



TALLER DE  
ACCIONES  
COLECTIVAS

# LA ACCIÓN DE GRUPO PROFECO VS NEXTEL 2012: EL CONSUMIDOR IMPOSTOR

Fernando García Sais<sup>1</sup>

[www.cidac.org](http://www.cidac.org)  
twitter: @CIDAC  
Facebook:  
/cidac.org  
YouTube: /CIDAC1

---

<sup>1</sup> Autor de Jurisprudencia del Consumidor, Ed. Tirant Lo Blanch-ITAM 2012, Derecho de los Consumidores a la Información, Ed. Porrúa-ITAM 2007 y Derecho Concursal Mexicano, Ed. Porrúa 2005. [www.garciasais.com.mx](http://www.garciasais.com.mx)  
@FerGarciaSais

## **Antecedentes**

En un interesante procedimiento colectivo intentado por la Procuraduría Federal del Consumidor contra la empresa Nextel, en noviembre de 2011, el Juzgado Cuarto de Distrito en Materia Civil del Primer Circuito (705/2011), resolvió absolver a la demandada en junio de 2012. Ante dicha sentencia, la Profeco apeló (323/2012) y el Tribunal Unitario en materias Civil y Administrativa del Primer Circuito declaró fundado el medio de impugnación y revocó la determinación. Consecuentemente tras determinar que se acreditó la conducta omisiva ilícita de Nextel, la condenó a resarcir los daños y perjuicios y a modificar sus conductas empresariales a efecto de cumplir con sus contratos.

Inconforme con dichas determinaciones, la empresa presentó un amparo directo que fue atraído por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (16/2013) y se encuentra pendiente de resolución.

## **La legitimación en la causa y la calificación jurídica de “consumidor”**

El asunto que someto a su consideración es de suma relevancia por tratarse de una cuestión relacionada con la legitimación en la causa respecto de la colectividad que la Procuraduría identificó, primero en sus quejas y posteriormente en la demanda de acción de grupo, como “consumidores”.

Lo anterior es trascendente pues en el juicio de origen (705/2011) el juez de distrito nunca analizó si efectivamente los contratantes de la empresa enjuiciada eran “consumidores” de conformidad con la definición legal del artículo 2, fracción I, de la Ley Federal de Protección al Consumidor.<sup>2</sup>

Lo que voy a comentar tiene utilidad refleja para las acciones colectivas de la reforma constitucional de 2010 y legal de 2011.

Y es que si las acciones colectivas en términos del artículo 578 del CFPC sólo pueden promoverse en materia de relaciones de consumo, competencia y medio ambiente, resulta indispensable, en las primeras, analizar si en los casos particulares, individuales, existe dicha relación de consumo. Y tal ejercicio solamente puede hacerse a partir de la definición que la LFPC hace en el artículo 2, fracción I.<sup>3</sup>

Adicionalmente, el artículo 588 del CFPC señala, en la parte que nos interesa, como requisito de procedencia de la legitimación en la causa, precisamente, que se trate de actos que dañen a consumidores o usuarios de bienes o servicios públicos o privados.

---

<sup>2</sup> Un análisis más exhaustivo sobre la noción de consumidor en la que abordo los problemas que presenta la calificación jurídica se encuentra en “García Sais, Fernando. Falsos consumidores. Revista Letras Jurídicas, Volumen 19, enero-junio de 2009, Veracruz, México.”

<sup>3</sup> No me voy a referir aquí a la integración de grupos de consumidores a partir de la calificación jurídica de consumidores materiales y jurídicos. Un análisis de dicha problemática en el podcast episodio 110 <http://iusanimalum.podomatic.com/>

Además, debemos poner atención sobre la legitimación procesal activa, la cual se amplía en las acciones colectivas (en relación con las acciones del grupo monopolizadas anteriormente por la Profeco) para que determinados entes públicos, asociaciones civiles, grupos de 30 afectados y la PGR pueden ejercitarlas.<sup>4</sup>

Y debe ponerse atención ya que en juicio podría perderse la certificación si no se hace una calificación apropiada de la clase, situación que no acontecería en el caso de los entes públicos que se suponen expertos por la bendición estatal que cuentan.

Consecuentemente, la sentencia que se dicte en una acción colectiva no debe abarcar a personas que no reúnan las calidades y cualidades de consumidor en términos del marco jurídico, de lo contrario la sentencia protegería en exceso, perjudicando al sistema económico de mercado en su conjunto así como al sistema jurídico.

El asunto es de interés puesto que constituye uno de los escasos asuntos promovidos por la autoridad administrativa encargada de tutelar los derechos e intereses de los consumidores, y que tendrá repercusión en la doctrina jurisprudencial en materia de procesos colectivos relacionados con consumidores, pues la Profeco está dotada de legitimación procesal (se le otorgó en las reformas que se iniciaron en 2010 con la inclusión de la figura de las acciones colectivas en el artículo 17 de la Constitución y que culminaron con las reformas a diversas leyes federales como el Código Federal de Procedimientos Civiles y la Ley Federal de Protección al Consumidor).

### **La sentencia del Juzgado de Distrito**

De la sentencia del Juzgado se advierte que Profeco reclamó el pago de daños y perjuicios contractuales, pues apoyó su pretensión en la circunstancia de que el proveedor incumplió con los términos y condiciones del contrato con los consumidores, por existir deficiencias en el servicio prestado, entre las que se encuentran una serie de intentos fallidos para realizar llamadas y un alto porcentaje de llamadas caídas, además de los cobros indebidos que como contraprestación exige la proveedora, aun cuando las llamadas no se realicen o concluyan por causas ajenas al usuario.

Por ello, documenta el juez que, dicha situación “llevó a los consumidores a presentar quejas ante la procuraduría actora, quien ante el crecimiento del uso de telefonía móvil y las quejas constantes de los clientes insatisfechos, detectó la existencia de una situación de abuso hacia los consumidores y al tener la obligación de impedirla, es que acude a la presente instancia”.

---

<sup>4</sup> No es propósito de este artículo abordar todo el tema de la legitimación procesal o *ad procesum*. Remito al lector a otras obras que lo han hecho y a la mía: García Sais, Fernando. Legitimación y representación adecuada en las acciones colectivas (y su influencia sobre la cosa juzgada). Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Número 32, 2011, México.

## **La calificación jurídica de los hechos**

Sin embargo hay un elemento que pasó inadvertido por el juzgador y, tal parece ser que, también por las partes actora y demandada, y es el relativo a la definición de si los contratantes de la empresa enjuiciada, son “consumidores”, en términos de la Ley Federal de Protección al Consumidor y de la jurisprudencia que interpreta dicha noción fundamental del Derecho de los Consumidores.

### **No todos somos consumidores**

Todos somos consumidores (en potencia). En acto, no todos somos consumidores. Efectivamente, no todo contratante es un consumidor. Mucho menos, cualquiera ni todas las quejas que contratantes interpongan ante la Profeco, provienen siempre de un sujeto, persona física o moral, o a la que el ordenamiento jurídico le atribuye la cualidad de ser consumidor.

Es una calificación jurídica que debe hacerse con toda seriedad, similar a lo que acontece v.g., con la de “agente económico” en materia de competencia económica (trascendencia, caso notarios públicos) o la definición del “mercado relevante”.

Lo riesgoso de no hacer ese análisis, tanto en la instancia administrativa como en la jurisdiccional, es que se terminarán asignando derechos sustantivos a grupos de personas no atribuidos o establecidos por el sistema jurídico y, las vías procesales pensadas para los consumidores serán utilizadas por falsos consumidores o para proteger a falsos consumidores.

Particularmente, en el caso de la LFPC, por tratarse de un marco jurídico excepcional, los derechos derivados de ella solamente se deben aplicar de manera estricta y restrictiva a las situaciones previstas por el legislador. Dichas situaciones parten, siempre, del supuesto de que existe una relación de consumo, integrada por dos partes: el consumidor y el proveedor.

### **Derecho y economía**

Resulta que dichos conceptos, aunque de origen económico, son jurídicos. Con ello quiero sostener que debemos ceñirnos a la definición dada por el legislador dentro del contexto económico y, en su caso, estar a la jurisprudencia que la interpreta que aunque no es muy vasta, la que hay es nutrida de significación y de orientación a los intérpretes y aplicadores en las sedes administrativa y jurisdiccional.

Curiosamente, en la foja 2 y siguientes de su sentencia, el juez de distrito analiza de oficio la legitimación en la causa, “con el objeto de acreditar que efectivamente existe una verdadera relación sustancial entre los individuos dada la legitimación activa y pasiva de quienes intervienen en el juicio, en razón de que sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga un interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena, y quien tenga un interés contrario [...]”, sin embargo, al analizar el material probatorio no observó si la Profeco había realizado el

análisis respecto de la materialización en cada una de las quejas administrativas interpuestas del carácter de consumidor ni, en su caso, si estuvo bien hecho. Pero lo más sorprendente es que tampoco la parte demandada argumentó en dicho sentido.

Parece concluirse que para juez, actor y demandado, consumidores son cualquier cliente, cualquier contratante, lo que pone en riesgo el sistema mismo de protección al consumidor.

Inclusive, el juez sostiene que “la legitimación *ad causam* de las partes se encuentra debidamente justificada al estar demostrada la relación contractual que las vincula, pues de los hechos de la demanda y de la contestación, así como de los documentos allegados a juicio, principalmente las copias certificadas de los expedientes formados con motivo de las reclamaciones realizadas por los usuarios de telefonía móvil [...] se desprende que los consumidores que representa dicha procuraduría son clientes y usuarios del servicio que presta [...], vínculo contractual que de ninguna forma fue negado por la parte demandada [...]”.

Sin embargo, ello no es así.

En nuestro Derecho, de conformidad con el artículo 2, fracción I, de la LFPC, son consumidores únicamente los *destinatarios finales* del bien o servicio contratado, pudiendo también serlo el “consumidor intermedio” en los casos y restricciones ahí establecidos. Si la ley establece esa condicionante, la de constituirse en “destinatario final”, esta peculiaridad de ese tipo especial de contratantes debería quedar plenamente satisfecha para no asignarse derechos a quienes no los tienen.

### **Un análisis de la legitimación *ad causam* de oficio que dejó mucho que desear**

Se confirma el error, si revisamos la sentencia del Primer Tribunal Unitario en materias Civil y Administrativa del Primer Circuito al resolver el Toca Civil 322/2012 y su relacionado 323/2012 en la que revocó la del juzgado de distrito y en la hoja 12 y siguiente dice “lo cual acreditó la existencia de daños y perjuicio en contra de los consumidores”, dando por sentado que efectivamente la colectividad que integró la Procuraduría Federal del Consumidor eran personas, físicas o morales, que calificaban como “consumidores”.

Llama más la atención que en la segunda instancia, el Tribunal Unitario tras analizar la legitimación *ad causam* la haya tenido debidamente justificada sobre la base de que estaba “demostrada la relación contractual”, pasando totalmente por alto que no toda relación contractual es de consumo. Un análisis de oficio que dejó mucho que desear. La segunda instancia fue tan mala como la primera.

Efectivamente, para aclarar el punto, si una empresa contrata con Nextel, ese contrato nunca será de consumo ni estará, por ende, regulado por la LFPC, por tratarse de un contrato entre empresarios o *business to business* (B2B), en cuyo caso el contrato celebrado materialmente será de suministro y queda regulado por la legislación comercial aplicable, dado que ambas partes son comerciantes.

De igual manera, si una persona física o moral destina el servicio prestado por Nextel fuera del ámbito privado o familiar, al darle un uso que impactará económicamente generando más valor, tampoco será un consumidor por no ser destinatario final.

En nuestro Derecho, un consumidor es destinatario final cuando adquiere el valor de uso, no el valor de cambio; cuando distrae el bien o servicio completamente del mercado. No se genera más valor con su uso o adquisición.

El Poder Judicial de la Federación no ha vacilado y ha fijado con contundencia la naturaleza de las normas protectoras del consumidor y cómo deben interpretarse y aplicarse.

Esta tesis del entonces magistrado Ortiz Mayagoitia es firme al distinguir entre el valor de uso y valor de cambio, entre las relaciones B2C y las relaciones B2B<sup>5</sup>:

**CONSUMIDOR. UNICAMENTE TIENE ESE CARACTER LA PERSONA QUE ADQUIERE UN BIEN O SERVICIO PARA SU USO. (INCOMPETENCIA DE LA PROCURADURIA FEDERAL DEL CONSUMIDOR).**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, tiene la calidad de consumidor "quien contrata para su utilización, la adquisición, uso o disfrute de bienes o la prestación de servicios"; **de tal manera que una persona física o moral que realice la compra de bienes o servicios para obtener algún provecho pecuniario por medio del comercio, y no para su uso, no puede ser considerada como consumidor**, ya que su intervención tiene lugar en una fase del procedimiento económico cuyo objetivo final es hacer llegar los bienes o servicios a quienes están destinados. Por tanto, la Procuraduría Federal del Consumidor carece de competencia para resolver una controversia que no le fue planteada por un consumidor sino, en realidad, por un comerciante.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Si tiene interés en profundizar en la doctrina jurisprudencial mexicana de la quinta a la novena épocas está disponible en mi monografía (García Sais, Fernando. Jurisprudencia del Consumidor, Ed. Tirant Lo Blanch-ITAM, 2012).

<sup>6</sup> Tesis aislada, Octava Época, TCC, Registro No. 225 565. Cabe precisar que la tesis que antecede aplicó la LFPC vigente en 1990. Recordemos que en 1992 se promulgó una nueva LFPC. Su artículo 2, fracción I, expresamente excluía de la noción de consumidor a quien no se constituyera en destinatario final.<sup>6</sup> En 2004, la reforma de 4 febrero, eliminó la explicación que hacía la ley de 1992 respecto de qué se entiende ser "destinatario final". Solamente equipara al consumidor al destinatario final; esto es, mantiene la tesis de la relación B2C.

Ahora bien, para demostrar que la relación B2C debe motivarse, el siguiente precedente nos ilustra respecto de los casos en que el elemento “proveedor” no se configura, por lo que no habría aplicabilidad de la LFPC ni la competencia de la autoridad administrativa:

**PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR. CARECE DE FACULTADES PARA CONOCER DE QUEJAS PRESENTADAS EN CONTRA DE INSTITUCIONES DE ASISTENCIA PRIVADA.**

El artículo 1o. de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal establece que tales instituciones son entidades con personalidad jurídica y patrimonio propio, sin propósito de lucro, que con bienes de propiedad particular ejecutan actos de asistencia social sin designar individualmente a los beneficiarios. Por su parte, la Procuraduría Federal del Consumidor es un organismo descentralizado de servicio social, con personalidad jurídica y patrimonio propio, encargada de promover y proteger los derechos e intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores (persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios) y **consumidores (persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios)**. Por tales motivos, la mencionada procuraduría carece de facultades para conocer de quejas presentadas en contra de instituciones de asistencia privada, por presunto incumplimiento de un contrato de prenda, ya que tal actividad no tiene como finalidad la obtención de un lucro.<sup>7</sup>

Por lo demás, sirve de referencia el siguiente criterio jurisprudencial:

**“DERECHO DE LOS CONSUMIDORES. COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE BASE CONSTITUCIONAL TIENE UNA REGULACIÓN LEGAL, ESPECÍFICA Y PROTECTORA QUE EL JUZGADOR DEBE CONSIDERAR AL RESOLVER LOS CONFLICTOS ENTRE PROVEEDORES Y CONSUMIDORES QUE SEAN DE SU COMPETENCIA PARA EVITAR ABUSOS.**

Los actos de comercio se rigen por el código de la materia, las demás leyes mercantiles; y, de manera supletoria, el Código Civil Federal. Por su parte, el artículo 28 constitucional establece el principio de que la ley protegerá a los consumidores. Dicho precepto es la base de la Ley Federal de Protección al Consumidor, así como de otros ordenamientos, cuyos propósitos son dar contenido y hacer efectivos los derechos fundamentales de los consumidores. Dicha ley es de

---

<sup>7</sup> Tesis aislada, Novena Época, TCC, I.5o.A.45 A

orden público, interés social, de observancia en toda la República y cuyas disposiciones son irrenunciables; por lo que contra su observancia no puede alegarse costumbre, práctica o convenio en contrario. **Dicho ordenamiento establece, entre otras, las definiciones de proveedor al igual que la de consumidor**, los principios básicos de las relaciones de consumo, una serie de medidas cuya finalidad es tanto promover como proteger los derechos y cultura del consumidor; **procurando la equidad y seguridad jurídica en las mencionadas relaciones de consumo**. Por lo tanto, **se trata de un microsistema por sus reglas protectoras específicas donde no rige de manera absoluta el principio de autonomía de la voluntad que opera de manera general en materia civil y mercantil; sino que está sujeto a normas imperativas protectoras de los derechos de los consumidores cuyo cumplimiento debe vigilar el Estado**. Por lo tanto, cuando surjan conflictos entre proveedores y consumidores debe privilegiarse la aplicación de las normas protectoras cuando sean incompatibles con las normas civiles y mercantiles, con el propósito de prevenir abusos en las relaciones de consumo cuyos conflictos deba resolver la autoridad judicial en su ámbito de competencia.<sup>8</sup>

## Conclusión

Como lo referí, a pesar de que el asunto se generó en el marco de las entonces acciones de grupo, lo comentado tiene utilidad refleja para las acciones colectivas de la reforma constitucional de 2010 y legal de 2011.

Espero que el futuro de las acciones colectivas sea el más adecuado para ampliar el acceso a la justicia en México y que los entes legitimados procesalmente, sean públicos o privados, se conviertan en expertos en su manejo para garantizar su independencia y profesionalismo.

El asunto de Nextel es de interés puesto que constituye uno de los escasos asuntos promovidos por la autoridad administrativa encargada de tutelar los derechos e intereses de los consumidores, y evidencia la falta de *expertise* de las tres piezas fundamentales en el proceso: actor, demandado y juzgadores.

Las resoluciones en cada una de sus instancias y sus consideraciones tendrán repercusión en la doctrina jurisprudencial en materia de procesos colectivos. Esperemos que el asunto sea resuelto, ahora que la Suprema Corte lo ha atraído, cuidando este tipo de aspectos elementales de las acciones colectivas.

---

<sup>8</sup> Tesis asilada, Novena Época, TCC, Tesis I.7o.C.153 C.



Por lo demás, desde la academia, foro e instituciones públicas o think tanks, habrá que profundizar en el análisis de temas sustantivos como la valoración de la noción de consumidor; si debe equipararse o no al destinatario final; si el destino debe ser exclusivo o si cabe el uso mixto; si el hecho de firmar con una empresa un contrato de adhesión nos convierte en consumidores con independencia del destino que se le dará al bien o servicio; en suma, si es de interés práctico y no sólo teórico la correcta definición y aplicación de las nociones fundamentales del Derecho del Consumidor.

**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.

**Acerca de CIDAC**

El Centro de Investigación para el Desarrollo A.C. es un think tank independiente, sin fines de lucro, dedicado al estudio e interpretación de la realidad mexicana y a la presentación de propuestas viables para el desarrollo de México en el mediano y largo plazos. Elabora propuestas: que contribuyan al fortalecimiento del Estado de Derecho y a la creación de condiciones que propicien el Desarrollo Económico y Social de México; que enriquezcan la opinión pública; y que aporten elementos de juicio aprovechables en los procesos de toma de decisión de la sociedad.