

[ADR 2244/2014](#)

Resuelto el 11 de marzo de 2015

Resumen:

Protección de los derechos del consumidor en presencia de publicidad engañosa. Forma en que debe atribuirse responsabilidad a un proveedor.

La Primera Sala resolvió por primera vez un asunto que versa sobre la protección de los derechos del consumidor en presencia de publicidad engañosa. La Sala observó 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, se destacó que no corresponde a los consumidores probar fehacientemente que la publicidad difundida por un proveedor es engañosa.

En esta línea, 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.

Criterios del voto concurrente:

No se discrepa con la interpretación de la sentencia porque se comparte la necesidad de establecer a quién corresponde probar que determinada publicidad sea o no engañosa. Sin embargo, se considera 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.

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, el voto considera que el estudio debió de hacerse cargo específicamente de por lo menos tres temas adicionales:

1. El estándar de responsabilidad

Se sostiene que la Primera Sala no debió de haber agotado su labor fijando la carga de la prueba. 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. 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

Se considera 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.

De acuerdo con el artículo 32 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, 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 las 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, era necesario incorporar precisiones adicionales.

- i) *La existencia del mensaje publicitario.* 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.

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

- ii) *Que la publicidad engañosa induzca al error.* También era necesario establecer la manera en que se debe probar que cierta publicidad induce al consumidor al error.

De acuerdo con la jurisprudencia americana, primero se evalúa cuál es el entendimiento que un consumidor tiene, o pudiera formarse a partir de la publicidad – 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.

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

Se estima que la sentencia debió de haber dado cuenta de las presunciones que se autorizan en casos de publicidad engañosa. Es posible presumir que el consumidor ha sufrido un daño a partir de la emisión de un tipo 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.