El deber de profesionalidad y la responsabilidad por las declaraciones publicitarias: una aproximación desde el derecho chileno

Patricia Verónica López Díaz*

1. Introducción

En las dos últimas décadas nuestra dogmática ha comenzado a focalizar su atención progresivamente en la publicidad comercial, circunscribiendo el análisis a la publicidad engañosa,[1] a la integración publicitaria[2] y más recientemente a la publicidad como fenómeno jurídico[3] con especial detenimiento en la publicidad dirigida al consumidor financiero,[4] a los niños, niñas y adolescentes (NNA)[5] y a los *followers* o seguidores de los *influencers* o influenciadores.[6]

Este fenómeno encuentra explicación en la necesidad de diseñar una estrategia de protección del consumidor frente a la publicidad comercial, a falta de un estatuto jurídico que regule detenida y orgánicamente la publicidad ilícita en todas sus posibles dimensiones y la publicidad respecto

---

* Profesora de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Correo electrónico: patricia.lopez@udp.cl. Este artículo se enmarca dentro de la ejecución del Proyecto Fondecyt Regular 1190200, del cual la autora es Investigadora Responsable.

1 Isler (2010), pp. 125-145; De la Maza (2013b), pp. 653-671; López (2021), pp. 273-308; De la Maza-López (2021), pp. 27-51 y Martabit (2021), pp. 133-162.

2 De La Maza (2015), pp. 551-571 e Isler (2019b), pp. 261-277. Un sugerente análisis de este tópico en España en Morales (2020), pp. 983-1065.

3 López (2020a), pp. 23-44.

4 López (2020c), pp. 225-259.

5 López (2021c), Martabit (2021), pp. 246-264 y López (2022a).

6 López (2022b), pp. 287-321; Martabit (2021), pp. 204-220 y López (2022c).

de los hipervulnerables o con vulnerabilidad agravada que, en ocasiones, como acontece con los menores de edad o el consumidor financiero, son sus destinatarios más frecuentes y que, por lo mismo, pueden ser más fácilmente víctimas de publicidad engañosa, publicidad abusiva y publicidad agresiva por coacción, por acoso y especialmente por influencia indebida.[7]

Una preocupación por regular tales tópicos se advierte en el Código Chileno de Ética Publicitaria (CchEP),[8] específicamente en los artículos 8º, 13, 14 y 15, 16, 21, 22 y 33 que se refieren, respectivamente, a la veracidad, engaño, a la pretensión exagerada y a los absolutos publicitarios; a la identidad de la publicidad; a la publicidad comparativa; a la publicidad de precios, gratuidad y créditos; a la publicidad dirigida a menores; a la participación de menores en la publicidad y a la publicidad en medios digitales, interactivos y redes sociales. Esta no se aprecia en forma tan acabada en las leyes especiales que regulan la publicidad comercial, pues ellas sólo disciplinan algunos ilícitos publicitarios. Es el caso de la publicidad engañosa en los artículos 17L, 28, 28A y 33 de la Ley Nº 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPC)[9] , agregándose el 4º letra a) y b) de la Ley Nº 20.169 sobre Competencia Desleal (LCD);[10] de la comparativa desleal en el literal e) de dicho precepto;[11] de la publicidad abusiva respecto del tabaco en los artículos 3º y 6º de la Ley Nº 19.419; de la engañosa, de la abusiva y de la agresiva respecto de alimentos en los artículos 1º de la Ley Nº 20.869, 6º y 8º de la Ley Nº 20.606; de la publicidad abusiva y de la agresiva de bebidas alcohólicas en el 40 ter de la Ley Nº 19.925; y de la publicidad ilícita en general respecto del NNA en el artículo 55 de la Ley Nº 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, que no contempla con claridad todas las posibles hipótesis que pueden presentarse.[12]

---

[7] Sobre estas dos especies de publicidad véase LÓPEZ (2021a), pp. 215-237.

[8] Cuya sexta versión de 2018 se encuentra disponible en https://www.conar.cl/codigo-etica/. [visitado el 8.07.2022].

[9] Sobre la articulación de estos preceptos y la noción de la publicidad engañosa véase DE LA MAZA-LÓPEZ (2021), pp. 27-51.

[10] MARTABIT (2021), pp. 162-169 y LÓPEZ (2021b), pp. 71-76.

[11] DE LA MAZA-LÓPEZ (2023).

[12] LÓPEZ (2022a).

Un interés similar, pero más general se aprecia en documentos y Circulares del Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) que formulan los principios legales de la publicidad y examinan la publicidad *online*, específicamente la publicidad nativa y los *influencers* como prácticas comerciales. Dichos principios los sistematiza en el documento "Análisis, Vigilancia y Gestión jurídica de la publicidad en Chile" de abril de 2017[13] y en la *Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales* (CIPP) de 21 de marzo de 2019,[14] reemplazada por la Circular Interpretativa del mismo nombre de 28 de febrero de 2022,[15] perfilándolos como *límites* al discurso publicitario que permiten controlar la legalidad de la publicidad comercial dirigida a los consumidores. La publicidad *online* la aborda en el "*Estudio de Publicidad Online. El caso de la publicidad nativa*" de junio de 2018, explorando su impacto en el mercado publicitario como una práctica novedosa, eficiente y vinculada a los *influencers*, profundizándola en la Circular Interpretativa sobre Publicidad Nativa e Influencers de 16 de junio de 2022.[16]

Pero, hasta ahora, nada se ha dicho del *deber de profesionalidad* de los intervinientes en la actividad publicitaria, cuales son, el anunciante, la agencia de publicidad y los medios de comunicación, en circunstancias que la LPC alude a dicho *deber* como un criterio para establecer la multa infraccional del artículo 24 y al menos dos Circulares Interpretativas del Sernac se han referido a él: la Circular sobre el derecho a la calidad e idoneidad en el Régimen de Garantías de 21 de marzo de 2019[17] y la Circular sobre la noción de Consumidor Hipervulnerable de 31 de diciembre de 2021.[18] La necesidad de examinar dicho deber se intensifica si se advierte

---

[13] Disponible en https://www.sernac.cl/portal/619/articles-5386_archivo_01.pdf. [visitado el 5.07.2022].

[14] Aprobada por la Resolución Exenta Nº 187, disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-9190_archivo_01.pdf. [visitado el 5.07.2022].

[15] Aprobada por la Resolución Exenta Nº 176, disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-65391_archivo_01.pdf. [visitado el 5.07.2022].

[16] Aprobada por la Circular Exenta Nº 534, disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-65742_archivo_01.pdf. [visitado el 5.07.2022]. Comentada en López (2022c).

[17] Aprobada por la circular Exenta Nº 190, disponible https://www.sernac.cl/portal/618/articles-9194_archivo_01.pdf. [visitado el 5.07.2022].

[18] Aprobada por la Resolución Exenta Nº 1.038, disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-64930_archivo_01.pdf. [visitado el 5.07.2022].

que recurrir a este resulta fundamental para establecer la responsabilidad por declaraciones publicitarias de cada uno de los referidos agentes involucrados en el proceso publicitario, ya sea en sede precontractual, extracontractual o contractual.

Se trata, por consiguiente, de un tópico inexplorado entre nosotros que conviene comenzar a abordar al menos en atención a tres consideraciones. En primer lugar, porque constituye un estándar que se reconoce en la LPC y que el Sernac ha admitido expresamente en sus Circulares Interpretativas y no se ha dotado de contenido tratándose de la publicidad comercial, deviniendo en un concepto indeterminado que requiere de precisión. En segundo lugar, porque asumir ese desafío permitirá dilucidar *a qué se obligan los intervinientes en la publicidad comercial* no sólo desde una perspectiva ética –determinación que puede realizarse a partir de lo preceptuado en el CchEP–, sino también jurídica. En tercer lugar, porque se trata de un *factor de atribución de responsabilidad* que puede reconducirse a parámetros civiles, disquisición que nos permitirá, a su vez, determinar en qué hipótesis responde el anunciante tratándose de publicidad ilícita y en cuáles deben responder los otros intervinientes.

Para lograr nuestro propósito esta ponencia se dividirá en dos partes. En la primera abordaremos la necesaria *configuración* del deber de profesionalidad en sede publicitaria, examinando su contenido y la diligencia que les es exigible a todos los intervinientes (I). En la segunda, examinaremos la responsabilidad que puede atribuírseles a ellos por declaraciones publicitarias –entendiéndola en sentido *amplio*, esto es, como la ordenación de medios de tutela que el consumidor puede activar según el caso[19]–, así como la confluencia de tales intervinientes frente a dicho supuesto (II). Examinados tales tópicos, se expondrán las conclusiones.

2. La necesaria configuración del deber de profesionalidad en la actividad publicitaria: una estándar de conducta de contenido específico

El principal interviniente en la publicidad comercial es el *anunciante*, esto es, de conformidad al artículo 1º Nº 5 de la LPC, "el proveedor de

[19] Siguiendo la moderna noción de responsabilidad acuñada en el derecho de contratos. Por todos Morales (2010), p. 30.

bienes, prestador de servicios o entidad que, por medio de la publicidad, se propone ilustrar al público acerca de la naturaleza, características, propiedades o atributos de los bienes o servicios cuya producción, intermediación o prestación constituye el objeto de su actividad, o motivarlo a su adquisición".

Tal definición ha sido criticada, pues, de un lado, la referencia a "entidad" resulta vaga e indeterminada y, de otro, la publicidad no persigue una *finalidad ilustrativa* sino persuasiva.[20] Ciertamente la definición contenida en el CchEP es más adecuada, dado que entiende por tal a "la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la comunicación", replicando el artículo 10 de la Ley General de Publicidad (LGP) española de 11 de noviembre de 1988.[21] Siguiendo una idea similar, la Circular Interpretativa de Publicidad y Prácticas Comerciales de 28 de febrero de 2022 antes referida, entiende por anunciante al "sujeto activo de la publicidad y quien tiene interés en beneficiarse de ésta, pues serán los productos o servicios que comercializa, presta, intermedia o produce los que serán adquiridos o contratados por el consumidor por influencia o motivación del anuncio, pesando, por tanto, sobre él el deber de información que se desprende del inciso 1º del artículo 3º letra b) de la LPDC y del resto de sus disposiciones relativas a la información a que tiene derecho el consumidor y a la que se encuentra obligado a proporcionar al proveedor".[22]

Pero el anunciante no es el único interviniente, dado que también pueden resultar involucrados el contratante no anunciante, la agencia de publicidad y los medios de comunicación, siendo expresamente reconocidos estos dos últimos en el artículo 34 de la LPC que, a diferencia de lo que acontece en el CchEP, no los define en precepto alguno.

Entenderemos por *agencia de publicidad*, como lo indica dicho Código –siguiendo la referida LGP española– a "las personas naturales o jurídicas que crean, preparan, programan, ejecutan o intermedian actividades publicitarias o de comunicación comercial, por cuenta propia o de terceros". En cambio, tratándose de los medios de comunicación –no definidos entre nosotros ni siquiera en sede de autorregulación– adoptaremos la noción

[20] De la Maza (2013a), p. 51. Sobre la finalidad persuasiva de la publicidad comercial véase Goldenberg (2020), pp. 163-204.

[21] Un interesante análisis de esta noción en dicha ley en Lema (2020), pp. 11-26.

[22] Sernac (2022), p. 11.

contenida en el artículo 10 de dicha ley, que las define como "las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que de manera habitual y organizada se dediquen a la difusión de la publicidad a través de soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten".[23]

Pues bien, la primera pregunta que interesa a esta ponencia es cuál es el deber de conducta que les asiste a todos estos intervinientes en sede de publicidad comercial. Y la respuesta se reconduce al denominado *deber de profesionalidad* al que alude la LPC en su artículo 24, reconocido en varias sentencias de nuestros tribunales entre los años 2010 a 2022,[24] cuyas bases normativas han sido asentadas por el Sernac en la ya referida Circular sobre el derecho a la calidad e idoneidad en el Régimen de Garantías –perfilándolo como un *principio* que denomina de *profesionalidad del proveedor*– y tratado más recientemente en la Circular Interpretativa sobre la noción de Consumidor Hipervulnerable.

En efecto, la primera Circular Interpretativa lo estructura a partir de los artículos 1º Nº 2 y 23 inciso primero de la LPC que definen proveedor y establecen su responsabilidad y del artículo 7 del Código de Comercio que acuña la noción de comerciante en razón de la habitualidad, precisando que en atención a la calidad de profesional de comercio del proveedor no se le puede exigir el mismo *nivel de diligencia* que el consumidor, sino que debe ser *mayor*, precisamente por la información que posee y su pericia en el rubro.[25] Por su parte, la Circular Interpretativa relativa al consumidor hipervulnerable alude a dicho deber como una práctica mínima exigible al proveedor que debe intensificarse para tutelar a esta especie de consumidor, dado que tal circunstancia exacerba su posición de desventaja en la relación de consumo.[26]

En nuestra dogmática sólo han abordado el *deber de profesionalidad* María Elisa Morales y María Paz Gatica[27] con el propósito de delinear sus parámetros objetivos, su noción y las consecuencias relativas a dicho

---

[23] Un análisis de estas nociones en LGP española, extrapolables al CchEP en VILAJOANA (2011), pp. 41-43 y LEMA (2020), pp. 13-14. En Chile MARTABIT *et alii* (2021), pp. 50-52.

[24] Una completa síntesis en https://www.sernac.cl/portal/617/w3-search.html. [visitado el 29.07.2022].

[25] SERNAC (2019), p. 11.

[26] SERNAC (2021), pp. 24 y 25.

[27] GATICA-MORALES (2022).

estándar de diligencia exigible al proveedor. Así precisan que éste deriva del principio del Derecho Privado en virtud del cual "el lego que negocia con un experto debe ser igualado" y que la calidad de *experto* del proveedor es la que determina la asimetría de información del consumidor y justifica los deberes de información que por razones de racionalidad económica y buena fe se imponen al proveedor. Tratándose de sus parámetros objetivos indican que ellos son la *experticia* –que supone un nivel de conocimientos y experticia propia de su posición– y la *habitualidad del proveedor* –que le permite adquirir nuevos conocimientos y aumentar su experticia–. De allí que lo definan como "el nivel de competencia y cuidado especial que se puede exigir razonablemente, de acuerdo con la buena fe, a un proveedor en sus relaciones con los consumidores en el ámbito de su actividad o negocio, en razón de la experticia y habitualidad con las que desempeña su giro".

Pues bien, tales reflexiones son perfectamente extrapolables al anunciante en su calidad de proveedor o de prestador de servicios y a la agencia de publicidad y los medios de comunicación. De hecho, en al menos dos ocasiones, nos hemos referido al *deber de profesionalidad del anunciante*: a propósito de su responsabilidad respecto de la publicidad efectuada por los *influencers*[28] y tratándose de la publicidad dirigida al consumidor financiero.[29]

Sin embargo, no hemos abordado una cuestión preliminar, cual es en qué consiste este deber en sede publicitaria. La pregunta es relevante si se considera que la respuesta fija, de un lado, el *deber de conducta* exigible a los intervinientes en sede publicitaria, especificándolo y, de otro, el contenido obligacional del contrato que celebre con la agencia de publicidad y/o los medios de comunicación para la ejecución, creación, difusión o patrocinio de dicha publicidad, según el caso.

La utilidad de asumir este desafío es relevante, pues precisamente permite atribuirles responsabilidad por declaraciones publicitarias con cargo a un estándar específico en casos en que el contenido de la publicidad es ilícito. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto, conocido en varias oportunidades por nuestros tribunales en que corredoras profesionales ofertan en la publicidad comercial inmuebles "con exclusiva orilla al río" y "de acceso

[28] López (2021d).

[29] López (2022d), p. 75.

a playa privada",[30] en circunstancias que se trata de bienes nacionales de uso público, de modo tal que dicha publicidad no se ajusta a la realidad.

Otro tanto se aprecia si la publicidad cuya creación o difusión encarga el anunciante a la agencia de publicidad o a los medios de comunicación es ilícita porque es abusiva, agresiva, engañosa o desleal, advirtiéndose una ilicitud en el contenido del contrato de publicidad, de creación publicitaria o de difusión publicitaria frente a la cual debe tutelarse al consumidor. Tal sería el caso si (i) la publicidad contraviene los derechos básicos de los consumidores signados en el artículo 3º de la LPC o bien (ii) está prohibida por dicha ley, por los artículos 6º y 8º de las Leyes Nº 20.606 y 1º de la Nº 20.869 –pues discrimina o estereotipa a los consumidores, utilizando personajes de confianza o ganchos comerciales para prevalerse de su ingenuidad y credulidad o con el propósito de inducir a error o a engaño al consumidor– o por los artículos 3º de la Ley Nº 19.419 que regula actividades que indica relacionadas con el tabaco y 40 ter de la Ley Nº 19.925 sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas, deviniendo la publicidad en ilícita y, específicamente, en agresiva, abusiva y engañosa.

Pues bien, un análisis preliminar del problema evidencia que debería atribuirse responsabilidad al anunciante tanto cuando él difunde la publicidad como cuando lo hace una corredora de propiedades –en el caso de los inmuebles– o los medios de comunicación en los otros supuestos que hemos referido. Pero, asumiendo que concurrieran todos los requisitos de la responsabilidad civil, surgen al menos dos interrogantes adicionales: (i) ¿en virtud de qué factor se puede atribuir responsabilidad al anunciante no contratante? y (ii) ¿en qué casos se excluye la responsabilidad de la corredora y, en general del contratante no anunciante, así como de la agencia de publicidad o de los medios de comunicación en el evento que estén involucrados?

A nuestro juicio la atribución de responsabilidad por declaraciones publicitarias debe realizarse en virtud del *deber de profesionalidad*, pues este constituye un *deber de conducta* que se traduce en un estándar de diligencia *especial* que tiene un *contenido específico*. La especialidad

[30] SERNAC con Gestión Inmobiliaria e Inversiones Laucitica Cohn Ltda (2019), Sernac con IMT (2019) y Sernac con Casa y Gestión Inmobiliaria (2019), disponible en https://www.sernac.cl/portal/617/w3-search.html y Sernac con Inmobiliaria y Asesorías Urban Corp, disponible en https://www.sernac.cl/portal/609/w3-article-56478.html [visitados el 29.07.2022].

reside en el grado de diligencia exigible reconducible a la *culpa leve* del artículo 44 del Código Civil, atendido el carácter oneroso de la relación de consumo y la calidad de proveedor como circunstancia determinante de dicha diligencia, debiendo éste emplear aquella propia de un "proveedor razonable" según su experticia y habitualidad.[31]

De otro lado, estimamos que el *contenido específico* de dicho deber –que devela a qué se obliga el anunciante–, debe determinarse a partir de los *principios publicitarios* o –como los ha denominado el Sernac en el documento titulado "Análisis, vigilancia y gestión jurídica de la publicidad en Chile" y en la *Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales* de 28 de febrero de 2022 antes aludidos– de los "*principios legales de la publicidad comercial*". Tales principios, como hemos precisado en otro sitio,[32] son *directrices* destinadas a procurar que el mensaje publicitario no vulnere los derechos de los consumidores ni sus garantías constitucionales, imponiendo al anunciante el respeto de la imagen, de las marcas y de los productos o servicios de un competidor, deviniendo en ideas *ético-jurídicas generales* y *abstractas* que sirven como *criterio de solución* de los conflictos que puedan suscitarse entre el anunciante y el destinatario de la publicidad.

Esta es precisamente una de las diversas utilidades que revisten dichos principios y que hasta ahora no se había abordado, restringiéndose el análisis sólo a la configuración de la publicidad ilícita, en circunstancias que esta última está directamente conectada con dichos principios y ellos permiten dilucidar el *contenido del deber de conducta* exigible a quienes intervienen en la publicidad comercial desde su creación a su difusión. Ellos son, en lo que aquí interesa, los principios de legalidad, de veracidad, de autenticidad o autoidentificación publicitaria, de respeto a la competencia, de comprobabilidad y de transparencia, que hemos referido en otra ocasión.[33]

---

[31] Morales-Gatica (2022). Y es que, si bien sería aconsejable que la responsabilidad del anunciante fuera objetiva, como acontece en el derecho colombiano (artículo 30 de la Ley Nº 1.480 de 2011) o argentino (artículo 40 de la Ley Nº 24.240 de Defensa del Consumidor argentina de 1993) tratándose de la publicidad engañosa, no podemos atribuirle este carácter en nuestro ordenamiento, pues no existe norma expresa que así lo contemple.

[32] López (2020a), p. 29.

[33] López (2020a), pp. 29-34. En igual sentido Martabit (2021), pp. 59-71.

Dado que ellos integran el contenido del *deber de profesionalidad*, el *anunciante* –sea o no contratante–, en razón de tal deber, está obligado a realizar o encargar la creación, difusión o ejecución de publicidad ajustada a la ley, a las garantías constitucionales y a los derechos de los consumidores (principio de legalidad), que sea identificable como tal (principio de autenticidad), comprobable (principio de comprobabilidad), veraz (principio de veracidad), unívoca (esto es, no inductora a error, engaño o confusión) y comprensible (principio de transparencia).

Por su parte, la *agencia de publicidad*, atendido su carácter de profesional en el rubro y en razón del mismo deber, está obligada a crear y/o ejecutar publicidad (según se trate de un contrato de creación publicitaria o de un contrato de publicidad[34]) que no vulnere las restricciones publicitarias actualmente vigentes ni los derechos de los consumidores. Tales restricciones se encuentran contenidas, como ya lo hemos anticipado, en los artículos 17L, 28, 28A y 33 de la LPC; 4º letra a), b) y e) de la LCD; 3º y 6º de la Ley Nº 19.419 en lo que refiere al tabaco; 1º de la Ley Nº 20.869, 6º y 8º de la Ley Nº 20.606 a propósito de los alimentos; 40 ter de la Ley Nº 19.925 tratándose de bebidas alcohólicas; y 55 de la Ley Nº 21.430 en lo que concierne al NNA. Los derechos de los consumidores, en cambio, están consagrados en el artículo 3º de la LPC. Esta constatación exige, entonces, al igual que en el caso del anunciante, que la publicidad sea identificable, comprobable, veraz, unívoca y comprensible, atendidos los derechos a la libre elección del bien o servicio y a la información veraz y oportuna.

Un fenómeno similar se advierte a propósito de los *medios de comunicación* no sólo en atención a dicho deber, sino porque, en cuanto restricciones legales, se entienden conocidas por todos desde que la ley que las contienen ha entrado en vigencia.

Cuestión distinta es que el contratante no anunciante, la agencia de publicidad o los medios de comunicación no tengan conocimiento del carácter

[34] La diferencia estriba en que el contrato de publicidad es aquel en que el anunciante encarga a un particular o agencia de publicidad mediante una contraprestación, la preparación de la publicidad, su creación, programación y ejecución, de modo que envuelve varias prestaciones. El contrato de creación publicitaria, en tanto, es aquel celebrado entre el anunciante con una agencia de publicidad que se obliga, mediante una contraprestación, a idear o elaborar un proyecto global o parcial de campaña publicitaria o de cualquier otro elemento publicitario (SÁNCHEZ (2020), pp. 6010-6039 y pp. 6057-6074).

ilícito de la publicidad, lo que, a nuestro juicio, sólo acontece tratándose de la publicidad engañosa –mas no en la agresiva, abusiva o desleal–, atendido que el dato relevante o esencial sobre el que se induce a error, engaño o confusión al consumidor puede revestir un carácter extremadamente técnico que sólo sea identificable para el anunciante. En tal caso resulta evidente que no les es exigible conocer esta circunstancia ni aun a partir del deber de profesionalidad, dado que no pueden percatarse de ella, a menos que se demuestre que efectivamente tuvieron conocimiento de ella.

3. La responsabilidad por declaraciones publicitarias: una sistematización desde el derecho chileno

Establecida la existencia de un *deber de profesionalidad* de los intervinientes en la actividad publicitaria así como su contenido, resta por examinar en qué caso existirá responsabilidad –entendida esta en sentido amplio– por declaraciones publicitarias, en qué consiste ella, cuáles son las causales de exención de responsabilidad que puede invocar el anunciante contratante, la agencia de publicidad o el medio de comunicación social que no conocía el carácter ilícito de la publicidad y el alcance de la tutela del consumidor frente a declaraciones publicitarias que no se ajustan a la legalidad vigente.

Por *responsabilidad en sentido amplio* entenderemos, siguiendo la noción acuñada en el moderno derecho de contratos,[35] el conjunto de medios de tutela disponible, en este caso, en favor del consumidor para satisfacer su interés que ha resultado defraudado como consecuencia de la publicidad ilícita.

Pues bien, en lo que concierne a la responsabilidad por publicidad ilícita emanada del *anunciante contratante* esta comprende, como hemos referido en otro sitio,[36] la nulidad relativa, la integración publicitaria, la cesación publicitaria, la corrección publicitaria y la indemnización de daños. La *nulidad relativa*, y la consiguiente aniquilación del contrato, procederá por publicidad engañosa si en ella se advierte error o dolo, en el supuesto de publicidad agresiva por *coacción* (en la medida que sea sicológica,

[35] Morales (2010), p. 30.

[36] López (2020d) y De la Maza-López (2021), pp. 41-46.

grave, injusta y determinante en los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil) y por *influencia indebida* (si se estima que el equilibrio contractual es una calidad esencial del acto o contrato y dicha influencia determina un error sustancial de conformidad al art. 1454 inciso primero de dicho Código). En tanto, la *cesación publicitaria* podrá activarse cuando la gravedad de los hechos y los antecedentes acompañados lo ameriten. Por otra parte, el consumidor podrá recurrir a la *corrección publicitaria* para exigir la enmienda de errores o falsedades de la publicidad ilícita, neutralizando sus efectos. De otro lado, puede activar la *integración publicitaria* de conformidad a los artículos 50 y 1º Nº 4 de la LCD, integrando la publicidad al contrato e impetrando los medios de tutela derivados de dicha falta de conformidad. Finalmente, podrá demandar la *indemnización* de los daños causados, la que podrá acumular, según el caso, a la nulidad relativa, a la suspensión publicitaria y a la corrección publicitaria.

Claro está que la LPC sólo regula la cesación y la corrección publicitaria a propósito de la publicidad falsa en el artículo 31 de la LPC, pero estimamos que ellas pueden extrapolarse a la publicidad engañosa (en aquellos casos en que la engañosa sea falsa), a la publicidad desleal (por expresa disposición de los literales a) y c) del artículo 5º de la LCD) y a la abusiva y agresiva por aplicación del principio *alterum non laedere*, del principio de la reparación integral del daño (pues comprende la reparación específica o *in natura*) y del principio *proconsumidor*.

Tratándose, en cambio, de la publicidad engañosa respecto del *contratante no anunciante* (lo que acontecerá, por ejemplo, si el anunciante fabrica o produjo el bien o lo construye y otro empresario contrata directamente con el consumidor) que conocía el engaño publicitario, el consumidor podrá dirigirse en su contra, si no es proveedor, interponiendo la acción redhibitoria o la *quanti minoris* según la entidad del vicio, la nulidad por error o dolo y la indemnización del artículo 1861 de dicho Código; y si es proveedor, activando la garantía legal prevista en los artículos 19 y 20 de la LPC,[37] sin perjuicio de su derecho a optar entre la tutela que le dispensa el Código Civil y la LPC, como lo ha admitido nuestra dogmática más reciente.[38]

---

[37] Una reflexión similar en Morales (2016a), pp. 249-250 y Morales (2020), p. 997.

[38] Una visión panorámica de este planteamiento en López (2019), p. 418, notas 54-58.

Lo cierto es que el *contratante no anunciante* puede indemnizar los daños al consumidor y repetir en contra del anunciante no contratante, pudiendo discutirse, como ha acontecido en la doctrina comparada, si tal indemnización es contractual o extracontractual. Si bien la diferencia es relevante y se traduce, como es bien sabido, en el alcance de la indemnización, en la presunción de responsabilidad, en la responsabilidad en caso de pluralidad de sujetos y en el plazo de prescripción de la acción para reclamarla y la Corte Suprema en el último tiempo ha admitido la *opción de responsabilidades*,[39] no parece adecuado remitirse a la responsabilidad contractual, porque el anunciante es *un tercero* respecto de los contratantes.

Con todo, el consumidor no podrá impetrar ninguna de estas acciones en contra del *contratante no anunciante* si (i) este no conocía el vicio ni podía esperarse razonablemente que lo conociera (pues no existiría atribución subjetiva de responsabilidad, sino objetiva, alternativa no contemplada en nuestro ordenamiento jurídico), (ii) dicha declaración fue corregida en el momento de celebración del contrato (de modo que no hay engaño alguno) o (iii) la declaración publicitaria no pudo influir en la decisión de compra del producto.[40]

En lo que concierne a la *agencia de publicidad o medios de comunicación* que conocían el engaño publicitario claramente existirá *responsabilidad concurrente* en lo que respecta a la indemnización, dado que existen varias obligaciones independientes, pero que convergen en el objeto o prestación, de modo que los deudores, a pesar de tener diversos vínculos originados en fuentes distintas (*deber de profesionalidad* respecto de la actividad publicitaria en el caso del anunciante y *deber de profesionalidad* respecto de la difusión publicitaria en el caso de la agencia o el medio de comunicación), deben *cumplir pagando la misma o idéntica prestación y pueden ser demandados por el total.* Al no existir conexión entre los deudores, lo que afecte o beneficie a uno de ellos no se extiende a los otros y, efectuado el pago por uno de ellos, no opera la subrogación. No ocurre lo mismo tratándose de la acción de reembolso que procederá dependiendo de la causa de cada obligación y de la forma en que éstas se relacionan. En este caso, atendidas las circunstancias que dieron lugar al nacimiento de las obligaciones concurrentes, el deudor que pague tendrá derecho a pedir

[39] López (2020b), pp. 377-399.

[40] Morales (2016b), pp. 273 y 274 y Zubero (2021), pp. 698-699.

el reembolso no por el total, sino por una parte de la deuda, dado que su culpa ha incidido causalmente en la producción del daño.[41]

Ahora bien, el consumidor probablemente requerirá al *anunciante contratante* la nulidad relativa del contrato, la cesación de la publicidad o la publicidad correctiva, porque con él contrató. Pero nada obsta a que lo solicite a la agencia de publicidad o a los medios de difusión y estos –como se encuentran vinculados con el anunciante a través de un contrato de creación publicitaria, de difusión publicitaria o de publicidad, de modo que se encuentran obligados a crear, difundir o ejecutar dicha publicidad– podrán derivar tal requerimiento al anunciante para que él, a su vez, les solicite a la agencia de publicidad y a los medios de difusión la corrección pertinente o la cesación o suspensión publicitaria, según el caso.

Pues bien, como hemos intentado demostrar en las líneas que anteceden, es posible abordar la responsabilidad por declaraciones publicitarias desde un *factor de atribución de responsabilidad particular* y dotarlo de un contenido específico que otorga mayor certeza al consumidor respecto *del deber de profesionalidad* de los distintos intervinientes en la publicidad comercial, articulando su alcance y las consecuencias jurídicas derivadas de su inobservancia. Este esfuerzo dogmático, como se advierte, reporta al menos una triple utilidad: (i) sistematiza la responsabilidad en sentido amplio de tales intervinientes, esto es, ordena los diferentes medios de tutela de que dispone el consumidor respecto del anunciante contratante, del anunciante no contratante, de la agencia de publicidad y de los medios de comunicación, (ii) determina en qué supuestos y (iii) de qué forma convergen entre ellos, aristas todas ellas que nos permiten seguir avanzando en la construcción de un estatuto general de la publicidad comercial en nuestro ordenamiento jurídico.

4. CONCLUSIONES

De lo expuesto en los párrafos anteriores es posible arribar a las siguientes conclusiones:

1. El deber de profesionalidad en sede publicitaria no ha concitado la atención de nuestra dogmática ni de la jurisprudencia nacional, en circunstancias que recurrir a éste resulta fundamental para establecer la responsa-

[41] CORRAL (2015), p. 470.

bilidad por declaraciones publicitarias de cada uno de los referidos agentes involucrados en la actividad publicitaria, ya sea en sede precontractual, extracontractual o contractual.

2. Se trata de un *deber de conducta* que se traduce en un estándar de diligencia *especial* –dado que exige a los intervinientes en dicha actividad emplear una diligencia razonable según su experticia y habitualidad– y que tiene un *contenido específico*, pues les exige ajustarse a los *principios publicitarios*, esto es, realizar o encargar la creación, difusión o ejecución de publicidad ajustada a la ley, identificable como tal, comprobable, veraz, unívoca y comprensible.

3. Dotarlo de contenido otorga mayor certeza al consumidor respecto *de la diligencia exigible* a los distintos intervinientes en la publicidad comercial y permite articular su alcance, así como las consecuencias jurídicas derivadas de su inobservancia, evidenciando que la responsabilidad por declaraciones publicitarias ilícitas no se restringe a la sola indemnización de daños en nuestro ordenamiento jurídico.

Bibliografía citada

Corral Talciani, Hernán (2015): "Obligaciones por el total no solidarias u obligaciones concurrentes", en: Vidal, Álvaro; Severin, Gonzalo; Mejías, Claudia (edits.), *Estudios de Derecho Civil X* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 455-470.

De la Maza Gazmuri, Íñigo (2013a): "Artículo 1 Nº 5", en: De la Maza, Íñigo; Pizarro, Carlos (edits.), Barrientos, Francisca, (coord.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 49-51.

_____ (2013b): "Artículo 28", en: De la Maza, Iñigo; Pizarro, Carlos (edits.), Barrientos, Francisca, (coord.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 653-671.

_____ (2015): "La integración publicitaria y la publicidad engañosa como supuesto de error provocado", en Barría, Manuel; Caprile, Bruno; Díez, José Luis; Domínguez, Carmen; Pizarro, Carlos y Tapia, Mauricio (edits.), *Estudios de Derecho Privado. Homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 551-571.

DE LA MAZA, Íñigo y LÓPEZ, Patricia (2021): "La publicidad engañosa en la Ley Nº 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores; un intento de sistematización desde el moderno derecho de contratos", en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 48 Nº 2). Disponible en: https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v48n2/0718-3437-rchilder-48-02-27.pdf. [visitado el 10.07.2022].

_____ (2023): "Comparar lealmente: veracidad y demostrabilidad del mensaje publicitario" en: *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, Nº 44, en prensa.

GOLDENBERG, Juan Luis (2020: "El propósito persuasivo de la publicidad y sus peligros en el ámbito del crédito al consumo", en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (Nº 34). Disponible en: https://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n34/0718-8072-rchdp-34-0163.pdf. [visitado el 29.07.2022].

ISLER, Erika (2010): "Aproximación a la publicidad engañosa, desde la perspectiva de la competencia desleal y la protección al consumidor": Revista *Ars Boni et Aequi* (vol. 6, Nº 1), pp. 125-145.

_____ (2019b): "La vinculación de la publicidad al contrato: integración y derogación" en: CÉSPEDES, Carlos (dir.), *Temas actuales de Derecho Patrimonial* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 261-277.

LEMA DEVESA, Carlos (2020): "El concepto jurídico de anunciante", en: *Revista de Derecho mercantil*, Nº 317, pp. 11-26.

LÓPEZ, Patricia (2019): "La tutela precontractual en la Ley Nº 19.496: su configuración, alcance y eventual convergencia con aquella propia de la contratación civil", en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 46, Nº 2). Disponible en: https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v46n2/0718-3437-rchilder-46-02-00399.pdf. [visitado el 4.08.2022].

_____ (2020a): "La publicidad comercial como fenómeno jurídico: una aproximación general desde el derecho chileno", en: Revista *Ius et Praxis* (vol. 26, Nº 3). Disponible en: https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v26n3/0718-0012-iusetp-26-03-23.pdf. [visitado el 29.06.2022].

_____ (2020b): "C. con D. y Sociedad Mca Uno Ltda. Un nuevo caso en que la Corte Suprema admite la opción entre el régimen de responsabilidad contractual y extracontractual", en: HERNÁNDEZ, Gabriel (edit.), *Jurisprudencia Crítica II. Comentario de fallos 2018-2019* (Santiago, Ediciones Rubicón), pp. 377-399.

_____ (2020c): "La publicidad comercial dirigida al consumidor financiero: una sistematización de su regulación y de las consecuencias derivadas de su vulneración en el derecho chileno", en Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Nº 55). Disponible en: https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n55/0718-6851-rdpucv-55-225.pdf. [visitado el 29.06.2022].

_____ (2020d): "Publicidad nativa e *influencers*: un análisis de su procedencia y límites a partir de la protección de los consumidores en el derecho chileno", ponencia presentada en las X Jornadas Nacionales de Derecho del Consumo, organizadas por la Universidad Andrés Bello.

_____ (2020d): "La responsabilidad por publicidad ilícita y su incidencia en la tutela de los consumidores". Disponible en: https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2020/11/03/la-responsabilidad-por-publicidad-ilicita-y-su-incidencia-en-la-tutela-de-los-consumidores.aspx. [visitado el 28.07.2022].

_____ (2021a). "Las perspectivas de tutela aplicables ante la publicidad engañosa en el derecho chileno", en: *Revista de Derecho Privado Universidad Externado Colombia,* (Nº 40), pp. 273-308. Disponible en: http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n40/0123-4366-rdp-40-273.pdf. [visitado el 29.06.2022].

_____ (2021b): "La publicidad desleal y la tutela del competidor: una aproximación desde el derecho chileno", en: *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (Nº 250). Disponible en: https://revistas.udec.cl/index.php/revista_de_derecho/article/view/5801/6405. [visitado el 29.06.2022].

_____ (2021c): "La publicidad comercial y el niño, niña o adolescente en el derecho chileno: un intento de sistematización y determinación de la tutela aplicable", en: Revista *Vniversitas* Javeriana (Nº 70). Disponible en: https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/35361. [visitado el 29.06.2022].

_____ (2022b): "El NNA como consumidor hipervulnerable: una mirada desde la circular Interpretativa del Sernac sobre noción del consumidor hipervulnerable y la Ley Nº 21.430 sobre Garantías y Protección integral de los derechos de la Niñez y Adolescencia". Disponible en: https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2022/04/21/nna-como-consumidor-hipervulnerable.aspx?disp=1 [visitado el 29.06.2022].

_____ (2022b): "La publicidad nativa y el fenómeno de los *influencers* en el derecho chileno", en: *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (vol. Nº 11). Disponible en: https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/66254/70911. [visitado el 30.06.2022].

_____ (2022c): "La circular interpretativa sobre publicidad nativa e *influencers* del Sernac: una nueva contribución al estatuto de la publicidad comercial en Chile". Disponible, en: https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2022/07/25/circular-sernac-publicidad-nativa-influencers.aspx. [visitado el 27.07.2022].

_____ (2022d): "La responsabilidad por publicidad ilícita dirigida al consumidor financiero: una aproximación desde el derecho chileno", en: HERNÁNDEZ, Gabriel (coord.), Protección del consumidor financiero (Santiago, Ediciones Der).

MARTABIT SAGREDO, María José *et al.* (2021): *El derecho de la publicidad en Chile.* Valencia: Tirant lo Blanch.

MORALES MORENO, Antonio Manuel (2010): "Incumplimiento del contrato y lucro cesante" (Navarra, Civitas Thomson Reuters).

_____ (2016a): "Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre el art. 8º de la LGCU", en: MORALES, Antonio, *La modernización del derecho de obligaciones* (Navarra, Editorial Thomson Civitas), pp. 223-256.

_____ (2016a): "Declaraciones públicas y vinculación contractual (Reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)", en: MORALES, Antonio, *La modernización del derecho de obligaciones* (Navarra, Editorial Thomson Civitas).

_____ (2020): "Concreción jurisprudencial de la regla de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe", en: *Anuario de Derecho Civil LXXIII*, fascículo III. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2020-30098301065. [visitado el 5.07.2022].

MORALES, María-GATICA, María (2022): "El deber de profesionalidad como elemento determinante del estándar de diligencia en el derecho de consumo: comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 15 de marzo de 2019 (Rol Nº 484-2018)". Disponible en: https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/4445/4040 [visitado el 28.07.2022].

Sánchez Aristi, Rafael (2020). "Contratos publicitarios", en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *Tratado de Contratos, Tomo IV*. 3ª ed. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Vilajoana Alejandre, Sandra (2011): *Las leyes de la publicidad. Límites jurídicos de la actividad publicitaria* (Barcelona, Editorial UOC).

Zubero Quintanilla, Sara (2021): "Supuestos de exención de responsabilidad de los empresarios españoles en las relaciones de consumo por contenido publicitario", en: Isler Soto, Erika (ed.), *Seguridad y conformidad en el derecho de consumo: reflexiones* actuales (Valencia: Tirant lo Blanch).