



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Comercial

**ALCANCES DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN CHILE Y SU
TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Juan Pablo Hachim Steger

Profesor Guía: Rodrigo Cooper Cortés

Santiago, Chile 2020

Índice

1. INTRODUCCIÓN	4
2. CONCEPTO DE PUBLICIDAD COMPARATIVA	6
a. Elementos Constitutivos de la Publicidad Comparativa	12
I. Confrontación pública realizada en el marco de una actividad publicitaria	
II. Referencia a uno o varios competidores	
III. Objeto de la comparación	
IV. Finalidad comparativa	
b. Principios Jurídicos que Informan la Actividad Publicitaria y su Aplicación ...	16
I. Principio de Legalidad	
II. Principio de Veracidad	
III. Principio de Comprobabilidad	
IV. Principio de Integración Publicitaria	
V. Principio de Disponibilidad y Acceso a la Información.	
VI. Principio de Autenticidad	
VII. Principio del Respeto a la Competencia	
VIII. Principio de Autosuficiencia del Soporte Publicitario	
c. Ejemplos de Publicidad Comparativa	21
3. DEBATE EN TORNO A LOS BENEFICIOS Y PROBLEMAS DEL USO DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA	26
I. Beneficios respecto al uso de la Publicidad Comparativa	
II. Problemas respecto al uso de la Publicidad Comparativa	
4. DIFICULTADES DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA A LA LUZ DEL DERECHO DE MARCAS	34
5. PUBLICIDAD COMPARATIVA EN CHILE.....	40
a. Historia de la Publicidad Comparativa en Chile	43
b. Rol del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR)	45
c. Composición del CONAR y su Procedimiento	46
d. Jurisprudencia del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria	50
e. Rol de las antiguas Comisiones Antimonopolio e importancia de su jurisprudencia.....	54

f. Primer caso de Publicidad Comparativa televisiva en nuestro país.....	56
g. Ejemplos de Publicidad Comparativa en Chile	57
6. PUBLICIDAD COMPARATIVA EN EL DERECHO COMPARADO	58
a. Publicidad Comparativa en Estados Unidos.....	58
b. Publicidad Comparativa en Alemania.....	61
c. Publicidad Comparativa en España	64
7. PUBLICIDAD COMPARATIVA DESLEAL	67
a. Diferencias entre Publicidad Comparativa y Publicidad Engañosa	69
b. Ejemplos de Publicidad Engañosa	71
c. Ejemplos de Publicidad Comparativa Desleal	73
d. Jurisprudencia Publicidad Comparativa en sede de competencia desleal ...	75
8. FORMAS DE PROTECCIÓN DE LAS MARCAS COMERCIALES FRENTE A LA PUBLICIDAD COMPARATIVA.....	88
9. CONCLUSIONES	94
10. BIBLIOGRAFÍA.....	96

1. Introducción

El presente trabajo pretende realizar una mirada sobre el panorama actual de la Publicidad Comparativa en nuestro país, las formas en que esta se utiliza, formas en que se regula y limita su utilización desde el punto de vista ético, de su licitud e ilicitud, y formas en que se protegen los derechos relativos a las marcas comerciales que intervienen, tanto de manera activa como pasiva durante las campañas publicitarias, así como también las herramientas o medios que sus titulares tienen para proteger sus intereses jurídicos legítimos cuando estos son vulnerados.

Para ello, y dado que la Publicidad Comparativa es una técnica publicitaria relativamente poco desarrollada y estudiada en nuestro país, se realizará un análisis del tratamiento que se le da en las principales legislaciones del derecho comparado, para luego constatar la situación en la que se encuentra Chile en esta materia. Para esto, se tomarán en cuenta los aspectos de aceptación de esta práctica, límites, y formas de protección de los derechos de los titulares de las marcas comerciales que se le da en el extranjero, para luego obtener conclusiones que nos permitan saber en qué situación nos encontramos actualmente como país y cómo podríamos avanzar en esta materia en orden a brindar una mayor protección y seguridad a las marcas comerciales y de paso a los consumidores, que son al fin y al cabo los entes vulnerables y que se ven mayormente afectados en casos relativos a publicidad.

Para comenzar a abordar los temas anteriormente mencionados, en primer lugar se definirá qué es la Publicidad, luego se definirá y se delimitará lo que es la Publicidad Comparativa, y se presentarán las diferentes posturas y principales argumentos a favor y en contra del uso de esta práctica publicitaria (beneficios y problemas de esta forma publicitaria), desde el punto de vista de los beneficios para el mercado y para la competencia y, por otro lado, desde el punto de vista de los problemas jurídicos (controversias) e infracciones en materia regulatoria que el mal uso de esta práctica publicitaria podría generar, principalmente en materia de

propiedad industrial y, en específico, teniendo en consideración los problemas relativos a los derechos de los titulares de las marcas comerciales que podrían verse afectados. Todo esto, a la luz de lo señalado en la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial, la Ley 20.169 sobre Competencia Desleal, la Ley 19.496 sobre la Protección de los Derechos de los Consumidores, y sin dejar de lado, desde un punto de vista ético, lo señalado por el Código Chileno de Ética Publicitaria, del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (en adelante CONAR).

En segundo lugar, se explicará el tratamiento de esta técnica publicitaria en Chile y las formas de control, ahondando principalmente en el rol del CONAR en esta materia y su Código de Ética, haciendo un análisis de su jurisprudencia, los aspectos procedimentales de las reclamaciones ante el CONAR y el peso u obediencia que las decisiones de este órgano tienen en la práctica, pese a no contar con facultad de imperio, según veremos más adelante.

En tercer lugar –y de acuerdo con lo mencionado en párrafos anteriores– se hará un análisis respecto de esta técnica publicitaria en las principales legislaciones del derecho comparado, para de esta forma ver en qué situación estamos frente a otras legislaciones.

En cuarto lugar, se analizará el tema de la Publicidad Comparativa Desleal, señalando y explicando las diferencias entre Publicidad Comparativa Desleal y Publicidad Engañosa,¹ los límites que existen entre ambas y su regulación en la Ley 20.169 sobre Competencia Desleal.

Por último, hablaremos sobre las herramientas o medios de protección que los titulares de las marcas comerciales tienen frente a la Publicidad Comparativa Desleal en nuestro país, y haremos un paralelo con las formas de protección que existen en el derecho comparado, para luego, en base a esto, dar paso a las conclusiones de este trabajo.

¹ La Publicidad Engañosa, como se explicará más adelante, no necesariamente es Publicidad Comparativa.

2. Concepto de Publicidad Comparativa

Para comenzar a introducirnos en el tema de la Publicidad Comparativa, es menester en primer lugar referirnos, a grandes rasgos, a qué se entiende por Publicidad, para luego abocarnos al tema central que nos atañe. La Publicidad, en palabras del Diccionario de la Real Academia Española (RAE), se define como la “Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”². En otras palabras, y desde la perspectiva de la autorregulación en materia de publicidad, el Código Chileno de Ética Publicitaria, la define como “Toda forma de comunicación dirigida al público o a un segmento del mismo con el propósito de informar o influir en sus opiniones o conductas, a través de cualquier canal, plataforma o medio de comunicación, incluyendo promociones, patrocinios y *placements*³, así como el marketing directo y basado en datos, y otras actividades o eventos realizados con fines comerciales y/o de competir con otras alternativas”⁴.

Así mismo, nuestra legislación en materia de derecho de consumo, define lo que es la Publicidad, en la ley N°19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, señalando en su artículo 1° número 4, que la Publicidad 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, entendiéndose incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato. Son condiciones objetivas aquellas señaladas en el artículo 28.”

La Publicidad entonces, siguiendo las definiciones antes señaladas, y en concordancia con las características clásicas de la Publicidad moderna que en

² Diccionario Real Academia de la Lengua Española [En Línea: 21-04-2020], <<https://dle.rae.es/?id=UYKIUUK>>.

³ “*Placement*” o Publicidad de emplazamiento es una técnica publicitaria que consiste en la inserción de un producto, marca o mensaje en el contexto principalmente de una serie de televisión, programa o película. [En Línea: 22-04-2020], <<http://www.foromarketing.com/diccionario/product-placement/>>.

⁴ Definición de Publicidad, Código Chileno De Ética Publicitaria (2018).

dichas definiciones se recogen, debe entenderse compuesta de 2 elementos. Por un lado, un elemento “objetivo” (relativo al carácter informativo que reviste la Publicidad) y por otro un elemento “subjetivo” (relativo al afán o finalidad de motivar, seducir o persuadir al consumidor para que contrate).⁵

Estos dos elementos, consistentes en (i) informar acerca de las supuestas características o cualidades que se le atribuyen al producto o servicio, y (ii) persuadir o convencer a los consumidores o sujetos pasivos de la publicidad y “motivarlos a adquirir o contratar un bien o servicio”, mencionados anteriormente, constituyen la base de lo que es y debe ser la publicidad según veremos.

Respecto a lo anterior, es posible adelantar desde ya, que aparece de manifiesto la importancia y necesidad de que esta información entregada por el sujeto activo de la publicidad (o anunciante), sea “veraz y comprobable”, ya que de lo contrario perdería el sentido de lo que es la publicidad en sí y se podría incurrir en “Publicidad Engañosa” o “Publicidad Falsa”, según analizaremos en la sección 5 de este trabajo, lo cual sería una vulneración flagrante de los derechos e intereses de los consumidores.⁶

La Importancia de la “veracidad y comprobabilidad”⁷ en la Publicidad, radica en que, en nuestro ordenamiento jurídico, la Publicidad tiene un fuerte componente informativo en relación a los bienes o servicios ofrecidos a través de ella, y tal carácter esencialmente informativo es el que hace necesarias las exigencias mínimas de veracidad y comprobabilidad (entre otras) que establece nuestro legislador y que se consagran y materializan en la ley N°19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores.⁸

⁵ SERNAC (21 de marzo de 2019), Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales, P. 7.

⁶ Relacionado con el artículo 28 de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, y el artículo 8° del Código Chileno de Ética Publicitaria (2018).

⁷ Ambos principios, en conjunto con los demás principios que informan a actividad publicitaria, serán explicados más adelante en la sección relativa a los “Principios Jurídicos que Informan la Actividad Publicitaria y su Aplicación”.

⁸ Dichos Principios, tanto el de veracidad como el de comprobabilidad, se encuentran consagrados en la ley N°19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, principalmente en los artículos 3 inciso 1° letra b) y artículo 33 respectivamente. De igual forma, y debido a su importancia e implicancia en la toma de decisiones por parte de los consumidores, nuestro legislador manifiesta dichos principios relativos a la

Habiendo aclarado someramente lo que se entiende por Publicidad, ahora corresponde referirnos al tema central de este trabajo, es decir acerca de lo que se entiende por Publicidad Comparativa.

Desde una mirada doctrinaria, la Publicidad Comparativa ha sido definida tradicionalmente como una “práctica publicitaria consistente en la confrontación pública de la actividad, prestaciones o establecimientos propios con la actividad, prestaciones o establecimientos de un tercero, hecha precisamente con el objeto de resaltar, de forma directa o indirecta, la primacía o la mayor conveniencia de la propia oferta sobre la del tercero o de los terceros afectados por la confrontación.”⁹ Esta definición introducida por Fernández-Nóvoa, si bien en cierto constituye una buena aproximación a lo que debe entenderse por Publicidad Comparativa, lo cual se traduce en que haya sido recogida en diversos cuerpos normativos en el derecho comparado (entre los cuales destaca la primera redacción de la ley general de Publicidad española), y que a su vez sea recogida por nuestro Código de Ética publicitaria, aquello no obsta a que esté exenta de críticas y controversias.¹⁰

Parte de la doctrina señala que dicha definición entiende la Publicidad Comparativa desde un punto de vista excesivamente acotado y estricto, y más bien se inclinan por definir la Publicidad Comparativa en términos más amplios señalando que es “toda aquella forma de publicidad que nombre o identifique de forma explícita o implícita una o varias marcas de la competencia, en términos de atributos específicos o globales del producto”.¹¹ Dichos autores, utilizan rasgos distintos de los

Publicidad, en diversos otros cuerpos normativos, entre los cuales destacan, en materia Inmobiliaria, la “Ley General de Urbanismo y Construcciones”, en materia de alimentos, el Decreto N°977 “Reglamento Sanitario de los Alimentos”, en materia de productos farmacéuticos, Decreto N°3 que “Aprueba Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos farmacéuticos de uso humano”, entre otros.

⁹FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos. (1989) Estudios de Derecho de la Publicidad, Universidad de Santiago de Compostela. Pp. 205-208.

¹⁰ MASSAGUER FUENTES, José. La Publicidad Comparativa. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXV (2004), Instituto de Derecho Industrial, Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, España. P. 195.

¹¹ DEL BARRIO GARCIA, Salvador. La Publicidad Comparativa y sus Potenciales Beneficios sobre la Información del Consumidor: Un Estudio Empírico, Universidad de Granada. Pp. 41 y 42. Al igual que del Barrio García, muchos otros autores se han inclinado por la concepción amplia del término Publicidad Comparativa, de entre los cuales destacan (McDougall, 1976; Wilson, 1978; Belch, 1981; Swinyard, 1981; Chou et al,

que tradicionalmente se han empleado para caracterizar a la Publicidad Comparativa, y omiten toda referencia tanto a la confrontación pública, como a la finalidad de ensalzar o destacar la conveniencia de una de las actividades, prestaciones o establecimientos confrontados frente a los demás, y más bien, en definitiva, omiten señalar como carácter esencial de la Publicidad Comparativa la comparación. En este sentido, José Massaguer señala que, la definición amplia o extensiva de Publicidad Comparativa, en realidad, prescinde de la comparación como elemento característico y engloba el grupo de casos que se había conocido como “Publicidad Alusiva”.¹²

Así las cosas, este concepto más amplio de la Publicidad Comparativa, ha sido recogido en diversos cuerpos normativos en el derecho comparado, entre los cuales destacó ley general de Publicidad española, la cual señalaba anteriormente, en su artículo 6 bis, que: “A los efectos de esta Ley, será publicidad comparativa la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él.”¹³ A su vez, dicho concepto amplio de la Publicidad Comparativa se ha recogido de igual forma, y casi en los mismos términos, en la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa, la cual señala en su artículo 2 letra b), que la Publicidad Comparativa es “toda publicidad que alude explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor.”¹⁴

1987; Tato, 1996; Bennett, 1997; Slater, 1999; entre otros.

¹² MASSAGUER FUENTES, José. La Publicidad Comparativa. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXV (2004), Instituto de Derecho Industrial, de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, España. P. 195. Y en el mismo sentido ORTUÑO BAEZA, María Teresa. Las Condiciones de Licitud de la Publicidad Comparativa tras la ley 29/2009: Un análisis a la luz de la jurisprudencia comunitaria. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXXI (2010-2011). Pp. 350 y ss.

¹³ Ley General de Publicidad española, Ley 34/1988, 11 de noviembre de 1988, antiguo artículo 6 bis. Dicho artículo 6 bis actualmente está derogado.

¹⁴ Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, 12 de diciembre de 2006, artículo 2 letra b). Esta definición ha sido criticada por Ortuño y Massaguer ya que es un sin sentido definir la Publicidad Comparativa en sentido amplio, para luego limitar (de forma acertada) el ámbito de aplicación de las condiciones de licitud a los supuestos en que se contenga una comparación.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos acotar que, si bien es cierto, por parte de la doctrina no existe unanimidad respecto a qué es lo que se debe entender por Publicidad Comparativa, y existe controversia en torno a su definición, para efectos de este trabajo entenderemos la Publicidad Comparativa, desde una mirada estricta y tradicional del término, ya que es esta la forma en que en nuestro país se ha entendido mayoritariamente.¹⁵

En este sentido, para los efectos del presente trabajo entenderemos la Publicidad Comparativa como una especie de publicidad o técnica publicitaria en virtud de la cual el anunciante de un producto o servicio busca comparar su oferta con la de su competencia, con el objeto de resaltar las características y cualidades de sus productos o servicios frente a los de los demás, pudiendo hacerlo de manera directa o explícita (mencionando directamente el nombre de la otra marca), o de manera indirecta o implícita (sin mencionar claramente el nombre de la otra marca).

En palabras del Código Chileno de Ética Publicitaria, se considera Publicidad Comparativa, toda aquella comunicación que reclame superioridad o ventajas de un producto, servicio, marca o industria, respecto de un competidor, directo o indirecto, mediante el recurso de comparar, de manera explícita o implícita, sus características, atributos o beneficios. También este mismo Código de Ética, entiende por Publicidad Comparativa, aquella que explícitamente identifica a la competencia, o la que sugiere el nombre, envase, presentación, atributo, hecho o elemento que se relacione con una o más marcas o empresas de la competencia, o una industria en particular.¹⁶

¹⁵ Respecto de este punto, creemos que el sentido amplio del término no es del todo correcto, ya que al fin y al cabo siempre la Publicidad Comparativa presupone el elemento o requisito de “Comparación”, a lo menos como requisito de hecho. Un ejemplo claro de aquello es que las condiciones de licitud de la Publicidad Comparativa que se prevén en el artículo 4 de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo, presuponen, como elemento de hecho, una comparación y, en consecuencia, sólo son de aplicación para enjuiciar la Publicidad Comparativa, en la que la alusión al tercero o a sus bienes o servicios consiste, precisamente, en una comparación, y no en otra clase de alusión. De esta forma el argumento esgrimido por ciertos autores queda sin sustento, ya que para efectos prácticos siempre sería necesaria una comparación y no una simple alusión. Ver MASSAGUER FUENTES, José. La Publicidad Comparativa. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXV (2004), Instituto de Derecho Industrial, Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, España. P. 197. Y ORTUÑO BAEZA, María Teresa. Las Condiciones de Licitud de la Publicidad Comparativa tras la ley 29/2009: Un análisis a la luz de la jurisprudencia comunitaria. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXXI (2010-2011). Pp. 350 y ss.

¹⁶ Artículo 14° Definición de Publicidad Comparativa, Código Chileno De Ética Publicitaria (2018).

Tradicionalmente, el tratamiento jurídico de la Publicidad Comparativa ha variado mucho de unos países a otros. A lo largo de los años, se ha discutido arduamente acerca de la legalidad y la ética de esta práctica publicitaria, por lo que su aceptación y los límites respecto a ella han variado de país en país, según veremos más adelante. Así, podemos encontrar desde aquellos países que han permitido sin muchas restricciones las referencias directas o indirectas a la competencia (Reino Unido, Irlanda y Países Escandinavos), hasta los que las han prohibido completamente en ciertas épocas (Alemania, Italia, o Bélgica).¹⁷

En base a lo anterior, podemos adelantar que, principalmente dichas controversias o discusiones en torno a la aceptación o no de la Publicidad Comparativa, se han dado en Europa, en las décadas anteriores a la dictación de la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 6 de octubre de 1997, por medio de la cual se modificó la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir la licitud de la Publicidad Comparativa y de unificar los criterios de la Unión Europea en torno a la aceptación de dicha práctica (cumpliendo ciertos requisitos).

En relación a esto, analizaremos más adelante que, en algunos países, en términos generales, la práctica de la Publicidad Comparativa ha sido vista como algo bueno y sano para la competencia y para los consumidores, ya que, se sostiene, permite el conocimiento y posicionamiento de una marca incipiente en la mente de los consumidores, lo cual redundaría en más y mejor información disponible a la hora de elegir qué comprar, además de tener la potencialidad –según dicen– de reducir las barreras de entrada y aumentar por ende la competencia en los mercados. En palabras de la AIPPI (*Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle*), la Publicidad Comparativa verídica proporciona a los consumidores información útil para tomar la decisión de compra y es una herramienta eficaz para

¹⁷DEL BARRIO GARCIA, Salvador. La Publicidad Comparativa y sus Potenciales Beneficios sobre la Información del Consumidor: Un Estudio Empírico, Universidad de Granada. P. 43. Cabe señalar que la discusión en torno a la aceptación o no de la Publicidad Comparativa principalmente se ha dado en el seno de la Unión Europea.

promover la competencia. En consecuencia, debe ser permitida, aunque deberá cumplirse con algunas condiciones en aras de una competencia leal.¹⁸

Por otro lado, y en el sentido opuesto, adelantamos que antes de la mencionada Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, existía una serie de países europeos en los cuales la Publicidad Comparativa estaba prohibida, o bien muy limitada, por considerarse que atentaba contra los derechos de Propiedad Industrial de las marcas aludidas, junto con considerarse como una práctica de competencia desleal, en algunos casos *per se*, aun cuando sea verídica (caso alemán y belga), en razón del aprovechamiento indebido de la reputación de otro competidor, para obtener una ventaja comercial.

Desde el punto de vista europeo al menos, existió gran debate y controversia en torno a la licitud o ilicitud de esta técnica publicitaria. En las secciones posteriores de este trabajo, junto con analizar lo sucedido en Europa, analizaremos como se ha desarrollado y cuál es el tratamiento que se le ha dado a la Publicidad Comparativa en nuestro país y en Estados Unidos.

a. Elementos Constitutivos de la Publicidad Comparativa

Ya definidos los conceptos de publicidad y de Publicidad Comparativa, a continuación, corresponde señalar los elementos constitutivos de esta forma publicitaria según la doctrina.

José Massaguer señala, y la doctrina coincide, en que, para que estemos frente a Publicidad Comparativa (en el sentido estricto), se deben cumplir ciertos elementos o requisitos fundamentales. Así las cosas, para la Publicidad Comparativa en sentido estricto, dicho autor señala que se deben cumplir con los siguientes cuatro elementos: Confrontación pública realizada en el marco de una actividad publicitaria,

¹⁸ Resolución de la AIPPI Q140 (Competencia desleal – Publicidad Comparativa) Congreso de Río de Janeiro, 24 – 29 de mayo de 1998.

referencia a uno o varios competidores, objeto de la comparación y finalidad de la comparación.

i. Confrontación pública realizada en el marco de una actividad publicitaria

La Publicidad Comparativa, recordando las definiciones antes mencionadas, es en primer lugar y, ante todo, una comunicación al público de los resultados de una confrontación (o comparación) y evaluación conjunta de al menos dos competidores o de sus bienes o servicios realizada en el marco de una actividad publicitaria.

En cuanto comunicación de una confrontación, la Publicidad Comparativa no consiste en cualquier clase de mención conjunta o alusión a un determinado producto, marca, o servicio de la competencia, sino más bien en la mención conjunta sea de forma explícita o implícita de características o diferencias existentes entre los competidores, que sean fácilmente susceptibles de ser advertidas por los destinatarios de la publicidad, para que de esta forma sea posible para los consumidores, destacar las diferencias que existen entre los competidores comparados y así elegir cual oferta es la más conveniente según sus intereses y necesidades.¹⁹

ii. Referencia a uno o varios competidores

En segundo término, es posible afirmar que la Publicidad Comparativa ostenta como elemento constitutivo, la necesidad de contener una referencia a uno, o varios competidores determinados y reconocibles, o a sus bienes o servicios, permitiendo de esta manera, a los consumidores, identificar de forma directa o indirecta al competidor o competidores que soportan la confrontación y los bienes o servicios a los cuales se refiere.

¹⁹ MASSAGUER FUENTES, José. La Publicidad Comparativa. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXV (2004), Instituto de Derecho Industrial, de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, España. Pp. 198 y ss.

En consecuencia, como señala Massaguer y Ortuño, una mención genérica a los competidores en la publicidad no es, por sí misma, suficiente para concluir que se trata de Publicidad Comparativa. Para ello es preciso que, en atención a las circunstancias fácticas del caso, sea esperable que el consumidor medio reconozca al otro u otros competidores y a los bienes o servicios comparados.²⁰ A su vez, otros autores agregan respecto a este elemento constitutivo de la Publicidad Comparativa, que es característica de esta forma publicitaria “la referencia a la competencia, junto a la propia” o “una referencia conjunta a la oferta propia y a la de la competencia”.²¹

iii. Objeto de la comparación

Respecto al objeto de la comparación, según la doctrina, debemos entenderlo desde dos puntos de vista. Por un lado, el objeto de la comparación, entendido como el objeto sobre el que versa o recae la confrontación pública, esto es, los competidores o sus bienes o sus servicios (productos, nombres, envase, presentación, etc.). Y por otro lado debe entenderse como el objeto que debe tener la comparación, para que la Publicidad Comparativa sea lícita y no sea reputada de desleal, o bien, sea éticamente aceptada. En este segundo sentido entonces, se entiende el objeto de la comparación analizado a la luz de los requisitos que deben observarse para que esta práctica publicitaria sea ética y/o legalmente aceptada (como veremos más adelante no necesariamente una Publicidad Comparativa reñida

²⁰ MASSAGUER FUENTES, José. La Publicidad Comparativa. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXV (2004), Universidad de Santiago de Compostela, Pp. 200 y ss. Y ORTUÑO BAEZA, María Teresa. Las Condiciones de Licitud de la Publicidad Comparativa tras la ley 29/2009: Un análisis a la luz de la jurisprudencia comunitaria. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXXI (2010-2011). Pp. 350 y 351. Massaguer, respecto a este elemento constitutivo de la Publicidad Comparativa, agrega que la referencia clara e inequívoca al competidor o a sus bienes o servicios puede resultar no sólo de su identificación por su nombre o denominación, marca, nombre comercial o cualquier otro signo distintivo bajo el que se presente y a través del que se identifique en el tráfico comercial, sino también de su representación mediante gráficos, fotografías (RJP (Secc. 3.ª) 7 de julio de 2004 «Contadores de agua de Zaragoza, S. A.»), imágenes, números de referencia (STJCE de 25 de octubre de 2001, asunto C-112/99 «Toshiba Europe GmbH v. Katun Germany GmbH»), lemas, motivos publicitarios, etc.

²¹GUTIÉRREZ SAN JUAN, Luis. En Torno a la Publicidad Comercial y su Regulación por las Directivas de la Unión Europea (2018), Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, P. 11. Y VON GAMM, Otto-Friedrich. Wettbewerbsrecht, volumen I, P. 366.

con la ética va a ser ilegal). Para analizar lo anterior, se debe acudir, desde un punto de vista ético, a lo señalado en el artículo N°14 del Código Chileno de Ética Publicitaria, el cual establece los principios y límites para que esta práctica publicitaria sea aceptada, y desde un punto de vista legal a la Ley N°20.169 sobre Competencia Desleal.²²

iv. Finalidad de la comparación

Por último, respecto a la finalidad de la comparación, podemos señalar que la Publicidad Comparativa se halla caracterizada por un elemento finalista especialmente destacado, como es su finalidad de expresar y comunicar la mayor conveniencia o superiores ventajas de los bienes o servicios propios o, en general, de la oferta propia, respecto de los bienes o servicios ajenos o, en general, de la oferta ajena con la que se establece la confrontación. En términos amplios, Massaguer señala que la finalidad de la comparación es demostrar o dejar clara la “inferioridad de la oferta ajena respecto de la propia”.²³

Nuestro Código de Ética Publicitaria materializa la finalidad de la comparación, en la propia definición de Publicidad Comparativa, al señalar que la Publicidad Comparativa es “toda aquella comunicación que reclame superioridad o ventajas de un producto, servicio, marca o industria, respecto de un competidor, directo o indirecto, mediante el recurso de comparar, de manera explícita o implícita, sus características, atributos o beneficios.”²⁴

²² Ver artículo 14 del Código Chileno de Ética Publicitaria (2018) sexta edición. Y, MASSAGUER FUENTES, José. La Publicidad Comparativa. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXV (2004), Universidad de Santiago de Compostela, Pp. 203 y 204. El mencionado autor, señala que el objeto de la publicidad comparativa ha de considerarse en un sentido amplio. Y así, entre los bienes no sólo han de entenderse comprendidos los productos, sino también los bienes muebles en general, los bienes inmuebles, y los derechos sobre cualquiera de estos bienes o relacionados con ellos.

²³ MASSAGUER FUENTES, José. La Publicidad Comparativa. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXV (2004), Instituto de Derecho Industrial, de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, España. Pp. 204 y ss.

²⁴ Ver artículo 14 Código de Ética Publicitaria (2018), sexta edición, CONAR.

b. Principios Jurídicos que Informan la Actividad Publicitaria y su Aplicación

Habiendo definido los conceptos de Publicidad, de Publicidad Comparativa, y habiendo mencionado los elementos constitutivos de dicha técnica publicitaria, ahora corresponde referirnos de manera superficial y sin ánimos de exhaustividad, acerca de los principios jurídicos que informan la actividad publicitaria y su actividad, en general.

En todo anuncio publicitario, sea cual sea la técnica que utilice el anunciante, nuestro ordenamiento jurídico establece principios mínimos que se deben observar a la hora de realizar cualquier tipo de publicidad. Respecto a los principios más importantes que deben imperar en materia publicitaria, podemos mencionar los siguientes.²⁵

i. Principio de legalidad

Este principio establece que toda forma publicitaria sea cual sea, debe respetar y ajustarse a los valores, derechos y principios consagrados en la Constitución Política de la República, ya que ellos orientan a todo el ordenamiento jurídico, en cuanto han sido consensuados como aquellos derechos básicos de las personas. El Código Chileno de Ética Publicitaria, manifiesta dicho principio de legalidad en su artículo 1°, al señalar que: “La publicidad y las comunicaciones de marketing deben respetar el ordenamiento jurídico vigente y, de manera especial, los valores, derechos y principios reconocidos en la Constitución Política de la República.”²⁶ Entre estos podemos mencionar: artículo 19 N°1, Derecho a la vida e integridad física y síquica de las personas, artículo 19 N°2, Derecho a la igualdad

²⁵Respecto a la presente sección relativa los Principios jurídicos que informan la actividad publicitaria y su aplicación, ver SERNAC (21 de marzo de 2019), Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales, Pp. 9 y ss.

²⁶Artículo 1° Código Chileno de Ética Publicitaria (2018), CONAR, sexta edición.

ante la Ley, artículo 19 N°4 Derecho al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.²⁷

ii. Principio de veracidad

En virtud de este principio se debe dar cumplimiento al carácter veraz establecido en el artículo 3 inciso 1° letra b) de la Ley N°19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, el cual establece el “Derecho a la Información Veraz y Oportuna”²⁸, evitando así incurrir en las conductas a que hace referencia el artículo 28° letras a) a f), que establece los tipos de publicidad falsa o engañosa. También debe ser incluido en este principio el artículo 28 A, relativo a actos de confusión en consumidores, y los artículos 35 y 36 relativos a promociones u ofertas. Este principio obliga a que la publicidad sea veraz y oportuna, tanto en su forma como en su contenido, esto es, que la información entregada sea real y que, al mismo tiempo, se proporcione de forma previa y durante el acto de consumo.²⁹

iii. Principio de comprobabilidad

En base a este principio, el anunciante o sujeto activo de la publicidad, debe estar en condiciones de poder comprobar las afirmaciones publicitarias realizadas en una determinada campaña. Este principio está consagrado en el artículo 33 de la ley 19.496, que señala: "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 a

²⁷SERNAC (21 de marzo de 2019), Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales, p. 9.

²⁸El mencionado artículo 3 inciso 1° letra b) de la Ley N°19.496, que consagra el Derecho a la Información Veraz y Oportuna, señala que: “Son derechos y deberes básicos del consumidor: b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos.”

²⁹SERNAC (21 de marzo de 2019), Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales, p. 9.

engaño". Así las cosas, quienes realicen publicidad deben estar en condiciones de comprobar las afirmaciones vertidas, y susceptibles de ser medidas o cuantificadas, que la publicidad contenga, siendo esto especialmente sensible en materia de "absolutos publicitarios", "Publicidad Comparativa" y "publicidad basada en precios".³⁰

iv. Principio de integración publicitaria

Este principio establece que las promesas publicitarias contenidas en un aviso se entienden incorporadas en los contratos respectivos. La ley 19.496 lo consagra en su artículo 1° N°4: "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, entendiéndose incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato".

Son condiciones objetivas las señaladas en el artículo 28, esto es, componentes del producto y porcentaje en que concurren, idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y atribuido explícitamente por el anunciante, características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante, precio del bien o tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito, condiciones en que opera la garantía y condición de producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable.³¹

v. Principio de disponibilidad y acceso a la información

Según este principio, la información relativa a los bienes o servicios publicitados debe estar disponible para los consumidores, siendo ésta de fácil acceso, tanto respecto de las características propias de los mismos, como respecto

³⁰SERNAC (21 de marzo de 2019), Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales, p. 10.

³¹SERNAC (21 de marzo de 2019), Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales, p. 10.

de su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes.³² Este principio dice relación con el grado de acceso y disponibilidad de la información que debe exigirse, y que debe ser implementado por parte del anunciante, en el contexto de una campaña publicitaria, para efectos de informar de manera correcta al consumidor, cumpliendo así con el derecho a la información veraz y oportuna mencionado en el artículo 3° letra b, de la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores.

vi. Principio de autenticidad

En virtud de este principio, la publicidad debe ser fácilmente identificable como tal, distinguiéndose claramente de informaciones noticiosas o de formato de programas en estudio, con algún grado de publicidad encubierta. El sustento de este principio se encuentra en la misma definición de publicidad en cuanto ésta debe cumplir con un carácter explícito de información.³³ A su vez también debemos señalar que este principio de autenticidad se encuentra cercanamente relacionado al mencionado principio de veracidad, comprendido en el artículo 3° letra b de la ley 19.496.³⁴

vii. Principio del respeto a la competencia

La actividad publicitaria debe ser respetuosa de la competencia y sus productos o servicios, estando vedada el uso de la denigración o menosprecio de un competidor. En este sentido, el Código Chileno de Ética Publicitaria, señala en su artículo 4°, que: “El avisador será respetuoso respecto de la imagen, las marcas y los productos o servicios de un competidor. La denigración de un competidor constituye

³² Ver artículo 3° letra b, ley 19.496 sobre Protección de los derechos de los consumidores.

³³ Ver definición de Publicidad, artículo 1° N°4 de la ley 19.496 sobre Protección de los derechos de los consumidores.

³⁴SERNAC (21 de marzo de 2019), Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales, p. 11. Y artículo 3° letra b, ley 19.496 sobre Protección de los derechos de los consumidores.

no sólo una falta al honor profesional del avisador, sino que conduce también a un debilitamiento de la confianza que el público dispensa a la publicidad.”³⁵

También se debe considerar en este contexto el respeto a las normas publicitarias establecidas en distintos regímenes publicitarios especiales. Al respecto, se deberá observar, según el tipo de mercado a estudiar, el grado de cumplimiento de la publicidad en relación con distintas normativas publicitarias sectoriales, por ejemplo, la ley relativa a la publicidad y consumo del tabaco, el reglamento de productos farmacéuticos, las circulares de la SBIF³⁶ atinentes al tema, normativa emanada de la SVS³⁷, entre otras.³⁸

viii. Principio de autosuficiencia del soporte publicitario

Este último principio establece que los soportes publicitarios deben bastarse a sí mismos, ello significa que cada uno de los mensajes publicitarios deben ser suficientes en cuanto a su contenido, de tal manera que ellos no carezcan de la información que por ley están obligados los proveedores a proporcionar a los consumidores, frente a una promoción u oferta, o cuando en una publicidad se hace uso de información básica comercial.

Lo anterior es sin perjuicio del cumplimiento del principio de disponibilidad y acceso de la información, en virtud del cual, un proveedor puede disponer de canales accesorios de información, que complementen el soporte principal, los cuales deben señalarse de manera destacada en el avisaje, ser gratuitos y accesibles para los consumidores, a fin de informarse oportunamente sobre las características de un bien o servicio.³⁹

³⁵Artículo 4° Código Chileno de Ética Publicitaria (2018), CONAR, sexta edición.

³⁶ Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

³⁷ Superintendencia de Valores y Seguros.

³⁸SERNAC (21 de marzo de 2019), Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales, p. 11.

³⁹SERNAC (21 de marzo de 2019), Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales, p. 12.

c. Ejemplos de Publicidad Comparativa

A continuación, analizado ya el concepto de Publicidad Comparativa, sus elementos constitutivos y los principios jurídicos que informan la actividad publicitaria y su aplicación, en la presente sección del trabajo y con el fin de ilustrar de manera práctica y didáctica lo que es la Publicidad Comparativa, se presentarán ejemplos atinentes a dos campañas publicitarias en las cuales que se utiliza la Publicidad Comparativa en su forma clásica o tradicional, y luego se mostrará una forma o variable más humorística o irónica de esta práctica publicitaria.

- Publicidad Comparativa en su forma clásica:

Imagen 1

WHY SETTLE FOR ORDINARY CHECKING?

E*TRADE
Max-Rate Checking
8X The National Average*
3.25% APY*
ON ACCOUNT BALANCE

CHASE
Bank's Banking® Checking
0.10% APY*

BANK OF AMERICA
Advantage® Checking
0.05% APY*

E*traordinary **E*TRADE**

NO ATM FEES
Any machine, any bank, nationwide.⁴
Via unlimited ATM fee refunds

FREE QUICK TRANSFER
Plus, free online bill pay⁵

Open an account in minutes (877) 929-2434
etrade.com/maxrate

1. The APY of the Max-Rate Checking Account as of 6/11/2007 is more than 8 times the national average APY for checking accounts with balances of \$5,000. Source: Informa Research Services, Inc., Cambridge, MA, www.informaresearch.com. Although the information has been obtained from the sources set forth herein, the accuracy cannot be guaranteed.
2. As of 6/11/2007, the Annual Percentage Yield (APY) of the Max-Rate Checking Account is 3.25% for balances of \$50,000 or more, 3.25% for balances of \$1,000-\$49,999, and 0.25% for balances of less than \$5,000. Rates are subject to change daily and fees may reduce earnings. A \$100 minimum deposit is required to open a new account. Account holders must maintain a minimum average monthly balance of \$1,000 to avoid a \$15 monthly fee. See etrade.com/fees for other ways to avoid this fee.
3. Consult the information provided from www.chase.com and www.bankofamerica.com; or call New York checking account rates as of 6/11/2007. Rates assume balance of \$500.
4. With Max-Rate Checking, E*TRADE Bank will not charge you a fee for withdrawing funds from any institution's ATM nationwide but the owner/operator of the ATM may. These fees will automatically be credited to your account. E*TRADE Bank does impose a charge equal to 1% of the transaction amount (including credits and reversals) for non-U.S. currency transactions. In the event E*TRADE Bank in its sole discretion determines that there has been either fraudulent or excessive use of the feature on a given account, E*TRADE Bank reserves the right to remove this feature and not refund the ATM fees. For additional information and important details about how the ATM fee refund will be applied, please visit www.etrade.com/atomrefundpolicy.
5. For details and important information about Quick Transfer, please visit etrade.com/quicktransferdetails for a listing of the limitations, restrictions and time deadlines associated with this service.
Banking and banking products and services are offered by E*TRADE Bank, a Federal savings bank, Member FDIC, of its subsidiaries. Bank deposits are FDIC-insured to at least \$100,000.
© 2007 E*TRADE FINANCIAL Corp. All rights reserved.

En la presente imagen (**Imagen 1**), podemos apreciar como la compañía norteamericana “*E-Trade Financial Corporation*”⁴⁰ realiza una campaña publicitaria en la cual utiliza la técnica de la Publicidad Comparativa, mediante la comparación de sus porcentajes anuales de rendimiento (APY)⁴¹ con los de la competencia. En esta imagen se puede ver como compara su porcentaje anual de rendimiento máximo de 3.25% con los porcentajes de rendimiento máximo de sus competidores (*Chase* 0.10% y *Bank of America* 0.05%).

En este ejemplo, el anuncio comienza con la pregunta, *Why settle for ordinary checking?* (¿Por qué conformarse con una comprobación ordinaria?), y luego se ofrece una comparación en base a datos objetivos, verídicos y demostrables, con el fin de informar a los posibles consumidores y persuadirlos de utilizar los servicios financieros del anunciante, dado que objetivamente tienen mayores rendimientos que los de la competencia.

Esta imagen publicitaria da cuenta de una buena forma y un buen ejemplo de Publicidad Comparativa, ya que, en base a datos veraces, objetivos y demostrables, se informa e intenta persuadir a los consumidores de elegir una opción por sobre otras. Es decir, se intenta resaltar la primacía o la mayor conveniencia de la propia oferta sobre la de los terceros afectados por la confrontación.

⁴⁰*E-Trade Financial Corporation*, es una compañía de servicios financieros con sede en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos, en la cual los inversores pueden comprar y vender valores, tales como acciones, bonos, opciones, fondos mutuos y fondos negociados en bolsa a través de plataformas de comercio electrónico o por teléfono. [En Línea: 01-05-2020], <<https://us.etrade.com/home>>.

⁴¹ *Annual Percentage Yield, of the checking account*. Rendimiento porcentual anual, de la cuenta corriente.

Imagen 2

HP
CP4005

- Produces brilliant color prints
- Fast and reliable
- Saves over \$9,500 in 3 years

KYOCERA
FS-C5030N

- Produces brilliant color prints
- Fast and reliable
- Saves over \$9,500 in 3 years

Smile all the way to the bank.

Both HP and Kyocera make great printers. But Kyocera delivers just about the lowest total cost of ownership in the business. Over three years of printing at an average of 5,000 pages per month, Kyocera's cartridge-free technology and long-life consumables could save you over \$9,500 versus this HP. And that's just for one printer! You'll smile too with Kyocera's award-winning reliability and unbeatable affordability.

To compare and save, visit the TCO Tracker at kyoceramita.com today.

People Friendly
THE NEW VALUE FRONTIER
KYOCERA

En esta segunda imagen publicitaria (**imagen 2**), podemos observar como la compañía japonesa “**KYOCERA**”⁴² realiza Publicidad Comparativa en la cual compara su impresora con la de la marca “**HP**”⁴³. Al respecto, la publicidad dice que ambas impresoras realizan impresiones con colores brillantes, luego dice que ambas son impresoras rápidas y fiables, pero luego señala que solo la que es de marca “**KYOCERA**” permite ahorrar más de \$9.500 (nueve mil quinientos dólares estadounidenses) en tres años.

Este es un buen ejemplo de lo que es la Publicidad Comparativa, ya que luego de exponer esas comparaciones, más abajo en la imagen se menciona que ambas impresoras son muy buenas, y se señalan los argumentos objetivos en virtud de los

⁴² Compañía japonesa fundada en Kioto en 1959, dedicada a la manufactura de dispositivos de impresión, así como también a una amplia gama de productos para procesamiento de imágenes.

⁴³ Hewlett-Packard, más conocida como HP, es una empresa de tecnología estadounidense, con sede en Palo Alto, California. La compañía fue fundada en 1939 por William Hewlett y David Packard.

cuales se puede afirmar que adquiriendo la impresora de marca “KYOCERA” un consumidor puede ahorrar dicha suma de dinero en tres años.

En este tipo de Publicidad Comparativa tradicional, es posible observar que, al fin y al cabo, los grandes beneficiados con ella son los propios consumidores, ya que les permite obtener mayor y mejor información para realizar una compra o contratar un servicio de manera más consciente e informada, a través de una comparación de aspectos objetivos y verídicos entre productos o servicios similares. En otras palabras, este tipo de publicidad les permite destacar las diferencias que existen entre los competidores comparados y así elegir cual oferta es la más conveniente según sus intereses y necesidades.

- Una versión más humorística o irónica de Publicidad Comparativa:

Imagen 3

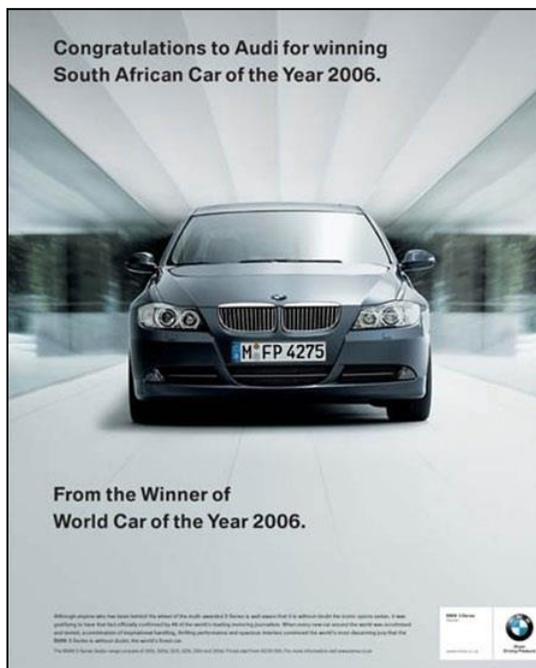
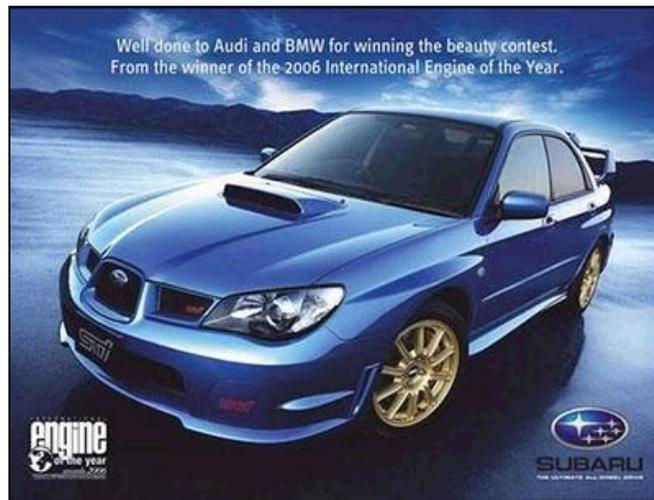


Imagen 4



Imagen 5



A continuación, se muestran tres imágenes publicitarias, correspondientes a una “contienda publicitaria” llevada a cabo por tres marcas de autos (BWM, Audi y Subaru) en el año 2006, que dan cuenta de lo que es la Publicidad Comparativa y como esta se ha utilizado en la práctica de forma humorística o irónica.

En la primera imagen (**Imagen 3**) se aprecia como la marca alemana BWM, felicita irónicamente a su par (también alemana) Audi por ganar el premio al “auto del año en Sudáfrica”, y luego abajo en la misma imagen, BWM señala que ellos ganaron el premio al “auto del año en el mundo”, dejando en claro que los autos de la marca BWM son mejores dado que sus autos son más premiados.

En la segunda imagen (**Imagen 4**) por su parte se ve que Audi responde a BWM y lo felicita por su premio, y agrega en el fondo que la marca Audi es mejor en la práctica, ya que ha ganado seis años consecutivos la carrera de “las 24 horas de Le Mans”⁴⁴ (entre los años 2000 y 2006).

Por último, en la tercera imagen (**Imagen 5**) se aprecia como la marca japonesa Subaru, responde a las otras dos marcas alemanas, felicitándolas irónicamente por ganar un “concurso de belleza”, y de paso agrega que la marca Subaru ganó el premio internacional al mejor motor del año 2006, dejando en claro

⁴⁴ Carrera de automovilismo de resistencia más prestigiosa del mundo, realizada en Francia y que se caracteriza por ser una de mucha exigencia para los autos.

entonces que los motores de los autos de la marca Subaru son mejores que los de las otras dos marcas comparadas.

A la luz de los ejemplos anteriormente señalados, tanto en los de la Publicidad Comparativa en su forma clásica o tradicional, como los de la Publicidad Comparativa en su variable más humorística o irónica, se pueden observar claramente los fines de esta forma publicitaria, los cuales se traducen en la finalidad de expresar y comunicar la mayor conveniencia o superiores ventajas de la oferta propia, respecto de la oferta ajena, con la que se establece la confrontación. A su vez estos ejemplos permiten observar cómo se utiliza esta técnica publicitaria en la práctica y los recursos publicitarios utilizados por las empresas para resaltar los atributos de sus respectivas marcas, bienes o servicios ofrecidos.

3. Debate en torno a los beneficios y problemas del uso la Publicidad Comparativa

El uso de la Publicidad Comparativa y las comparaciones entre marcas competidoras en el contexto de la publicidad, ha despertado una gran polémica y controversia durante varias décadas y desde varios puntos de vista. Lo anterior, ha ido variando según como la sociedad ha ido entendiendo, a lo largo del tiempo, el concepto de competencia desleal.

Es posible afirmar que el quiebre del modelo económico liberal, tras el fin de la segunda guerra mundial, supuso un cambio importante en este sentido. La nueva concepción centrada en la protección del orden económico del mercado trajo consigo una preocupación por el interés colectivo de los consumidores y por el interés del Estado.⁴⁵

⁴⁵ DEL BARRIO GARCIA, Salvador. La Publicidad Comparativa y sus Potenciales Beneficios sobre la Información del Consumidor: Un Estudio Empírico, Universidad de Granada. Pp. 42 y ss.

Esas nuevas preocupaciones supusieron un giro gradual en la aceptación de la Publicidad Comparativa, la cual como hemos visto y como veremos más adelante, tiene una tendencia clara en el sentido de su aceptación y de su reconocimiento como una práctica de competencia leal (cumpliéndose ciertos requisitos).

Así, este cambio de concepción supuso centrar la atención principalmente en los consumidores, lo cual justifica y explica, que muchos de los argumentos a favor de la licitud de esta práctica publicitaria estén relacionados con la posición del consumidor en el proceso de decisión de compra, y los beneficios que esta práctica publicitaria tiene en la protección de sus derechos e intereses.⁴⁶

A continuación, presentaremos los principales argumentos que se han esgrimido respecto a los beneficios del uso de la Publicidad Comparativa y respecto a los problemas que el del uso de esta práctica publicitaria podría generar, todo a la luz principalmente de los beneficios y problemas para los consumidores y para el mercado.

i. Beneficios respecto al uso de la Publicidad Comparativa

Respecto a los beneficios del uso la Publicidad Comparativa, que se han esgrimido a lo largo de los años, es posible señalar que estos se pueden subdividir en dos. Por un lado, los beneficios que genera respecto de los consumidores y por otro los beneficios que genera para el mercado y para la competencia.

Desde el punto de vista de los beneficios de esta práctica publicitaria para los consumidores, se ha señalado que la Publicidad Comparativa constituiría una buena manera de informar al consumidor de mejor forma respecto de las distintas opciones disponibles, y esto le permite elegir de manera más racional e informada.

⁴⁶ DEL BARRIO GARCIA, Salvador. La Publicidad Comparativa y sus Potenciales Beneficios sobre la Información del Consumidor: Un Estudio Empírico, Universidad de Granada. Pp. 42 y ss. Según el autor, el cambio de concepción pone el foco ahora en la defensa de los derechos del consumidor y la protección del interés público, lo cual a su vez redundo en que ha influido en la aceptación de la publicidad comparativa, ya que se postula que dicha práctica publicitaria tiene como consecuencias beneficios para los consumidores.

En ese sentido, la *Federal Trade Commission* de Estados Unidos, ha señalado que “La Comisión ha apoyado el uso de comparaciones de marcas cuando las bases de comparación están claramente identificadas. La Publicidad Comparativa, cuando es veraz y no engañosa, es una fuente de información importante para los consumidores y les ayuda a tomar decisiones de compra racionales.”⁴⁷

Así mismo, Gutiérrez San Juan, señala que la Publicidad Comparativa permite informar al consumidor de las distintas ofertas y de esta manera podrá elegir de manera más racional, con lo que se alcanza más transparencia en el mercado.⁴⁸

Por su parte, Del Barrio García, sobre este mismo punto, agrega que los consumidores se enfrentan día a día a una gran cantidad de productos para satisfacer una determinada necesidad o deseo, complicándose mucho el proceso de evaluación. El autor señala que en todo este proceso de evaluación, e independientemente de la fuente que utilicen, los consumidores están realizando constantemente comparaciones entre marcas para decidirse por la mejor opción, y en este sentido, la Publicidad Comparativa puede ayudar al consumidor en su proceso de elección, que es comparativo por naturaleza, suministrándole información sobre diversas marcas y presentándole las ventajas reales de unas sobre otras de acuerdo a determinados atributos importantes del producto.⁴⁹

En base a lo anterior, resulta evidente que mientras más información exista disponible para los consumidores, más transparencia habrá en el mercado. Sin perjuicio de lo anterior, se debe señalar que la Publicidad Comparativa sólo produciría esta transparencia en el mercado cuando el anunciante exponga datos completos, es decir, tanto las ventajas como los inconvenientes de los servicios o

⁴⁷ *Federal Trade Commission (FTC). Statement of Policy Regarding Comparative Advertising (August 13, 1979). “The Commission has supported the use of brand comparisons where the bases of comparison are clearly identified. Comparative advertising, when truthful and non-deceptive, is a source of important information to consumers and assists them in making rational purchase decisions”. [En Línea:03-05-2020], <<https://www.ftc.gov/public-statements/1979/08/statement-policy-regarding-comparative-advertising>>.*

⁴⁸ GUTIÉRREZ SAN JUAN, Luis. En Torno a la Publicidad Comercial y su Regulación por las Directivas de la Unión Europea (2018), Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Pp. 16 y ss.

⁴⁹ DEL BARRIO GARCIA, Salvador. La Publicidad Comparativa y sus Potenciales Beneficios sobre la Información del Consumidor: Un Estudio Empírico, Universidad de Granada. Pp. 42 y ss. Así mismo, dicho autor señala que varios otros autores concuerdan, entre los cuales destacan (Scammon, 1978; Boddewyn y Marton, 1978; Piquet, 1979; Freeman, 1987; Barry, 1993; Leal, 1995; Corredor, 1997; Slater, 1999).

productos ofertados, y a su vez estos cumplan con los requisitos mínimos de veracidad, objetividad y demostrabilidad.⁵⁰

Por otro lado, hay quienes han dicho que otro beneficio del uso de la Publicidad Comparativa, desde la perspectiva de los consumidores, es que la utilización de esta práctica podría tener como consecuencia una baja de precios. En ese sentido, la *Federal Trade Commission*, ha señalado que “La publicidad comparativa fomenta la mejora y la innovación de los productos, y puede dar lugar a precios más bajos en el mercado.”⁵¹ Esta afirmación cobra especial relevancia cuando el objeto de la comparación o el objeto comparado recae en el precio (publicidad comparativa de precios).⁵²

En términos generales se ha dicho que los mayores beneficiados con el uso de la Publicidad Comparativa, al fin y al cabo, serían los propios consumidores, ya que les permitiría el conocimiento y la comparación de productos o servicios, lo cual redundaría en una mayor y mejor información, que facilita a su vez una compra o contratación informada y consciente. Un consumidor informado objetivamente es un consumidor que va a tomar buenas decisiones en lo económico y va a optar por aquellos productos o servicios que le beneficien y satisfagan mayormente sus necesidades al menor costo posible.

Un ejemplo de esto sería que, en un mercado existan competidores A, B y C, y luego entra D ofreciendo el mismo producto, con las mismas características, garantía, servicio técnico, etcétera, pero a un menor precio que A, B y C. En este caso, D, a través de la Publicidad Comparativa puede informar a los potenciales

⁵⁰ FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos. (1989) Estudios de Derecho de la Publicidad, Universidad de Santiago de Compostela. P. 222.

⁵¹ *Federal Trade Commission (FTC). Statement of Policy Regarding Comparative Advertising (August 13, 1979). “Comparative advertising encourages product improvement and innovation can lead to lower prices in the marketplace.”* [En Línea:03-05-2020], <<https://www.ftc.gov/public-statements/1979/08/statement-policy-regarding-comparative-advertising>>.

⁵² La baja de precios cuando se utiliza la técnica publicitaria de la publicidad comparativa de precios puede explicarse dada la tendencia de las empresas a igualar el precio ofrecido por la competencia. Se dice que la publicidad comparativa de precios produce una caída de estos y, por consiguiente, produciría una disminución en el poder de mercado de las empresas. Así BARIGOZZI, Francesca y PEITZ, Martin (2004). *Comparative Advertising and Competition Policy. University of Bologna and International University in Germany*. Pp. 16 y ss.

consumidores sobre su nuevo producto y sobre los beneficios comparativos que puede tener su elección por sobre la elección de A, B o C. En esta situación se puede apreciar que, al fin de todo, los mayores beneficiados son los consumidores, ya que permite que elijan informada y conscientemente un producto u otro, protegiendo así sus intereses y yendo así esta práctica publicitaria en la dirección y el sentido de la protección de los derechos de los consumidores.

Por otro lado, y desde la perspectiva de los beneficios del uso de la Publicidad Comparativa para el mercado y para la competencia, se ha señalado que esta práctica publicitaria, cuando es realizada dentro de los márgenes legales y éticos, es decir cuando se apoya en antecedentes objetivos que pueden ser comprobados fehacientemente, y a la vez que no se sustente en exageraciones u otras licencias publicitarias contrarias a la ley y a lo establecido en el Código Chileno de Ética Publicitaria, puede ser muy beneficiosa para la competencia y para el mercado, ya que disminuiría las barreras de entrada a este y aumentaría consecuentemente la competencia, según veremos.

Desde la doctrina, se ha dicho que la Publicidad Comparativa tiene la potencialidad de reducir barreras a la entrada y aumentar la competencia en los mercados, especialmente cuando quien realiza la comparación tiene una baja participación de mercado.⁵³

Lo anterior, debido a que facilita o permite el ingreso de nuevos participantes al mercado, a través de la comparación con los competidores antiguos.

La posibilidad de realizar Publicidad Comparativa, según la "AIPPI"⁵⁴, permite y beneficia la competencia dentro del mercado, ya que permite la disminución de las barreras de entrada a este, por parte de los competidores incipientes (marcas nuevas y menos conocidas), a través de campañas publicitarias que comparen aspectos objetivos y verificables, produciéndose así una igualdad de condiciones entre los competidores. Esto, ya que una marca, producto o servicio nuevo, se podría

⁵³ PAREDES, Ricardo (2004). Fundamentos para la Regulación de la Publicidad Comparativa, Revista Abante, Vol. 7, Nº1, pp. 67 y ss.

⁵⁴ *Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle.*

comparar con una marca, producto o servicio tradicional y dejar en evidencia sus mejores cualidades objetivas.

Además, consecuencialmente a la reducción de las barreras de entrada, se dice que esta técnica publicitaria puede ayudar a disminuir la concentración en el mercado, y a la destrucción de monopolios u oligopolios, ya que permite el ingreso de más competidores y permite las comparaciones en aspectos objetivos, que inciden en mejorar el mercado a través de la información.

ii. Problemas respecto al uso de la Publicidad Comparativa

Habiéndose mencionado los beneficios del uso de la Publicidad Comparativa, a continuación, expondremos ciertos problemas que podrían generarse con el uso de esta práctica publicitaria, principalmente desde la perspectiva de los problemas para los consumidores y para el mercado.

Como se ha señalado durante este trabajo, la Publicidad Comparativa ha sido objeto de innumerables críticas y cuestionamientos desde hace muchas décadas y desde diferentes puntos de vista.

Ya en 1975, Wilkie y Farris, señalaban ciertas críticas y problemas que podrían observarse con el uso de esta práctica publicitaria. En ese entonces, se señalaban como posibles problemas, la posibilidad de que esta forma publicitaria dañara la confianza y la credibilidad de los consumidores en la publicidad en general, dado el uso indiscriminado de comparaciones, lo cual podría traer como consecuencia que el mercado se torne ruidoso, improductivo y poco profesional.

Además, dichos autores, mencionaban como posibles problemas del uso de la Publicidad Comparativa, el potencial uso selectivo de un producto o servicio realmente no representativo, lo cual podría traer como consecuencia un entorno o ambiente de reclamaciones, demandas y contrademandas, lo cual a su vez tornaría aún más confusas e inciertas las decisiones de compra de los consumidores.

Por último, estos autores señalaban que podría existir un problema de sobrecarga de información hacia los consumidores, lo cual tiene como consecuencia

mayor confusión y puede tener como consecuencia la desconexión o rechazo de la publicidad por parte de los consumidores.⁵⁵

A su vez, y con respecto a los problemas que el uso de esta forma publicitaria podría generar en materia marcaria y de competencia desleal, existen otras críticas o problemáticas que tradicionalmente se han esgrimido. Al respecto el Tribunal Supremo alemán, durante décadas se pronunció en el sentido de afirmar que, de acuerdo con los principios de competencia desleal, no es lícita la comparación de las propias mercancías con las del competidor, incluso en el supuesto de que sean reales, ya que no están los empresarios obligados a tolerar la comparación para ensalzar así la oferta propia del anunciante. Es decir, existía el derecho al anonimato de los empresarios, conforme al cual los mismos tienen derecho a que los competidores no interfieran en su actividad empresarial.

Al igual que en Alemania, en España, se argumentaba que el uso de la Publicidad Comparativa producía una infracción de los “derechos de exclusiva” y del “derecho al anonimato”, por el simple hecho de la comparación mediante la utilizando marcas u otros signos distintivos ajenos. Es decir, la sola mención directa o indirecta de la marca de otro competidor, era considerado un acto de competencia desleal porque infringía los derechos del otro competidor.⁵⁶ En ese sentido, a su vez se señalaba que esta práctica publicitaria producía una denigración hacia el competidor, y en base a la prohibición de perjudicar a terceros, esta forma publicitaria era considerada una práctica de competencia desleal.

Adicionalmente, se ha dicho que la Publicidad Comparativa constituye competencia obstruccionista, apuntando a que se realiza con el único fin de dañar y perjudicar al competidor para conseguir resaltar positivamente las prestaciones propias.⁵⁷

⁵⁵ WILKIE, William L. y FARRIS, Paul W. (1975), *Comparison Advertising Problems and Potential*. Pp. 7 y ss.

⁵⁶ BERNAD MONFERRER, Estela. (2016) Evolución de la publicidad comparativa en el panorama español. Pp. 96 y ss.

⁵⁷ BERNAD MONFERRER, Estela. (2016) Evolución de la publicidad comparativa en el panorama español. Pp. 96 y 97.

Bernad Monferrer agrega, desde la perspectiva del consumidor, que se ha puesto en tela de juicio los posibles beneficios que genera la Publicidad Comparativa respecto de los consumidores, ya que el empresario que realiza la comparación se convierte en “juez y parte” y, por tanto, la información que se envía a los consumidores es incompleta o es relativa, lo cual tiene como consecuencia la desinformación de los consumidores. En ese sentido, se niega el carácter informativo y por ende benéfico para el consumidor.

Además, la autora señala que la comparación tendrá efectos diferentes según el grado de cultura y desarrollo del público al que se dirige, siendo poco aconsejable este tipo de publicidad, para sociedades en crecimiento de bajo desarrollo cultural.⁵⁸

Así las cosas, y para ir concluyendo esta sección, como hemos visto la Publicidad Comparativa tradicionalmente ha sido cuestionada o puesta en tela de juicio en muchos países, y de distintas formas, sin embargo, en términos generales, es posible afirmar que los beneficios y argumentos a favor del uso de esta práctica publicitaria han sido preponderantes a nivel mundial, aquello según veremos, principalmente luego de la unificación de los criterios de la Unión Europea en torno a la aceptación de la Publicidad Comparativa, cumpliéndose ciertos requisitos.

⁵⁸ Ver PAREDES, Ricardo (2004). Fundamentos para la Regulación de la Publicidad Comparativa, Revista Abante, Vol. 7, Nº1, pp. 67 y ss. Dicho autor contradice el argumento mencionado por Bernad Monferrer. Señala que la práctica la publicidad comparativa en la mayoría de los países, particularmente en los de menor desarrollo, es muy limitada o inexistente. Así, según el autor, en nuestro país, como en la mayoría de los países de menor desarrollo, se hace un uso muy limitado de la Publicidad Comparativa. Su hipótesis es que, en la práctica, la publicidad comparativa ha sido limitada más allá de lo conveniente desde el punto de vista de la promoción y defensa de la competencia, particularmente por la exigencia de estándares de prueba de veracidad significativamente más altos que los requeridos para la publicidad en general, y por el rol de los organismos de autorregulación sobre los cuales suele descansar parte de la responsabilidad, y postula que se debe fomentar esta práctica publicitaria dado que si es beneficiosa. Habla de “la paradoja que se da entre el discurso que proporciona la jurisprudencia chilena, en el sentido de resaltar los beneficios de la publicidad comparativa, y la práctica de ella, que la limita”.

4. Dificultades de la Publicidad Comparativa a la luz del derecho de marcas

Relacionado en cierta forma con los problemas expuestos en la sección anterior, otra problemática muy interesante en torno a la Publicidad Comparativa, y que merece la pena analizar en este trabajo, es la relativa a las infracciones del derecho de marcas, que podría generarse mediante el uso de la Publicidad Comparativa o más bien mediante el mal uso de esta técnica publicitaria.

Respecto a esto, analizaremos como es posible el uso o mención de una marca ajena en los actos de comparación, sin vulnerar los derechos de los titulares de dichas marcas aludidas, en el contexto de la Publicidad Comparativa, y cuáles son los límites y requisitos que existen y que se deben observar, tanto en nuestro país como en el derecho comparado, para aceptarla.

Este tema, como ya hemos mencionado a lo largo de este trabajo, ha generado gran controversia tanto en nuestro país como en el derecho comparado, y durante esta sección analizaremos los aspectos más importantes.

En nuestro país, si centramos el estudio de esta problemática desde el punto de vista de la ley 20.169 sobre competencia desleal y de la ley 19.039 de Propiedad Industrial, podemos observar que existe una cierta discrepancia respecto a ciertas normas que ellas contienen.

En efecto, por un lado, el artículo 4 letra e) de la ley 20.169 sobre competencia desleal señala:

“En particular, y sin que la enumeración sea taxativa, se considerarán actos de competencia desleal los siguientes: e) Toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o, cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley.”

Es decir, en base a lo anterior, toda vez que los antecedentes en que se funde una comparación sean veraces y demostrables, se permitirá la comparación de los

bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero.

Lo anterior produciría *a priori* una cierta confusión si lo analizamos a la luz de lo señalado en el artículo 19 bis letra D de la ley 19.039 de Propiedad Industrial, el cual establece el derecho de exclusividad y de exclusión del uso de la marca. El mencionado artículo reza: “La marca confiere a su titular el derecho exclusivo y excluyente de utilizarla en el tráfico económico en la forma que se le ha conferido y para distinguir los productos, servicios, establecimientos comerciales o industriales comprendidos en el registro. Por consiguiente, el titular de una marca registrada podrá impedir que cualquier tercero, sin su consentimiento, utilice en el curso de las operaciones comerciales marcas idénticas o similares para productos, servicios o establecimientos comerciales o industriales que sean idénticos o similares a aquéllos para los cuales se ha concedido el registro, y a condición de que el uso hecho por el tercero pueda inducir a error o confusión. Cuando el uso hecho por el tercero se refiera a una marca idéntica para productos, servicios o establecimientos comerciales o industriales idénticos, se presumirá que existe confusión.”

Frente a dichos artículos, se podría creer que existe una contradicción, ya que por un lado esta última ley citada señala que “la marca confiere a su titular el derecho exclusivo y excluyente de utilizarla en el tráfico económico...”, y por su parte la ley de competencia desleal entiende que se permite toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en antecedentes veraces y demostrables.

Ante esta aparente discrepancia o contradicción, se ha resuelto en nuestro país, al igual que en el derecho comparado, en el sentido de afirmar que si bien es cierto, nuestra ley de propiedad industrial consagra el derecho de exclusividad y de exclusión del titular de la marca de utilizarla en el tráfico económico, hay que distinguir, por un lado el uso “referencial” o “meramente descriptivo” de la marca, es decir un uso para referirse a los productos ajenos, no para indicar el origen de los

propios, y por otro lado el uso de la marca “a título de marca”, para indicar el origen del producto y titularidad de la marca.⁵⁹

En el caso de la Publicidad Comparativa, el anunciante realiza un uso de la marca ajena típicamente “referencial” es decir un uso para referirse o describir los productos ajenos, no para indicar el origen de los propios, precisamente porque el objetivo de dicha publicidad es comparar y mostrar las diferencias existentes entre los productos propios, y los productos del titular de la marca competidora.⁶⁰

En ese sentido, se entiende que el uso meramente referencial o meramente descriptivo de la marca ajena, no constituiría vulneración alguna a los derechos de exclusividad y de exclusión consagrados en el artículo 19 bis letra D de la ley 19.039 sobre de Propiedad Industrial, antes citada, ya que el fin de dicho uso de la marca ajena no es para atribuirse la titularidad de la marca, sino precisamente resaltar las diferencias existentes, por ende no implica una afectación de la esfera de protección consagrada en la ley antes mencionada.

Por su parte en el derecho comparado, específicamente en la Unión Europea, el uso o mención de una marca ajena en el contexto de la Publicidad Comparativa, es un tema que ha quedado zanjado con la Directiva 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.⁶¹

Dicha directiva, en palabras de García Vidal, incluye una enumeración (ejemplificativa) de los actos que podrá prohibir el titular de la marca. Dicha enumeración contenida en el artículo 10, relativo a los derechos conferidos por la marca, señala específicamente en el N°3 letra f) de dicho artículo, que: “3. Podrá

⁵⁹ PEGUERA POCH, Miquel. Uso a título de marca y alcance del ius prohibendi en la directiva de marcas. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXXIII (2013). Pp. 185 y ss.

⁶⁰ PEGUERA POCH, Miquel. Uso a título de marca y alcance del ius prohibendi en la directiva de marcas. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXXIII (2013). P. 196.

⁶¹ El considerando número 27 de la mencionada Directiva señala que “los derechos exclusivos conferidos por una marca no deben facultar a su titular para prohibir el uso por terceros de signos o indicaciones usados lealmente y, por tanto, de acuerdo con prácticas honestas en materia industrial y comercial”. Es decir, dicha Directiva permite el uso de signos o indicaciones usados lealmente por parte de terceros.

prohibirse en particular, en virtud del apartado 2: f) utilizar el signo en la publicidad comparativa de manera contraria a la Directiva 2006/114/CE.”⁶²

Es decir, la antedicha Directiva 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, se remite a las condiciones de licitud de la Publicidad Comparativa, contenidas en la Directiva 2006/114/CE sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa, y entiende que toda vez que se respeten las condiciones de licitud de la Publicidad Comparativa, contenidas en la Directiva 2006/114/CE, la mención de marcas ajenas en este tipo de publicidad no supondrá una infracción del derecho de propiedad industrial que las protege.⁶³

Sin embargo, a juicio de García Vidal, no está suficientemente claro qué sucede cuando el uso de la marca ajena en la Publicidad Comparativa no respeta las condiciones de la Directiva 2006/114/CE, existiendo divergencias doctrinales al respecto.

Según el mencionado autor, en efecto, parte de la doctrina señala que cualquier uso de un signo ajeno en la Publicidad Comparativa, sin respetar las exigencias del derecho de la publicidad implicará necesariamente una infracción de la marca. Por otro lado, agrega que otra parte de la doctrina señala que, cuando se incumplen las condiciones de licitud de la Publicidad Comparativa establecidas en el derecho de la publicidad, no siempre existirá una infracción de la marca ajena mencionada en dicha publicidad. Por el contrario, habrá que analizar el caso

⁶² El mencionado apartado 2 del artículo 10 de la Directiva 2015/2436 señala: “Sin perjuicio de los derechos adquiridos por los titulares antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro o de la fecha de prioridad de la marca registrada, el titular de dicha marca registrada estará facultado para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico, de cualquier signo en relación con los productos o servicios, cuando: a) el signo sea idéntico a la marca y se utilice en relación con productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada; b) el signo sea idéntico o similar a la marca y se utilice en relación con productos o servicios idénticos o similares a los productos o servicios para los que esté registrada la marca, si existe un riesgo de confusión por parte del público; el riesgo de confusión comprende el riesgo de asociación entre el signo y la marca; c) el signo sea idéntico o similar a la marca, independientemente de si se utiliza para productos o servicios que sean idénticos o sean o no similares a aquellos para los que esté registrada la marca, cuando esta goce de renombre en el Estado miembro y, con el uso del signo realizado sin justa causa, se pretenda obtener una ventaja desleal del carácter distintivo o del renombre de la marca o dicho uso sea perjudicial para dicho carácter distintivo o dicho renombre.” Ver GARCÍA VIDAL, Ángel. La reforma del derecho europeo de marcas: principales novedades introducidas por la Directiva (UE) 2015/2436. (2016) Pp. 1-8

⁶³ GARCÍA VIDAL, Ángel (2016). La reforma del derecho europeo de marcas: principales novedades introducidas por la Directiva (UE) 2015/2436. Pp.1 y ss.

concreto y comprobar si el anunciante usa la marca ajena como distintivo de sus propios productos o servicios. Porque, si no fuera así, y a los ojos del destinatario medio del mensaje quedase claro que se trata de una marca ajena, usada de manera meramente referencial, no existiría infracción alguna de dicha marca ajena.⁶⁴

Lo que sí está claro, y de lo que podemos tener certeza, al menos en el concierto europeo, es que toda vez que se utilice la práctica de la Publicidad Comparativa, respetando las condiciones establecidas en la directiva sobre sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa, no se producirá una infracción marcaria.⁶⁵

Lo anterior, según menciona García Vidal, se desprende de lo señalado en la propia directiva 2006/114/CE, la cual establece en su considerando (15): “Una utilización tal de la marca, del nombre comercial u otros signos distintivos de un tercero, siempre que se haga respetando las condiciones establecidas mediante la presente Directiva, no atenta contra el derecho exclusivo, puesto que su objetivo consiste solamente en distinguir entre ellos y, por tanto, resaltar las diferencias de forma objetiva.”⁶⁶

⁶⁴ GARCÍA VIDAL, Ángel (2016). La reforma del derecho europeo de marcas: principales novedades introducidas por la Directiva (UE) 2015/2436. Pp.1 y ss.

⁶⁵ Condiciones de licitud de la Publicidad Comparativa, contenidas en la Directiva 2006/114/CE. Artículo 4: “La publicidad comparativa, en lo que se refiere a la comparación, estará permitida cuando cumpla las siguientes condiciones: a) que no sea engañosa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2, apartado b, el artículo 3 y el artículo 8, apartado 1, de la presente Directiva y en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales) (1); b) que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad; c) que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio; d) que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor; e) que se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación; f) que no obtenga indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores; g) que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos; h) que no dé lugar a confusión entre los comerciantes, entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor”.

⁶⁶ Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa, Considerando (15).

Sin perjuicio de lo mencionado por García Vidal, otra doctrina, a nuestro juicio minoritaria, señala que el hecho de que la utilización de la marca ajena en la Publicidad Comparativa sea un uso lícito, si se cumplen las condiciones previstas desde el punto de vista del derecho publicitario, no despeja, sin embargo, las dudas acerca de su enjuiciamiento desde el punto de vista del derecho de marcas.⁶⁷ En tal sentido, Ortuño Baeza genera más dudas que certezas y más bien conviene seguir los postulados mayormente clarificadores en la materia, esgrimidos por García Vidal.

No obstante lo anterior, Ortuño Baeza coincide con García Vidal y realiza un buen aporte a la discusión al señalar que la Publicidad Comparativa, cuando sea desleal, puede constituir, además, una infracción del derecho exclusivo del titular de la marca ajena mencionada, cuando la utilización de esta pueda inducir a confusión o asociación, o cuando se produzca un aprovechamiento indebido o un menoscabo de la capacidad distintiva o de la notoriedad o renombre de las marcas.⁶⁸

En tal sentido, una marca si se aprovecha de la reputación, imagen, reconocimiento y tradición de otra marca, mediante alguna de las formas antes mencionadas, incurre claramente en una infracción marcaria. Lo anterior, sin duda sería un atentado contra los derechos del titular de la marca aludida en la Publicidad Comparativa, y podría afectar claramente la reputación o *goodwill* de su marca.

Así, desde una perspectiva marcaria, lo que se intenta proteger es al titular de la marca, respecto de una apropiación indebida de la misma, lo que se ha considerado por la doctrina como una suerte de *free-riding*.

Un ejemplo de lo anteriormente expuesto es que en un mercado existe una marca llamada Z, que tiene 100 años de tradición en el rubro, y que es reconocido su prestigio y calidad a nivel mundial, y luego entra una marca llamada X al mercado y a través de la Publicidad Comparativa, se empieza a comparar con Z e intenta aprovecharse de la imagen que tiene Z, mediante técnicas de confusión o

⁶⁷ ORTUÑO BAEZA, María Teresa. Las Condiciones de Licitud de la Publicidad Comparativa tras la ley 29/2009: Un análisis a la luz de la jurisprudencia comunitaria. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXXI (2010-2011). Pp. 347 y ss.

⁶⁸ ORTUÑO BAEZA, María Teresa. Las Condiciones de Licitud de la Publicidad Comparativa tras la ley 29/2009: Un análisis a la luz de la jurisprudencia comunitaria. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXXI (2010-2011). P. 369.

asociación, o mediante el aprovechamiento indebido de su imagen o un menoscabo de la capacidad distintiva o de la notoriedad o renombre de la marca. En tal caso, y como mencionamos, se puede observar que estaríamos frente a un caso de infracción marcaria, en donde la marca X en este caso está actuando como *free-rider*, aprovechándose indebidamente de la imagen o reputación de la marca Z.

5. Publicidad Comparativa en Chile

En nuestro país, y desde un punto de vista legal, la Publicidad Comparativa se encuentra regulada tangencialmente o de manera indirecta en la ley N°19.039 sobre Propiedad Industrial y en la ley N°19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, sin embargo, es principalmente la ley N°20.169 sobre Competencia Desleal, la encargada de regular en Chile la licitud o ilicitud de esta práctica publicitaria, y establecer los parámetros que deben observarse para que esta técnica publicitaria sea aceptada y no sea considerada un “acto de competencia desleal”, lo anterior, a la luz del derecho de la competencia desleal.

Respecto a lo anteriormente señalado, el tema relativo a la Publicidad Comparativa analizada en materia del derecho de competencia desleal será tratado con mayor profundidad posteriormente en otra sección del trabajo, y, en la presente, nos referiremos principalmente al tratamiento que se le ha dado a la Publicidad Comparativa desde la perspectiva de la autorregulación ética.⁶⁹

En nuestro país, al igual que en la gran mayoría de los países, la Publicidad Comparativa se ha autorregulado éticamente mediante un organismo privado, al cual las empresas voluntariamente se someten, para que, a través de dictámenes éticos, se determine la aceptación o no de dicha práctica publicitaria. En Chile, Consejo de

⁶⁹ La Publicidad Comparativa a la luz del derecho de competencia desleal, será desarrollado posteriormente en la sección llamada “Publicidad Comparativa desleal”, de esta forma separaremos la cuestión ética, que conoce el CONAR, de la propiamente legal.

Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR)⁷⁰, es el órgano encargado de autorregular desde la perspectiva ética –y sin imperio– la actividad publicitaria nacional, de manera tal que se desarrolle en armonía con los principios y normas éticas consagradas en el Código Chileno de Ética Publicitaria.

Sin perjuicio que nos referiremos más adelante, y en mayor detalle a él, podemos adelantar que el Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria, CONAR, es una corporación de derecho privado sin fines de lucro, cuyo objetivo principal es autorregular, desde la perspectiva ética, la actividad publicitaria nacional, de manera tal que se desarrolle en armonía con los principios y normas consagradas en el Código Chileno de Ética Publicitaria, el cual es de su propia elaboración.

Para estos efectos, a través de sus actuaciones, el CONAR vela porque los mensajes publicitarios se encuadren dentro de los principios de legalidad, honestidad, moralidad y veracidad, establecidos en el Código de Ética Publicitaria, buscando a su vez de esta manera, promover el ejercicio responsable de la libre expresión comercial, basado en los principios de la autorregulación y el respeto por la sana competencia, propiciando la práctica de una publicidad ética como parte integral de la responsabilidad social empresarial.⁷¹

A su vez, podemos señalar que el Código Chileno de Ética Publicitaria, elaborado por el propio CONAR, es un instrumento de autorregulación derivado de la voluntad privada del sector publicitario, que establece un conjunto de normas deontológicas y estándares éticos que debieran ser observados por todos los actores de la industria.⁷²

⁷⁰ El Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR), está integrado por las instituciones y empresas más importantes y representativas de la actividad publicitaria y comunicacional del país, a través de las asociaciones que las agrupan. Son miembros del CONAR la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad (ACHAP), la Asociación Nacional de Avisadores (ANDA), la Asociación Nacional de Televisión (ANATEL), la Asociación de Radiodifusores de Chile (ARCHI), la Asociación Nacional de la Prensa (ANP), y el *Interactive Advertising Bureau* (IAB CHILE). CONAR es miembro del *International Council for Advertising Self-Regulation* (ICAS) y de la Red Latinoamericana de Autorregulación Publicitaria (CONARED).

⁷¹ Prologo Sexta Edición Código Chileno de Ética Publicitaria (2018). Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria.

⁷² Prologo Sexta edición Código Chileno de Ética Publicitaria (2018). Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria

Este Código de Ética, establece que la Publicidad Comparativa será éticamente aceptable siempre que se utilice en los términos establecidos en la ley, que su utilización sea leal y que se ajuste a los principios y límites consagrados en dicho Código, relativos a que la Publicidad Comparativa debe apoyarse en antecedentes objetivos que puedan ser comprobados fehacientemente y que no debe sustentarse en exageraciones, dramatizaciones u otras licencias publicitarias permitidas, y las declaraciones genéricas no acotadas, en desmedro de la competencia.

Según el artículo 14 inciso 7° del Código Chileno de Ética Publicitaria, la Publicidad Comparativa será aceptada siempre que respete los siguientes principios y límites:

A. Que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad;

B. Que compare de modo veraz, objetivo y demostrable una o más características de los bienes, servicios o marcas comparadas, entre las que podrá incluirse el precio;

C. Que no dé lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor, o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor;

D. Que no constituya competencia desleal, denigración o menosprecio de la imagen o la marca de otra empresa o industria.

El Código de Ética, a su vez señala que tiene como principales objetivos, los de autorregular las comunicaciones publicitarias y de marketing desde la perspectiva ética, respetando y promoviendo los derechos de los consumidores, velando por una sana y leal competencia, y preservando la libre expresión comercial y el principio de autorregulación.

En síntesis, el tratamiento ético que se le da en Chile a la Publicidad Comparativa es de aceptación, siempre y cuando se cumpla con los principios y límites establecidos en el código de ética publicitaria y las leyes antes mencionadas.

a. Historia de la Publicidad Comparativa en Chile

La publicidad en Chile, nació en 1812, junto al primer periódico del país, *La Aurora de Chile*, publicación en la cual comenzó, poco a poco, a desarrollarse un espacio para los avisos publicitarios, que posteriormente fueron ocupando lugares de mayor número e importancia en la prensa y en las revistas. Durante el siglo XIX y hasta comienzos del XX, los avisos publicitarios fueron, en su mayoría, textos que se insertaron en las columnas verticales, utilizando tipografías diferentes para destacar los productos publicitados y, a veces, incluyeron ilustraciones muy simples, como casas u otras imágenes, generalmente copiadas de publicaciones extranjeras.⁷³

Con la aparición de las revistas nacionales, a mediados del siglo XIX, y con el auge comercial de Valparaíso y Santiago, surgió el desafío de desarrollar nuevas técnicas en el avisaje. Un avance significativo fue la incorporación del color. También se presentaban al público, a través de atractivos textos descriptivos e ilustraciones novedosas, los adelantos tecnológicos de comienzos de siglo.⁷⁴

Los avisos publicitarios fueron una importante herramienta para introducir los nuevos artículos del hogar, las innovaciones técnicas y otros productos que cambiarían radicalmente las costumbres de la sociedad chilena. El desarrollo de industrias y casas comerciales especializadas generó un nivel de competencia cada vez más alto, lo que se vio reflejado en la cantidad y en la tecnificación de los avisos publicados en diferentes revistas y periódicos en circulación.⁷⁵

Con el paso de los años, en nuestro país, al igual que en el resto del mundo, se empezó a instaurar la práctica publicitaria de la Publicidad Comparativa, y por ende surgió la necesidad de fijar los límites de su legalidad, ética y difusión.

Desde un punto de vista normativo, con anterioridad a la dictación de la Ley N°20.169 sobre competencia desleal (del año 2007), en nuestro país no existía un

⁷³ Biblioteca Nacional de Chile, Memoria Chilena. La Publicidad en Chile (1900-1940). [En línea 06-05-2020], <<http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-649.html>>.

⁷⁴ Biblioteca Nacional de Chile, Memoria Chilena. La Publicidad en Chile (1900-1940). [En línea 06-05-2020], <<http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-649.html>>.

⁷⁵ Biblioteca Nacional de Chile, Memoria Chilena. La Publicidad en Chile (1900-1940). [En línea 06-05-2020], <<http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-649.html>>.

tratamiento sistemático relativo a la Publicidad Comparativa y por ende las conductas de competencia desleal podían ser reprimidas conforme a distintos ordenamientos.

En primer lugar, la Publicidad Comparativa, podía ser sancionada conforme a las normas generales de la responsabilidad civil, en particular conforme a lo señalado en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil. Dicho artículo dispone:

“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”

En segundo lugar, era posible reprimir la Publicidad Comparativa desleal mediante las antiguas Comisiones Antimonopolios, compuestas por las Comisiones Preventivas (Regionales y Central) y la Comisión Resolutiva, que conocían de las causas de competencia desleal en base al antiguo artículo 2° letra e) del DL N°211 que fijaba las normas para la defensa de la libre competencia. Durante sus casi treinta años de funcionamiento, las comisiones antimonopolios sostuvieron la legalidad de la Publicidad Comparativa y reconocieron sus efectos positivos en el mercado, pero, no obstante reconocer la licitud y beneficios económicos de esta herramienta publicitaria, los órganos antimonopolios indicaron en numerosas oportunidades que, para ser lícita, la Publicidad Comparativa debía cumplir los requisitos de ser veraz, objetiva, leal y demostrable.

En tercer lugar, la práctica de la Publicidad Comparativa estaba regulada por el Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial, promulgado por Decreto Supremo N°425, del 30 de septiembre de 1991, que sanciona las prácticas de competencia desleal. En este convenio si bien es cierto no se menciona expresamente la Publicidad Comparativa, se establece expresamente la deslealtad de los actos que puedan causar confusión, descrédito o inducir a error, lo cual permitía la posibilidad de reprimir las prácticas de Publicidad Comparativa Desleal.⁷⁶

Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, en nuestro país, al igual que en otros países como Estados Unidos, Alemania y España, existe un organismo que

⁷⁶SAFFIRIO PALMA, Camila (2010). Publicidad Comparativa: Regulación en la ley n°20.169 Sobre Competencia Desleal (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad de Chile, Santiago.

es encargado de establecer los límites éticos en torno al uso de la Publicidad Comparativa y las condiciones que se deben observar para que sea éticamente permitida. Dichos límites éticos están establecidos por el CONAR (creado en 1987) y su Código de Ética, el cual, no obstante no ser jurídicamente vinculante, ha tenido un rol fundamental en el desarrollo y control de la Publicidad Comparativa, para evitar que se atente en contra de los demás competidores, en contra del mercado y en contra de los derechos de los consumidores.

El Código Chileno de Ética Publicitaria está basado en el “Código de comunicación publicitaria y de marketing”⁷⁷ de la Cámara Internacional de Comercio, instrumento que ha inspirado las normas de autorregulación en casi todos los países donde la publicidad tiene un desarrollo importante.

Adelantamos que, si bien es cierto ha existido una evolución en la regulación de esta práctica, y existe legislación que regula de buena forma la práctica de la Publicidad Comparativa en nuestro país, es un órgano privado el que al fin y al cabo en la práctica, y en la mayoría de los casos, termina definiendo desde un punto de vista ético, la actividad publicitaria en nuestro país.

b. Rol del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR)

El Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR)⁷⁸, en nuestro país cumple un rol primordial a la hora de determinar los límites (éticos) relativos a la aceptación o rechazo de la Publicidad Comparativa. Este órgano es el encargado de autorregular desde una perspectiva ética –pero sin imperio– la actividad publicitaria nacional, de manera tal que se desarrolle en armonía con los principios y normas consagradas en el Código Chileno de Ética Publicitaria, de su propia autoría.

⁷⁷ “Advertising and Marketing Communications Code” (2018). *International Chamber of Commerce*.

⁷⁸ El Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria – CONAR, es una corporación de derecho privado, sin fines de lucro, creada por los actores de la industria publicitaria para servir como instrumento fundamental en la preservación de la libertad de expresión comercial. Su principal objetivo es autorregular las comunicaciones publicitarias y de marketing desde la perspectiva ética, propiciando que se desarrollen en armonía con los principios y normas consagrados en el Código Chileno de Ética Publicitaria, respetando y promoviendo los derechos de los consumidores, velando por una sana y leal competencia, y preservando la libre expresión comercial y el principio de autorregulación.

En nuestro país, este órgano de derecho privado es el que al fin y al cabo (en la mayoría de los casos) termina regulando la actividad publicitaria nacional, y su Código de Ética, constituye un buen marco que fija los límites éticos respecto de lo que se puede o no hacer en materia publicitaria.

Su importancia es tal, que las empresas que se someten a su autoridad mayoritariamente acatan las resoluciones del CONAR de buena forma, por lo que se ha constituido en un órgano que ha permitido la solución eficaz y rápida de las disputas en torno a la publicidad en general, y en específico respecto a la Publicidad Comparativa, como a continuación se expondrá.

Desde el punto de vista del acatamiento de las decisiones del CONAR, es posible señalar que, desde su creación, el CONAR ha resuelto más de mil denuncias por infracción a la ética publicitaria, incluyendo aquellas de consumidores o personas naturales, y no sólo ha resuelto estos casos en forma expedita y técnica, sino también ha difundido esta experiencia en la comunidad académica, empresarial y en el público en general. Sus decisiones, aunque sólo obligan moralmente, han sido acatadas prácticamente en su totalidad (tasa de acatamiento cercana al 100%), y en los contados casos en que ellas no se respeten, el CONAR puede dar a conocer públicamente tal circunstancia con el objeto de que el infractor reciba la reprobación de la comunidad.⁷⁹

En ese sentido, se puede afirmar que el CONAR en nuestro país es un ejemplo exitoso de autorregulación en materia publicitaria.

c. Composición del CONAR y su Procedimiento

El Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria, como se mencionó con anterioridad, es una Corporación de Derecho Privado sin fines de lucro, cuyo objetivo principal es autorregular, desde la perspectiva ética –y sin imperio– la actividad

⁷⁹Reseña histórica, Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria. [En línea 06-05-2020], <<https://www.conar.cl/sobre-conar/resena-historica/>> y Prólogo a la Sexta Edición del Código Chileno de Ética Publicitaria (2018). En el Prólogo se señala que existe una tasa de acatamiento cercana al 100%.

publicitaria nacional. El CONAR, es en esencia un “Tribunal Arbitral de Honor”, al cual se recurre voluntariamente, para que resuelva las controversias que se susciten en materia de publicidad comercial, y es a través de sus actuaciones, que vela porque los mensajes publicitarios se encuadren dentro de los principios de legalidad, honestidad, moralidad y veracidad.

El CONAR, está compuesto por un directorio, integrado tanto por personas naturales (presidente, primer vicepresidente, segundo vicepresidente y tesorero), como por Asociaciones (Asociación Chilena de Agencias de Publicidad “ACHAP”, Asociación Nacional de Avisadores “ANDA”, Asociación de Radiodifusores de Chile “ARCHI”, Asociación Nacional de Televisión “ANATEL”, el *Interactive Advertising Bureau* “IAB” y la Asociación Nacional de la Prensa “ANP”). En total, entre los miembros titulares y suplentes, se contabilizan 28 personas, los cuales tienen el objetivo de velar por el cumplimiento del Código Chileno de Ética Publicitaria, mediante pronunciamientos doctrinarios y dictámenes éticos. Adicionalmente, y con fines administrativos, existe un Director Ejecutivo, un Secretario Ejecutivo y un Asistente general.

El procedimiento de reclamaciones ante el CONAR, sobre piezas publicitarias o campañas que se estimaren contrarias a la ética publicitaria, se encuentra regulado en los artículos 14 y siguientes del “Reglamento de Funciones y Procedimientos del CONAR”. Según este reglamento, “Todo avisador, agencia de publicidad, medio de comunicación o persona natural o institución de cualquier índole, podrá reclamar ante el CONAR las piezas publicitarias o campañas que estimaren contrarias a la ética publicitaria, según ésta se contempla en el Código Chileno de Ética Publicitaria.”⁸⁰ Adicionalmente, en el artículo 16 del mismo Reglamento, se señala que el CONAR, puede actuar de oficio a proposición del Director Ejecutivo o de quien el Directorio designe al efecto, para conocer mensajes publicitarios que pudieran estar transgrediendo la ética publicitaria.

En los casos en que se interpone un reclamo, el reclamante deberá pagar, al momento de interponer el reclamo, un arancel de tramitación que será fijado

⁸⁰ Artículo 14 “Reglamento de Funciones y Procedimientos del CONAR”, aprobado con fecha 23 de junio de 2017, por el Directorio del CONAR.

periódicamente por el Directorio.⁸¹ Luego de interpuesto el reclamo, este se somete a un examen de admisibilidad, en el cual se analiza si es que este se refiere a una materia relacionada con la ética publicitaria y a su vez si presenta méritos suficientes. Una vez acogida a tramitación una reclamación, y según lo señalado en el artículo 18 del Reglamento, esta deberá ser comunicada a los reclamados, los que tendrán un plazo de tres días hábiles, contados desde el día siguiente al de la comunicación, para hacer presente sus descargos, antecedentes y observaciones, plazo que podrá ser prorrogado a solicitud de parte por el Secretario Ejecutivo hasta un máximo de dos días hábiles adicionales, o bien, por un plazo mayor por decisión del Directorio.

Transcurrido el plazo para realizar descargos y observaciones, el Directorio del CONAR se pronunciará emitiendo su acuerdo o recomendación.⁸²

Cabe señalar, que, para el análisis de reclamos relacionados con la ética publicitaria, y emitir a su respecto acuerdos y recomendaciones, el Directorio podrá constituirse en salas, o en sala de apelación denominada “Tribunal de Ética Publicitaria”.

Dentro de las facultades que tiene el CONAR, se encuentra la posibilidad de que actuando de oficio o a petición de parte, el Directorio disponga, como medida preventiva, la suspensión de la exhibición de una pieza o campaña publicitaria, mientras se resuelva la controversia sometida a su consideración, cuando la difusión de la publicidad que se impugna pueda causar un grave perjuicio al público o a la actividad publicitaria.⁸³

Según lo señalado en el artículo 23 del Reglamento, una vez agotado el procedimiento destinado al conocimiento del asunto, el Directorio o Sala, en su caso, decidirá la controversia por mayoría de votos de los asistentes y, en caso de empate,

⁸¹ Si la reclamante es socia de alguna de las siguientes entidades: Asociación Nacional de Avisadores, Asociación de Radiodifusores de Chile, Asociación Nacional de Televisión, Interactive Advertising Bureau. El arancel de tramitación es de 50 UF. Si no es socia el arancel de tramitación es de 70UF, y por regla general, si el reclamante es persona natural, se tramita de forma gratuita.

⁸² Los acuerdos o recomendaciones serán de cumplimiento inmediato, a menos que el Directorio acuerde, en casos debidamente justificados y a solicitud de parte, diferir dicho cumplimiento por un plazo razonable. (Artículo 18 del Reglamento).

⁸³ Artículo 21 del Reglamento. “La suspensión preventiva de la publicidad deberá ser acordada con el voto conforme de al menos 7 (siete) directores”.

será dirimido por el director que presida. A su vez, el dictamen ético del directorio contendrá un acuerdo o recomendación sobre si las piezas cuestionadas se avienen o no con la ética publicitaria, ordenando el retiro de las mismas en caso de que no se ajusten a ella. Tal acuerdo o recomendación será obligatorio desde su notificación a las partes.

Frente a esta resolución del Directorio, procede un recurso de reconsideración (que resuelve el Directorio) y de apelación (que resuelve el “Tribunal de Ética Publicitaria”⁸⁴). Respecto del pronunciamiento del Tribunal de Ética Publicitaria no procede recurso alguno y sus decisiones deberán evacuarse en un plazo máximo de treinta días corridos desde que se inicie el conocimiento del asunto sometido a su resolución.

Por último, en caso de la existencia de desacato de los pronunciamientos del CONAR, este órgano, en caso de que lo tenga por acreditado, adoptará las medidas a su alcance que correspondan para promover el cumplimiento de sus decisiones, pudiendo hacer público el desacato e incluso ordenar la publicación del Dictamen Ético incumplido.

En la práctica, lo que ocurre es que casi en la totalidad de los casos, los que se someten al CONAR, acatan sus resoluciones y recomendaciones, ya que este es un sometimiento voluntario, y no acatarlo en la práctica comercial sería muy mal visto y terminaría siendo muy perjudicial para los intereses de las empresas, ya que su imagen y credibilidad frente a los consumidores se podría ver fuertemente deteriorada.⁸⁵

⁸⁴ Este Tribunal, solo sesiona ante apelaciones.

⁸⁵ Según lo señalado en el Prólogo a la Sexta Edición del Código Chileno de Ética Publicitaria, a aplicación de este Código por parte del CONAR, en los últimos 30 años, ha permitido resolver adecuadamente más de mil reclamos, con una tasa de acatamiento cercana al 100%. Esta tarea le ha dado al Consejo un merecido prestigio y el reconocimiento del sector privado y de las autoridades, incluyendo los más altos tribunales del Poder Judicial.

d. Jurisprudencia del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria

A continuación, y ya habiendo mencionado y analizado el rol e importancia del CONAR, su composición y el procedimiento para resolver las reclamaciones que ante él se promuevan, en la presente sección presentaremos a modo ilustrativo, ciertos casos promovidos ante este organismo, y las conclusiones de sus respectivas resoluciones, atinentes a la Publicidad Comparativa.

Cabe señalar y acotar que la jurisprudencia del CONAR, y sus pronunciamientos, constituyen dictámenes éticos, y como tales, tienen como objetivo resolver si determinadas conductas se ajustan o no a la ética, y en ningún caso determinan la legalidad o ilegalidad de la Publicidad Comparativa o la conducta sometida a su conocimiento.⁸⁶ Más adelante durante este trabajo, nos referiremos a la jurisprudencia de la Publicidad Comparativa en sede de competencia desleal, la cual sí efectivamente determina la licitud o ilicitud de la Publicidad Comparativa en el caso concreto.

- 1) Reclamación SMU S.A. (Unimarc) contra Walmart Chile S.A. (Líder), Rol N°1125/19:

El presente caso trata de un reclamo presentado por SMU S.A. (en adelante Unimarc) en contra de Walmart Chile S.A. (en adelante, “Líder”) a causa de su campaña publicitaria denominada “Total más Bajo”.

En resumidas cuentas, la reclamante argüía que la campaña publicitaria denominada “Total más Bajo” exhibida por Líder, constituía Publicidad Comparativa de precios, en la cual se plantea que efectuar compras en los supermercados Líder, implicaría el desembolso de un total más barato para el consumidor, basado en la comparación con boletas de compra en otros supermercados. Al respecto, la reclamante agrega que dicha campaña, de naturaleza comparativa, adolece de errores y sesgos, y es desprolija al comparar una boleta de Líder con una de

⁸⁶ Respecto a este punto, cabe señalar que los fallos del CONAR, constituyen dictámenes éticos, y como tales, tienen como objetivo resolver si determinadas conductas se ajustan o no a la ética. Por lo anterior, los dictámenes del CONAR, no determinan la legalidad o ilegalidad de una conducta, no es lo mismo decir que una conducta riñe con la ética, a que sea ilegal.

Unimarc que no corresponde a los documentos protocolizados que se indican en la publicidad, que se comparan precios bajo absoluta discrecionalidad y con productos que no son 100% contrastables, entre otros argumentos, y en definitiva, señala que dicha campaña publicitaria contraviene los artículos 8°, 14°, 15° y 16° del Código Chileno de Ética Publicitaria (CCHEP) y solicita que se declare la infracción de los mencionados artículos y que se ordene el cese de la emisión de la publicidad.

Al efecto, el directorio del CONAR, concluye en el fallo, que, al revisar los avisos cuestionados, en ellos se incluye el slogan de la campaña “Total más Bajo”, lo que de conformidad al artículo 8° del CCHEP⁸⁷ constituye un absoluto publicitario, esto es, una “afirmación que tiene un tono excluyente o que denota superioridad absoluta respecto de sus competidores”. Además, continúa, que, al referirse al precio, que es un atributo cierto y objetivo de un producto, corresponde a una afirmación acotada a “aspectos objetivos” y por tanto sólo son aceptables si son “veraces y comprobables”. Agrega que, la comparación de precios es un recurso ampliamente utilizado pero que en su ejecución requiere ser especialmente rigurosos, sin dar lugar a dudas, pues está en juego la confianza que el público le dispensa a la publicidad en un elemento tan sensible como el precio de los productos, así como la imagen y prestigio de la marca o empresa con la cual se realiza la comparación.

El fallo continúa y señala que “al revisarse las boletas protocolizadas por Líder, no es posible para este Consejo llegar a la conclusión de que la comparación esté debidamente respalda”. En efecto, “el monto total que aparece en algunos avisos no coincide con el valor de ninguna de las boletas protocolizadas como para hacer una revisión exhaustiva de los productos y sus valores” y agrega que la descripción de los productos incluidos en las boletas, sea por contener abreviaturas o estar incompleta la descripción del producto, sin haberse acompañado al menos una minuta explicativa con la comparación clara y completa de los productos incluidos en las boletas y sus valores, “impiden aseverar que los productos comparados son asimilables o no para los efectos de la comparación de sus precios”.

⁸⁷ Código Chileno de Ética Publicitaria.

Por último, el fallo señala que, al mostrarse en la publicidad cifras precisas de las boletas comparadas, con una diferencia significativa entre ambas, sin que se tenga certeza de si los productos incluidos en la compra son o no asimilables, “se infringe en opinión de este Consejo lo dispuesto en los artículos 8º, 14º, 15º y 16º del CCHEP, todos los cuales exigen que los atributos objetivos declarados en una publicidad, en este caso el precio, debe ser debidamente respaldado para ajustarse a las exigencias éticas en materia publicitaria”.

Así las cosas, en definitiva, el Consejo resolvió acoger el reclamo de Unimarc respecto de cierta publicidad en televisión, página web, redes sociales y publicidad estática en vía pública y salas de venta, de la campaña publicitaria denominada “Total más Bajo” de supermercados Líder, por estar en conflicto con la ética publicitaria, según se señala en los artículos 8º, 14º, 15º y 16º del Código Chileno de Ética Publicitaria. Por lo anterior, ordenó a su vez que los avisos cuestionados no debieran difundirse nuevamente.

2) Reclamación Procter & Gamble Chile Ltda. contra Unilever Chile S.A, Rol N°1002/16:

Este caso trata de un reclamo presentado por Procter & Gamble Chile Ltda. (Ariel) en contra de Unilever (Omo), relativo a una campaña publicitaria comparativa presentada por Unilever, en la cual señala que su producto detergente “Omo” lava y remueve mejor las manchas que el resto de las marcas, en específico mejor que “Ariel”. En dicha publicidad se señala y comunica al público, básicamente que Omo deja la ropa limpia mientras que la marca de la competencia no logra eliminar las manchas ni actuar de manera medianamente eficaz.

Frente a tal situación, el Consejo resuelve el asunto, señalando que esta publicidad es contraria a la ética publicitaria, según se establece en los artículos 8º y 14º del CCHEP, al no encontrarse debidamente sustentada la superioridad de Omo, toda vez que se utilizó una demostración que no se ajusta a un antecedente fáctico que lo avale, y que por implicación, omisión, ambigüedad o pretensión exagerada puede conducir al público a conclusiones erróneas.

A su vez, el fallo agrega que “la comparación es una herramienta perfectamente válida y muy útil para explicar e informar mejor al público sobre las cualidades de un determinado producto, pero ella debe objetivarse de manera tal que no lo confunda y no es permitida la exageración como licencia publicitaria”.

Es decir, en resumidas cuentas, no se logró acreditar por parte de Omo, la superioridad de su producto, ni mucho menos aportó pruebas objetivas, veraces y comprobables respecto a la incapacidad de Ariel para eliminar las manchas en la ropa.

3) Reclamación Hipersur Ltda. contra Hipermercado Talca Ltda. (D&S), Rol N°569/03:

Otro caso, de mayor antigüedad, pero no menos importante e ilustrativo en la materia, es el de Supermercados Hipersur Ltda. contra Supermercado Líder D&S. Este caso trata sobre Publicidad Comparativa de precios que efectuaba “Líder”, mediante la entrega de volantes, los cuales en base a solo dos boletas afirmaba tajantemente que:

“¡Basta de perseguir ofertas!, Todos los precios bajos están aquí. Siempre. ¡Comprébalos! LIDER, Todos los precios bajos. Siempre”; y, en el reverso: “¡Verificalos!, Son exactamente los mismos productos comprados el sábado 9 de agosto. SOMOS MÁS BARATOS SIEMPRE”.

Esta publicidad en palabras del CONAR, vulneraba los artículos 10° y 11° del Código de Ética, en virtud de que hace afirmaciones genéricas y de carácter permanente que no están debidamente acreditadas, dando a la comparación de solo dos boletas y de un solo día, una validez y alcance mayor que el que realmente tiene, cuestión que constituye una pretensión exagerada que puede conducir al consumidor a conclusiones erróneas.

e. Rol de las antiguas Comisiones Antimonopolio e importancia de su jurisprudencia

En nuestro país, el sistema de defensa de libre competencia no posee una historia larga, en comparación a otros países como Estados Unidos o algunos países europeos. La primera ley en relación con temas de competencia fue promulgada en el año 1959 (Ley 13.305), durante el gobierno de Jorge Alessandri Rodríguez. Dicha Ley estableció normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial incorporando normas relativas a la competencia en su Título V, artículos 172 a 182.⁸⁸

En esa oportunidad se crea la "Comisión Antimonopolios" destinada a ejercer las facultades sancionadoras y de control, que esa propia ley le otorgaba en materia de libre competencia, principalmente en orden a impedir los monopolios.

Con el nuevo orden político, a partir del año 1973, y con el vuelco en términos de la orientación económica, y la dictación del DL 211, fue que la Comisión Antimonopolios alcanzó una gran importancia en orden a la protección de libre competencia. Cabe señalar que las Comisiones Antimonopolios, desarrollaban su actividad a través de Comisión Preventiva Central y la Comisión Resolutiva. La Comisión Preventiva, cumplía funciones parecidas a los de la *Federal Trade Commission* de los Estados Unidos (FTC), es decir, tenía una función más analítica, mientras que la Comisión Resolutiva, tenía una orientación más legal y actuaba como tribunal. Estas comisiones conocían de las causas de competencia desleal en base al antiguo artículo 2° letra e) del DL N°211 que fijaba las normas para la defensa de la libre competencia.⁸⁹

Dicha norma consideraba, hasta la modificación efectuada por la Ley N°19.911, como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia cualquier arbitrio que tuviera por finalidad eliminar, restringir o

⁸⁸ AROCA MOYA, Alexandra Dafne. (2010) "Análisis de la Independencia de los Organismos Antimonopolio en Chile", Tesis para optar al grado de Magister en Gestión y Políticas Públicas. Universidad de Chile.

⁸⁹PAREDES, Ricardo (1995). Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile.

entorpecer la libre competencia.⁹⁰ Entre las conductas de competencia desleal que fueron conocidas y sancionadas por las comisiones, se incluyeron en numerosas oportunidades casos de Publicidad Comparativa desleal, dado que en esa época era la única forma de protección que tenían los titulares de las marcas, frente a casos de Publicidad Comparativa Desleal.⁹¹

El rol o importancia que tuvieron las Comisiones Antimonopolios respecto al tema de la Publicidad Comparativa en nuestro país fue vital, ya que sus decisiones permitieron sentar las bases y principios que hasta el día de hoy rigen esta forma publicitaria. Un ejemplo de esto es que ya en el año 1986 la Comisión Preventiva Central había fallado señalando que: “(...) la publicidad comparativa debe reunir los requisitos de veracidad y objetividad, en cuanto no se pueden exaltar las bondades de un producto, en relación con las de su competidor, más allá de las cualidades que efectivamente tienen los mismos. Asimismo, debe ser objetiva, para evitar la confusión que podría producirse en el consumidor, derivada de aspectos de la ponderación de los productos que no salten a la vista o sean difícilmente demostrables.”⁹²

Este fallo de la Comisión Preventiva Central da cuenta de que ya en esa época se comenzaba a hablar respecto de los requisitos que debían observarse para efectos de que la Publicidad Comparativa fuere aceptada. Ya en 1986 se decía que la Publicidad Comparativa debía cumplir con requisitos de “veracidad y objetividad”

Por otro lado, un fallo de 1998 da cuenta y resume básicamente la postura que asumieron las Comisiones Antimonopolios con respecto a la Publicidad Comparativa.

La Comisión Preventiva Central es ilustrativa al señalar que: “Esta Comisión ha sostenido reiteradamente que la publicidad comparativa es útil para la libre competencia, pues contribuye a la transparencia del mercado; es beneficiosa para el consumidor, en cuanto lo informa sobre las cualidades de determinados productos y,

⁹⁰SAFFIRIO PALMA, Camila (2010). Publicidad Comparativa: Regulación en la ley n°20.169 sobre Competencia Desleal, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago.

⁹¹ Comisión Resolutiva: Resolución N°261, de 15 de septiembre de 1987; Resolución N°270, de 05 de enero de 1988; Resolución N°301, de 22 de diciembre de 1988.

⁹² Comisión Preventiva Central, 24 de enero de 1986.

además, permite que un producto nuevo pueda penetrar en un mercado donde existen productores ya establecidos, de mercaderías similares, que tienen prestigio consolidado. Sin embargo, para que esa publicidad esté de acuerdo con las normas sobre libre competencia es necesario que ella sea veraz, objetiva y demostrable.”⁹³

f. Primer caso Publicidad Comparativa televisiva en nuestro país

-Pepsi vs Coca-Cola (1985)

En el año 1985, una campaña publicitaria televisiva remeció el mercado en esa época al ser la primera vez que se utilizaba la técnica de la Publicidad Comparativa en televisión. Esta campaña publicitaria se enmarcaba en lo que se conocía como “Pepsi Challenge”, que consistía en que se ofrecía a una persona beber las “bebidas” Pepsi y Coca-Cola (mostrando ambas marcas) y siempre esta persona elegía la Pepsi. Otra variable de esta misma campaña era que se vendaban los ojos de las personas y se daban a probar ambas “bebidas” y como resultado siempre la persona elegía la Pepsi.

Frente a esta situación, se produjo una disputa entre ambas compañías, la cual culminó en la Corte Suprema. En tal controversia intervino la Dirección de Industria y Comercio (actual SERNAC) como mediador en el conflicto, y si bien es cierto no hubo impedimentos legales para continuar difundiendo dicha publicidad, finalmente Pepsi optó por dejar de hablar directamente de Coca Cola y reemplazó la referencia, por la de "otra bebida cola" en los comerciales.

⁹³ Comisión Preventiva Central. 1.039, 3 de julio de 1998.

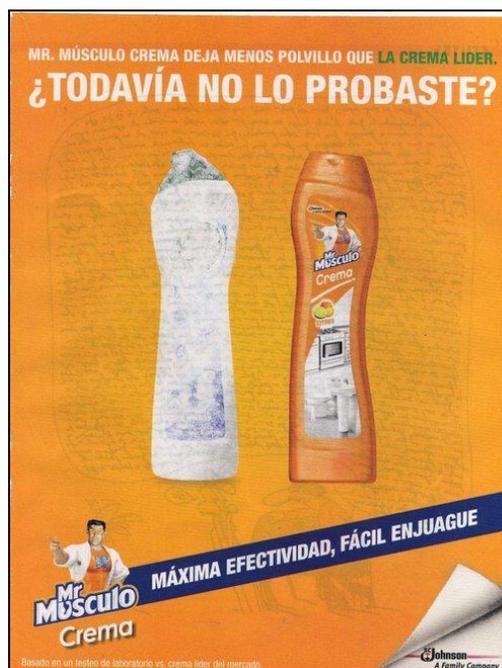
g. Ejemplos de Publicidad Comparativa en Chile

Imagen 6



-Supermercado Líder vs Supermercado Jumbo: Publicidad Comparativa de Precios

Imagen 7



- Mr. Músculo vs Cif (limpiador en crema líder del mercado)

6. Publicidad Comparativa en el Derecho comparado

Habiendo analizado los aspectos más importantes relativos a la práctica de la Publicidad Comparativa en nuestro país, a continuación, en la presente sección del trabajo, analizaremos el tratamiento que se le ha dado a esta técnica publicitaria en las principales legislaciones del derecho comparado, entre las cuales destacaremos principalmente a Estados Unidos, y dentro de la Unión Europea, hablaremos específicamente de Alemania y España.

a. Publicidad Comparativa en Estados Unidos

Respecto a la Publicidad Comparativa en Estados Unidos, es posible señalar que este país es pionero en esta práctica publicitaria. Se ha dicho que ya hacia el siglo XVIII, los comerciantes en dicho país citaban a la competencia, dada la expectación que esta práctica despertaba.⁹⁴

Sin perjuicio de lo anterior, el desarrollo paulatino de esta técnica publicitaria se empezó a notar con mayor fuerza ya en los años 30, década en la que se realizó la primera campaña publicitaria comparativa propiamente tal en ese país. En 1930, como se mencionó, tuvo lugar la primera campaña publicitaria comparativa, la cual fue realizada por la empresa de automóviles Chrysler, invitando al público a que “pruebe los tres”, haciendo referencia a Ford y General Motors. En ese entonces no fue bien visto este tipo de publicidad, especialmente por la *Federal Trade Commission* de los Estados Unidos (FTC)⁹⁵, aunque como veremos, posteriormente

⁹⁴ ZANOT, *A review of eight years of NARB casework: guidelines and parameters of deceptive advertising*, *Journal of advertising*, 1980, pp. 20-2. GUTIÉRREZ SANJUÁN, Luis. *Publicidad Comparativa*. Tesis doctoral, departamento de ciencias jurídicas básicas, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, España (2003). P. 104.

⁹⁵ La *Federal Trade Commission* (o Comisión Federal de Comercio, en español) fue fundada en 1914 en Estados Unidos, y tiene como principal misión, prevenir las prácticas comerciales anticompetitivas, engañosas o

en 1971 la FTC cambió de opinión y más bien impulsó la facilitación del uso de la Publicidad Comparativa.⁹⁶

En Estados Unidos, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, existe una gran y larga tradición con respecto al uso de esta técnica publicitaria, respecto a lo cual diferentes estudios han concluido que los anuncios comparativos a menudo suponen entre un 20 y un 30 por ciento de la totalidad de los anuncios emitidos.⁹⁷

Para la mayoría de los autores, la causa fundamental del desarrollo de este tipo de publicidad en Estados Unidos, y sobre todo en las últimas décadas del siglo XX, fue su legalización y fomento por parte de la *Federal Trade Commission*, a principios de los años 70, cuando el mencionado organismo afirmó que, la argumentación comparativa es la que proporciona a los consumidores más información y puede, por tanto, conducir a una toma de decisión más eficaz en el proceso de compra.⁹⁸

En Estados Unidos como ya hemos señalado en varias ocasiones, el panorama es distinto al de nuestro país. En ese país durante largos años se ha apoyado y fomentado la Publicidad Comparativa, ya que se dice que ésta incrementa el nivel de información de los consumidores y aumenta la competencia, lo cual terminaría beneficiando finalmente los consumidores. La *Federal Trade Commission* (FTC) y la *National Advertising Division of the Council of Better Business Bureaus Inc* (NAD)⁹⁹, que son los órganos encargados regular la actividad publicitaria en dicho

desleales hacia los consumidores; mejorar el nivel de información de las opciones disponibles para los consumidores y aumentar el grado de comprensión del proceso competitivo por parte del público; y cumplir con estos objetivos sin imponer una carga indebida sobre la actividad comercial legítima. A su vez, tiene como misión asegurar una información veraz generando productos de alta calidad a bajos precios y fomentando la eficiencia, la innovación y la opción de los consumidores.

⁹⁶ ROSSI, Silvina (2010). Marco Legal de la Publicidad Comparativa, Universidad Empresarial Siglo 21. P. 7.

⁹⁷ RODRÍGUEZ-BOBADA, Joaquín. Eficacia de la Publicidad Comparativa: una Revisión desde la Perspectiva del Modelo de Jerarquía de Efectos. Universidad de Sevilla, España. P. 419.

⁹⁸ RODRÍGUEZ-BOBADA, Joaquín. Eficacia de la Publicidad Comparativa: una Revisión desde la Perspectiva del Modelo de Jerarquía de Efectos. Universidad de Sevilla, España. P. 419.

⁹⁹ La misión de la *National Advertising Division of the Council of Better Business Bureaus Inc* (o División de Publicidad Nacional, en español) desde 1971 es revisar la publicidad nacional de Estados Unidos, en busca de veracidad y precisión y fomentar la confianza del público en la credibilidad de la publicidad. Es un organismo de autorregulación, asimilable al CONAR existente en nuestro país.

país y de velar por la buena práctica de esta, afirman que la Publicidad Comparativa puede beneficiar a los consumidores y alienta al uso de dicha práctica publicitaria, siempre y cuando estas sean “claramente identificables, veraces, y no engañosas”.

Estados Unidos se ve con muy buenos ojos la práctica de la Publicidad Comparativa, aduciendo que es una legítima y buena opción que tienen las marcas para dar cuenta de los beneficios que tienen sus productos en comparación con los productos de otras marcas y dar a conocer e informar de esto a los consumidores.

En dicho país, mediante la Primera Enmienda a la Constitución, se privilegia y protege fuertemente el derecho a la libertad de expresión por sobre muchos otros derechos, es decir, el derecho a la libertad de expresión es la regla general, y solo se encuentra restringido única y exclusivamente en ciertos temas calificados, como lo son los temas relativos a incitación del uso de la fuerza o la violación de la ley, declaraciones falsas de hechos, obscenidad, pornografía infantil, discursos ofensivos y amenazas. Respecto de la libertad de expresión en materia de Publicidad Comercial, en Estados Unidos, esta se encuentra levemente restringida, por el hecho de que existe la posibilidad de que el gobierno intervenga en ciertas áreas, en pro de proteger los derechos de los consumidores.

En Estados Unidos se le da casi absoluta libertad a las empresas para que realicen Publicidad Comparativa, y es más se alienta a que la realicen, para beneficiar de esta forma a los consumidores mediante el aumento en los niveles de información, pero siempre teniendo como límite a la práctica de la Publicidad Comparativa el hecho de que sea veraz y no engañoso. Esta veracidad, según señala la *Federal Trade Commission* (FTC), genera productos de alta calidad a bajos precios y por otro lado fomenta la eficiencia, la innovación y la opción de los consumidores, mejorando la competencia y por ende el mercado.

Desde el punto de vista de la autorregulación en materia publicitaria, en Estados Unidos, al igual que posteriormente en Chile, se optó por crear un organismo que resolviera los asuntos relativos a la publicidad desde la autorregulación. Dicho organismo creado fue la *National Advertising Division of the Council of Better Business Bureaus Inc* (NAD).

Las ventajas prácticas de la resolución de las posibles controversias en torno a la publicidad, por la NAD, según el propio organismo, son que promueve la publicidad veraz, resolviendo eficientemente las disputas publicitarias, de manera rápida, justa y profesional.¹⁰⁰

Entre otras razones que se han esgrimido en Estados Unidos para la creación del antedicho organismo, se señala la problemática que existía respecto a las resoluciones de la FTC de hacer responsable civilmente de los daños provocados por la publicidad no sólo al anunciante, sino también a las agencias de publicidad que participan en su creación y emisión. Por esta razón los profesionales del sector se agruparon en el año 1971 y decidieron crear la NAD.

Adicionalmente, y para efectos de resolver las apelaciones a las resoluciones de la NAD, se creó la *National Advertising Review Board* (NARB).¹⁰¹

La NARB, actúa en segunda instancia, resolviendo las apelaciones contra las decisiones de la NAD.

b. Publicidad Comparativa en Alemania

Respecto a la Publicidad Comparativa en Alemania, es posible señalar que en un principio tanto la ley de competencia desleal alemana de 1909 (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*), así como la jurisprudencia, eran proclives a la aceptación de la Publicidad Comparativa. Esto era consecuencia y manifestación de la aplicación del liberalismo económico, para el cual decir la verdad en publicidad no podía ser ilícito.

Sin embargo, en el año 1916 la tradición alemana relativa a la Publicidad Comparativa dio un giro hacia una línea de prohibición de esta, debido al trabajo

¹⁰⁰ *National Advertising Division of the Council of Better Business Bureaus Inc* (NAD). [En línea 07-05-2020], <<https://bbbprograms.org/programs/all-programs/nad>>.

¹⁰¹ Se ha señalado por el propio organismo, que el 85% de las decisiones de la NAD no suelen ser apeladas, sino aceptadas y cumplidas por las partes.

doctrinal de Kohler¹⁰², quien propugnaba la ilicitud de la Publicidad Comparativa aduciendo que la publicidad debe ser personal, es decir referirse a su propio producto y no aprovecharse de otro. En dicha época se acuñó la máxima que decía: “En la competencia económica, nadie puede engalanarse con plumas ajenas”, la cual se mantuvo hasta los años 90 y que solo cambió mediante la aprobación de La Ley Alemana de Marcas Comerciales de 1995.¹⁰³

La Ley Alemana de Marcas Comerciales de 1995 supone un cambio en esta orientación, admitiendo la Publicidad Comparativa, pero en casos muy calificados.

Esta ley señala que frente a la regla general (de prohibición), la excepción serán las comparaciones lícitas, que se considerarán tales cuando exista un “motivo suficiente” (*hinreichender anlass*), que justifique la comparación dentro de lo razonable. Como excepciones, se tenían las siguientes: a) Comparación en legítima defensa, b) Comparación a petición de la clientela, c) Comparación necesaria para la explicación de un progreso técnico o económico, y d) Comparación necesaria para la información de los consumidores.

Actualmente, y luego de la Ley de Enmienda a la Ley de Competencia Desleal aprobada por el Parlamento Federal Alemán el 1 de septiembre del año 2000, Alemania se abrió a la posibilidad de realizar Publicidad Comparativa de forma libre, pero siempre y cuando se cumplan con los requisitos claros y estrictos que señala la ley de Competencia Desleal. En la actualidad esta técnica publicitaria es aceptada en Alemania, pero con requisitos claros, los que señalan que se constituirá una violación de la práctica honesta de la Publicidad Comparativa cuando: 1. No se refiere a bienes o servicios que satisfacen las mismas necesidades o que están destinados al mismo propósito; 2. No se relaciona objetivamente con uno o más elementos relevantes, verificables y características representativas de esos bienes y servicios o

¹⁰² KOHLER, Josef. *Persönliche und sachliche Reklame in der Großindustrie*. Revista *Markenschutz und Wettbewerb* (1916-1917). Editorial Limbach Verlag. Pp. 127 y ss. Como se citó en GUTIÉRREZ SANJUÁN, Luis. *Publicidad Comparativa*. Tesis doctoral, departamento de ciencias jurídicas básicas, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, España (2003). P. 92.

¹⁰³ GUTIÉRREZ SANJUÁN, Luis. *Publicidad Comparativa*. Tesis doctoral, departamento de ciencias jurídicas básicas, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, España (2003). Pp. 91 y ss.

su precio; 3. Crea confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre los bienes o servicios que ofrecen o sus marcas comerciales, nombres comerciales u otros signos distintivos; 4. Aprovecha injustamente, o injustamente perjudica, la reputación de una marca, nombre comercial u otras marcas distintivas de un competidor; 5. Desacredita o denigra los servicios de mercancías, actividades o asuntos personales o comerciales o circunstancias de un competidor; 6. Presenta bienes o servicios como imitaciones o réplicas de bienes o servicios protegidos como marca comercial registrada.

Estos requisitos señalados en la actual Ley de Competencia Desleal alemana, han tendido poco a poco a morigerarse luego de la aprobación de la Directiva del Parlamento Europeo sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa en el año 2006.¹⁰⁴ Esta directiva del Parlamento Europeo, señala que la práctica de la Publicidad Comparativa, “cuando compara aspectos esenciales, pertinentes, verificables y representativos y no es engañosa, es una manera legítima de informar a los consumidores de las ventajas que pueden obtener”. La directiva claramente señala los beneficios de esta técnica publicitaria siempre y cuando se cumplan con los requisitos que luego señala en su artículo 4º, los cuales son esenciales para determinar la aceptación o no de la Publicidad Comparativa.¹⁰⁵

¹⁰⁴ DIRECTIVA 2006/114/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2006, sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa.

¹⁰⁵ La publicidad comparativa, en lo que se refiere a la comparación, estará permitida cuando cumpla las siguientes condiciones: a) que no sea engañosa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2, apartado b, el artículo 3 y el artículo 8, apartado 1, de la presente Directiva y en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales) (1); b) que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad; c) que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio; d) que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor; e) que se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación; f) que no obtenga indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores; g) que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos; h) que no dé lugar a confusión entre los comerciantes, entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor.

A su vez, cabe señalar que al igual que en nuestro país, en Alemania, existe un organismo, encargado de regular la actividad publicitaria y velar por las buenas prácticas de la industria, desde la perspectiva de autorregulación. Dicho órgano llamado *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs* (ZBW), durante sus años de historia tradicionalmente siguió los lineamientos prohibicionistas asentados en dicho país (salvo alguna excepción antes de los años noventa), teniendo que adaptarse a la nueva situación y a los nuevos lineamientos de la Unión Europea, específicamente señalados en la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa.

c. Publicidad Comparativa en España

Habiéndose analizado los aspectos más importantes relativos al tratamiento que se le ha dado, en términos generales, a la práctica de la Publicidad Comparativa en Estados Unidos y en Alemania, a continuación, veremos cómo ha ido evolucionando y cuál es el tratamiento que se le ha dado en España.

En dicho país, hasta antes de la creación del Estatuto de la Publicidad en el año 1964, la publicidad no se regulaba como tal, la situación de atraso económico y social en España lo hacía innecesario. Hasta esa fecha, existían breves referencias a la publicidad y se regulaba más bien de manera indirecta, a través principalmente de la ley de Propiedad Industrial de 1922. Dicha ley, se refería a la publicidad de manera muy simple y poco exhaustiva, en su artículo 132, el cual establecía como acto de competencia desleal determinadas actuaciones publicitarias como la denigración, la publicidad engañosa o la publicidad abusiva.¹⁰⁶

El Estatuto de la Publicidad, de 11 de junio de 1964, es la primera normativa que regula la publicidad propiamente tal en España, sin perjuicio de lo anterior, esta

¹⁰⁶ GUTIÉRREZ SANJUÁN, Luis. Publicidad Comparativa. Tesis doctoral, departamento de ciencias jurídicas básicas, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, España (2003). Pp. 37 y ss.

no mencionaba expresamente a la Publicidad Comparativa dejando su licitud o ilicitud, en manos de los principios generales que regían la actividad publicitaria.

Los principios generales establecidos por la antedicha ley, para la realización de cualquier actividad publicitaria, señalan que: “en el ejercicio de toda actividad publicitaria, deberán ser observados los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia”.

Entre las principales novedades que aporta esta ley, está el deber de corrección publicitaria y la creación de un órgano administrativo, el Jurado Central de Publicidad (JCP), como órgano jurisdiccional administrativo para resolver las reclamaciones en materia de publicidad. Es posible señalar que en sus primeras resoluciones, el Jurado Central de Publicidad, declaraba la ilicitud de la misma, con argumentos tales como, debe considerarse desleal “la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes y servicios, y la que tienda a producir el descrédito de los competidores” o “que en el anuncio resulte directa o indirectamente presente, además del anunciante, su competidor, y éste o sus productos aparezcan en condiciones tales que les hagan perder su crédito ante el público”.¹⁰⁷

Sin perjuicio de lo anterior, dicho organismo cambia su forma de enjuiciar la práctica de la Publicidad Comparativa, y en 1976, se pronuncia señalando que la Publicidad Comparativa no estaba en sí misma prohibida y que, de considerarse lo contrario, se iría en contra tanto de los derechos del consumidor como de la libertad de creación.¹⁰⁸

Posteriormente, y ya hacia fines del siglo XX, mediante la ley General de Publicidad de 1988, se dedicó especial mención a la Publicidad Comparativa, tipificándola como un supuesto de publicidad desleal siempre que no cumpliera

¹⁰⁷ PEDREIRA SAN JURGO, María Ángeles (2018). La Publicidad Comparativa. España. Pp. 36 y ss. Y TATO PLAZA, Anxo. La publicidad. Pp. 185 y ss.

¹⁰⁸ Dicho cambio, fue posible mediante el caso “Dash/Ariel”. La empresa “Procter & Gamble España” elaboró una campaña publicitaria de sus productos Dash y Ariel, en la cual se empleaban expresiones como “Ariel blanquea más” o “Ariel lava más blanco que ningún otro detergente”. La Junta Central de Publicidad decidió incoar de oficio tal campaña, por infracción del artículo 10 del Estatuto de Publicidad. El argumento de defensa de la empresa se basó en que, aunque las frases fueran comparativas, no provocaban descrédito para sus competidores, dado que respetaban el principio de veracidad. Estos argumentos fueron parcialmente acogidos por el Jurado Central, provocando así un cambio en su forma de entender la práctica de la Publicidad Comparativa. Ver TATO PLAZA, Anxo.; La publicidad. Pp. 193 y ss.

ciertos requisitos. Así, se señaló que es publicidad desleal: “La publicidad comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado”.

Más adelante, en 1991, se incluye también la regulación de la Publicidad Comparativa en la ley de competencia desleal, básicamente en los mismos términos, afianzando así la posición de España como uno de los países promotores de la licitud de dicha práctica publicitaria en la Unión Europea.

Hacia a fines de los 90, y con la dictación de la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997, y posteriormente con la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa, de 2006, se unificaron los criterios de la Unión Europea en torno a la licitud y promoción de la Publicidad Comparativa, lo cual obligó a ciertas modificaciones en la legislación española, sin perjuicio de las cuales, en términos generales es posible afirmar que la jurisprudencia y legislación española al menos durante las últimas décadas del Siglo XX, ha sido proclive a la licitud de dicha técnica publicitaria.

En España, al igual que en nuestro país, y al igual que en los países antes estudiados, también se ha apostado por la autorregulación en materia publicitaria.

El organismo encargado de autorregular, desde una perspectiva ética, la actividad de la industria publicitaria en dicho país se denomina “Autocontrol”, el cual fue creado en el año 1995. Su objetivo es contribuir a que la publicidad constituya un medio válido en el proceso económico, velando tanto por los derechos del consumidor como por la lealtad en la competencia.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Autocontrol, [En línea 08-05-2020] <<https://www.autocontrol.es/>>

7. Publicidad Comparativa desleal

Ya habiéndose explicado en cierta forma el desarrollo y tratamiento que se le ha dado a la Publicidad Comparativa en nuestro país y en algunas legislaciones del derecho comparado, a continuación, y sin ánimos de exhaustividad, en la presente sección del trabajo desarrollaremos el tema de la Publicidad Comparativa a la luz del derecho de la competencia desleal.

Para comenzar a introducirnos en este tema, cabe señalar que, con el devenir de los años y con el desarrollo que ha alcanzado el derecho de la competencia desleal en nuestro país, ya no solo debemos centrar la mirada en la protección de los intereses de los competidores, sino que también debemos centrar la atención en el interés del Estado en el correcto funcionamiento del mercado, y principalmente en el interés de los consumidores a nuestro juicio.¹¹⁰

Es en este sentido, y en orden a proteger los intereses tanto de los competidores, como del mercado y los consumidores, que la Publicidad Comparativa desleal se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico en la ley N°20.169 sobre competencia desleal, de manera genérica y de manera específica.

Desde un punto de vista genérico o general, la Publicidad Comparativa desleal, se puede enmarcar como un acto de competencia desleal mediante la cláusula general prohibitiva de la competencia desleal, establecida en el artículo 3° de la antedicha ley, el cual establece que: “En general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado.”

Sin embargo, es de manera específica o particular que nuestra ley de competencia desleal regula la Publicidad Comparativa desleal de mejor forma, y de manera más clara, en su artículo 4° letra e), el cual señala que es acto de competencia desleal: “e) Toda comparación de los bienes, servicios, actividades o

¹¹⁰ Relacionado con el artículo 1° de la ley N°20.169 sobre competencia desleal, el cual señala: “Esta ley tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal.”

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

En base a lo anterior, se puede desprender entonces que la Publicidad Comparativa desleal, puede catalogarse como una especie de Publicidad Comparativa en la cual se realiza una comparación basándose o fundándose en algún antecedente que no sea veraz ni demostrable, o, cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas contenidas en la ley N°20.169 sobre competencia desleal.

Así las cosas, podemos señalar que la técnica publicitaria de la Publicidad Comparativa, cuando no se apoya en base a comparaciones objetivas ni demostrables, o se aprovecha indebidamente la reputación ajena, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de un tercero¹¹¹, entre otros ejemplos, quedaría constituida como un “acto de competencia desleal”, y como tal, podría catalogarse como Publicidad Comparativa desleal.

Por lo anterior, consecuentemente, puede ser susceptible de las acciones señaladas en el artículo 5° de nuestra ley de competencia desleal según analizaremos más adelante en este trabajo.¹¹²

¹¹¹ Ver artículo 4° de la ley N°20.169 sobre competencia desleal. Dicho artículo contiene una enumeración no taxativa de supuestos concretos de competencia desleal, los cuales vienen a complementar la cláusula general de prohibición de la competencia desleal establecida en el artículo 3° de la misma ley.

¹¹² El mencionado artículo 5° de la Ley N°20.169 sobre Competencia Desleal señala: “Artículo 5º.- Contra los actos de competencia desleal pueden ejercerse, conjunta o separadamente, las siguientes acciones: a) Acción de cesación del acto o de prohibición de este si aún no se ha puesto en práctica. b) Acción declarativa de acto de competencia desleal, si la perturbación creada por el mismo subsiste. c) Acción de remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la publicación de la sentencia condenatoria o de una rectificación a costa del autor del ilícito u otro medio idóneo. d) Acción de indemnización de los perjuicios ocasionados por el acto, sujeta a las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil.”

a. Diferencias entre Publicidad Comparativa Desleal y Publicidad Engañosa

Por Publicidad Comparativa, según lo que ya hemos mencionado en este trabajo, se entiende que es una especie de publicidad o técnica publicitaria en virtud de la cual el anunciante de un producto o servicio busca comparar su oferta con la de su competencia, con el objeto de resaltar las características y cualidades objetivas y verificables de sus productos frente a los demás, pudiendo hacerlo de manera directa o explícita (mencionando directamente el nombre de la otra marca comercial), o de manera indirecta o implícita (sin mencionar claramente dicha marca). Es decir, un aspecto clave y central dentro de la Publicidad Comparativa es el hecho de “comparar”, pero siempre en base a información objetiva, verídica y leal o equivalente, en orden a informar y orientar de buena forma a los consumidores, y no “desinformarlos”. En tal sentido, la Publicidad Comparativa desleal, es aquella Publicidad Comparativa que, en términos generales, no realiza una comparación objetiva ni demostrable, y se aleja de los parámetros antes señalados, generando un acto de deslealtad frente a los competidores, frente al mercado, o frente a los consumidores, pudiendo afectar a uno a más de aquellos intereses.

Por su parte, respecto a la publicidad engañosa, podremos definirla como “aquella difusión de carácter comercial, que genera o puede generar un engaño o error en el consumidor, respecto de los componentes de un producto y el porcentaje en que concurren, la idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que ha sido atribuido en forma explícita por el anunciante, las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial, el precio del bien o tarifa o su forma de pago y el costo del crédito, las condiciones en que opera la garantía y su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable entre otras.”¹¹³ La definición anterior, se ha construido o elaborado a partir de los supuestos legales sobre los cuales puede recaer una Publicidad engañosa o falsa, contemplados en el artículo 28 de la

¹¹³ SERNAC (21 de marzo de 2019), Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales, p. 13.

ley N°19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, y da cuenta de la principal característica de este tipo de publicidad: “la generación de un engaño o la potencialidad de generar un engaño o error en el consumidor mediante la publicidad”.

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia también ha definido y señalado los elementos que se presentan en la publicidad engañosa, los cuales son: a) Que a través de un medio publicitario se hubiere anunciado un producto o servicio; b) Que el anuncio hubiere inducido a los consumidores a error sobre la idoneidad del servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante o respecto de las características relevantes del servicio destacadas por el anunciante y c) Que quien emite la publicidad sepa o deba saber del engaño.¹¹⁴

En consecuencia, la publicidad será "engañosa" por el sólo hecho de poder inducir a error o engaño, no siendo necesario que los consumidores concreten una conducta que exprese tal confusión. Lo mismo ocurre en el caso de las promociones u ofertas, donde se considera "engaño publicitario" el solo ofrecimiento de productos o servicios que no puedan cumplirse.

A su vez, y en mismo sentido, el Código Chileno de Ética Publicitaria, según su artículo 8°, señala que se considera publicidad engañosa aquella que induce o puede inducir a error o confusión, pudiendo afectar a los consumidores o competidores, mediante exageraciones, ambigüedades, falacias, sofismas u omisiones respecto de las características, ventajas, beneficios, idoneidad, precios, garantías, desempeño real del producto o servicio anunciado, su relación con el medio ambiente, o de cualquier otra forma. También se considera publicidad engañosa la que le atribuye a un producto o servicio, características, cualidades o propiedades que éste no posee, y la que promete beneficios, características, condiciones, resultados, o efectos que no se pueden cumplir.

Es decir, en resumidas cuentas la principal diferencia observable entre la Publicidad Comparativa desleal y la publicidad engañosa es, que esta última, intenta inducir y persuadir al consumidor para adquirir un bien o servicio, mediante el engaño o falacia, sin utilizar el recurso publicitario de la comparación con otro competidor,

¹¹⁴ SERNAC (21 de marzo de 2019), Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales, p. 9.

como si se realiza en el caso de la Publicidad Comparativa desleal, en la cual, mediante el recurso publicitario de la “comparación” se intenta influir deslealmente en la decisión de compra del consumidor, pudiendo incluir o no un engaño.¹¹⁵

b. Ejemplos de Publicidad Engañosa

Imagen 8



En la presente imagen publicitaria (**Imagen 8**), es posible observar cómo, el anunciante de cuerdas de escalada, en su producto muestra una imagen de un hombre escalando, a la derecha señala que son de alta resistencia (*high strength*), pero luego, extrañamente, en la parte lateral de la imagen, y con letra muy pequeña, señala: “No apta para escalar” (*not suitable for climbing*).

En este caso estamos claramente frente a una publicidad engañosa en la que, explícitamente se ofrece un producto con una determinada idoneidad, para satisfacer

¹¹⁵ Respecto a lo anterior, cabe señalar que, “los actos de engaño”, están destinados a influir en las preferencias o en la toma de decisión de los consumidores, induciéndolos a error respecto de los bienes propios del anunciante o de sus competidores, y, cuando dichos actos de engaño toman la forma de una “comparación”, es decir, se realizan a través de una referencia conjunta de bienes propios y de terceros hecha con el propósito de comparar, entonces el acto deberá ser sancionado como “publicidad comparativa desleal”. Como puede observarse, la publicidad comparativa puede actuar como vehículo para el engaño, no obstante existir diferencias entre actos de engaño y actos de comparación. Ver SAFFIRIO PALMA, Camila (2012). Publicidad Comparativa: regulación en la ley No. 20.169 sobre competencia desleal. [En línea 26-06-2020] <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112904>>

el fin ofrecido de manera clara por el anunciante mediante la imagen de un hombre escalando, pero luego, se señala que dicho producto no es apto para escalar, lo cual a todas luces da cuenta del engaño deliberado en que se está incurriendo. La imagen presentada, claramente da cuenta de un ejemplo en el cual se genera o se puede generar un engaño o error en el consumidor, cumpliéndose así todos los requisitos establecidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia para estar frente a un caso de publicidad engañosa.

Imagen 9



En la imagen publicitaria (**Imagen 9**), se puede observar, que el anunciante de pan marca “Bimbo”, en el envoltorio de su producto ofrece “Pan 100% integral”, luego en idioma inglés repite la misma característica, pero, sin embargo, al leer el listado de ingredientes el pan no contiene dentro de sus ingredientes, ni siquiera harina integral. Dicha publicidad fue sancionada en Perú y Panamá, entre otros países, por considerarse engañosa, ordenando el cese definitivo e inmediato de la comercialización del producto, en tanto no cuente con los medios probatorios que acrediten que está hecho con harina integral, además de una multa de \$100.000.- (cien mil dólares estadounidenses) en el primero de los países mencionados.

c. Ejemplos de Publicidad Comparativa Desleal

Imagen 10



En la presente imagen (**Imagen 10**), se puede observar como una casa comercial señala a los consumidores “ve con cuidado: ahí todo es más caro”, aludiendo directamente a la competencia, denigrándola e informando que en el otro lugar es todo más caro, sin tener ningún sustento para señalar eso, es decir sin fundar su anuncio publicitario en algún antecedente que sea veraz ni demostrable, por lo cual se incurriría en una práctica de Publicidad Comparativa desleal.

Imagen 11



En esta imagen publicitaria (**Imagen 11**), se aprecia como Farmacias Cruz Verde, realiza una publicidad comparándose con una farmacia de la competencia, en donde señala que en la farmacia Cruz Verde hay precios bajos comprobados y afirma que “los precios bajos están acá”, sin dar ningún argumento veraz, demostrable ni objetivo que dé cuenta de que efectivamente esto es así. Este sería un ejemplo de Publicidad Comparativa desleal, ya que se está afirmando algo sin ningún sustento objetivo, denigrando a la competencia e induciendo así al error de los consumidores mediante la entrega de informaciones no comprobables que podrían distorsionar su opción de elegir entre comprar en una u otra farmacia.¹¹⁶

¹¹⁶ La imagen publicitaria presentada corresponde a la campaña “Desafío Cruz Verde, precios bajos sin competencia”. Dicha campaña será desarrollada en mayor profundidad en la sección siguiente, sin embargo podemos adelantar que fue catalogada como un acto de competencia desleal. Ver causa Rol C-23423-2007, del 17° Juzgado Civil de Santiago, sentencia de fecha 30 de junio de 2010.

d. Jurisprudencia Publicidad Comparativa en sede de competencia desleal

A continuación, expondremos someramente dos casos en los cuales se ha tratado la técnica de la Publicidad Comparativa, a nivel de competencia desleal, es decir, en aquellos casos se ha considerado que el mal uso de dicha forma publicitaria constituye un acto de competencia desleal en virtud de lo señalado en la ley N°20.169 que regula la competencia desleal.

El primero de estos casos, es uno de los más recientes, significativos y mediáticos en el último tiempo, por lo cual consideramos importante analizarlo para conocer los lineamientos actuales de nuestros tribunales con respecto a esta materia. Por su parte, el segundo de los casos que presentaremos fue el primero en el cual se sancionó a una empresa por competencia desleal en base al uso de la Publicidad Comparativa, en el marco de la ley N°20.169, por lo cual a nuestro juicio nos pareció importante tratarlo. Cabe señalar y mencionar nuevamente, que a diferencia de lo que ocurre con los dictámenes éticos del CONAR, la Publicidad Comparativa cuando es analizada a la luz del derecho de competencia desleal, es resuelta desde el punto de vista de su licitud o ilicitud mediante un órgano propiamente jurisdiccional, como lo son los tribunales ordinarios de justicia. Los fallos del CONAR, por su parte, constituyen dictámenes éticos, y como tales, tienen como objetivo resolver si determinadas conductas se ajustan o no a la ética publicitaria. Por lo anterior, los dictámenes del CONAR, no determinan la legalidad o ilegalidad de una conducta, no es lo mismo decir que una conducta riñe con la ética, a que sea ilegal.

1) Empresas Carozzi S.A. con Masterfoods Chile¹¹⁷

El presente caso, trata sobre la controversia suscitada entre Empresas Carozzi S.A. y Masterfoods Chile, relativa al uso de la conocida frase publicitaria: “8 de cada 10 gatos prefieren Whiskas”, y su posible calificación como acto de competencia desleal.

En efecto, el conflicto en cuestión versa sobre que a juicio de Empresas Carozzi S.A., quien a través de su marca de alimento para mascotas “Master Cat”, participa del mercado de alimento para gatos, estima que la frase publicitaria “8 de cada 10 gatos prefieren Whiskas”, ampliamente usada y difundida en el tiempo por Masterfoods a través de la marca Whiskas, constituye un acto de competencia desleal en virtud de los artículos 4° letra b) y 4° letra e) o 3°, todos de la Ley 20.169 sobre competencia desleal.¹¹⁸ Por dicha razón interpuso demanda en juicio sumario por actos de competencia desleal en contra de Masterfoods Chile.

- Principales Argumentos de Empresas Carozzi S.A.

Los principales argumentos esgrimidos por Empresas Carozzi S.A., para señalar que la frase publicitaria antes señalada, es constitutiva de un acto de competencia desleal son principalmente que, desde un punto de vista de los argumentos de hecho, la frase “8 de cada 10 gatos prefieren Whiskas” ha sido utilizada y emitida ampliamente a través de la televisión abierta y televisión por cable,

¹¹⁷ Causa Rol C-23839-2018, del 16° Juzgado Civil de Santiago, sentencia de fecha 30 de marzo de 2020.

¹¹⁸ Los mencionados artículos señalan: artículo 4°: “En particular, y sin que la enumeración sea taxativa, se considerarán actos de competencia desleal los siguientes: b) El uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente proporcionadas por los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos. e) Toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o, cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley.” A su vez el artículo 3° de la misma ley 20.169 señala: “En general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado.”

así como también por diferentes redes sociales y plataformas digitales, pudiéndose apreciar que no hay ninguna nota aclaratoria ni tampoco se sabe qué antecedentes existen como para que la demandada efectúe una campaña publicitaria como la descrita, la cual sin tener sustento en la realidad, ha efectuado una comparación entre sus productos y los de la competencia. Lo anterior, generando dudas tales como “¿Whiskas tiene el 80% del mercado de alimentos para gatos?”, “¿Existe un estudio que avale lo indicado?”, tanto en los consumidores como en los demás competidores del mercado. Además agrega que, si un actor en el mercado de alimentos para gatos se promociona usando el *claim* “8 de cada 10 gatos prefieren Whiskas” se trata de un mensaje muy relevante para los dueños de gatos, que podría influir en sus decisiones de consumo, y como no hay estudios que avalen de forma racional el mismo, los consumidores se pueden ver inducidos a errores o engaños, creyendo que se trata del alimento más preferido, siendo que no es así.

Desde un punto de vista de los argumentos de derecho, Empresas Carozzi S.A., señala, que la publicidad referida se subsume en las letras b) y e) del artículo 4° de la ley N°20.169 sobre competencia desleal, y en caso de que no concurren estas infracciones, en subsidio se puede calificar como acto de competencia desleal en virtud de la norma del artículo 3 de la misma ley antes señalada.

Respecto del primero de los artículos mencionados, el demandante señala que es evidente que Masterfoods ha estado difundiendo hechos que no tienen una comprobación empírica y fáctica en cuanto a su efectividad. El hecho de usar el *claim* “8 de cada 10 gatos prefieren Whiskas” es incorrecto, y genera error en los consumidores y en las elecciones de los productos que efectúen al momento de tomar sus decisiones de consumo. Agrega que la impresión de ese *claim* sería que el 80% del mercado de alimentos para gato es de Masterfoods, sin embargo esto no es efectivo y no existe ningún estudio que avale dicha afirmación, y en tal sentido debe ser sancionado como un acto de competencia desleal.

Respecto al artículo 4° letra e), el demandante señala que cuando Masterfoods indica que “8 de cada 10 gatos prefieren Whiskas”, precisamente estamos frente a una comparación, respecto de todas las otras marcas de comida para gatos, incluyendo la marca Master Cat, y como tal, estamos frente a un caso de

Publicidad Comparativa.¹¹⁹ A su vez, agrega que la interpretación más lógica respecto de este *claim*, sería que Whiskas tiene el 80% del mercado de alimentos para gatos, y el restante 20% es compartido por la competencia, dentro de la cual está Master Cat, siendo esa la interpretación que cualquier persona con un nivel de inteligencia medio efectuaría. Sin embargo, no hay antecedentes que demuestren ello, constituyéndose así en una publicidad que se funda en antecedentes que no son veraces ni demostrables.

Por último y respecto del artículo 3° de la ley N°20.169 muchas veces mencionada, Empresas Carozzi S.A. agrega que los hechos cometidos por Masterfoods son contrarios a la buena fe y las buenas costumbres que deben imperar en el mercado nacional al momento en que los actores del mercado publicitan sus productos. Agrega que la demandada sabe que no puede demostrar que “8 de cada 10 gatos prefieren Whiskas”, y si pudiese hacerlo, lo evidente, lógico y ético no sólo respecto de Empresas Carozzi S.A. y el resto de la competencia, sino que sobre todo respecto de los consumidores, es que demuestre la forma y metodología aplicada en ese estudio. Finaliza agregando que dicha publicidad no es sino un medio ilegítimo para intentar atraer clientela a su favor en desmedro no sólo de todos los otros competidores, sino que también respecto de Empresas Carozzi S.A., y que una afirmación de este tipo evidentemente influye decididamente en la decisión de compra en el consumidor.

Por lo anterior, solicita que se acojan las acciones señaladas en el artículo 5° letras a), b) y c), de la ley N°20.169.¹²⁰

Empresas Carozzi S.A. acompañó en la etapa procesal correspondiente (entre otras pruebas), imágenes de la referida publicidad, pruebas de palatabilidad¹²¹

¹¹⁹ Cabe señalar que el CONAR en diversas ocasiones se ha pronunciado respecto del uso de la frase publicitaria “8 DE CADA 10 GATOS PREFIEREN WHISKAS”. En efecto, en la causa rol N°548/02 y 1074/18 el CONAR señaló que dicho *claim* está en conflicto con la ética publicitaria, según se señala en los artículos 8° y 14° del Código Chileno de Ética Publicitaria. Sin perjuicio de lo anterior, Masterfoods Chile no reconoció la competencia del CONAR ni se sometió a procedimiento ni mucho menos cumplió los dictámenes éticos.

¹²⁰ El mencionado artículo 5° señala: “Artículo 5°.- Contra los actos de competencia desleal pueden ejercerse, conjunta o separadamente, las siguientes acciones: a) Acción de cesación del acto o de prohibición del mismo si aún no se ha puesto en práctica. b) Acción declarativa de acto de competencia desleal, si la perturbación creada por el mismo subsiste. c) Acción de remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la publicación de la sentencia condenatoria o de una rectificación a costa del autor del ilícito u otro medio idóneo.”

efectuadas en el gatil de Fundación Adopta en que se compara el desempeño de la marca Whiskas respecto otras marcas de la competencia, y gráficos que dan cuenta de la marca Whiskas está lejos de tener el 80% de la participación en el mercado de alimento para gatos, en donde solo tiene una participación que fluctúa entre el 13,7% y 21% mensual durante los años estudiados (2016 y 2017), siendo por su parte inferior a la de Master Cat.

- Principales Argumentos de Masterfoods Chile

Por su parte, los principales argumentos esgrimidos por Masterfoods Chile, para señalar que la publicidad enjuiciada y su conocida frase “8 de cada 10 gatos prefieren Whiskas”, tantas veces mencionada, es completamente lícita y en caso alguno constituye un acto de competencia desleal, son, en primer lugar, la Campaña de Whiskas no es engañosa ni induce a error, ni es desleal, ni pretende desviar clientela por medios ilegítimos, ya que la campaña “8 de cada 10 gatos prefiere Whiskas” tiene una larga data, sus orígenes se remontan a la década de 1970 y tiene presencia no sólo en Chile, sino en todo el mundo, encontrándose, además, protegida por derechos de propiedad industrial. La demandada agrega, que la campaña Whiskas ha sido desplegada en diversas jurisdicciones por las respectivas sociedades de Grupo Mars, titulares de esta, contando con diversos estudios que avalan la efectividad de su contenido. Así, existen diversos estudios e informes en Chile, Inglaterra, México y Argentina que demuestran la veracidad de sus asertos. Los estudios efectuados, dan cuenta que la campaña ha sido demostrada desde un punto de vista: (i) De palatabilidad; (ii) Estadístico; y (iii) De la percepción de los consumidores. Continúa agregando que por lo anterior, aquella frase publicitaria no reúne los requisitos exigidos por la ley de competencia desleal para ser constitutiva de una infracción a dichas normas, lo que se encuentra confirmado por la inexistencia de reclamos o demandas de consumidores por dichos conceptos con antelación a la notificación de la presente demanda.

Además de la completa licitud de la campaña, la demandada señala en segundo lugar, que en el presente caso existe efecto y excepción de cosa juzgada,

¹²¹ Palatabilidad se define por el diccionario de la RAE como: “Cualidad de ser grato al paladar un alimento.”

toda vez que antes de que las posibles infracciones a la competencia desleal fueran conocidas por los Tribunales Ordinarios de Justicia, fueron de conocimiento, resolución y sanción de las Comisiones Antimonopolios (Preventiva Central y Resolutiva Antimonopolios), las que descartaron que la frase publicitaria Whiskas, constituyera un acto de competencia desleal y, con ello, producen efecto y excepción de cosa juzgada en el presente caso.¹²² Adicionalmente, en tercer lugar, la demandada agrega que, la frase publicitaria “8 de cada 10 gatos prefieren Whiskas” es una frase publicitaria para ser usada en un alimento para animales registrada en la Clase 31 con el N°1241919 y vigente hasta el 31 de enero de 2027, según consta del certificado de Registro de Marcas Comerciales emitido por el INAPI, por lo cual su uso estaría amparado por la ley N°19.039 sobre Propiedad Industrial y por la Constitución Política de la República, señalando además, que cuenta con resoluciones ejecutoriadas dictadas por la autoridad marcaría que descartaron cualquier ilicitud y competencia desleal, reconociendo su derecho de propiedad garantizado constitucionalmente.

Por último, manifiesta la licitud de la conducta por indeterminación del competidor. En este sentido refiere que la campaña Whiskas no constituye una infracción a las normas que regulan la competencia desleal, dado que para que una determinada Publicidad Comparativa resulte ilícita o contraria a derecho debe hacer referencia o denigrar un producto o a un competidor determinado, sin que baste una referencia genérica. Además agrega, la consecuente ausencia de dolo en la campaña Whiskas, según requieren los tipos infraccionales exigidos por la ley de competencia desleal.

- Principales razones del Tribunal para emitir su sentencia:

En cuanto al fondo del asunto, y más allá de la excepción de cosa juzgada presentada por la demandada, la cual fue desechada, dado que en la especie no

¹²²Con anterioridad, en el año 2002, Nestlé Chile presentó una denuncia en contra de Effem Chile (hoy denominada Masterfoods) ante la Comisión Preventiva Central, la cual resolvió rechazar la denuncia de Nestlé Chile mediante el Dictamen N°1235 de 6 de enero de 2003. Dicho dictamen fue confirmado mediante la Resolución N°680 de la Comisión Resolutiva Antimonopolios dictada en los autos Rol N°702-2003.

concorre la triple identidad alegada, el tribunal comienza su argumentación estableciendo una definición aceptada respecto que es lo que debe entenderse por conductas constitutivas de competencia desleal. En efecto, la define en base a la definición de Enrique Barros Bourie, quien señala que son: “Conductas contrarias a la buena fe o a las buenas costumbres competitivas, cualquiera sea la posición relativa de los competidores en el mercado respectivo”. Definido lo anterior, el tribunal establece que, del concepto de competencia desleal, se pueden desprender los elementos que debe contener el hecho denunciado para que se configure la competencia desleal, a saber: (1) Debe existir una conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres, (2) Estas conductas deben haber sido realizada por medios ilegítimos, y, (3) El fin perseguido con dicha conducta, sea desviar clientela de un agente de mercado.

El tribunal continúa su argumentación señalando que, “la utilización de la aludida frase, a juicio de esta sentenciadora, se enmarca dentro de la denominada Publicidad Comparativa”, y en tal sentido, la utilización constante y reiterada en el tiempo de la frase publicitaria “8 de cada 10 gatos prefiere Whiskas”, en el mercado de alimentos de mascotas, asociada a la indicada marca, conlleva una comparación con los demás agentes que forman parte del mismo mercado, entre ellos la parte demandante. Así al publicitar los productos Whiskas con la frase en cuestión, implícitamente se está afirmando que en el referido mercado de alimentos para gatos, 8 de cada 10 de estos animales se inclina por la marca en cuestión, prefiriéndolos en términos generales por sobre los otros productos ofertados por la competencia que integra el indicado mercado. Continúa el tribunal señalando que “la comparación en cuestión, en un sistema de libre mercado, debe sustentarse en antecedentes “objetivos y verificables” que permitan a los agentes del mercado desarrollar una competencia sana, en base a flujos de información veraz, lo que en último término servirá también de guía y beneficiará a los consumidores para ejercer decisiones de consumo lo suficientemente informadas y razonadas”. Agrega que de esta manera y como ha señalado la doctrina, en principio, la Publicidad Comparativa es esencialmente lícita, en consecuencia el ilícito radica en el engaño respecto de las calidades o proveniencia de los bienes ofrecidos por el demandado o sus

competidores, señalando que así también lo ha entendido el legislador al tipificar como ilícitos de competencia desleal las conductas descritas en los literales b) y e) del artículo 4° de la ley N°20.169.

Por último, concluye que, “la utilización de la frase publicitaria “8 de cada 10 gatos prefiere Whiskas”, sin hacer referencia a estudios de mercado o de palatabilidad que fundamenten la señalada preferencia, no se sustenta en antecedentes objetivos y verificables, o estos no se encuentran en la especie comprobados suficientemente”. Con ello entonces la demandada, a juicio del tribunal, “ha infringido los estándares de debido cuidado y comportamiento que le son exigibles, en cuanto a su calidad de agente del mercado de alimento de mascotas, conforme a la buena fe y buenas costumbres comerciales, con el propósito de influir en las decisiones de consumo y así aumentar su clientela, invocando para ello una preferencia que no está sustentada en antecedentes objetivos y verificables”. Por lo anterior, los sentenciadores señalan que, “la utilización de la frase publicitaria “8 de cada 10 gatos prefiere Whiskas”, por la demandada en el mercado nacional de alimentos de mascotas para publicitar productos asociados a la marca Whiskas, sin hacer referencia a estudios de mercado o de palatabilidad que fundamenten la señalada preferencia, por ende sin sustento en antecedentes objetivos y verificables, constituye la concurrencia de las conductas de competencia desleal que se le atribuyen al tenor de lo dispuesto en los literales b) y e) del artículo 4° de la Ley 20.169.”

Por todo lo anterior, el tribunal resolvió acoger la demanda de Empresas Carozzi S.A, y declarar: a) Que la demandada Masterfoods Alimentos Chile, cometió un acto de competencia desleal; b) Que la demandada Masterfoods Alimentos Chile deber cesar inmediatamente en dicho acto, absteniéndose de utilizar de cualquier modo la frase publicitaria “8 de cada 10 gatos prefiere Whiskas”; c) Que la demandada Masterfoods Alimentos Chile deber publicar a su costa, copia íntegra de la presenta sentencia en el diario El Mercurio de esta ciudad; y d) Que se condena en costas a la demandada Masterfoods Alimentos Chile. Adicionalmente señala que en virtud del artículo 10 de la ley N°20.169, pasen los antecedentes en su oportunidad al señor Fiscal Nacional Económico.

Cabe señalar que con fecha 19 de junio del presente año 2020, la parte demandada interpuso un recurso de casación en la forma y recurso de apelación en contra de la sentencia de fecha 30 de marzo de 2020, encontrándose en la actualidad pendiente la resolución de dichos recursos presentados.¹²³

2) Farmacias Ahumada S.A. con Farmacias Cruz Verde S.A.¹²⁴

El presente caso, trata sobre la controversia suscitada entre Farmacias Ahumada y Farmacias Cruz Verde, relativa a la campaña publicitaria denominada “Desafío Cruz Verde, precios bajos sin competencia”. En efecto, la demandante en este caso estima que dicha campaña publicitaria constituye un acto de competencia desleal en virtud de los artículos 3° y 4° letra e), de la Ley 20.169 sobre competencia desleal. Por dicha razón interpuso demanda en juicio sumario por actos de competencia desleal en contra de Farmacias Cruz Verde S.A.

- Principales Argumentos de Farmacias Ahumada S.A.

Farmacias Ahumada S.A., funda su demanda, desde un punto de vista de los hechos, en que Farmacias Cruz Verde en el año 2007, inició una campaña de Publicidad Comparativa denominada “Desafío Cruz Verde, precios bajos sin competencia”, en spots publicitarios por televisión, e inserciones o avisos en medios de prensa de circulación nacional, la cual consistiría en comparar precios de 685 medicamentos de marca con los ofertados por Farmacias Ahumada.

Agrega que, Cruz Verde a través de una campaña comparativa que no cumple con normas éticas y legales, daña la buena y ganada reputación de Farmacias Ahumada, pues no se funda en hechos reales, no es demostrable y omite informaron relevante, como que no aplica a medicamentos genéricos, y todo ello con el afán de

¹²³ Ver Rol C-7807-2020, Corte de Apelaciones de Santiago.

¹²⁴ Ver causa Rol C-23423-2007, del 17° Juzgado Civil de Santiago, sentencia de fecha 30 de junio de 2010, Rol Corte de Apelaciones C-4155-2010 y rol Corte Suprema C-8196-2012.

desviar ilegalmente parte de su clientela, ocasionándole graves y cuantiosos perjuicios materiales y morales.

Describe que, en televisión han exhibido 2 spots publicitarios, uno de los cuales muestra a dos supuestas consumidoras comprando 3 productos farmacéuticos¹²⁵, afirmando que corresponden a los medicamentos más consumidos por los chilenos, sin explicar cómo se llega a esa calificación, y supone que ambas consumidoras compran en una y otra cadena, exhibiendo luego las boletas con el precio total ante Notario Público, figurando la de Farmacias Ahumada con el total más alto, lo que basta para que Cruz Verde se atribuya como cierre del comercial la frase “comprobado!!!!, en precios bajos Cruz Verde no tiene competencia“. A su vez, en medios de comunicación escrita, la campaña consiste en publicar un listado de 62 medicamentos, cuyos precios son comparados con los de Farmacias Ahumada, arrojando como resultado que esta última aparece ofertando a un precio mayor, concluyendo que Cruz Verde tiene “precios bajos sin competencia”

Por último, agrega que la demandada omite señalar en la campaña publicitaria que la promoción favorece solo a las personas inscritas en su programa “Más Cruz Verde “, y no al público en general, antecedente relevante, puesto que obliga al consumidor a cumplir con un requisito adicional al pago, además de influenciar en la decisión de compra de futuros clientes, desviando así ilegalmente la clientela.

En cuanto al derecho, Farmacias Ahumada sustenta su demanda en los artículos 3° y 4° letra e), de la ley N°20.169 sobre competencia desleal, señalando que la campaña publicitaria de Cruz Verde se funda en antecedentes que no son veraces ni demostrables. Argumenta que esa conducta es conocida en doctrina como publicidad comparativa engañosa, a la que se ha referido la jurisprudencia de la antigua Comisión antimonopolio y el tribunal de Defensa de la libre Competencia, pudiendo afirmarse que la Publicidad Comparativa en un principio es lícita y favorece a los consumidores, pues fomenta la transparencia del mercado al aumentar la

¹²⁵ Dichos tres medicamentos son Aspirina, Pharmaton y Viadil.

información disponible al público, pero para que esté acorde a las normas de libre competencia es necesario que sea “veraz, objetiva y demostrable”.¹²⁶

A su vez, ejerce las acciones de las letras a), b), c) y d), del artículo 5° de la ley 20.169, solicitando una indemnización de UF 78.000 por daño emergente, UF 208.000 por lucro cesante, más UF 104.000 por cada mes que la campaña este en vigencia, desde la presentación de la demanda.

- Principales Argumentos de Farmacias Cruz Verde S.A.

En primer lugar, Farmacias Cruz Verde señala que, la Publicidad Comparativa de Cruz Verde del año 2007, era una invitación al consumidor a comparar los precios y constatar por experiencia personal que son los más bajos o convenientes.

Expone que la publicidad en cuestión contiene un recurso publicitario de uso común, que es el uso de superlativos o juicio de valor, en que se formula una afirmación genérica “precios bajos sin competencia”, invitando al consumidor a corroborar y verificar la veracidad de la promesa publicitaria. A su vez, afirma que en nuestra legislación se aplica el estándar del consumidor medio, y que el artículo 3 b) de la ley de protección del consumidor establece como deber, el de informarse responsablemente, por lo que la campaña no lleva a concluir derechamente que todos los productos son más bajos sino que transmite la idea que en promedio son más bajos, desafiándolo a comprobarlo, siendo el objetivo de la publicidad que el consumidor lo compruebe. Respecto a la comprobación de boletas y de la participación de un Notario, asevera que dio cuenta de que se cumplían los requisitos de ser boletas de igual fecha, de similar hora y en orden alternado de compra y en locales de similar zona geográfica.

La demandada añade que, la Publicidad Comparativa, si bien en un principio fue cuestionada, ha sido aceptada y reconocida como instrumento de transparencia del mercado en la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo de 12 de diciembre de 2006. Agrega que, el uso de ese mecanismo es plenamente aceptado y lícito, y su uso jamás puede calificarse de abusivo, salvo en la situación excepcional

¹²⁶ Dictamen N°1039 de 3 de julio de 1998, Comisión Preventiva.

de la letra e) del artículo 4° de la ley de competencia desleal, siendo deber del actor acreditar que la realizada por su parte no cumple copulativamente los requisitos de ser veraz y comprobable.

Razona que según la doctrina la falta de veracidad puede ser denigrando al contrario o engañando, siendo el engaño materia de protección al consumidor, y solo si la Publicidad Comparativa es denigratoria del competidor puede ser tildada de desleal, y en este caso la publicidad de Cruz Verde es veraz y comprobable, no contiene ninguna denigración hacia Farmacias Ahumada, y además señala que el actor no precisa cual sería el daño causado o el desprestigio. Por último concluye que el reproche de haber pretendido desviar clientela es irrelevante para los efectos de este litigio, es una práctica lícita y aceptada por nuestra legislación.

- Principales razones del Tribunal para emitir su sentencia:

Frente a lo anteriormente expuesto, el tribunal, en primer lugar señala que no ha sido cuestionado el carácter de comparativa de la campaña publicitaria en cuestión, por ende, cabe determinar si dicha campaña realizada por la demandada Cruz Verde, constituye un medio ilegítimo, como afirma el demandante, para desviar hacia sí clientela. Continúa señalando, que si bien es propio de toda publicidad el objetivo de captar la atención del consumidor, influir en sus preferencias y posicionarse, claramente ha de ser mediante el arbitrio de técnicas legítimas, y pese a que Cruz Verde aduce que su campaña planteaba un desafío a los consumidores para que compararan aquello que se afirmaba, esto es, que tenían precios bajos siempre, esa sola circunstancia no valida las bases o antecedentes en que dice apoyarse.

Agrega que, en las imágenes que acompañan la promoción, se advierten personas exhibiendo boletas por compras de mismos productos en locales de ambas partes, destacando que el total de la demandada es menor, sin mayores detalles. Agrega en tanto que las bases notariales establecen una mejor oferta sólo para un segmento del mercado (los inscritos en un programa de fidelización, conocido como de acumulación de puntos), siendo de toda lógica según el tribunal, afirmar que una

comparación es legítima y acertada cuando coteja objetos o información asimilable, lo que no ocurre en el caso, en que se enfrenta un consumidor cualquiera con uno específico, que ya tiene un cierto vínculo con el oferente.

En ese sentido, de lo anterior se desprende que el Tribunal señala que la comparación objeto de la Publicidad Comparativa en cuestión, no es legítima ni acertada toda vez que coteja objetos o información no asimilable. Al respecto, el Tribunal agrega que “se debe recordar que ambas exigencias de veracidad y demostrabilidad son copulativas, es decir, no basta con probar o pretender probar la veracidad de la afirmación, la que como se viene razonando es relativa.”¹²⁷ En ese sentido debe ser a su vez demostrable la afirmación “precios bajos sin competencia”.

Por lo anterior, el tribunal resolvió que la campaña publicitaria realizada por Cruz Verde difundida en medios escritos y televisivos constituye un acto de competencia desleal, tipificado y sancionado por los artículos 3° y 4° e) de la ley 20.169. A su vez, ordenó el cese de dicha campaña y la publicación de la sentencia, rechazando no obstante la pretensión indemnizatoria de la demandante, por no haberse acreditado debidamente.

Cabe agregar, que respecto de esta sentencia, se dedujeron los recursos de casación en la forma y de apelación.¹²⁸ Respecto al recurso de casación en la forma, este fue rechazado, y respecto al recurso de apelación, el tribunal de alzada confirmó la sentencia, revocándola solo en aquella parte que condena a la demandada en costas. A su vez, posteriormente se dedujo un recurso de casación en el fondo, la cual igualmente fue rechazada.¹²⁹

El fallo expuesto, constituye la primera sanción por competencia desleal en base a Publicidad Comparativa, teniendo como fundamento la ley N°20.169 sobre competencia desleal, la cual a su vez fue confirmada por nuestra Corte Suprema. El

¹²⁷ Dichas exigencias de veracidad y demostrabilidad a que hace referencia el Tribunal, se refieren a lo establecido en el artículo 4° letra e) de la ley N°20.169, “Artículo 4º.- En particular, y sin que la enumeración sea taxativa, se considerarán actos de competencia desleal los siguientes: e) Toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o, cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley.”

¹²⁸ Ver Rol 4155-2010, Corte de Apelaciones de Santiago.

¹²⁹ Ver Rol C-8196-2012, Corte Suprema.

caso Farmacias Ahumada S.A. con Farmacias Cruz Verde S.A., ha servido de sustento en innumerables casos para afirmar la posibilidad de sancionar la práctica de la Publicidad Comparativa como acto de competencia desleal, y determinar su ilicitud en ese sentido.

8. Formas de protección de las marcas comerciales frente a la Publicidad Comparativa

Ya habiéndose desarrollado el tema de la Publicidad Comparativa desleal, habiéndose mostrado ejemplos de ella y habiendo expuesto dos fallos que de alguna forma aparecen como ilustrativos en cuanto a los lineamientos jurisprudenciales de nuestros tribunales en la materia, en la presente sección del trabajo, nos referiremos de manera superficial, a las formas o herramientas de protección que los titulares de las marcas comerciales tienen frente a casos de Publicidad Comparativa, cuando dicha técnica es utilizada de manera ilegítima.

Frente a la Publicidad Comparativa, en nuestro país, los titulares de las marcas comerciales aludidas cuentan con distintas y variadas herramientas o medios de protección en caso de que alguno de sus derechos sean vulnerados. Entre las que a nuestro juicio aparecen como las más importantes, según la manera en que se haya usado la Publicidad Comparativa, y los derechos que se hayan visto afectados, podemos destacar las siguientes.

- Publicidad Comparativa como acto de competencia desleal

Entre las herramientas de protección que contempla nuestro ordenamiento jurídico, frente a casos en que la Publicidad Comparativa pueda constituir un acto de competencia desleal, se puede señalar que, en virtud de la ley N°20.169, tantas veces mencionada a lo largo de este trabajo, los titulares de las marcas comerciales que estimen que la Publicidad Comparativa realizada por un competidor es constitutiva de un acto de competencia desleal, principalmente en virtud de los artículos 3° y 4° letras a), b), c) y e), sin que ellas sean taxativas, pueden proteger

sus intereses mediante el ejercicio de manera conjunta o separada de las acciones contempladas en el artículo 5° de la misma ley, a saber: a) Acción de cesación del acto de prohibición del mismo si aún no se ha puesto en práctica; b) Acción declarativa de acto de competencia desleal, si la perturbación creada por el mismo subsiste; c) Acción de remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la publicación de la sentencia condenatoria o de una rectificación a costa del autor del ilícito u otro medio idóneo; d) Acción de indemnización de los perjuicios ocasionados por el acto, sujeta a las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil.

Estas acciones, según el artículo 6° del mismo cuerpo legal, pueden ser ejercidas por cualquiera que resulte directa y personalmente amenazado o perjudicado en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal.

Cabe señalar a su vez que en virtud de los artículos 8° y 9° de la antedicha ley, es competente para conocer de dichas acciones, el juzgado de letras en lo civil del domicilio del demandado o del actor, a elección de este último, y el procedimiento en virtud del cual se tramitarán será las normas del procedimiento del juicio sumario, contempladas en el Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil.

En términos generales, cuando la Publicidad Comparativa, no contiene una comparación objetiva ni demostrable, y se aleja de los parámetros establecidos por nuestro legislador en la ley sobre competencia desleal, genera un acto de deslealtad frente a los competidores, frente al mercado, y frente a los consumidores, pudiendo afectar a uno a más de aquellos intereses.¹³⁰

- Publicidad Comparativa como vulneración de derechos de Propiedad Industrial

En segundo lugar, es importante señalar que nuestra ley N°19.039 sobre Propiedad Industrial, contiene ciertos tipos penales relativos al uso de las marcas comerciales. Al respecto, resulta interesante destacar la posibilidad que existiría de

¹³⁰ Artículo 1° ley N°20.169, “Esta ley tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal.”

sancionar una Publicidad Comparativa ilegítima a través de lo establecido en nuestra ley de Propiedad Industrial.

Para desarrollar lo anterior, conviene en primer lugar referirnos someramente al uso típico y atípico de las marcas comerciales. El uso típico de las marcas constituye el uso en su función distintiva esencial, el cual claramente no plantearía inquietudes desde el punto de vista jurídico, si aquello se realiza por su titular o por un tercero con la autorización del titular.¹³¹

Por su parte, se ha señalado que el uso atípico, consiste en el uso de una marca de manera accesoria o referencial, sin utilizar la marca en su función distintiva esencial. En principio se podría señalar que el uso meramente referencial de una marca no constituiría una infracción al derecho marcario de exclusividad del titular, sin embargo, la licitud de estos usos atípicos dependerá de la exclusión del riesgo de confusión, además de que dicho uso no constituya un aprovechamiento indebido de la reputación ajena, según veremos.¹³²

En nuestra ley de Propiedad Industrial, el legislador ha tipificado penalmente, en su artículo 28 letra a), el uso malicioso con fines comerciales de una marca igual o semejante a la ya inscrita para los mismos productos o servicios. En ese sentido, el legislador está estableciendo un tipo penal relativo al uso típico de la marca comercial, por una persona distinta de su titular o por un tercero sin autorización del titular.¹³³ Así, en el caso que se realice Publicidad Comparativa, y se use la marca ajena sin establecer una distinción entre las distintas marcas ofertadas, podría de alguna forma catalogarse como un uso en su carácter esencial o típico, si es que desde el punto de vista de los consumidores aparece como una sola marca o una

¹³¹ TREJO VEGA, Loreto (2013). “¿Es posible la aplicación de excepciones al derecho exclusivo y excluyente que confiere el registro de marca comercial?” Universidad de Chile, Facultad de Derecho, AFET para optar al Título de Magister con y sin menciones. P. 42.

¹³² TREJO VEGA, Loreto (2013). “¿Es posible la aplicación de excepciones al derecho exclusivo y excluyente que confiere el registro de marca comercial?” Universidad de Chile, Facultad de Derecho, AFET para optar al Título de Magister con y sin menciones. P. 49.

¹³³ El mencionado artículo señala: “Serán condenados a pagar una multa a beneficio fiscal de 25 a 1.000 unidades tributarias mensuales: a) Los que maliciosamente usen, con fines comerciales, una marca igual o semejante a otra ya inscrita para los mismos productos, servicios o establecimientos o respecto de productos, servicios o establecimientos relacionados con aquellos que comprende la marca registrada. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19 bis e”.

marca semejante. De lo anterior, se puede desprender que a todas luces sería ilícito ese uso debido a que no habría una real comparación, sino que más bien habría un uso deliberado y malicioso de otra marca de la competencia, con fines comerciales.

Por su parte, y desde el punto de vista del uso atípico de la marca, se puede señalar que en el caso de una Publicidad Comparativa en la cual se haga una diferenciación clara entre las distintas marcas ofertadas, y que a juicio de los consumidores aparezcan como dos marcas distintas compitiendo, tal uso sería completamente lícito toda vez que la marca ajena se utilizaría de manera referencial sin producir confusión alguna entre las marcas y sin afectar de esta manera el derecho de uso exclusivo del titular. Sin embargo, si la Publicidad Comparativa se realiza de manera tal que pueda inducir a error o confusión, o constituya un aprovechamiento indebido de la reputación ajena, en tales casos dicha técnica publicitaria sería reprochable.¹³⁴

Adicionalmente, debemos señalar que nuestra ley de Propiedad Industrial contempla acciones civiles en su artículo 106, las cuales pueden ser ejercidas por el titular del derecho de propiedad industrial, cuando alguno de sus derechos haya sido lesionado. Entre ellas destaca, la posibilidad de demandar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

Es importante mencionar al respecto, que actualmente está en tramitación en el Congreso un proyecto de ley que busca introducir modificaciones a nuestra ley de Propiedad Industrial, a la ley que establece el INAPI y a nuestro código procesal penal. Entre las modificaciones más relevantes en la materia, se pretende introducir el delito de falsificación marcario, estableciendo una pena privativa de libertad que va desde los 541 días a los tres años y un día, junto a penas de multa. Por otro lado, se busca establecer “indemnizaciones preestablecidas en caso de infracción marcario”, es decir una vez acreditada judicialmente la infracción, el proyecto introduce la posibilidad de que el titular de un registro marcario pueda solicitar que las indemnizaciones de daños y perjuicios causados sean sustituidas por una suma única compensatoria de hasta 2.000 UTM.

¹³⁴ Ver artículo 19 bis D, ley N°19.039 sobre Propiedad Industrial.

Por último, entre las modificaciones relevantes en la materia, el proyecto establece modificaciones a nuestro código procesal penal, estableciendo la acción penal pública para los tipos penales establecidos por la ley N°19.039, con lo cual tales delitos podrán ser denunciados por cualquier persona, y no únicamente por el titular del derecho como ocurre hasta la fecha, por ser actualmente considerados delitos de acción penal pública previa instancia particular.¹³⁵

- Publicidad Comparativa como vulneración de Derechos Fundamentales

Adicionalmente, puede ocurrir que mediante la técnica de la Publicidad Comparativa, se vean afectados o vulnerados derechos garantizados constitucionalmente, tales como los del artículo 19 número 24° y 25° de la Constitución Política de la República, los cuales establecen respectivamente, en resumidos términos, el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, y el derecho de propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley.

En caso de que dichos derechos se vean afectados, es decir en caso de que su titular sufra una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de dichos derechos, nuestro ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de interponer un recurso o acción de protección ante la Corte de Apelaciones respectiva, para efectos de que adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

En el caso de que se realice una campaña de Publicidad Comparativa, que vulnere de alguna manera los derechos señalados anteriormente sería perfectamente posible la tutela de tales derechos por vía acción de protección, y de esta manera lograr de manera rápida el restablecimiento del imperio del derecho.

¹³⁵ Proyecto de ley que modifica la ley N°19.039, de Propiedad Industrial, la ley N°20.254, que Establece el Instituto Nacional de Propiedad Industrial y el Código Procesal Penal. [En línea 02-07-2020] <https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12135-03> Actualmente el proyecto de ley se encuentra en el segundo trámite constitucional en el Senado.

Adicionalmente a los derechos del artículo 19 número 24° y 25° de nuestra Constitución, existe otro derecho constitucional que podría llegar a ser protegido por vía de acción de protección en casos relativos a Publicidad Comparativa. Este es el caso del establecido en el artículo 19 número 4° de la Constitución, el cual se refiere al derecho a la honra.¹³⁶ Si bien es cierto, en sus inicios fue muy controvertida la posibilidad de establecer la protección del derecho a la honra respecto de las personas jurídicas, en la actualidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia, en términos generales, acepta la posibilidad de tutelar la honra de las personas jurídicas, entendida aquella como el buen nombre, la reputación y el prestigio ganado.

En tal sentido, en casos de Publicidad Comparativa en donde se denigre a la competencia, se ponga en tela de juicio su buen nombre, y en términos generales se afecte ilegítimamente su reputación y prestigio comercial, creemos que sería posible la tutela de tal derecho por vía de la acción de protección.

¹³⁶ El mencionado artículo 19 número 4 de la Constitución Política de la República, señala: “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 4º.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley.”

9. Conclusiones

A modo de conclusión del presente trabajo, es posible afirmar que la Publicidad Comparativa en nuestro país y en el derecho comparado ha sido un tema no exento de dificultades respecto de su aceptación, debido a los importantes argumentos que se esgrimen tanto a su favor como en su contra, dadas las muchas problemáticas que se generan principalmente cuando se trasgreden los derechos marcarios y los derechos de competencia desleal, mediante el mal uso la Publicidad Comparativa. Aquella práctica publicitaria desleal, perjudica a un competidor, y, consecuentemente, produce una desinformación en los consumidores, que incide en la toma de decisiones erradas en lo económico. He ahí la importancia de velar por las buenas prácticas en materia de Publicidad Comparativa.

Como hemos mencionado en diversas ocasiones a lo largo del presente trabajo, y como lo ha señalado la jurisprudencia y la doctrina, tanto a nivel nacional como internacional, la práctica de la Publicidad Comparativa es esencialmente lícita, es ética y es beneficiosa tanto para el mercado, como para los competidores y consumidores, en aquellos casos en que se utiliza de buena manera.¹³⁷

La Publicidad Comparativa constituye una herramienta publicitaria eficaz y beneficiosa, que debe promoverse, siempre y cuando se cumplan sus requisitos mínimos de aceptación. En nuestro país la Publicidad Comparativa es aceptada, pero con limitaciones, en orden a evitar abusos y vulneraciones de derechos, tanto de los titulares de las marcas comerciales como de los propios consumidores, que a fin de cuentas son los receptores la publicidad. Estos límites, entre lo que está o no permitido, se pueden resumir en que la Publicidad Comparativa debe siempre ser veraz, leal, objetiva y demostrable, en orden a informar de buena forma las cualidades de un producto o servicio respecto de otro, sin caer en absolutos publicitarios ni en falacias o engaños que puedan significar confusión en los

¹³⁷ Ver considerando vigésimo séptimo, causa Rol C-23839-2018, del 16° Juzgado Civil de Santiago, sentencia de fecha 30 de marzo de 2020.

consumidores y desinformación, que incida en que tomen decisiones erradas de compra o contratación y se vulneren así sus derechos.

Para la protección de estos derechos mencionados, el CONAR en nuestro país ha jugado un rol fundamental y preponderante en orden a proteger los principios éticos básicos de la buena práctica publicitaria, es decir, que esta sea veraz, leal, objetiva y demostrable.

Dicho organismo autorregulatorio ha permitido llevar a cabo un control eficaz de este tipo de forma publicitaria mediante dictámenes éticos rápidos y eficientes, que, pese a no contar con facultad de imperio, de igual forma, en la gran mayoría de los casos son acatados y cumplidos voluntariamente por las partes que se someten a su competencia.

Si bien es cierto, en nuestro país existe una robusta legislación que ha permitido resolver de buena manera casos en los cuales se ha utilizado la Publicidad Comparativa de manera desleal, igualmente creemos necesario definir y regular mayormente su uso, y delimitar o establecer de mejor forma los límites respecto de su licitud e ilicitud, para efectos de proteger de manera correcta a los competidores, a los consumidores y en definitiva el buen funcionamiento del mercado.

10. Bibliografía

Obras y Legislación Consultada

1. AIPPI (1998). Resolución Q140 sobre Competencia desleal y Publicidad Comparativa. Congreso de Río de Janeiro, Brasil, 24 a 29 de mayo de 1998.
2. AROCA MOYA, Alexandra Dafne (2010). Análisis de la Independencia de los Organismos Antimonopolio en Chile. Tesis para optar al grado de Magister en Gestión y Políticas Públicas. Universidad de Chile, Santiago.
3. AUTOCONTROL (2019), Código de Conducta Publicitaria. Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, España.
4. BARIGOZZI, Francesca y PEITZ, Martin (2004). *Comparative Advertising and Competition Policy. University of Bologna and International University in Germany.*
5. BERNAD MONFERRER, Estela (2016). Evolución de la Publicidad Comparativa en el panorama español. Universitat Jaume I de Castellón, España.
6. BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE, Memoria Chilena (2018). La Publicidad en Chile (1900-1940). [En línea] <<http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-649.html>>
7. CHILE. Ley N°19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, 07 de marzo de 2007.
8. CONAR (2017). Reglamento de Funciones y Procedimientos del CONAR, aprobado por el Directorio del CONAR con fecha 23 de junio de 2017.
9. CONAR (2018). Código Chileno de Ética Publicitaria, 6ª Edición, Texto aprobado por el Directorio de CONAR y sus Matrices, octubre de 2018. [En línea] <http://www.conar.cl/wpcontent/uploads/2018/10/Conar_codigo_de_etica_6_edicion_final.pdf>
10. DEL BARRIO GARCIA, Salvador (2001). La Publicidad Comparativa y sus Potenciales Beneficios sobre la Información del Consumidor: Un Estudio Empírico. Universidad de Granada, España.
11. Diccionario Real Academia de la Lengua Española [En Línea] <<https://dle.rae.es/?id=UYYKIUK>>.

12. ESPAÑA. Ley General de Publicidad (1988). Ley 34/1988, 11 de noviembre de 1988.
13. ESTADOS UNIDOS. *Federal Trade Commission 1979. Statement of Policy Regarding Comparative Advertising*. 13 de Agosto de 1979.
14. FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos (1989). Estudios de Derecho de la Publicidad, Universidad de Santiago de Compostela, España.
15. GARCÍA VIDAL, Ángel (2016). La reforma del derecho europeo de marcas: principales novedades introducidas por la Directiva (UE) 2015/2436. España.
16. GUTIÉRREZ SANJUÁN, Luis (2003). Publicidad Comparativa. Tesis Doctoral, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España.
17. GUTIÉRREZ SANJUÁN, Luis (2018). En Torno a la Publicidad Comercial y su Regulación por las Directivas de la Unión Europea. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España.
18. *INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE* (ICC), Paris (2018). Código de Publicidad y de Comunicaciones de Mercadeo de la Cámara de Comercio Internacional, *International Chamber of Commerce* (ICC), París, Francia, 2018.
19. KOHLER, Josef. *Persönliche und sachliche Reklame in der Großindustrie*. Revista *Markenschutz und Wettbewerb* (1916-1917). Editorial Limbach Verlag.
20. MASSAGUER FUENTES, José (2004). La Publicidad Comparativa. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXV (2004), Instituto de Derecho Industrial, Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, España.
21. ORTUÑO BAEZA, María Teresa (2011). Las Condiciones de Licitud de la Publicidad Comparativa tras la ley 29/2009: Un análisis a la luz de la jurisprudencia comunitaria (2010-2011). Actas de derecho Industrial y Derecho de Autor, Tomo 31, Universidad de Santiago de Compostela. España.
22. PAREDES, Ricardo (1995). Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile. Estudios Públicos No. 58, 1995.
23. PAREDES, Ricardo (2004). Fundamentos para la Regulación de la Publicidad Comparativa, Revista *Abante*, Vol. 7, Nº1. Escuela de Ingeniería, Pontificia Universidad Católica de Chile.

24. PEDREIRA SAN JURGO, María Ángeles (2018). La Publicidad Comparativa. Universidad de Vigo, España.
25. PEGUERA POCH, Miquel (2013). Uso a título de marca y alcance del *ius prohibendi* en la directiva de marcas. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXXIII (2013). Universidad de Santiago de Compostela, España.
26. RODRÍGUEZ-BOBADA, Joaquín (1999). Eficacia de la Publicidad Comparativa: una Revisión desde la Perspectiva del Modelo de Jerarquía de Efectos. Universidad de Sevilla, España.
27. ROSSI, Silvina (2010). Marco Legal de la Publicidad Comparativa, Universidad Empresarial Siglo 21, Argentina.
28. SAFFIRIO PALMA, Camila (2012). Publicidad Comparativa: regulación en la ley No. 20.169 sobre competencia desleal. Disponible en <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112904>>
29. SERNAC (2019). Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales, 21 de marzo de 2019.
30. TREJO VEGA, Loreto (2013). ¿Es posible la aplicación de excepciones al derecho exclusivo y excluyente que confiere el registro de marca comercial?. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, AFET para optar al Título de Magister con y sin menciones.
31. UNION EUROPEA (2005). Directiva 2005/29/CE Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.
32. UNION EUROPEA (2006). Directiva 2006/114/CE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa.
33. UNION EUROPEA (2015). Directiva 2015/2436 Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.
34. WILKIE, William L. y FARRIS, Paul W. (1975). *Comparison Advertising Problems and Potential*. *Journal of Marketing*, Estados Unidos, octubre 1975.