

CONSORCIO DE LAS JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

- Prof. FABIOLA LATHROP GÓMEZ - Universidad de Chile
Prof. CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO - Pontificia Universidad Católica de Chile
Prof. RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA - Universidad de Concepción
Prof. JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN - Universidad Austral
Prof. GIAN FRANCO ROSSO ELORRIAGA - Universidad de los Andes
Prof. CARLOS PIZARRO WILSON - Universidad Diego Portales
Prof. FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS - Universidad Adolfo Ibáñez
Prof. RUPERTO PINOCHET OLAVE - Universidad de Talca
Prof. FRANCISCA LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA - Universidad Católica del Norte
Prof. JUAN RODRIGO BARRÍA DÍAZ - Universidad Alberto Hurtado

**ESTUDIOS DE DERECHO
CIVIL XVI**

**XVIII JORNADAS NACIONALES DE
DERECHO CIVIL. TALCA, 2022**

**RUPERTO PINOCHET OLAVE
DIRECTOR**

**ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ
ALEXIS MONDACA MIRANDA
DANIELA JARUFE CONTRERAS
CAROLINA RIVEROS FERRADA
EDITORES**

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL XVI
XVIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

© RUPERTO PINOCHET OLAVE (DIRECTOR)

2023 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: + 56 224838600 • www.thomsonreuters.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 2023-A-2152 • I.S.B.N. 978 - 956 - 400 - 333 - 7

1ª edición abril 2023 Legal Publishing Chile

Tiraje: 1.500 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

Publicado por Thomson Reuters.

Legal Publishing Chile • Santiago, Chile.

La Ley - Abeledo Perrot • Buenos Aires, Argentina.

Dofiscal Editores • Ciudad de México.



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

COMISIÓN ORGANIZADORA
XVIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

RUPERTO PINOCHET OLAVE
Director Departamento de Derecho Privado

ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ
Subdirector Departamento de Derecho Privado

ALEXIS MONDACA MIRANDA
Secretario Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales

DANIELA JARUFE CONTRERAS
Prof. Derecho Civil

CAROLINA RIVEROS FERRADA
Prof. Derecho Civil

JORGE ROJAS DÍAZ
Director Administrativo Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales

PAULINA ARRATIA ROJAS
Coordinadora

DANITZA GONZÁLEZ BARRERA
Coordinadora

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL 1989-2023

I Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Termas de Jahuel, 1989, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actas: Barros Bourie, Enrique (coord.), Familia y personas (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991); Barros Bourie, Enrique (coord.), Contratos (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991).

II Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 1997, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actas en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso 19 (1998).

III Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2005, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Actas: Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (coords.), Estudios de Derecho Civil I (Santiago, LexisNexis, 2005).

IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Actas: Corral Talciani, Hernán y Rodríguez Pinto, María Sara (coords.), Estudios de Derecho Civil II (Santiago, LexisNexis, 2007).

V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actas: Guzmán Brito, Alejandro (ed. científico), Estudios de Derecho Civil III (Santiago, LegalPublishing, 2008).

VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Actas: Pizarro Wilson, Carlos (coord.), Estudios de Derecho Civil IV (Santiago, LegalPublishing, 2009).

VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción. Actas: Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.), Estudios de Derecho Civil V (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing, 2010).

VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2010, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actas: Figueroa Yáñez, Gonzalo; Barros Bourie, Enrique y Tapia Rodríguez, Mauricio (coords.), Estudios de Derecho Civil VI (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing, 2011).

IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar, 2011, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Actas: Elorriaga De Bonis, Fabián, Estudios de Derecho Civil VII (Santiago, Abeledoperrot/Thomson Reuters, 2012).

X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz, 2012, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actas: Domínguez Hidalgo, Carmen; González Castillo, Joel; Barrientos Zamorano, Marcelo; Goldenberg Serrano, Juan Luis (coords.), Estudios de Derecho Civil VIII (Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2013).

XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2013, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Actas: Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (coords.), Estudios de Derecho Civil IX (Santiago, Thomson Reuters, 2014).

XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2014, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actas: Vidal Olivares, Álvaro; Severin Fuster, Gonzalo y Mejías Alonzo, Claudia (eds.), Estudios de Derecho Civil X (Santiago, Thomson Reuters, 2015).

XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2015, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción. Actas: Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (ed.), Barría Paredes, Manuel (coord.), Estudios de Derecho Civil XI (Santiago, Thomson Reuters, 2016).

XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Maitencillo, 2016, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Actas: Corral Talciani, Hernán y Manterola Domínguez, Pablo (eds.), Estudios de Derecho Civil XII (Santiago, Thomson Reuters, 2017).

XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pucón, 2017, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Actas: Bahamondes Oyarzún, Claudia; Etcheberry Court, Leonor y Pizarro Wilson, Carlos (coords.), Estudios de Derecho Civil XIII (Santiago, Thomson Reuters, 2018).

XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Coquimbo, 2018, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actas: Gómez de la Torre Vargas, Maricruz; Hernández Paulsen, Gabriel; Lathrop Gómez, Fabiola y Tapia Rodríguez, Mauricio (eds.), Estudios de Derecho Civil XIV (Santiago, Thomson Reuters, 2019).

XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar, 2019, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Actas. Fabián Elorriaga De Bonis (coordinador), Estudios de Derecho Civil XV (Santiago, Thomson Reuters, 2020).

XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Talca, 2022, organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Actas: Pinochet Olave, Ruperto (dir.), Ravetllat Ballesté, Isaac; Mondaca Miranda, Alexis; Jarufe Contreras, Daniela y Riveros Ferrada, Carolina (eds.), Estudios de Derecho Civil XVI (Santiago, Thomson Reuters, 2023).

ÍNDICE

	Página
Presentación	1

CONFERENCIA INAUGURAL

Retos de la regulación de la responsabilidad extracontractual por daños causados por sistemas de inteligencia artificial (IA)..... <i>Miquel Martín-Casals</i>	7
---	---

PRIMERA PARTE

FAMILIA Y PERSONA

¿Es posible pensar un derecho civil no binario?..... <i>Laura Albornoz Pollmann</i>	45
Nuevo régimen de apellidos en la legislación chilena. Observaciones preliminares en perspectiva de los derechos de la niñez y la adolescencia	65
<i>Rommy Álvarez Escudero</i>	
La prescripción de la acción alimenticia. Antecedentes para una discusión..... <i>Manuel Barriá Paredes</i>	83

	Página
La compensación económica y la terminación del matrimonio por la rectificación del sexo registral: problemas derivados de la asimilación en las excepciones a su demanda.....	91
<i>Emilio José Bécar Labraña</i>	
Deudas alimenticias y responsabilidad solidaria (art. 18 Ley N° 14.908). El caso especial de las Administradoras de Fondos de Pensiones.....	109
<i>Eduardo Court Murasso</i>	
El derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad intelectual	123
<i>Yerko Cubillos Román</i>	
Cambio de paradigma en la filiación	141
<i>Maricruz Gómez de la Torre Vargas</i>	
Disciplina de la reunificación familiar en la Ley de Migración y Extranjería ¿Un avance en la tutela de la familia inmigrante?....	159
<i>Alexis Mondaca Miranda</i>	
Transacción sobre alimentos forzosos, enriquecimiento injustificado y acción de reembolso	175
<i>Mario Opazo González</i>	
Las voluntades anticipadas: algunos desafíos para una regulación integral	195
<i>María Agnes Salah Abusleme</i>	
Coexistencia del régimen jurisprudencial sobre uniones de hecho no matrimoniales con el estatuto legal del AUC	217
<i>Susan Turner Saelzer</i>	

SEGUNDA PARTE

BIENES

Una revisión del concepto de Posesión.....	231
<i>Rodrigo Barcia Lehmann</i>	
Art. 703 inciso segundo del Código Civil. La influencia de Bentham en los títulos constitutivos de dominio. Nueva publicación de Bello.....	249
<i>Patricio I. Carvajal Ramírez</i>	

	Página
Consolidación <i>e iura in re propria</i>	263
<i>Hernán Corral Talciani</i>	
El dominio: suma de facultades o un señorío monolítico. Efectos prácticos de abordar una u otra concepción frente a la constitución de derechos reales que lo limitan	279
<i>Andrés Kuncar Oneto</i>	
La accesión de las cosas muebles a inmuebles. Una aproxi- mación a un análisis esquemático del artículo 669 del Código Civil chileno.....	291
<i>Patricia Leal Barros</i>	
¿Cuál es el papel de las inscripciones de papel? La tesis del desprendimiento	305
<i>Esteban Pereira Fredes</i>	
Fusión de personas jurídicas: efectos sobre el derecho real de usufructo. Reflexiones sobre un “Rehusamiento” a la solicitud de inscripción en favor de la absorbente.....	323
<i>Gian Franco Rosso Elorriaga</i>	

TERCERA PARTE
SUCESIONES

Los defectos en el domicilio de los testigos y la validez del testamento	347
<i>Fabián Elorriaga De Bonis</i>	
El abandono de las personas de edad avanzada y la indignidad por falta de socorro en estado de demencia	367
<i>Susana Espada Mallorquín</i>	

CUARTA PARTE
OBLIGACIONES

Notas sobre el artículo 1678 del Código Civil.....	385
<i>Jaime Alcalde Silva</i>	

	Página
Desigualdad y vulnerabilidad: Desde las leyes especiales al derecho común.....	413
<i>Íñigo de la Maza Gazmuri</i>	
La necesidad de cesión de bienes o de apertura del concurso para el ejercicio de la acción pauliana prevista en el artículo 2468 CC	433
<i>Juan Luis Goldenberg Serrano</i>	
La interrupción natural por servicio de posventa en la construcción. Una tesis errada.....	453
<i>Carlos Pizarro Wilson</i>	
¿Se puede alegar la nulidad absoluta cuando ambas partes celebraron un contrato sabiendo o debiendo saber del vicio que lo invalidaba? Antecedentes históricos y principios de Derecho en el Código de Bello.....	467
<i>Álex Zúñiga Tejos</i>	

QUINTA PARTE
CONTRATOS

La buena fe en la etapa postcontractual. Algunas reflexiones sobre su función y consecuencias	487
<i>María Graciela Brantt Zumarán</i>	
La teoría de los riesgos y la frustración del contrato	505
<i>Sebastián Nicolás Campos Micin</i>	
¿Resulta útil la distinción entre inmuebles urbanos y rústicos para los efectos del contrato de arrendamiento?	523
<i>Juan Ignacio Contardo González</i>	
La conexión entre el momento inicial del contrato de arrendamiento y su terminación, en torno a la carga de la prueba. Apuntes sobre el artículo 1947 del Código Civil.....	535
<i>Andrés Erbetta Mattig</i>	
No deje el camino por coger la vereda: la pérdida de <i>affectio societatis</i> como causa grave de disolución de la sociedad colectiva de duración limitada	555
<i>Pablo Manterola Domínguez</i>	

	Página
El espejo roto. La formación del contrato en los contratos de larga duración.....	575
<i>Rodrigo Momberg Uribe</i>	
Contra el dogma de la “desnaturalización” en la interpretación contractual.....	585
<i>Francisco Rubio Varas</i>	
La terminación unilateral en el arrendamiento de servicios inmateriales: Notas preliminares al artículo 2009 del Código Civil.....	597
<i>Gonzalo Severin Fuster</i>	
La disciplina de la imposibilidad en el arrendamiento de cosas. Un supuesto de incumplimiento del arrendador	613
<i>Álvaro Vidal Olivares</i>	

SEXTA PARTE

PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

¿La “garantía de automóviles” del artículo 12 C adscribe a la fisonomía de las garantías reguladas en la LPDC? Análisis de sus deberes informativos.....	633
<i>Francisca María Barrientos Camus</i>	
Sanciones de derecho privado de cláusulas sorprendentes en contratos por adhesión	651
<i>Gabriel Hernández Paulsen</i>	
Plazo de garantía y plazo de durabilidad de los productos, luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.398.....	667
<i>Erika Isler Soto</i>	
El deber de profesionalidad y la responsabilidad por las declaraciones publicitarias: una aproximación desde el derecho chileno.....	683
<i>Patricia Verónica López Díaz</i>	
La transacción en el Procedimiento Voluntario Colectivo. Análisis de sus efectos.....	703
<i>María Elisa Morales Ortiz</i>	

	Página
Interpretación legal y contractual en favor del consumidor. Reforma de la Ley N° 21.398 y el <i>principio proconsumidor</i>	713
<i>Mauricio Tapia Rodríguez</i>	

SÉPTIMA PARTE

RESPONSABILIDAD CIVIL

El deber de información del médico ¿contenido de obligación o criterio de responsabilidad? Especial referencia al consentimiento hipotético	741
<i>Cristian Aedo Barrena</i>	
Imputación subjetiva y causalidad. Notas para contribuir a su distinción en la responsabilidad civil extracontractual, a partir de fallos recientes de nuestra E. Corte Suprema.....	769
<i>Jorge Baraona González</i>	
¿El enriquecimiento injustificado es una forma especial de responsabilidad civil? Ideas acerca de una anomalía del derecho civil chileno.....	789
<i>Rodrigo Barría Díaz</i>	
Notas críticas a la construcción de la responsabilidad contractual sobre la base del artículo 1547 del Código Civil	807
<i>Enrique Barros Bourie</i>	
La pérdida de la chance de lucro cesante ante la exclusión de oferentes en licitaciones públicas.....	829
<i>Hugo Cárdenas Villarreal</i>	
Explorando criterios de distinción entre obligaciones restitutorias e indemnizatorias en situaciones extracontractuales de intromisión en derecho ajeno	851
<i>Carlos Céspedes Muñoz</i>	
Responsabilidad civil, restituciones y accesión por infracción a la propiedad intelectual. Notas de derecho continental y <i>Common Law</i>	865
<i>Ricardo Concha Machuca</i>	

	Página
Avances, retrocesos y desafíos pendientes de la reparación por daño moral	883
<i>Carmen Domínguez Hidalgo</i>	
El límite entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad estricta: problemas en el derecho nacional	899
<i>María Paz Gatica Rodríguez</i>	
Concepto moderno de daño en la responsabilidad civil y algu- nas reflexiones sobre su aplicación en el contexto del uso de entornos virtuales por niños y adolescentes.....	913
<i>Nicolás Ibáñez Meza</i>	
Capacidad y responsabilidad civil de las personas con disca- pacidad intelectual. La experiencia de España a partir de las recientes modificaciones al Código Civil	933
<i>Daniela Jarufe Contreras</i>	
El reconocimiento de la etapa postcontractual y el surgimiento de una eventual responsabilidad. Cuestiones a partir de los supuestos mencionados por la doctrina actual	945
<i>Claudia Carolina Mejías Alonzo</i>	
Omisión, culpa y causalidad en la responsabilidad civil	961
<i>Renzo Munita Marambio</i>	
La acción por daño contingente y el daño lícito	983
<i>Ruperto Pinochet Olave</i>	
¿Función punitiva de la responsabilidad civil del empleador por lesiones a derechos fundamentales? Una mirada desde el procedimiento de tutela laboral.....	1001
<i>Pamela Prado López</i>	
Hacia la construcción de un modelo de conducta para el abo- gado litigante a partir del Código de Ética profesional. Confi- guración de una <i>lex artis</i>	1019
<i>Jaime Ramírez Cifuentes</i>	
Responsabilidad del contratista experto en los contratos de construcción de obra	1035
<i>Nicolás Rojas Covarrubias</i>	

	Página
Nuevas (des)orientaciones de la responsabilidad civil. Entre ‘función asistencial’ y ‘culpa eventual’	1051
<i>Lilian C. San Martín Neira</i>	
CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW	1073

PRESENTACIÓN

El presente volumen recoge la edición de las ponencias presentadas en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.

El más importante evento académico en el ámbito del derecho nacional, fue celebrado los días 21, 22 y 23 de abril de 2022, reanudándose la tradición que anualmente reúne a los más destacados académicos en la disciplina del Derecho civil, tras dos años en las que su realización se vio suspendida a causa de las restricciones sanitarias impuestas, a nivel mundial y nacional, para evitar la propagación de la pandemia Covid-19.

Con todo, y llenos de incertidumbre, los miembros del consorcio organizador de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, decidieron su realización en la fecha antes indicada, de forma presencial, al menos en cuanto a la presentación de ponencias se trataba, lo que produjo algunas dificultades por el justo temor que sentían profesores y profesoras, frente a las gravísimas secuelas que dejó la pandemia a su paso.

Superados esos temores, empezaron a llegar después de casi tres años, al Campus Talca, de la Universidad de Talca, los ponentes seleccionados (tras un proceso de doble arbitraje ciego), comenzando las exposiciones, así como las (a veces) acaloradas discusiones que se producían entre los ponentes y el público especializado que las escuchaba. A pesar de lo severo de la regla de la presencia física impuesta a los expositores, esta vez se permitió (dado el contexto de fin de pandemia) la participación vía telemática a la comunidad jurídica nacional, contando con cientos de asistentes bajo esta modalidad. Para lo anterior, se transmitió vía *streaming*, la mayor de las veces con tres exposiciones que se desarrollaron en forma paralela, las cincuenta y ocho ponencias presentadas, así como la conferencia in-

augural y los actos de inauguración y de clausura de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Volvió, sin lugar a duda, el principal espacio de reflexión y difusión, a nivel nacional, de las temáticas del Derecho Civil, convocando a académicas y académicos de las más diversas universidades del país, para continuar con la labor y el legado dejado por las XVII Jornadas Nacionales anteriores, así como por las Universidades que estuvieron a cargo de su organización.

Los cincuenta y nueve trabajos unidos bajo esta obra, se distribuyen, según temática abordada, en siete secciones: Familia y Persona; Bienes; Sucesiones; Obligaciones; Contratos; Protección de los consumidores; y Responsabilidad Civil. Escapa a la referida distribución, el trabajo de autoría del Dr. Miquel Martin Casals, destacado catedrático de la Universitat de Girona, al que se ha dedicado una sección especial en esta obra, por recoger la magnífica conferencia con la que se inaugurara este evento.

Como no recordar en estas breves palabras, el homenaje que rendimos al querido amigo, colaborador incansable de las Jornadas y destacadísimo académico en el plano nacional e internacional, Alejandro Guzmán Brito, quien partiera de este mundo el año 2021, dejando un legado invaluable a través de su obra y un ejemplo a seguir, de rigor científico, honestidad intelectual, así como de un conjunto de cualidades humanas, que hará muy difícil, para los que en vida nos consideramos sus amigos, aceptar que tan insigne jurista y ser humano ya no se encuentra con nosotros.

Agradecemos a todos quienes colaboraron a que la celebración de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil fuese posible, a los amigos y amigas miembros del consorcio organizador de las mismas, a la Universidad de Talca, en la persona del decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca Dr. Rodrigo Palomo Vélez y en la persona de su Director Administrativo don Jorge Rojas Opazo.

Especiales gracias a la empresa privada de la Región del Maule, que apoyó generosamente la realización de las Jornadas, entre ellas, Alimentos PF, Constructora Galilea, Tax Planing Group, By Barcelona, Madeex, Viña El Aromo. Mención aparte merece el compromiso mostrado con el éxito de las actividades sociales de las Jornadas por los empresarios y ex alumnos de nuestra Facultad Juan Tapia Pezoa y María Elena di Marco Zamora.

Merecido reconocimiento a todo el equipo que participó en la organización de las Jornadas, especialmente a las coordinadoras de las mismas, Pau Arratia y Dani González, quienes, junto a un gran y motivado equipo de voluntarios, integrado entre otros, por Kathy Valenzuela, Lucila Aravena,

Ángel Fontt, María Paz Sims y Javiera Cáceres, hicieron posible el éxito de esta actividad académica de gran envergadura.

En cuanto a los trabajos de edición de las actas que ahora presento, reconocer el trabajo de los profesores Isaac Ravetllat, Carolina Riveros, Alexis Mondaca y Daniela Jarufe, así como también la tenaz labor realizada, ahora por nuestras asistentes de edición, Pau Arratia y Dani González.

Finalmente, agradecemos a la Editorial Thomson Reuters por el apoyo continuo que ha entregado a este proyecto, dándole un soporte material a los ya miles de trabajos que han sido presentados en las Jornadas, ofreciendo a la comunidad jurídica nacional, quizá la obra colectiva de mayor importancia e influencia en el desarrollo del derecho nacional.

Esperamos que este nuevo volumen de *Estudios de Derecho Civil*, correspondiente a su XVI entrega, continúe sirviendo al desarrollo y progreso de esta disciplina jurídica, en sus diversos estratos –profesional, judicial y académico– tal y como lo ha venido haciendo desde su primera versión.

RUPERTO PINOCHET OLAVE
Presidente
Consortio Organizador
XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil
Talca-Chile

EL DEBER DE PROFESIONALIDAD Y LA RESPONSABILIDAD POR
LAS DECLARACIONES PUBLICITARIAS: UNA APROXIMACIÓN
DESDE EL DERECHO CHILENO

PATRICIA VERÓNICA LÓPEZ DÍAZ*

1. INTRODUCCIÓN

En las dos últimas décadas nuestra dogmática ha comenzado a focalizar su atención progresivamente en la publicidad comercial, circunscribiendo el análisis a la publicidad engañosa,¹ a la integración publicitaria² y más recientemente a la publicidad como fenómeno jurídico³ con especial detenimiento en la publicidad dirigida al consumidor financiero,⁴ a los niños, niñas y adolescentes (NNA)⁵ y a los *followers* o seguidores de los *influencers* o influenciadores.⁶

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

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

¹ ISLER (2010), pp. 125-145; DE LA MAZA (2013b), pp. 653-671; LÓPEZ (2021), pp. 273-308; DE LA MAZA-LÓPEZ (2021), pp. 27-51 y MARTABIT (2021), pp. 133-162.

² DE LA MAZA (2015), pp. 551-571 e ISLER (2019b), pp. 261-277. Un sugerente análisis de este tópico en España en MORALES (2020), pp. 983-1065.

³ LÓPEZ (2020a), pp. 23-44.

⁴ LÓPEZ (2020c), pp. 225-259.

⁵ LÓPEZ (2021c), MARTABIT (2021), pp. 246-264 y LÓPEZ (2022a).

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

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

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

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

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

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

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

¹¹ DE LA MAZA-LÓPEZ (2023).

¹² LÓPEZ (2022a).

Un interés similar, pero más general se aprecia en documentos y Circulares del Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) que formulan los principios legales de la publicidad y examinan la publicidad *online*, específicamente la publicidad nativa y los *influencers* como prácticas comerciales. Dichos principios los sistematiza en el documento “Análisis, Vigilancia y Gestión jurídica de la publicidad en Chile” de abril de 2017¹³ y en la *Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales* (CIPP) de 21 de marzo de 2019,¹⁴ reemplazada por la Circular Interpretativa del mismo nombre de 28 de febrero de 2022,¹⁵ perfilándolos como *límites* al discurso publicitario que permiten controlar la legalidad de la publicidad comercial dirigida a los consumidores. La publicidad *online* la aborda en el “*Estudio de Publicidad Online. El caso de la publicidad nativa*” de junio de 2018, explorando su impacto en el mercado publicitario como una práctica novedosa, eficiente y vinculada a los *influencers*, profundizándola en la Circular Interpretativa sobre Publicidad Nativa e Influencers de 16 de junio de 2022.¹⁶

Pero, hasta ahora, nada se ha dicho del *deber de profesionalidad* de los intervinientes en la actividad publicitaria, cuales son, el anunciante, la agencia de publicidad y los medios de comunicación, en circunstancias que la LPC alude a dicho *deber* como un criterio para establecer la multa infraccional del artículo 24 y al menos dos Circulares Interpretativas del Sernac se han referido a él: la Circular sobre el derecho a la calidad e idoneidad en el Régimen de Garantías de 21 de marzo de 2019¹⁷ y la Circular sobre la noción de Consumidor Hipervulnerable de 31 de diciembre de 2021.¹⁸ La necesidad de examinar dicho deber se intensifica si se advierte

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

¹⁴ Aprobada por la Resolución Exenta N° 187, disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-9190_archivo_01.pdf. [visitado el 5.07.2022].

¹⁵ Aprobada por la Resolución Exenta N° 176, disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-65391_archivo_01.pdf. [visitado el 5.07.2022].

¹⁶ Aprobada por la Circular Exenta N° 534, disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-65742_archivo_01.pdf. [visitado el 5.07.2022]. Comentada en LÓPEZ (2022c).

¹⁷ Aprobada por la circular Exenta N° 190, disponible https://www.sernac.cl/portal/618/articles-9194_archivo_01.pdf. [visitado el 5.07.2022].

¹⁸ Aprobada por la Resolución Exenta N° 1.038, disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-64930_archivo_01.pdf. [visitado el 5.07.2022].

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

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

Para lograr nuestro propósito esta ponencia se dividirá en dos partes. En la primera abordaremos la necesaria *configuración* del deber de profesionalidad en sede publicitaria, examinando su contenido y la diligencia que les es exigible a todos los intervinientes (I). En la segunda, examinaremos la responsabilidad que puede atribuírseles a ellos por declaraciones publicitarias –entendiéndola en sentido *amplio*, esto es, como la ordenación de medios de tutela que el consumidor puede activar según el caso¹⁹–, así como la confluencia de tales intervinientes frente a dicho supuesto (II). Examinados tales tópicos, se expondrán las conclusiones.

2. LA NECESARIA CONFIGURACIÓN DEL DEBER DE PROFESIONALIDAD EN LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA: UNA ESTÁNDAR DE CONDUCTA DE CONTENIDO ESPECÍFICO

El principal interviniente en la publicidad comercial es el *anunciante*, esto es, de conformidad al artículo 1º N° 5 de la LPC, “el proveedor de

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

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

Tal definición ha sido criticada, pues, de un lado, la referencia a “entidad” resulta vaga e indeterminada y, de otro, la publicidad no persigue una *finalidad ilustrativa* sino persuasiva.²⁰ Ciertamente la definición contenida en el CchEP es más adecuada, dado que entiende por tal a “la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la comunicación”, replicando el artículo 10 de la Ley General de Publicidad (LGP) española de 11 de noviembre de 1988.²¹ Siguiendo una idea similar, la Circular Interpretativa de Publicidad y Prácticas Comerciales de 28 de febrero de 2022 antes referida, entiende por anunciante al “sujeto activo de la publicidad y quien tiene interés en beneficiarse de ésta, pues serán los productos o servicios que comercializa, presta, intermedia o produce los que serán adquiridos o contratados por el consumidor por influencia o motivación del anuncio, pesando, por tanto, sobre él el deber de información que se desprende del inciso 1º del artículo 3º letra b) de la LPDC y del resto de sus disposiciones relativas a la información a que tiene derecho el consumidor y a la que se encuentra obligado a proporcionar al proveedor”.²²

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

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

²⁰ DE LA MAZA (2013a), p. 51. Sobre la finalidad persuasiva de la publicidad comercial véase GOLDENBERG (2020), pp. 163-204.

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

²² SERNAC (2022), p. 11.

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

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

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

En nuestra dogmática sólo han abordado el *deber de profesionalidad* María Elisa Morales y María Paz Gatica²⁷ con el propósito de delinear sus parámetros objetivos, su noción y las consecuencias relativas a dicho

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

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

²⁵ SERNAC (2019), p. 11.

²⁶ SERNAC (2021), pp. 24 y 25.

²⁷ GATICA-MORALES (2022).

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

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

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

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

²⁸ LÓPEZ (2021d).

²⁹ LÓPEZ (2022d), p. 75.

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

Otro tanto se aprecia si la publicidad cuya creación o difusión encarga el anunciante a la agencia de publicidad o a los medios de comunicación es ilícita porque es abusiva, agresiva, engañosa o desleal, advirtiéndose una ilicitud en el contenido del contrato de publicidad, de creación publicitaria o de difusión publicitaria frente a la cual debe tutelarse al consumidor. Tal sería el caso si (i) la publicidad contraviene los derechos básicos de los consumidores signados en el artículo 3° de la LPC o bien (ii) está prohibida por dicha ley, por los artículos 6° y 8° de las Leyes N° 20.606 y 1° de la N° 20.869 –pues discrimina o estereotipa a los consumidores, utilizando personajes de confianza o ganchos comerciales para prevalerse de su ingenuidad y credulidad o con el propósito de inducir a error o a engaño al consumidor– o por los artículos 3° de la Ley N° 19.419 que regula actividades que indica relacionadas con el tabaco y 40 ter de la Ley N° 19.925 sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas, deviniendo la publicidad en ilícita y, específicamente, en agresiva, abusiva y engañosa.

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

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

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

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

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

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

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

³² LÓPEZ (2020a), p. 29.

³³ LÓPEZ (2020a), pp. 29-34. En igual sentido MARTABIT (2021), pp. 59-71.

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

Por su parte, la *agencia de publicidad*, atendido su carácter de profesional en el rubro y en razón del mismo deber, está obligada a crear y/o ejecutar publicidad (según se trate de un contrato de creación publicitaria o de un contrato de publicidad³⁴) que no vulnere las restricciones publicitarias actualmente vigentes ni los derechos de los consumidores. Tales restricciones se encuentran contenidas, como ya lo hemos anticipado, en los artículos 17L, 28, 28A y 33 de la LPC; 4º letra a), b) y e) de la LCD; 3º y 6º de la Ley N° 19.419 en lo que refiere al tabaco; 1º de la Ley N° 20.869, 6º y 8º de la Ley N° 20.606 a propósito de los alimentos; 40 ter de la Ley N° 19.925 tratándose de bebidas alcohólicas; y 55 de la Ley N° 21.430 en lo que concierne al NNA. Los derechos de los consumidores, en cambio, están consagrados en el artículo 3º de la LPC. Esta constatación exige, entonces, al igual que en el caso del anunciante, que la publicidad sea identificable, comprobable, veraz, unívoca y comprensible, atendidos los derechos a la libre elección del bien o servicio y a la información veraz y oportuna.

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

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

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

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

3. LA RESPONSABILIDAD POR DECLARACIONES PUBLICITARIAS: UNA SISTEMATIZACIÓN DESDE EL DERECHO CHILENO

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

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

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

³⁵ MORALES (2010), p. 30.

³⁶ LÓPEZ (2020d) y DE LA MAZA-LÓPEZ (2021), pp. 41-46.

grave, injusta y determinante en los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil) y por *influencia indebida* (si se estima que el equilibrio contractual es una calidad esencial del acto o contrato y dicha influencia determina un error sustancial de conformidad al art. 1454 inciso primero de dicho Código). En tanto, la *cesación publicitaria* podrá activarse cuando la gravedad de los hechos y los antecedentes acompañados lo ameriten. Por otra parte, el consumidor podrá recurrir a la *corrección publicitaria* para exigir la enmienda de errores o falsedades de la publicidad ilícita, neutralizando sus efectos. De otro lado, puede activar la *integración publicitaria* de conformidad a los artículos 50 y 1º N° 4 de la LCD, integrando la publicidad al contrato e impetrando los medios de tutela derivados de dicha falta de conformidad. Finalmente, podrá demandar la *indemnización* de los daños causados, la que podrá acumular, según el caso, a la nulidad relativa, a la suspensión publicitaria y a la corrección publicitaria.

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

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

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

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

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

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

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

³⁹ LÓPEZ (2020b), pp. 377-399.

⁴⁰ MORALES (2016b), pp. 273 y 274 y ZUBERO (2021), pp. 698-699.

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

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

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

4. CONCLUSIONES

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

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

⁴¹ CORRAL (2015), p. 470.

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CORRAL TALCIANI, Hernán (2015): “Obligaciones por el total no solidarias u obligaciones concurrentes”, en: VIDAL, Álvaro; SEVERIN, Gonzalo; MEJÍAS, Claudia (edits.), *Estudios de Derecho Civil X* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 455-470.

DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (2013a): “Artículo 1 N° 5”, en: DE LA MAZA, Íñigo; PIZARRO, Carlos (edits.), BARRIENTOS, Francisca, (coord.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 49-51.

_____ (2013b): “Artículo 28”, en: DE LA MAZA, Íñigo; PIZARRO, Carlos (edits.), BARRIENTOS, Francisca, (coord.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 653-671.

_____ (2015): “La integración publicitaria y la publicidad engañosa como supuesto de error provocado”, en BARRÍA, Manuel; CAPRILE, Bruno; Díez, José Luis; DOMÍNGUEZ, Carmen; PIZARRO, Carlos y TAPIA, Mauricio (edits.), *Estudios de Derecho Privado. Homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 551-571.

DE LA MAZA, Íñigo y LÓPEZ, Patricia (2021): “La publicidad engañosa en la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores; un intento de sistematización desde el moderno derecho de contratos”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 48 N° 2). Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v48n2/0718-3437-rchilder-48-02-27.pdf>. [visitado el 10.07.2022].

_____ (2023): “Comparar lealmente: veracidad y demostrabilidad del mensaje publicitario” en: *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, N° 44, en prensa.

GOLDENBERG, Juan Luis (2020): “El propósito persuasivo de la publicidad y sus peligros en el ámbito del crédito al consumo”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (N° 34). Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n34/0718-8072-rchdp-34-0163.pdf>. [visitado el 29.07.2022].

ISLER, Erika (2010): “Aproximación a la publicidad engañosa, desde la perspectiva de la competencia desleal y la protección al consumidor”: *Revista Ars Boni et Aequi* (vol. 6, N° 1), pp. 125-145.

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

LEMA DEVESA, Carlos (2020): “El concepto jurídico de anunciante”, en: *Revista de Derecho mercantil*, N° 317, pp. 11-26.

LÓPEZ, Patricia (2019): “La tutela precontractual en la Ley N° 19.496: su configuración, alcance y eventual convergencia con aquella propia de la contratación civil”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 46, N° 2). Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v46n2/0718-3437-rchilder-46-02-00399.pdf>. [visitado el 4.08.2022].

_____ (2020a): “La publicidad comercial como fenómeno jurídico: una aproximación general desde el derecho chileno”, en: *Revista Ius et Praxis* (vol. 26, N° 3). Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v26n3/0718-0012-iusetp-26-03-23.pdf>. [visitado el 29.06.2022].

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

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

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

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

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

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

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

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

_____ (2022b): “La publicidad nativa y el fenómeno de los *influencers* en el derecho chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (vol. N° 11). Disponible en: <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/66254/70911>. [visitado el 30.06.2022].

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

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

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

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

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

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

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

MORALES, María-GATICA, María (2022): “El deber de profesionalidad como elemento determinante del estándar de diligencia en el derecho de consumo: comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 15 de marzo de 2019 (Rol N° 484-2018)”. Disponible en: <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/4445/4040> [visitado el 28.07.2022].

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael (2020). “Contratos publicitarios”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Tratado de Contratos, Tomo IV*. 3ª ed. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

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

ZUBERO QUINTANILLA, Sara (2021): “Supuestos de exención de responsabilidad de los empresarios españoles en las relaciones de consumo por contenido publicitario”, en: ISLER SOTO, Erika (ed.), *Seguridad y conformidad en el derecho de consumo: reflexiones actuales* (Valencia: Tirant lo Blanch).

