

## **VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA, EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 2244/2014.**

En sesión celebrada el once de marzo de dos mil quince, los Ministros de la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvimos por primera vez un asunto que versa sobre la protección de los derechos del consumidor en presencia de publicidad engañosa.

### **I. La interpretación constitucional de la sentencia**

Los Ministros de la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación coincidimos en que los derechos del consumidor encuentran protección constitucional en el artículo 28 de la Constitución General. Este precepto indica, además, que la ley respectiva regulará los mecanismos para atender las eventuales diferencias en una relación de consumo. En este tenor, es la Ley Federal de Protección al Consumidor la que materializa la protección de las personas en una relación de consumo, dentro de la cual se ubican disposiciones específicas contra la publicidad engañosa y abusiva.

Asimismo, los Ministros de la Primera Sala observamos que la Procuraduría Federal del Consumidor está plenamente facultada para iniciar procedimientos tanto en sede administrativa como en sede jurisdiccional, y en representación de consumidores de forma individual o colectiva, con la finalidad de protegerlos de publicidad de naturaleza abusiva o engañosa. Adicionalmente, destacamos que no corresponde a los consumidores probar fehacientemente que la publicidad difundida por un proveedor es engañosa.

En esta línea, atender a los principios *favor debilis* y de acceso a la justicia implica tomar en consideración que los consumidores no cuentan con la información ni las aptitudes técnicas o científicas suficientes para aportar elementos de prueba que demuestren que la

información es engañosa. Por el contrario, es el proveedor quien debe desvirtuar los indicios aportados por los consumidores. Esta conclusión descansa principalmente en que nadie conoce mejor el proceso de producción del bien o servicio que comercializa que el propio productor o proveedor.

De acuerdo con la sentencia, esta es la interpretación a partir de la cual el Tribunal Colegiado deberá de estudiar nuevamente la legalidad de la resolución impugnada en el juicio de amparo.

## **II. La novedad y complejidad del problema de la publicidad engañosa**

Como lo señalé anteriormente, no discrepo con la interpretación de la sentencia porque comparto la necesidad de establecer a quién corresponde probar que determinada publicidad sea o no engañosa. Sin embargo, estimo que la novedad y complejidad del problema justificaban pronunciarse también sobre la forma en que se debe atribuir responsabilidad a un proveedor que emita publicidad de este tipo.

En efecto, debemos recordar que el asunto es el primero que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación analiza acerca de una afectación a los derechos del consumidor por la difusión de publicidad engañosa. En este sentido, el problema involucraba una serie de cuestiones complejas que esta Primera Sala debió analizar, a fin de establecer los parámetros que mejor protegieran los derechos del consumidor.

Así, algunas de estas cuestiones implicaban estudiar la manera en que se acredita que determinada publicidad induce al error al consumidor, la forma en que se prueba que cierta publicidad reviste cualidades valorativas como “exagerada” o “tendenciosa”, o la manera

en que se evalúan las expectativas que se forma el consumidor a partir de determinada publicidad.

Sentado lo anterior, considero que el estudio debió de hacerse cargo específicamente de por lo menos tres temas adicionales que a continuación expondré: I) el estándar de responsabilidad por difundir publicidad engañosa, II) la forma en que se acredita la publicidad engañosa y III) determinar si, una vez probada la naturaleza engañosa de la publicidad, es posible presumir un daño material al consumidor.

### **1. El estándar de responsabilidad**

La sentencia de mérito formula el marco de protección constitucional de los derechos del consumidor en casos de publicidad engañosa. Si bien al resolver las primeras tres preguntas que se plantea, la resolución se limita a describir la normatividad sobre la protección al consumidor, en la cuarta cuestión – relativa a la carga de la prueba –, la sentencia determina a partir de los principios *favor debilis* y de acceso a la justicia que es el proveedor quien debe desacreditar la acusación de que cierta publicidad es engañosa. Ello, tomando en cuenta la situación de desventaja en que se ubica el consumidor frente al proveedor del bien o servicio.

Desde mi punto de vista, la Primera Sala no debió de haber agotado su labor fijando la carga de la prueba. Bajo mi óptica, la sentencia debió de haber establecido también el estándar de responsabilidad en casos de publicidad engañosa. Hacerlo era necesario no sólo atendiendo a que el problema es novedoso para esta Suprema Corte, sino también a que formular dicho estándar implicaba pronunciarse sobre cuál es el comportamiento esperado de los proveedores que difunden publicidad sobre su producto, esto es, profundizar sobre cómo debe ser la publicidad que difundan a fin de no incurrir en responsabilidad.

De esta manera, con objeto de formular un marco constitucional que proteja a cabalidad los derechos del consumidor en estos casos, la Primera Sala no sólo debía responder a la pregunta: ¿quién debe probar?, si no también dar respuesta al cuestionamiento sobre qué es lo que debe probarse para atribuir responsabilidad. En esta línea, a mi juicio, la responsabilidad en un asunto de publicidad engañosa es una de índole subjetiva, en la que resulta necesario acreditar: i) el hecho ilícito consistente en la difusión de publicidad engañosa, ii) un daño a los consumidores, y iii) un nexo causal entre el hecho y el daño probado.

## **2. La forma en que se acredita la publicidad engañosa**

Respecto a la configuración del hecho ilícito, considero que es necesario formular un estudio más profundo sobre las cualidades que debe revestir un mensaje publicitario para ser “engañoso”, y la manera en que se prueba que dicho mensaje ha inducido a error a un consumidor. En este sentido, conviene exponer el contenido relevante del artículo 32 de la Ley Federal de Protección al Consumidor:

*(...) Para los efectos de esta ley, se entiende por información o publicidad engañosa o abusiva aquella que refiere características o información relacionadas con algún bien, producto o servicio que pudiendo o no ser verdaderas, inducen a error o confusión al consumidor por la forma inexacta, falsa, exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa en que se presenta. (...)*

A partir de este precepto, estimo que los elementos necesarios para acreditar que existe publicidad engañosa son los siguientes: i) La difusión de las características de un bien o servicio, esto es, la existencia del mensaje publicitario, ii) que la características publicadas sean falsas o inexactas y iii) que, aun siendo verdaderas, resulten

exageradas, parciales, artificiosas o tendenciosas, pudiendo conducir al error. Respecto a la existencia del mensaje, así como a la posibilidad de que la publicidad induzca al error, creo que era necesario incorporar precisiones adicionales de las que a continuación daré cuenta.

i) *La existencia del mensaje publicitario*

En mi opinión, la sentencia debió de haber establecido los elementos necesarios para acreditar que determinada publicidad existe en el mercado, de tal suerte que tenga el potencial de configurar un hecho ilícito. Ello hubiera permitido determinar cómo evaluar si cierto discurso publicitario es *suficiente*, dentro de su industria, para tener algún efecto sobre el consumidor.

Esta no es una cuestión menor. En efecto, no cualquier información publicitaria, en cualquier mercado, será suficiente para acreditar la responsabilidad del proveedor. Es evidente que existirán variaciones significativas a considerar según las especificidades de la industria en cuestión. Así, por ejemplo, podrían variar el nivel de circulación requerida o la magnitud del universo de consumidores. Por ende, me parece razonable que se exija que el mensaje emitido cumpla con determinados criterios que permitan determinar si, ante las características de la industria en concreto, la publicidad emitida es suficiente para hacer responsable al proveedor.

En este sentido, la jurisprudencia de Estados Unidos ha establecido parámetros razonables para acreditar la existencia de la publicidad, bajo los cuáles es necesario probar, *inter alia*: i) que existe un discurso comercial, ii) que este discurso tiene el propósito de influenciar a los consumidores a comprar bienes y servicios del proveedor, y iii) que dicho mensaje haya sido diseminado de manera

suficiente entre el público relevante de consumidores, como para constituir publicidad dentro de esa industria.<sup>1</sup>

*ii) Que la publicidad engañosa induzca al error*

Finalmente, desde mi punto de vista, también era necesario establecer la manera en que se debe probar que cierta publicidad induce al consumidor al error. Este problema también ha sido abordado por la jurisprudencia norteamericana. En ella, se ha aplicado un estándar que me parece adecuado para determinar el potencial de un mensaje publicitario para confundir o llevar al error a su receptor.

En primer lugar, se evalúa cuál es el entendimiento que un consumidor tiene, o pudiera formarse a partir de la publicidad<sup>2</sup> – ya sea mediante una lectura rápida y global de la publicidad misma, preguntándose qué entendería un consumidor de inteligencia media, o mediante encuestas hechas al universo de consumidores. En segundo lugar, se debe verificar que el entendimiento del consumidor no es conforme – o es distinto – a lo que constituye el bien o servicio materialmente, esto es, a sus características reales.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Véanse las siguientes resoluciones judiciales: *Sports Unlimited, Inc. v. Lankford Enter., Inc.*, 275 F.3d 996, 1004-05 (10<sup>th</sup> Cir. 2002); *Coastal Abstract Serv., Inc. v. First Am. Tit. Ins. Co.*, 173 F.3d 725, 734 (9<sup>th</sup> Cir. 1999); *Seven-Up Co.*, 86 F.3d at 1384; *Gordon & Breach Science Publishers S.A. v. American Inst. Of Physics*, 859 F. Supp. 1521, 1532 (S.D.N.Y. 1994).

<sup>2</sup> El entendimiento del consumidor lo constituye el “mensaje” o “promesa” que un consumidor se forma del bien o servicio anunciado, a partir de la publicidad en cuestión.

<sup>3</sup> Véanse las siguientes resoluciones judiciales: *Vidal Sasoon, Inc. V. Bristol-Myers Co.*, 661 F.2d 272, 274 (2<sup>nd</sup>. Circuit); *American Home Prods. Corp. v. Johnson & Johnson*, 577 F.2d 160, 16Circuit); *American Home Prods. Corp. v. Johnson & Johnson*, 577 F.2d 160, 164 (2<sup>nd</sup>. Circuit, 1981); *Sandoz Pharmaceuticals v. Richardson-Vicks, Inc.*, 902 F.2d 222, 229 (3<sup>rd</sup> Circuit, 1992).

### **3. La presunción de un daño material en presencia de publicidad engañosa**

Por último, estimo que la sentencia debió de haber dado cuenta de las presunciones que sea autorizan en casos de publicidad engañosa. En mi opinión, es posible presumir que el consumidor ha sufrido un daño a partir de la emisión de tipo un de publicidad. En efecto, el nexo causal, tercer elemento del estándar de responsabilidad, se acreditaría mediante una presunción basada en que: i) existe un mensaje publicitario que puede influir en el consumidor, y ii) que dicho mensaje es susceptible de inducir al error a los consumidores.

A mi juicio, estas son las consideraciones adicionales que la sentencia debió de haber incorporado en su estudio.

**MINISTRO**

**ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA.**

**EL SECRETARIO DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA.**

**LIC. HERIBERTO PÉREZ REYES.**

**AMIO/MOCS**