
Comparar lealmente: la veracidad y demostrabilidad del mensaje publicitario en el derecho chileno^{*-***}

› ÍÑIGO ANDRÉS DE LA MAZA GAZMURI^{***}
› PATRICIA VERÓNICA LÓPEZ DÍAZ^{****}

RESUMEN. El presente artículo tiene por propósito responder a una pregunta relativa a la publicidad comparativa en la Ley 20.169 sobre competencia desleal chilena (en adelante LCD): ¿depende su licitud del hecho de que esta sea veraz y demostrable? Una lectura preliminar de la letra e) de su artículo 4.º podría inclinarnos a responderla afirmativamente. Sin embargo, un examen más detenido de la comparación publicitaria, a partir del método dogmático y del análisis empírico, muestra que, al menos en dos casos, no es así necesariamente.

PALABRAS CLAVE: publicidad comparativa, competencia desleal, protección consumidores, protección de competidores, deber de corrección.

* Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2021. Fecha de aceptación: 30 de marzo de 2022. Para citar el artículo: De la Maza Gazmuri, Í. y López Díaz, P. V., “Comparar lealmente: la veracidad y demostrabilidad del mensaje publicitario en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 44, enero-julio 2023, 145-176, DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.44.06>.

** El presente artículo forma parte del Proyecto Fondecyt Regular 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 y el autor es coinvestigador.

*** Universidad Diego Portales, Santiago, Chile; profesor de Derecho Civil. Doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España. Magíster en Science of Law de la Universidad de Stanford, California, Estados Unidos. Contacto: inigo.delamaza@udp.cl. Orcid: 0000-0001-6239-2837.

**** Universidad Diego Portales, Santiago, Chile; profesora de Derecho Civil. Doctora en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago de Chile, Chile. Contacto: patricia.lopez@udp.cl. Orcid: 0000-0001-6716-0584.

Fair Comparison: The Truthfulness and Demonstrability of the Advertising Message under Chilean Law

ABSTRACT. This paper intends to answer a question about comparative advertising in the Chilean Unfair Competition Act (Law n.º 20169) are veracity and demonstrability requirements of loyal comparative advertising? Apparently so it goes from its article 4.º letter e). However, a closer look, based on the dogmatic method and the empirical analysis, shows that, in at least two cases, this is not the case, it is not necessarily so.

KEYWORDS: Comparative advertising, unfair competition, consumer protection, protection of competitors, duty of correction.

SUMARIO: Introducción. I. Noción y utilidad de la publicidad comparativa. II. Publicidad comparativa desleal en la LCD. Conclusiones. Referencias.

Introducción

El año 2004 Masterfoods Chile Ltda. publicitó su nuevo producto Pedigree como “rico en carne fresca”, insinuando que se trata de una característica que los productos de los competidores no poseen, discutiéndose si esta es engañosa¹. En 2012, Farmacias Ahumada S.A. demandó a Cruz Verde S.A. por exhibir en la televisión y los medios de comunicación escritos la campaña publicitaria “Desafío Cruz Verde, precios bajos sin competencia”. Allí, Cruz Verde S.A. comparó precios de medicamentos vendidos por sus farmacias con los ofertados por Farmacias Ahumada S.A., concluyendo dicho *spot* con la frase “Comprobado!!, en precios bajos Cruz Verde no tiene competencia”². En 2016, Danone Chile S.A. solicitó que se decretara que Soprole S.A. utilizó la frase publicitaria “Deja lo malo, quédate con lo bueno” para referirse al producto lácteo Activia perteneciente a Danone Chile S.A., generando un debate en torno a la intención de denigrar dicho producto y a la utilización de afirmaciones que serían falsas respecto de propiedades científicamente comprobadas para la regulación del tránsito intestinal lento³.

Todos estos casos han sido objeto de litigio en nuestros tribunales y en ellos se aprecia claramente que estamos ante publicidad comparativa, toda vez que el anunciante, implícita o explícitamente, compara productos entre competidores.

1 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 20 de diciembre de 2004, disponible en: www.vlex.com, n.º 738532337 [consultado el 17 de octubre de 2021].

2 Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de julio de 2012, disponible en: www.legalpublishing.cl, CL/JUR/1486/2012 [consultado el 11 de octubre de 2021].

3 Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de mayo de 2016, disponible en: www.legalpublishing.cl, CL/JUR/3432/2016 [consultado el 13 de octubre de 2021].

En el ámbito nacional no ha existido un examen detenido de este fenómeno. Únicamente es posible advertir una aproximación general y un análisis previo a su regulación en el artículo 4.º letra d) LCD y en el artículo 14 del Código Chileno de Ética Publicitaria (CchEP), realizado a partir del DL 211 de 1973 (legislación antimonopolios)⁴.

La finalidad de este artículo no es agotar el tratamiento de dicho fenómeno sino contestar una pregunta que se ha discutido con cierta asiduidad en los tribunales y que puede formularse en los siguientes términos: ¿la veracidad y demostrabilidad constituyen requisitos de los cuales depende la licitud de la publicidad comparativa en la LCD?

La pregunta es interesante en atención, al menos, a tres consideraciones. En primer lugar, porque hasta ahora la doctrina nacional no ha justificado contundentemente el recurso a ella ni la utilidad que reviste para el mercado en general y para los competidores y los consumidores en particular. De otro lado, puesto que no se ha formulado una noción de publicidad comparativa que aglutine los elementos que permiten configurarla en la LCD y que active, por consiguiente, la tutela prevista en el artículo 5.º de dicha ley. Finalmente, porque, como examinaremos en las líneas que siguen, se trata de una práctica comercial cuya licitud se ha discutido en nuestros tribunales, a falta de determinación de un estándar de comparación en la LCD, el que no se agota en la mera exigencia de veracidad y comprobabilidad.

Para responder la pregunta formulada, hemos dividido este artículo en tres secciones. En la primera prestamos atención a la noción y utilidad que la publicidad comparativa reporta para los competidores, para los consumidores y para el mercado en general (I). A continuación, damos noticia de la publicidad ilícita y sus manifestaciones en la LCD, distinguiendo sus diversas especies y focalizando la atención en la publicidad comparativa desleal, a partir de lo preceptuado en la LCD, en la Ley 19.496 sobre Protección de los derechos de los consumidores (LPC) y en el CchEP, y muy especialmente en la engañosa (II). En tercer lugar, procuramos mostrar que existen al menos dos supuestos en que la publicidad comparativa no necesariamente debe ser veraz ni demostrable para ser lícita (III). Examinados tales tópicos, formulamos las conclusiones.

4 Paredes M., R. "Fundamento para la regulación de la publicidad comparativa", *Revista ABANTE*, vol. 1, n.º 7, 2004, 67-102. El autor focaliza la atención en las causas de la paradoja que se da entre los beneficios de la publicidad comparativa, destacando la jurisprudencia chilena y las limitaciones que a la vez le impone, proporcionando argumentos para aliviar las restricciones excesivas a ella y sugiriendo la implementación de ciertas políticas destinadas a evitarlas. Así, expresa que la publicidad comparativa ha sido limitada más allá de lo conveniente desde el punto de vista de la promoción y defensa de la competencia, particularmente por la exigencia de estándares de prueba de veracidad significativamente más altos que los requeridos para la publicidad en general, así como por el rol de los organismos de autorregulación sobre los cuales suele descansar parte de la responsabilidad.

I. Noción y utilidad de la publicidad comparativa

Como ha quedado dicho, en el ordenamiento jurídico chileno no existe una noción de publicidad comparativa, aunque la LCD se refiere a ella. Por otra parte, y como se adelantó, la doctrina tampoco parece haber prestado demasiada atención al fenómeno⁵. Por lo mismo, convendrá comenzar dando noticia acerca de su noción y la forma en que, generalmente, se le considera en la actualidad.

De otro lado, y teniendo en cuenta que la aproximación a la publicidad comparativa parece haber cambiado, desde su proscripción a su aceptación, resultará útil considerar por qué en la actualidad es generalmente aceptada.

A. Noción de publicidad comparativa

En el ámbito nacional, la publicidad comparativa no se encuentra definida legalmente. El artículo 14 CchEP, sin embargo, la conceptualiza en los siguientes términos:

Para los efectos de este Código, se considera publicidad comparativa toda aquella comunicación que reclame superioridad o ventajas de un producto, servicio, marca o industria, respecto de un competidor, directo o indirecto, mediante el recurso de comparar, de manera explícita o implícita, sus características, atributos o beneficios. También se entenderá por publicidad comparativa aquella que explícitamente identifica a la competencia, o la que sugiere el nombre, envase, presentación, atributo, hecho o elemento que se relacione con una o más marcas o empresas de la competencia, o una industria en particular⁶.

En el derecho extranjero, por otra parte, puede citarse una famosa declaración de la Federal Trade Commission (FTC) de 1979 que señala: “*Comparative advertising is defined as advertising that compares alternative brands on objectively measurable attributes or price, and identifies the alternative brand by name, illustration or other distinctive information*”⁷.

De manera mucho más sucinta, el artículo 2 c) de la Directiva 2006/114/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, la define como “toda publicidad que alude ex-

5 Con excepción de Paredes M., R., “Fundamento para la regulación de la publicidad comparativa”, cit.; Tapia Rodríguez, M., “Competencia desleal por culpa”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 29, 2017, 184, y Barros Bourie, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, tomo II, 2.ª ed. Santiago, Jurídica de Chile, 2020, 966 y 968.

6 Este precepto sigue muy de cerca el artículo 10 LCD española y en parte el artículo 4.º de la Directiva 2006/114/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, transcrita más abajo en el cuerpo principal de este artículo.

7 *Statement of Policy Regarding Comparative Advertising, Federal Trade Commission*, Washington, D.C., 13 de agosto de 1979.

plícitamente o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor”.

Lo propio, entonces, de la publicidad comparativa es la alusión al competidor o sus bienes o servicios, alusión que puede ser directa o indirecta según si menciona o no al competidor. Es directa si, por ejemplo, en un comercial de Pepsi se alude a Coca-Cola explícitamente o de manera que sea claramente comprensible. En cambio, es indirecta si se refiere a otros competidores, bienes o servicios en general. Así, por ejemplo, “el combustible menos contaminante” o el “servicio de correo más confiable”.

De otro lado, como se advierte en la definición del CchEP, el objeto de la comparación puede ser el producto o el servicio, o bien un cierto tipo de productos y servicios (así, por ejemplo, el material del cual se encuentra hecho un producto o el impacto en el medio ambiente de un servicio), o ciertas cualidades del competidor o competidores, como la experiencia o el tamaño.

Por otro lado, si se presta atención a las definiciones del CchEP o a la declaración de la FTC aparece que siempre se trata de mostrar superioridad o ventajas respecto de la competencia. Pero lo cierto es que no necesariamente es así pues, como se verá, esa comparación puede ser adhesiva o parasitaria y, por consiguiente, desleal, de modo que parece preferible una definición más aséptica, como la de la Directiva 2006/114/CE, que formularemos al examinar la LCD. En efecto, la comparación puede consistir en señalar que el producto propio es tan bueno como el de la competencia, caso en el cual no hay crítica a dicho producto, sino que, en cambio, se emplean sus ventajas para promocionar el propio.

B. La utilidad de la publicidad comparativa

Aunque probablemente sea un fenómeno mucho más antiguo, existe documentación sobre la publicidad comparativa al menos desde comienzos del siglo XX⁸. Sin embargo, hasta la primera mitad de esa centuria se la consideró con extrema cautela por consideraciones relativas a la lealtad en la competencia⁹.

Al menos en el ámbito estadounidense –que es donde el fenómeno parece haberse desarrollado de manera más intensa–, la situación cambia durante la segunda mitad del siglo XX. De esta manera, en 1969 la *FTC Policy Statement on Comparative Advertising* incentivaba el uso del nombre del competidor o de sus productos, toda vez que consideraba que la publicidad comparativa, en la medida en que fuera verdadera, constituía una valiosa fuente de información para los consumidores que podía ayudarlos a tomar decisiones más racionales de consumo; junto a lo anterior,

8 Por todos Beard, F., *Comparative Advertising. History, Theory and Practice*, Londres, Lexington Books, 2018, 120-123.

9 Wolff, J., “Unfair Competition by Truthful Disparagement”, *The Yale Law Journal*, 47, 1938, 1304.

advertía que la publicidad engañosa producía las consecuencias inversas y, por lo mismo, exigía claridad e información suficiente¹⁰.

En el derecho europeo, en cambio, las cosas parecen haber tomado algo más de tiempo. En un trabajo sobre el tema de 1994, Bodewig señala que, no obstante el compromiso de los Estados europeos con el bienestar de los consumidores, estos, en general, restringen severamente la publicidad comparativa¹¹. Por su parte, refiriéndose al ámbito francés, Romano señala que en la década de 1990 la publicidad comparativa se consideraba como altamente sospechosa¹². Aun cuando, como se verá, al menos, a partir de la Directiva 2006/114/CE se aceptan las ventajas de la publicidad comparativa, la aproximación hacia ella parece ser mucho menos liberal que la estadounidense¹³.

Como sea que fuere, actualmente suele aceptarse que la publicidad comparativa puede resultar extremadamente útil para los consumidores y para la competencia. Esta idea probablemente encuentre sus orígenes en los primeros análisis económicos de la publicidad, específicamente el de George Stigler de comienzos de la década de 1960¹⁴ y el de Phillip Nelson durante la siguiente década¹⁵.

Tratándose de la publicidad comparativa, Boewig ha señalado que debe prestarse atención a los intereses de los anunciantes, de sus competidores, de los consumidores y del público en general¹⁶. En lo que concierne a los primeros, el interés resulta evidente: informar a los consumidores de las ventajas de sus bienes y servicios. Según se ha reportado, este interés resulta especialmente importante cuando se trata de un proveedor que viene ingresando al mercado y enfrenta barreras de entrada¹⁷, idea advertida ya en 1986 en Chile por la Comisión Preventiva a propósito de la campaña Pepsi Challenge¹⁸. No es extraño, entonces, que, con cierta frecuencia,

10 Romano, C. J., *Comparative Advertising in the United States and in France*, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 25, n.º 2, 2005, 378 y Pompeo, P., “To Tell the Truth: Comparative Advertising and Lanham Act Section 43(a)”, *Catholic University Law Review*, vol. 36, 1987, 565.

11 Bodewig, T., “The Regulation of Comparative Advertising in the European Union”, *Tulane European and Civil Law Forum*, vol. 9, 1994, 199-200.

12 Romano, C. J., *Comparative Advertising*, cit., 379.

13 Dornis, T. y Wein, T., “Trademarks, Comparative Advertising, and Product Imitations: An Untold Story of Law and Economics”, *Penn State Law Review*, vol. 121, 2, 2016, 430.

14 Stigler, G., “The Economics of Information”, *Journal of Political Economy*, 69, 1961, 212-225.

15 Nelson, P., “Information and Consumer Behavior”, *Journal of Political Economy*, vol. 78, n.º 2, 1970, 311-329 y Nelson, P., “Advertising as Information”, *Journal of Political Economy*, vol. 82, n.º 4, 1974, 729-754.

16 Bodewig, T., “The Regulation of Comparative Advertising”, cit., 185.

17 Romano, C. J., *Comparative Advertising*, cit., 376.

18 Paredes M., R., “Fundamento para la regulación de la publicidad comparativa”, cit., 86.

la discusión en juicios sobre la licitud de la publicidad comparativa constituya una estrategia para evitar la competencia¹⁹.

Por lo que toca a los competidores, existen dos tipos de intereses que pueden llegar a superponerse o presentarse diferenciadamente. El primero de ellos tiene que ver con evitar que la publicidad sea engañosa; el segundo, con servirse ilegítimamente de su prestigio y la utilización abusiva de marcas, logos o signos distintivos. Dicho de otra forma, los competidores tienen un interés legítimo en que la publicidad respete las exigencias de la competencia leal desde las más diversas perspectivas.

En lo que se refiere al interés de los consumidores y el público en general, este consiste en la disminución de los costos de información que involucra utilizar el mercado. Y es que la publicidad comparativa, cuando se realiza correctamente, favorece el bienestar de los consumidores al mejorar la información de la que disponen. Por otra parte, consumidores mejor informados eligen de manera más adecuada, y ese tipo de elección favorece la competencia²⁰.

De otro lado, una mirada a los diferentes intereses comprometidos en la publicidad comparativa muestra que, bajo ciertas condiciones, debe estimarse como beneficiosa. En efecto, la idea, hoy ampliamente aceptada, es que la publicidad comparativa, en la medida que sea veraz y no cree confusión, promueve tanto la libre competencia como el bienestar de los consumidores²¹. Así, por ejemplo, respecto de los beneficios para los consumidores, el considerando (8) de la Directiva 2006/114/CE señala: “La publicidad comparativa, cuando compara aspectos esenciales, pertinentes, verificables y representativos y no es engañosa, es una manera legítima de informar a los consumidores de las ventajas que pueden obtener. Es deseable establecer un concepto amplio de la publicidad comparativa a fin de abarcar todas las formas de este tipo de publicidad”.

Como ya ha quedado dicho, desde la perspectiva de los consumidores, la ventaja consiste en la disminución de los costos de información que involucra utilizar el mercado. Por su parte, la disminución de tales costos facilita la competencia entre los proveedores de bienes y servicios. De esta manera, la publicidad comparativa puede ser considerada como un dispositivo que reduce las barreras de entrada al mercado para los nuevos productos y proveedores²².

Por consiguiente, no es solo que, en general, se tolere la publicidad comparativa, sino que, además, se promueve. Así, por ejemplo, en un estudio comparativo,

19 Ross, P., “The Evolution of Comparative Advertising Law: Has the Lanham Act Gone Too Far?”, *Journal of Public Policy & Marketing*, vol. 10, n.º 2, 1991, 161-181.

20 Bodewig, T., “The Regulation of Comparative Advertising”, cit., 211.

21 Una formulación clásica sobre el tema en McCarthy, J. M., *Trademarks and Unfair Competition*, 4.ª ed., Minnesota, West Group, 2003. En el ámbito español, Velasco San Pedro, L. A., “Competencia desleal y publicidad”, en Miranda, L. M. y Costas, J., *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 51 y De la Cuesta Rute, J. M., *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona, Eunsa, 2002, 200.

22 Romano, C. J., *Comparative Advertising*, cit., 376.

Romano señala respecto de Estados Unidos que “el uso de publicidad comparativa ha llegado a ser rápidamente un objetivo primario de las autoridades judiciales y legislativas, así como de las agencias administrativas en el área de las leyes sobre publicidad”²³.

Algo semejante sucede en el ámbito europeo²⁴ y en el chileno, como lo evidencian la doctrina nacional más autorizada²⁵, las sentencias de los tribunales de Chile que se han pronunciado sobre la publicidad comparativa²⁶ y los dictámenes del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR) que han determinado el alcance y aplicación del artículo 14.º CchEP que la disciplina²⁷, como examinaremos en el próximo apartado.

II. Publicidad comparativa desleal en la LCD

A. La deslealtad publicitaria en la LCD

Un detenido examen de la LCD revela que ella admite los actos de comparación en la medida que no sean desleales, como lo evidencia el literal e) del artículo 4.º, excluyendo así la publicidad comparativa desleal.

23 *Ibíd.*, 377.

24 Entre otros, De la Cuesta, J. M., *Curso de derecho de la publicidad*, cit., 197; Lema Devesa, C., “La publicidad comparativa”, en *Problemas jurídicos de la publicidad*, Madrid, Marcial Pons, 2007, 447-448 y 449; Vilajoana Alejandre, S., *Las leyes de la publicidad. Límites jurídicos de la actividad publicitaria*, Barcelona, Universitat Oberta de Catalunya, 2011, 107; Martínez Escribano, C., Herrero Suárez, C., Martín García, L. y Hernández-Rico, J. M., *Derecho de la publicidad*, Navarra, Aranzadi, 2015, 151; Velasco, L. A., “Competencia desleal y publicidad”, cit., 51, y Romano, C. J., *Comparative Advertising*, cit., 371-414.

25 Por todos Barros, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit., 966 y Tapia, M., “Competencia desleal por culpa”, cit., 184.

26 Entre otras, Álvarez Figueroa y Maquival-Chile Ltda. con Eserma S.A., Corte Suprema, 11 de octubre de 2016, Rol 11.880-2015, disponible en: www.vlex.cl; *Cooperativa de Servicios Fide Primaria-Fide Técnica Ltda., Fidecoop Ltda. con Ventrosa Impresores S.A. y Proveedora Educativa Ltda.*, Corte Suprema, 18 de junio de 2015, Rol 1288-2015, disponible en: www.vlex.cl; *Ingeniería RS Ltda. con Navarro y Reveco Ltda. y otros*, Corte de Valparaíso, 3 de diciembre de 2015, Rol 1.805-2015, disponible en: www.vlex.cl; *Prolam Young & Rubicam S.A. con Tomás Sánchez Arriagada y otros*, Corte Suprema, 31 de julio de 2014, Rol 11.531-2014, disponible en: www.vlex.cl; *Sociedades Importadora Automarco S.A., Autotec S.A. e Importadora Autotruck S.A. con Importadora Maver Ltda., Verdugo Rojas y Martínez Díaz*, Corte Suprema en sentencia de 26 de enero de 2017, Rol 94.870-2016, disponible en: www.vlex.cl; *Soluciones Constructivas Design S.A. con Hinojosa Otafza y D&D Ltda.*, Corte Suprema con fecha 3 de junio de 2015, Rol 1.315-2015, disponible en: www.vlex.cl; *Sociedad Anónima Artel con Dimeiggs S.A.*, Corte Suprema, 12 de julio de 2016, Rol 28.421-2016, disponible en: www.vlex.cl [consultadas, todas, el 1 de septiembre de 2021].

27 Dictámenes CONAR: Rol 875-12, Rol 900-13, Rol 901-13, Rol 962-14, Rol 972-15, Rol 980-15, Rol 981-15, Rol 997-16, Rol 1002-16, Rol 1020-16, Rol 1031-16, Rol 1032-16, Rol 1036-16, Rol 1039-17, Rol 1040-17, Rol 1048-17, Rol 1071-17, Rol 1074-18, Rol 1085-18, Rol 1086-18, Rol 1090-18, Rol 1094-18, Rol 1098-18, entre otros, disponibles en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/> [consultados el 10 de septiembre de 2021].

La deslealtad publicitaria, como se sabe, es una ilicitud que hasta ahora no ha sido indagada con la suficiente atención por la dogmática nacional²⁸, como ha acontecido también con la publicidad abusiva, agresiva y engañosa²⁹, probablemente porque, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, como el español o el argentino, esta no se encuentra expresamente tipificada.

En efecto, en el derecho español se considera ilícita de conformidad con el literal e) del artículo 3.º de la Ley General de Publicidad 34/1988, de 11 de noviembre, que precisa que, junto a la publicidad engañosa y a la publicidad agresiva, tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley 3/1991, sobre Competencia Desleal, cuyo artículo 10 relativo a los actos de comparación prescribe:

La comparación pública, incluida la publicidad comparativa, mediante una alusión explícita o implícita a un competidor estará permitida si cumple los siguientes requisitos:

- a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades.
- b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio.
- c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación.
- d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.
- e) La comparación no podrá contravenir lo establecido por los artículos 5, 7, 9, 12 y 20 en materia de actos de engaño, denigración y explotación de la reputación ajena.

28 Con excepción de López Díaz, P., “La publicidad desleal y la tutela del competidor: una aproximación desde el derecho chileno”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, vol. 89, n.º 250, 2021, 59-101.

29 Una visión panorámica de la publicidad engañosa en De la Maza Gazmuri, I. y López Díaz, P., “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.º 2, 27-52. Respecto de la publicidad abusiva y agresiva véase López Díaz, P., “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*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 215-237.

Su regulación en el Código Civil y Comercial argentino, en cambio, no es tan completa, toda vez que el literal b) del artículo 1101 dispone, en lo que aquí interesa, que está prohibida toda la publicidad que “efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor”³⁰, restringiéndola tan solo a la comparativa.

La *publicidad desleal* es aquella que infringe el *deber de corrección* que debe imperar entre los agentes de mercado³¹, y más precisamente el *principio de respeto a la competencia* contenido en la CIPP del SERNAC³² y en el artículo 4.º CchEP, según el cual la publicidad debe respetar la competencia y sus productos o servicios y no denigrar, menospreciar o propiciar la deslealtad respecto de los competidores, perjudicándolos, y que, como examinaremos, admite diversas especies.

Especial relevancia adquiere a estos efectos el artículo 3.º LCD que consagra la *cláusula general de competencia desleal o ilícito concurrencial*, definiéndola como aquella “conducta contraria a la buena fe que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente de mercado”, pues sobre este precepto se ha erigido el referido *deber de corrección*. La doctrina nacional y las sentencias de los tribunales chilenos que se han pronunciado sobre dicho precepto han admitido como elementos del ilícito (i) la existencia de una conducta, (ii) la contravención de esta a la buena fe o a las buenas costumbres, (iii) los medios ilegítimos y (iii) el daño –que se traduce en desvío de la clientela³³–, discutiéndose si se trata de un ilícito objetivo o subjetivo y,

-
- 30 Dicho precepto contempla además dos especies de publicidad ilícita en sus literales a) y b): “Artículo 1101. Publicidad
“Está prohibida toda publicidad que:
“a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio;
b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor;
c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad” (cursiva fuera de texto).
- 31 Formulado inicialmente por Contreras Blanco, O., *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena*, Santiago, Ediciones UC, 2012, 145-163, que ha sido seguido en este punto por la totalidad de la doctrina nacional.
- 32 Se trata, junto a la legalidad, la veracidad, la autenticidad o autoidentificación publicitaria, el respeto a la competencia, la comprobabilidad y la transparencia, de uno de los “principios legales de la publicidad comercial”, inicialmente contenidos en el documento “Análisis, Vigilancia y Gestión jurídica de la publicidad en Chile”, de abril de 2017, disponible en: https://www.sernac.cl/portal/619/articulos-5386_archivo_01.pdf [consultado el 1 de septiembre de 2021], y en la Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales (CIPP) del 21 de marzo de 2019, disponible en: https://www.sernac.cl/portal/618/articulos-9190_archivo_01.pdf [consultado el 1 de septiembre de 2021], reemplazada por la en la Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales (CIPP) del 28 de febrero de 2022, disponible en: https://www.sernac.cl/portal/618/articulos-65391_archivo_01.pdf [consultado el 2 de mayo de 2022]. Un análisis en López Díaz, P., “La publicidad comercial como fenómeno jurídico: una aproximación general desde el derecho chileno”, *Ius et Praxis*, vol. 26, n.º 3, 28-36.
- 33 Una visión panorámica en Inostroza Sáez, M., “El ilícito concurrencial general en la Ley 20.169 sobre competencia desleal”, *Ius et Praxis*, vol. 23, n.º 1, 2017, 25-67.

en este último caso, si requiere una conducta dolosa o basta la culpa leve del agente para configurarlo. La postura que aboga por la imputabilidad subjetiva ha devenido en la mayoritaria tanto entre nuestros autores como en las sentencias judiciales, inclinándose por la culpa³⁴; entre tanto, la minoritaria sostiene que para que este se configure basta que se confirmen fehacientemente los medios ilegítimos de los que se sirvió el infractor para desviar la clientela, contrarios a la buena fe o a las buenas costumbres mercantiles, debiendo prescindirse de la culpa o el dolo del agente de mercado que ha incurrido en el ilícito, siendo ella necesaria solo para reclamar la indemnización que contempla el literal d) del artículo 5.º LCD³⁵.

Una detenida lectura de este precepto y de los literales a), b), c), d) y e) del artículo 4 de dicha ley permite constatar que la deslealtad publicitaria admite diversas especies, cuales son la *publicidad confusionista*, la publicidad adhesiva o parasitaria, la publicidad *engañosa*, la publicidad denigratoria y la publicidad comparativa³⁶.

La *publicidad confusionista desleal* 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 competidores³⁷. En consecuencia, puede sustentarse su procedencia en el literal a) del artículo 4.º LCD que dispone que constituye un acto de competencia desleal “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 al que hemos aludido precedentemente. Adviértase que el artículo 28A LCD disciplina la publicidad confusionista respecto de los consumidores, regulación que encuentra su justificación en el hecho de que la publicidad no solo opera *horizontalmente* (entre competidores) sino *verticalmente* (esto es, entre proveedores y competidores).

34 Banfi del Río, C., *Responsabilidad civil por competencia desleal*, Santiago, Legal Publishing, 2013, 132, 152 y 189 y ss.; Reveco Urzúa, R. y Padilla Parot, R. “La competencia desleal en el contrato de distribución de productos”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 22, 2014, 361; Inostroza, M., “El ilícito concurrencial”, cit., 49-52, y Barros, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit., 964-965. En igual sentido destaca Tapia, quien modificó su postura inicial en que exigía dolo del agente (Tapia Rodríguez, M. “Responsabilidad civil por actos de competencia desleal en el derecho chileno”, en González, M. A. [ed.], *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, n.º 14, 2007, Santiago, 85-93) transitando a la idea de culpa leve (Tapia, “Competencia desleal por culpa”, cit., 165-207).

35 Contreras, O., *La competencia desleal*, cit., 99 y 100 y 162 y Bernet Páez, M., *La presentación comercial en el derecho de la competencia desleal. Evolución en el derecho comparado y su protección en Chile*, Santiago, Thomson Reuters, 2014, 434-452.

36 Una síntesis en López, P., “La publicidad desleal y la tutela del competidor: una aproximación desde el derecho chileno”, cit., 64-80.

37 De la Cuesta, J. M., *Curso de derecho de la publicidad*, cit., 183-187; Lema, C., “La publicidad comparativa”, en *Problemas jurídicos de la publicidad*, cit., 295-296; Vilajoana, S., *Las leyes de la publicidad. Límites jurídicos de la actividad publicitaria*, cit., 91-92; Martínez, C., Herrero, C., Martín, L. y Hernández-Rico, J. M., *Derecho de la publicidad*, cit., 141-143.

Por consiguiente, la *publicidad adhesiva o parasitaria* es una especie de publicidad *confusionista*, dado que aquella se aprovecha en forma indebida, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional de las que goza un competidor en el mercado a través de signos distintivos ajenos o denominaciones de origen falsas acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto³⁸.

El literal b) del artículo 4.º LCD, en cambio, sirve de sustento normativo a la publicidad engañosa desleal, cuya norma espejo, atendida la dimensión vertical de la publicidad ya referida, se encuentra en el artículo 28 LPC, pues acá el afectado por el engaño es el competidor. Y es que tal literal califica como acto de competencia desleal “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*”.

La *publicidad denigratoria*, en cambio, 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 pertinentes³⁹. Su procedencia puede sustentarse, entonces, en los literales c) y d) del artículo 4.º LCD. En 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 segundo, por su parte, 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”.

Finalmente, se encuentra la publicidad comparativa, que, como ya hemos precisado, no es ilícita *per se*, sino en el supuesto de que contravenga la ley. En ella el anunciante persigue distanciarse del competidor mostrando al consumidor la superioridad de su oferta refiriéndose a este, en la medida que la comparación comprenda bienes o servicios que persiguen una finalidad diversa y satisfacen distintas necesidades y se realice entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables

38 Lema, C., “La publicidad comparativa”, cit., 296-297; Vilajoana, S., *Las Leyes de la publicidad*, cit., 92-96; Martínez, C. et al., *Derecho de la publicidad*, cit., 145-146.

39 Un examen de este tópico en De la Cuesta, J. M., *Curso de derecho de la publicidad*, cit., 178-183; Lema, “La publicidad comparativa”, cit., 297-299; Vilajoana, S., *Las leyes de la publicidad*, cit., 90-91; Martínez Escribano, C. et al., *Derecho de la publicidad*, cit., 143-145; Velasco, L. A., “Competencia desleal y publicidad”, cit., 49-51.

y representativas de ello, sin incurrir en una práctica publicitaria engañosa, denigratoria, agresiva o confusionista⁴⁰.

Pues bien, la pregunta que aquí interesa y que examinaremos en el próximo apartado, es cuál es la configuración de la publicidad comparativa en la LCD, análisis que reviste importancia para determinar su supuesto de hecho y para activar la tutela prevista en el artículo 5.º de dicha ley. La pregunta es relevante si se considera que tal tutela faculta para impetrar (i) la acción de cesación del acto o la prohibición de este 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 XXXV del Código Civil.

B. Veracidad y demostrabilidad de la publicidad comparativa en la LCD: el literal e) del artículo 4.º

Como ya ha quedado dicho, la publicidad comparativa no es ilícita. Distinto es que, a la vez, sea confusionista, engañosa, denigratoria o adhesiva o parasitaria, pues en tales supuestos indefectiblemente revestirá dicho carácter.

Así se desprende del literal e) del artículo 4.º LCD, cuyo tenor es el siguiente: “e) 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”.

Claro está que el referido artículo se refiere a los *actos de comparación*. Pero la publicidad comparativa desleal es perfectamente subsumible en este literal, pues no solo indica qué se puede comparar sino que también señala dos hipótesis en que la comparación no es leal. La primera se verifica si la publicidad se funda en antecedentes que no son veraces ni demostrables. La segunda se configura si la publicidad contraviene las normas contenidas en la LCD, cobrando especial importancia el artículo 3.º LCD, que disciplina *el ilícito concurrencial o la cláusula general de competencia desleal* que hemos referido más arriba, y los literales a), b), c) y d) del artículo 4.º LCD, que sirven de sustento normativo a la publicidad desleal confusionista, a la parasitaria, a la engañosa y a la denigratoria. Por consiguiente, la noción de publicidad comparativa desleal en la LCD no se agota en la *desleal engañosa* sino

40 De la Cuesta, J. M., *Curso de derecho de la publicidad*, cit., 197-207; Lema, C., “La publicidad comparativa”, cit., 299-305; Vilajoana, S., *Las leyes de la publicidad*, cit., 107-110; Martínez, C. *et al.*, *Derecho de la publicidad*, cit., 151-153; Velasco, L. A., “Competencia desleal y publicidad”, cit., 51-54.

que puede tener una configuración diversa, aproximándose, por lo mismo, a aquella que acuña el artículo 14 CchEP en sede de autorregulación⁴¹.

Dicho de otra forma, podría ocurrir que la comparación fuera veraz y demostrable, esto es, no engañosa, pero que denigre a los competidores, parasite de su prestigio o confunda a los consumidores, deviniendo, por lo mismo, en desleal. Es precisamente esta idea la que pretende ilustrar dicho artículo en la parte que indica “o cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley”.

Existen casos conocidos por nuestros tribunales en que ello se advierte claramente. Así aconteció en “Laboratorios Lafi Ltda. con Laboratorios Novartis”, conocido por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el que la demandante obtuvo el registro para la denominación OXICODAL y la demandada comenzó a comercializar un producto con el mismo principio activo, exhibiendo en el folleto promocional una mano que indicaba el producto de dicho laboratorio acompañada de la frase “no arriesgue su resultado, use el original”, estimando el tribunal que existió *publicidad comparativa denigratoria*⁴². Otro tanto se advierte en “Sociedad Comercial Galdames y Garay Limitada con Fernando Galdames Espina”, pues la Corte Suprema consideró que el demandado incurrió en *publicidad comparativa confusionista* al infringir el artículo 4.º literales a) y c) LCD porque utilizó la marca “FG” y “Servicios Funerarios Fernando Galdames” en la propaganda efectuada en redes sociales, diarios, tarjetas de presentación y servicios fúnebres, confundiendo con ello a los consumidores, toda vez que la demandada registró las marcas “FG” y “Funerales Galdames” para distinguir sus servicios funerarios, configurándose por tanto un supuesto de competencia desleal⁴³.

Pero la interrogante que surge a propósito del literal e) del artículo 4.º LCD es la siguiente: ¿podría existir algún caso o supuesto en que la publicidad comparativa constituya una práctica lícita, a pesar de no ser veraz y demostrable?

Para responderla convendrá proceder en dos tiempos. El primero corresponde a determinar qué debe entenderse por antecedente “veraz” y qué por antecedente “demostrable”. El segundo supone determinar si la veracidad y demostrabilidad constituyen los únicos requisitos que configuran la publicidad comparativa desleal engañosa en la LCD e indagar la exigibilidad de ellos.

41 En efecto, de acuerdo con este precepto, la “publicidad comparativa será aceptada siempre que respete los siguientes principios y límites: 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”.

42 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 22 de diciembre de 2004, Rol 8-2004, disponible en: www.vlex.com, N° 738532865 [consultado el 6 de noviembre de 2021].

43 Corte Suprema, 18 de junio de 2015, Rol 1121-2015, disponible en: www.legalpublishing.cl, CL/JUR/3426/2015 [consultado el 6 de noviembre de 2021].

En lo que concierne a la *veracidad y demostrabilidad* del anuncio publicitario, la respuesta fluye de la noción y alcance de los principios publicitarios de veracidad y comprobabilidad. En efecto, el carácter veraz se vincula al *principio de veracidad*, según el cual las afirmaciones contenidas en los anuncios publicitarios deben ser verdaderas y tener siempre el mismo significado o interpretación (univocidad), de modo que no pueden inducir a error o confusión a los consumidores respecto de los hechos que el mensaje comunica. De allí que se excluyan del examen de veracidad los anuncios constituidos por frases triviales o carentes de contenido, los juicios estimativos o valorativos del anunciante y las *exageraciones publicitarias*⁴⁴.

Por su parte, el carácter de demostrable de la publicidad se vincula con el *principio de comprobabilidad* consagrado en el artículo 33 LPC que exige que los asertos sean demostrables o verificables por el proveedor, ajustándose a la descripción informativa del anuncio publicitario, deviniendo en un mecanismo auxiliar y complementario al principio de veracidad. En efecto, dicho precepto dispone que la información que se consigne en los productos, etiquetas, envases, empaques o en la publicidad y difusión de los bienes y servicios deberá ser susceptible de comprobación, precisando que esta “no contendrá expresiones que induzcan a error o engaño”, advirtiéndose claramente su relación con el *principio de veracidad* ya mencionado⁴⁵. Con todo, se han admitido ciertas excepciones. Tal es el caso de las afirmaciones subjetivas, triviales, de carácter general, de las meras opiniones del anunciante y de las aseveraciones técnicas resguardadas por secretos industriales o empresariales, de las afirmaciones o declaraciones del proveedor relacionadas con actividades o

44 La LPC no alude directamente a este principio, pero exige, en diferentes preceptos referidos a la publicidad, que la información que se proporcione al consumidor sea veraz y unívoca, lo que permite sostener que ella lo recoge. Tal es el caso del artículo 3.º letra b), que consagra el derecho del consumidor a una información veraz y oportuna, y de los artículos 28, 28A, 17L y 33, relativos a la publicidad engañosa. A ellos se agregan los artículos 35 y 36 LPC, a propósito de las promociones u ofertas. El primero exige que en toda promoción u oferta se informe al consumidor sobre las bases de la misma y el tiempo o plazo de su duración –lo que supone que esta sea veraz–, sin que se entienda cumplida esta obligación por el solo hecho de haberse depositado las bases en el oficio de un notario. El segundo prescribe que cuando se trate de promociones en que el incentivo consista en la participación en concursos o sorteos, el anunciante deberá informar al público sobre el monto o número de premios de aquellos y el plazo en que se podrán reclamar, imponiéndole la obligación de difundir “adecuadamente” los resultados de aquellos. Véase SERNAC, *Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales* (2019), 9; SERNAC, *Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales* (2022), 15-17; López Díaz, P., “La publicidad comercial como fenómeno jurídico”, cit., 32-33.

45 Sobre este principio véase SERNAC, *Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales* (2019), cit., 9-10; SERNAC, *Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales* (2022), cit. 17-18; Fernández, F., *Manual de derecho chileno de protección del consumidor*, Santiago, Lexis Nexis, 2003, 54; Isler Soto, E., “Artículo 33”, en De la Maza, I. y 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*, Santiago, Thomson Reuters, 2013, 750-767; Lorenzini Barría, J., “El principio de comprobabilidad publicitaria en la Ley de protección al consumidor”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n.º 237, 2015, 69-74; López, P., “La publicidad comercial como fenómeno jurídico: una aproximación general desde el derecho chileno”, cit., 31.

compromiso a la comunidad y de aquellas que obedecen a una ficción, puesto que no puede verificarse que su contenido no pertenece al eje verdadero-falso⁴⁶.

Respondida la primera interrogante planteada, esto es, el alcance de la veracidad y demostrabilidad del mensaje publicitario, corresponde examinar la segunda. Lo que se trata de determinar es si la veracidad y la demostrabilidad son requisitos de la publicidad comparativa lícita en todas las hipótesis posibles. Con ese objeto, exploraremos dos supuestos que prueban que no es así necesariamente, deviniendo en excepciones a la regla general a las que conviene prestarles atención.

C. El caso de la publicidad comparativa engañosa: supuestos controvertidos

Como ya ha quedado dicho, el artículo 4.º letra e) LCD permite la publicidad comparativa en el entendido de que no constituya un supuesto de competencia desleal, como sucedería si fuera engañosa o si tuviera por objeto desacreditar a los competidores o adherir a su prestigio. Pero, además de esto, pareciera que dicho precepto le impone alternativamente dos requisitos más: que sea veraz y demostrable.

Tal constatación nos obliga a formular la siguiente pregunta: ¿puede una publicidad comparativa no ser veraz ni demostrable y aun así ser lícita, esto es, constituir un supuesto de competencia leal, a pesar de que el literal e) del artículo 4.º LCD exige la concurrencia copulativa de tales requisitos para que se configure una deslealtad publicitaria?

Para dilucidarlo resulta conveniente examinar dos supuestos que se presentan con cierta frecuencia y que muestran la posibilidad de que un mensaje publicitario, a la vez, (i) no constituya publicidad engañosa y (ii) no sea veraz ni demostrable.

El primero de ellos es el anuncio publicitario de Bayer según el cual la suya es “la mejor aspirina del mundo”⁴⁷; el segundo, el de Atari como “el sistema de juego avanzado del hogar en el universo”⁴⁸. Ambos mensajes no parecen demostrables ni tampoco susceptibles de un juicio de veracidad: ¿cómo saber si la aspirina de Bayer es la mejor del mundo? Y, en tal caso, ¿la mejor para qué?, ¿para reducir las cefaleas?, ¿la que provoca menos riesgos colaterales?, ¿la más económica? De otro lado, ¿cómo demostrar que Atari era la mejor consola de juegos para el hogar en el universo? Asimismo, habrá que preguntarse si dichos mensajes publicitarios inducían a error o engaño a los consumidores y, en tal supuesto, ¿error sobre qué?, ¿sobre que la aspirina de Bayer es mejor en qué?, ¿respecto de qué planetas del mundo era Atari la mejor consola de juegos? Al formular dichas preguntas aparece con suficiente claridad que no resulta adecuado tratar estos mensajes como ejemplos de publicidad

46 Isler, E., “Artículo 33”, cit., 756 y 757; Lorenzini, J., “El principio de comprobabilidad”, cit., 75 y 76.

47 *In re Sterling Drug, Inc.*, 102 F.T.C. 395, § II.A.1 (1983).

48 *Atari Corp. v. 3DO Co.*, No. C 94-20298 RMW (EAI), 1994 WL 723601, at *1 (N.D. Cal. May 16, 1994).

comparativa engañosa, toda vez que no se configura su supuesto de hecho, cual es la inducción a error y la falta de veracidad y de demostrabilidad en los términos del artículo 4.º letra b) y e) LCD.

Si ello es correcto, ¿podría ser el caso que se tratara como publicidad ilícita en la LCD por no ser veraz ni demostrable? Y si así fuera, ¿sería razonable, considerando que tales requisitos no son susceptibles de acreditarse en dicho supuesto? ¿En qué sentido una publicidad que no engaña a los consumidores, como acontece en los ejemplos que hemos referido, podría desviar la clientela como lo exige el artículo 3.º LCD y devenir en desleal?

La respuesta a estas interrogantes nos parece determinante para demostrar que existen casos en que la publicidad comparativa lícita no necesariamente debe ser veraz ni demostrable. Nos interesa testarlo en dos supuestos en los que esta afirmación parece evidente. El primero de ellos corresponde a los mensajes publicitarios que pueden ser definidos como “*puffery*”, y el segundo se reconduce a lo que vamos a denominar “declaraciones publicitarias incompletas”.

1. El puffery o absoluto publicitario no acotado

Ilustraremos este supuesto con el razonamiento del CONAR contenido en el dictamen pronunciado en la causa rol n.º 0900/13 del 1 de febrero de 2013, caratulada “De oficio con Cosmética Nacional S.A.”. Los siguientes considerandos resultarán suficientes para explicar el caso.

C. 5. Que, a juicio de este directorio, las expresiones “la mejor tintura y mucho mejor que las otras”, “la mejor tintura y al mejor precio s lo Illicit” [*sic*] e “Illicit, la tintura N.º 1 en Chile”, y la exhibición de tres envases de tintura que se presume son de la competencia, constituyen una publicidad comparativa en los términos del artículo 10 del CCHEP. Lo anterior por cuanto la expresión “la mejor” o “mucho mejor que las otras” en los términos utilizados en el aviso, necesariamente supone una pretensión de superioridad respecto de un determinado universo, que en este caso sería la industria de las tinturas, las cuales, por lo demás, se insinúan dentro del comercial mostrando otros envases.

C.6. Que, en cuanto a las afirmaciones de ser el “N.º 1 en Chile” y tener “el mejor precio”, en opinión de este directorio ellas se relacionan con hechos o datos objetivos, que necesariamente deben probarse. En dicho sentido, de acuerdo a la documentación acompañada por la reclamada se debe dar por acreditado que la tintura publicitada tiene una participación en el mercado que le permite hacer la afirmación de ser “la tintura N.º 1 en Chile”. Pero, con respecto a la expresión “al mejor precio”, el más probable entendimiento del público será que el producto es el más económico del mercado en relación a sus competidores. Bajo este supuesto, examinada la prueba presentada se advierte que existen productos más económicos que “Illicit” y

por tanto la afirmación no estaría siendo acreditada, siendo reprochable éticamente según se señala en los artículos 10 y 11 letra D del CCHEP.

C.7. Que, tratándose de las expresiones “la mejor tintura” y “mucho mejor que las otras”, deben entenderse como absolutos publicitarios, entendidos como aquellas afirmaciones contenidas en la publicidad que tienen un tono excluyente, o bien denotan una superioridad respecto de todos sus competidores. Dichos absolutos publicitarios deberán ser probados o demostrados a menos que no se refieran a una o más características no acotadas del producto. En el caso en análisis, al señalar el aviso que “Ilicit” es la mejor tintura, se estaría en presencia de un absoluto publicitario no acotado, y no siendo necesario acreditarlo, no habría en principio reproche ético a su respecto.

C.8. Que, no obstante lo señalado en el Considerando anterior, el contexto en el cual se presenta esta superioridad del producto de ser “la mejor”, “mucho mejor que las otras”, sí merece un cuestionamiento ético. En efecto, al utilizarse en el aviso las expresiones “... porque es la mejor tintura y mucho mejor que las otras” y que “Y ahora este nuevo Ilicit tiene un tratamiento revitalizante con proteínas de seda que deja tu cabello fuerte, brillante y tan suave como la seda. Y éstas... no”, procediendo a empujar hacia atrás los tres envases de tintura de la competencia, se descalifica al resto de la industria en general, lo que no obedece a un sano ejercicio de la actividad publicitaria. Señalar que se es “el mejor” en algo no puede ser en principio objetable, como se señaló anteriormente, pero sí cuando se generaliza la superioridad y se presenta en un contexto de descalificación o denigración del resto, como se hace en el comercial tanto auditiva como visualmente. De conformidad a lo expuesto, se estima que el aviso vulnera el artículo 12 del CCHEP⁴⁹.

Como puede verse, tratándose de absolutos publicitarios no acotados –es decir, no susceptibles de ser veraces y comprobados– el requisito de la veracidad y demostrabilidad no se exige.

La pregunta que nos interesa considerar ahora es si un caso como este, en el que se compara de una forma que no es susceptible de veracidad ni puede demostrarse, constituye un supuesto de publicidad comparativa ilícita, y por lo tanto, desleal para los efectos de la LCD.

Nuestra respuesta, convendrá adelantarla, es que no. Se trata de un tipo de mensaje publicitario vago y general, el equivalente de aquello que en el *common law* se denomina “*puffery*”.

49 CONAR, *De oficio con Cosmética Nacional S.A.*, Rol n.º 900-13, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/> [consultado el 8 de noviembre de 2021].

Conviene, en primer lugar, advertir por qué estamos ante *puffery* y, a continuación, por qué este hecho determina que no pueda considerársele como un supuesto de competencia desleal.

Pues bien, sugiere Hoffman que la expresión “*puffery*” tiene una definición común, una comercial y una legal. De acuerdo con las dos primeras se trata de una declaración que involucra exageraciones relativas a un producto o a un servicio o bien de declaraciones que resultan obviamente falsas. Según la tercera, equivale a una defensa frente a un engaño por parte de quien ha adquirido un bien o servicio, ha invertido en ciertos productos financieros o de quien afirma que se ha hecho una promesa exigible⁵⁰.

Tratándose de la publicidad, que es la que interesa a este trabajo, los tribunales estadounidenses han definido el *puffery* como “*that is not deceptive, for no one would rely on its exaggerated claims*”⁵¹, o “*exaggerated advertising, blustering and boasting upon which no reasonable buyer would rely*”⁵², o bien “*a general claim of superiority over comparable products that is so vague that it can be understood as nothing more than a mere expression of opinion*”⁵³. Por su parte, la FTC, una de las agencias que se ocupa del tema a propósito de la competencia desleal, se refiere a ella como mensajes publicitarios que “*that ordinary consumers do not take seriously*”⁵⁴.

Así, por ejemplo, Hoffman, relata el caso de Glenn Gold, un estudiante que decidió estudiar derecho en Bridgeport School of Law y, más tarde, cuando demandó, señaló que lo había hecho motivado por la declaración “*friendly interaction between students and professors*” contenida en la respectiva publicidad. Se quejó de que no era así, pues un profesor lo criticaba severamente por no preparar suficientemente sus lecturas, de modo que cuando la Escuela de Derecho expulsó a Gold por no lograr las calificaciones suficientes, este la demandó. El tribunal de instancia estuvo de acuerdo con Gold. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Connecticut revocó, señalando que “*favorable comments by sellers with respect to their products are universally accepted and expected in the marketplace*”⁵⁵. Algo semejante se resolvió tratándose de la publicidad comparativa de unos pañales que señalaba que “*fit more naturally than others*” (“se acomodaban más naturalmente que otros”), toda vez que la declaración era imposible de verificar⁵⁶.

50 Hoffman, D., “The Best Puffery Article Ever”, *Iowa Law Review*, vol. 91, 2006, 106.

51 *U.S. Healthcare, Inc. v. Blue Cross of Greater Phila.*, 898 F.2d 914, 922 (3d Cir. 1990).

52 *Southland Sod Farms v. Stover Seed Co.*, 108 F.3d 1134 (9.º Cir. 1997).

53 *Pizza Hut, Inc. v. Papa John's Int'l, Inc.*, 227 F.3d 489, 497 (5.º Cir. 2000).

54 *FTC Policy Statement on Deception (Oct. 14, 1983)*, disponible en: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/publicstatements/410531/831014deceptionstmt.pdf> [consultado el 6 de noviembre de 2021].

55 Hoffman, D., “The Best Puffery Article Ever”, cit., 102.

56 *Proctor & Gamble Co. v. Kimberly-Clark Corp.*, 569 F. Supp. 2d 796, 805 (E.D. Wis. 2008).

Aunque se le ha reprochado cierta inconsistencia⁵⁷, o bien que reposa sobre una asunción de racionalidad de los consumidores que resulta excesiva, el *puffery* constituye una defensa que se aplica y acepta con frecuencia en Estados Unidos respecto de las acusaciones de publicidad comparativa ilícita⁵⁸.

No necesariamente sucede lo mismo en otras latitudes. Así, por ejemplo, Romano, a partir de un estudio comparativo entre Francia y Estados Unidos, ha reportado que la aproximación liberal respecto de esta defensa contrasta con una más conservadora del primer país⁵⁹.

En efecto, en el artículo L122-1 del *Code de la consommation* se lee:

Toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent n'est licite que si:

1° *Elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur;*

2° *Elle porte sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif;*

3° *Elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie.*

Como se ve, la publicidad comparativa no es ilícita siempre que (3.º) “compare objetivamente” características “verificables”. Este es, en general, el sistema europeo, pues se trata de una transposición de la Directiva 2006/114/CE, cuyo artículo 4.º letra c), que establece las condiciones bajo las cuales se permite la publicidad comparativa, dispone como uno de esos requisitos “que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio”.

Un caso de publicidad comparativa como el de las tinturas que hemos referido precedentemente constituiría un supuesto de *puffery* en Estados Unidos y un supuesto de publicidad ilícita en el ámbito europeo.

La pregunta, sin embargo, es si en el ámbito nacional se trata o no de un supuesto de competencia desleal. Y para responderla resulta necesario considerar si, a este respecto, la LCD se asemeja más a la situación estadounidense o a la europea. Una

57 Véase, por ejemplo, Browne, N., Hale, K. y Cosgrove, M., “Legal Tolerance toward the Business Lie and the Puffery Defense the Questionable Assumptions of Contract Law”, *Southern Illinois University Law Journal*, vol. 69, 2012, 76.

58 Hoffman, D., “The Best Puffery Article Ever”, cit. 107-111.

59 Romano, C. J., *Comparative Advertising*, cit., 393-396.

primera mirada podría inclinarnos intuitivamente hacia esta última, pero, en nuestra opinión, se trata de una intuición incorrecta.

Para comprender por qué, convendrá advertir que lo determinante en la regulación europea es el requisito de *objetividad*, en virtud del cual, según advierte Romano, cualquier declaración vaga, general o subjetiva se encuentra prohibida⁶⁰.

Habrà que notar que el CchEP también utiliza la expresión “objetivo” en su artículo 14 letra c) a propósito de los requisitos de la publicidad comparativa, en los siguientes términos: “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”.

Sin embargo, se trata de un código de buenas prácticas⁶¹, pero no de una ley. Lo que interesa realmente es considerar la LCD.

Si volvemos nuevamente al artículo 4.º LCD, específicamente a la forma en que disciplina la publicidad comparativa en su letra e), aparece lo siguiente: “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”.

Como puede verse, la expresión “objetivo” no aparece en ella, por lo tanto, lo que ahora conviene preguntarse es si se trata de una omisión más bien inocua del legislador o, en cambio, de una deliberada. Para estos efectos puede consultarse la historia fidedigna de su establecimiento, la cual revela que el artículo 6.º de la moción que encabezó el proyecto de ley de la LCD disponía: “Se considera desleal la comparación de la actividad, los productos, las prestaciones o el establecimiento propio o ajeno con los de un tercero, cuando no sea veraz, objetiva y demostrable”.

De la discusión general se advierte la intención de regular la publicidad comparativa, señalándose que esta originalmente fue prohibida en las legislaciones europeas en la forma en la que hemos referido en la primera parte de este trabajo⁶².

Durante el primer informe de la Comisión de Economía, el profesor Barros efectúa una aclaración relevante para esta investigación, pues indica que la publicidad comparativa es “esencialmente lícita”. En tal sentido precisa que el ilícito al que alude el artículo se refiere a “el engaño respecto de las calidades o proveniencia de los bienes ofrecidos por el demandado o por sus competidores”, por lo que el simple juicio de valor negativo de un producto de la competencia no da lugar al ilícito, aunque se debe tener en cuenta que este juicio de valor podría suponer un juicio descriptivo de la calidad del producto o confiabilidad del proveedor.

60 *Ibíd.*, 393.

61 Por lo demás, como muestra el caso de las tinturas, no necesariamente se aplica de una manera semejante a la del derecho europeo.

62 Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5425/HLD_5425_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf [consultado el 8 de noviembre de 2021].

Por lo anterior, concluye que el artículo no se refiere a “(i) el juicio denigratorio, sin fundamento en hechos comprobables, de los productos, prestaciones, marcas o de las características comerciales del competidor”, sino a “la afirmación de hechos relativos a esas materias que afectan al competidor y que no pueden ser demostrables como verdaderos”⁶³.

Fue en el segundo informe de la Comisión de Economía que se decidió eliminar la expresión “objetivos” como uno de los requisitos del ilícito publicitario que venimos comentando, pues se estimó que los juicios de valor son una parte inherente de la publicidad comparativa y son legítimos. Finalmente, se indicó que la exigencia de veracidad y demostrabilidad se efectúe respecto de algún antecedente concreto. En efecto, allí se lee:

El señor Enrique Barros coincidió con lo anterior, por cuanto en la propaganda comparativa, hacer juicios de valor forma parte de la naturaleza de la misma, del modo que lo manifestó el Honorable Senador señor Gazmuri.

En consideración a lo anterior, la Comisión acordó eliminar la referencia a la objetividad, y entendiendo que los juicios de valor son inherentes a la publicidad comparativa, y son considerados legítimos, resolvió que en la norma la exigencia de veracidad y demostrabilidad se efectúe respecto de algún antecedente concreto⁶⁴.

Como se ve, entonces, el matiz es significativo: la LCD no requiere objetividad, admitiendo juicios de valor que, por lo mismo, no son susceptibles de ser declarados verdaderos o falsos ni pueden demostrarse.

La pregunta que surge, entonces, es la siguiente: ¿cómo se aplican los requisitos de veracidad y demostrabilidad que impone la letra e) del artículo 4.º LCD? Y la respuesta es que no se aplican, pues se encuentran limitados a mensajes publicitarios susceptibles de verificarse o demostrarse.

El considerando 7 del dictamen pronunciado por el CONAR en “De oficio con Cosmética Nacional S.A.”, transcrito más arriba, permite ilustrar de manera contundente esta idea. En nuestra opinión, en dicho caso no solo no habría reproche ético, sino tampoco legal. Ya hemos indicado que así se desprende de la historia de la LCD, pues en el texto definitivo se eliminó la exigencia de que la comparación fuera objetiva.

63 Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5425/HLD_5425_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf [consultado el 8 de noviembre de 2021].

64 Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5425/HLD_5425_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf [consultado el 8 de noviembre de 2021].

2. Las declaraciones publicitarias incompletas

El segundo supuesto en que debe examinarse si el mensaje publicitario que efectúa una comparación resulta engañoso y, por consiguiente, contrario a la LCD es el que se presenta cuando la declaración publicitaria no se basta a sí misma, pero puede completarse con citas aclaratorias.

Tomaremos como ejemplo dos frases publicitarias cuya pertinencia se ha discutido en “SMU S.A. y Sociedad Rendic Hermanos S.A. con Walmart”. Se trata de “Total + Bajo” y “# 1 Elegido como el supermercado más económico”, empleadas por Walmart y que SMU S.A. y Sociedad Rendic Hermanos S.A. le ha reprochado, en un juicio que se encuentra en tramitación⁶⁵. En la demanda interpuesta por esta última se lee:

... atendidos los efectos negativos que la publicidad comparativa puede generar en los competidores, su uso como herramienta publicitaria exige necesariamente un alto estándar de rigurosidad, no permitiéndose que presente inconsistencias, exageraciones y/o generalizaciones, que suelen estar presentes en otros tipos de publicidad. De esta manera, toda comparación que se efectúe debe necesariamente ser veraz, objetiva y demostrable y, en consecuencia, las comparaciones de precios que se realicen deben necesariamente ser comprobables y los productos o servicios cuyos precios se comparan deben tener características similares.

Ya se ha visto que una crítica como esta no resulta correcta, en el sentido de que no toda declaración publicitaria debe ser veraz, objetiva y demostrable. Sin embargo, lo que aquí interesa es otra cuestión. Asumiendo que ambas afirmaciones no constituyen supuestos de *puffery*, ¿basta que se expliquen a través de otros textos o, aun explicadas, podrían ser consideradas como publicidad ilícita por inducir a error o a engaño?

Para aproximarnos a una respuesta convendrá tener presente que ambos mensajes se encontraban acompañados de la siguiente cita aclaratoria:

Precios válidos en Lider, Express de Lider y Lider. Cl desde el 24 de septiembre y 14 de octubre de 2019. Máximo de 10 unidades de cada producto por boleta. Excluye otras promociones vigentes y compras con factura. “Total + Bajo”: Según comparación de precios realizada el día 24 de septiembre de 2019, entre las 08:00 y 20:00 horas, en los Supermercados Lider y Unimarc ubicados en la comuna de Las Condes (ver detalle de locales en Servicio al Cliente y www.lider.cl). Las diferencias de precios corresponden y son válidas para la fecha, hora y lugar indicados en las boletas de compras protocolizadas en la Notaría de don Iván Torrealba Acevedo y

65 Rol 4867-2020, 19.º Juzgado Civil de Santiago, disponible en: www.pjud.cl [consultado el 8 de noviembre de 2021].

disponibles en Servicio al Cliente de cada local. Lider no puede garantizar que estas diferencias permanezcan en el tiempo; los precios en los Supermercados podrían variar. “Lider elegido en Chile como el supermercado más económico” de acuerdo a las percepciones de los consumidores chilenos recogidas en el Estudio Tracking Imagen y Precios realizado por GfK Chile en 2019, en base a 2.350 encuestas presenciales mensuales en 17 ciudades de todo Chile.

Sobre este punto, resulta útil recordar que las citas aclaratorias se encuentran perfectamente permitidas en la publicidad, como expresamente lo admite el artículo 9.º CchEP⁶⁶, aunque sujetas a la observancia de ciertos requisitos de forma y fondo.

Por lo que toca a los primeros, convendrá prestar atención a la Resolución Exenta n.º 0187 que aprueba la Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales del SERNAC del 21 de marzo de 2019, actualizada y reemplazada recientemente por la Resolución n.º 0176 del 28 de febrero de 2022 que lleva el mismo nombre. Al hacerlo, se descubre que el “uso de letra chica o pequeña” debe satisfacer ciertos requisitos de forma⁶⁷ y de fondo que son extrapolables a la publicidad comercial. De manera tal que, en la medida en que, en este caso, ellos se hayan satisfecho, nada hay que objetar en la forma a la cita aclaratoria.

En lo que corresponde a los requisitos de fondo, la misma Circular establece que la cita aclaratoria no resulta lícita si:

... contradice de manera sustancial el mensaje publicitario principal de una campaña, estableciendo una serie de limitaciones o condicionantes que desnaturalizan o distorsionan dicho contenido; mediante ella el proveedor incumple el deber de entregar al consumidor información veraz y oportuna e incluye contenido que puede

66 “La publicidad puede hacer uso de citas aclaratorias, o de aquellas contenidas en asteriscos u otros símbolos equivalentes, para entregar información adicional sobre una palabra o concepto, pero no para alterar, contradecir o modificar substancialmente el mensaje principal o el llamado de un aviso. Las citas aclaratorias que se refieren a modificaciones, restricciones, negaciones parciales, atenuaciones, mitigaciones y otras aclaraciones, características o circunstancias que modifiquen de manera sustancial el mensaje principal de un aviso, no pueden tomar la forma de letra chica y deben ser exhibidas o expresadas de manera clara, comprensible y destacada.

“Los textos en letra chica sólo pueden ser usados para entregar información adicional sobre una palabra o concepto, o para informar sobre materias que por su extensión o importancia relativa no merecen destacarse con igual énfasis que los llamados y textos principales. Aun así, los textos en letra chica deben tener un tamaño y una disposición tales que permitan su fácil lectura y comprensión. Los principios anteriores, con las debidas adaptaciones, aplican a cualquier forma de publicidad, independiente del medio, soporte o formato que se utilice”.

67 En lo que se refiere a los de forma, ellos se refieren al uso vertical de la letra, a su contraste, al tiempo de exhibición y al tamaño. Véase SERNAC, Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales (2019), cit., 26 y 27; SERNAC, Circular Interpretativa sobre Publicidad Comercial y Prácticas Comerciales (2022) cit., 59-60.

ser considerado falso o engañoso en los términos revisados en el n.º 1 del apartado VI, Título Primero de esta Circular⁶⁸.

Miradas las cosas de esta manera, la pregunta es la siguiente: ¿configuran un supuesto de publicidad comparativa desleal engañosa la relación entre las expresiones “Total + Bajo” y la cita aclaratoria en este caso?

La respuesta tendría que ser, únicamente siempre que induzca a error o engaño a los consumidores.

Y, para que este fuera el caso, debería suceder que las expresiones “# 1 Elegido como el supermercado más económico” y “Total + Bajo” indujeran a los consumidores a confiar en que, en cualquier supermercado Lider, el precio de cualquier total de productos –por lo mismo, de cualquier producto–, en cualquier momento, es más barato comparado con cualquier otro supermercado. Lo cierto es que una inferencia como esa no resulta, desde luego, razonable, en este supuesto ni en otro de similares características.

Pues bien, como hemos intentado demostrar en las líneas que anteceden, la comparación no será engañosa ni, por consiguiente, desleal en los casos de *puffery* ni en las declaraciones publicitarias aparentemente incompletas que pueden integrarse por citas aclaratorias contenidas en el mismo anuncio publicitario.

Esta constatación es relevante, toda vez que, al no existir deslealtad, ni el competidor ni el consumidor podrán activar la tutela prevista en el artículo 5.º LCD ni la que contempla la LPC respecto del consumidor. Dicho de otra forma, no se podrá solicitar en sede de competencia desleal la cesación o suspensión publicitaria, la prohibición de la publicidad comparativa engañosa si aún no se ha puesto en práctica, la remoción de los efectos producidos por dicha publicidad a través de la publicación de la sentencia condenatoria o de una medida rectificatoria u otro medio idóneo o la indemnización de daños ni la declaración de la deslealtad publicitaria⁶⁹. Y tampoco se podrá requerir en sede de consumo la cesación publicitaria, la corrección publicitaria, la integración publicitaria ni la indemnización de daños⁷⁰.

Conclusiones

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

68 SERNAC, Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales (2019), cit., 31; SERNAC, Circular Interpretativa sobre Publicidad Comercial y Prácticas Comerciales (2022) cit., 60.

69 Una aproximación a todos ellos en López, P., “La publicidad desleal y la tutela del competidor”, cit., 81-95.

70 Sobre el alcance de todos estos medios de tutela en la LPC véase De la Maza, I. y López, P., “La publicidad engañosa en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores”, cit., 27-52.

1. La publicidad comparativa constituye una práctica comercial que puede resultar extremadamente útil para los anunciantes, los competidores, los consumidores y el público en general, pues disminuye los costos de entrada en el mercado y los costos de información derivados de la utilización del mercado y favorece el bienestar de los consumidores al mejorar la información de la que disponen, permitiéndoles elegir más adecuadamente bienes y servicios, propiciando, por consiguiente, la competencia.

2. La noción de publicidad *comparativa desleal*, como se desprende del tenor literal del literal e) del artículo 4.º LCD, no se agota en aquella engañosa, sino que también puede revestir el carácter de confusionista, parasitaria, adhesiva o denigratoria, toda vez que dicho precepto establece que no solo se configura cuando la comparación se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable sino también cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de la LCD.

3. Un examen de la LCD evidencia que no se exige que la comparación publicitaria sea objetiva, a diferencia de lo que ocurre en sede de autorregulación publicitaria, sino que sea veraz y demostrable. Esta doble exigencia reviste particular relevancia tratándose de la publicidad comparativa engañosa, pues existen al menos dos supuestos de común ocurrencia en que, si bien tales requisitos no concurren, la publicidad comparativa no es ilícita, sino que es perfectamente lícita, esto es, el del *puffery* o absolutos publicitarios no acotados, y el de las declaraciones publicitarias incompletas cuyo contenido puede integrarse con notas aclaratorias contenidas en el mismo mensaje publicitario.

Referencias

- Bañfi del Río, C., *Responsabilidad civil por competencia desleal*, Santiago, Legal Publishing, 2013.
- Barros Bourie, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, tomo II, 2.^a ed., Santiago, Jurídica de Chile, 2020.
- Beard, F., *Comparative Advertising. History, Theory and Practice*, Londres, Lexington Books, 2018.
- Bernet Páez, M., *La presentación comercial en el derecho de la competencia desleal. Evolución en el derecho comparado y su protección en Chile*, Santiago, Thomson Reuters, 2014.
- Bodewig, T., "The Regulation of Comparative Advertising in the European Union", *Tulane European and Civil Law Forum*, vol. 9, 1994.

Browne, N., Hale, K., Cosgrove, M., “Legal Tolerance toward the Business Lie and the Puffery Defense the Questionable Assumptions of Contract Law”, *Southern Illinois University Law Journal*, vol. 69, 2012.

Contreras Blanco, O., *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena*, Santiago, Ediciones UC, 2012.

De la Cuesta Rute, J. M., *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona, Eunsa, 2002.

De la Maza Gazmuri, I., “Artículo 28”, en De la Maza, I. y 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*, Santiago, Thomson Reuters, 2013.

De la Maza Gazmuri, I. y López Díaz, P., “La publicidad engañosa en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores; un intento de sistematización desde el moderno derecho de contratos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 48, n.º 2, 2021.

Dornis, T. y Wein, T., “Trademarks, Comparative Advertising, and Product Imitations: An Untold Story of Law and Economics”, *Penn State Law Review*, vol. 121, 2, 2016.

Fernández, F., *Manual de derecho chileno de protección del consumidor*, Santiago, Lexis Nexis, 2003.

Hoffman, D., “The Best Puffery Article Ever”, *Iowa Law Review*, vol. 91, 2006.

Inostroza Sáez, M., “El ilícito concurrencial general en la Ley 20.169 sobre competencia desleal”, *Ius et Praxis*, año 23, n.º 1, 2017.

Isler Soto, E., “Artículo 33”, en De la Maza, I. y 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*, Santiago, Thomson Reuters, 2013.

Lema Devesa, C., “La publicidad comparativa”, en *Problemas jurídicos de la publicidad*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

López Díaz, P., “La publicidad comercial como fenómeno jurídico: una aproximación general desde el derecho chileno”, *Ius et Praxis*, vol. 26, n.º 3, 2020.

- López Díaz, P., “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*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- López Díaz, P., “La publicidad desleal y la tutela del competidor: una aproximación desde el derecho chileno”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, vol. 89, n.º 250, 2021.
- Lorenzini Barría, J., “El principio de comprobabilidad publicitaria en la Ley de Protección al Consumidor”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n.º 237, 2015.
- McCarthy, J. M., *Trademarks and Unfair Competition*, 4.^a ed., Minnesota, West Group, 2003.
- Martínez Escribano, C., Herrero Suárez, C., Martín García, Lirio y Hernández-Rico, J. M., *Derecho de la publicidad*, Navarra, Aranzadi, 2015.
- Nelson, P., *Information and Consumer Behavior*, vol. 78, n.º 2, *Journal of Political Economy*, 1970.
- Nelson, P., *Advertising as Information*, vol. 82 n.º 4, *Journal of Political Economy*, 1974.
- Paredes M., R. “Fundamento para la regulación de la publicidad comparativa”, *Revista ABANTE*, n.º 7, vol. 1, 2004.
- Pompeo, P., “To Tell the Truth: Comparative Advertising and Lanham Act Section 43(a)”, *Catholic University Law Review*, vol. 36, 1987.
- Reveco Urzúa, R. y Padilla Parot, R. “La competencia desleal en el contrato de distribución de productos”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 22, 2014.
- Romano, C. J., “Comparative Advertising in the United States and in France”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 25, n.º 2, 2005.
- Ross, P., “The Evolution of Comparative Advertising Law: Has the Lanham Act Gone Too Far?”, *Journal of Public Policy & Marketing*, vol. 10, n.º 2, 1991.
- SERNAC, Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales, aprobada por Resolución Exenta n.º 0187 del 21 de marzo de 2019, disponible en:

https://www.sernac.cl/portal/618/articles-9190_archivo_01.pdf [consultado el 1 de septiembre de 2021].

SERNAC, Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales, aprobada por Resolución Exenta n.º 0176 del 28 de febrero de 2022, disponible en: https://www.sernac.cl/portal/618/articles-65391_archivo_01.pdf [consultado el 2 de mayo de 2022].

Stigler, G, *The Economics of Information*, vol. 69, *Journal of Political Economy*, 1961.

Tapia Rodríguez, M., “Responsabilidad civil por actos de competencia desleal en el derecho chileno”, en González, M. A. (ed.), *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, n.º 14, 2007, Santiago, Universidad de los Andes.

Tapia Rodríguez, M., “Competencia desleal por culpa”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 29, 2017.

Velasco San Pedro, L. A., “Competencia desleal y publicidad”, en Miranda, L. M. y Costas, J., *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

Vilajoana Alejandro, S., *Las leyes de la publicidad. Límites jurídicos de la actividad publicitaria*, Barcelona, Universitat Oberta de Catalunya, 2011.

Wolff, J., *Unfair Competition by Truthful Disparagement*, vol. 47, *The Yale Law Journal*, 1938.

Jurisprudencia

Álvarez Figueroa y Maquival-Chile Ltda. con Eserma S.A., Corte Suprema, 11 de octubre de 2016, Rol 11.880-2015, disponible en: www.vlex.cl

Cooperativa de Servicios Fide Primaria-Fide Técnica Ltda., Fidecoop Ltda. con Ventrosa Impresores S.A. y Proveedora Educacional Ltda., Corte Suprema, 18 de junio de 2015, Rol 1288-2015, disponible en: www.vlex.cl

Danone Chile S.A. con Soprole S.A., Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de mayo de 2016, disponible en: www.legalpublishing.cl, CL/JUR/3432/2016.

Farmacias Ahumada S.A. con Cruz Verde S.A., Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de julio de 2012, disponible en: www.legalpublishing.cl, CL/JUR/1486/2012.

Ingeniería RS Ltda. con Navarro y Reveco Ltda. y otros, Corte de Valparaíso, 3 de diciembre de 2015, Rol 1.805-2015, disponible en www.vlex.cl

Laboratorios Lafi Ltda. con Laboratorios Novartis, Tribunal de Defensa de la Libre competencia, 22 de diciembre de 2004, Rol 8-2004, disponible en: www.vlex.com, n.º 738532865.

Nestlé Chile S.A. con Masterfood Chile Ltda., Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 20 de diciembre de 2004, Rol 12-2004, disponible en: www.vlex.com, N° 738532337.

Prolam Young & Rubicam S.A. con Tomás Sánchez Arriagada y otros, Corte Suprema, 31 de julio de 2014, Rol 11.531-2014, disponible en: www.vlex.cl.

Sociedad Anónima Artel con Dimeiggs S.A., Corte Suprema, 12 de julio de 2016, Rol 28.421-2016, disponible en www.vlex.cl

Sociedad Comercial Galdames y Garay Limitada con Fernando Galdames Espina, Corte Suprema, 18 de junio de 2015, Rol 1121-2015, disponible en: www.legal-publishing.cl, CL/JUR/3426/2015.

Soluciones Constructivas Design S.A. con Hinojosa Otaíza y D&D Ltda., Corte Suprema con fecha 3 de junio de 2015, Rol 1.315-2015, disponible en: www.vlex.cl

Sociedades Importadora Automarco S.A., Autotec S.A. e Importadora Autotruck S.A. con Importadora Maver Ltda., Verdugo Rojas y Martínez Díaz, Corte Suprema en sentencia de 26 de enero de 2017, Rol 94.870-2016, disponible en: www.vlex.cl

Dictámenes CONAR

CONAR, Rol 875-12, 12 de septiembre de 2012, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 900-13, 15 de marzo de 2013, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 901-13, 15 de marzo de 2013, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 962-14, 22 de agosto de 2014, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 972-15, 6 de marzo de 2015, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 980-15, 19 de junio de 2015, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 981-15, 26 de junio de 2015, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 997-16, 16 de marzo de 2016, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 1002-16, 15 de abril de 2016, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 1020-16, 20 de julio de 2016, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 1031-16, 26 de octubre de 2016, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 1032-16, 14 de noviembre de 2016, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 1036-16, 19 de diciembre de 2016, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 1039-17, 6 de febrero de 2017, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 1040-17, 14 de febrero de 2017, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 1048-17, 25 de mayo de 2017, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 1071-17, 30 de enero de 2018, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 1074-18, 9 de marzo de 2018, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 1085-18, 9 de agosto de 2018, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 1086-18, 6 de noviembre de 2018, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 1090-18, 2 de octubre de 2018, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 1094-18, 14 de diciembre de 2018, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>

CONAR, Rol 1098-18, 9 de enero de 2019, disponible en: <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/>