudicado para que éste satisfaga su interés lesionado, toda vez que en el derecho chileno no existe una jerarquía entre los medios de tutela extracontractuales; el único límite a tal opción es que ella no se ejerza de forma abusiva.¹⁰⁹ Y revestirá este carácter en dos supuestos: (i) si la indemnización es ejercida sin considerar que la reparación *in natura* disminuye considerablemente los daños que se reclaman y (ii) si se insiste en dicha reparación contraviniendo sus límites, pues en el caso concreto ella no es posible y/o es excesivamente gravosa, vulnerando el imperativo de proporcionalidad que desnaturaliza el fin de la norma que otorga ese derecho.¹¹⁰

En este trabajo sólo hemos querido analizar aquel propio de la competencia desleal, ajustarlo a la deslealtad publicitaria y determinar su alcance con el propósito de seguir avanzando en la construcción de un estatuto general de la publicidad ilícita en nuestro derecho. Pero también hemos asentado algunas premisas que, junto a otras formuladas a propósito de la tutela que debe dispensarse a la víctima de ilícitos que vulneran el derecho de autor y la propiedad intelectual,¹¹¹ deberían contribuir a articular un sistema de tutela extracontractual general en el ordenamiento jurídico chileno que permita a la víctima del ilícito escoger el mecanismo de

¹⁰⁷ Una aproximación en BARROS, cit. (n. 22), pp. 974-988.

¹⁰⁸ Un acucioso estudio del alcance de este principio en nuestro derecho en DOMÍNGUEZ, cit. (n. 65).

¹⁰⁹ Por todos, ALESSANDRI, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 386; CORRAL, cit. (n. 64), p. 376, y BARROS, cit. (n. 22), pp. 982-983. Esta premisa también ha sido acuñada en sede contractual. Por todos, LÓPEZ, Patricia, “El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2012, N° 19, pp. 13-62.

¹¹⁰ ALESSANDRI, cit. (n. 109), p. 386; CORRAL, cit. (n. 64), p. 376, y BARROS, cit. (n. 22), pp. 983-984. Un razonamiento similar en TAPIA, Paloma, *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 238-257; LLAMAS, cit. (n. 80), pp. 255-260; y ROCA TRIAS, Encarna; NAVARRO MICHEL, Mónica, *Derecho de daños. Textos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 277 y 278.

¹¹¹ Contenidas en PINO, cit. (n. 60), pp. 33-58, y PINO, cit. (n. 61), pp. 795-817.

reparación que estime más adecuado, desafío que se encuentra pendiente en nuestra dogmática y que esperamos acometer en una próxima ocasión.

IV. CONCLUSIONES

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

1.- La publicidad desleal es aquella que infringe el deber de corrección y el principio de respeto de la competencia, advirtiéndose como especies o tipos la publicidad desleal engañosa, confusionista, parasitaria, denigratoria y comparativa, cuyo sustento normativo se encuentra, según el caso, en los literales a), b), c), 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 desleal han ingresado por vía de reclamo al CONAR y no por infracción de la LCD, privando al competidor de la tutela prevista en el artículo 5 de dicha ley frente a dicho ilícito publicitario.

3.- Articular la publicidad desleal, entonces, 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 confusión, engaño, denigración y comparación a los que aluden los referidos literales del artículo 4 de la LCD y, de otro, tutelar al competidor perjudicado más allá del reproche ético del CONAR, recurriendo no solo a aquella declarativa sino también a la reparatoria *in natura* (cesación o remoción de los efectos del acto) e indemnizatoria.

4.- Determinar el sentido y alcance de la tutela que puede activar el competidor frente a la publicidad desleal no sólo fortalece la observancia y vigencia del *principio* del *alterum non laedere* que consagra el artículo 2314 CC., propendiendo a una *reparación integral del daño* tratándose de la competencia desleal, sino que también permite complementar premisas que se han formulado en sede de propiedad industrial y de propiedad intelectual y que pueden contribuir a articular un sistema de tutela extracontractual de carácter general en nuestro derecho.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

a) Doctrina

ALESSANDRI, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

BANFI, Cristián, *Responsabilidad civil por competencia desleal*, Editorial LegalPublishing, Santiago, 2013.

BARRIENTOS, Francisca, *Lecciones de derecho del consumidor*, Thomson Reuters, Santiago, 2019.

BARROS, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2020, 2° edición actualizada, T. II.

BARROS, Andrea, “Competencia desleal y protección al consumidor”, en GONZÁLEZ, Marco (ed.), *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, Ediciones Universidad de los Andes, Santiago, 2007, N° 14.

BERNET, Manuel, *La presentación comercial en el Derecho de la competencia desleal*, LegalPublishing, Santiago, 2014.

BURGUEÑO, Manuel, *La función preventiva de la responsabilidad civil con especial consideración del derecho de consumo*, Editorial B. de F., Montevideo - Buenos Aires, 2021.

CALVO, Carlos, “La prevención: la otra cara de la responsabilidad civil (¿o del derecho de daños)”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2018, Vol 20, N° 3, pp. 20-47.

CAMACHO, Consuelo, *La protección del consumidor frente al mensaje publicitario. Integración de la publicidad al contrato*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012.

CONTRERAS, Oscar, *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena*. Ediciones UC, Santiago, 2012.

CORRAL, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, 2° ed.

DE LA CUESTA, José María, *Curso de derecho de la publicidad*, EUNSA, Pamplona, 2002.

DE LA MAZA, Iñigo, “Artículo 28”, en DE LA MAZA, I.; PIZARRO, C. (eds.), BARRIENTOS, F., (coord.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores*, Thomson Reuters, Santiago, 2013.

DE LA MAZA, Iñigo, “La integración publicitaria y la publicidad engañosa como supuesto de error provocado”, en: BARRÍA, M.; CAPRILE, B.; DIEZ, J.; DOMÍNGUEZ, C.; PIZARRO, C.; TAPIA, M. (eds.), *Estudios de Derecho Privado. Homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila*, Thomson Reuters, Santiago, 2015.

DE LA MAZA, Iñigo; VIDAL, Álvaro, *Cuestiones de derecho de contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia*, Thomson

Reuters, Santiago, 2018.

DE LA MAZA, Iñigo; LÓPEZ, Patricia, “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*, 2021, Vol. 48, N° 2.

DÍEZ, José Luis, “La acción de daño contingente del artículo 2333 del Código Civil: sus elementos y ámbito de aplicación”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2016, N° 46.

DÍEZ-PICAZO, Luís, *Derecho de Daños*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

DOMÍNGUEZ, Carmen, “El principio de reparación integral del daño y su contenido: algunas consecuencias para el derecho chileno”, en: DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coord.) *Estudios de Derecho Civil V*, LegalPublishing, Santiago, 2010.

DOMÍNGUEZ, Carmen (ed.), *El principio de reparación integral en sus contornos actuales. Una revisión desde el derecho chileno, latinoamericano y europeo*, Thomson Reuters, Santiago, 2019.

DOMÍNGUEZ, Ramón, “Los límites al principio de reparación integral”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2010, N° 15, pp. 9-28.

EMPARANZA, Alberto, “Competencia desleal y protección de los consumidores”, en: MIRANDA, L.; COSTAS, J. (dirs.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*. Marcial Pons, Madrid, 2018.

GÓNZALEZ, Marco Antonio, “Ley 20.169, que regula la competencia desleal. Aspectos relevantes”, en: GONZÁLEZ, M. (ed.), *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, N° 14, Ediciones Universidad de los Andes, Santiago, 2007, p. 24.

GUERRERO, José Luís, “Artículo 28 A”, en: DE LA MAZA, I.; PIZARRO, C. (eds.); BARRIENTOS, F. (coord.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores*, Thomson Reuters, Santiago, 2013.

INOSTROZA, Mauricio, “El ilícito concurrencial general de la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal”, *Revista Ius et Praxis*, 2017, 23, N°1.

ISLER, Erika, “Aproximación a la publicidad engañosa, desde la perspectiva de la competencia desleal y la protección al consumidor”, *Revista Ars Boni et Aequi*, 2010, Vol. 6 N°1.

ISLER, Erika, “Artículo 31”, en: DE LA MAZA, I.; PIZARRO, C. (eds.), BARRIENTOS, Francisca, (coord.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 721-731.

ISLER, Erika, “Una aproximación a las acciones derivadas de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los consumidores”, en: MORALES, M. Elisa (dir.), MENDOZA, P. (coord.), *Derecho del consumo: ley, doctrina y jurisprudencia*,

Ediciones Der, Santiago, 2019.

ISLER, Erika, “La vinculación de la publicidad al contrato: integración y derogación” en CÉSPEDES, C. (dir.), *Temas actuales de Derecho Patrimonial*, Thomson Reuters, Santiago, 2019.

LÓPEZ, Patricia, “Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: relaciones de vecindad y tutela preventiva”, *Revista de Derecho de la Empresa UAI*, N° 7, 2009.

LÓPEZ, Patricia, “El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2012, N° 19, pp. 13-62.

LÓPEZ, Patricia, “Publicidad Engañosa. Indemnización de daños. Concurrencia de responsabilidad civil. Opción de responsabilidades. Responsabilidad Extracontractual. Corte Suprema, 18 de enero de 2018, rol 73907-2016. Cita en línea VLEX-701344085”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2018, N° 30.

LÓPEZ, Patricia, *La tutela precontractual del acreedor: una aproximación desde el código civil chileno y su interrelación con la tutela contractual*, Thomson Reuters, Santiago, 2019.

LÓPEZ, Patricia “La publicidad comercial como fenómeno jurídico: una aproximación general desde el derecho chileno”, *Revista Ius et Praxis*, 2020, Vol. 26, N° 3.

LÓPEZ, Patricia, “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: VÁSQUEZ, M. (dir.), *Estudios de Derecho Comercial, X Jornadas Nacionales de Derecho Comercial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

LÓPEZ, Patricia, “Las perspectivas de tutela aplicable ante la publicidad engañosa en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, 2021, Vol. 40.

LÓPEZ, Patricia, “La publicidad abusiva como ilícito que vulnera la integridad del consumidor e infringe el derecho a la seguridad en el consumo previsto en el artículo 3 letra d.) de la LPC”, EN: ISLER, E. (ED.), *SEGURIDAD Y CONFORMIDAD EN EL DERECHO DE CONSUMO: REFLEXIONES ACTUALES*, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2021.

LÓPEZ, Patricia, “Artículo 31”, en BARRIENTOS, F.; DE LA MAZA, I.; PIZARRO, C. (dirs.); FERNÁNDEZ, F. (ed.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores*, Thomson Reuters, Santiago, 2ª edición, en prensa.

LÓPEZ, Patricia, “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*, ponencia, 2021, en prensa.

LLAMAS, Eugenio, *Las formas de reparar y prevenir el daño*, Wolter Kluwers España S.A., Madrid, 2020.

MARTÍNEZ, Celia; HERRERO, Carmen; MARTÍN, Lirio y HERNÁNDEZ-RICO, José Miguel, *Derecho de la Publicidad*, Aranzadi, Navarra, 2015.

MARÍN, Manuel Jesús, “La formación del contrato con consumidores” en PARRA, M. (dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, Aranzadi, Navarra, 2014.

MENCHACA, Tomás, “Libre competencia y competencia desleal en la Ley N° 20.169, ¿existe contradicción entre ambas disciplinas?”, en: GONZÁLEZ, M. (ed.), *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, N° 14, Ediciones Universidad de los Andes, Santiago, 2007.

MOLINARI, Aldo, *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004.

MORALES, Antonio Manuel, “Declaraciones públicas y vinculación contractual (Reflexiones sobre una propuesta de Directiva)”, en: MORALES, A., *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Navarra, 2006.

PEREDES, Ricardo, “Fundamentos para la regulación de la publicidad comparativa”, *Revista ABANTE*, 2004, Vol. 7, N° 1.

PINO, Alberto, “Las acciones civiles por infracciones al derecho de propiedad intelectual”, *Revista chilena de derecho y tecnología*, 2019, Vol. 8, N° 2.

PINO, Alberto, “Las acciones civiles por infracciones al derecho de propiedad industrial” en BARRÍA, M.; DÍEZ, J. L.; DE LA MAZA, I.; MOMBERG, R.; MONTORY, G.; VIDAL, A., (coords), *Estudios de derecho privado en Homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo*, Thomson Reuters, Santiago, 2019.

PITOFKY, Robert, “Beyond Nader: Consumer Protection and the Regulation of Advertising”, *Harvard Law Review*, 1977, Vol. 90, N° 4.

RIVAS, María, *Los ilícitos de competencia desleal en la jurisprudencia chilena*, Thomson Reuters, Santiago, 2012.

RIVERO, Renéé, “La tutela meramente declarativa o de mera certeza y su reconocimiento en el sistema procesal civil chileno”, *Revista Ius et Praxis*, 2019, Año 25, N° 1.

ROCA TRÍAS, Encarna; NAVARRO MICHEL, Mónica, *Derecho de daños. Textos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

RUIZ, José María, *La protección jurisdiccional civil frente a la publicidad ilícita*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

SAN MARTÍN, Lilian, “¿Hacia una función social o asistencial de la responsabilidad civil?”, en: MORALES, M. E.; MENDOZA, P. (coords.), *Estudios de Derecho Privado. II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado*, Ediciones Der, Santiago, 2020.

SANTAELLA, Manuel, *Derecho de la Publicidad*, Editorial Civitas, Madrid, 2003.

TATO, Anxo; FERNÁNDEZ, Pablo; HERRERA, Christian, *La reforma de la ley de Competencia Desleal*, Editorial La Ley, Madrid, 2010.

TAPIA, Mauricio, “Responsabilidad civil por actos de competencia desleal en el derecho chileno”, en: GONZÁLEZ, M. (ed.), *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, N° 14, Ediciones Universidad de los Andes, Santiago, 2007.

TAPIA, Mauricio, “Competencia desleal por culpa”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2017, Vol. 29, pp. 165-207.

TAPIA, Paloma, *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013.

VELASCO, Luis Antonio, “Competencia desleal y publicidad”, en: MIRANDA, L. M.; COSTAS, J. (coords.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

VILAJOANA, Sandra, *Las Leyes de la publicidad. Límites jurídicos de la actividad publicitaria*, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2011.

b) Legislación

Código chileno de Ética Publicitaria (CchEP) – CONAR

Ley 19.496, Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores (LPC)

Ley general de Publicidad española 34/1988, de 11 de noviembre

Ley 29/2009 sobre Competencia Desleal española, de 30 de diciembre

c) Jurisprudencia

Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de enero de 2010, Rol 868-2009, www.legalpublishing.cl, N° CL/JUR/360/2010.

Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de julio de 2012, Rol 4155-2010, www.legalpublishing.cl, N° CL/JUR/1486/2012.

Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de septiembre de 2012, Rol 7387-2011, disponible en www.vlex.cl, N° 573049990.

Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de diciembre de 2014, Rol 2830-2014, www.vlex.cl, N° 579424846.

Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de mayo de 2016, Rol 11068-2015, www.legalpublishing.cl, N° CL/JUR/3432/2016.

Corte Suprema, 21 de noviembre de 2016, Rol 15897-2015, www.vlex.cl, N° 653849889.

Corte Suprema, 3 de octubre de 2019, Rol 4516-2019, www.vlex.cl, N° 816913541.

Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de enero de 2020, Rol 15114-2018, www.legalpublishing.cl, N° CL/JUR/9945/2020.

d) Dictámenes

Comisión Preventiva Central, 26 de enero de 2001, “*Recalcine S.A. con Hormoquímica Chile Ltda.*”, Dictamen N°1147-2001.

CONAR, 29 de enero de 2010, “*Help S.A. con Instituto de Seguridad del*

Trabajo”, Rol N° 769-10.

CONAR, 14 de octubre de 2011, “*Watt’s S.A. con Agrocommerce*”, Rol N° 837-11.

CONAR, 23 de julio de 2012, “*Asociación gremial de productores de huevos de Chile con Evercrisp Snack Productores*”, Rol N° 868-12.

CONAR, 30 de noviembre de 2012, “*Colgate Palmolive S.A. con Procter & Gamble Chile Ltda.*”, Rol N° 885-12.

CONAR, 8 de marzo de 2013, “*De oficio - Cosmética Nacional*”, Rol N° 900-13.

CONAR, 23 de agosto de 2013, “*Unilever Chile S.A. con Procter & Gamble Chile Ltda.*”, Rol N° 921-13.

CONAR, 24 de octubre de 2014, “*Aislantes nacionales S.A. con Parex Chile Ltda.*”, CONAR, Rol N° 964-14.

CONAR, 26 de junio de 2015, “*Claro Comunicaciones S.A.*”, Rol N° 981-15.

CONAR, 3 de julio de 2015, “*Procter & Gamble Chile Ltda. con Unilever Chile S.A.*”, Rol N° 982-15.

CONAR, 4 de noviembre de 2016, “*Movistar con Wom S.A.*”, Rol N° 1032-2016.

CONAR, 22 de mayo de 2017, “*Beiersdorf Chile S.A. con Unilever Chile Ltda.*”, Rol N° 1048-17.

CONAR, 5 de septiembre de 2018, “*AFP modelo S.A. con AFP Capital S.A.*”, Rol N° 1088-18.

CONAR, 26 de septiembre de 2018, “*Kimberly-Clark Chile S.A. con Procter & Gamble Chile Ltda.*”, Rol N° 1090-18.

CONAR, 21 de diciembre de 2018, “*Asociación Gremial de Industriales Gráficos de Chile con Cencosud Retail S.A.*”, Rol N° 1096-18.

CONAR, 5 de julio de 2019, “*Empresas de Factoring de Chile A.G. / Cumplio Chile S.A.*”, Rol N° 1118-19.

CONAR, 16 de marzo de 2016, “*Colgate Palmolive Chile S.A. con Procter & Gamble Chile Ltda.*”, Rol N° 1001-16.

e) Otras

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20.169, Segundo Trámite Constitucional: Senado”, 2018, disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5425/HLD_5425_21c8b18a7a6ca49735a94f3eb2ca62e2.pdf.

SERNAC, *Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas comerciales* [CIPP], Resolución Exenta N° 0187, 21 de marzo de 2019, 62 pp., disponible en línea: https://www.sernac.cl/portal/618/articles-9190_archivo_01.pdf, consultada: 28 de septiembre de 2021.