

Resumen:

Libertad de expresión en el discurso comercial.

[ADR 1434/2013.](#)

Resuelto el 22 de octubre de 2014.

Hechos:

La Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO) publicó en la Revista del Consumidor, núm. 407, de enero de 2011 un estudio de calidad de purés de tomate, en el que realizó 1,262 pruebas a 18 productos distintos. En dicha revista se señaló que el producto que resultó mejor era el de la Empresa "A", ya que: (i) a pesar de ser condimentado tiene alto contenido de tomate; (ii) tiene poca sal; (iii) no contiene colorantes, conservadores, almidones ni espesantes; y (iv) tiene un precio accesible: \$1.80 por 100 g., en promedio.

Posteriormente, la Empresa "A", en su sitio de internet, publicó: *"El puré de Tomate de "A", el mejor. La Revista del Consumidor, en su edición de enero, señaló al Puré de Tomate de "A" como el mejor dentro de un análisis que se hizo de 18 marcas diferentes. Entre los beneficios a resaltar del producto estuvieron: gran contenido de tomate, no contiene colorantes, ni conservadores, almidones ni espesantes y tiene un precio accesible. "A" entre sus premisas básicas tiene: la calidad el sabor, los ingredientes naturales y un precio justo. Sin duda, un orgullo para una empresa 100% mexicana, que produce todo con calidad nacional."*

Como consecuencia de dicha publicación, la PROFECO inició el procedimiento por infracciones a la Ley Federal de Protección al Consumidor (en adelante la Ley) al presumir violados los artículos 32 y 44 de la misma. Agotados los trámites correspondientes, se resolvió imponer a la Empresa "A" una multa de \$600,000.00 por violación al artículo 44 de la Ley Federal de Protección al Consumidor y otra por la cantidad de \$400,000.00 por violar el artículo 32 de la misma ley (lo cual suma un total de \$1,000,000.00).

Inconforme, la ahora quejosa interpuso recurso de revisión el cual fue resuelto por la Subprocuraduría de Servicios de la PROFECO en el sentido de confirmar la resolución impugnada. En consecuencia, la quejosa inició juicio contencioso administrativo, y la Sala Regional del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, resolvió reconocer la validez de las resoluciones impugnadas.

La Empresa "A" solicitó el amparo y protección de la Justicia Federal contra la sentencia dictada dentro del juicio contencioso administrativo. El Tribunal Colegiado negó el amparo solicitado. Inconforme con la resolución anterior, la quejosa interpuso recurso de revisión.

Criterios:

La Primera Sala, analiza la constitucionalidad del artículo 44 de la Ley Federal de Protección al Consumidor. Para determinar la constitucionalidad del precepto combatido, es necesario resolver las siguientes cuestiones: I) si el mensaje en virtud del cual se multó a la empresa recurrente constituye un tipo de publicidad o mensaje comercial; II) si la publicidad se encuentra protegida por el derecho a la libertad de expresión; y si lo anterior es así, III) si la restricción establecida por la norma supera un juicio de razonabilidad.

I. El mensaje difundido por la Empresa puede calificarse de publicidad

Para establecer si el mensaje tiene una finalidad publicitaria se requiere analizar el contexto en el que fue difundido, el medio utilizado para su difusión, así como evaluar el propio contenido del mensaje, esto es, el tipo de lenguaje utilizado para la transmisión de la información. En el caso en concreto el mensaje tiene un carácter publicitario: fue emitido por un agente comercial, en un medio de comunicación masivo, estaba dirigido a una audiencia más o menos amplia, su contenido es publicitario y se insertó en un contexto de promoción de la Empresa. Por tanto, la publicación se encontraba prohibida de acuerdo a la Ley Federal de Protección del Consumidor.

II. El discurso comercial está protegido por la libertad de expresión

La Primera Sala ha destacado dos dimensiones del derecho a la libre expresión de acuerdo a su trascendencia política o individual. Por un lado, en su vertiente social o política, constituye una pieza central para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa; y por otro, en su dimensión individual, asegura a las personas espacios esenciales para desplegar su autonomía individual.

Sobre esa base debe analizarse si el discurso comercial, al igual que el político, artístico y religioso, se encuentra protegido por la libertad de expresión. Si bien tal aspecto no ha sido abordado por la Suprema Corte, existen múltiples referentes de derecho internacional y comparado que permiten anticipar que este tipo de discurso también debe tutelarse constitucionalmente. No obstante, las expresiones comerciales constituyen un subtipo o subcategoría, que no debe ubicarse al mismo nivel que otros mensajes que cumplen propósitos sociales o relacionados con la autonomía personal.

i) El derecho a la libre expresión comprende al discurso comercial

La pregunta que debe resolver esta Suprema Corte es si el discurso comercial debe estar excluido del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión. Menciona la Sala que el derecho comparado muestra una evolución jurisprudencial en el sentido de considerar que el derecho a la libertad de expresión comprende al discurso comercial. De la evolución jurisprudencial se desprenden esencialmente las siguientes razones para considerar que el derecho a la libertad de expresión comprende al discurso comercial o publicitario: 1) El alto riesgo para la libertad de las personas que significa excluir indebidamente expresiones del ámbito de protección del derecho; 2) La libertad comercial y el derecho de información de los consumidores.

En consecuencia, para la Sala, si la libertad de expresión protege la libertad de las personas y la manifestación de éstas a través de la emisión y difusión de expresiones por cualquier medio, y sin importar el carácter de la persona que la emite; la Primera Sala no encuentra razón alguna para excluir de este ámbito de protección a las expresiones con contenido comercial.

ii) Protección constitucional atenuada de la publicidad

En su sentido amplio, la libertad de expresión goza de una protección reforzada en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. No obstante, no todas las expresiones merecen el mismo nivel de protección.

La libertad de expresión se relaciona con diferentes valores, los cuales, como se ha dicho no pueden ser reducidos a un solo principio. Claramente, el discurso comercial no maximiza estos valores de la manera que lo hacen otras formas de comunicación. Resultan más peligrosas las restricciones a la expresión del discurso político que las limitaciones a las expresiones comerciales, en tanto afectan el funcionamiento de la democracia y el pluralismo político. Las restricciones al discurso comercial no ponen en riesgo la democracia representativa, ni la autonomía o dignidad de la persona.

iii) El derecho comparado exige un test de constitucionalidad intermedio

Tras referirse a lo que ha sido establecido, respectivamente, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la Suprema Corte de Estados Unidos, se señala en la resolución que la Suprema Corte considera que en el análisis de las restricciones al discurso comercial, no es necesario que el fin que se persigue con la restricción sea constitucionalmente imperioso; que exista una fuerte relación medio a fin, y que sea la única opción para alcanzar dicho fin. Basta que la intervención sirva a un importante objetivo del Estado; exista una relación substancial o relevante entre el medio y el fin, y sea una opción razonable y no excesiva, en comparación con otras alternativas igualmente idóneas.

III. Test de razonabilidad en el caso concreto

La Primera Sala debe determinar si la restricción prevista en el artículo 44 de la Ley Federal de Protección al Consumidor se encuentra justificada de acuerdo al derecho de la empresa a publicitar su producto, para lo cual aplica un test de escrutinio intermedio. Se adelanta que la medida que establece la norma persigue un fin constitucionalmente válido, es idónea para alcanzar el propósito que pretende, pero no es necesaria.

i) Carácter de la información que regula la norma y el alcance de la prohibición que establece

El artículo 44 de la Ley Federal de Protección al Consumidor regula la información derivada de las investigaciones, encuestas y monitoreos publicados por la Procuraduría. Es dicha información la que, con base en el mismo precepto, no puede utilizarse con fines publicitarios o comerciales. Así, el término publicidad incluye tanto a la publicidad que se adecúa a los requerimientos de la Ley en la

materia, como a la engañosa o abusiva. El artículo 44 prohíbe entonces el uso publicitario de cualquier tipo de los estudios realizados por la PROFECO.

ii) Escrutinio de la medida

En el capítulo III de la Ley Federal de Protección al Consumidor se regula la información y la publicidad. Dentro de dicho capítulo el artículo 44 de dicha Ley faculta a la PROFECO a realizar estudios e investigaciones “a efecto de orientar y proteger el interés de los consumidores”. Por tanto, es válido suponer que la prohibición establecida en ese mismo precepto —consistente en que los estudios no sean publicados con fines publicitarios—, tiene la misma finalidad, es decir, proteger al consumidor. Tal propósito no sólo es constitucionalmente admisible, sino que está expresamente previsto en el artículo 28 de la Constitución General.

En segundo lugar, la Sala determina que la medida es idónea, ya que el prohibir hacer un uso publicitario de los resultados de las investigaciones puede ayudar a proteger los intereses del consumidor, ya que puede evitar que se manipulen los resultados de las investigaciones con un fin comercial.

Sin embargo, la medida no es necesaria en tanto es excesiva. A juicio de la Primera Sala, los fines que la norma pretende se satisfacen al prohibirse la publicidad engañosa de los resultados, es decir, restringiendo que se utilicen de manera incompleta o inexacta, dando lugar al error o confusión. El uso engañoso o malicioso de la información ya está prohibido en el artículo 32 de la Ley Federal de Protección al Consumidor. Por lo anterior se considera que la restricción es más extensiva de lo necesario. La difusión de la información generada por la PROFECO no afecta los intereses de los consumidores; aunado a que aquella publicidad que sí podría dañarlos, ya está prohibida en otro precepto legal.

Así, esta Primera Sala determina que el artículo 44 de la Ley Federal de Protección al Consumidor es inconstitucional, en tanto prohibir que se usen los resultados de las investigaciones de la Procuraduría con fines publicitarios y “no maliciosos”, es una medida que limita el derecho a la libertad de expresión de manera excesiva e innecesaria.

Al haber resultado fundado el recurso de revisión interpuesto por el quejoso, se revoca la sentencia recurrida para el efecto de que el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito inaplique el segundo párrafo del artículo 44 de la Ley Federal de Protección al Consumidor y una vez realizado lo anterior con plenitud de jurisdicción resuelva lo que en derecho proceda.