

**LA PROCURADURÍA  
FEDERAL DEL  
CONSUMIDOR  
Y LA REGULACIÓN.  
UNA RELACIÓN COMPLEJA.**

.....

JOSÉ ROLDÁN XOPA

México 2013

D.R. 2013, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C.  
(CIDAC)

Jaime Balmes No. 11 Edificio D, 2o. piso  
Col. Los Morales Polanco, 11510 México, D.F.

T. +52 (55) 5985 1010

*[www.cidac.org](http://www.cidac.org)*

Diseño por Magdalena Lara Monroy

Usted puede descargar, copiar o imprimir este documento para su propio uso y puede incluir extractos en sus propios documentos, presentaciones, blogs, sitios web y materiales docentes, siempre y cuando se dé el adecuado reconocimiento al autor y CIDAC como fuente de la información.

El documento en formato digital se encuentra disponible en:

<http://www.cidac.org>

<http://reddecompetencia.cidac.org>

“Este documento ha sido posible gracias al apoyo del pueblo de los Estados Unidos a través de la Agencia para el Desarrollo Internacional (USAID). Su contenido es responsabilidad del autor y no refleja necesariamente el punto de vista de USAID o del Gobierno de los Estados Unidos de América.

## ACERCA DEL CIDAC

El Centro de Investigación para el Desarrollo A.C. (CIDAC) es un *think tank* independiente, sin fines de lucro, que realiza investigaciones y presenta propuestas viables para el desarrollo de México en el mediano y largo plazo. Su objetivo es contribuir, mediante propuestas de políticas públicas, al fortalecimiento del Estado de Derecho y a la creación de condiciones que propicien el desarrollo económico y social del país, así como enriquecer la opinión pública y aportar elementos de juicio aprovechables en los procesos de toma de decisión de la sociedad. El CIDAC cuenta con un patronato responsable de la supervisión de la administración del Centro y de la aprobación de las áreas generales de estudio. Sin embargo, las conclusiones de los diversos estudios, así como sus publicaciones, son responsabilidad exclusiva de los profesionales de la institución.

## ACERCA DE LA RED MEXICANA DE COMPETENCIA Y REGULACIÓN

La Red Mexicana de Competencia y Regulación es un proyecto que reúne a destacados profesionales de varias instituciones que comparten su interés por el análisis de las cuestiones de competencia y regulación de la economía mexicana.

**LA PROCURADURÍA FEDERAL  
DEL CONSUMIDOR  
Y LA REGULACIÓN.  
UNA RELACIÓN COMPLEJA**

JOSÉ ROLDÁN XOPA<sup>1</sup>



<sup>1</sup> Profesor Investigador del Centro de Investigación y Docencia Económicas.

---

# 1. RESUMEN EJECUTIVO

Apreciar a la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO) como “regulador” requiere, de manera previa, sustanciar los posibles sentidos de la regulación, o mejor dicho, los diferentes enfoques teóricos sobre la misma. Si bien la PROFECO no ha sido considerada en la literatura especializada como parte de los reguladores tradicionales (usualmente dentro de tal rubro se incluye a órganos como la Comisión Federal de Telecomunicaciones, la Comisión Reguladora de Energía o la Comisión Nacional Bancaria y de Valores), su historia y las funciones asumidas en su evolución así como el modo de su ejercicio, permitirían apreciar unas funciones reguladoras y el sentido en el que se dan. Este ensayo tiene el propósito de exponer una perspectiva que busca destacar la función de la PROFECO en la regulación y las vicisitudes que esta institución ha tenido en su historia para dar paso a nuevas consideraciones respecto de las atribuciones que plantea las ideas contemporáneas de la regulación frente a las fallas de mercado y el derecho de los consumidores.

## THE FEDERAL CONSUMERS’ OFFICE AND REGULATION. A COMPLEX RELATION

Defining the Federal Consumers’ Office (PROFECO) as a regulator requires to support beforehand all the potential directions of the regulation or, to put it in another way, its different theoretical approaches. Even if PROFECO has not been considered in specialized literature as part of the usual regulators (usually, the Federal Commission of Telecommunications, the Regulatory Energy Commission or the National Banking and Securities Commission are included within that branch), its history and functions assumed in its evolution as well as its performance, would allow to appreciate regulating functions and their purpose. This essay aims to expose a perspective that looks to highlight PROFECO’s role in regulation and the vicissitudes that the institution has to endure in its history in order to pave the way for new considerations regarding the attributions that sets the contemporary ideas of regulations in the face of the market’s **faults and the consumers’ rights**.

## 2. ANTECEDENTES Y CONTEXTO ACTUAL

Como paso previo y además necesario para el análisis, conviene ubicar el origen y la evolución de la PROFECO. A diferencia de los nuevos órganos reguladores, ligados a una política

económica de retracción del Estado en la economía, de liberalización de sectores iniciada en la década de los 80 y profundizada en los 90, aquella surge en 1976<sup>2</sup> en pleno auge del modelo proteccionista. De esta suerte su origen difiere, al menos en una explicación contemporánea, con el tipo o concepción de Estado en el que se ubica a los reguladores: el llamado “Estado regulador”. La Ley de 1976 y sus primeras reformas centran su objeto en las atribuciones para vigilar la regulación de precios y de sistemas de comercialización. Es hasta 1989 que se establece la posibilidad de recibir denuncias por violación de precios. Debe tenerse presente que en dicho periodo se da el fin del sexenio de López Portillo, la crisis petrolera, la devaluación, la expropiación de la banca y, con la llegada de Miguel de la Madrid, el control de cambios, las medidas de control de hiperinflación, los pactos para la estabilidad económica. De esta suerte, la protección al consumidor puede explicarse más como un instrumento de control y de disciplina de la economía que de garantía de los derechos de los consumidores.

Posteriormente en 1992, ya en el gobierno de Salinas, se deroga la ley anterior, que a su vez es reformada en 1993, 1994, 1996, 1998, 2000, 2004 (la de mayor impacto), 2006, 2009, 2010, 2011 y 2012. Es esta generación de reformas la que correspondería al periodo en el que se instrumenta la desregulación inicialmente, seguida de la mejora regulatoria y el emparejamiento con los nuevos órganos reguladores.

La forma en la que se dio la configuración institucional es también la que explicará el abordamiento de la PROFECO en el contexto regulatorio. Se crearon y desarrollaron por una parte los órganos reguladores sectoriales como la Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL) o la Comisión Reguladora de Energía (CRE), y los transversales como la Comisión Federal de Competencia (CFC), en cuya lógica el “consumidor” es el destinatario final de su mandato y de su buen desempeño, pero es más bien “categoría” en el análisis y en la decisión (un argumento), más que un actor en los procesos jurídicos. A diferencia de los anteriores, en los cuales el “consumidor” es un destinatario mediato, la PROFECO tiene en el “consumidor” su eje de articulación funcional. La regulación del consumidor articula tanto funciones institucionales como roles en las relaciones proveedor / consumidor, que van de regulaciones heterónomas (por ejemplo, en materia de publicidad) cuyas funciones coinciden con las de un regulador típico, o funciones de tutela (revisión ex ante de contratos de adhesión), de autoridad (facultades de verificación), de árbitro (resolución de conflictos en relaciones de consumo), o de abogado (legitimado para promover acciones colectivas).

En la diversidad de funciones de la PROFECO, el “consumidor” es tanto la categoría económica que se configura como un ámbito personal de validez y a la vez como una clase o grupo identificable al que se le asigna un rol en la economía (cuando se dice, por ejemplo, que es el beneficiario de una economía eficiente); así como un sujeto de derechos (en particular derechos sociales) al que se le trata tutelarmente (paternalismo jurídico) y que también es un “agente” que cuenta con acciones procesales individual o colectivamente, en vía administrativa o judicial. En este último terreno, el consumidor deja de ser solamente una categoría analítica y adquiere una función de “agente”, pasa de ser un argumento a ser un argumentador.

En esta última apreciación, la evolución de la legislación y de los roles de los consumi-

<sup>2</sup> Publicada el 22 de diciembre de 1975 y que entraría en vigor el 5 de febrero del año siguiente.

dores van acompañados de una mayor capacidad de interlocución del movimiento de consumidores<sup>3</sup>. Un claro ejemplo del proceso es la reforma en materia de acciones colectivas. Ésta no se puede explicar sin el movimiento pro consumidor. Es una iniciativa que se origina socialmente aun cuando en su expresión final fue moderada por los grupos empresariales de interés económico. Con esta reforma se avanza en descentralizar las acciones colectivas (antes de exclusividad de la PROFECO) y se abren las posibilidades de vías de generación de derecho, en particular por la vía jurisprudencial, que -no sin dificultades- puede potenciarse con las reformas recientes en materia de amparo y de derechos humanos<sup>4</sup>. La posibilidad de considerar a los derechos de los consumidores en sus expresiones de derechos colectivos o difusos y la ampliación de la defensa procesal mediante acciones colectivas e interés legítimo, así como la adopción de estándares internacionales de derechos humanos, son las incipientes herramientas que potencialmente pueden desarrollar las capacidades de agencia de los consumidores.

En una conclusión preliminar, que a la vez es un punto de partida, el estudio de la PROFECO y la regulación tiene una doble vía analítica: la primera tiene que considerar a la regulación, entendida en sentido amplio, como las orientaciones de conducta que, a partir de ciertas definiciones de política pública –una lógica constructivista implícita o explícita- tengan el propósito de definir relaciones jurídicas (y, por tanto, ciertas relaciones económicas) entre proveedores y consumidores; la segunda se desarrolla en un lenguaje de derechos, en el que la lógica es fundamentalmente reivindicatoria, en la que “el consumidor” no es ya un rol construido heterónomamente, sino a partir de su propio discurso y acción jurídica. En la regulación, es el poder el generador de nuevas reglas y de orientaciones dirigidas a los agentes económicos y a los consumidores; es una acción “conformadora” desde los centros de poder; desde la perspectiva de los derechos, es el consumidor el actor de las nuevas relaciones a partir de sus acciones jurídicas, su capacidad para activar la inaplicación de normas, generar nuevas interpretaciones, participar en la producción de nueva jurisprudencia.

En el proceso descrito sumariamente, las funciones institucionales de la PROFECO se desarrollan en un contexto que tiende a ser más complejo. Por una parte, desarrolla sus facultades normando ex ante relaciones de consumo (publicidad y contratos de adhesión, p. ej.) en ámbitos en los que otros órganos de la administración (Comisión para la Prevención de Riesgos Sanitarios –COFEPRIS-, Secretarías de Estado) o bien, organismos constitucionales autónomos como el recientemente creado Instituto Federal de Telecomunicaciones, despliegan atribuciones normativas que pueden resultar coincidentes (p. ej., publicidad). Por otra parte, actúa ex post a la relación de consumo, sea vigilando la regularidad con las normas de orden público mediante sus facultades de verificación (de la publicidad, etiquetado, observancia de las Normas Oficiales Mexicanas), así como de la regularidad de los actos de consumo sea con el contrato o con la normatividad subsidiaria o imperativa (respeto a las condiciones establecidas en los contratos, calidad, seguridad, garantía, etc.). En la actuación ex post, sea como autoridad administrativa, o bien en su calidad de abogado de la clase, el

<sup>3</sup> García Sais [2012: 25] expone su participación, junto con otros entonces académicos del ITAM (Alberto Benítez) y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (Eduardo Ferrer), así como de Antonio Gidi, del Magistrado Jean Claude Tron y de Mariana Benítez, en las propuestas de reforma constitucional y legal. Dichas iniciativas fueron posibles en el marco de un movimiento que se generó con la convocatoria del Departamento de Derecho del ITAM entonces a mi cargo, la PROFECO y Alconsumidor, A. C.

<sup>4</sup> Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 6 y el 10 de junio de 2011.

ejercicio de facultades coincide con otros órganos tales como la Comisión Federal de Prevención de Riesgos sanitarios (COFEPRIS), la CFCE y probablemente con el reciente IFETEL.<sup>5</sup>

El diseño institucional mexicano, distinto al de los países en los cuales la competencia y la protección al consumidor se conjuntan en una sola agencia<sup>6</sup>, tiene que verse en una doble lógica que no necesariamente converge: la de regulación y la de protección a los derechos, que a su vez están, en lo fundamental, asignados a diversos órganos. A lo anterior se agrega la creciente producción jurisdiccional tanto en materia de competencia y regulación sectorial, en la cual, es necesario resaltarlo, participan los agentes económicos que en las relaciones de consumo son los proveedores. Los consumidores tienen una presencia fantasmal (esto es, están presentes en la argumentación, pero no en los procedimientos). En el caso de los consumidores, la producción de las interpretaciones de los tribunales es ya abundante, y los consumidores tienen una presencia activa en el procedimiento.<sup>7</sup>

## 3. LOS SENTIDOS DE LA REGULACIÓN

Que el presente sea un análisis de la regulación y su relación con una institución pública supone ciertas concepciones implícitas en los conceptos y en las concepciones de la decisión de los agentes económicos y de las funciones que es necesario explicitar. El concepto “regulación” que aquí se emplea es el que se origina de la teoría económica y que en el sentido de Mitnick, B. (1989: 40) se entiende como “la restricción intencional de la elección de la actividad de un sujeto por una entidad que no es parte directa ni está involucrada en dicha actividad”. La idea anterior no es solamente descriptiva sino que supone una valoración de que, en principio, la decisión debe realizarse en libertad<sup>8</sup>, de foma que, en la conocidísima frase de Adam Smith, la mano invisible haga el resto. De la base anterior, se desprende una idea que alcanza un grado de convicción, no solamente para justificar económicamente las intervenciones, sino también para justificar y validar jurídicamente las restricciones a los derechos.

Así pues, en el ámbito de la teoría, las regulaciones (restricciones a la libertad de elección) se justifican si se presentan fallos de mercado (asimetrías de información, bienes públicos, externalidades, monopolios). En el ámbito del derecho, las intervenciones administrativas o,

<sup>5</sup> Con la COFEPRIS coincide su facultad de verificación de NOM´s, con los dos reguladores mencionados, la facultad de ejercer acciones colectivas. Lo anterior se debe a que con la reciente reforma constitucional en materia de competencia económica y telecomunicaciones (publicadas el 11 de junio de 2013), aquellas atribuciones que residían en la CFC para conocer de cuestiones en materia de competencia en el sector de telecomunicaciones se trasladan al nuevo IFETEL, lo que supondría que entre ellas estaría la de ejercer acciones colectivas

<sup>6</sup> En Latinoamérica se tiene este diseño en Perú (Instituto de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual). Véase [http://www.indecopi.gob.pe/0/home\\_proteccion\\_consumidor.aspx?PFL=8](http://www.indecopi.gob.pe/0/home_proteccion_consumidor.aspx?PFL=8) ; o en Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio <http://www.sic.gov.co/es/web/guest/inicio>

<sup>7</sup> Un extraordinario texto que sistematiza desde su origen hasta 2012 la jurisprudencia emitida por los tribunales federales es el de García S., F. [2012].

<sup>8</sup> En particular, la economía neoclásica parte del individualismo metodológico que postula que es el individuo quien está en posición de tomar la mejor elección en su interés. Las ideas más extremas que defienden la libertad individual pueden localizarse en Nozick, F. y Hayek, F. A.



dicho de otra manera, las normas de orden público, se presentan como restricciones o cargas a las personas que imponen limitaciones a la libertad de contratación (aprobación previa de cláusulas de adhesión), cargas u obligaciones de informar al consumidor, ámbitos irrenunciables, medidas de protección de la seguridad, la salud o el medio ambiente, obligaciones en el etiquetado, límites a los precios, etc. Tales restricciones deben justificarse para satisfacer el estándar de constitucionalidad; la restricción de las libertades debe ser proporcional al objetivo social que se busca.

En el lenguaje del derecho, es el “interés público”<sup>9</sup> la base para desarrollar regulaciones, entendidas ahora como normas generales o actos que individualizan restricciones o modificaciones de conducta. Esto significa, dice Betancor, que debe existir una razón de interés general cualificado que justifique las regulaciones y que las restricciones admiten diversos grados, para lo cual debe efectuarse un análisis de la razonabilidad de la restricción.<sup>10</sup> Consecuentemente, el derecho funge como una técnica para el tratamiento de problemas sociales, es decir, de la política pública. La definición del problema social se puede dar como una falla de mercado, donde la intervención del Estado es correctiva, o bien como una acción constructivista, en la cual hay una intención deliberada de reconformación de estructuras económicas, o según orientaciones ideológicas o políticas.

El tránsito de una solución regulatoria a una decisión de política pública se convierte en una cuestión institucional en el sentido de North, es decir, no es solamente una cuestión de reglas formalmente válidas sino de reglas del juego que dan forma a la interacción humana y que reducen la incertidumbre en la medida en que son efectivamente operantes. En tal idea, la eficacia de las regulaciones tiene como condición necesaria la solidez de las instituciones y del Estado.<sup>11</sup> La calidad de las instituciones y su eficacia son determinantes para el desarrollo económico. En países económicos con debilidades institucionales como México, es aplicable lo afirmado por North en el sentido de que los empresarios y los políticos tienden a crear monopolios en vez de condiciones de competencia y restringen oportunidades en vez de acrecentarlas; de esta forma son más eficientes para hacer a la sociedad más improductiva y a la estructura institucional mucho menos apropiada para la actividad productiva (1993: 21).

En atención a lo expresado, el examen del diseño institucional tendrá que atender a cuestiones cualitativas, cuál es la racionalidad de las mismas y cuál es la efectividad o, dicho de otra forma, las capacidades institucionales, para hacer de las regulaciones incentivos o desincentivos de conductas verificables. Para ordenar el análisis se tomará como eje del análisis a la PROFECO como organización y posteriormente se agruparán sus facultades o competencias teniendo como criterio inicial la distinción entre funciones de: i) normación general o participación en ella; ii) autoridad administrativa actuando ex ante o ex post a los actos de consumo; y iii) de abogacía de los consumidores.

<sup>9</sup> He tratado con mayor amplitud el concepto de interés público en Roldán, J. (2008: 294-304).

<sup>10</sup> Cfr. Betancor, A. (2009: 59).

<sup>11</sup> El análisis de las instituciones tiene el mérito de destacar la importancia del buen desempeño de las instituciones como condición de eficacia de la regulación y del desempeño económico. Tanto la literatura que analiza el desarrollo en deficiencias institucionales: “instituciones extractivas” para citar el texto de moda *Why nations fail* de Acemoglu, D. y Robinson, J. (2012: 637). En sentido similar, Rodrik y Subramanian (2003: 31) destacan la relevancia del rule of law para generar, regular, estabilizar y legitimizar el mercado.

## 4. LA PROFECO COMO ORGANIZACIÓN

La PROFECO es un organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio<sup>12</sup>, sectorizado a la Secretaría de Economía. Su titular es un Procurador designado y removido libremente por el Presidente de la República<sup>13</sup>.

Las características anotadas son relevantes para la caracterización funcional. La relación de la PROFECO con la Secretaría de Economía define los roles institucionales de cada uno de tales órganos: corresponde a la Secretaría la definición de la política de protección al consumidor, a la Procuraduría su seguimiento y ejecución. La asignación de tales funciones debe ser apreciada en el contexto en el que a la Secretaría se le asignan también otras, entre las que se encuentran fomentar la industria, el comercio y la inversión extranjera<sup>14</sup>. Los diversos mandatos de proteger a los consumidores, por una parte, y las funciones de fomento y de atracción de la inversión, por otra, son funciones que pueden generar cierta tensión ya que se colocan en extremos que pueden ser contradictorios. Si además existen grupos de presión que tensan la relación, la autoridad puede decidir sacrificando a alguna de las partes, según sus definiciones políticas o las condiciones de la coyuntura. Si los mandos políticos definen priorizar la atracción de la inversión, las restricciones que plantean los derechos de los consumidores o el interés público pueden ser disminuidos o incluso sacrificados.

El carácter de organismo público descentralizado supone autonomía de decisión; sin embargo, tal autonomía orgánica no cuenta con todos las garantías para una autonomía de decisión, en particular porque su titular es de libre nombramiento y remoción. Lo anterior prioriza que la designación atienda fundamentalmente a razones políticas lo que lleva a que la dirección, el desempeño y la autonomía de los mandos de la Secretaría sea circunstancial. La posición institucional (en el sentido organizacional) de la PROFECO contrasta con la que hasta antes de la reforma de 2013 tenía la CFC, cuyo mandato igualmente entraba en tensión con el de la Secretaría de Economía. Su estatuto de órgano desconcentrado, en apariencia de menor autonomía, se refuerza extraordinariamente con los nombramientos transexenales, por periodos fijos y escalonados.<sup>15</sup> Se encuentra, por tanto, una asimetría institucional.

El desarrollo de las funciones está condicionado por las atribuciones de la ley. En términos formales ésta precisa el rol institucional ya que las atribuciones o facultades son apoderamientos que posibilitan la influencia u orientación de las conductas (regulaciones en sentido jurídico). Si bien del conjunto de atribuciones puede abstraerse los propósitos de la acción estatal (las políticas públicas implícitas), la presencia de otras piezas jurídicas tales como las normas de principios o de fines permite configurar de mejor forma los horizontes de la regulación y de la política pública.

<sup>12</sup> Artículo 20 de la LFPC.

<sup>13</sup> Artículo 28 de la LFPC.

<sup>14</sup> Fracciones XX a XXIV del artículo 34 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

<sup>15</sup> Alejandro Faya [2010:32], destaca la relevancia de la relación fiduciaria más que la de agente-principal, para construir una presencia institucional sólida y no sujeta a las vicisitudes de la política.

Los principios básicos en las relaciones de consumo a que se refiere la LFPC dan un primer acercamiento de las guías de acción pública:

- Información adecuada y clara a los consumidores.
- Educación a los consumidores.
- Protección contra información engañosa y cláusulas abusivas.
- Reparación de daños patrimoniales.
- Cumplimiento de los contratos.
- Protección frente a riesgos.
- Protección de sectores vulnerables de la población (menores de edad, indígenas, ancianos y personas con discapacidad).

Las líneas de acción derivadas de los principios dan una idea del tipo de pieza que forma la función de la PROFECO en el arco más amplio de la regulación del mercado y las políticas públicas en materia económica.

Así pues, i) la información asimétrica como fallo del mercado tiene relación con las acciones para informar a los consumidores, protegerlos de información engañosa y la educación para el consumo; ii) las externalidades pueden relacionarse con la prevención frente a riesgos o la protección de sectores vulnerables; y iii) la fortaleza institucional y el respeto a la ley se relacionan con el cumplimiento de los contratos y la reparación de daños patrimoniales.

Los principios perfilan acciones frente a la asimetría de la información entre proveedores y consumidores, pero no se restringen a ella: las acciones frente a la publicidad engañosa, de prevención de cláusulas abusivas y de protección de sectores vulnerables, transitan en una dirección de acciones de tutela (o si se prefiere de un cierto paternalismo). El despliegue de facultades (verificación, medidas precautorias y sanciones), frente al incumplimiento de contratos, de prevención de daños o de actuación frente a riesgos, pone en juego las capacidades de garantizar el respeto a la ley y la disuasión de futuras infracciones.

El conjunto de atribuciones concreta la específica concepción social que se tiene de la función del Estado en la economía, y en contrapartida a sus facultades / obligaciones se configura el ámbito de los derechos. En este último terreno, la acción estatal tiene también un entendimiento del consumidor; la actuación frente a asimetrías de la información plantea, como acción pública, que se provea al mercado información veraz para que tome mejores decisiones. No obstante, la actuación frente a la publicidad engañosa conduce a la línea fina de cuáles son los límites de justificación de acción estatal o bien de una acción paternalista y si es o no justificada y hasta qué grado. ¿Qué tipo de consumidor se representa la ley y la acción pública? Sobre esta cuestión los extremos se dan entre la “representación” de un consumidor inteligente con capacidades de decisión y de “agencia”, al de un consumidor que requiere de tutela dada su particular situación de vulnerabilidad. El apoderamiento de los consumidores se encuentra en la ruta del tipo de información y de educación que se le provea, pero también en las formas de apoderamiento jurídico, sea en las condiciones para su organización o en el de los instrumentos procesales: los medios de acción administrativa ante la propia PROFECO o ante otros órganos reguladores así como la posibilidad de las acciones colectivas. La acción colectiva es la forma de apoderamiento de mayor magnitud (todavía con severas limitaciones para su efectividad).

Para profundizar en el desarrollo de las cuestiones anotadas anteriormente se ordenará la exposición agrupando las facultades de la PROFECO en los siguientes rubros: a) atribuciones normativas y de participación en la ordenación general; b) atribuciones como autoridad administrativa; c) atribuciones en materia de arbitraje, y d) atribuciones en materia de abogacía.

## 5. ATRIBUCIONES NORMATIVAS Y DE PARTICIPACIÓN EN LA ORDENACIÓN GENERAL

La PROFECO tiene, por conducto de su titular<sup>16</sup>, la atribución de emitir lineamientos, criterios y demás normas administrativas generales para el ejercicio de las facultades que le establece la Ley.

Entre las disposiciones emitidas bajo esta potestad se encuentran:

- Disposiciones de carácter general a que se refiere la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros en materia de contratos de adhesión, publicidad, estados de cuenta y comprobantes de operación emitidos por entidades comerciales, publicado el 27 de mayo de 2008, y sus reformas publicadas el 6 de abril de 2011.
- Acuerdo por el que se dan a conocer los modelos de contratos de adhesión en materia inmobiliaria, publicados el 24 de noviembre de 2004.
- Acuerdo por el que se establecen los Lineamientos de información y publicidad comparativa en materia de precios de bienes, productos o servicios, publicado el 19 de octubre de 2009<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Artículo 27, fracción XI, de la LFPC.

<sup>17</sup> De acuerdo a los Lineamientos sobre información y publicidad, la inspección comprenderá:

“DECIMO. La Procuraduría vigilará que la publicidad o información de los bienes, productos o servicios que se difunda sea veraz, comprobable y exenta de textos, diálogos, sonidos, imágenes, marcas, denominaciones de origen y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión, de conformidad con el artículo 32 de la Ley. Entre otros aspectos, la Procuraduría, en el ejercicio de sus atribuciones en materia de publicidad, verificará que:

I. La información contenida y los efectos o beneficios señalados sobre los bienes, productos o servicios publicitados sean comprobables;

II. Las afirmaciones objetivas sean comprobables;

III. Las afirmaciones que refieran que los beneficios derivados de la compra, uso o consumo del bien, producto o servicio se obtendrán de forma inmediata o en un periodo determinado, cuenten con sustentos técnicos o científicos que puedan probarlo;

IV. Se evite utilizar términos categóricos o superlativos que induzcan al error o confusión a los consumidores respecto al desempeño, características o condiciones del bien, servicio o producto anunciado. Se entenderá por término categórico aquello que se afirme o se niegue de forma absoluta. Cuando al utilizar estos términos, se utilicen adicionalmente afirmaciones objetivas, o se haga referencia a estudios, muestras y/o pruebas, dicha información deberá ser comprobable;

VI. Se abstenga de realizar comparaciones entre bienes, productos o servicios que induzcan al error o confusión a los consumidores por no ser comprobables o carecer de objetividad. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en los lineamientos sobre publicidad comparativa en materia de precios emitidos por la Procuraduría, y

VII. No se utilicen los resultados de las investigaciones, encuestas y monitoreos publicados por la Procuraduría con fines publicitarios o comerciales en términos del artículo 44 de la Ley.

DECIMO PRIMERO. En el análisis y verificación de la publicidad, la Procuraduría vigilará que la información relativa a los diferentes bienes, productos o servicios; sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones legales o administrativas de carácter general en materia de información comercial, no induzca al error o confusión respecto de:

Las características, naturaleza, composición, fecha de fabricación, riesgos y manejo del producto, bien o servicio; [...].”

Las acciones que puede tomar la PROFECO son medidas precautorias, correctivas y sancionatorias.

· El Acuerdo por el que se establecen los Lineamientos para el análisis y verificación de la información y publicidad, publicados el 24 agosto de 2012.

Las disposiciones generales aludidas contienen reglas que se dirigen fundamentalmente a:

- A) Las características de la información que mediante la publicidad se dirige a los consumidores y, a la vez, se desarrolla la competencia entre agentes económicos.
- B) Restricciones a los contratos en determinadas materias (por ejemplo, servicios financieros e inmobiliarios).

En cuanto a la información como publicidad, los lineamientos establecen las condiciones de objetividad que debe satisfacer la información de los bienes o productos; así, por una parte se define lo que se considera como información, así como los elementos positivos de la misma. La información se define como: “[...] la descripción de las características, composición, cantidad, calidad, funciones y precio de los bienes, productos o servicios”. Como elemento positivo, la información debe contener “afirmaciones objetivas, aquéllas que son susceptibles de ser medibles”. Como elemento negativo, que “se evite utilizar términos categóricos o superlativos que induzcan al error o confusión a los consumidores respecto al desempeño, características o condiciones del bien, servicio o producto anunciado. Se entenderá por término categórico aquello que se afirme o se niegue de forma absoluta. Cuando al utilizar estos términos, se utilicen adicionalmente afirmaciones objetivas, o se haga referencia a estudios, muestras y/o pruebas, dicha información deberá ser comprobable”.

Por otra parte, en la verificación de las obligaciones de los proveedores se deberán considerar las condiciones de la población a la que se dirige la información, en especial la población vulnerable como niños, ancianos y enfermos. En estos casos, la PROFECO deberá vigilar y certificar que la publicidad:

- I. Tome en consideración la inexperiencia, credulidad o confianza de sus destinatarios;
- II. No se aproveche de las características propias de su condición, entre otras, las psicológicas o emocionales;
- III. Evite mensajes que alienten el uso peligroso o inadecuado del bien, producto o servicio anunciado, especialmente en aquellos casos en que tales mensajes puedan ser fácilmente reproducidos, y
- IV. Utilice un lenguaje sencillo, claro y en su caso, legible; así como elementos visuales y símbolos que sean comprensibles.

En el caso de la publicidad comparativa, los lineamientos establecen las condiciones que deben reunir los productos comparados, así como la objetividad y certeza en la información (comprobantes de precios, recibos, documentos públicos), así como las salvaguardas de la información o publicidad (advertencia de que los precios pudieron haber cambiado).

Las restricciones y condiciones a la información que deben acatar los proveedores, suponen que las mismas se justifican dada la asimetría en la información. Lo anterior ha sido explicitado en la interpretación jurisprudencial. Dice una tesis aislada que “para lograr la finalidad de restauración del equilibrio entre el banco (predisponente y proveedor) y el tarjetahabiente (adherente y consumidor), es de suma importancia asegurar el conocimiento real y efectivo del contenido de las operaciones bancarias con el objeto de reequilibrar los

problemas de asimetría informativa existentes”<sup>18</sup>.

Ante la asimetría, y por tanto la desigualdad, desde una perspectiva económica se justificaría una intervención por la falla de mercado y, desde la perspectiva de los derechos, ante la debilidad de una de las partes se justificaría una acción tutelar para su equidad en la relación jurídica.

A partir de la base anterior, la intensidad de la intervención es una cuestión más delicada. Al respecto, la legislación rompe el supuesto de que todo consumidor es igual al distinguir consumidores que se encuentran en condiciones de especial vulnerabilidad (explícitamente, menores, ancianos, personas con discapacidad e indígenas).

En general, la información debe ser suficiente, veraz y objetiva<sup>19</sup>; por el contrario, no debe ser engañosa. El horizonte de una información de tal tipo es, en términos de la LFPC “fomentar permanentemente una cultura de consumo responsable e inteligente, entendido como aquél que implica un consumo consciente, informado, crítico, saludable, sustentable, solidario y activo, a fin de que los consumidores estén en la posibilidad de realizar una buena toma de decisiones, suficientemente informada, respecto del consumo de bienes y servicios, los efectos de sus actos de consumo, y los derechos que los asisten.”<sup>20</sup>

Con tal propósito la información o publicidad deberán ser veraces, comprobables y exentos de textos, diálogos, sonidos, imágenes, marcas, denominaciones de origen y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión por engañosas o abusivas. La ley define 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.”<sup>21</sup>

La información de productos importados expresará su lugar de origen y, en su caso, los lugares donde puedan repararse, así como las instrucciones para su uso y las garantías correspondientes, en los términos señalados por esta ley. Los datos que ostenten los productos o sus etiquetas, envases y empaques y la publicidad respectiva, se expresarán en idioma español y su precio en moneda nacional, pudiendo además, expresarse en otro idioma u otro sistema de medida.

Los precedentes jurisdiccionales han considerado que expresiones como “se aplican restricciones”, resulta engañosa ya que no precisa en qué consisten, genera confusión e induce al error.<sup>22</sup>

En cuanto a las restricciones a la libertad contractual, la justificación de las restricciones se ha construido por el lado de los derechos sociales. Al respecto, se ha dado una combinación entre los diseños legislativos y jurisprudenciales.

Las características del derecho del consumidor que justifican las intervenciones en la

<sup>18</sup> [T.A.], Novena Época, Pleno, Registro 177510, Materia Constitucional Administrativa, SJF y su Gaceta, Tomo XXII, agosto de 2005, Tesis P. XLIV/2005, p. 22.

<sup>19</sup> Artículo 7.- Todo proveedor está obligado a informar y respetar los precios, tarifas, garantías, cantidades, calidades, medidas, intereses, cargos, términos, plazos, fechas, modalidades, reservaciones y demás condiciones conforme a las cuales se hubiera ofrecido, obligado o convenido con el consumidor la entrega del bien o prestación del servicio, y bajo ninguna circunstancia serán negados estos bienes o servicios a persona alguna.

<sup>20</sup> Artículo 8 bis.

<sup>21</sup> Artículo 32.

<sup>22</sup> [T. A.] Novena Época, 4º. TCC Primer Circuito, Registro 163763 Materia administrativa, SJF y su Gaceta, Tomo XXXII, septiembre de 2010, tesis I.4º.A.720 A, p. 1360.

aprobación *ex ante* de los contratos de adhesión, así como en restricciones contractuales no disponibles por la voluntad de las partes, son las siguientes:

- El derecho del consumidor es de orden público e interés social, por tanto, sus disposiciones son irrenunciables. Lo anterior provoca una extracción de las relaciones contractuales del consumo a los marcos civiles o mercantiles de la “autonomía de la voluntad”<sup>23</sup>.
- El derecho de los consumidores es un derecho social, lo que implica la aplicación de reglas de equidad, más que de igualdad formal.<sup>24</sup>

La LFPC define como contrato de adhesión “el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato”. Deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista y en un tamaño y tipo de letra uniforme. No podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de dicha ley.

Mediante normas oficiales mexicanas, la Secretaría de Economía podrá sujetar contratos de adhesión a registro previo ante la Procuraduría cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas, obligaciones inequitativas o abusivas, o altas probabilidades de incumplimiento.

Si existe diferencia entre el texto de un contrato concreto y el contrato de adhesión registrado ante la PROFECO, el primero se tendrá por no puesto.<sup>25</sup> Así, la limitación a la voluntad contractual tiene expresión en cláusulas no válidas que se tendrán por no puestas cuando:

- I. Permitan al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones;
- II. Liberen al proveedor de su responsabilidad civil, excepto cuando el consumidor incumpla el contrato;
- III. Trasladen al consumidor o a un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad civil del proveedor;
- IV. Prevengan términos de prescripción inferiores a los legales;
- V. Prescriban el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan contra el proveedor;
- VI. Obligen al consumidor a renunciar a la ley o a la jurisdicción.<sup>26</sup>

La LFPC establece que los contratos que deban registrarse conforme a esta ley, las normas oficiales mexicanas y demás disposiciones aplicables, y no se registren, así como aquéllos cuyo registro sea negado por la Procuraduría, no producirán efectos contra el consumidor.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Artículo 1 de la LFPC, que ha sido respaldado jurisprudencialmente en la Jurisprudencia, Novena Época, Primera Sala, Registro 177526, Materia Constitucional Administrativa, SJF y su Gaceta, Tomo XXII, agosto de 2005.

<sup>24</sup> Jurisprudencias, Novena Época, TCC Primer Circuito, Registro 913515, Materia Civil, SJF y su Gaceta, Tomo IV, agosto de 1996, Tesis, I, 4<sup>o</sup>. C J/8, p. 523.

<sup>25</sup> Artículo 86 Quáter.

<sup>26</sup> Artículo 86.

<sup>27</sup> Artículo 87.

Además de las atribuciones expresas en las cuales la PROFECO emite regulaciones directas, este organismo participa en los procesos de creación de otras normas generales, específicamente de las reglas técnicas emitidas como Normas Oficiales Mexicanas previstas en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización<sup>28</sup>.

Una NOM es [...] la regulación técnica de observancia obligatoria expedida por las dependencias competentes, conforme a las finalidades establecidas en el artículo 40, que establece reglas, especificaciones, atributos, directrices, características o prescripciones aplicables a un producto, proceso, instalación, sistema, actividad, servicio o método de producción u operación, así como aquéllas relativas a terminología, simbología, embalaje, marcado o etiquetado y las que se refieran a su cumplimiento o aplicación.<sup>29</sup>

La NOM es una forma de ejercicio de la potestad regulatoria. Con el propósito de destacar la relevancia de estas normas y la participación que en su creación tiene la PROFECO, es preciso exponer algunos aspectos de su procedimiento de creación. La Ley Federal sobre Metrología y Normalización desarrolla un procedimiento en el que intervienen diversos órganos de la administración pública (la PROFECO, ente ellos) y quienes tengan interés en la materia regulada. Algunas etapas son obligatoriamente publicadas en el Diario Oficial y sometidas a consulta pública.

El procedimiento está a cargo de las dependencias de la administración pública, quienes elaboran el anteproyecto de NOM, lo someten a un Comité Consultivo y posteriormente expiden la norma.

El Comité Consultivo está integrado por personal técnico de las dependencias competentes, según la materia que corresponda al comité, organizaciones de industriales, prestadores de servicios, comerciantes, productores agropecuarios, forestales o pesqueros, centros de investigación científica o tecnológica, colegios de profesionales y consumidores, y elabora el proyecto de NOM con base en el anteproyecto de la dependencia, formula observaciones al mismo y publica la NOM si ha sido expedida por varias dependencias.

Las características de los órganos y del procedimiento de creación de las NOM son las

<sup>28</sup> La Secretaría de Economía, según el artículo 17 de la LFPC, está facultada para expedir normas oficiales mexicanas y normas mexicanas respecto de:

- I. Productos que deban expresar los elementos, sustancias o ingredientes de que estén elaborados o integrados así como sus propiedades, características, fecha de caducidad, contenido neto y peso ó masa drenados, y demás datos relevantes en los envases, empaques, envolturas, etiquetas o publicidad, que incluyan los términos y condiciones de los instructivos y advertencias para su uso ordinario y conservación;
- II. La tolerancia admitida en lo referente a peso y contenido de los productos ofrecidos en envases o empaques, así como lo relativo a distribución y manejo de gas L. P.;
- III. La forma y términos en que deberá incorporarse la información obligatoria correspondiente en los productos a que se refieren las fracciones anteriores;
- IV. Los requisitos de información a que se someterán las garantías de los productos y servicios, salvo que estén sujetos a la inspección o vigilancia de otra dependencia de la administración pública federal, en cuyo caso ésta ejercerá la presente atribución;
- V. Los requisitos que deberán cumplir los sistemas y prácticas de comercialización de bienes;
- VI. Los productos que deberán observar requisitos especiales para ostentar el precio de venta al público de los productos, cualesquiera que éstos sean, en sus envases, empaques o envolturas o mediante letreros colocados en el lugar donde se encuentren para su expendio, donde se anuncien u ofrezcan al público, así como la forma en que deberán ostentarse;
- VII. Los términos y condiciones a que deberán ajustarse los modelos de contratos de adhesión que requieran de inscripción en los términos de esta ley;
- VIII. Características de productos, procesos, métodos, sistemas o prácticas industriales, comerciales o de servicios que requieran ser normalizados de conformidad con otras disposiciones; y
- IX. Los demás que establezcan esta ley y otros ordenamientos.

<sup>29</sup> Artículo 3, fracción XI.



siguientes: la presencia en su origen de una norma con intención proveniente de la administración, la confusión en el comité de funciones “consultivas” y funciones de decisión (formación y aprobación de la NOM), la participación en el comité de sujetos con intereses que tiende a borrar el papel del regulador y de los regulados, lo que afecta la imparcialidad y objetividad de la decisión, una doble posibilidad de participación de los interesados en la decisión y en la consulta, una participación parcial de los interesados en la instancia de decisión, una aprobación que la valide por parte de la secretaría sin facultad material de decisión.

En tal contexto, la integración del Comité Consultivo tiene una escasa participación de los consumidores. La falta de organización entre los consumidores impide una representación de este sector, así como una mayor relevancia de sus intereses en el proceso regulatorio. La representación de los consumidores en muchos de los casos solamente es institucional y se confía a la PROFECO.

Independientemente de la subrepresentación de los consumidores, el procedimiento de creación de NOM es propicio a fenómenos de captura regulatoria por los grupos empresariales o de proveedores.

## 6. ATRIBUCIONES COMO AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

La PROFECO actúa como autoridad administrativa ejerciendo diversas facultades por medio de las cuales despliega funciones de prevención, de corrección o de sanción.

### A) Funciones de vigilancia y verificación.

Se asigna a la PROFECO la competencia para vigilar y verificar el cumplimiento de la LFPC así como de otras leyes (en materia de metrología y normalización<sup>30</sup>, así como de transparencia e información de servicios financieros, de precios máximos<sup>31</sup>, por ejemplo).

**ARTÍCULO 8.-** La Procuraduría verificará que se respeten los precios máximos establecidos en términos de la Ley Federal de Competencia Económica, así como los precios y tarifas que conforme a lo dispuesto por otras disposiciones sean determinados por las autoridades competentes.

### B) Aplicación de medidas precautorias.

La LFPC<sup>32</sup> faculta para actuar frente a condiciones de riesgo de irregularidad:

I. Inmovilización de envases, bienes, productos y transportes;

II. Aseguramiento de bienes o productos en términos de lo dispuesto por el artículo 98

TER de la propia Ley;

<sup>30</sup> Artículo 24 de la LFPC.

<sup>31</sup> Resulta llamativa la exclusión que la Ley para el Fomento de la Lectura y el Libro, que establece el precio único del libro, hizo de la PROFECO como instancia de verificación y tratamiento de violaciones a dicho precio. El artículo 27 establece la competencia de los tribunales o del arbitraje y reserva la acción a competidores, editores, autores u organizaciones de éstos. Se excluye a los consumidores.

<sup>32</sup> Artículo 25 bis.

- III. Suspensión de la comercialización de bienes, productos o servicios;
- IV. Ordenar el retiro de bienes o productos del mercado, cuando se haya determinado fehacientemente por la autoridad competente que ponen en riesgo la vida o la salud de los consumidores;
- V. Colocación de sellos e información de advertencia, y
- VI. Ordenar la suspensión de información o publicidad.

El propósito de las medidas precautorias es evitar que las irregularidades continúen o bien evitar y tratar riesgos (los cuales no necesariamente son irregularidades). Las interpretaciones jurisdiccionales son abundantes en aceptar que no afectan la legalidad y seguridad jurídica, y no son actos privativos.<sup>33</sup>

El desarrollo de las medidas precautorias se ha regulado en diversos acuerdos que establecen criterios para el aseguramiento de bienes, la inmovilización de envases, la colocación de sellos de advertencia.<sup>34</sup>

En los casos de publicidad, el artículo 35 de la LFPC establece que la PROFECO podrá: ordenar al proveedor que suspenda la información o publicidad que viole las disposiciones de esta ley y, en su caso, al medio que la difunda; u ordenar que se corrija la información o publicidad que viole las disposiciones de la ley en la forma en que se estime suficiente.

Las funciones correctivas son relevantes ya que se prioriza una función enmendadora más que sancionadora.

### C) Atribuciones sancionadoras.

La atribución más fuerte a cargo de la PROFECO es la sancionadora, tanto de las conductas ilícitas previstas en la PFPC como en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, entre otras.

Las sanciones a imponer pueden ser multa y prohibición de comercialización de bienes y servicios. El monto máximo de la multa es de \$2'515,692.48 sin que rebase, en casos de concurso, la cantidad de \$7'204,028.46.<sup>35</sup>

Desde una perspectiva regulatoria, el diseño de la multa puede ser una especie de “pago para delinquir” ya que en la relación de costo-beneficio, este último puede ser mucho mayor y en consecuencia, la sanción carece de un efecto disuasivo. Dice Posner:

A fin de diseñar un conjunto de sanciones penales óptimas, necesitamos un modelo del comportamiento criminal. El modelo puede ser muy simple: una persona comete un delito porque los beneficios esperados del delito para él superan los costos esperados. Los beneficios son las diversas satisfacciones tangibles (en el caso de los delitos pecuniarios) o intangibles (en el caso de los delitos llamados pasionales) derivadas del acto criminal. Los costos incluyen varios gastos directos (para comprar armas, herramientas, máscaras, etc.), los costos de oportunidad del tiempo del criminal y los costos esperados del castigo penal.<sup>36</sup>Las reglas para calcular las sanciones económicas atendiendo a la gravedad de las faltas tienen la desventaja de abstraer las condiciones en las

<sup>33</sup> Véase al respecto García Saiz, F. (2012: 93-97).

<sup>34</sup> Pueden consultarse en [http://portaltransparencia.gob.mx/pot/marcoNormativo/buscar.do?tipo2=&formaOrdenar=ASC&ordenar=1&\\_idDependencia=10315&\\_idDependencia=10315&\\_idDependencia=10315&tipo=ACUERDO&method=buscar&method=buscar&method=buscar&d-3893601-p=1#resultados](http://portaltransparencia.gob.mx/pot/marcoNormativo/buscar.do?tipo2=&formaOrdenar=ASC&ordenar=1&_idDependencia=10315&_idDependencia=10315&_idDependencia=10315&tipo=ACUERDO&method=buscar&method=buscar&method=buscar&d-3893601-p=1#resultados)

<sup>35</sup> Según el Acuerdo que actualiza los montos de las multas publicado en el DOF del 31 de diciembre de 2012.

<sup>36</sup> Richard Posner (1998: 214)

que se encuentra cada infractor. Es posible que para un pequeño proveedor la multa resulte de un alto impacto, pero también puede suceder que para un grande la multa sea solamente una parte menor de la ganancia obtenida. En esta última circunstancia, la relación costo/beneficio anula el efecto disuasorio de la sanción .

La ley prevé una excepción a la forma para calcular las multas. En casos “particularmente graves” , se puede imponer una multa de hasta el diez por ciento de los ingresos brutos anuales por el bien o servicio motivo de la sanción. Las causas por las que puede establecerse esta multa se refieren a publicidad engañosa.<sup>37</sup>

## 7. ATRIBUCIONES EN MATERIA DE ARBITRAJE

Si las partes la designan, la PROFECO puede actuar como árbitro. Su calificación por los tribunales como autoridad en esta función ha variado. En la Séptima Época no se consideraba como autoridad ya que, se decía, “no dispone de la fuerza pública y se sitúa en relación de coordinación”. En la Octava y Novena Épocas la calificación cambia y se considera como autoridad para efectos del amparo, considerando que se está ante actos jurisdiccionales.<sup>38</sup>

La libertad para aceptar el arbitraje de la PROFECO se limita en los contratos de adhesión sujetos a registro pues deberán contener una cláusula en la que se determine que la Procuraduría será competente en la vía administrativa para resolver cualquier controversia que se suscite sobre la interpretación o cumplimiento de los mismos.

La función de arbitraje no deja de presentar cierto problema de conflicto de mandatos ya que institucionalmente la PROFECO es “defensor” de consumidores, y como “árbitro” se supone imparcialidad y objetividad, lo que formalmente no sucede pues para ello se requieren una definición y una organización interna que las hagan posibles.

## 8. ATRIBUCIONES EN MATERIA DE ABOGACÍA

Esta tarea se desarrolla en sus funciones de “abogado institucional” de una clase (los consumidores), en los cuales es una especie de garante primario que además de fungir como autoridad (administrativa o árbitro), está obligado o facultado para realizar acciones frente a otras autoridades en los casos en que se requiera para defender, en abstracto o en concreto, a los consumidores.

<sup>37</sup> Artículo 32 en relación con el 128 de la LFPC.

<sup>38</sup> Véase García Sais (2012: 81-82).

En estas funciones se encuentran las siguientes:

- Denunciar posibles conductas que afecten la competencia ante la Comisión Federal de Competencia y, a partir de la reforma en materia de telecomunicaciones, ante el Instituto Federal de Telecomunicaciones.
- Presentar denuncias penales en los casos de presuntas conductas que configuren tales ilícitos.
- Presentar acciones colectivas, en ejercicio de su propia competencia o como representante de un grupo o clase.

La última de las funciones señaladas era exclusiva antes de la reforma constitucional en materia de acciones colectivas y la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales. Hasta el momento se han promovido alrededor de quince casos, con algunos resultados positivos y otros litigios pendientes.<sup>39</sup>

La posibilidad de promover acciones colectivas por parte de la PROFECO es una de las vías por las cuales el Estado ejerce su función institucional de protección de los derechos del consumidor como una cuestión de interés general, en la cual la clase o el grupo tiene un mayor protagonismo, en particular si actúa como su representante y no en ejercicio propio.

## 9. CONSIDERACIONES FINALES

El repaso que se ha hecho de la relación entre regulación y PROFECO muestra las vicisitudes que esta institución ha tenido en su historia. Del Estado intervencionista al Estado regulador. En el tránsito acarrea aquellas atribuciones propias de su origen (p. e. precios oficiales), así como otras atribuciones que son armonizables con la idea contemporánea de la regulación frente a las fallas de mercado (externalidades, asimetría en la información).

Otra de las líneas de desarrollo del derecho de los consumidores es aquella que se da en el manejo del mismo desde ser un instrumento del Estado (un argumento independiente de los consumidores en concreto), al de una protección paternalista, a un horizonte en el que los consumidores tienen mayores capacidades de agencia.

Un terreno de reflexión es el del tipo de acciones de tutela de los derechos y si las acciones regulatorias resultan paternalistas y si el paternalismo resulta justificado. En el núcleo del problema está, y en eso coinciden tanto las teorías económicas como jurídicas, el entendimiento del ser humano como sujeto racional y, por tanto, con capacidades de elección. Desde esta perspectiva, serían rechazables las medidas paternalistas, salvo en los casos en que las personas tengan una afectación en las capacidades (capacidades de ejercicio). Frente a este postulado, la economía del comportamiento plantea que la racionalidad es limitada. Este punto de partida es más realista.

Lo anterior conduce a justificar nuevas alternativas que no descartan el paternalismo “libertario” o “asimétrico” (Sunstein 2008 o Mc Auley 2008: 15-25). A partir de este postulado,

<sup>39</sup> Desafortunadamente, el portal de la PROFECO no consigna la información exacta <http://acolectivas.profeco.gob.mx/home.php>. La información se obtuvo de Méndez, L. (2013):

medidas intervencionistas que ayudan a las decisiones de los consumidores son apreciadas como correctas para diseñar políticas públicas para el consumo. En la dirección de estas políticas se encuentra formar capacidades de agencia de los consumidores, es decir, fortalecer sus capacidades de decisión y de acción.

La vía más poderosa al respecto son las acciones colectivas, sin embargo, presentan obstáculos que disminuyen su efectividad. El más destacable son los costos de litigio, ya que al establecerse que cada parte asume los gastos y costas, se elimina la posibilidad de recuperación.

## 10. FUENTES

- Acemoglu, D. y Robinson, J. (2012) *Why nations fail*, Crown Publishing, New York.
- Betancor, A. (2009) *Mejorar la regulación. Una guía de razones y medios*, Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons, Madrid.
- Faya, A. (2010) *Fortalecer a los reguladores*. Cambiando las reglas del juego en México, CIDAC, USAID, Red Mexicana de competencia y regulación, México.
- García Sáis, F. (2012) *Jurisprudencia del consumidor*, Tirant lo Blanch-ITAM, México.
- Mac Auley, I. et. al. (2008) *Políticas Públicas de consumo. Tendencias internacionales*, PROFECO, México.
- Méndez, L. (2013) “*The future of antitrust class action in México*” en Mexican Chamber of Commerce Mexico-GB , México Weekly, localizable en [http://gallery.mailchimp.com/83d96841dc330fd54f8ee3fe1/files/Class\\_actions\\_LMR.pdf](http://gallery.mailchimp.com/83d96841dc330fd54f8ee3fe1/files/Class_actions_LMR.pdf)
- Mitnick, B. (1989) *Economía política de la regulación*, FCE, México.
- North, D., (1993) *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, (trad. Agustín Bécena) FCE, México
- Posner, R. (1998) *El análisis económico del derecho*, fce, México.
- Rodrik, D, y Subramanian, A. (2003) “*The primacy of institutions*” en Finance and development, June 3.
- Sunstein, C. (2009) *Nudges. Improving decisions about health, wealth and happiness*, Penguin Books, New York.