

Facultad de Derecho
Universidad de Chile
Departamento de
Derecho Económico

MEMORIA DE TITULACIÓN: EL DERECHO DE LA PUBLICIDAD

Alumno: Héctor Rubén Estay Ramírez.
Profesor Guía: José Tomás Hurtado Contreras
Departamento: Derecho Económico

Diciembre de 2001

ÍNDICE

MATERIA.	PÁGINA.
INTRODUCCIÓN.	01.
CAPÍTULO PRIMERO: DERECHO DE LA PUBLICIDAD.	
I.- Definición de la Publicidad.	
I.A.- Hacia un concepto de publicidad.	04.
I.B.- Definiciones basadas en la legislación comparada.	
1.- Definición basada en la Ley General de Publicidad Española.	07.
1.1.- Análisis de la definición de la L.G.P. Española.	08.
1.2.- Críticas a la definición de la L.G.P. Española.	09.
2.- Definición al interior del Código Ecuatoriano de Ética y Autorregulación Publicitaria.	10.
3.- Definición al interior del Código Brasileño de Ética y Autorregulación Publicitaria.	10.
I.C.- Definiciones en nuestro ordenamiento.	
1.- Definiciones en la Ley del Consumidor N° 19.496.	12.
2.- Definiciones al interior del Código de Ética Publicitaria Chileno.	12.
I.D.- Nuestra definición	
1.- Concepto.	14.
2.- Análisis.	14.
I.E.- Distinción entre Publicidad y Propaganda.	15.
I.F.- Distinción entre Publicidad y Réclame.	16.

I.G.- Concepto de Información Básica Comercial	16.
I.H.- Publicidad Institucional.	17.
I.I.- Publicidad Corporativa	17.
II.- Composición del mensaje publicitario desde un punto de vista jurídico.	17.
II.A.- El Mensaje Publicitario.	18.
1.- El Mensaje Básico Comercial.	18.
2.- La forma creativa.	19.
II.B.- Los sujetos intervinientes en la actividad publicitaria.	20.
II.C.- Objetivos de la Publicidad.	20.
II.D.- Críticas a la Publicidad.	22.
II.E.- El control de la actividad publicitaria.	23.
1.- Clasificación de los controles de la actividad publicitaria.	24.
2.- Problemas para los cuales se han ideado los controles.	25.
3.- Ventajas de la autorregulación.	27.
II.F.- Clasificación de la Publicidad.	28.
III.- Principios orientadores de la actividad publicitaria.	29.
III.A.- El principio de licitud o legalidad.	29.
1.- Ofenda las instituciones fundamentales de la nación.	29.
2.- Lesione los derechos de la personalidad.	30.
3.- Aquella que atente contra el buen gusto y el decoro social.	30.
4.- Aquella que atente contra la moral y las buenas costumbres.	31.
5.- Aquella que transgreda las leyes.	31.

III.B.- Principio de la Veracidad.	32.
III.C.- Principio de la Autenticidad.	34.
III.D.- Principio de la Competencia leal.	34.
III.E.- Principio de la Solidaridad.	35.
III.F.- Principio de no aludir a través de la publicidad a los sentimientos básicos de las personas.	36.
III.G.- La publicidad ante el principio de la buena fe.	
1.- Importancia de este principio.	36.
2.- Elementos sobre los cuales recae la buena fe.	37.
IV.- Los contratos publicitarios.	
IV.A.- Principios orientadores de los contratos publicitarios.	
1.- Derecho del anunciante de controlar la campaña de publicidad.	38.
2.- Responsabilidad frente a terceros por la publicidad ilícita.	38.
3.- Cláusula de garantía de los resultados comerciales o rendimiento económico de la publicidad.	38.
IV.B.- Formas de Contratos Publicitarios.	
1.- El Contrato de Publicidad.	
1.1.- Definición.	39.
1.2.- Naturaleza jurídica de este contrato.	39.
1.3.- Características de este contrato.	40.
1.4.- Objeto del contrato.	41.
1.5.- Sujetos que intervienen en el contrato publicitario.	41.
2.- El contrato de difusión publicitaria.	
2.1.- Definición.	43.

2.2.- Características.	44.
3.- Contrato de Creación Publicitaria.	
3.1.- Definición.	44.
3.2.- Características .	45.
3.3.- Sujetos intervinientes.	45.
3.4.- Objeto del contrato.	45.
3.5.- Problema de la propiedad de la obra o idea creada.	46.
NOTAS.	46.
CAPÍTULO SEGUNDO: LA PUBLICIDAD ILÍCITA	
I.- Precisión frente al término Publicidad ilícita.	50.
II.- Formas de mensaje publicitario engañoso.	52.
II.A.- Publicidad o mensaje publicitario engañoso.	52.
1.- Elementos para considerar la existencia probable de una publicidad engañosa.	54.
2.- Elementos de la Publicidad engañosa según la doctrina italiana.	55.
3.- Otros alcances del mensaje publicitario engañoso.	55.
4.- Vicios del consentimiento en relación a la publicidad engañosa.	
4.1.- Engaños y buena fe.	55.
4.2.- Casos más comunes de relaciones entre los vicios al consentimiento y la publicidad engañosa.	57.
5.- Quien debe ser imputado por el engaño producido en la publicidad engañosa.	59.
II.B.- Publicidad desleal	
1.- Introducción.	60.

2.- Concurrencia desleal y clientela.	61.
3.- Requisitos o elementos de la concurrencia desleal.	62.
4.- Tipos de competencia desleal.	62.
4.1.- Clasificación según la Ley Española.	62.
4.2.- Clasificación según la doctrina española.	63.
5.- Relación entre publicidad y competencia.	64.
6.- Clases de Publicidad desleal.	64.
6.1.- Publicidad denigrante.	65.
6.2.- Publicidad comparativa.	68.
6.3.- Publicidad que genéricamente resulta ser contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.	69.
6.4.- Publicidad imitativa.	70.
7.- Casos especiales de publicidad desleal	
7.1.- Concurrencia y publicidad desleal por liquidaciones y rebajas de precio.	70.
7.2.- Concurrencia desleal por imitación o infracciones con marcas de fábrica y patentes.	71.
7.3.- Caso en que se indica tener el carácter de ex empleado.	72.
8.- Problemas finales en torno a la publicidad desleal.	73.
II.C.- Publicidad subliminal	
1.- Introducción.	73.
2.- Problemas previos.	74.
3.-Definición.	75.
4.- Principios en contra de los cuales actúa la Publicidad subliminal.	76.

5.- Elementos en los que se basa la Publicidad subliminal.	77.
6.- Peligros y críticas a esta forma de publicidad.	78.
II.D.- Publicidad que afecta en forma específica al ordenamiento jurídico.	78.
II.E.- Otros casos de Publicidad ilícita.	
1.- La publicidad contraria a la moral o las buenas costumbres.	79.
2.- Publicidad obscena.	80.
3.- Publicidad contraria a instituciones respetables.	81.
NOTAS.	81.
CAPÍTULO TERCERO: LEGISLACIÓN SOBRE LA PUBLICIDAD.-	
I.- Consideraciones previas.	85.
II.- Somero análisis de la Ley General de Publicidad N° 34 de 1998 Española	
II.A.- Definición y ámbito de la Publicidad para esta ley.	85.
II.B.- Sujetos intervinientes.	86.
II.C.- Formas de publicidad ilícita.	88.
II.D.- El contrato publicitario.	91.
III.- Ley del Consumidor N° 19.496	
III.A.- Campo de la ley en relación a la publicidad.	92.
III.B.- Definición de la Publicidad.	92.
III.C.- Información básica comercial.	92.
III.D.- Sujetos de la Publicidad para esta ley.	92.
III. E.- La publicidad ilícita a los ojos de la ley 19.496.	94.
III.F.- Normas procesales particulares de la publicidad ilícita	

engañosa o falsa.	95.
III.G.- Otras normas al interior de la ley 19.496.	96.
IV.- Otras normas jurídicas aplicables a la publicidad	
IV.1.- Artículo 105 del Código de Comercio.	96.
IV.2.- Artículo 1454 y 1466 del Código Civil.	97.
IV.3.- Libro IV, Título XXIV del Código Civil.	97.
IV.4.- Artículo 373, 374 y 495 N°5 del Código Penal.	97.
IV.5.- Artículo 29 de la ley 19.496, en relación al Decreto Supremo 297 de 1992 y al D.S. 26 y 236 de 1989.	99.
IV.6.- Ley 18.838 sobre consejo nacional de Televisión..	99.
IV.7.- Ley 18.700 Orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios.	99.
IV.8.- Decreto N°511, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973.	99.
IV.9.- Título II de la Ley 19.039 de 1991 “Establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial”.	101.
IV.10.-Decreto Supremo 177 de 1991 que aprueba el reglamento de la ley 19.039.	101.
IV.11.- Artículo 65 de la Ley de Mercado de Valores 18.045.	101.
IV.12.- Artículo 2° de la Ley 19.419, “que regula actividades que indica, relacionadas con el tabaco”.	102.
IV.13.- Acuerdo sobre prevención, control, fiscalización y represión del uso indebido y tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sus precursores y productos químicos específicos, celebrados entre otras, por las Repúblicas de Chile y	

El Salvador (1993); Argentina (1994); Venezuela (1994); Oriental del Uruguay (1994); Jamaica (1994) y Costa Rica (1996).	102.
V.- El Código Chileno de Ética publicitaria y CONAR.	
V.A.- El Código Chileno de Ética Publicitaria.	102.
1.- Análisis y alcance del Código.	
1.1.- Normas de interpretación.	102.
1.2.- Análisis del Código.	103.
2.- Procedimiento ante el CONAR.	108.
3.- El Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria Chileno (CONAR).	111.
3.1.- Orígenes y naturaleza.	111.
3.2.- Objetivos del CONAR.	112.
3.3.- Financiamiento del CONAR.	112.
VI.- Jurisprudencia escogida sobre Publicidad.	112.
VI.A.- Causa Rol 414-99.	112.
VI.B.- Causa Rol 450-2000 .	117.
NOTAS.	124.
CONCLUSIONES.	127.
BIBLIOGRAFÍA.	131.
ÍNDICE	

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas que mayor preponderancia tiene en estos tiempos de la libertad económica y globalización es la Publicidad. Sin embargo, el desarrollo y preponderancia de esta, no ha podido recepcionarse con la misma celeridad por nuestro ordenamiento jurídico, el cual aún mantiene la casi totalidad de esta problemática en manos de la buena voluntad de los privados, quienes se han encargado de desarrollar los elementos de esta materia, estableciendo definiciones, principios y clasificación; estableciendo y vigilando el acatamiento de las normas éticas que rigen la actividad, y sancionando los comunes excesos que surgen al respecto.

A través de este trabajo, se pretende llenar un vacío existente tanto en la doctrina como en el mundo del ordenamiento positivo, entregando un conjunto de bases y elementos que permitirán entender de forma más adecuada el mundo de la Publicidad; otorgando a los sujetos partícipes en ella y los entes éticos o jurídicos llamados a decidir las controversias que pudieran surgir, marcos y conceptos para comprender la naturaleza de esta materia; señalando márgenes para saber cuando esta actividad se desarrolla dentro del marco legal y cuando escapa a ello.

Por último de este trabajo, se pueden extraer ciertos elementos y principios, para el caso en que la autoridad decida algún día, legislar sobre esta importante materia.

El conjunto de temas tratados al interior de este trabajo, se ordenan de la siguiente forma:

En la primera parte del capítulo I, se desarrollará el concepto de Publicidad. Se presentarán las dos áreas en que esta opera: *La Publicidad comercial y la propaganda o publicidad no comercial*. Con posterioridad,

se diferenciará la Publicidad en general de diversos conceptos que a ella se relacionan (v.g. información básica comercial, réclame, propaganda, publicidad institucional, etc.).

En la segunda parte de este capítulo, se efectuará un análisis desde un punto de vista jurídico de la Publicidad. Este punto se encuentra muy relacionado a su vez, con el tratamiento en el capítulo II de la llamada Publicidad Ilícita. Con posterioridad al análisis jurídico de la publicidad, se abordarán las críticas que diversos grupos efectúan a esta temática. Se finaliza esta parte con el análisis de los objetivos, el control de la actividad publicitaria y las propuestas para clasificar la publicidad.

En la tercera parte de este capítulo, se abordará el tratamiento de los principios que rigen la actividad publicitaria, los cuales permiten entender de forma clara y armónica las disposiciones legales o éticas que existen del tema. Estos principios, ordenan y son la base de estos cuerpo normativos. Especial relevancia ha de entregarse al desarrollo del principio de la buena fe, que como se apreciará, podrá analizarse en extenso en el futuro por quienes se interesen en el estudio de la publicidad.

Se finaliza este capítulo primero, con un somero tratamiento de los diversos contratos publicitarios. Al respecto, se entregarán breves esbozos sobre las características, objetivos, sujetos intervinientes y normativas mínimas que debería poseer la regulación de estos contratos, que en nuestro derecho poseen el carácter de innominados.

El capítulo II, trata sobre la *Publicidad ilícita*. Quizás sea este el punto medular de nuestro trabajo. Aquí, se desarrolla de manera amplia cada forma de estos ilícitos, estableciendo las definiciones, reglas, características y requisitos de cada uno de ellos. El aporte en esta punto es trascendente, al no existir en nuestro país un tratamiento acabado del tema.

Además por las características, importancia y efectos que posee, creará la necesidad de regular legalmente esta materia, que se encuentra tan abandonada por nuestro ordenamiento.

En el tercer capítulo de este trabajo, se analizarán diversos textos nacionales y foráneos que regulan o tratan el tema publicitario. Especial importancia, posee el estudio del Código de Ética Publicitaria Chileno, donde se describirán y sistematizará someramente las diversas materias que trata. Además se efectúa un detallado análisis del procedimiento ante el CONAR, establecido para la resolución de controversias.

Se terminará este trabajo, con la presentación ilustrativa de dos casos extraídos de la jurisprudencia del CONAR, y la proposición de conclusiones y medidas que se podrían tomar respecto a la posible regulación jurídica de la publicidad en nuestro ordenamiento y los peligros que acarrea hoy día dicha falta de normativa en Chile.

CAPÍTULO PRIMERO: DERECHO DE LA PUBLICIDAD.-

I.- Definición de la Publicidad.-

I.A.- Hacia un concepto de publicidad.-

La *publicidad*, es un término equívoco según la clasificación de conceptos que efectúa Aristóteles. Así, será preciso un breve estudio, antes de establecer fehacientemente lo que este término es para efectos del presente trabajo.

De esta forma, es necesario, en primer lugar, para determinar el alcance, de la *publicidad*, recurrir a lo que señala el Diccionario de La Academia Española de la Lengua. Este señala que la publicidad es el *Conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos*.¹ Esta definición es amplia, pues comprende toda forma de comunicación frente a toda clase de hechos. Lo esencial de la publicidad en un sentido amplio es *divulgar un mensaje o noticia determinada*.

Una definición más apropiada a nuestro estudio, es la entregada por el autor argentino Juan Zavala Rodríguez en su obra *Publicidad Comercial*.² Este plantea que la Publicidad no puede ser definido en un concepto único. Citando en esta obra al francés Lucien Demortain, plantea que la publicidad vendría a ser *todo aquello que se hace público*. Esta definición también es amplia y se asemeja a lo señalado por el diccionario de la Real Academia.

Zavala, indica que *esta vaguedad en el tema, no es adecuada para caracterizar a la publicidad desde un punto de vista comercial*³.

Citando al autor A. Marcellín, indica, que las definiciones sobre la publicidad deben ser reunidas en tres grandes grupos a saber:

1.- Definiciones basadas en la información: La Publicidad sería según esta clase de definiciones *el arte de hacer conocido al público las condiciones de*

un producto. Elemento esencial es la *información* o el *conocimiento* al público de las características de un bien o producto publicitado.

2.- Definiciones basadas en un llamado de atención: Lo esencial para estas, es la *acción de persuasión* al público, que en definitiva se informa sobre el producto ofrecido.

3.- Definiciones basadas en la idea de la difusión o el aumento de las ventas: Se basan en que *sólo hacen alusión a la intención de incorporar un producto al mercado, o buscan aumentar el consumo del mismo por el público.*

El propio Marcellín indica que todas estas definiciones son insuficientes y en el fondo más o menos semejantes. Así, lo adecuado es considerar que la publicidad es *el conjunto de métodos y procedimientos por los cuales, se ejerce una acción premeditada sobre un público definido, con el fin de atraerlo o conservar la clientela.*⁴

Según Zavala, no sería necesario otorgar nuevas definiciones sobre la publicidad. Lo ideal, es buscar el fin de la publicidad y sus características. La nota a toda definición sobre este tema sería *el llamar la atención al público.* A esto hay que unir su fin esencialmente comercial, lo cual se refleja en la realización de un beneficio, lo cual según Zavala (basándose en Henri Bernard), *redundaría a largo plazo siempre en efectuar una venta, sea de un bien o un servicio.*⁵

El venezolano Francisco Hung Vaillant,⁶ plantea que *la publicidad es la comunicación de un mensaje destinado a informar al público sobre la existencia de productos o servicios y a influenciar la conducta de los compradores de tales productos o servicios, divulgado por un medio pagado y emitido con fines comerciales.*⁷ Claramente, se trata de una definición sobre la

publicidad comercial. Esto, por cada uno de los aspectos que en ella se menciona.

Elementos base de esta definición, son los términos *comunicación* y *mensaje*. Ambos, son utilizados en el sentido de *entregar al destinatario una determinada información*.

El objeto, es *dar a conocer productos como bienes o servicios para que los destinatarios adquieran o efectúen contratos sobre ellos*.

Así, la publicidad crea necesidades que no siempre son naturales sobre dichos productos.

El mensaje entregado busca destacar las cualidades o ventajas de los productos ofrecidos, o bien, las deficiencias que poseen los de la competencia.

Requisito básico para éste autor, es *que se pague por realizar esta actividad*. La Publicidad se diferenciaría de otras formas de comunicación, al poseer ésta fines claramente comerciales o económicos. El lucro iría claramente unido a la actividad publicitaria.

En el concepto, se relaciona la publicidad con el problema económico de la concurrencia entre bienes y las necesidades humanas. De esta forma quien posee bienes o servicios, los puede dar a conocer al público para que se efectúen contratos sobre éstos. A su vez, se crean necesidades que normalmente tienen el carácter de artificiales en los consumidores. De esta forma, es la publicidad quien lleva a adquirir dichos productos.

Se puede criticar a esta importante definición, el hecho de que sólo se refiere al concepto de la *publicidad comercial* y no comprende a la *publicidad como concepto general*, la cual, dentro de sus *ramas*, hace desprender por una parte a la *publicidad comercial* y en otra la *propaganda*.

Una última definición de publicidad, es la señalada por el autor José Acosta Estévez. Éste plantea que la publicidad viene a ser *una forma de comunicación encaminada a promover la contratación de todo tipo de bienes, servicios, derechos y obligaciones*.⁸

A pesar de constituir una verdadera conclusión dentro de su obra, se pueden considerar muy vagos los términos de esta definición. Así, ésta debería ser equiparada en nuestro derecho a cualquier forma de oferta o bien lo que la doctrina denomina *tratativas preliminares*.

Esto, pues se refiere a *una forma de comunicación*. El problema es que Acosta no aclara a cual de ellas alude. Sólo señala que es objetivo único de esta, promover la contratación de aquellos productos que en la propia definición enumera. Así, no formaría parte de la contratación misma, sino que es una actividad *encaminada a promover dicha contratación*.

A pesar, que se ha acogido esta definición como una verdadera síntesis en obras como la propia mencionada de Acosta y en la memoria de titulación de Marcela Main Sancha,⁹ se debe considerar la enunciación de este autor como insuficiente, vaga y poco precisa, en razón a los argumentos antes expuestos.

Como se aprecia, dentro de la doctrina analizada, no existe una definición apropiada para entender lo que es la Publicidad. De hecho, algunos importantes autores, incluso dudan de la posibilidad de definir este concepto, por lo cual, es preciso recurrir a cuerpos normativos para encontrar una solución definitiva a este tema.

I.B.- Definiciones en la legislación comparada.-

1.- Definición al interior de la Ley General de Publicidad Española:

Quizás, el mejor referente para el objetivo antes propuesto, es el análisis de la Ley General de Publicidad Española (L.G.P.) Número 34 promulgada en el año 1988.

En este cuerpo legal se define publicidad como *toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.*¹⁰

1.1.- Análisis de la definición de la LGP Española:

En el análisis de este concepto encontramos los siguientes elementos:

1.1.1.- *Toda forma de comunicación:* Frase adecuada que envuelve al conjunto de noticias o mensajes enviados, entregados o comunicados a un receptor.

Al hablar de *Toda forma*, se incorporan las más variadas maneras de publicitar un producto (imágenes, sonidos, texturas, aromas, etc.), o soportes a través de los cuales hacerlo (radio, periódicos, TV, internet, correo ordinario, letreros, música, etc.). Esto evita que la definición quede rápidamente en desuso.

1.1.2.-*Realizada por una persona física o jurídica, pública o privada:* Esta frase de la definición, es omnicomprendensiva frente a la posibilidad de involucrar una innumerable cantidad de sujetos activos que son quienes en definitiva comunican, a través de este mensaje un producto al receptor.

En definitiva lo que se quiere señalar con esta frase es determinar quien es el anunciante para esta ley.

1.1.3.- *En el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional:* Se refiere al campo en el que se lleva a cabo la publicidad. Este,

resulta ser quizás el aspecto en el cual la definición, cae en el mismo defecto que las definiciones antes señaladas. Así, sólo alude a la publicidad que se efectúa con el objeto de fomentar una de las actividades que taxativamente aquí se señalan.

Así, la L.G.P. a pesar de que indica ser *general*, sólo rige la publicidad comercial, dejando fuera de su normativa las demás formas de publicidad.¹¹

1.1.4.- *Con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones:* Esta frase complementa la antes analizada. Así, se limita la aplicación de la publicidad sólo a los casos antes señalados. No se comprenden las actividades que por ejemplo lleva a cabo un organismo público o bien las campañas de educación o que para una buena convivencia social efectúan o pudiesen efectuar organismos privados con o sin fines de lucro. De esta forma, la publicidad regulada por este cuerpo normativo, se restringe a un campo netamente *comercial*, siempre y cuando se enmarque con las actividades aquí señaladas.

En definitiva esta frase, representa el *objeto* de la publicidad para la L.G.P.

1.2.- Críticas a la definición de la LGP Española:

Si bien la definición señalada por la L.G.P. se inicia con una frase amplia, con el correr de la misma, se va acotando su campo de acción.

Esta definición, es omnicomprendensiva de los diversos aspectos a los que atiende prioritariamente la publicidad comercial. Sin embargo, no atiende a las otras facetas de esta disciplina. Así, no se refiere a la propaganda ni a la publicidad institucional.

De hecho, al analizar las normas sobre contratos publicitarios, la LGP, da a entender que existe una parte de la publicidad que no ha quedado comprendida en la definición que prescribe el artículo 1°. Además, se desprende que tal definición sólo comprende los capítulos I y II de esta ley, quedando sin regulación la otra forma de publicidad.¹²

2.- Definición al interior del Código Ecuatoriano de Ética y auto-regulación publicitaria.-

Dicho cuerpo normativo, no señala una definición de publicidad, pero se refiere a los *anuncios*. En su artículo 7 letra a), señala que *este término se aplicará en su sentido nato, abarcando cualquier forma de publicidad, sea cual fuere el medio de comunicación utilizado. Para este código, los empaques, etiquetas, folletos y material de punto de vista (afiches, habladores, etc.), son también formas de publicidad.*

A pesar de la amplitud que se puede otorgar en atención a su tenor literal, hay que restringir el alcance de esta definición al campo netamente comercial. Ello se debe a que el espíritu de este Código, se refiere al campo comercial. Así, el artículo 2 dentro de las normas del marco filosófico del Código, se refiere a que los anuncios, deben *operar respetando los principios de la libre y leal competencia*; el artículo 3 y 7 letra b), se refieren al *consumidor, que es toda persona que se puede ver alcanzada por el anuncio*. Además, hace alusión a la responsabilidad que frente a él existe por parte del anunciante y la agencia frente a los anuncios presentados.

El mismo criterio, existe respecto a sus demás normas, que sólo regulan el actuar frente a anuncios con carácter netamente comercial.¹³

3.- Definición al interior del Código Brasileño de Auto-regulación Publicitaria.-

Este cuerpo normativo, posee un espíritu similar al Código Ecuatoriano.¹⁴

En su artículo 18, este cuerpo, define los anuncios, señalando que dicho concepto se aplica en un sentido amplio. *Comprende todo tipo de publicidad, cualquiera sea su forma de difusión, esto es, cuando se paga por espacio o tiempo.* Dicha definición en un principio aparece como amplia, pero debe ser confrontada con lo prescrito en el artículo 8° de este Código, que señala como objetivo principal de este Código *el reglamentar las normas éticas aplicables a la publicidad comercial, entendida como toda actividad destinada a estimular el consumo de bienes y servicios o la promoción de instituciones o ideas.*

La definición de publicidad, además se complementa en el artículo 10, que establece que no se regulan por este Código las actividades de relaciones públicas o publicidad no comercial. El artículo 11, excluye además de esta regulación a la propaganda política. Sin embargo, comprende las actividades publicitarias del Estado como ente privado. También regula la publicidad de instituciones que no poseen fines de lucro.

De lo anterior, se concluye que pese a no establecerse expresamente, este Código reconoce la existencia de la publicidad en forma amplia, dentro de la cual se regula especialmente una de sus facetas como es la de carácter comercial. Reconoce otra faceta que no constituye publicidad comercial, también regulada por este Código, que es la efectuada sin fines de lucro por el Estado o instituciones privadas. Por último dentro de la publicidad no comercial, no se regula por este Código, aquella de carácter político ni la publicidad de relaciones públicas o de carácter meramente institucional que efectúa el Estado.

I.C.-Definiciones en nuestro ordenamiento.-

1.- Definición en la ley del consumidor N° 19.496.-

La legislación chilena no ha realizado un estudio acabado sobre el *derecho de la publicidad* y los elementos que con él se relacionan.

A pesar de la importancia que posee la publicidad en el mundo moderno, el tratamiento más acabado que existe en Chile sobre la materia, se encuentra dentro de la Ley del Consumidor N° 19.496.

Esta norma, señala que la *Publicidad es aquella comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio.*¹⁵

Elemento básico de esta definición es la *comunicación*, que se entiende como *cualquier medio de informar, motivar, adquirir y contratar respecto del público.*

Acertado por el legislador fue señalar que la *comunicación se puede realizar por cualquier medio al efecto.* Esto, pues amplía el marco en el que rige la norma, frente a la aparición de nuevos medios de difusión de la publicidad.

El objeto de la publicidad según esta ley es *informar y motivar al destinatario para adquirir bienes o servicios determinados.* Esta frase de la definición, acota su alcance sólo al contexto de esta ley, esto es, sólo a la relación proveedor-consumidor. Al igual que la L.G.P. española, no comprende las demás orientaciones de la publicidad.

2.-Definición al interior del Código de Ética Publicitaria Chileno.-

El Código de Ética Publicitaria que será analizado en el capítulo tercero de este trabajo, no define el concepto de publicidad. De hecho el término más

cercano al de publicidad o que pudiera ser interpretado como tal es el de *aviso*.¹⁶

El *AVISO* se define según este Código como *una comunicación, por lo general pagada, dirigida al público o a un segmento del mismo, cuyo objetivo es informar a aquellos a quienes se dirige, por cualquier vehículo o canal, incluidos envases y etiquetas, con el propósito de influir en sus opiniones o conducta*¹⁷.

Este concepto es cercano al de publicidad en general.

La definición es amplia y precisa al hablar de *comunicación* (elemento común a toda definición), *destinatarios* (el público o una parte de ellos), *medio utilizado* (habla sobre cualquier medio, incluso etiquetas y envases) y el objeto de estos avisos (influir en las opiniones o conducta del público).

Al recurrir a la segunda definición de las reglas de interpretación, este Código cae en el mismo defecto que las definiciones antes señaladas, pues pone énfasis en que dicha publicidad será por lo general pagada o comercial, creando la duda si se comprende la propaganda, pues al hablar de *producto*, pone énfasis en que él es el objeto de la publicidad, el cual, independiente de su naturaleza, tendrá un carácter fundamental: ser promovido para fines comerciales.

A pesar de las dudas que se originen respecto del tratamiento de la publicidad para nuestro Código (que nosotros estimamos se regula en un sentido general y no sólo de la publicidad comercial), esta definición, nos permite aclarar el concepto de Publicidad, pues demuestra sin lugar a dudas la existencia de una faz en él que lo integra, pero que no la comprende en su totalidad, esto es, el *Aviso*; el cual, nosotros denominaremos *Publicidad*

comercial; y otra faz, que nosotros llamaremos *propaganda*, la cual se refiere en general a la publicidad no comercial.

I.D.- Nuestra definición.-

1.- Concepto: Es preciso a la hora de construir la definición de un concepto, incorporar los elementos que acertadamente ayuden a construirlo. Tomando los elementos que señalan otros autores, los que prescriben normas jurídicas o éticas; y complementado por nuestra visión del tema, podemos definir la *publicidad* en un sentido amplio como *toda forma de comunicación efectuada a través de todo medio que revista dicho carácter, que tiene por objeto persuadir al destinatario de comportarse en conformidad al mensaje enviado.*

Con esta definición, se comprende el verdadero sentido que posee la publicidad.

2.- Análisis: Al analizar esta definición, surge como elemento central la *comunicación, que es* la entrega del mensaje a un destinatario. Esto independiente de la naturaleza del receptor.

Con la frase *A través de un medio que revista dicho carácter*, se comprende cualquier medio de difusión que exista o pueda existir a futuro.

Al señalar *Tiene por objeto persuadir al destinatario*, se da a entender que el mensaje no es una orden, sino una de las opciones frente a las demás que se pudieran ofrecer por ejemplo en el mercado, la cual se caracteriza por aparecer como la mejor según la opinión del anunciante.¹⁸

Por último, con la frase *A través de la forma inculcada mediante dicho mensaje publicitario*; se da a entender que la publicidad busca que el destinatario asimile el mensaje, condicionándolo a comportarse o adquirir el bien o servicio ofrecido.

Importante es dejar abierto lo que se relaciona con el término *Mensaje publicitario*, pues así, la definición se amplía tanto a cuestiones comerciales como a aquellas que no poseen dicho carácter.

I.E.- Distinción entre publicidad y propaganda.-

El autor Zavala, considera la distinción entre publicidad y propaganda. Ambas son formas mediante las cuales se intenta llamar la atención del público. Así, las dos son formas de publicidad.

Sin embargo estas se distinguen por los fines diversos que persiguen:

La publicidad busca siempre un fin comercial, lo cual no persigue la propaganda. Así, esta opera en el campo político, religioso, social, etc.

Marcellín indica que esta última sería una forma superior de publicidad, aplicada a fines eminentemente sociales, no comerciales.

La publicidad comercial sería una forma de publicidad privada y la propaganda una de carácter público o basada en los intereses generales de la población. Zavala indica que en Argentina, se utiliza en forma indistinta ambos términos. De hecho, este autor cita al argentino Humberto Scialpi, quien sostiene que la propaganda debe ser utilizada en el campo privado y la publicidad en el público.¹⁹

En el marco de esta misma discusión, en Alemania durante el año 1937, se dictó un decreto que intentó delimitar el concepto de ambos vocablos, señalando que *sólo previa autorización administrativa se podría emplear el término Propaganda, reservándolo sólo para actividades de carácter político*. En cambio, se estableció que el término *publicidad puede ser utilizado sin restricciones en el resto de las materias*.²⁰

Conforme al concepto ofrecido en este trabajo sobre *Publicidad*, se considera a este como comprensivo tanto del aspecto comercial, ideológico o

educativo. Tanto la *publicidad comercial* (o *aviso* según los Códigos de Ética analizados) y la *propaganda*, forman parte del concepto general de *publicidad*. La distinción entre ambos, la da el objeto diverso que persiguen: El plano netamente comercial (publicidad comercial) o el campo moral, religioso, político, social, educativo, etc.²¹(propaganda).²²

I.F.- Distinción entre publicidad y réclame.-

Frecuentemente se confunde ambos términos.

Las doctrinas de Alemania y Bélgica han asimilado ambos términos. Sin embargo en Francia, el término *réclame* se limita para señalar la publicidad cuyo mensaje sea deshonesto, exagerado o peyorativo.

En Iberoamérica, el término *réclame*, se relaciona con una de las formas con que se materializa la publicidad en medios de comunicación (vg. radio, cine, televisión, periódicos, etc.).²³ Se le conoce popularmente con el nombre de *comerciales*, y son los que normalmente vienen junto a la programación habitual de dichos medios. Sin embargo no se utiliza como sinónimo de publicidad en general.

Según Zavala *réclame* debe ser castellanizado como *reclamo*.²⁴

I.G.- Concepto de información básica comercial.-

Este concepto surge en Chile al interior de la Ley 19.046 del Consumidor.

Se define como *aquella información entregada por parte del proveedor en forma obligatoria en cumplimiento de una norma jurídica pero sólo respecto de determinados productos*.

No se le puede confundir con el concepto de publicidad, pues la información básica comercial surge en virtud de la obligación que impone una norma jurídica respecto a ciertos bienes o servicios. En este caso, la

información no tiene como objetivo inmediato promover la contratación, ni resaltar las cualidades de un bien o servicio, sino, sólo poner en conocimiento del público consumidor, las características técnicas o precauciones que debe existir respecto de ciertos bienes o servicios.^{25 26}

I.H.- Publicidad Institucional.-

Es aquella forma de publicidad realizada por el conjunto de la administración pública y que tiene por objeto destacar la gestión, imagen, características, etc. de los órganos públicos.

La administración pública se beneficia del clima de confianza y de la buena imagen que la publicidad crea con carácter único en todos los medios de comunicación.

Lo esencial de esta forma de publicidad es la creación de una imagen, propiciar un clima de simpatía y confianza. Dicha situación de bienestar favorece tanto a la administración de turno, como al conjunto del país al redundar en una mejor confianza en el país, lo cual permite un adecuado desarrollo económico.

Esta forma de publicidad, se enmarca dentro de la propaganda.

En Francia es llamada *Publicidad de Estado*.²⁷

I.I.- Publicidad Corporativa.-

Es aquella que no tiene por objeto promover la contratación, sino crear o mantener una buena imagen ante el público de una marca, producto, institución pública o privada, etc.²⁸

II.- Composición del mensaje publicitario desde un punto de vista jurídico.-

En la definición general de publicidad, que comprende la publicidad comercial y la propaganda, surgen desde un punto de vista jurídico los siguientes elementos:

II.A.- El Mensaje publicitario.-

Este elemento se refiere al *contenido de la comunicación. Es lo que en definitiva se comunica, o entrega.*²⁹

Este *mensaje publicitario*, se identifica con el *objeto* de la comunicación publicitaria.

Sobre este concepto, surgen a su vez dos elementos: La *faz material* (el *mensaje básico comercial*), el cual se refiere al *contenido de la comunicación publicitaria* y la *faz formal* (la *forma creativa*), referida a la *expresión creativa básica y su adaptación a cada uno de los medios publicitarios utilizados*.

El mensaje publicitario, en definitiva es *el contenido esencial del proceso comunicativo publicitario.*³⁰

Sobre este *mensaje publicitario* se provoca por lo general la ilicitud. Al hablar de *publicidad ilícita*, existe un error conceptual, pues se alude a la ilicitud de la totalidad de la publicidad, lo cual sólo se verifica en los casos en que se atenta contra la dignidad de las personas o al vulnerar los derechos, libertades o valores que reconoce un texto constitucional. En dichos casos, se afecta la totalidad de los elementos que intervienen en el proceso publicitario, por ejemplo el contrato, los sujetos intervinientes, los medios, el mensaje publicitario, etc. Por el contrario el *mensaje publicitario ilícito* afecta únicamente a la faz material o formal de la comunicación.³¹

A continuación analizaremos cada faz o elementos del mensaje publicitario:

1.- El Mensaje Básico Comercial.- Es lo que denominamos la *faz material* del mensaje publicitario. Se refiere a *lo que se dice, lo que se*

comunica publicitariamente hablando. Es la abstracción realizada a través de imágenes, palabras, sonidos, etc.³²

2.- La Forma Creativa.- Corresponde a la llamada *faz formal*. Es el *cómo* de esta comunicación. Se relaciona con el medio empleado y la forma en que se realiza dicha comunicación a través del medio previamente escogido.³³

Para aclarar los elementos antes expuestos, presentaremos el siguiente ejemplo: Se puede acordar por un anunciante efectuar la publicidad de una cerveza a través del siguiente esquema:

a.- La existencia de un paisaje paradisíaco en cuanto a su geografía;

b.- Concurrencia de un grupo de modelos mujeres en trajes de baño sensuales y un grupo menor de modelos hombres que aparecen bebiendo dicha bebida alcohólica.

De esta forma encontramos como *mensaje básico publicitario* en esta publicidad ficticia la comunicación dirigida básicamente a hombres a los cuales se les da a entender que bebiendo dicha cerveza, podrían llegar a estar rodeados de féminas como las que aparecen en la fotografía. Además el paisaje da a entender en un segundo plano que es la bebida ideal para aliviar el calor y la sed.

También podría considerarse indirectamente como *mensaje básico publicitario* aquel dirigido a las mujeres, en que se les da a entender que bebiendo dicha cerveza van a ser tan deseadas y tan sensuales como las féminas de la fotografía.

c.- La determinación de una o más revistas que se orientan al público adulto joven que es contratado con el objeto de difundir dicho aviso a través de la inserción de una fotografía a página completa en color, sin leyenda alguna, sólo destacando la existencia de las modelos en sus trajes de baño y

especialmente al envase de cerveza que interesa promocionar en manos de los modelos hombres.

Este último aspecto, constituye el *cómo* se difunde dicha publicidad. Por tanto, es lo que hemos denominado *forma creativa* en nuestra clasificación.

II.B.- Los sujetos intervinientes en la actividad publicitaria.-

Al interior del proceso publicitario intervienen una serie de sujetos propios de esta disciplina.

Entre estos, destacan: El anunciante; la agencia de publicidad; el público consumidor o destinatario; el medio de difusión o de comunicación.

Para una mejor comprensión, analizaremos a estos sujetos al interior del *Contrato Publicitario*.³⁴

II.C.- Objetivos de la publicidad.-³⁵

Son señalados comúnmente como objetivos de la publicidad:

1.- Ofrecer al público información sobre la existencia y ubicación de bienes y servicios; y

2.- Estimular la contratación influenciando a los consumidores en el sentido de que estos adquieran los bienes o servicios promovidos mediante la publicidad.³⁶

Otros autores agregan:

3.- Servir de medio de financiamiento a las empresas dedicadas profesionalmente a la información. Es decir, es la principal fuente de ingreso de los medios de comunicación;

4.- Simplificar el obrar de los intermediarios en el mundo del comercio;

5.- Incrementar la producción y regularización de la distribución de bienes. Esto, pues estimula la contratación en masa, con lo cual se incrementa

la producción, formación de nuevos mercados, se regulariza la distribución de bienes y se mejora la calidad de los productos y servicios; y

6.- Obtención de costos óptimos y ocupación permanente. Esto, al incrementar la demanda de bienes en forma continua.³⁷

Según Hung Vaillant, los cuatro últimos objetivos, son de carácter mediato. Por tanto, serían consecuencias y no objetivos de la publicidad.³⁸

Por último, se señala minoritariamente como finalidades de la publicidad:³⁹

7.- Agregar un nuevo valor al producto: Esto se refiere al valor subjetivo que la publicidad agrega sobre ciertos bienes respecto de algunos consumidores; pues generalmente opera en ciertos círculos sociales (jóvenes, empresarios, niños, etc.), los cuales otorgan ciertos simbolismos a dichos bienes y/o servicios, por la apariencia del bien, marca, o casa comercial que lo produce o vende. Esto, independiente de la calidad que objetivamente dicho producto ofrezca,⁴⁰

8.- Control social: James W. Carey, plantea que en la actualidad, la publicidad tiene una influencia sobre el obrar de la masa, comparable a lo que en su tiempo pudo ser la iglesia.⁴¹

Así, la publicidad sería agencia de control social, que actúa facilitando las normas de comportamiento apropiadas a las condiciones económico social normales de un determinado lugar, con lo que se adecuaría el consumo a la producción.

Irving S. White, por su parte agrega que *la función de la publicidad es contribuir a organizar y modificar los procesos perceptibles básicos del consumidor, de forma que le conduzca a ver y sentir un producto de un modo dado y previsible;*⁴²

9.- Exaltación del consumo: La publicidad, lleva a los consumidores a adquirir más bienes o servicios de los que realmente necesitan frente a las necesidades que tienen.⁴³

Estos últimos seis casos, más bien, son consecuencias y no objetivos de la publicidad.

De los objetivos señalados, se da en general a la publicidad una importancia en cuanto a servir de medio de difusión y conscientización de los receptores del mensaje, para que estos adquieran o actúen conforme al mensaje publicitado, con lo cual, a su vez, se da un impulso a la actividad económica, o a la imagen de una persona u organismo.⁴⁴

II.D- Críticas a la Publicidad.-

Expondremos sólo algunas de las críticas efectuadas por grupos tan disímiles como religiosos, políticos, ecologistas, moralistas, consumidores, antiglobalización, etc.

Las críticas a la publicidad son:

- 1.-** Elevar los costos de los productos;⁴⁵
- 2.-** Corromper los deseos naturales de las personas y especular sobre las emociones de la población y en especial de los consumidores.
- 3.-** Facilitar la errónea información respecto de los bienes que requieren las personas, creando a su vez falsas necesidades⁴⁶ :
- 4.-** Controlar los medios de comunicación (prensa, radio y TV);
- 5.-** Incentivar el individualismo humano;
- 6.-** Promover en ocasiones el daño al medio ambiente, a través, del consumo de ciertos bienes, o bien omitiendo los posibles daños que los productos anunciados ocasionan al entorno; o destacando los valores medioambientales bajo un interés meramente económico para captar mayores

ingresos, mediante productos que argumentan ser más ecológicos pero más caros, o simplemente, llamando a cuidar el entorno a través de sus productos, aún cuando, estos no representan ningún beneficio al mismo.;

7.- Posibilitar que sólo los grandes conglomerados económicos tengan una adecuada recepción por parte de los consumidores, haciendo desaparecer al mediano o largo plazo a los pequeños y medianos competidores.⁴⁷

8.- Servir sólo de motor para la difusión del actual sistema económico de libre mercado, acallando a quienes se oponen a él.

9.- Servir de medio para la eternización en los cargos públicos de los funcionarios partícipes de un determinado grupo o sistema político social o económico.

Estas críticas, no se deben dirigir a la cuestión publicitaria en sí, sino, al *mensaje publicitario erróneo* que las agencias publicitarias crean y promueven a instancias y bajo órdenes o complacencia de los anunciantes.

II.E- El control de la actividad publicitaria.-

En este punto, analizaremos las diversas vertientes que puede adoptar un ordenamiento, al establecer el ente encargado de vigilar las normativas que regulan la actividad publicitaria.

Este control puede efectuarse en un principio por un órgano estatal, o por entes privados.⁴⁸

Cuando el control lo efectúa el Estado, el interés ideal es el *bien común*. Sin embargo, erróneamente, se podría encubrir el intervencionismo estatal para limitar el campo de acción de los principales medios de comunicación de masa, o bien, lograr en ciertas circunstancias anómalas, a través, de los sujetos que forman parte del ente estatal, rentas usufructuando la actividad publicitaria.

Se debe señalar que no es el Estado el que posee dichas malas intenciones al controlar, sino, que son los sujetos que forman parte de él quienes maliciosamente las pueden buscar.⁴⁹

Cuando el control lo efectúan entes privados, estos, lo hacen animados por un deseo de servir a la comunidad y mantener una convivencia armoniosa.⁵⁰ Otras veces, sin embargo, surge por el temor a un excesivo intervencionismo estatal.

Ahora, también es posible que en forma errónea, quienes forman parte de dichos entes privados, puedan efectuar dichos controles, tan sólo con el objetivo de cuidar sus intereses en el mercado o la sociedad⁵¹.

1.- Clasificación de los controles de la actividad publicitaria.-

Watson ha clasificado los controles de la actividad publicitaria de la siguiente forma:⁵²

1.1.- *Con relación a la forma de incidencia de la norma sobre la actividad publicitaria.*

Dentro de este grupo se distingue:

1.1.1.- Controles directos: Referidos tanto a las normas legales como aquellas de carácter ético que regulan en forma inmediata la actividad publicitaria, atendiendo a todos, o algunos de los problemas que su realización plantea.

Forman parte de estos controles:

a.- La regulación establecida en forma de ley por el estado o sus órganos competentes; y

b.- Las normas de contenido ético que adoptan organismos profesionales, a través, de Códigos de Ética y Tribunales de Honor.

1.1.2.- Controles Indirectos: Estos, constituyen formas sutiles de control no reguladas expresamente por normas de tipo legal o ético, que deja en libertad de acción a la publicidad.

La idea, es tratar de contrarrestar sus posibles efectos negativos por diversos medios. Podemos citar entre éstos, el castigo que los propios consumidores de forma desorganizada, pueden otorgar a aquel anunciante que actúa de forma ilícita.

1.2.- En relación al órgano que dicta las normas de control se habla de:

1.2.1.- Controles Externos: A éste grupo, pertenecen los establecidos por entes públicos competentes, tales como los administrativos, o aquellos, que han adoptado los organismos profesionales.⁵³

1.2.2.- Controles Internos: En este grupo, se incluyen las diversas formas de autocontrol de publicidad, asociaciones de medios de publicidad, grupos de publicistas, etc.⁵⁴

2.- Problemas para los cuales se han ideado los controles.-⁵⁵

Según Watson, los diversos problemas por los que se han creado estos controles son:

2.1.- El contenido del anuncio: Las cuestiones fundamentales a discutir son:

2.1.1.- Su veracidad.

2.1.2.- Su posible obscenidad y mal gusto: Ambos conceptos, son demasiado relativos y de difícil determinación. Por tanto, es mejor establecer la existencia de normas generales, a fin de que en atención a las costumbres y principios éticos reconocidos por la comunidad, en un tiempo dado y con relación a casos concretos, se fijen los límites de corrección del anuncio publicitario.

2.1.3.- *La regulación en la promoción de ventas, mediante procedimientos que impliquen azar.*⁵⁶

2.1.4.- *Protección del derecho a la intimidad:* Este problema, se plantea en los siguientes aspectos:

a.- Cuando se utilizan testificaciones, o se cite el nombre de personas de la vida real; y

b.- Cuando se utiliza en los anuncios imágenes de personas.

En ambos casos, se provoca perjuicio no sólo cuando lo publicitado es afrentoso, sino, también en casos en que pueda resultar lisonjero o beneficioso.

2.1.5.- *La protección del derecho sobre las creaciones publicitarias.*⁵⁷

2.1.6.- *La protección de los derechos de Propiedad Industrial.*⁵⁸

2.2.- *El tipo del producto anunciado.* Esto, en relación de los productos que se regulan por normas especiales.⁵⁹

2.3.- *Volumen de la publicidad:* Referido al abuso en que pueden incurrir los anunciantes, respecto al número de veces en que emiten la publicidad. Esto, referido tanto a la repetición en medios dinámicos (como sería en la radiodifusión, televisión, internet u otros semejantes); o la sobre exposición en aquellos casos que se refieran a publicidad más bien estática (como sería los afiches, pancartas, inserción en medios escritos como diarios o revistas, carteles, etc.).

2.4.- *Contenido de las etiquetas:* Aún cuando en nuestro derecho, este tema se relaciona con la información básica comercial, se deben tener presentes las diversas normas que regulan ésta materia y los órganos que vigilan su cumplimiento.⁶⁰

2.5.- Publicidad y competencia: Relacionado con el conjunto de normas que regulan el principio de la libre competencia. Sin embargo, no se debe confundir esta libre competencia con el libertinaje en materia comercial, el cual, resulta ser perjudicial en especial para los consumidores, debido a la posibilidad latente de abusos por parte de los grandes consorcios económicos, a través, de monopolios o figuras semejantes, que tienden a acaparar el mercado, a costa de los demás competidores y consumidores.

Normalmente, los Códigos de Ética Publicitaria, establecen que la publicidad debe contribuir a desarrollar el espíritu de competencia laudable y constructiva entre los anunciantes.⁶¹ Además, se condena como contrario a los principios de lealtad:

a.- Toda afirmación o insinuación, que atente contra el buen nombre o crédito de otro comerciante o industrial;

b.- Toda alusión concreta a los productos o servicios de otro industrial o comerciante, hecha con el fin de realzar el valor de los productos propios, y desacreditar como contrapartida aquellos que son del competidor; y

c.- Todo acto desleal de un anunciante contra otro, llevado a cabo por medio de la publicidad. Sobre este punto, se realiza un análisis más detallado, al hablar sobre la competencia desleal dentro de la competencia ilícita.

3.- Ventajas de la autorregulación.-

La autorregulación, es un método más expedito, especializado, actualizado y menos oneroso para establecer normas y sancionar los posibles abusos, pues son los propios regulados, quienes mejor conocen los problemas que los afectan. De esta forma, también se permite una adecuada y permanente actualización de las normas y criterios a aplicar. Serán la persuasión,

mediación y negociación, las que primarán en caso de infracción, antes que la penalización a ultranza de la conducta cometida.

Se agrega además, que las normas se transforman en verdaderos usos, o costumbres que obligan a conciencia. Unido a esto, existe un interés meramente moral, para hacer cumplir las regulaciones auto impuestas, no requiriéndose un perjuicio material por algún afectado para ello.⁶²

Sin embargo, la ventaja esencial de la autorregulación, será la resolución de conflictos en forma rápida y expedita. Esto, debido a las características especiales que posee la publicidad.⁶³

II.F.- Clasificación de la Publicidad.-

Al hablar de clasificación de publicidad, lo que en definitiva se quiere hacer, es catalogar la forma que reviste la *faz material* del mensaje publicitario. Esto, pues la publicidad como tal, sólo admite ser clasificada entre publicidad comercial o propiamente tal y propaganda.

Son diversos los esfuerzos de la doctrina para clasificar la forma que reviste dicho mensaje publicitario. Sin embargo, al analizar cada una de ellas, se aprecia su carácter artificial.

Esto, pues la mayoría, utiliza como parámetro la descripción de los anuncios, y conforme a ello, crea los diversos grupos.⁶⁴

En este trabajo, queremos proponer una clasificación más simple: Publicidad estática y dinámica.

La publicidad dinámica, es la que implica en su presentación, el movimiento de imágenes o sonidos. Lo cual, no efectúa la publicidad estática.⁶⁵

Este mismo parámetro de clasificación, se puede aplicar respecto de los medios de difusión.⁶⁶

III.- Principios orientadores de la actividad publicitaria.-

Se puede definir a estos principios, como *el conjunto de normas rectoras que tienden a impedir la lesión de los diversos actores que intervienen en la actividad publicitaria.*

Estos principios se encuentran relacionados con la temática de la publicidad ilícita, pues, esta surge cada vez que se transgrede uno de estos principios.

Según Hung Vaillant, *estos principios considerados como básicos, orientarían con un carácter de general, a todo sistema jurídico respecto a esta actividad, y serían:*⁶⁷

III.A.- El Principio de licitud o legalidad.-⁶⁸

Este principio, establece que la publicidad, debe desarrollarse conforme al marco legal vigente, tanto frente a la normativa general, como específica que rige.⁶⁹

Según Hung Vaillant, será ilícita la publicidad que por su fin, objeto, o forma:

1.-Ofenda las instituciones fundamentales de la nación.-

Se debe guardar el debido respeto frente a instituciones como los órganos del Estado, la Iglesia, la familia y las Corporaciones de Derecho Público.

Dichas instituciones, o los hechos relacionados con ellas, no deben ser tomadas como motivo, pretexto u ocasión para realizar anuncios de productos o servicios.

Un elemento importante en esta materia, es el concepto de orden público. Según Hung Vaillant frente a la publicidad, debe considerarse como *referido al interés general de la sociedad. Interés que sirve de garantía a los derechos de los particulares y a sus relaciones recíprocas.*⁷⁰

2.- Lesione los derechos de la personalidad.-

Cuando la doctrina habla de derechos de la personalidad, está haciendo referencia a ciertos derechos que la persona lleva inseparablemente consigo desde su origen, y las cuales no tienen otro presupuesto que su propia existencia. Forman parte de estos derechos, los elementos constitutivos de la personalidad del sujeto, considerados en sus múltiples aspectos: físico, moral, individual y social.

Constituyen verdaderos derechos subjetivos, que en la mayoría de los casos se encuentran tutelados por normas penales.

Se cita como ejemplo de estos derechos, el de la integridad física, la moral, la libertad y el derecho sobre el nombre.

Según el autor Jean Dabín, estos derechos comprenden *el ser del sujeto (su cuerpo y sus miembros), sus convicciones y afecciones y su sentido estético, su intimidad, su honor y los rasgos de su personaje físico y moral, y demás valores estrictamente personales.*⁷¹ Es claro, que frente a la mayoría de estos derechos personalísimos, no puede existir utilización, ni lesión por la publicidad. Sin embargo, si se podría afectar con esta la integridad moral, la libertad y el derecho al nombre.

Según Hung Vaillant, no se puede permitir la realización de publicidad que de alguna medida involucre derechos de la personalidad, sin haber obtenido previamente el consentimiento del interesado. Así, no pueden utilizarse en anuncios o informaciones publicitarias, el nombre, la imagen o la intimidad de una persona, sin contar previamente con su consentimiento.⁷²

3.- Aquella que atente contra el buen gusto y el decoro social.-

Esta idea, expresa un complejo de ideas y valoraciones de orden estético, que pueden existir en un momento determinado en la conciencia social, el cual, se diferencia de los conceptos de moral y buenas costumbres.

Es difícil determinar o concretizar este concepto. Elemento básico para caracterizarlo, es la idea de *lo correcto*, desde un punto de vista estético para la sociedad en un momento determinado.⁷³

4.- Aquella que atente contra la moral y las buenas costumbres.-

En este aspecto, se involucra un conjunto de ideas que implican valoraciones de carácter ético, no estético.

Las buenas costumbres, implican un concepto impreciso y fluctuante, el cual debe determinarse por el propio juez según las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica, fundado en el obrar y actuar común de la población. Estas, se conforman por las reglas tradicionalmente establecidas conforme a la decencia, honestidad y moral.

Para determinar el concepto de buenas costumbres, ha de tomarse en cuenta otro término importante, cual es, el del pudor medio, que es la *moralidad media* aceptada por un grupo social determinado.

Corresponderá al juez, si existiera la norma respectiva, determinar lo que debe entenderse por moral o pudor medio para el grupo social determinado.

Así, se infringen la moral y las buenas costumbres en un mensaje publicitario, cuando el mismo, por la naturaleza del producto o servicio anunciado, o por la forma o condiciones del anuncio, no se ajuste al conjunto de valoraciones éticas imperantes en la conciencia de la colectividad. Así, por ejemplo, toda actividad delictiva se encuentra comprendida de lleno dentro de las contrarias a la buena costumbre.⁷⁴

5.- Aquella que transgreda las leyes.-

La publicidad, debe enmarcarse en el conjunto de normas imperativas que integran el sistema del derecho positivo.

El legislador puede imponer prohibiciones atendiendo a:

5.1.- *El producto anunciado* (alimentos, productos farmacéuticos, bebidas alcohólicas, tabaco, consejos relativos a la salud);

5.2.- *El sistema de promoción;*⁷⁵

5.3.- *La forma de presentar la publicidad;*⁷⁶ y

5.4.- *La ubicación de la publicidad* (lugares en que esta puede ir).⁷⁷

III.B.- Principio de la veracidad.-⁷⁸

Este principio, cumple con una clara función social. Persigue la defensa del público contra los riesgos que implica la publicidad engañosa, protegiendo de esta forma el interés general de los consumidores.

Se ha planteado, que existe un acuerdo tácito entre el público y los anunciantes, en el sentido que la publicidad debe ser siempre verídica. De esta forma, las afirmaciones o mensajes publicitarios deben respetar la verdad, evitando deformar los hechos, o que se induzca a error a los destinatarios, eventuales consumidores de los productos o servicios promovidos, o al público en general. Además, según Cabanillas,⁷⁹ este principio constituye una defensa objetiva de la verdad, tendiendo a la protección de los intereses legítimos de los consumidores al permitir que el consentimiento de este pacto tácito, se cree correctamente, pues si la información publicitaria es cabal y exacta, permitirá el mejor conocimiento del servicio o producto anunciado.

De esta forma, la defensa de la verdad en el ejercicio de la actividad publicitaria, es una medida dirigida a impedir o evitar un vicio del consentimiento en este acuerdo tácito.⁸⁰

Por otra parte, estas normas sobre el principio de veracidad, protegen a los propios anunciantes, ya que cuando una empresa trata de convencer al público mediante anuncios que envuelven algún dejo de falsedad, ejercen una forma de competencia desleal. Así, la publicidad engañosa, se transforma en la mayor amenaza a la reputación del mundo de los negocios, pues el uso torpe o deshonesto de los medios de comunicación masiva, hace sospechosos a mensajes lícitos y honestos de otros anunciantes.

En definitiva, según De la Cuesta Rute, será contrario al principio de veracidad, aquel mensaje publicitario que al ser confrontado con la realidad, no se condice con el resultado que el destinatario medio puede esperar, a partir de las bondades o atributos que sobre dicho producto se publicita.

El problema, es determinar lo que se debe entender por este público o destinatario medio. Según De la Cuesta Rute, la solución se obtiene mediante la muestra de un grupo aislado, o bien, a través de encuestas amplias de opinión. Sin embargo, lo más adecuado, es que sea la persona llamada a fallar (llámese juez en un ordenamiento donde una ley regule la materia, o bien, un Consejo Ético en países como Chile donde no existe texto positivo) quien sea capaz de captar lo que piensa, cree o siente el público medio.

III.C.- Principio de la autenticidad.-⁸¹

Este principio, persigue que el destinatario del anuncio, pueda distinguir, sin dificultad, las afirmaciones hechas por los medios de comunicación social en su función general de información, de aquellas, que sean efectuadas por estos mismos medios como meros vehículos de publicidad.

Así, se exige que la actividad publicitaria, al manifestarse se identifique como tal.

Este principio, constituye una verdadera aplicación del principio de veracidad. Es decir, se refiere a la veracidad de la declaración publicitaria, respecto a la forma exterior como se produce o manifiesta.⁸²

La posible identificación o unión de ambos principios en uno sólo, podría llegar a transformarse en peligroso, al permitir la existencia ilimitada del llamado *dolo bueno*. Así, cada vez que estamos en presencia de un mensaje publicitario, nuestros sentidos se ponen en alerta. Pero si dicho mensaje se mimetiza con la demás información no publicitaria que otorga el medio, se llega a provocar una confusión, e ingresa de forma irregular y sin defensas ante el subconsciente del individuo.⁸³

Ahora bien, se debe distinguir la situación en que se pretende diferenciar la información publicitaria de la que es meramente informativa o noticiosa; respecto de los casos en que se intenta, a través, de medios subliminales, atacar los sentimientos básicos del individuo, a través de una forma imperceptible para él. Esto, pues ambos principios se encuentran relacionados, pero no son lo mismo.⁸⁴

III.D.- Principio de la competencia leal.-

El sistema económico, exige que el Estado cree las condiciones que permitan el máximo despliegue de la libertad de la empresa. Sin embargo, esa libertad, implica una ordenación. Así, es necesario reglamentar la libertad formal, para conseguir un mayor grado de libertad real e igualdad.

De esta forma, los países, a través de sus ordenamientos jurídicos, han intentado que la competencia sea real y efectivamente libre. Por ejemplo, cuando utilizan normas relacionadas con restricciones a la competencia, buscan que estas normas, tiendan a restaurarla cuando dicha libre competencia falta, eliminando aquellos obstáculos que la anulan o perturban.

En segundo lugar, en aquellos casos en los que la libre competencia exista, tratan de orientarla, manteniéndola dentro de los límites de la ética y del derecho. Bajo el primero de estos aspectos (la orientación), se intenta asegurar el respeto a la competencia misma. Bajo el segundo aspecto, (la manutención), se intenta asegurar la corrección en el ejercicio de la competencia.

Es difícil encontrar en los casos de ausencia de la libre competencia, que se produzca un atentado en su contra, a través de la actividad publicitaria. Por tanto, el análisis debe centrarse en el segundo aspecto, esto es, situaciones en que existiendo la libre competencia, surgen actividades que tienden a restringirla.

Dentro del campo de la protección jurídica contra la competencia ilícita, se distingue la *competencia prohibida* de la *competencia desleal*.

La prohibición de competencia puede fundarse en un contrato (pacto de no competencia) o en la ley. Bajo este aspecto, tampoco interesa el análisis respecto a la actividad publicitaria.⁸⁵

Por el contrario, la competencia desleal, si tiene trascendencia respecto del tema publicitario, y su presupuesto es la confluencia de dos empresas no ligadas contractualmente por un pacto de no competencia, ni limitadas por norma legal alguna.⁸⁶

III.E.- Principio de la solidaridad.-

Este principio, busca que exista una verdadera comunidad entre los diversos anunciantes y/o las agencias de publicidad, evitando la desacreditación del resto de los sujetos intervinientes en esta actividad, a través de la publicidad.⁸⁷

Este principio, busca que no se ocasionen dudas o menosprecio respecto a los productos, o cualquier otro elemento sobre el cual intervenga la actividad publicitaria.⁸⁸

III.F.- Principio de no aludir a través de la publicidad a los sentimientos básicos de las personas.-

Se pretende, a través de este principio, que no se utilice emocionalmente a las personas, mediante de mensajes dirigidos directamente a su inconsciente, sin pasar antes por su parte cognoscitiva.

Los mensajes efectuados de esta forma, eluden todas las posibles defensas que posee el individuo para orientar de mejor manera sus decisiones y forma de actuar.

Tal como explicaremos en el capítulo de la publicidad subliminal, resulta ser bastante osado y peligrosa la utilización de estos mensajes que ingresan directamente al inconsciente del sujeto, pues no se sabe a ciencia cierta, las posibles consecuencias que podrían ocasionar a mediano o largo plazo en el receptor.⁸⁹

III.G.- La publicidad ante el principio de la buena fe.-

1.- Importancia de este principio.-

La buena fe es el principio fundante del ordenamiento jurídico. Además de su importancia jurídica, rige como guía en todas las acciones de la vida cotidiana.

El acto publicitario, por el hecho de ser un acto jurídico, queda comprendido dentro de las actuaciones regidas por el principio de la buena fe.

Este principio, engloba el resto de los principios señalados en este trabajo. Todos y cada uno de ellos, implican en mayor o menor medida, que los individuos obren de forma correcta frente a los destinatarios del mensaje,

los competidores, o la generalidad del ordenamiento y los principios básicos que lo rigen.

Varangot, establece una relación *publicidad comercial – buena fe*, en la cual aborda el tema de forma específica, atendiendo a las etapas en la celebración de un contrato. Así, plantea que la publicidad, forma parte del período *precontractual*, en el cual, debe primar en forma especial el principio de la buena fe.⁹⁰

A través de la publicidad, se puede inducir a que el consumidor adquiera algo, que de otra forma no hubiese deseado. Con lo cual, no sólo interviene llamando la atención del público sobre un determinado producto por el cual contratar, sino que, influye la voluntad del consumidor potencial, convenciéndolo para obtener un producto, que de otra forma no hubiese adquirido.⁹¹

En el campo de la propaganda, opera también esta buena fe, en atención a la superioridad del mensaje que se entrega. Así, el emisor del mismo, debe velar por respetar la situación intelectual, psicológica, moral, emocional, que posea el receptor del mismo, velando por no aprovecharse de la superioridad que el emisor posea en alguno de estos campos para inculcar su mensaje en ellos.

2.-Elementos sobre los cuales recae la Buena fe:

El principio de la buena fe se puede encontrar rondando la totalidad de los elementos que conforman el acto jurídico.⁹²

Por ejemplo respecto del producto publicitado,⁹³ en la medida que sea lícito, conllevará independiente de los demás elementos, la licitud o no de la publicidad.⁹⁴

Respecto al mensaje publicitario, éste, independiente de la licitud o no del producto, debe enmarcarse en el principio de la buena fe y ser lícito.

Por último, también debe poseer dichas características, el medio utilizado para difundir la publicidad.^{95 96}

IV.- Los Contratos Publicitarios.-

En este punto, analizaremos las principales formas de contratos del mundo publicitario.

Estos, se caracterizan porque versan sobre materia publicitaria y son concluidos por sujetos publicitarios.⁹⁷

IV.A.- Principios orientadores de los contratos publicitarios.-⁹⁸

1.- Derecho del anunciante de controlar la campaña de publicidad: Este es el principal derecho en materia de contratación publicitaria. Debe considerarse como de carácter irrenunciable. Este derecho, se extiende sobre la agencia de publicidad e incluso el medio de difusión, aún cuando, no exista una relación contractual directa.

Surge este derecho, como contrapartida a la extensión de la responsabilidad del anunciante.

2.- Responsabilidad frente a terceros por la publicidad ilícita: Aún cuando, a la hora de celebrar un contrato publicitario, existe una relación entre partes, no es menos cierto, que producto de este, se vean afectados los terceros destinatarios del mensaje publicitario o la competencia.

Ante dicha realidad, surge el principio de la ilegalidad o nulidad de las cláusulas que intenten limitar, restringir, o eliminar la responsabilidad del anunciante, agencia o medio de difusión en dichos contratos publicitarios.

3.- Cláusulas de garantía de los resultados comerciales o rendimiento económico de la publicidad: La publicidad es una herramienta útil y eficaz

que incrementa los resultados económicos y comerciales de todo anunciante. Sin embargo, dichas ventajas, sólo pueden estimarse en forma genérica, no siendo posible su cuantificación exacta. Por tanto, debe eliminarse o considerarse nulas en la celebración de todo contrato publicitario, las cláusulas que condicionen la prestación de alguna de las partes a la eficacia cuantitativa o cualitativa exacta de los resultados comerciales, o rendimiento económico que posea dicha publicidad.

IV.B.- Formas de contratos publicitarios.-

Los principales contratos publicitarios son:

1.- El Contrato de publicidad:

1.1.- Definición:

Contrato a través del cual, el anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad, y la creación, preparación o programación de la misma.

Tendrá el mismo carácter, cuando la agencia realice sólo creaciones publicitarias.

Esto, a pesar de no ser la encargada de preparar, programar o ejecutar dicha publicidad.⁹⁹

Este, es el principal contrato en materia publicitaria. Este contrato, se refiere a la totalidad de la instrumentación o realización técnica de la comunicación publicitaria, salvo la difusión. Además, es tan amplio el objeto de este contrato, que incluso rige las cuestiones propias del contrato de creación publicitaria.

1.2.- Naturaleza Jurídica de este contrato.-

En este contrato, se pueden desarrollar diversas actuaciones. Por ejemplo, la campaña publicitaria en su totalidad, o la sola preparación, creación, ejecución de esta, en forma conjunta o singular.

Con lo antes señalado, se aprecian rasgos de los contratos civiles de arrendamiento de obra y el de arrendamiento de servicios. Así, la campaña en su totalidad, o cada elemento individualmente considerados, podrían entenderse como una *locatio conductio operis*. Sin embargo, la agencia puede prestar otros servicios, que no constituirían una cuestión material, ni inmaterial. Por eso, este contrato, es una figura autónoma o *sui generis*, que no se enmarca en ninguna de las figuras jurídicas antes señaladas.¹⁰⁰

1.3.- Características de este contrato.-

1.3.1.- Contrato bilateral: Intervienen claramente dos sujetos:

El Anunciante. Es quien encarga previo pago de una contraprestación, la realización de una forma de publicidad.

La Agencia. Es la encargada de ejecutar, crear, preparar, o programar la publicidad.

1.3.2.- Contrato Conmutativo: Las partes se obligan mutuamente a las prestaciones señaladas.

1.3.3.- Contrato Oneroso: Existe la necesidad de una contraprestación por parte del anunciante.

Además, lo que entrega la agencia resulta ser avaluable en forma pecuniaria.

1.3.4.- Respecto a si estamos frente a un *Contrato de medios o resultados*, se debe distinguir aquello para lo cual la agencia se compromete. Así, es *de resultado* para la agencia, respecto a la sujeción a las instrucciones del mandante (anunciante).

Sin embargo, es un *contrato de medios*, respecto al rendimiento económico que se puede esperar, o el impacto que pueda llegar a tener en el público la publicidad ideada.

1.4.- Objeto del Contrato.-

El objeto de este contrato, lo constituye la prestación de los servicios y la ejecución de las obras correspondientes, así como la contraprestación pactada con el anunciante, que normal, pero no necesariamente, tendrá carácter pecuniario.¹⁰¹

1.5.-Sujetos que intervienen en el contrato publicitario.-

Se distingue:

1.5.1.- Partes que intervienen directamente en la celebración de este contrato:

1.5.1.1- Anunciante:

*Persona Natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad.*¹⁰²

Es el mandante en este contrato, que se enmarca dentro de aquellos que se realizan *por cuenta de*.

1.5.1.2.- Agencia de Publicidad:

*Son aquellas personas jurídicas o naturales, públicas o privadas que se dedican profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar la publicidad por cuenta de un anunciante.*¹⁰³

Esta definición es omnicomprendensiva respecto al sujeto que puede desempeñar su papel como agente de publicidad.

Además, establece como esencial la *profesionalidad* del sujeto. Esto, se relaciona con la necesidad de que actúe en forma organizada.

El *objeto* de este sujeto es

a.- Crear: Debe ser el gestor de la idea. A partir de la nada, inventa la publicidad.

b.- Preparar: Una vez creada la idea, se encarga de perfeccionar o llevarla a la práctica de alguna forma adecuada.

c.- Programar: Establece la forma como debe llevarse a la práctica esta publicidad. Además, se preocupa del espacio que ocupará, las veces que se repetirá, los medios en que será llevada a cabo, etc.

d.- Ejecutar: Aplica en forma práctica el conjunto o parte de los elementos antes señalados.

Se destaca en esta forma contractual, que es el único caso en que se vislumbra una relación *sólo* entre anunciante y agencia de publicidad.

Además, entre estas, surge un especial deber de fidelidad, debido a las prestaciones de ambas. Así, el anunciante deberá abstenerse de utilizar para fines ajenos a los pactados el material, ideas o información entregado por la agencia de publicidad. La misma obligación, existe para la agencia respecto al material que le han entregado para desarrollar su prestación.

El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones, redundará en la ejecución forzada del contrato o la resolución del mismo. En ambos casos, con indemnización de perjuicios.¹⁰⁴

Hay que tener presente, además la posibilidad que la indemnización posea un carácter especial, debido a estar presente en cuestiones publicitarias.¹⁰⁵

1.5.2.- Terceros relativos:

En este contrato, se ven afectados debido a la naturaleza del mismo, dos importantes sujetos de la relación publicitaria. Esto, a pesar, de no ser parte contratante en él. Dichos sujetos son:

1.5.2.1.- Medios de difusión: *Aquellas personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que de manera habitual y organizada, se dedican a la difusión a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten.*¹⁰⁶

Su elemento esencial es la *habitualidad*, en conjunto con la *organización*.

Esta definición, es amplia al acoger las diversas formas de medios que existen.

Por último, destaca su *objetivo*, cual es, la *difusión* a través de los soportes o medios sobre los cuales poseen la titularidad.

No se debe confundir a los medios de difusión, que son el conjunto de los soportes que poseen la titularidad para comunicar la actividad publicitaria de los medios de publicidad, con los medios de comunicación; pues en esto últimos, la publicidad es una actividad anexa a otra principal que poseen (v.g. obrar como medio noticioso, de entretenimiento, etc.).¹⁰⁷

Según Zavala, *medio de publicidad*, resulta ser *toda forma para hacer conocido un producto.*¹⁰⁸

1.5.2.2.- Público o destinatarios: Es el sujeto pasivo de esta relación, al cual se dirige al menos en forma potencial el mensaje, a través del medio de publicidad; o aquellos a quienes en consideración al medio en que se encuentran, son alcanzados por éste.

Hablamos de aquel sujeto al cual, al menos en forma potencial, se entrega este mensaje publicitario.

2.- El Contrato de difusión publicitaria.-

2.1.- Definición:

Es aquel, en el cual, a cambio de una contraprestación fijada en tarifas preestablecidas, un medio se obliga a favor de un anunciante o agencia, a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles para desarrollar la actividad técnica necesaria, con el fin de lograr el resultado publicitario.¹⁰⁹

2.2.- Características:

2.2.1.- Contrato bilateral:

Existe un sujeto activo (anunciante o la agencia) y uno pasivo (medio de comunicación).

2.2.2.- Oneroso:

Existe una contraprestación por parte del sujeto pasivo, a cambio de las unidades de tiempo o de espacio entregado para insertar dicha publicidad.

2.2.3.- Conmutativo:

Pues existen prestaciones mutuas entre las partes.

Este contrato, surge en la última fase del proceso publicitario. A pesar de asimilarse a los contratos de arrendamiento de servicios o de obra (al igual que el contrato publicitario), no puede enmarcarse en ninguno de ellos.

Es esencial en este contrato, la existencia de una prestación fijada en tarifas preestablecidas, como contrapartida a la utilización de ciertas unidades de espacio o tiempo. Todo esto, enmarcado dentro del proceso publicitario.¹¹⁰

En este contrato, a pesar que el anunciante posee la dirección de la publicidad, no podrá interferir ni dirigir instrucciones respecto del funcionamiento técnico al medio de difusión.

3.- Contrato de creación publicitaria.-

3.1.- Definición.-

Es aquel por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga a favor de un anunciante o agencia, a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario.¹¹¹

3.2.- Características.-

Este contrato, se caracteriza por hacer efectiva la realización de actuaciones técnicas decisivas para la comunicación publicitaria.

A diferencia del contrato de publicidad, no pretende propiamente ejecutar la comunicación publicitaria, sino elaborar los elementos necesarios para su desarrollo efectivo, comprendiendo la elaboración del proyecto de la campaña publicitaria, o cualquier otro elemento individual de este.

El campo de este contrato, se transforma en muy amplio, al comprender tanto al desarrollo embrionario, como a las obras completas y acabadas.

A pesar, de existir de por medio una actividad creadora, es preciso concebir, que esta debe enmarcarse dentro de las instrucciones que el anunciante o la agencia han encomendado a dicho profesional.

3.3.- Sujetos intervinientes.-

Por una parte, es posible encontrar al anunciante o la agencia de publicidad y por otra, a un sujeto profesional de la actividad publicitaria, el cual no necesariamente debe tener el carácter de sujeto publicitario. A este, se encarga generalmente la creación de la campaña en su totalidad o una parte de ella.

3.4.- Objeto del Contrato

Este contrato, se puede referir al proyecto íntegro de la campaña publicitaria, una parte de la misma, o cualquier otro elemento secundario de

esta; y por la otra la contraprestación correspondiente, la cual es avaluable pecuniariamente, a pesar que no se entregue efectivamente dinero.

Se excluye necesariamente de este contrato, toda actividad relacionada con la comunicación publicitaria en la fase de la difusión de esta.

El contenido y naturaleza de la creación publicitaria, debe considerarse en un sentido amplio, y no sólo vincularse con la materialización de dichas creaciones.

3.5.- Problema de la propiedad de la obra o idea creada.-

Lo creado, salvo pacto expreso en contrario de las partes, debe quedar en poder del anunciante o la agencia de publicidad. Esto, pues el profesional, sólo obra ejecutando las instrucciones del anunciante o agencia de publicidad.

NOTAS.-

¹ Diccionario de la Real Academia Española

² ZAVALA Rodríguez, Juan Carlos. Publicidad Comercial. Buenos Aires. Editorial Depalma. 1947. pág. 1.

³ Ibid.

⁴ Ibid

⁵ Ibidem.p.2 y 3.

⁶ HUNG Vaillant. La regulación de la actividad publicitaria. Caracas. Colección de Trabajos de Ascenso. Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. pág.11

⁷ Ibid..

⁸ ACOSTA Estévez, José. Tratamiento Jurídico de la Publicidad Ilícita en el nuevo derecho de la publicidad. Madrid. Revista de Derecho Mercantil N°93.pág.797. Citado por MAIN Sancha, Marcela. Publicidad: Una herramienta de protección al consumidor .Tesis. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago.1993. pág 09.

⁹ Ibidem pág.10.

¹⁰ Artículo 2° de la Ley General de Publicidad Española Número 34 del 11 de Noviembre de 1998.

¹¹ V.g: La propaganda, la publicidad institucional, etc.

¹² En especial respecto a la publicidad subliminal.

¹³¹³ Ver artículos de las secciones 3, 4, 5, 6, 10, todos del capítulo II del Código Ecuatoriano de ética y autorregulación publicitaria.

¹⁴ Esta similitud de normas entre el Código Ecuatoriano, brasileño, chileno y otros, se debe a que todos surgen en base a las directrices entregadas por la cámara Internacional de comercio, mediante del Código Internacional de prácticas publicitarias, creado en el año 1937, cuya redacción final fue entregada en Río de Janeiro en el año 1937.

¹⁵ Artículo 1°, Número 4 de la Ley del Consumidor Número 19.496.

¹⁶ Definición señalada en la regla 1° de Interpretación del Código de Ética Publicitaria Chileno.

¹⁷ Artículo 1 del Código de Ética de Publicitaria Chilena.

¹⁸ Esta opción, se refiere tanto al hecho de adquirir un bien o servicio en el mercado, o a comportarse de cierta forma.

¹⁹ ZAVALA Rodríguez, op. cit. pág.4.

²⁰ Esta distinción, se efectuó basado en Op. Cit. de ZAVALA Rodríguez, Juan Carlos, pág. 3.

²¹ También debe incorporarse dentro de la propaganda la llamada "publicidad institucional".

- ²² El elemento diferenciador entre ambas ramas de la publicidad, es el *mensaje publicitario*. Cuando el objeto de este, se refiera al plano comercial, independiente de la naturaleza del anunciante, estaremos frente a la publicidad comercial. Si su naturaleza es diversa al comercial, hablaremos de *propaganda*.
- ²³ Nótese que se habla de medios de comunicación y no de difusión, pues popularmente, el réclame, reentendiéndolo relacionado con la publicidad que patrocina o auspicia la programación de los medios de comunicación.
- ²⁴ ZAVALA Rodríguez, Op. Cit. Pág. 5.
- ²⁵ Así, encontramos el caso de los alimentos, el calzado, vestuario y medicamentos principalmente. Ver artículo 1º número 3 de la Ley 19.496.
- ²⁶ Nada impide que dicha información tenga como objetivo mediato, aquellos propios de la publicidad.
- ²⁷ En Francia, dicha forma de publicidad es distribuida por el Ministerio de Hacienda. En especial, dicha publicidad se refiere a la realizada por la Lotería nacional, la deuda pública y la relacionada con diversas empresas nacionales.
- ²⁸ Se puede incorporar dentro de esta clase de publicidad, la efectuada por empresas monopólicas, ramas de producción, etc.
- ²⁹ SANTAELLA López Manuel. El nuevo Derecho de la Publicidad. Madrid. Civitas. 1989. pág. 103
- ³⁰ Ibidem.pág. 105.
- ³¹ Ibidem.pág.106.
- ³² Ibidem. pág. 103.
- ³³ Ibid.
- ³⁴ Ver punto IV de este capítulo “Los contratos publicitarios”.
- ³⁵ Los objetivos señalados en este punto, se refieren básicamente a la publicidad comercial y no a la publicidad en general.
- ³⁶ HUNG Vaillant. Op. cit. pág. 16 y 17
- ³⁷ Ibidem. Pág. 18.
- ³⁸ Ibid.
- ³⁹ Ibid
- ⁴⁰ Ibid.
- ⁴¹ CAREY W. James. La Publicidad: Función institucional. EIP .Barcelona p. 28 a 49, citado por Hung Vaillant, op. cit. pág. 19.
- ⁴² WHITE S Irving . La función de la publicidad en nuestra cultura, EIP Barcelona, pág. 292 a 395
- ⁴³ Hung Vaillant. Op. cit. Pág.18 .
- ⁴⁴ Este punto, es el objetivo de la publicidad, a partir del cual se extienden los objetivos particulares antes señalados, los cuales, son más propios de la *publicidad comercial* que de la *publicidad en general*.
- ⁴⁵ ZAVALA Rodríguez, op. cit. pág. 12.
- ⁴⁶ Ibidem.pág. 19.
- ⁴⁷ Esta crítica, se puede hacer extensiva al campo político, donde las grandes sumas invertidas en propaganda, sólo son en beneficio de los grandes conglomerados políticos, así, las disputas se dan entre los grandes grupos, relegando al olvido o desaparición a los grupos de opinión más pequeños.
- ⁴⁸ Hung Vaillant, op. cit. pág. 39
- ⁴⁹ Ibid.
- ⁵⁰ Ibidem.pág. 37
- ⁵¹ Ibid.
- ⁵² Ibidem.pág. 38. citando Watson S. Publicidad. México. 1967, pág. 110
- ⁵³ Según Watson, se deben incluir las posibles asociaciones de agencias municipales. Citado por Hung Vaillant, op. cit. pág. 37.
- ⁵⁴ Ibidem.pág. 38 y 39.
- ⁵⁵ Ibidem.pág.38.
- ⁵⁶ En nuestro ordenamiento, una norma especial regula la existencia de juegos de azar que se encuentran prohibidos por regla general en la ley. Ver apéndice del Código Penal. Ley sobre Loterías de 1º de Diciembre de 1890.
- ⁵⁷ Al respecto, debe tenerse en cuenta las normas establecidas en la Ley sobre derecho de autor y la Ley de propiedad industrial Ley N° 17.336.
- ⁵⁸ Al respecto, se debe tener en cuenta las marcas, lemas y denominaciones comerciales en la Ley 19.039.
- ⁵⁹ Destacar el caso de las bebidas alcohólicas, productos farmacéuticos y medicamentos También existe este problema respecto de productos de uso muy personal en ciertos ordenamientos (por ejemplo en Venezuela). Es posible, que este último aspecto sea incorporado dentro de las normas sobre el mal gusto.
- ⁶⁰ Al respecto, ver la regulación especial para alcoholes, vestuarios, calzados, medicamentos y alimentos en general en los D.S. 297 de 1997; 261 y 236 de 1989.
- ⁶¹ Código Chileno de Ética Publicitaria, considerandos “b” y “e”; artículos 4 y 5 del Código Brasileño de Ética Publicitaria y artículo 2 del Código de Ética Publicitaria Ecuatoriano.

⁶² JAEGER, Cousiño, Pablo. Consejo de Autorregulación Publicitaria y Código Chileno de Ética publicitaria. Boletín Informativo de CONAR. Santiago de Chile 2001. Pág. 2 y 3.

⁶³ Tal como se explicará en las conclusiones, a pesar de las evidentes ventajas que representa la autorregulación, se requiere un marco jurídico que regule y sancione en forma clara los posibles abusos que se cometan por los anunciantes, sobre todo en el hipotético caso de que no se respete lo fallado por el Tribunal de Ética. También se requiere dicha regulación, cuando el daño cometido a través de alguna forma de publicidad ilícita sea excesivo.

⁶⁴ Main Sancha, op. cit. pág. 10 y siguientes, citando a ISRAEL. Alberto. Publicidad: Técnica y práctica, pág. 20 y ss. Zavala op. cit. capítulo V.

⁶⁵ Ejemplo de publicidad dinámica, es la que se presenta en la TV, cine, radio, internet, etc, siempre y cuando, implique movimientos o sonidos en su presentación. Será estática la publicidad que se efectúa a través de folletos, prospectos, revistas, diarios, carteles, etc. cuando no presenten dinamismo. Esta clasificación es flexible, pues puede hacerse extensiva a diversas formas de medios de difusión, y los mensajes publicitarios que en ellos se presenta.

⁶⁶ Ejemplo de medios de difusión dinámicos son la T.V., radio, internet, cine, etc. Medios de difusión estática son las revistas, diarios, carteles, folletos, prospectos, etc.:

⁶⁷ HUNG Vaillant Op. Cit. pág. 51.

⁶⁸ Ibidem pág.51 a 70.

⁶⁹ Ver artículo 1° del Código Chileno de Ética Publicitaria; artículo 1° del Código de Ética Publicitaria Brasileño; y artículo 1° del Código Ecuatoriano de Ética Publicitaria.

⁷⁰ HUNG Vaillant, op. cit. pág. 54.

⁷¹ Ibidem pág. 55.

⁷² Ahora, una situación especial, se da respecto del caso del individuo que permite expresamente la utilización de alguno de los elementos que forman parte del derecho de la personalidad y luego de ser utilizado o bien mientras se está utilizando, se arrepiente y quiere revocar dicha autorización. Quizás, la solución más justa, es que el sujeto pueda revocar dicha autorización, pero como contrapartida a ello, deberá indemnizar el perjuicio que ocasiona con dicha decisión al anunciante que es dueño del material publicitario por el cual pagó.

⁷³ Ung Vaillant, op. cit. pág.58.

⁷⁴ Ibidem. pág. 59.

⁷⁵ Esto, en cuanto se estima, que puede inducir al consumidor a adquirir bienes que no necesita, encareciendo los productos debido a los supuestos regalos o promociones que conllevan. Además, a través de estos sistemas las empresas grandes actúan deslealmente con las más pequeñas.

⁷⁶ Esto, referido básicamente a que la publicidad se identifique como tal, y no se intente confundir a los destinatarios en el sentido de que se trata de una información y no de publicidad.

⁷⁷ Esto, frente a la publicidad mediante anuncios en letreros, lo cual, se regula en general por ordenanzas municipales y normas administrativas.

⁷⁸ HUNG Vaillant, Op. cit. pág.70.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ver capítulo II sección 5 del Código de Ética Publicitaria Brasileño y el artículo 4 del Código de Ética Ecuatoriano y Chileno.

⁸¹ HUNG Vaillant. Op. Cit. Pág. 72.

⁸² Artículo 17 del Código Ecuatoriano, artículo 15 del Código Chileno y Capítulo II sección 6 del Código Brasileño de Ética Publicitaria.

⁸³ DE LA CUESTA Rute. Op. Cit. pág.178.

⁸⁴ Por ejemplo, en este caso, el principio de autenticidad, está el caso en que se incorpore una publicidad como si fuese una noticia, inserto dentro de la redacción habitual de dicho periódico. Por el contrario, Publicidad subliminal sería aquel señalado en el Número 3 del apartado III, en donde a través de símbolos fálicos se intenta producir una sugestión en el individuo que lo induce a adquirir un producto, atacando directamente el subconsciente del individuo. Este principio de la autenticidad, en cambio, pretende proteger en forma preferente la parte consciente del individuo y sólo como consecuencia el inconsciente. Pero esto, tan sólo cuando dicho elemento no queda cubierto por el último de los principios que se enumeran.

⁸⁵ HUNG Vaillant. Op. Cit. pág. 75.

⁸⁶ Artículos 10 a 14 del Código de Ética Publicitaria Chilena, capítulo II sección 8 del Código Brasileño y artículos 2 y 19 del Código de Ética Publicitaria Ecuatoriano.

⁸⁷ HUNG Vaillant. Op. cit. pág.19.

⁸⁸ Ver artículo 12 del Código Chileno de Ética Publicitaria, 19 letra “e” del Código ecuatoriano y 32 letra “e” del Código brasileño de Ética Publicitaria.

⁸⁹ Ver artículos 19 y 23 del Código Brasileño y 17 letra “f” del Código Chileno de Ética Publicitaria.

⁹⁰ VARANGOT Carlos, “Publicidad Mercantil”, Madrid, Revista de Derecho Mercantil, N°89, Julio-Sept 1963. pág.73,74. Citado por Hung Vaillant, op. cit. pág. 32.

⁹¹ Ibid.

⁹² DE LA CUESTA Rute Op. Cit. pág.183.

⁹³ *Producto*, debe ser interpretado en un sentido general, no sólo comercial.

⁹⁴ Si la publicidad recae sobre drogas ilícitas, al ser ilícito el tráfico jurídico sobre este producto, la publicidad que se realice en torno a él, también será ilícito.

⁹⁵ Aún cuando, resulta ser difícil encontrar un caso en que el medio sea el ilícito, se podría pensar en la siguiente situación: Un país gobernado por un régimen totalitario, en el cual exista el control sobre los medios de prensa y exista la censura para determinar la circulación de los mismos. Así, por ejemplo, si se prohibiera mediante una norma dictada por dicho régimen, la circulación de un medio determinado, este sería ilícito., y por ende, lo sería también la publicidad que al interior de dicho medio se difundiera

⁹⁶ Un interesante análisis del principio de la buena fe en relación a la publicidad, se ofrece en la memoria de Titulación de Main Sancha, op. cit. pág. 63 a 74.

⁹⁷ SANTAELLA, López, op. cit. pág. 153.

⁹⁸ SANTAELLA López, op. cit. pág. 157, 158 y 159.

⁹⁹ Título III de la LGP Española.

¹⁰⁰ SANTAELLA López, op. cit. pág. 162.

¹⁰¹ SANTAELLA López, op. cit. pág.162

¹⁰² Artículo 10 de la LGP Española.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Condición resolutoria tácita. Ver MEZA Barros, Ramón, Manual de Derecho Civil. De las obligaciones. Editorial Jurídica. Santiago de Chile. Octava Edición. 1997, pág. 78 a 85.

¹⁰⁵ V.g. la posibilidad que el ordenamiento señale que la indemnización será la repetición de la publicidad en los mismos términos previamente pactados.

¹⁰⁶ Artículo 10 de la LGP. Española.

¹⁰⁷ Medio de difusión pero no de publicidad es un letrero carretero, un cartel puesto en un paradero de microbuses, la etiqueta que lleva un producto, etc.

¹⁰⁸ ZAVALA Rodríguez. Op. cit. pág.546.

¹⁰⁹ Artículo 19 de la LGP.

¹¹⁰ SANTAELLA López, op. cit. pág. 164.

¹¹¹ Art. 22 de la L.G.P. Española.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA PUBLICIDAD ILÍCITA

I.- Precisión frente al término Publicidad Ilícita.-

Por regla general, esta mal denominada *publicidad ilícita*, se refiere en verdad al mensaje publicitario, tanto en su *faz material* como *formal*, y no a la publicidad en general. Además, este mensaje publicitario, es el que puede llegar a ser ilícito.¹¹² Esto se explica de forma simple:

Al hablar de publicidad ilícita, se confunde una serie de elementos, pues dicha denominación se refiere tanto al aspecto formal como material (mensaje publicitario) de la *publicidad en general*.

De esta forma, se incluiría bajo un mismo aspecto, a los individuos que participan en dicho proceso, como también el contrato que da origen a la publicidad (contrato publicitario), el objeto y las causas de la actividad publicitaria, considerando como ilícitos, actos que sólo excepcionalmente tendrían dicho carácter en la vida cotidiana.

Sólo podríamos vislumbrar como ejemplo de publicidad ilícita fuera del campo del *mensaje publicitario*, los atentados en contra de la dignidad humana y las demás garantías constitucionales.¹¹³ Esto, no obstante la ilicitud que podría existir en la publicidad subliminal, la cual afectaría la totalidad de los elementos de la publicidad.

Por otra parte, podríamos identificar al *mensaje publicitario* ilícito, como *aquello sobre lo cual recae ordinariamente la ilicitud*. Sólo se refiere al aspecto *material* y / o *formal* de la comunicación enviada. La ilicitud, se localizaría al interior del mensaje publicitario, tal como ocurre en los casos de la publicidad engañosa, la desleal, la que no cumple con determinadas normativas, etc. En dichas situaciones, corrigiendo o enmarcándose dentro de

los límites que establece el propio ordenamiento, se llega a convertir éste *mensaje publicitario ilícito* en uno *acorde con las normativas que lo rigen*.

Además, para poder hablar de *mensaje publicitario ilícito*, se requiere que éste, aparezca claramente señalado al menos por una norma de rango legal o reglamentaria por delegación de una legal, la cual sea válida para coartar el derecho constitucional de la libertad de comunicación.¹¹⁴ Esto, ha de relacionarse con el mensaje publicitario, debido a que es él precisamente el núcleo de la comunicación efectuada.

A pesar de lo anterior, por lo general, ninguna norma reglamentaria o legal, va a ser capaz de incluir en ella, todos los posibles casos de mensaje publicitario ilícito en que se pueda incurrir. Debido a ello, se debe considerar un margen de discrecionalidad, a favor del tribunal llamado a fallar estos asuntos.

Podemos definir de forma *descriptiva* estos actos de *mensaje publicitario ilícito*, como *aquellos que infringen o son contrarios a la normativa constitucional, legal o reglamentaria, las que son engañosas, la desleal y la subliminal*. De esta forma, resultan ser *todas aquellas que se efectúan de mala fe, en razón de intentar causar alguna forma de daño al destinatario, o a la competencia, basado en medios o subterfugios que intenten afectar los aspectos psíquicos o valóricos del destinatario; o bien, aquellas que pretenden ocasionar un menoscabo a la competencia*.

Conforme a la definición *descriptiva* anteriormente otorgada, es posible llegar a una definición *material* sobre esta publicidad ilícita, señalando que es *aquella efectuada de mala fe, o en trasgresión de una norma jurídica, y que se caracteriza por ser necesaria la existencia de un provecho o beneficio material o inmaterial (v.g: difusión de ideas) por parte del anunciante a partir*

de dicha comunicación, llevando como contrapartida un daño, perjuicio o, menoscabo material o moral por parte del público destinatario, o bien respecto de la competencia del anunciante.

Estas definiciones, pueden ser aplicables a la publicidad en un sentido general, o en forma estricta, respecto a la propaganda, o publicidad comercial.

Además, toda comunicación es un acto humano, que normalmente puede ser enmarcado dentro de los llamados actos jurídicos debido a los efectos que posee, produce o pudiera provocar. Conforme a ello, es evidente que todo acto jurídico, (y la publicidad como uno de ellos), puede adolecer de vicios, los cuales la doctrina ha dado en llamar *vicios de la voluntad*.

El estudio de dicha materia, escapa del campo de este trabajo, por lo cual, es conveniente recurrir en tal hipótesis a las normas generales que regulan dichas situaciones.¹¹⁵

II.- Formas de mensaje publicitario ilícito.-

II.A.- Publicidad o mensaje publicitario engañoso:

No toda forma de engaño es un acto ilícito. Hay que considerar, lo que la doctrina norteamericana ha dado en llamar *charlas de comerciante* (puffing or dealer's talk)¹¹⁶, lo cual nuestra doctrina ha recepcionado como el *dolo bueno* o *dolo del comerciante*. Esta terminología, resulta incorrecta, pues al hablar de dolo, está implícito el hecho de existir una maquinación fraudulenta.¹¹⁷ Estos engaños, o más bien exageraciones permitidas, son aquellas que dentro del marco de las prácticas comunes del comercio, buenas costumbres, buena fe y marco legal vigente, permiten al vendedor sobresaltar las calidades de su producto o servicio, con el objeto que se efectúe una contratación sobre él. Así, deben ser aceptados estos engaños, cuando no se cause algún perjuicio considerable y no afecte evidentemente al destinatario

de dicha oferta. Quizás, la piedra de tope para saber cuando se escapa a ese concepto, es la naturaleza del acto, pues si se realiza la actuación incurriendo en alguno de los vicios de voluntad que el legislador establece respecto de los actos jurídicos, estará fuera de estas actividades comerciales lícitas.

Lo anterior, se encuentra en completa concordancia con las normas civiles respecto del cuidado que debe emplear en sus negocios el o los contratantes. Así, según nuestro Código Civil, no serían lesivas estas exageraciones, sino cuando al utilizar el cuidado correspondiente, según la clase de diligencia aplicable al contrato, se ocasione un perjuicio al destinatario de la oferta. Esto es, el sujeto deberá obrar por regla general como un buen padre de familia, con esmerado cuidado, o bien, sin ocupar el cuidado que los negligentes ponen en sus negocios, según la naturaleza del contrato.¹¹⁸

Luego de este preámbulo, es posible definir como mensaje publicitario engañoso *aquel que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a su destinatario, pudiendo afectar su comportamiento económico, o perjudicar, o ser capaz de perjudicar a un competidor. Asimismo, es engañoso aquel mensaje, que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades, o servicios, cuando dicha omisión, induzca a error a los destinatarios.*¹¹⁹

Según Stigilitz, resulta ser mensaje publicitario engañoso *aquella información que está dada por cualquier medio o forma de presentación, que pueda inducir a error al público sobre el producto o servicio, sus cualidades, precio, y cualquier otra característica.*¹²⁰

Enrique Aimone Gibson, agrega por su parte, que *se debe tener en cuenta también la información que es omitida.*¹²¹ Es decir, aquellos datos importantes que no fueron otorgados al destinatario.

En este concepto, encontramos dos aspectos:

A.- Una en que el engaño se da a través de la *acción*, en donde el verbo rector es *el error*. Lo que el sujeto activo hace, a través de su actuación positiva, es *inducir o intentar inducir* al error. Esta forma de publicidad, constituye sin lugar a dudas, el centro de atención por parte de las manifestaciones legislativas frente a la comunicación publicitaria.

A través de esta actuación errada:

a.- Se modifica el comportamiento económico del destinatario (relacionado con la adquisición o la contratación de un producto servicio); y/o

b.- Se perjudica, o es apto al menos, para perjudicar en sentido amplio, los intereses de la competencia.¹²²

B.- El engaño, se da mediante la omisión: *se silencian datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios*.¹²³ Dicha omisión, debe inducir efectivamente a error a sus destinatarios.

1.- Elementos para considerar la existencia probable de una publicidad engañosa.-

Las principales cuestiones en que es posible la existencia de un engaño son:

1.1.- *Las características de los bienes, actividades o servicios*. Esto, frente al origen geográfico o comercial; naturaleza; composición; finalidad; disponibilidad; novedad; calidad; cantidad; categoría; especificación; denominación; suministro; prestación; forma, fecha de publicación; resultado posterior a su utilización; nocividad; afección al medio ambiente; biodegradabilidad del producto; etc;

1.2.- *Precio completo o presupuesto, modo de fijación del mismo;*

1.3.- *Condiciones jurídicas y económicas de la adquisición, utilización y entrega del bien o servicio;*

1.4.- *Motivos de la oferta;*

1.5.- *Servicio post venta;*

1.6.- *Sanciones y forma de cumplimiento compulsivo del contrato celebrado;*¹²⁴

2.- Elementos de la publicidad engañosa según la doctrina Italiana.-

La doctrina italiana, efectúa una distinción en la publicidad engañosa. Ellos consideran la existencia de una doble faz:

2.1.- *La Menzognera o mentirosa*, en la cual, efectivamente la información entregada se basa y lleva como núcleo central, la existencia de un engaño a través de una mentira; y

2.2.- *La Ingannevole*, se refiere a la posibilidad de que el mensaje entregado, contenga una proposición verdadera, la cual sin embargo es tendenciosa. Esto, debido a la simple omisión, o forma en que se presentan los hechos frente al ambiente social elegido.¹²⁵

3.- Otros alcances del mensaje publicitario engañoso.-

Es posible, que debido a la naturaleza del engaño practicado, se haya causado un delito de defraudación o estafa, el cual, además de la responsabilidad penal, puede originar una responsabilidad civil, lo cual se rige por las normas generales del ordenamiento.¹²⁶

4.-Vicios del consentimiento en relación a la publicidad engañosa.-

4.1.- *Engaños y buena fe.-*

Se ha señalado en general, que las frases laudatorias, declaraciones jactanciosas, son propias de la propaganda. Pero estas, deben ser realizadas

dentro del marco de los buenos usos comerciales, buena fe, costumbre y normas jurídicas.

*Dichas alabanzas o exageraciones, no podrían ser invocadas para anular el contrato, ni solicitar indemnización por los supuestos daños ocasionados.*¹²⁷

Los autores Planiol y Ripert, consideran que dentro del mundo del derecho, no debe exigirse una completa sinceridad respecto del producto o servicio ofrecido, pudiendo efectuarse exageraciones y reticencias propias del uso comercial, con el objeto de influir en la opinión del otro. Así, sería posible alabar al extremo las ventajas de un bien o servicio, y opacar sus defectos. Sin embargo, dichas reticencias no deben llegar hasta el punto en que impliquen afectar la buena fe por parte del oferente del producto.¹²⁸

Con una posición absolutamente contraria, encontramos al autor Loustalán, quien plantea que *al obrar de esta forma, la doctrina encubriría verdaderos despojos en contra de los consumidores.*

Citando a Pothier, este autor, plantea una tesis en sumo moralista, según la cual debería sancionarse toda conducta contraria a la buena fe. Dichos atentados, existirían *cada vez que se haga algo, por mínimo que sea y que no nos hubiese gustado a nosotros que nos ocurriera estando en el lugar de la contraparte.*¹²⁹

Según Zavala, este concepto resulta demasiado moralista, no acorde con el obrar del común de la población. El propio Bugnet, comentarista de la obra de Pothier, se manifiesta contrario a esta concepción de la buena fe, por cuanto *en la práctica, impediría que se llevaran a cabo la celebración de negocios.*¹³⁰

De todo esto, podemos concluir que no resultan adecuadas aquellas posiciones que toleran la existencia de fraudes al momento de publicitar un producto, ni tampoco aquellas moralistas en exceso. La solución, la da el propio juego del mercado, que impide de una forma anticipada en la generalidad de los casos, que se lleven a cabo fraudes en materia publicitaria, pues si bien, esta práctica puede otorgar jugosos frutos a corto plazo, lo más posible es que al mediano o largo plazo causen inconvenientes relacionados con la credibilidad e imagen del producto, anunciante y/o de la agencia publicitaria. Por eso, es tan importante el marco que los propios anunciantes se imponen al momento de llevar a cabo la publicidad del producto, puesto que de ello depende el futuro de este.

4.2.- Casos más comunes de relaciones entre los vicios al consentimiento y la publicidad engañosa.-

Los más comunes vicios al consentimiento en que se podría incurrir serán:

A.- Error: El autor Stolfi, define al error como la *falsa representación de la realidad determinada por la ignorancia, es decir por no haber tenido la parte conocimiento de todas las circunstancias que influyen en el acto concertado, o por la equivocación, es decir por no haber valorado exactamente la influencia de dichas circunstancias.*¹³¹

El error, es dividido por la ley y la doctrina en error de hecho y de derecho. Para los estudios de la presente materia, nos interesa la existencia del error de hecho.

*Error de hecho, es la falsa representación, que se tiene por ignorancia o equivocación, de una cosa, hecho, o una persona.*¹³²

Doctrinariamente, a su vez, el error de hecho se subdivide entre *error obstáculo u obstativo* que es aquel que impide u obsta a la formación del consentimiento. El acto, ni siquiera logra adquirir existencia jurídica;¹³³ y el *error vicio*, el cual sí constituye un vicio de la voluntad. En éste, el acuerdo de voluntades existe, pero no es sano, pues se produce una discrepancia entre lo querido y lo declarado, debido a la ignorancia o equivocación.¹³⁴

Dentro del error vicio encontramos al *error sustancial*.¹³⁵

Según Víctor Vial, este error es aquel en que *la víctima atribuye a la cosa objeto del acto o contrato una sustancia o calidad esencial que en realidad no posee*.¹³⁶

La doctrina moderna, no habla de *error sustancial*, sino que más bien de *error sobre las cualidades relevantes de una cosa*, entendiendo por tales, *aquellas determinantes, atrayentes, las que inducen a contratar y sin las cuales una de las partes, al menos, no habría contratado*.¹³⁷

Por lo general, en materia publicitaria, ocurre que el consumidor adquiere bienes o contrata un servicio, que es distinto al que le habían guiado los mensajes publicitarios. En este punto, es donde surge la confluencia entre el *error sustancial* y la publicidad engañosa. Esto, pues aquellas cualidades relevantes que el receptor de la publicidad pretende alcanzar e incorporar a su patrimonio, similar a lo ofrecido, puede no coincidir con lo que realmente será otorgado luego de celebrar el respectivo acto o contrato. Entonces, uno de los caminos a través de los cuales se puede proteger al destinatario de dicho mensaje engañoso, es aplicando las normas del *error sustancial*, pero entendido según la doctrina moderna.^{138 139}

B.- Dolo: Es definido tradicionalmente por la doctrina, como *toda aquella maquinación fraudulenta destinada a que una persona preste su consentimiento para la celebración de un acto o contrato.*¹⁴⁰

Este vicio, lleva en sí la existencia del *engaño provocado*.

Hay que tener presente, que sólo será procedente, cuando a quien afecta, obra como un hombre prudente y capaz, pero de todas formas es engañado.

Sólo se debe considerar el dolo principal y no el incidental. Además, se debe tener en cuenta, que se analizará en cada caso particular a la víctima, la naturaleza del engaño y el tipo y calidad de los productos sobre los cuales recae.¹⁴¹

Tanto el *dolo* como el *error sustancial*, provocan la misma sanción: *La Nulidad relativa o rescisión* del acto jurídico.¹⁴²

5.- Quién debe ser imputado por el engaño producido en la publicidad engañosa.-

5.1.- Se consideró en un primer momento, como responsable por los daños de una publicidad engañosa, en forma exclusiva al *anunciante*.

Con posterioridad, se discutió la posibilidad de ampliar la responsabilidad a otros actores:

5.2.- Así, se planteó que esta responsabilidad, afectara también al *medio de comunicación*. Al respecto existen tres teorías:

A.- Algunos, señalan que el medio obraba como un verdadero *espejo*, esto es, tan sólo sirve para reflejar dicha información, pero *no tiene responsabilidad* en cuanto a la veracidad ni el contenido de ella.

B.- Una tesis contraria, señala que por el hecho de ser un vehículo de la información, debe ser *responsable* de lo que anuncia. Esto, pues el medio recibe un beneficio por la publicidad presentada.

C.- Como última tesis, se planteó que existirá *responsabilidad* del medio tan *sólo* cuando éste ha obtenido un *beneficio* directo en dicho fraude.

5.3.-Otro individuo en discusión, ha sido el *fabricante*, no anunciante del producto. La cuestión, era determinar si este fabricante a pesar de no haber intervenido en la elaboración de la publicidad, tiene o no responsabilidad por el fraude cometido.

A.- En un primer momento, la doctrina y la jurisprudencia se manifestaron contrarios a ello, por no existir un vínculo directo entre ambos.

B.- Con posterioridad, se señaló que siempre debía responder este fabricante por todo daño directo en que se involucre el producto.

C.- Hoy podemos afirmar, que el fabricante será responsable aún *cuando la publicidad se efectúa sin su consentimiento, pero con su conocimiento, y este fabricante no hace algo por evitar el fraude que se ocasiona a costa de su producto*. Por tanto, debería aplicarse una presunción legal en contra del fabricante, la cual sólo podría ser destruida, si este sujeto demuestra que intervino activamente y por todos los medios a su alcance para corregir dicha situación irregular.^{143 144}

II.B.- Publicidad desleal:¹⁴⁵

1.- Introducción:

La libertad de competencia, es una abstracción, una utopía. La libre competencia, se encuentra limitada por las propias deficiencias en los mecanismos del mercado, la falta de homogeneidad de los bienes o servicios, la presencia de los llamados *poderes económicos* o *de mercado*; la intervención del Estado en la actividad económica y por el mismo ordenamiento jurídico, que en aras de otros intereses dignos de tutela sacrifica parcialmente la *libertad competitiva*¹⁴⁶.

El propio ordenamiento, quiere que esa competencia sea respetada, es decir, que no sea restringida a través de prácticas abusivas o colusorias, (*competencia libre*), y que se desenvuelva a través de una conducta correcta (*competencia leal*).

Al hablar sobre la competencia, se debe efectuar una reconstrucción unitaria de esta disciplina, mediante el análisis en conjunto del ilícito concurrencial (*deslealtad*) y al ilícito antitrust (*prácticas restrictivas de la competencia*).

2.- Concurrencia desleal y clientela.-

Según Mario Girón, el tema de la *conurrencia desleal* se origina respecto a la *temática de la clientela*.¹⁴⁷

A su vez, surge el problema si la clientela es o no un concepto avaluable pecuniariamente. De esta forma, la concurrencia se basa en una lucha leal para obtener clientela.

Lo lógico, es que *la clientela se movilice de un oferente a otro conforme a las ventajas o desventajas que ofrecen al público*.¹⁴⁸

Es en este punto, donde adquiere vital importancia la publicidad, al ser posible el engaño al público respecto de la potencialidad propia o ajena, denigración de los concurrentes, o cualquier medio destinado a crear confusión con productos o establecimientos de otros competidores, con lo cual se puede obtener una clientela, apelando a la deslealtad o al obrar antiético.

El problema de la concurrencia desleal, según Girón, se enmarca en la lucha por la obtención de la clientela, el obrar leal de los comerciantes entre si, y los posibles efectos adversos en que se pueda ver involucrado el destinatario al obtener un resultado distinto al que busca.

Según Ramella, la concurrencia desleal, consiste en *todo acto que induzca a error al público sobre cualidades de la propia o ajenas fuerzas de trabajo, o sobre ambas, con miras a acrecentar al propio despacho, y procurarse así un beneficio ilícito en perjuicio de los rivales.*¹⁴⁹

3.- Requisitos o elementos de la concurrencia desleal:^{150 151}

La doctrina ha señalado entre otros:

3.1.- Que el individuo obre con culpa o dolo.

Se debe tener presente, que en algunos casos se podría confundir la imputabilidad con la inmoralidad.¹⁵²

3.2.- No es necesario que se cause un daño efectivo a los demás competidores.

3.3.- Que los individuos obren dentro del mismo ámbito de acción.

Esto es, que efectivamente colisionen sus intereses. Así, ambos deben ser concurrentes respecto a la actividad que realizan. Esta concurrencia, significa que los individuos necesitan que sus actividades sean similares al menos en cuanto a su giro.

3.4.- Por último, se requiere que el territorio en el cual se realizan estos negocios sea el mismo, o al menos tengan una gran influencia uno respecto del otro.¹⁵³

4.- Tipos de competencia desleal:

4.1.- *Clasificación según la Ley Española.-*

La Ley española, clasifica como contrarios al principio de la competencia leal, las siguientes actividades:¹⁵⁴

A.- *Actos de confusión:* En esta primera categoría, se encuentran todos aquellos actos que tienden a provocar una confusión entre los productos o servicios del anunciante, y los productos o servicios de un competidor.

La confusión, puede ser provocada por el uso de nombres, marcas, dibujos, etiquetas, o cualquier otro medio o elemento.

Según la doctrina española, no sólo existe confusión respecto de la denominada *imitación servil*, sino también, en los casos en que exista un *provecho propio del prestigio comercial ajeno*. Así, no sólo cuando se afecta la confusión entre productos o servicios, sino también cuando se afecta a la persona del fabricante o prestador del servicio.

B.- Actos de descrédito: Estos actos, se refieren a la denigración, que comprende *todos los supuestos en que el anunciante exprese afirmaciones falsas respecto de los productos de su competidor; y aquellos en los cuales se expresen afirmaciones verdaderas que puedan considerarse como causantes de un desprestigio o de un menosprecio del competidor.*¹⁵⁵

Por tanto, puede ser personal y directa o impersonal e indirecta.

C.- Actos genéricamente contrarios a las normas de corrección y de los buenos usos mercantiles: Se puede considerar este caso, como una forma de *norma en blanco*, que surge ante la imposibilidad de determinar exhaustivamente todos los supuestos de competencia desleal realizada mediante la publicidad.

4.2.- Clasificación según la doctrina española.-

Según el profesor español Joaquín Garrigues,¹⁵⁶ son formas de competencia desleal las siguientes:

A.- Competencia por afirmación y desarrollo de la propia potencia de trabajo.

B.- Competencia por sugestión. Esto es, mediante el influjo de la opinión pública a través de la publicidad,

C.- Competencia por opresión del competidor. Sea por la directa debilitación de sus fuerzas (competencia por obstáculo), o bien, por la directa debilitación de su reclamo. Esto es, su reputación.

Según dicho autor, *la deslealtad, se determina por el medio empleado en la competencia.*¹⁵⁷ A su vez, determinar si un acto es o no competencia desleal, dependerá exclusivamente de la legislación positiva vigente.

5.- Relación entre Publicidad y Competencia.-

La publicidad, es una actividad que estimula la contratación, al obrar como medio de conocimiento para los consumidores potenciales respecto de lo que produce u ofrece un determinado ente económico. Por eso, esta provoca también una competencia entre los propios oferentes de productos y servicios, al hacer que en atención a la calidad y cantidad de la publicidad, aumente o disminuya, según el caso, la demanda de tales bienes y servicios.

A través del principio de la competencia leal, se persigue que el conjunto de las comunicaciones informativas y manifestaciones persuasivas que constituyen en cada caso la expresión publicitaria, se ajusten por regla general, al principio de la competencia económica leal. Así, se quiere que la actividad publicitaria, no provoque confusión entre mercancías o servicios; ni el descrédito de los competidores o de sus productos o servicios; y en general no sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles. Así, cuando un sistema de derecho positivo carece de preceptos legales que regulen expresamente la competencia, se provoca que el principio de lealtad referido a la actividad publicitaria pierda su eficacia. Esto, pues en la mayoría de los casos en que la publicidad lesione la competencia leal, hará perseguibles dichas lesiones sólo dentro del concepto civil de culpa extracontractual.

6.- Clases de Publicidad Desleal.-

Se ha señalado tres tipos de publicidad desleal.¹⁵⁸ Estas son :

6.1.- Publicidad denigrante:

Esta, es la forma típica de concurrencia desleal. Consiste en *desacreditar la persona, negocio o los productos del competidor, o hacer comparaciones mediante las cuales, los negocios o productos propios, resulten colocados en situación ventajosa respecto de la competencia.*¹⁵⁹

A.- Formas de infracción:

a.- Concurrencia desleal por difamación: Se provoca, a través de calumnias e injurias contra la persona de un competidor, las cuales pueden repercutir sobre este, y traerle mala reputación.

b.- Concurrencia desleal por denigración: Denigración es *todo acto, manifestación o actitud de un comerciante que pueda desacreditar a un concurrente haciéndole perder o disminuir la clientela.*¹⁶⁰

B.- Objetivo de la Publicidad denigrante:

La denigración se puede dirigir a:

a.- La persona del concurrente: Esto, aún cuando lo afirmado no sea constitutivo de injuria ni calumnia, y no se aluda a los productos o negocios de la competencia.

Se refiere esencialmente, a los ataques a la integridad moral del competidor.

Según Zavala, estos ataques provocan mayor daño al ser emitidos en el comienzo de la carrera del competidor.¹⁶¹

b.- Los productos del competidor: En este caso, la denigración se provoca al imputar afirmaciones, sin tener elementos objetivos y sin ser autoridad competente para hacerlo. Esto, a su vez, se refiere a los posibles defectos de fabricación, uso o efectos colaterales de un producto o servicio.

c.- A un grupo de competidores: Esto, a través de afirmaciones relacionadas con los productos, o la persona de los otros competidores.

En doctrina, se discute la situación especial en la cual, lo que se compara son *sistemas*.¹⁶²

La cuestión, sin embargo, nuevamente desemboca en si son meras afirmaciones de hecho comparables; si la comparación se efectúa con fines desleales; o si se basa o no en elementos objetivos.

d.- Publicación de prohibiciones de usar una marca o patente:¹⁶³ El problema, es determinar si de buena o mala fe, uno de los competidores ha utilizado con o sin conocimiento, pero *sin autorización* la propiedad intelectual o industrial ajena. La denigración en este caso, surge al utilizar con excesiva publicidad la comprobación de tal hecho frente al público.

e.- Publicidad de sentencias o resoluciones judiciales que afecten a los competidores: Esto, en el caso de que se publicitara en forma exagerada, una resolución contraria a los intereses del competidor, una sentencia condenatoria, embargo u otra medida precautoria que afecte su reputación ante terceros.

f.- Hacer circular y aprovecharse de rumores tendenciosos: Aún cuando estos hechos sean ciertos. Hacer públicas tales circunstancias, con el objeto de captar la clientela de la competencia, o evitar que estos se acrecienten, resulta ser denigrante.¹⁶⁴

C.- Diferencia entre la Publicidad engañosa y la denigrante:

El autor Ramella,¹⁶⁵ diferencia la *denigración* con la *publicidad engañosa*, en cuanto *esta última es falsa*. Así, esta se caracteriza por ir dirigida respecto del consumidor o destinatario de la misma, intentando dar la apariencia de una oferta más favorable de lo que realmente es, o bien presenta

una apariencia como mensaje publicitario, que no se condice con la realidad. En tanto que en la denigración, lo que existe es un mensaje dirigido a perjudicar el comercio o crédito de aquel contra quien se efectúa. En esta, se pretende desacreditar la mercadería ajena en comparación con la propia.

Sin embargo, nada impide que entre la publicidad falsa o engañosa y la denigración, pueda existir concurso.

El problema, es determinar cuando se está en presencia de la denigración. La respuesta a esto se basará en una cuestión de hecho: Si con la comparación, se pretende confundir o no a los destinatarios de la información, mediante datos no comprobables objetivamente.

De esta forma, la comparación se permite, siempre y cuando no, verse sobre críticas que entrañen juicios u opiniones.

Así, se prohíbe la comparación, aún cuando con esta, no se llegue al extremo de la injuria y la calumnia, al imputar cuestiones que no tienen que ver objetivamente con el resultado final de los productos publicitados. Esto, independiente de que aquella actividad de origen o no a un delito.

Por lo tanto, será denigrante la comparación cuando las críticas se basen en afirmaciones de hecho no comprobables. A lo anterior, hay que agregar que dichas críticas se deben basar en elementos objetivos. Es decir, que sean fácilmente apreciables y comprobables por cualquier individuo, que acceda a los datos que constituyen el parámetro de comparación.

Zavala, concluye que *resulta ser denigrante, en definitiva, difundir hechos desfavorables o contrarios a un concurrente, o capaces de inducir en error al público o influir en la formación de la clientela.*¹⁶⁶

Hay que tener presente, que esa denigración incluso se puede dar sobre la base de que lo que se afirme sean hechos verdaderos. Esto, debido a que lo

trascendente es el propósito de los mismos, y no el juicio valórico que dicha afirmación envuelve.¹⁶⁷

6.2.- Publicidad comparativa:

A.- Problemas previos:

Enrique Aimone,¹⁶⁸ plantea que existe una especie de evolución en esta forma de publicidad.

Así, señala que en un principio, ésta era considerada como *abusiva*, o más bien, como una forma de *competencia desleal*. Sin embargo, con el paso del tiempo, cada vez se le ha considerado más como una forma de publicidad legal, debido a la intensificación de la competencia.

Este autor, no señala cuales serían los marcos en que esta forma de publicidad, no resulta reñida con la moral y la sana competencia.

Esta forma de publicidad, está condicionada por el *contenido* del mensaje publicitario.

La publicidad en general, regulada en los cuerpos normativos o regido por las meras costumbres, admite la posibilidad que tenga el carácter de *comparativa*; siempre y cuando, dicha comparación, se base en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios sobre los cuales esta trata.

De esta forma, la comparación sólo será ilícita, cuando no se basa en datos objetivos. Es decir, sea comprobable empíricamente, por cualquier miembro de la sociedad. Ejemplo: Tasas de interés, porcentajes de concurrencia de algún componente, etc.

Como segunda hipótesis, la comparación debe realizarse sólo entre productos similares, conocidos y con suficiente participación en el mercado.

Podemos concluir, que esta publicidad sólo sería ilícita, *cuando no se apoya en características esenciales afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios. También, cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o bien de limitada participación en el mercado.*¹⁶⁹

B.- Nuestra definición:

Podemos definir a la publicidad comparativa, como *aquella forma de publicidad en que se contraponen las características, naturalezas, consecuencias o efectos de bienes, servicios, personas o productos en general. Esta forma, será ilícita, si los parámetros respecto a los cuales se efectúa la comparación, no son objetivos; si los elementos comparados, no son similares o afines; si poseen una diferente participación en el mercado; y si los estudios o resultados en base a los cuales se compara, no son fácilmente demostrables ante terceros.*

C.- Formas de comparación.¹⁷⁰

a.-Comparación Crítica: Tiende a facilitar a los adquirentes, la posibilidad de comparar las calidades y defectos de los productos.

b.- Comparación parasitaria: Pretende usurpar parte de la reputación de un producto concurrente. Esto, a través de la utilización de la marca o nombre del competidor como referencia. Unánimemente, se plantea que estamos en presencia de esta forma de publicidad desleal, cuando el sujeto no logra a través de sus propios medios, alcanzar cierta fama, renombre o clientela, sino que utiliza el nombre o prestigio ajeno, para quitar clientela ajena, o formar incipientemente la propia.

6.3.- Publicidad que genéricamente resulta ser contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles:

Esta, constituye una forma de norma en blanco, que sirve para comprender todos aquellos atentados que no puedan incorporarse en las situaciones antes señaladas. En este caso, el legislador debe entregar facultades precisas y claras al órgano juzgador, para que aplique criterios correctos a la hora de fallar dichos posibles atentados.

6.4.- Publicidad Imitativa:

Esta forma de publicidad, se define como *aquella que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores. Así, como aquellas que hagan uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, y en general la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles* .

Según algunos autores, sería necesario incorporar este cuarto grupo a la clasificación.¹⁷¹ Aún cuando a nuestro juicio, queda comprendida dentro de la publicidad comparativa.

7.- Casos especiales de publicidad desleal.-

7.1.-Concurrencia y publicidad desleal por liquidaciones y rebajas de precio:¹⁷²

Según Zavala, estamos en presencia de una competencia desleal, cuando ésta se efectúa incontroladamente y de forma poco objetiva. Así, estas *ventas especiales*, provocan que el público concurra atraído por las supuestas ventajas que para él se publicitan.

Éstas ofertas, serán legales, cuando debido a situaciones especiales, como el sobre exceso de stock en los productos, la existencia de excedentes, el término de giro, el término de temporada, cierre de local, etc., se pueda vender dichos productos, con las características ventajosas que publicitan. De

esta forma, lo que se pretende, es vender a un bajo precio, logrando gran beneficio económico ante las elevadas masas de bienes vendidos.

El problema resulta surgir, en el caso de aquellos competidores que teniendo una gran importancia dentro de un círculo de productores o servidores, ofrecen productos bajo el nivel de costo, no con el objeto de obtener ventajas al concurrir grandes grupos de consumidores a adquirirlos, sino que pretenden sacar del mercado como oferentes a la competencia. Así, toman como inversión a futuro dichos costos extras al vender u ofrecer un servicio a bajo valor, o con ciertas ventajas durante determinado lapso de tiempo, haciendo desaparecer a mediano o largo plazo a su competencia del mercado.

El problema para los consumidores, es que si bien tendrán grandes ventajas en lo inmediato, a largo plazo, deberán soportar los costos excesivos que dicho oferente imponga al transformarse en un monopolio, al haber hecho desaparecer a la competencia que tenía en el mercado.

Otro problema frente a los consumidores, es la situación de oferentes, que constantemente anuncian o publicitan la existencia de *liquidaciones* o *rebaja de precios*, lo cual puede no resultar cierto.¹⁷³

7.2.- Concurrencia desleal por imitación o infracciones con marcas de fábrica y patentes:

Se ha discutido en doctrina si esto constituye o no, una trasgresión a la lealtad en la competencia.

Una primera teoría, plantea que no lo es, pues una ley especial protege las transgresiones a ésta materia.¹⁷⁴ Así, por tratarse de un tema específico, no pertenece a la discusión sobre la competencia desleal; quedando comprendida en la publicidad contraria al ordenamiento jurídico.

Otra teoría, plantea que si bien ésta materia es regulada en leyes especiales, de todas formas, se transgrede la competencia leal. Esto, pues el derecho de marcas y la infracción del mismo, son sólo una *especie* dentro del *género* que es la *competencia leal*.

Dentro de la infracción a las normas antes señaladas, hay que considerar el uso del llamado *secondary meaning*. Esto es, *los segundos significados o las palabras que normalmente se adjuntan a una marca comercial, pasando a formar un verdadero complemento del mismo*.¹⁷⁵

Además, se debe tomar en cuenta el posible *uso desdorado de un nombre de un determinado producto*, pues, puede utilizarse su nombre en otro, que si bien, puede pertenecer a un grupo completamente distinto en cuanto al ámbito de competencia, puede causar frente a los consumidores, una grave confusión o desprestigio de dicho primer producto.¹⁷⁶

Respecto de este tema, también se debe considerar el caso del denominado *relleno*. Este es el caso en que se publicita la venta de un producto en un determinado envase. La particularidad, es que al momento de ser adquirido, el producto otorgado dentro del envase es diverso al anunciado.

También se contempla en estos casos, la asimilación en un envase o el cambio de ciertas letras en un determinado nombre de un producto o servicio.¹⁷⁷

7.3.- Caso en que se indica tener el carácter de ex – empleado:

En esta situación, no existiría competencia desleal cuando se mencione que “x” persona fue empleado de “z” empresa de la competencia.

Sin embargo, existiría al utilizar maliciosamente nombres. Esto, aunque sólo sean semejantes en su fonética, pero utilizándolo con el objeto de perjudicar a la competencia.

Los demás casos que surjan sobre este tema, deberán resolverse en cada situación particular, conforme a las posibles normas que regulen este complejo tema.¹⁷⁸

8.- Problemas finales en torno a la Publicidad desleal.-

Los elementos ilícitos de la publicidad desleal, se localizan normalmente en el *mensaje publicitario*. Así, se refieren al *contenido* y a la *forma de presentación*. Esto es, lo que hemos denominado *mensaje básico* y *forma creativa*.

Hay que tener presente, que también se alude con esta forma de publicidad a lo que llamamos *forma de difusión*.¹⁷⁹

Sin embargo, esta forma es muy difícil de imaginar en la práctica, pues se refiere al caso, en que por el sólo hecho de presentar una publicidad en un medio de comunicación, se provoque la denigración, descrédito o menosprecio de la competencia. Esto, sin atender al contenido del mensaje efectuado.

Por último, es preciso tener presente que los supuestos de publicidad desleal, se refieren específicamente a la *comunicación publicitaria de la empresa*.

II.C.- Publicidad subliminal:

1.- Introducción:

Esta forma de publicidad, es aquella, que implica la exposición de los receptores a estímulos que no perciben conscientemente.

Se trata de un tema que ha atraído y causado la perplejidad de los investigadores durante mucho tiempo.

La investigación, ha recorrido una gama de temas que van desde determinar si el sistema de estímulos que conlleva esta publicidad, cambia o no realmente el comportamiento o los hábitos de las personas; hasta determinar los posibles daños psicológicos, que esta forma de publicidad puede ocasionar en sus receptores.

El término *publicidad subliminal*, apareció en los años 50 del siglo XX; siendo acuñado por un investigador de mercado norteamericano llamado *James Vicary*. Éste, aseguraba haber descubierto un medio de llegar a las personas de forma subliminal, insertando mensajes publicitarios en una pantalla con una duración tan breve que los espectadores no los veían conscientemente, pero que obedecían a su influjo.

Vicary dijo que había insertado en un noticiario un único fotograma que la gente había percibido inconscientemente. Por ese medio se habían emitido dos mensajes al auditorio: uno para que comprara Coca-cola, y el otro para que compraran palomitas de maíz.

Vicary aseguraba que las ventas de Coca-cola se habían elevado en un 18%, y las de palomitas cerca de un 58%.¹⁸⁰

La primera referencia documentada sobre técnicas subliminales aplicadas a la publicidad se presentó en junio de 1956 en el London Sunday Times con el título de *Ventas a través del subconsciente*. Pero, desde esa fecha hasta nuestros días, las técnicas subliminales, se han desarrollado en los medios de comunicación de una manera tal, que nos tenemos que plantear el hecho de que puedan provocar serias complicaciones.¹⁸¹

2.- Problemas previos.-

Al ingresar al estudio de esta forma de publicidad, se requiere considerar la definición utilizada por *José Lorenzo Galaz* respecto de la

llamada *percepción subliminal*.¹⁸² Esta, es la captación de un estímulo, que por distintas circunstancias como la baja o falta de atención; o bien la breve duración del mismo, no alcanza la presentación consciente y sin embargo, determina la conducta de la persona al margen de su voluntad consciente.

Por tanto, se refiere a los estímulos que se encuentran *bajo el mínimo sensorial*.

A partir de la *percepción subliminal*, surgen dos conceptos: la *Percepción subliminal* y la *percepción inconsciente*.

La *percepción subliminal*, se caracteriza por contener elementos ocultos al interior del mensaje ofrecido, los cuales, sin embargo, luego de una segunda vista o al tener conocimiento del mismo, serán fácilmente descubiertos por el receptor.

La *percepción inconsciente*, se refiere a los casos en que a través de técnicas especiales, se pretende llegar directamente al inconsciente del individuo.¹⁸³ En este caso, ni siquiera con la máxima atención, se pueden descubrir los subterfugios utilizados, requiriéndose aparatos especiales para reconocerlos.¹⁸⁴

Esta forma encubierta de percepción, es la que plantea mayores problemas.

A pesar de la importante distinción entre ambos términos, en la práctica son utilizados como sinónimos.

3.- Definición.-

La publicidad subliminal, es *aquella en que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, se puede actuar sobre el público destinatario, sin ser conscientemente percibido*.¹⁸⁵

Es indiferente el contenido o forma del mensaje publicitario, o el medio de difusión publicitario utilizado.

Cabe hacer notar, que en la definición señalada, el elemento central es *la falta de percepción consciente del mensaje publicitario*.

Se puede definir de forma más simple esta publicidad, como *la formada por toda percepción que ingresa al subconsciente, sin antes pasar por la parte consciente del sujeto*.

Se debe destacar, que lo subliminal no sólo lo constituyen imágenes y/o símbolos ocultos, sino, *toda forma de percepción que ingresa en forma inadvertida al cerebro*. Así, es posible señalar, que estos anuncios, no sólo se pueden manifestar en forma visual, sino que también sonora.

4.- Principios en contra de los cuales actúa la Publicidad subliminal.-

Esta forma de publicidad, se prohíbe debido a que es contraria al principio de la autenticidad o de identificación que conlleva esta disciplina.

Así, el público en general, tiene derecho a saber cuando está recibiendo un mensaje publicitario.

Esta forma de publicidad, además atenta contra el derecho constitucional de la *dignidad de las personas*.

Esto, porque el individuo tiene derecho a conocer toda forma de comunicación que le es dirigida, y que por tanto afecta su dignidad. La publicidad, siempre se debe efectuar dirigiéndose a la parte consciente del individuo. La publicidad subliminal, en cambio afecta lo más hondo del sujeto. Éste, no conoce el contenido ni el mensaje que se le dirige, perdiendo sus defensas y la posibilidad de rechazar tal información. Aún cuando este mensaje sea contrario a los principios que lo autogobiernan.

Estos actos, constituyen una verdadera manipulación del individuo afectando su dignidad y libertad.

5.- Elementos en los que se basa la Publicidad subliminal.-

Comúnmente, se ha señalado como básicos en esta forma de publicidad ilícita:

5.1.- *El eros*: En cuanto al *sexo*. Debido, a que al presentar a personas semidesnudas, sensuales, en poses sexuales, se provocan sentimientos de diversión, felicidad, deseo, libido en los destinatarios de dicho mensaje. Sensaciones que son deseadas y buscadas por gran parte de la población, y que atraen artificial y rápidamente el inconsciente del sujeto hacia dicho mensaje, independiente del producto publicitado.

5.2.-*Tánatos*: En cuanto a la muerte. El otro elemento que gatilla la atención instantánea del público, es la observación de personas muertas, restos humanos, personas sufriendo torturas o a punto de morir, como también los mensajes respecto de enfermedades mortales o hechos fatales que les pudiesen ocurrir.

Así, la otra cara del *eros* es el *tánatos*, mediante la provocación de sensaciones de miedo, angustia, repulsión, y morbo.

Ambos temas, derriban las barreras y defensas de los sujetos, llegando en forma directa al destinatario.

Las imágenes basadas en ambos temas, son proyectadas continuamente hacia los consumidores. Estos, no perciben los estímulos subliminales, ya que sobre sus ojos, se proyectan simultáneamente, en un segundo plano de la publicidad, flashes subliminales con una palabra de alto contenido emotivo como *CÁNCER* o *SEXO*. La pupila del individuo, se contrae al recibir la

palabra subliminal, señal ésta inequívoca de tensión, ya que la pupila tiende a dilatarse y contraerse ante las situaciones de angustia o tensión.

Lógico es, que dichas palabras transmitidas subliminalmente, alcancen el cerebro del individuo, aunque él crea haber visto únicamente la imagen que aparecía en el primer plano del anuncio, percibiendo inconscientemente y sin barreras el mensaje enviado.

6.- Peligros y críticas a esta forma de Publicidad

La *publicidad subliminal*, vende los productos estimulando el inconsciente del individuo.

La mayor crítica que podemos efectuar a esta forma de publicidad, es que no se presenta de una forma verdadera a los consumidores. Éstos, incluso no logran darse cuenta que son destinatarios del mensaje. De esta forma, se invade la privacidad de los individuos, transgrediendo su autonomía y dignidad.

Por otra parte, merece muchos reparos la inexistencia de estudios, a cerca del impacto que tienen a mediano y largo plazo estas técnicas sobre la psiquis del individuo.

Por último, y relacionado con lo anterior, no existe conciencia sobre el daño que se puede provocar a la sociedad, con el obrar de estos individuos manipulados, y que probablemente se encuentran afectados en su psiquis por estos mensajes.¹⁸⁶

II.D.- Publicidad que afecta en forma específica al ordenamiento jurídico

Este tipo de publicidad ilícita, se refiere a los mensajes publicitarios que afectan *en forma específica* a:

1.- La Constitución Política. Es decir, aquella que afecta los preceptos y garantías establecidas en dicho cuerpo normativo. Por ejemplo, si afecta las

igualdades, el medio ambiente, el derecho de propiedad, la libertad de expresión, la dignidad humana, etc.

2.- Las distintas leyes. Es aquella, referida a las diversas normas con el carácter de leyes (simples, de quórum calificado u orgánicas de la constitución), o normas con rango similar (decretos ley o decretos fuerza de ley) que existen en el ordenamiento, que regulan infinidad de materias como la libre competencia o la seguridad interior del Estado; la que viola las normas relacionadas con el consumo y publicidad de alcohol, tabaco y drogas, etc.

3.- Los diversos reglamentos y decretos. Se refiere, al conjunto de normativa que surge en virtud de la potestad reglamentaria de los órganos del estado, en su función administrativa. Por ejemplo, las que regulan el rotulado de alimentos, zapatos, medicamentos, etc.

4.- Normas dictadas para autorregular la actividad publicitaria por las asociaciones de profesionales o dictadas por las asociaciones de los medios de prensa en su caso, o bien por unos y otros en conjunto. Por ejemplo, en nuestro país, las normas dictadas por el Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (CONAR).

Esencial en esta forma de publicidad ilícita, es que la afección se efectúe a una norma específica.¹⁸⁷

Las normativas afectadas pueden referirse a cualquier aspecto de la comunicación publicitaria¹⁸⁸.

II.E.- OTROS CASOS DE PUBLICIDAD ILÍCITA.-

1.- La publicidad contraria a la moral o las buenas costumbres.-

Estas formas de publicidad, deberían enmarcarse dentro de la publicidad contraria al ordenamiento jurídico, pues ambos términos son recogidos

comúnmente por los cuerpos normativos, a pesar de lo difuso que es encontrar una definición para ellos.¹⁸⁹

Tanto la moral, como las buenas costumbres, resultan esencialmente relativos a la época, lugar y círculo social en que deben operar.

Según el italiano Carrara, el ordenamiento, sólo debe tutelar una *moral media*. Esto es, la que rige a la totalidad de la sociedad y no a grupos que poseen una moral más alta o baja.

Respecto de las buenas costumbres, se debe considerar por el órgano llamado a juzgar, el conjunto de elementos que conforman el *comportamiento considerado como normal* en un determinado tiempo y lugar.

2.- Publicidad Obscena:

Esta forma de publicidad, debería incorporarse dentro de los atentados a la moral. Además, no se refiere a los mensajes publicitarios que se presentan a través de subterfugios o vicios ocultos, sino, aquellas que utilizan el elemento sexual de una forma explícita, pero fuera de lo considerado como normal por la sociedad.

Según Zavala, esta es una de las formas más típicas, en la cual se efectúa la publicidad, al provocar la captación instantánea de atención del público.

Respecto de la *obscenidad*, se debe tener en cuenta la época, el público al cual va dirigido el anuncio, la naturaleza del mismo, el lugar y la hora en que son exhibidos, para efectos de determinar si estamos o no en presencia de él.¹⁹⁰

También, hay que tener presente al público y horario en que va dirigido.¹⁹¹

Tampoco, resulta ser indiferente la forma como se presentan dicho comerciales.¹⁹² Esto, en relación con el mensaje publicitario entregado¹⁹³

Esta forma de publicidad, debe formar parte, al igual que la contraria a la moral, por ser parte de ella, de la *publicidad contra el ordenamiento jurídico*.

3.- Publicidad contraria a instituciones respetables.-

Esta forma de publicidad, también se relaciona con los atentados a la moral.

Normalmente, las instituciones que se sienten aludidas por este tema son:

3.1.- Instituciones religiosas; e

3.2.- Instituciones relativas a temas patrióticos.

Frente a esta materia, se debe proteger los atentados que van en contra de estos grupos como tales, es decir, los que atenten directamente a la institución, sus miembros o signos. Pero no es posible que se haga respetar a terceros temas como son la religión, los valores, posturas filosóficas, históricas, etc. que profesan dichas agrupaciones, los cuales, no necesariamente deben ser compartidos por otros grupos o personas.¹⁹⁴

NOTAS.-

¹¹² SANTAELLA López. Op. cit. pág.106.

¹¹³ V.g. Propaganda para promover la prostitución infantil o el uso de drogas.

¹¹⁴ Ver al respecto el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República Chilena.

¹¹⁵ Ver al respecto Main Sancha, op. cit. pág. 37 a 62, donde realiza un breve estudio sobre la naturaleza jurídica del acto publicitario.

¹¹⁶ En nuestro ordenamiento, esto se ha llamado el Dolo bueno por autores como Víctor Vial del Río, op. cit. pág. 78.

¹¹⁷ Ibid. pág. 77, 92 y 93.

¹¹⁸ Art 44. del Código Civil Chileno.

¹¹⁹ Ver Art.4° de la L.G.P. Española.

¹²⁰ AIMONE Gibson, Enrique. Derecho de Protección del Consumidor. Ed. Conosur. Santiago. 1998. pág. 112.

¹²¹ Ibid.

¹²² Esta forma de publicidad, no es ilícita por el sólo hecho de *perjudicar* al competidor. Es necesario, que se agregue además a esta el carácter de *engañoso*.

¹²³ Ver art.4° inciso 2° de la L.G.P. Española.

¹²⁴ Ver art. 5° de la L.G.P. Española.

¹²⁵ AIMONE Gibson. Op. Cit. pág.112.

¹²⁶ Ver Libro IV, Títulos XI y XII del Código Civil; Libro II, Título IX, infla 7 y 8 del Código Penal; y Título II párrafo 5° y Título III párrafo 1° de Ley 19.496.

¹²⁷ ZAVALA Rodríguez. Op. Cit. pág 290.

¹²⁸ Ver MEZA Barros, Ramón, Manual de Derecho Civil, Editorial Jurídica de Chile. Octava Edición, 1999. Santiago. Tomo I. Pág. 143 a 148.

¹²⁹ ZAVALA Rodríguez, Op. cit. pág. 290.

¹³⁰ Ibidem pág.291.

¹³¹ VIAL del Río, op. cit. pág. 66.

¹³² Ibidem pág. 69.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Hay que tener presente además, las otras dos formas de *error vicio*: El *error esencial* y el *error accidental*.

¹³⁶ Ibidem pág. 74.

¹³⁷ Ibidem. Pág. 75.

¹³⁸ Sobre este error, se debe tener presente la libertad para apreciar la prueba y considerar las prácticas comerciales existentes en dicho lugar y tiempo por el juez.

¹³⁹ Al respecto, ver MAIN Sancha op. cit. pág. 112 a 123, quien agrega otros datos sobre el tema.

¹⁴⁰ Ibidem. pág. 89.

¹⁴¹ Ibidem. pág. 92, 93 y 94.

¹⁴² Para mayor detalle ver VIAL del Río, Op. Cit. Capítulo II.

¹⁴³ Ibid pág. 93, infra 83.

¹⁴⁴ ZAVALA Rodríguez, Op. Cit. pág. 295 a 304.

¹⁴⁵ Esta forma de publicidad ilícita, se caracteriza por ser aplicable en general sólo respecto a la Publicidad comercial.

¹⁴⁶ MENÉNDEZ, Aurelio. Competencia desleal . Ed. Civitas. Madrid. 1988 pág. 22 y 23.

¹⁴⁷ Mario Ghirón; Curso de derecho industrial. Vol.I; Roma 1935., pág. 30. Citado por ZAVALA Rodríguez, op. cit. pág 378.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ RAMELLA, Agostino, Tratado de la Propiedad industrial. 1927, citado por Zavala Rodríguez, op. cit. pág. 379

¹⁵⁰ HUNG Vaillant, op. cit. pág. 75 y ss.

¹⁵¹ ZAVALA Rodríguez. Op. cit. pág 380 y ss.

¹⁵² Se menciona en relación a esto por Zavala, el caso de un comerciante de pompas fúnebres que concurría a prestar sus servicios ante el instituto médico legal cada vez que sabía de la existencia de un difunto. Esto es un acto inmoral, pero no es desleal.

¹⁵³Respecto de la similitud de los negocios, hay que tener en cuenta que estos no es necesario que sean reales y presentes. Pues, sería plenamente factible que se tratara sobre negocios en perspectiva o clientela futura. Esto, por cuanto el sujeto pudo haber invertido sumas considerables de dinero en un proyecto o para la presentación y posterior captación de clientela. No puede ser posible, que este individuo vea lesionado su negocio en perspectiva por el obrar desleal de otro comerciante.

En relación a la etapa en que se ocasiona esta competencia desleal, según Zavala, no estamos en presencia de ella, cuando versa respecto de un competidor pasado o ya desaparecido, por no existir colisión de intereses. Sin embargo, creo que no puede ser dada tan a la ligera dicha solución, por el hecho de que siempre es posible que dicho competidor pueda resurgir y a través por ejemplo de una campaña de denigración o imitación pueda verse afectada la fama que pudo haber logrado en un tiempo pasado un determinado establecimiento comercial obstaculizando de esta forma el posible resurgir de este competidor antes desaparecido.

¹⁵⁴ Ver clasificación de los actos de publicidad desleal en el número 2.5 de este capítulo.

¹⁵⁵ GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Ed.Civitas. Madrid, 1968, pág. 197.

¹⁵⁶ Ibid pág. 197.

¹⁵⁷ Ibid pág.. 198.

¹⁵⁸ ZAVALA Rodríguez, op. cit. pág.401 y siguientes.

¹⁵⁹ Autor de dicha definición.

¹⁶⁰ Quien es autor de dicha definición.

¹⁶¹ Zavala op. cit. pág. 408.

¹⁶² Por ejemplo si resulta ser mejor el plástico o el cobre como conductores de agua

¹⁶³ Ver Ley 17505. Al respecto hay que tener presente en nuestro ordenamiento las normas sobre Propiedad intelectual e industrial.

¹⁶⁴ V.g. publicitar que en un bar o en un hotel, murió una o más personas, porque a la larga, se alejará a la posible clientela actual o potencial del recinto.

¹⁶⁵ Ramella op. cit. tomo I pág.389, citado por ZAVALA Rodríguez, op. cit. pág. 406

¹⁶⁶ Ibid pág. 406.

¹⁶⁷ Ibidem.

¹⁶⁸ AIMONE Gibson, Enrique. Op. Cit. pág.113

¹⁶⁹ Artículo 6 letra E de la LGP Española.

¹⁷⁰ Clasificación, basada en la LGP Española.

¹⁷¹ ZAVALA Rodríguez, op. cit. pág. 230.

¹⁷² Ibid, pág. 232.

¹⁷³ Así, podíamos suponer que dichas casas estarían en quiebra si mantuvieran en constantes liquidaciones u ofertas sus productos o servicios. En estos casos, por tanto lo que existe según nuestro punto de vista, es una publicidad engañosa y no competencia desleal contrariamente a lo que señala Zavala en su obra

¹⁷⁴ Ver Ley de Propiedad intelectual citada.

¹⁷⁵ V.g.:En el caso de la marca deportiva NIKE, frente al *secondary meaning JUST DO IT*.

¹⁷⁶ V.g. si una marca de chocolates se llamara “Garotto nuss” y luego a pareciera un veneno para ratones con el mismo nombre. Si bien ambos no son competencia, se provoca un grave descrédito a la primera de las marcas.

¹⁷⁷ Quizás sea el caso más claro referido a esta materia, los productos provenientes de Asia, especialmente de China Nacionalista, en donde surgen situaciones como por ejemplo el caso de imitación de pilas alcalinas por otras convencionales. El caso más claro es el de la marca “Dubacell”, la cual se intenta asimilar a la prestigiosa marca Duracell. Esto tanto en el envase del producto como en el nombre de ambos productos.

¹⁷⁸ ZAVALA Rodríguez Op. cit. p.451.

¹⁷⁹ Señalar norma de la LGP citada

¹⁸⁰ Este experimento consistía en incorporar cada 24 fotos en una película un mensaje que decía “Come cabritas” y otro que señalaba “Tienes sed: Toma Coca Cola”. Si bien, el resultado es más auspiciador respecto de la comida, hay que considerar que frente al refresco la cifra que la consume es importante si se considera que este experimento se efectuó en pleno invierno estadounidense.

¹⁸¹ Extraído de la página Web URL: <http://www.eseure.edu/protegido/subind.htm>.

¹⁸² Ibid.

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Se plantea aquí por ejemplo el caso de mensajes ocultos a través de técnicas sonoras a frecuencias no audibles por los humanos o bien a través de imágenes en forma de flash a través de medios audiovisuales.

¹⁸⁵ Art. 7° de la LGP

¹⁸⁶ De hecho no es iluso imaginar la posibilidad de “manejar” las decisiones de las masas de receptores mediante esta forma de publicidad, no sólo en el ámbito del consumo, sino que también en el político. Ver al respecto las páginas Web sobre la utilización de estas técnicas en la elección del actual presidente George Bush jr.

¹⁸⁷ En España dicha situación es mucho más clara, pues la L.G.P. establece un marco general para la regulación de las cuestiones publicitarias. Pero existen muchas otras normas que regulan en forma específica ciertos temas publicitarios, v.g. la publicidad de alcoholes y cigarrillos. Entonces sobre las transgresiones a estas normas específicas trata esta última clasificación de la Publicidad ilícita.

¹⁸⁸ Esto es, a la naturaleza y características de los bienes, productos servicios y actividades, requisitos de autorización, registro de publicidad, etc. Pero lo más frecuente, será lo relacionado con la forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios.

¹⁸⁹ Zavala, contempla una clasificación de la publicidad ilícita, en donde incorpora a la publicidad contraria a las buenas costumbres y a la moral, como una forma de publicidad engañosa.

¹⁹⁰ V.g., en la década del 30 en el siglo XX, se pudo haber considerado como obsceno un anuncio para el tratamiento de la celulitis femenina (en el caso que supuestamente haya existido dicho fármaco), en el cual se mostrara a una mujer absolutamente desnuda aplicándose en sus zonas afectadas dicho producto. Lo mismo hubiese existido, al hablar en un anuncio público sobre las disfunciones sexuales masculinas, independiente de que se hayan acompañado imágenes o no en el mismo. Ahora bien, esos mismos productos, no provocan en la mayoría de los medios, ningún tipo de problema para su exhibición.

¹⁹¹ Esto, pues no es lo mismo exhibir el comercial aludido en el pie de página anterior en la franja infantil un sábado en la mañana, que presentarlo durante la tarde entre los programas juveniles o bien en la noche en el horario para adultos.

¹⁹² Así, en el ejemplo aludido, no es lo mismo que se muestre a una mujer o un hombre desnudo aplicándose dicho producto en forma indiferente desde el punto de vista sexual, tal como lo haría la mayoría de los destinatarios del producto; que si se publicitara en medio de juegos sexuales, los cuales se entenderían que no tienen una relación directa

con los atributos del producto anunciado, y su único fin en el mismo, es tratar de llamar la atención de los destinatarios; incurriendo de esta forma en una práctica ilícita e irrespetuosa de su público. Actitud que sin embargo no necesitaría ser censurada por un órgano fiscalizador. Esto pues el mismo público destinatario de dichos productos, es lo suficientemente maduro para saber discriminar la intención del mensaje enviado.

¹⁹³ Según nuestra opinión, éste tema tan sólo debiera ser materia de discusión y regulación respecto de los menores de 16 años, para quienes en la mayoría de las ocasiones se tratará de un tema desconocido o simplemente les provocará tal apasionamiento que les hará perder la objetividad frente al elemento publicitado.

¹⁹⁴ Esto, debido a que se debe tratar en forma igualitaria a todos los integrantes de la sociedad, respetando sus diversas ideas o creencias.

CAPÍTULO TERCERO: LEGISLACIÓN SOBRE LA PUBLICIDAD

I.-Consideraciones previas.-

En este capítulo, se analizarán someramente diversas normativas legales y éticas que regulan la publicidad. Este estudio, se inicia con la Ley General de Publicidad Española, el precepto legal en habla hispana de mayor trascendencia. Con posterioridad, se analiza la normativa legal chilena y el Código de Ética Publicitaria Chileno.

El análisis de estas normas, ha sido escogido en forma arbitraria, recopilando los cuerpos que para el autor poseen mayor importancia sobre el tema en estudio.

Este capítulo, finaliza con el análisis de dos casos sometidos al conocimiento del Consejo Nacional de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR), escogidos con el único objeto de ilustrar las materias en estudio.

II.- Somero análisis de la Ley General de Publicidad N° 34 de 1998

Española.-

II.A.- Definición y ámbito de la Publicidad para esta ley.-

Se define la publicidad como *toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.*¹⁹⁵

Esta definición, es amplia en cuanto a establecer las formas de mensajes que se envían al destinatario. Al hablar de *toda forma de comunicación*,

incorpora las más diversas formas de mensajes, incluyendo todo tipo de presentaciones, medios y formas del mensaje.

Por otra parte, incorpora la más variada forma de emisores del mensaje. Esto, al hablar de *persona física o jurídica, pública o privada*.

Se puede criticar a la ley, que omite señalar que esta actividad, puede ser realizada por entes con o sin fines de lucro.¹⁹⁶ Esto, se corrobora al añadir la definición, que la actividad se realiza *con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones*.

En conclusión, esta *Ley General de Publicidad*, no es tal, pues el propio artículo 2° en su inciso 1°, establece la frase *a los efectos de esta ley*, por lo cual, implícitamente da a entender que fuera de la este cuerpo jurídico, existe *otra definición de publicidad*. Esta tesis, de hecho se reafirma en el artículo 9° segunda parte de esta ley, al indicar que las normas de los contratos publicitarios, regirán incluso respecto de aquellas actividades publicitarias no comprendidas en la definición del artículo 2° inciso 1° de esta ley.

Así, los títulos I y II de esta ley, sólo se refieren a la *Publicidad Comercial* y no a la *Publicidad en General*.

II.B.- Sujetos intervinientes.-

La L.G.P., no realiza un tratamiento sistemático de los partícipes en el proceso publicitario. Sin embargo, se deducen de su normativa:

1.- El emisor o anunciante: Este sujeto, surge del artículo 2, al hablar de la *publicidad*.

Debido al campo restringido que posee esta ley, este sujeto, es quien realiza o emite esta especial forma de comunicación. Puede ser una persona

física o jurídica, pública o privada. Además, para los efectos de esta ley, se requiere que este sujeto realice esta comunicación en uso o ejercicio de una actividad comercial, industrial, profesional o artesanal. La finalidad que posee este sujeto, es promover en forma directa o indirecta la contratación de bienes corporales o incorporeales y/o servicios.

La definición anterior, opera en el contexto general de esta ley. Sin embargo, del capítulo II de la Ley, se extrae una definición que opera en forma estricta para el ámbito del contrato publicitario. Se establece que el anunciante es *la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad*.¹⁹⁷ Insiste en la amplitud de su naturaleza (aunque en forma más acotada que lo señalado en el artículo 2º). Sin embargo, fundamental en esta definición es que la publicidad se realice bajo el interés y encargo de este sujeto.

2.- Destinatarios: Persona a quien se dirige el mensaje. También es la persona a la cual el mensaje alcanza. Por lo tanto, la ley establece un doble concepto en razón si es (1) a quien efectivamente se dirigió la comunicación, o si (2) sólo es alcanzado indirectamente por él.

3.- En el Contrato Publicitario surge la **agencia de publicidad**, que *es la persona natural o jurídica que se dedique profesionalmente y de manera organizada a crear, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante*

Elementos esenciales de este sujeto son (1) la profesionalidad. Esto es, la constitución para realizar habitual y comercialmente, aún cuando no de forma excluyente esta actividad; (2) la organización, esto es, que los sujetos se constituyan de la forma adecuada para llevar a cabo su (3) objetivo, que es

crear, programar o ejecutar publicidad. Por último, es esencial que esta agencia (4) obre como mandatario del anunciante. Es decir, los actos no se radican en su patrimonio, sino, que en quien por cuya cuenta obra.

4.- Medios de publicidad: *Son las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que, de manera habitual y organizada, se dedican a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostentan.*

Destaca en esta definición, la amplia gama de sujetos que pueden desempeñar este papel. En este caso, el legislador español, no alude a la profesionalidad de este sujeto, poniendo énfasis tan sólo en la habitualidad de la actividad realizada. Se debe unir a esto, el elemento organizacional.

El objeto de este sujeto publicitario, es dedicarse a la difusión de publicidad. Son el medio por el cual los anunciantes y agencias expresan o comunican el mensaje.

La difusión publicitaria, se realiza mediante (1) *soportes*, o (2) *medios de comunicación*, cuya titularidad estos sujetos ostentan. El legislador, distinguió ambos términos con el objeto de aclarar que no todo soporte publicitario debe ser o estar necesariamente inserto en un medio de publicidad.¹⁹⁸

II.C.- Formas de Publicidad ilícita.-

El tema más innovador que aborda esta ley, es el tratamiento respecto a la mal denominada *publicidad ilícita*.¹⁹⁹

El Título II, señala los casos de ilícitos a los ojos de esta ley. El tratamiento de este tema, se da en cláusulas amplias, útiles para el desarrollo de la jurisprudencia.

En primer lugar, se trata sobre la publicidad contraria a la dignidad de las personas y a la Constitución Política. Según Santaella²⁰⁰, esta es la única hipótesis en que se podría hablar de Publicidad ilícita, pues se afectaría la totalidad de los elementos intervinientes en este complejo proceso. En esta situación, es indiferente el contenido o la forma que reviste el mensaje.²⁰¹

Frente a los casos de mensaje publicitario ilícito, es la publicidad engañosa la forma más regulada, por la importancia práctica que posee.

Este supuesto, se refiere a los casos en que de cualquier forma (en el fondo o forma), se induce, o puede inducir a error al destinatario respecto de algunas de las circunstancias esenciales que el producto dice poseer.

Esta publicidad, se relaciona con el principio de veracidad.

La L.G.P, trata tres formas en que la publicidad engañosa se presenta: (1) A través de una acción, induciendo a error a los destinatarios; (2) ocasionando un daño a la competencia a través del error causado a los consumidores; o bien (3) mediante la omisión, silenciando datos fundamentales en los destinatarios.

Para aclarar los supuestos señalados en este artículo 4, el artículo 5 de la ley, señala de forma ejemplar, una serie de elementos a tener en vista por el órgano sentenciador que pudiera conocer de un asunto.

En tercer lugar, la LGP, se avoca al estudio de la publicidad desleal, que según se desprende del texto legal, en general no es ilícita, teniendo dicho carácter sólo en los casos que prescribe el artículo 6 de la ley. Este artículo señala tres supuestos de publicidad desleal objetable. Estos casos son: la publicidad denigrante,²⁰² la publicidad comparativa²⁰³ y la publicidad que

genéricamente es contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.²⁰⁴

Las hipótesis de publicidad desleal, se localizan por lo general en el mensaje publicitario. Así, el artículo 6 a) se refiere al *contenido y forma de presentación (mensaje básico y forma creativa* respectivamente). Pero también alude a la *forma de difusión* que provoque la denigración el descrédito o el menosprecio. En este supuesto, cabe pensar en la utilización privilegiada de un medio público en relación a los demás anunciantes que pretendan tener acceso a él.²⁰⁵

En el caso de la publicidad comparativa, el análisis se centra en el contenido del mensaje publicitario. La comparación será lícita, si se basa en datos esenciales, afines y objetivamente demostrables.

Según Santaella, el supuesto más propio de la competencia desleal, es el señalado en el artículo 6 b) de la LGP, cuando a través de confusión, se pretende obtener ventajas a costa del prestigio o calidad ajena.²⁰⁶

En cuarto lugar, encontramos el artículo 7, que señala las normas sobre la publicidad subliminal. En este supuesto de publicidad desleal, resulta indiferente el contenido o forma del mensaje publicitario, o el medio de difusión utilizado al efecto. Lo trascendente, será que esta forma de publicidad se realice mediante técnicas especiales, con las cuales, se estimule el subconsciente del individuo alterado su comportamiento, sin que este sujeto se de cuenta del mensaje enviado.

Así, lo básico en esta forma de publicidad, es la inexistencia de percepción consciente del mensaje publicitario.

Esta forma de publicidad, es prohibida debido a la afección que ocasiona en la libertad y dignidad de las personas.

El último supuesto de publicidad ilícita, es el que hemos denominado *Publicidad Contraria a normas especiales*. Según Santaella,²⁰⁷ se puede distinguir una regulación general de la publicidad contenida en la L.G.P. y otra especial dispersa en diversas normas jurídicas. Esta forma de publicidad ilícita, se refiere a la infracción de dichas normas especiales, las cuales pueden tratar cualquier aspecto de la comunicación publicitaria. Sin embargo, lo normal, será que traten sobre la regulación de forma y condiciones en la difusión de los mensajes publicitarios.

La propia L.G.P., establece en su artículo 8° por mala técnica jurídica, una verdadera reglamentación sobre ciertos bienes.²⁰⁸

Es posible criticar a este título sobre la publicidad ilícita, que en atención a la definición del artículo 2 de la L.G.P., sólo se refiere a la *publicidad comercial*, dejando en desamparo las demás expresiones publicitarias.²⁰⁹

Además, fue erróneo el nombre de este título, pues en la mayoría de estos casos lo que se afecta es el mensaje publicitario y no la publicidad como tal.²¹⁰

II.D.- El contrato Publicitario.-

El análisis efectuado al interior de la ley, es utilizado como modelo en este trabajo para el estudio del contrato publicitario.²¹¹

III.- Ley del Consumidor N° 19.496.-

III.A.- Campo de la ley en relación a la publicidad

Este cuerpo normativo, sólo rige las relaciones jurídicas que existen entre consumidor y proveedor.²¹² De ahí que su articulado, sólo trata la publicidad comercial.

III.B.- Definición de publicidad

Publicidad para esta ley es *la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio.*²¹³

Esta definición, sólo es aplicable a la publicidad comercial. Utiliza en forma adecuada y amplia los términos *comunicación* y *medio idóneo para comunicar*. Pero es demasiado estricta la finalidad que señala para la publicidad (sólo informar y motivar para adquirir un bien o servicio).²¹⁴

Otro defecto, entendible por el objetivo y naturaleza de este cuerpo jurídico, es la limitación de los sujetos intervinientes; pues sólo regula la relación entre proveedor y consumidor.²¹⁵

III.C.- Información básica comercial.-

Se define este elemento como *aquellos datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica*. Esta información, es entregada sólo en los casos que la autoridad a través de una norma lo exige.²¹⁶

III.D.- Sujetos de la publicidad para esta ley.-

El análisis de los sujetos publicitario en esta ley es asistemático y poco desarrollado.

Así, sólo en el artículo 1° número 5, al menos se define y señalan las funciones del *anunciante*, indicando que es *el proveedor de 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 bien busca motivar su adquisición*. Este sujeto envía el mensaje publicitario, independiente que lo haga por si mismo o mediante intermediarios.

El sujeto pasivo de esta relación es el *público*, que es el destinatario de la publicidad. A él, se pretende informar y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio. Es adecuado el nombre de este sujeto, pues no lo restringe al campo de la publicidad comercial, permitiendo una interpretación amplia del sujeto pasivo respecto a la publicidad en general (aún cuando por el contexto de esta ley, necesariamente se le debe restringir a la actividad de consumo).²¹⁷

La ley, en su artículo 34, se refiere fugazmente a los otros sujetos partícipes de esta actividad. Así, deberá entenderse lo que es una *agencia de publicidad*, conforme a las normas y reglas de la interpretación sistemática. Respecto de la definición que en dicho artículo se efectúa de los *medios de comunicación*, se puede señalar que es un tanto estricta, y conviene mantener lo prescrito en el número 4 del artículo 1° de esta ley, en cuanto a *cualquier medio idóneo al efecto* (para difundir la publicidad).

Hay que tener presente que la publicidad, no se difunde necesariamente por *medios de comunicación*. Por ello, conviene más hablar de *medio de difusión*, con lo cual se comprenden soportes publicitarios, que no necesariamente son medios de comunicación.

III.E.- La publicidad ilícita a los ojos de la ley 19.496.-

Los preceptos de esta ley, se refieren en esencia a la publicidad engañosa.²¹⁸ Así, en el artículo 28, se sanciona a los que a sabiendas (es decir dolosamente), o debiendo saberlo (dolo eventual), y mediante cualquier mensaje publicitario, inducen a *error o engaño* a los destinatarios frente a:²¹⁹

1.- Los componentes del producto y el porcentaje en que concurren.

Esta norma, se refiere al rotulado de los productos. El destinatario, adquiere un producto o una composición del mismo, distinto al que quería adquirir. Esto, se ocasiona debido a lo engañoso del envoltorio, o al rotulado del producto.

2.-La idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante.

En esta forma engañosa, existe una intención y acción clara del anunciante para engañar al destinatario respecto del producto publicitado.

3.- Las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de la información comercial.²²⁰ Se repite la misma idea anterior, con la salvedad que en este caso, existe una trasgresión a una norma expresa, que impone requisitos sobre la forma y contenido de la información proporcionada al consumidor.^{221 222}

4.- El precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso, en conformidad a las normas vigentes.²²³

5.- Las condiciones en que opera la garantía.

6.- Su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable.

Sólo por la importancia práctica de estas últimas tres materias, se necesitaba tratarlos en forma específica.

El artículo 33 de la ley establece la norma fundamental respecto a la publicidad engañosa o falsa, al señalar 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 y no contendrá expresiones que induzcan a error o engaño al consumidor*. Así, la ley impone la veracidad de toda información, aún cuando no exista norma particular que regule el rotulado de los productos. Debido a la buena fe en toda relación humana, el oferente o anunciante, debe velar porque todo mensaje sea verídico en su forma, composición y en lo que de él se señala.

En el inciso segundo, se entrega un ejemplo de lo establecido en el inciso anterior de este artículo, respecto del término “garantizado y garantía”.

III.F.- Normas procesales particulares de la publicidad ilícita engañosa o falsa.-

Los artículos 31 y 34 establecen estas normas frente a casos de publicidad ilícita falsa.

Establece que el tribunal de oficio o a petición de parte, decrete la suspensión de la publicidad cuando los antecedentes que se acompañen ante el tribunal, formen la convicción suficiente para hacerlo. Además, el tribunal puede exigir al anunciante que a su costa, enmiende o corrija la publicidad que adolezca del vicio de la falsedad, o que hiciese incurrir en error al destinatario.

Por último, señala una medida prejudicial preparatoria propiamente tal, en virtud de la cual, se puede exigir al medio de difusión o agencia de

publicidad encargados de la difusión o preparación de la respectiva publicidad, la identificación del anunciante o responsable de dicha emisión.²²⁴

III.G.- Otras normas al interior de la ley 19.496.-

Aún cuando no se encuentran del todo relacionadas con la publicidad, vale la pena mencionar las normas del párrafo 2° del título III, respecto a las promociones y ofertas;²²⁵ pues señalan la necesidad, de informar sobre las características y tiempo durante el cual se verificarán dichas situaciones ventajosas.

En caso de no ser posible el cumplimiento de dichas ventajas para el consumidor, el juez adoptará las medidas a petición de parte para hacerlas efectivas.

Por último, el artículo 36, analiza en forma especial el caso de los concursos y sorteos, frente a las formalidades que debe cumplir respecto de ellas el anunciante.

IV.- Otras normas jurídicas aplicables a la publicidad.-

En este punto, trataremos diversas normas, cuyo contenido indirectamente puede ser aplicado al estudio de la publicidad. Estos preceptos, tienen por objeto regular materias diversas, pero su estudio, permite extraer conceptos y normativas aplicables al campo de la publicidad.

IV.1.-Artículo 105 del Código de Comercio.-

Se refiere a las ofertas a personas indeterminadas, efectuadas mediante cualquier forma de anuncio impreso (como catálogos, prospectos, precios corrientes, etc.), las cuales no son obligatorias para quien las efectúa.

Si estos anuncios son a una persona determinada, siempre llevarán la condición implícita que los bienes o servicios ofrecidos, mantengan la misma

situación respecto del precio, lugar en que se encuentran y a que efectivamente existan cuando sean requeridos.

Estas normas propias de la formación del consentimiento, permitirían al oferente cometer evidentes abusos respecto de los destinatarios.

Sin embargo, estas normas del Código de Comercio, tienen una aplicación sólo respecto de las relaciones civiles o entre comerciantes, pues en la relación proveedor -consumidor, existe norma expresa que regula los posibles abusos.²²⁶

IV.2.- Artículos 1454 y 1466 del Código Civil.-

El artículo 1454, trata sobre el error de hecho sustancial o sobre las calidades esenciales. Esta norma, se podrá aplicar de forma supletoria, frente a una posible regulación legal de la Publicidad en el futuro en Chile.²²⁷

El artículo 1466, regula algunos casos de objeto ilícito. Destaca por su relación con la publicidad, el caso de la ilicitud de láminas, pinturas y estatuas consideradas como obscenas. Además, adolecen de objeto ilícito los impresos condenados como abusivos con la libertad de prensa.

La sanción establecida al objeto ilícito, es la nulidad absoluta del acto.

IV.3.- Libro IV, Título XXIV del Código Civil.-

Este título trata sobre la responsabilidad extracontractual que podría originarse producto de la realización de algún acto ilícito. Esta materia, se podría extender al caso en que dicho daño, se ocasione mediante la publicidad ilícita.

IV.4.- Artículos 373, 374 y 495 N° 5 del Código Penal.-

1.- El artículo 374.-

Es la figura que en el Código Penal más se relaciona con la publicidad. Trata sobre los atentados a las buenas costumbres que se puedan cometer mediante alguno de los medios que el legislador señala.

La descripción de esta figura típica, considera como base la idea de *difusión* al público de dichos actos ilícitos.

Además, en este delito, la sanción va a estar condicionada por (1) las circunstancias como se ha efectuado dicha presentación, (2) lo que se entiende al momento de decidir el asunto por buenas costumbres y (3) el sentimiento que despierta en la comunidad dicha actuación.

2.- El artículo 495.-

Este artículo, se encuentra ubicado dentro de las faltas. Indica que se sancionará a 5º *El que públicamente ofendiera el pudor con acciones o dichos deshonestos*. Podría aplicarse esta normativa a la publicidad en el caso en que se ejecutaran acciones que se comprendan en el tipo. Es decir, se ejecuten actos, o se profirieran locuciones o expresiones que afecten el pudor o recato de la comunidad.

3.- El artículo 373.-

Este artículo, establece la figura residual en que se sancionan los atentados a las buenas costumbres, pudor, recato, moral, etc. Es necesario para configurar el tipo, que dicha ofensa se produzca *a través de hechos de grave escándalo o trascendencia*. Por tanto, esta frase de la norma, es la que la hace aplicable respecto de actos relacionados con la publicidad.

Es importante tener presente, que la moral, pudor, buenas costumbres, recato, son los que afectan a la generalidad de la comunidad, y no el que

puedan poseer ciertos grupos o personas que tienen una moral, pudor, buenas costumbres más altas o más bajas que el resto de la población.

IV.5.- Artículo 29 de la Ley 19.496, en relación al Decreto Supremo (D.S.) 297 de 1992 y al D.S. 26 y 236 de 1989.-

Las normas citadas, se refieren al rotulado del calzado, vestuario y alimentos.

El rotulado en estos casos especiales, además de constituir una forma de información básica comercial, constituye sin lugar a dudas, una forma de publicidad para dichos productos.

Trascendente en el artículo 29 de la ley, es la definición sobre el rotulado, lo cual tiene importancia para nuestro estudio.

IV.6.- Ley 18.838 sobre Consejo Nacional de Televisión.-

Los artículos 13 y 33 de esta ley, se refieren en cierta forma a la publicidad. Así el primero de dichos artículos, establece que el Consejo Nacional de Televisión (CNTV), no intervendrá en la programación de los canales de televisión. Pero, podrá entre otras medidas: a) Intervenir para evitar la difusión de películas que no calificó el Consejo de Calificación Cinematográfica, programas y *publicidad* que atenten contra la moral, las buenas costumbres y el orden público.

El artículo 33, señala las sanciones que podrá imponer el CNTV a quien cometa tales actos ilícitos. Estas sanciones, van desde la amonestación hasta la caducidad de la concesión al canal que permita que se incurra en tales ilícitos.²²⁸

IV.7.- Ley 18.700 Orgánica Constitucional sobre votaciones populares y escrutinios.-

Importa para este estudio, lo prescrito el Título I, párrafo 6° de esta ley, llamado “De la propaganda y Publicidad”, donde en el artículo 30, sólo se define la *propaganda electoral*. Al respecto, se indica que es aquella dirigida a inducir a los electores a emitir su voto por candidatos determinados, o a apoyar alguna de las proposiciones sometidas a plebiscito. Además, se indica que sólo se podrá efectuar en las formas y oportunidades que prescribe la ley.

Se caracteriza esta propaganda, porque su finalidad es inducir a los electores a votar por determinado candidato o postura política plebiscitaria. Por tanto, tiene dicho objeto específico. El otro elemento central de la definición, es que sólo se efectúa en el tiempo y forma que la ley establece. De hecho, el legislador señala la prohibición de que dicha propaganda se efectúe por ejemplo vía altoparlantes, videos o cine, salvo que se inserte en una concentración pública. El artículo 32 inciso primero, prohíbe efectuar propaganda estática en espacios públicos o privados (en estos últimos, sin autorización del dueño). El artículo 31, regula por su parte, la forma en que se debe efectuar la propaganda televisiva.

IV.8.-Decreto N° 511, que fija el Texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto ley N° 211 de 1973.-

Este decreto, fija la normativa básica en el país sobre la libre competencia. Para efectos de este estudio, importa lo que se relaciona con la publicidad ilícita de carácter desleal.

A pesar de no referirse en ninguno de sus preceptos, en forma explícita a la publicidad, puede extenderse a dicha materia, lo contemplado en los artículos 1° (ambos incisos) y 2° letra f.

IV.9.- Título II de la Ley 19.039 de 1991 “Establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial”.-

El artículo 19 de esta ley, se refiere a la protección legal sobre la publicidad o propaganda, respecto a las frases secundarias que vienen en conjunto a las marcas comerciales o campañas publicitarias. Al respecto, se establece su protección sólo en el supuesto que dichas frases secundarias publicitarias, vayan unidas a la marca (palabra principal).

Por su parte el artículo 28 letra c) de esta Ley, señala la sanción para quienes utilicen o imiten por un medio de publicidad, una marca registrada, provocando defraudación (publicidad engañosa o imitativa según los antecedentes del caso práctico).

IV.10.- Decreto Supremo 177 de 1991 que aprueba reglamento de la Ley N° 19.039.-

El artículo 23 de este D.S., repite las normas sobre frases comerciales en relación a marcas comerciales, que se mencionó en el artículo 19 de la Ley 19039.

IV.11.- Artículo 65 de la Ley de Mercado de Valores 18.045.-

Este artículo de la ley, establece normas sobre publicidad engañosa, reglamentada especialmente respecto de las entidades partícipes del Mercado de Valores (inciso 1°).

El inciso 2° de este artículo, regula la forma que debe poseer la publicidad emitida mediante soportes publicitarios estáticos (v.g.circulares, folletos, etc.).

Por último, el inciso 3° de este artículo, regula las medidas cautelares para suspender o poner fin a la publicidad engañosa, o que revista dicho carácter, emitida por algún agente partícipe de este mercado de valores.

IV.12.- Artículo 2° de la Ley 19.419, “que regula actividades que indica, relacionadas con el tabaco”.-

Este artículo, regula la forma y oportunidad de la publicidad dirigida o percibida por menores de 18 años, prohibiendo que la referida al tabaco sea accesible a ellos.-

IV.13.- Acuerdo sobre prevención, control , fiscalización y represión del uso indebido y tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sus precursores y productos químicos específicos, celebrado entre otras, por las Repúblicas de Chile y El Salvador (1993); Argentina (1994); Venezuela (1994); Oriental del Uruguay (1994); Jamaica (1994) y Costa Rica (1996).-

En su artículo III, este acuerdo, reconoce novedosamente en nuestro ordenamiento, la existencia de la Publicidad por medios subliminales. Sin embargo, no aclara en que consiste, ni tampoco desarrolla más dicho tema.

V.- El Código Chileno de Ética Publicitaria y CONAR.-

V.A.- El Código Chileno de Ética Publicitaria.-

Este texto, fue aprobado en el año 1986 por la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad (ACHAP), y la Asociación Nacional de Avisadores (ANDA). Dicho cuerpo normativo, que recoge los principios y normas éticas que deben imperar en materia publicitaria, rige hasta hoy con pequeñas modificaciones.

Este cuerpo normativo, al igual que muchos otros a nivel internacional, está basado en las normas del Código Internacional de Prácticas de Publicidad de la Cámara Internacional de Comercio de París. A dicho cuerpo legal, se le han agregado las necesarias complementaciones y adecuaciones a la realidad de nuestro país.

El Código Chileno, es aplicable a todos los avisos o piezas publicitarias que se refieren a productos o servicios dirigidos al público consumidor.

1.- Análisis y alcance del Código.-

1.1.- Normas de Interpretación:

Para fines de este Código, se entiende por aviso una comunicación, por lo general pagada, dirigida al público o a un segmento del mismo, cuyo objetivo es informar a aquellos a quienes se dirige, por cualquier vehículo o canal, incluidos envases y etiquetas, con el propósito de influir en sus opiniones o conducta. Surge la duda respecto al alcance que se debe entregar a esta definición amplia. Para aclarar dicha situación, esta se debe interpretar como un todo respecto a los conceptos de producto y consumidor, los cuales, a primera vista, aluden al campo comercial. Así, el producto es el objeto sobre el cual versa el aviso. La propia definición de producto, señala en su parte final, que debe tratar sobre fines comerciales. Sin embargo, la definición de consumidor, nuevamente deja abierta la idea que este Código trata sobre la publicidad en su totalidad. Esto, pues señala que es consumidor, todo aquel que es alcanzado por el mensaje (sea como usuario final, cliente o individuo objeto de la comunicación).

De lo anterior se evidencia, que la publicidad o los avisos para nuestro Código deben ser entendidos en un sentido amplio.²²⁹

1.2.- Análisis del Código.-

1.2.1.- Marco en que deben emitirse los avisos.-

Este cuerpo, se inicia señalando que *los avisos, deberán ceñirse a las normas de la moral, buenas costumbres y legalidad vigente.*²³⁰ Sin embargo, no indica lo que debe entenderse por infracción a la moral. Respecto a las buenas costumbres, indica que se refieren a las normas sobre decencia.²³¹ Ambos conceptos, para efectos de este Código, deben entenderse como los que prevalecen en la comunidad, o un sector importante de ella.²³²

1.2.2.- Publicidad ilícita.-

Este Código señala en forma dispersa y asistemática el tratamiento de la publicidad ilícita. Además, no alude a todos los casos de esta.

Inicia su estudio, a través, de la forma más común de la publicidad ilícita, como es la engañosa. Así, establece que la publicidad debe evitar el engaño o abuso respecto del público, explicitando que dichos vicios son especialmente sancionables si se refieren al *abuso en la confianza del público, su falta de experiencia, incultura, o se basa en el temor injustificado o supersticiones.*²³³ Desarrolla este tema, el artículo cuarto del Código, al establecer una mezcla de normas relacionadas con la publicidad engañosa y la comparativa. El inciso primero y las letras a, b, c, d, e y g, de dicho artículo se relacionan con la publicidad engañosa.²³⁴

Con posterioridad, el Código se refiere a la situación en que el anunciante efectúe publicidad errónea, bajo el pretexto que luego de emitida, se corregirá dicho error frente al público.²³⁵

Por último, frente a la publicidad engañosa, se regula la forma de los anuncios. Así, se norma la utilización de la gratuidad, con el objeto de no

inducir a error a los consumidores.²³⁶ También se trata la forma de los avisos en los que existen testimonios, personificaciones o doblajes de lo expresado en otro idioma.²³⁷ En estos casos, por una mala técnica jurídica, se alude en forma específica, situaciones de publicidad engañosa, con el sólo objeto de resaltar la importancia de estos casos con más frecuencia en la práctica.

La otra forma de publicidad ilícita tratada, es la desleal. En ella, se distingue entre la publicidad comparativa,²³⁸ por denigración²³⁹; y la publicidad desleal imitativa.²⁴⁰

Dentro de este último tipo de publicidad, surge un concepto novedoso para nuestro estudio como es el *goodwill*, que es *la imagen adquirida de un nombre comercial, símbolo, o campaña publicitaria de un producto o firma*.

1.2.3.-Normas sobre órganos de certificación técnica.-

Su regulación se establece en el artículo 6. Se refiere a los entes técnicos que deberán verificar la verosimilitud de los estudios que los anunciantes exponen en su publicidad.

1.2.4.-Principio de la autenticidad.-

Se establece en el artículo 15 del Código. Se refiere a la necesaria diferenciación que debe existir entre la información enviada en función de agente noticioso, y la publicidad que el emisor puede efectuar a través de sus soportes.

1.2.5.-Respeto a bienes jurídicos particulares.-

Este Código, repite en forma innecesaria, normas relacionadas con el respeto a la intimidad, privacidad, honra, dignidad y propiedad privada de las personas.²⁴¹ Esto, pues la protección a estos bienes jurídicos, se comprende al hablar de respeto a la normativa legal vigente en el país.²⁴² Quizás, fue

necesario repetir dicho marco de acción, para acentuar el respeto a tales bienes jurídicos, que son comúnmente utilizados por la publicidad.

1.2.6.-Respeto a la situación particular en que se encuentran los menores de edad.-

Los artículos 16 y 17, establecen normas especiales dirigidas a los niños y jóvenes, en atención al nivel de madurez que ellos poseen. El artículo 16, se refiere en especial a situaciones de riesgo en que estos se pueden ver envueltos. Por su parte, el artículo 17, enumera diversas consideraciones, que debe existir en la presentación de la publicidad, la forma de los avisos y el mensaje publicitario que se efectúa.

Un especial significado, posee la letra f del artículo 17, pues sus normas podrían extenderse al ámbito de la publicidad subliminal. Sin embargo, por una mala técnica legislativa, se restringe su ámbito sólo al caso en que el sujeto afectado sea un niño o un joven.

Por último, el artículo 18 señala normas especiales para proteger a los niños, frente al tabaco y el alcohol. Además, hace presente el principio de legalidad frente a ambos productos.

1.2.7.-Anexo Niños.-

Por la sensibilidad que posee la utilización y efectos en los niños, se desarrolla este anexo al Código, que establece una serie de normas, que sólo ejemplifican lo prescrito en el artículo 17 del Código. La única norma no contenida en dicho artículo, es la señalada en la letra E del anexo, en cuanto a la necesidad de establecer el precio de los productos o servicios ofertados al público.²⁴³

1.2.8.-Anexo Seguridad.-

Estas normas referidas a los niños, sólo son la enumeración de casos prácticos en que estos se podrían ver envueltos. Para una correcta técnica legislativa, hubiese bastado con lo establecido en el artículo 16 en concordancia al 17 letra a del Código.

1.2.9.-Normas especiales.-

El artículo 19 del Código, se refiere debido a razones prácticas a las características que debe poseer la *publicidad sobre cursos de educación media* (sic). Serán requisitos especiales en estos anuncios la determinación de la validez u reconocimiento oficial de títulos y estudios. Además, de la comprobabilidad de la oferta laboral para quienes obtengan dichos títulos. Esta norma es criticable, pues por una incorrecta técnica legislativa, sólo se habla de *cursos de educación media*, excluyéndose la publicidad de cursos de enseñanza universitaria y técnico profesional. Además, este caso, fácilmente queda incorporado y resguardado por las normas que regulan la publicidad engañosa.

1.2.10.-La responsabilidad en la observancia de las normas de este Código.

Este tema, se trata en los artículos 20 a 22 del Código. Este cuerpo, adhiere al principio que el anunciante es el responsable general de la publicidad. Además, extiende dicha responsabilidad a la agencia de publicidad, entregándole a esta la obligación de proporcionar al anunciante el conjunto de facultades para velar por el correcto desarrollo y ejecución de la publicidad exhibida.

Este Código, establece una cláusula general de responsabilidad respecto de los intervinientes de la publicidad, que se hará valer según el grado de

responsabilidad con que cada uno de ellos interviene en la creación como difusión de los avisos.^{244 245}

2.-Procedimiento ante el CONAR.-

El procedimiento ante este consejo es breve y sumarísimo. Sus principales características son:

2.1.- Puede iniciarse a petición de parte o de oficio por decisión del directorio del CONAR.²⁴⁶ La presentación del reclamo y la contestación por el recurrido, implica aceptar la competencia privativa del CONAR para conocer, investigar, resolver y sancionar las infracciones al Código de Ética Publicitaria y el Reglamento.²⁴⁷

2.2.- Si el proceso se inicia a petición de parte, el recurrente deberá pagar el arancel que señala el reglamento del CONAR.²⁴⁸ En caso fundado, el Consejo podrá eximir de dicho pago.²⁴⁹ Esto, en especial respecto de particulares que recurran ante el Consejo. Dicho arancel, deberá ser nuevamente pagado en caso de apelación ante el Tribunal de Ética Publicitaria.

2.3.- El estudio de los antecedentes y la resolución son muy expeditos. Una vez aceptados a tramitación, los antecedentes pasan a manos de un director relator, según turno rotativo.²⁵⁰

2.4.- El procedimiento es secreto respecto de terceros mientras dura su tramitación. Pero una vez resuelta la contienda, los antecedentes se hacen públicos.²⁵¹

2.5.- Cuando concurren las circunstancias de toda medida precautoria,²⁵² el consejo puede adoptar incluso la suspensión de la publicidad cuestionada.²⁵³

2.6.- El artículo 9° del Reglamento, establece las normas de implicancia para los directores.

2.7.- Acogida a tramitación la reclamación, deberá notificarse a través de alguno de los medios señalados en el artículo 12 inciso 1°. Dicha resolución, debe ser firmada por el Director Relator y el Secretario Ejecutivo.

2.8.- El término de emplazamiento, será de tres días hábiles, contados desde el día siguiente a la notificación, dentro del cual se deberá hacer valer la contestación a la reclamación. El secretario Ejecutivo, podrá prorrogar hasta por un máximo de cinco días hábiles dicho emplazamiento. Sólo el Directorio, podrá entregar un plazo mayor a éste.

2.9.- Los plazos de este procedimiento son de días hábiles. El día sábado, se considera como inhábil.²⁵⁴

2.10.- Transcurrido el término de emplazamiento o evacuada la contestación por el recurrido, el Director Relator deberá presentar su proposición para la resolución del asunto al directorio.²⁵⁵

2.11.- Todo escrito, documento o antecedente presentado al Consejo, se deberá poner en conocimiento del recurrido. Para ello, deberán venir en duplicado y en idioma español o con su respectiva traducción.²⁵⁶

2.12.- Por regla general, la decisión definitiva del asunto no demora más de dos semanas. El artículo 17 del reglamento, establece la forma de los acuerdos del Directorio. Además, en su inciso final, señala normas respecto del voto de minoría.

2.13.- En caso de transgresión a las normas del Código, o el reglamento, el directorio podrá imponer como sanción la corrección, el término o el retiro

de la campaña o pieza publicitaria. Dichas medidas, se acatarán de inmediato por el anunciante o la agencia reclamada.²⁵⁷

2.14.- Contra la resolución del Consejo, procede el recurso de reposición. Este deberá basarse en nuevos antecedentes, y deberá interponerse dentro del plazo de tres días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución.²⁵⁸

2.15.- La doble instancia, sólo opera respecto de los casos de publicidad engañosa o que induce a la confusión de los consumidores.²⁵⁹ El plazo para interponer el recurso de apelación es común e igual con el del recurso de reposición.²⁶⁰ Dicho plazo, no se suspende por la interposición de la reposición. El tribunal de segunda instancia, es el *Tribunal de Ética Publicitaria*. Dicho tribunal, lo conforman eminentes personalidades del país, y contra su resolución no procede recurso alguno.²⁶¹

2.16.- Las resoluciones o acuerdos del Consejo, se estimarán como ejecutoriados una vez resueltos los recursos en su contra, siempre y cuando no procedieran otros. O bien, una vez transcurrido el plazo para interponerlos, sin mediar acción por la parte legitimada para hacerlo.²⁶²

2.17.- Las resoluciones emitidas por el Consejo, deberán registrarse y archivarse debidamente. La difusión oficial de las mismas, se hará a través del boletín informativo del CONAR. Sin embargo, se podrá suspender su difusión o efectuarse por otros medios, como sanción en el caso de no ser acatado lo resuelto por el Consejo.²⁶³

2.18.- Las partes, por el hecho de aceptar la competencia del CONAR para resolver el reclamo, se entiende que renuncian a toda otra acción legal, judicial o administrativa para solucionar dicho conflicto. Esto, respecto de la

contraparte, como de CONAR, o sus directores. El procedimiento para perseguir los posibles daños pecuniarios o morales, no son competencia del CONAR.²⁶⁴

3.-El Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria Chileno (CONAR).-²⁶⁵

3.1.- Orígenes y naturaleza del CONAR.-

El CONAR o Consejo Nacional de Autorregulación y Ética Publicitaria Chileno, es la entidad creada en el año 1987 por la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad (ACHAP), la Asociación Nacional de Avisadores (ANDA) y el canal de televisión de la Universidad de Chile, hoy Chilevisión.

El CONAR es en esencia un Tribunal Arbitral de Honor, al cual se recurre voluntariamente, para que se resuelvan las controversias que se susciten en materia de publicidad comercial.

Esta institución, no posee fines de lucro, tiene personalidad jurídica y su objetivo es autorregular la actividad publicitaria, para que esta se desarrolle en armonía con los principios y normas consagradas por el Código Chileno de Ética Publicitaria.

En la actualidad, son miembros voluntarios del CONAR y como tales se encuentran moralmente obligados a acatar sus decisiones: La Asociación Nacional de Avisadores (ANDA), la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad (ACHAP), la Asociación de Radiodifusores de Chile (ARCHI), la Asociación Nacional de Prensa (ANP), la Asociación de Marketing Directo (AMD), Televisión Nacional de Chile (TVN), Red de Televisión Chilevisión, Red de Televisión La Red, Red de Televisión Mega y Red de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile.²⁶⁶

De la precedente enumeración, se aprecia que se agrupa a las diversas entidades relacionadas con la actividad publicitaria. Asimismo, dichas entidades agrupan a las empresas que se relacionan con la actividad publicitaria.

3.2.- Objetivos del CONAR.-

Los fines u objetivos principales que persigue este Consejo son:

A.- La autorregulación de la publicidad, propendiendo a través de sus recomendaciones y acuerdos, a que los mensajes publicitarios se encuadren dentro de los principios establecidos en el Código Chileno de Ética Publicitaria (legalidad, honestidad, decencia y veracidad).

B.- Difundir y velar por el cumplimiento de los principios y normas de autorregulación contenidos en dicho Código.

C.- Conocer y resolver las denuncias por infracciones al Código, o actuar como árbitro de las controversias que se susciten entre los partícipes de la actividad publicitaria.

3.3.- Financiamiento del CONAR

El financiamiento de este Consejo, se produce a través de las siguientes fuentes:

A.- Cuotas de las entidades matrices,

B.- Donaciones,

C.- Ingresos derivados del arancel de tramitación.²⁶⁷

VI.- Jurisprudencia escogida sobre Publicidad.-

En este punto presentaremos dos casos escogidos sobre publicidad, de la amplia jurisprudencia que posee el CONAR.²⁶⁸

VI.A.- Causa Rol: 414-99.-

1.-Materia: Considerandos B, D y artículo 4° del Código de Ética Publicitaria Chileno.

2.-Recurrente: Telefónica del Sur.

3.-Recurrido: Telefónica ex CTC (Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.).

4.-Publicidad cuestionada: Campaña publicitaria, iniciada el 29 de Agosto de 1999, por la cual se da a conocer el cambio de la denominación e imagen corporativa de *CTC Chile (Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.)* a *Telefónica*. Dicha Publicidad comprende:

4.1.- Lanzamiento de nuevas guías telefónicas período 1999-2000, con fecha 2 de Agosto de 1999, en donde desaparece la sigla *CTC*, sustituyéndola por *Telefónica*.

4.2.- Entrevista en el diario El Mercurio, al gerente general de *CTC*, con fecha 2 de Agosto de 1999, en la cual informa que su empresa con fecha 15 de Agosto incorporará la sigla *Telefónica* en reemplazo de *CTC*.

4.3.- Campaña de Publicidad en diversos medios de difusión, donde se da a conocer la nueva denominación de la Compañía.

4.4.- Utilización de bienes corporativos para dar a conocer dicho cambio de nombre e imagen (camionetas, edificio corporativo, uniformes, etc.).

En los anteriores elementos, se incorpora la sigla *Telefónica*, en manuscrito, de color verde amarillo, inserto en un fondo azul. A esto, en ocasiones, se agrega la imagen del jugador de fútbol Iván Zamorano.

4.5.- Difusión a la salida de las estaciones de Metro, de un diario llamado *La Primera*, semejante al vespertino *La Segunda*, en la cual el jugador Zamorano, indica que *CTC ahora es Telefónica*.

5.-Argumentos del reclamante: Los hechos antes descritos, infringirían los considerandos B, D y los artículos 1, 4 y 13 del Código de Ética Publicitaria.

5.1.- Principios enunciados: Se intenta engañar al público y eliminar a la competencia, pues Telefónica aparece como el único prestador de servicios.

5.2.- Artículo 1º: La campaña sería ilegal. Esto, según informe del Registro de Marcas, pues *Telefónica* es un genérico. Distintos usuarios lo podrían utilizar, pero conjuntamente a un agregado para diferenciarse. Todo intento de apropiarse de este nombre sería ilegal (según artículo 23 letras h y f, además del artículo 20 letra e. Ambos de la ley 19.039). El 31 de Agosto de 1989, *CTC*, apoyó dicha disposición (en esa época *CTC* no pertenecía a Telefónica España, que era quien solicitaba exclusividad del nombre *Telefónica*).

5.3.- Artículo 4º: Se conduce al público a conclusiones erróneas. *Telefónica del Sur* desde el año 1893, opera en las regiones IX X y XI. Además, agrega el término *del Sur*, para evitar confusiones con las demás prestadoras del rubro. La empresa, ha invertido mucho dinero para posesionar dicho nombre en el mercado. Telefónica ex *CTC*, es la prestadora de servicios de comunicación más grande del país. Además, ahora pretende incursionar en el Sur bajo el nombre *Telefónica*, lo cual provoca un evidente perjuicio a la recurrente. Además, Telefónica con esta actitud, pretende asociar el mercado de la telefonía con su empresa, no destacando diferencia con los demás oferentes del mercado.

5.4.- Artículo 13: Por el largo tiempo de utilización del nombre *Telefónica del Sur*, la gente ha acertado tal denominación, llamándola simplemente *Telefónica* o *La Telefónica*, con lo cual este es el goodwill con que es reconocida la empresa en el sur del país.

5.5.- El reclamante solicita sea retirada la campaña publicitaria reclamada, o bien, se ordene la modificación del término *Telefónica*, agregándose por ejemplo en letra más pequeña las palabras *CTC Chile*.

6.-Descargos de la reclamada:

6.1.- Telefónica España tiene registrada su marca *Telefónica* en 133 países. Al ser ampliamente difundida dicha marca en el mundo, no se le puede negar en Chile su uso. Además dicha utilización no es antiética ni antijurídica.

6.2.- Los colores y características de la nueva denominación de *CTC* a *Telefónica*, son muy distintivos y novedosos, por tanto, nadie con “inteligencia sana” podría confundirlos. Además, toda la campaña, ha señalado claramente que *Telefónica* es la ex *CTC*. Con lo anterior, todo consumidor, seguirá prefiriendo la calidad de los servicios y no una sigla.

6.3.- La denunciante, no señala ninguna norma transgredida. De hecho, el informe que indica del departamento de Propiedad industrial, indica que el término *Telefónica* es un genérico. Por tanto, si nadie lo puede utilizar en forma exclusiva, como protección, se podría ocupar sin dichos ánimos por cualquier persona o empresa.

6.4.- la oposición efectuada por la anterior *CTC* a la solicitud de inscripción de *Telefónica*, fue hecha por los anteriores dueños. Por tanto, no se puede imputar a los actuales titulares de la empresa.

6.5.- La recurrida, indica que la denunciante, se contradice en su denuncia, al señalar que en el Sur le conocen como *La Telefónica*. Por tanto, ella se estaría apropiando de dicho término genérico, al señalar que es su *goodwill*.

6.6.- La sigla *Telefónica*, pretende incorporar a esta empresa chilena en un mercado mundial de las telecomunicaciones.

7.- Resolución del CONAR:

7.1.- El CONAR, analiza campañas o piezas publicitarias en su totalidad.

7.2.- No es competencia del consejo determinar la legalidad de una campaña o pieza.

7.3.- El CONAR, analiza los elementos éticos de una campaña o pieza, pero no sus aspectos técnicos, comerciales o legales.

7.4.- El concepto contemporáneo de *Telefónica*, es *empresa o compañía que provee servicios telefónicos y relacionados*. Así, es una palabra común, genérica a un grupo de empresas. Esta palabra, es utilizable por todas ellas, pero no es apropiable. Además, dicha utilización debe ser ética, y no debe inducir al error o engaño de los consumidores.

7.5.- Así, los términos no apropiables, pueden ser utilizado publicitariamente, siempre que se respeten las normas del Código. Así, son usables pero no apropiables.

7.6.- La fuerte campaña de *Telefónica*, producirá al corto plazo una fuerte asociación entre este genérico y dicha empresa, con lo cual, se apropiará a la larga de dicho término genérico. Además, dicho cambio será permanente

en el tiempo. Lo anterior, provocará una apropiación de hecho de la palabra *Telefónica*.

7.7.- Los hechos antes descritos, contradicen los considerandos B, D y el artículo 4° del Código de Ética Publicitaria.

7.8.- Lo anterior, se soluciona agregando un segundo nombre al de *Telefónica*, para no hacerlo aparecer como la única empresa de dicho rubro en el mercado.

8.-Apelación ante el tribunal de Ética publicitaria.

Resolución:

8.1.- Se reproducen los considerandos de primera instancia.

8.2.- La utilización de la palabra *Telefónica*, produciría una clara distorsión en el mercado nacional, pues se crearía confusión con los demás oferentes que también utilizan dicha palabra.

8.3.- Es de pública notoriedad que nadie puede apropiarse de un nombre genérico.

8.4.- La particular y novedosa característica visual del nuevo logo de *Telefónica*, no se hace extensiva a los soportes sonoros. Así, de todas formas se producirá una confusión con este término. Además, dicha particularidad visual, no justifica la apropiación de esta nombre genérico.

8.5.- Se confirma lo resuelto por el Tribunal de primera instancia.

VI.B.- Causa Rol N°450-2000.-

1.-Materia: Artículo 4° del Código de Ética Publicitaria Chileno.

2.-Reclamante: De oficio por el Consejo.

3.-Reclamado: Lotería de Concepción.

4.-Producto: Kino 2000.

5.-Publicidad recurrida: Campaña publicitaria conformada por un conjunto de avisos en relación al sorteo de fin de año del juego de azar KINO 2000.

6.-Fundamentos de la denuncia de oficio:

6.1.- Posible engaño en que habría incurrido dicha campaña publicitaria, al prometer un premio muy superior al efectivamente entregado.

6.2.- CONAR estima como excelente posibilidad para aclarar los conceptos de los juegos de azar, la coyuntura creada en el sorteo del producto KINO 2000.

7.-Descargos de la reclamada:

7.1.- La publicidad, es el mecanismo mediante el cual, se puede posesionar un producto en el mercado. Es necesario, que la publicidad persuada con su mensaje. Introduce e internacionaliza pautas culturales.

7.2.-La publicidad, es engañosa, si su resultado no puede confrontarse con el resultado que puede provocar en la realidad. Así, no sólo se estará al contenido literal del mensaje, sino al efecto que produce en el público. Debe estarse atento a la potencialidad del mensaje. La intencionalidad del oferente y anunciador, carece de relevancia, tal como la voluntad que se expresa en dicho mensaje.

7.3.- Lo importante, es el resultado global de la publicidad, es decir, si las expectativas que el público general se puede crear con el producto debido a la publicidad, se condice con lo que efectivamente se puede cumplir en la práctica.

7.4.- En este caso, se investiga la publicidad de un juego de azar regulado por ley. Esta reclamante, hace ver que existe una infinidad de publicidad sobre concursos que no se enmarcan con ninguna normativa y no los autoriza la ley.

7.5.- Existe una confusión entre la propaganda de los productos KINO 2000 y LOTO MILLENIUM. Así, KINO 2000, se ha apegado estrictamente al marco ético de la publicidad.

7.6.- Es la ley 19.135, artículo 90 la que establece el premio a repartir.

7.8.- KINO 2000, nunca prometió un premio fijo, sino un pozo estimado a repartir, el cual es variable; y se determina según las señales del mercado y la trayectoria histórica de ventas de cartón.

7.9.- No existía precedente de un concurso y cálculo similar en nuestro país respecto a estos sorteos, por lo cual era extremadamente difícil determinar el pozo a repartir.

7.10.- Existió un hecho imprevisto, que no dependió de la Lotería (feriado el día 31 de Diciembre, producto de una ley aprobada en el mes de Diciembre por el gobierno), el cual, influyó negativamente en los cálculos que primitivamente había efectuado la empresa.

7.11.- El sorteo KINO 2000, era un sorteo con las mismas reglas que el KINO normal, por tanto el público debía conocer las reglas.

7.12.- No hubo ganadores del premio mayor, por problemas del azar. Además, el pozo finalmente repartido, sólo fue un 26% por debajo del previamente publicitado y ofrecido.

7.13.-La importancia de la publicidad, radica en la potencialidad del acto, y no en la intención del anunciante ni en la voluntad que reviste dicho anuncio. Lo anterior, debe enmarcarse en los rangos de lo considerado como aceptable por la industria.

7.14.- El 26% de diferencia entre el premio ofrecido y el efectivamente pagado, se encuentra dentro de los márgenes de error aceptable. Además, un

porcentaje importante de apostadores, obtuvo un premio superior al que esperaban.

8.-Resolución del CONAR:

8.1.- CONAR no está contra los juegos de azar, pero vigila las expectativas generadas en los consumidores, respecto a los premios prometidos, y los que finalmente se entregan. Esto, además de los aspectos éticos que ello implica.

8.2.- CONAR, hace sus juicios, partiendo de la base que las empresas a cargo de los juegos de azar, no pretenden la defraudación de los destinatarios.

8.3.- CONAR, toma en cuenta la forma en la determinación de los premios, y que KINO 2000, nunca ha prometido un pozo ni premio fijo.

8.4.- CONAR, estima como esencial el problema de la gran diferencia existente entre las promesas del pozo a repartir y el que efectivamente se entrega; y la confusión entre los términos pozo a repartir y premio mayor. Todo lo anterior, en relación al ambiente de gran expectativa nacional que se produjo en relación a estos sorteos.

8.5.- Los anunciantes, nunca tuvieron la seguridad de alcanzar en algún momento el premio y pozo ofrecidos. Eso, es lo objetable desde un punto de vista ético.

8.6.- La publicidad del anunciante es poco clara y efectiva a la hora de distinguir entre pozo a repartir y premio mayor (gordo).

8.7.-La falta experiencia en estos concursos, debe hacer tomar más precauciones a los avisadores sobre la publicidad de estos juegos de azar.

8.8.- Se presentaron tres comerciales de esta campaña publicitaria, en donde se confundían los conceptos pozo a repartir y premio mayor.

8.9.- Es discutible el argumento que el error entre lo estimado y finalmente entregado fue sólo un 26% por debajo de lo publicitado.

8.10.- CONAR, no asume intenciones por los avisadores, pero se debe evitar los resultados negativos en el público.

8.11.- Se resuelve acoger el reclamo de oficio contra la campaña publicitaria del producto KINO 2000, por el hecho que se ha vulnerado los artículos 4° y 5° del Código de Ética Publicitaria, defraudando al público, al ofrecerle un pozo de gigantescas proporciones, sin haber tenido la certeza de poder cumplir dichas expectativas.

CONAR, recomienda que en futuras campañas, se distinga en la publicidad de Lotería de Concepción, los términos *pozo total estimado a repartir, premio, premio garantizado, pozo a repartir, pozo estimado y pozo acumulado*.

Además, se recomienda crear una cultura ante el público, para que este comprenda la falta de seguridad ante el premio ofrecido.

8.12.- Este reclamo, está relacionado con el artículo 4ª del Código de Ética Publicitaria.

9.-Solicitud de reconsideración por la recurrida:

9.1.- Lotería de Concepción, sostiene que CONAR, debe tomar en cuenta la naturaleza del juego investigado. Así, KINO 2000, forma parte de los juegos de pozo, donde todas las apuestas, forman un pozo conformado por todos los boletos que se venden. Así, las apuestas, pozo y premio son variables. Por tanto, la publicidad debe ajustarse a dicha naturaleza del producto.

9.2.- El requerimiento de oficio de CONAR para este caso, se fundamenta por la gran relevancia del caso, más que por una infracción al Código de Ética publicitaria.

9.3.- No se han aportado antecedentes en autos para demostrar que se han cumplido en forma insuficiente las expectativas del público. De hecho, existen sólo dos denuncias al respecto, lo que demuestra la falta de insatisfacción por el público.

9.4.- Se ha provocado una confusión en el CONAR y la opinión pública, entre los dos sorteos de fin de milenio: KINO 2000 y LOTO MILLENIUM. Es este ultimo producto el que ha provocado grave insatisfacción en el público (cumplió sólo con un 26% del precio publicitado y ofrecido).

9.5.- Se reitera el imprevisto al que se vio sometida Lotería de Concepción, ante la declaración de feriado del día 31 de diciembre (última día de venta del cartón de Kino, que es precisamente el día en que un mayor número de cartones se venden).

9.6.- Es normal que en estos juegos de azar, exista a favor o en contra, un margen de diferencia entre lo ofrecido y finalmente entregado (a favor o en contra de Lotería).

9.7.-Lotería, tomó todos los resguardos, para acertar al pozo estimado a repartir (encargó una serie de estudios, producto de lo cual el margen de error fue tan bajo).

9.8.- Los conceptos *pozo estimado a repartir*, *premio mayor*, y otros, forman parte de la jerga de quienes concurren a estos juegos. Además, quienes celebran estos contratos, se presume conocen el conjunto de reglas, derechos y obligaciones que conllevan para ellos.

9.9.- No es lógico, que Lotería, se vea inhibida de utilizar los códigos antes señalados, que son internacionalmente aceptados.

10.-Resolución a la reconsideración:

10.1.- El CONAR, pretende que se preserve la ética en la publicidad por los anunciantes.

10.2.- Las resoluciones de CONAR, no son un castigo para los involucrados, sólo son una conminación para que estos obren de forma ética.

10.3.- Se confirma la resolución que falló la reclamación de oficio por el CONAR, por la confusión y poca claridad en la terminología utilizada por el anunciante.

10.4.- La información insuficiente, es tan cuestionable como la errada, cuando produce resultados no deseados.

10.5.- Estos juegos de azar, deben ser explícitos, frente a los premios, o limitaciones que poseen, especialmente, cuando existen sorteos especiales, donde participan personas no familiarizadas con estos juegos. Esto, para evitar las malas interpretaciones, o expectativas erradas. El principal capital que poseen los juegos de azar, es la confianza del público-

11.- Apelación:

11.1.- No se oyeron alegatos por la parte recurrida.

11.2.- El tribunal de Honor, hace suyas las consideraciones de primera instancia, y además hace presente que los juegos de azar, se encuentra excepcionalmente autorizados por ley, por eso, su publicidad debe ser tan especialmente cuidadosa, sobre todo en una materia tan sobresaliente como son los premios a entregar.

NOTAS.-

¹⁹⁵ Artículo 2 de la Ley 34 de 1998, General de Publicidad de España.

¹⁹⁶ Así, el legislador español, sólo indica que dicha actividad, se puede realizar *en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional*. Por tanto, conforme al espíritu de esta ley, se entiende que sólo existirá si hay *lucro* de por medio.

¹⁹⁷ Dicha definición, se extrae del artículo 15 y 17 de la LGP Española.

¹⁹⁸ V.g. un cartel en la carretera, es un soporte publicitario, pero no puede considerarse un medio de comunicación. A menos, que dicho mensaje se incluya en televisión, donde si se encontrará en presencia de un medio de comunicación.

¹⁹⁹ Al respecto, ver el Capítulo II de este trabajo “La Publicidad ilícita”.

²⁰⁰ SANTAELLA López, Manuel. El Nuevo Derecho de la Publicidad. Ed. Civitas. Madrid, pág. 106

²⁰¹ En estos casos, el soporte o forma, podría ser ilícito si se utiliza como tal al ser humano; o bien, sería ilícito el contenido, si se hiciera publicidad de ideas político, religiosas o filosóficas que sean contrarias a los valores de la Constitución.

²⁰² Artículo 6 letra a) L.G.P. Española,

²⁰³ Ibid letra b).

²⁰⁴ Ibid letra c) .

²⁰⁵ SANTAELLA López, Manuel, op. cit. pág. 114.

²⁰⁶ Idem pág. 119.

²⁰⁷ Op. cit. pág. 117.

²⁰⁸ Esto, pues la LGP Española, es una norma de carácter general, que no debió regular como un reglamento, las formas específicas de publicidad. A lo más, debió ordenar que una norma de menor rango legal lo hiciera.

²⁰⁹ Especial importancia, posee el caso de publicidad subliminal realizada fuera del ámbito de la publicidad comercial.

²¹⁰ Sólo se afectaría en el caso del artículo 3 letra a) de la LGP Española.

²¹¹ Ver el capítulo Primero punto IV de este trabajo, sobre “Los contratos Publicitarios”.

²¹² Artículo 1º inciso 1º de la Ley 19.496.

²¹³ Artículo 1º N°4 de la Ley 19.496.

²¹⁴ Tal como se establece en el capítulo I de este trabajo, incluso la publicidad comercial posee finalidades diversas a las señaladas en esta ley. Baste sólo como ejemplo, nombrar los casos en que se pretende hacer una campaña institucional respecto de ciertas empresas, o bien aquellos casos en que se pretende una campaña de “no contratar con ciertas empresas o no adquirir ciertos productos”.

²¹⁵ Dejando fuera de este campo, la relación entre proveedores o consumidores.

²¹⁶ Al respecto, ver capítulo Primero, punto I.G de este trabajo.

²¹⁷ Así, es más correcto hablar de *público* que de *consumidor*, el cual sólo existe en el caso que el mensaje enviado, haya conminado y convencido al destinatario del mensaje a comportarse conforme a este (haciéndolo contratar, comprar, adquirir, etc.).

²¹⁸ Ver Título III, Párrafo 1º de la Ley 19.496.

²¹⁹ Estas normas, constituyen una aplicación particular de lo establecido por el legislador civil en el artículo 1454 del Código Civil.

²²⁰ Este, es el único caso que comprende una forma distinta de publicidad ilícita a la engañosa, pues se refiere a la publicidad contraria al ordenamiento

²²¹ El artículo 29 de la ley, establece sanciones para quien no cumpliera con las obligaciones de rotulado. Además el artículo 32, señala las obligaciones que existen respecto al rotulado de los productos (debe efectuarse en idioma castellano; debe ser en términos claros y legibles y conforme al sistema general de pesos y medidas que rige en el país. Esto, no obsta a que adicionalmente se incluyan estos datos adicionalmente en otra unidad, idioma o medida).

²²² V.g. normas sobre rotulado de calzado y alimentos, contenidas en el artículo 29 de la Ley 19.496, en concordancia al Decreto Supremo 297 de 1992 y los decretos supremos 26 y 236 de 1989.

²²³ El artículo 30, regula específicamente las formalidades que debe existir en torno a los precios o tarifas frente a los productos o servicios ofrecidos.

²²⁴ Esto, destaca frente a lo señalado en el artículo 287 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a que no sería necesario señalar la acción, y someramente los fundamentos de la acción que se pretende interponer en este caso, por no existir remisión alguna a lo establecido por el legislador procesal civil en el título IV del libro II del Código de Procedimiento Civil.

²²⁵ Promoción es la práctica comercial, cualquiera sea la forma que se utilice en su difusión, consistentes en el ofrecimiento al público en general de bienes y servicios en condiciones más favorables que las habituales con excepción de aquellas que consisten en una simple rebaja del precio. Oferta es la práctica comercial consistente en el ofrecimiento al público de bienes o servicios a precios rebajados en forma transitoria, en relación con los habituales del respectivo establecimiento.

²²⁶ Ley 19.496, en especial el artículo 3°.

²²⁷ Se debe tener presente en este caso, que las sanciones que se establecen para este tema, sólo protegen las relaciones contractuales a través de la rescisión. Pero nada hacen, para reparar el daño que se pudiese ocasionar a quienes no son partes de dicha relación.

²²⁸ Sin embargo, esta última sanción, sólo se impondrá en los casos que la publicidad sea contraria a los principios establecidos en el artículo 1° inciso final de esta ley. En caso contrario, la sanción más grave será una multa.

²²⁹ Esto, al interpretar este Código, tanto en su letra como espíritu.

²³⁰ Principio de legalidad.

²³¹ El artículo 3° señala un caso, que debería incorporarse como un ejemplo en este artículo, pues señala que mediante la publicidad, no se debe inducir ni realizar actos de violencia.

²³² Artículo 1° del Código de Ética Publicitaria Chileno.

²³³ Artículo 3° del Código.

²³⁴ El inciso segundo de este artículo, se refiere a la publicidad comparativa. La letra f de este artículo, es ambivalente en ambas hipótesis.

²³⁵ Artículo 5° del Código de Ética Publicitaria Chilena.

²³⁶ Ibid. Artículo 7°.

²³⁷ Ibid. Artículo 8°.

²³⁸ Los artículos 10 y 11 del Código, señalan los requisitos que debe reunir la publicidad comparativa para ser lícita.

²³⁹ Artículo 12 del Código de Ética Publicitaria Chilena.

²⁴⁰ Ibid. Artículo 14 en relación al 13. Hay que tomar en cuenta la forma especial de imitación llamada plagio y que se analiza especialmente en el número 1 del artículo 14.

²⁴¹ Ibid. Artículo 9 del Código de Ética Publicitaria Chilena.

²⁴² Ver artículo 19 numerales 4°, 5° y 24° de la Constitución Política de la República, y Código Penal Libro II artículos 373 y 374.

²⁴³ Norma sin mayor aplicación práctica.

²⁴⁴ Ver normas sobre el procedimiento ante el CONAR; donde se trata entre otros temas, las sanciones que puede imponer dicho consejo.

²⁴⁵ La cláusula de responsabilidad, es amplia en cuanto a los sujetos que intervienen, y los elementos de la actividad publicitaria que quedan comprendidos.

²⁴⁶ Artículo 7° inciso 3 del Reglamento del CONAR, establece que al menos, dos directores del consejo, deberán proponer que se inicie de oficio un procedimiento. Estos directores, no podrán ser designados como relatores. Además, deberán entregar toda la información que posean.

²⁴⁷ Artículo 15 inciso 1° del Reglamento del CONAR.

²⁴⁸ En la actualidad, corresponde a 650 dólares.

²⁴⁹ Al respecto, ver artículo 7° del Reglamento de funcionamiento y procedimiento del Conar.

²⁵⁰ Artículo 8° del Reglamento, establece que el secretario ejecutivo del Consejo, resolverá la admisibilidad del reclamo, y le dará curso progresivo a los autos. Sólo el Consejo, podrá revocar la decisión del secretario Ejecutivo, de declarar como inadmisibles un reclamo.

²⁵¹ Artículo 16 del Reglamento del CONAR.

²⁵² CALAMANDREI, Piero, señala en su obra “La providencias cautelares”, que son comunes a toda medida precautoria, los elementos *Humo del buen derecho*, entendido como la posibilidad que la pretensión alegada sea cierta y el *Peligro en la demora*, entendido como que en la posibilidad que sea cierto lo alegado por el actor, debido al paso del tiempo u ocurrencia del mal temido, en definitiva, se vea burlado su derecho.

²⁵³ Artículo 14 del reglamento del CONAR.

²⁵⁴ Ibid. Artículo 12 inciso tercero.

²⁵⁵ Ibid Artículo 11 .

²⁵⁶ Ibid. Artículo 13 incisos primero y tercero.

²⁵⁷ Ibid. Artículo 19.

²⁵⁸ Ibid. Artículo 22 inciso primero.

²⁵⁹ La apelación, sólo procede en el caso de infracción al artículo 4° del Código Chileno de Ética Publicitaria. De ello, se debe dejar constancia expresa en el fallo recurrido.

²⁶⁰ Artículo 22 inciso segundo del Reglamento del CONAR.

²⁶¹ Al respecto ver el Título IV del Reglamento de funcionamiento y Procedimiento del CONAR.

²⁶² Ibid. Artículo 20.

²⁶³ Ibid. Artículo 21.

²⁶⁴ Ibid. Artículo 15 inciso tercero.

²⁶⁵ JAEGER Cousiño, Pablo, op. cit. pág. 5 a 7.

²⁶⁶ El ingreso de este último medio de difusión se produjo con fecha 14 de Noviembre de 2001 y tiene una especial importancia ante la particular visión que sobre temas valóricos posee dicho medio católico.

²⁶⁷ Al respecto se debe tener presente que quien presente un reclamo ante el CONAR, deberá pagar este arancel de tramitación, el cual en la actualidad asciende a 650 dólares. Sin embargo y con el objeto de fomentar e incentivar que los particulares concurren a ejercer sus derechos, el CONAR, puede eximir con resolución fundada a pagar dicho arancel si se solicitare fundadamente.

²⁶⁸ Extraído de Boletín Anual de Jusrisprudencia de CONAR. Años 1999 y 2000. Editado por CONAR: Santiago de Chile.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo, se ha demostrado la trascendencia en la vida cotidiana de la publicidad. Asimismo, ha quedado patente la falta de normativa de este importante tema en nuestro ordenamiento.

A la hora de proponer formas de regulación de la Publicidad, es preciso tener en cuenta el importante aporte efectuado por instancias privadas como el CONAR, entidad chilena a la que es necesario entregarle un respaldo legal en su destacable accionar, para evitar que en un futuro, vea sobrepasado su accionar ético por actores del campo publicitario, que so pretexto de intereses económicos, transgredan los valores que dicha corporación resguarda.

Así, se debe rescatar el tratamiento que el Código de Ética creado por el CONAR efectúa respecto de la Publicidad en general y la publicidad ilícita. Sin embargo, una posible regulación legal, debería ordenar y sistematizar el análisis de dichas materias, estableciendo además, en forma adecuada una definición de publicidad; haciendo un análisis jurídico de ella, y señalando los principios del derecho publicitario. Además se requeriría contemplar el análisis eficaz y sistemático de cada forma de publicidad ilícita junto a la incidencia y relación de dichas formas con nuestro ordenamiento.

En especial, es necesario rescatar legalmente el procedimiento breve y sumario que establece para la resolución de los conflictos el reglamento del CONAR. Esto debido a la eficacia y rapidez con que es capaz de solucionar los diversos conflictos presentados a su conocimiento, protegiendo las relaciones e intereses de los intervinientes en el proceso publicitario.

Sin embargo, es preciso que el ordenamiento, recepcione el

procedimiento y los fallos que este Consejo genera, no con el objeto de quitar la independencia que dicho Consejo posee en la actualidad; sino para precaver los casos en que el fallo no sea cumplido por quienes han sometido el conocimiento del asunto a manos del CONAR.

Por tanto, se debe tomar la experiencia de este cuerpo intermedio de nuestra sociedad como es el CONAR, mantener su accionar independiente en el tiempo, pero, otorgándole un expreso reconocimiento legal; a lo cual hay que agregar el tratamiento sistemático de las normas sustanciales por las que este consejo regirá su obrar.

Pero, sería insuficiente el tratamiento de la publicidad sin contemplar legalmente normas que regulen la responsabilidad por la realización o difusión de publicidad ilícita. Al respecto, se deberían incorporar por ejemplo, leyes que regulen la imputabilidad por el daño y el nexo causal entre estos. Además conforme a la lentitud para hacer efectivos tales derechos a través de la normativa procesal civil, se requiere que el legislador establezca normas para que mediante un procedimiento especial breve y sumario se regule rápidamente la responsabilidad por el posible daño ocasionado.

Por otra parte, es preciso que en un ordenamiento como el nuestro, donde cada día tiene más importancia la materia publicitaria, se establezca un marco regulatorio que señale normativas especiales para el ámbito del contrato publicitario y las relaciones jurídicas entre los sujetos que en él intervienen.

De esta forma las medidas que concretamente proponemos para alcanzar tales objetivos son:

- 1.- Legislar sobre el concepto de Publicidad, comprendiendo en ella ambos aspectos (publicidad comercial y no comercial); señalando el sentido y alcance

de estas, en conjunto a las definiciones que a dichos conceptos se relacionan (v.g. publicidad institucional).

2.- Incorporar legalmente los principios de la publicidad, para orientar el espíritu y sentido de la normativa publicitaria. Esto, además servirá para interpretar en forma práctica dicha legislación.

3.- Efectuar un breve análisis en la ley de la estructura jurídica que posee la publicidad.

4.- Señalar legalmente una definición, análisis y sanciones para cada tipo de publicidad ilícita. En especial, tratar la naturaleza y alcance de la publicidad engañosa y desleal. Además, reconocer en forma expresa las diversas formas de publicidad contraria al ordenamiento; señalando sanciones específicas para estas, independiente de las que se pueda establecer en la norma que describa dichas conductas ilícitas.

5.- Reconocer en forma expresa la publicidad subliminal, definirla, distinguir entre mensaje subliminal y aquel que sólo es oculto; estableciendo sanciones especiales a esta forma de publicidad.

6.- Regular legalmente presunciones de responsabilidad para cada una de las formas de publicidad ilícita, con el objeto de facilitar la carga probatoria de quien se vea afectado por alguno de estos actos ilícitos.

7.-Reconocer por ley el procedimiento breve y sumario que establece el reglamento del CONAR para solucionar las diversas controversias que surgen en torno a la publicidad ilícita. Ambas instancias de dicho procedimiento, deben equipararse con todas sus calidades y efectos al procedimiento arbitral que reconocen los Códigos de Procedimiento Civil y Orgánico de Tribunales Chilenos.

8.- En virtud de las resoluciones que pueda establecer el CONAR y conforme a las normas especiales de responsabilidad por la publicidad ilícita realizada o difundida, se debe establecer un procedimiento breve y sumario tramitado por un tribunal especial (que podría ser v.g. un tribunal arbitral), mediante el cual se regule el pago de indemnizaciones en virtud del daño ocasionado.

9.- Definir y regular cada una de las formas de contratos publicitarios (en este trabajo, sólo se presentaron a modo ejemplificador las principales formas que en la práctica se presentan). Además se deben establecer legalmente sus características y reconocer a los sujetos que en él intervienen.

En virtud de la recepción por el ordenamiento de las propuestas antes señaladas, nuestra legislación podría estar al nivel de los países cuyas normativas tienen la vanguardia en materia publicitaria (como España), en una época en que la información y la publicidad constituyen sendos motores de la globalización y el libre mercado impuestos a nuestros pueblos por las potencias económicas occidentales.

BIBLIOGRAFÍA

I.- LIBROS*

- ACOSTA Estévez, José. Tratamiento Jurídico de la Publicidad Ilícita en el nuevo Derecho de la Publicidad. Madrid. Revista de Derecho Mercantil. N° 93.
- AIMONE Gibson, Enrique. Derecho de protección al consumidor. Editorial Conosur. Santiago. 1998.
- BENN, Alec. Los 27 errores más comunes en publicidad. Grupo Editorial Norma. Santa Fe de Bogotá. 1991.
- HUNG Vaillant, Francisco. La regulación de la actividad publicitaria. Colección de Trabajos de Ascenso. Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- ISRAEL, Alberto. "Publicidad técnica y práctica. Editorial IDB. Consultores de Publicidad y comunicación. Santiago. 1989.
- MENÉNDEZ Menéndez, Aurelio. Competencia desleal. Editorial Civitas. Madrid. 1988.
- MEZA Barros, Ramón. Manual de Derecho Civil. Editorial Jurídica de Chile. 1999. Santiago.
- SANTAELLA López, Manuel. El nuevo derecho de la publicidad. Madrid. Editorial Civitas. 1989.
- SILVA Délano, Alfonso. Los abusos de la Publicidad. Editorial Jurídica. Santiago. 1960.
- VIAL Del Río, Víctor. Manual de Derecho Civil: Los actos Jurídicos. Talleres de la Universidad católica. Santiago. 1984.
- ZAVALA Rodríguez, Juan Carlos. Publicidad Comercial. Buenos Aires. Editorial Depalma. 1947.

II.- BOLETINES

- Boletín anual informativo de Jurisprudencia de CONAR. Años 1999 y 2000.
- JAEGER Cousiño, Pablo. Consejo de Autorregulación Publicitaria y Código de Ética Publicitaria. Boletín informativo. CONAR. Santiago. 2001.

III.- TESIS Y MEMORIAS

- FUENZALIDA Vives, José Vicente. Constitucionalidad y legalidad de CONAR como órgano de autocontrol y autorregulación en materia publicitaria. Tesis. Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile. Julio de 1997.
- MAIN Sancha, Marcela. Publicidad: Una herramienta de protección al consumidor. Tesis. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago. 1993.
- PERELLÓ Cortés, Paola. Tratamiento de la información en prensa escrita sobre autorregulación publicitaria. Tesis. Facultad de Periodismo de la Universidad Las Condes. 1995.

IV.- TEXTOS LEGALES NACIONALES

- Acuerdo sobre prevención, control, fiscalización y represión del uso indebido y tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sus precursores y productos químicos específicos, celebrados entre otras, por las Repúblicas de Chile y El Salvador (1993); Argentina (1994); Venezuela (1994); Oriental del Uruguay (1994); Jamaica (1994) y Costa Rica (1996).
- Código Civil.

* La Bibliografía de Libros, comprende algunos textos que si bien, no son citados en forma específica a lo largo del presente

- Código de Comercio.
- Código de Procedimiento Civil.
- Código Penal.
- Constitución Política de la República de Chile.
- Decreto N° 511, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973.
- Decreto Supremo 177 de 1991.
- Decreto Supremo 236 de 1989.
- Decreto Supremo 26 de 1989.
- Decreto Supremo 297 de 1992.
- Ley 16.643 sobre Abusos de Publicidad.
- Ley 17.105 sobre Alcoholes, Bebidas Alcohólicas y Vinagres.
- Ley 18.045 sobre Mercado de Valores.
- Ley 18.700 Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios.
- Ley 18.838 sobre Consejo Nacional de Televisión.
- Ley 19.039 que Establece Normas Aplicables a los Privilegios Industriales y Protección a los Derechos de Propiedad Industrial.
- Ley 19.419 que Regula Actividades que Indica, Relacionadas con el Tabaco.
- Ley 19.496 del Consumidor.
- Ley sobre Loterías de 1° de Septiembre de 1890.

IV.- TEXTOS LEGALES EN DERECHO COMPARADO

- Ley General de Publicidad Española N° 34 de 1998.

V.- CÓDIGOS DE ÉTICA

- Código de Ética y Autorregulación Publicitaria Brasileño.
- Código de Ética y Autorregulación Publicitaria Chileno.
- Código de Ética y Autorregulación Publicitaria Ecuatoriano.