

CONVENIO MARCO DE LA ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD PARA EL CONTROL DEL TABACO – Contenido. Medidas relacionadas con la reducción de la demanda del tabaco / CONVENIO MARCO DE LA ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD PARA EL CONTROL DEL TABACO - Determina las obligaciones mínimas que debe implementar cada Estado parte / TABACO - Restricciones frente a su promoción y publicidad / PROMOCIÓN DE TABACO – Incluye la exhibición / SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Suspensión de las circulares que regulan la exhibición de los productos de tabaco y sus derivados bajo determinadas condiciones en establecimientos de comercio

El artículo 13 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco aprobado mediante la Ley 1109 de 2006, impone a los Estados parte el deber conforme con los principios que rigen su Constitución, de tomar todas las medidas necesarias encaminadas a la prohibición de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Conforme con lo señalado en la directriz para la debida aplicación de lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco aprobada por los Estados parte, debe entenderse que la exhibición de los productos de tabaco constituyen una forma de promoción para su consumo, circunstancia por la que se recomienda prohibir absolutamente la exhibición y visibilidad de los productos de tabaco en todo punto de venta, incluso los puntos de venta al por menor y los puestos de vendedores ambulantes. Por su parte, el artículo 16 de la ley 1335 de 2009, prohíbe “toda forma de promoción de productos de tabaco y sus derivados”. El alcance de dicha prohibición fue precisado en sentencia C- 830 de 2010 proferida por la Corte Constitucional (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), en el sentido de indicar que la misma debía entenderse en los términos establecidos en la directriz para la debida aplicación de lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, el cual entiende incluido dentro del concepto de promoción del tabaco, su exhibición y visibilidad en los establecimientos de comercio. [...] Fuerza es, entonces, decretar la medida solicitada, en el sentido de suspender los efectos de los actos acusados en lo concerniente a la regulación de la exhibición de los productos de tabaco y sus derivados bajo determinadas condiciones en establecimientos de comercio.

NOTA DE RELATORIA: Ver sentencias Corte Constitucional C-665 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-830 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 229 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 231 / CONVENIO MARCO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD PARA EL CONTROL DEL TABACO - ARTÍCULO 3 / CONVENIO MARCO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD PARA EL CONTROL DEL TABACO - ARTÍCULO 13 / LEY 1109 DE 2006 - ARTÍCULO 1 / LEY 1109 DE 2006 - ARTÍCULO 13 / LEY 1335 DE 2009 - ARTÍCULO 1 / LEY 1335 DE 2009 - ARTÍCULO 15 / LEY 1335 DE 2009 - ARTÍCULO 16

NORMA DEMANDADA: CIRCULAR EXTERNA 005 DE 2012 (27 de enero) SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (Suspendida) / CIRCULAR EXTERNA 011 DE 2012 (23 de marzo) SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (Suspendida)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-24-000-2014-00011-00

Actor: ESPERANZA CERÓN VILLAQUIRAN, MARIAN LORENA IBARRA AVILA Y LILIANA ANDREA AVILA

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Referencia: NULIDAD SIMPLE – LEY 1437 DE 2011

Resuelve el Despacho, la solicitud de suspensión provisional de las Circulares Externas número 005 de 2012 (27 de enero) y 011 de 2012 (23 de marzo) por las cuales respectivamente la Superintendencia de Industria y Comercio “*Adiciona el numeral 2.1.2.4.1 al Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio*” y “*Modifica el numeral 2.1.2.4.1, literal c) al Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio*”.

I. LOS ACTOS ACUSADOS.

Los actos acusados son del siguiente tenor:

“CIRCULAR EXTERNA 005 DE 2012

(Enero 27)

Bogotá, D. C., 27 de enero de 2012

Para:

PROPIETARIOS Y ADMINISTRADORES DE ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO DONDE SE VENDA TABACO Y SUS DERIVADOS COMO LOS CIGARRILLOS (TIENDAS, MINIMERCADOS, LICORERAS Y GRANDES ALMACENES).

Asunto:

Adicionar el numeral 2.1.2.4.1 al Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

1. Objeto

Impartir instrucciones a los propietarios y administradores de establecimientos de comercio donde se venda tabaco y sus derivados como los cigarrillos, para lograr la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor, en especial las relativas a la prohibición de la publicidad de tales productos.

2. Fundamento legal

El artículo 78 de la Constitución Política establece que la ley regulará el control de calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Los numerales 22 y 61 del artículo 1º del Decreto 4886 de 2011 atribuyen a la Superintendencia de Industria y Comercio las funciones de velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor, así como instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse tales normas, fijar los criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.

Mediante la Ley 1109 de 2006 el Congreso de la República aprobó el Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco por Colombia, cuya exequibilidad fue declarada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-665 de 2007. En el preámbulo del Convenio, las partes se declararon "[s]erriamente preocupadas por el impacto de todas las formas de publicidad, promoción y patrocinio encaminadas a estimular el consumo de productos de tabaco", por lo que reconocieron, previa definición de ciertos conceptos¹ entre otras cosas, "que una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio reduciría el consumo de productos de tabaco" (artículo 13, numeral 1).

Posteriormente fue expedida la Ley 1335 de 2009, la cual regula el consumo, la venta, la publicidad y la promoción de los cigarrillos, el tabaco y sus derivados, con el propósito de prevenir daños a los menores de edad y la población no fumadora, y estipuló políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del fumador.

Esta Ley 1335 establece, entre otras disposiciones, las relativas a la venta de productos de tabaco a menores de edad (Capítulo I, artículos 2º-5º), las relacionadas con la publicidad, empaquetado y etiquetado del tabaco y sus derivados (Capítulo III, artículos 13-15) y las concernientes a la prohibición de acciones de promoción y patrocinio (Capítulo IV, artículos 16 y 17).

El artículo 34 de la Ley 1335 dispone que es competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio "hacer la verificación y control" de las normas establecidas en el artículo 13 y siguientes de esta ley.

Mediante la Resolución número 3961 de 2009 del Ministerio de la Protección Social se reglamentó el artículo 13 de la mencionada Ley

1335, estableciendo los requisitos del empaquetado y etiquetado del tabaco y sus derivados.

En observancia de las disposiciones antes citadas, se hace necesario que esta Superintendencia establezca unos criterios mínimos sobre la manera de exhibición al público del tabaco y sus derivados como los cigarrillos, para prevenir que se pueda constituir en una forma de publicidad. Estos criterios deberán ser observados por los establecimientos de comercio que ponen a la venta de los consumidores dichos productos.

3. Instructivo

Adicionar el numeral 2.1.2.4.1 al Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual quedará así:

"2.1.2.4.1. Exhibición del tabaco y sus derivados como los cigarrillos en establecimientos de comercio

En concordancia con lo dispuesto en las Leyes 1109 de 2006 y 1335 de 2009 y en la Resolución número 3961 de 2009 del Ministerio de la Protección Social y las normas que las modifiquen o sustituyan, la exhibición de productos de tabaco y sus derivados como el cigarrillo, en los establecimientos de comercio para venta al público, tales como tiendas, minimercados, licoreras y grandes almacenes, deberá observar los siguientes criterios:

a). De conformidad con lo dispuesto en el literal b) del artículo 16 de la Ley 1109 de 2006 y el parágrafo 3° del artículo 2° de la Ley 1335 de 2009, el tabaco y sus derivados como el cigarrillo para la venta no pueden ser directamente accesibles por el público consumidor.

Se hace necesario que el producto se encuentre detrás del mostrador o caja registradora del establecimiento donde no esté a libre disposición del público y no pueda ser manipulado. Está prohibido el denominado "autoservicio" para la adquisición de tabaco y sus derivados como los cigarrillos, donde el consumidor escoge, toma y paga en caja registradora los productos;

b). La exhibición de pacas, cajetillas y cartones de cigarrillos y en general todos los empaques de tabaco y sus derivados en vitrinas o mostradores y en el punto de venta de los establecimientos de comercio debe efectuarse de manera tal que se revele plenamente la totalidad de la cara principal del empaque, de acuerdo con la definición del artículo 2° de la Resolución número 3961 de 2009 del Ministerio de la Protección Social, por ser el área donde se ubican las advertencias sanitarias, las cuales deben ser completamente visibles al público de manera permanente, sin ser obstruidas, disimuladas, veladas o susceptibles de ser separadas;

c). La exhibición del producto en el mostrador o estante destinado para tal efecto, debe implementarse de manera tal que los empaques de tabaco y sus derivados y las diferentes cajetillas de cigarrillos se encuentren organizados en hileras uno detrás del otro, clasificados por

referencia de marca, sin que se presente la situación de que el público perciba dos referencias de marca repetidas por producto puesto a la vista. Se considera referencias de marca distintas las presentaciones de 10 y 20 unidades.

Parágrafo. Teniendo en cuenta que los propietarios de los establecimientos de comercio tienen la opción de distribuir cualquier marca de cigarrillos que actualmente se produzca o importe al país, el mostrador o estante debe estar acondicionado de manera tal que disponga del espacio para exhibir todas aquellas marcas que vende, sin otorgar espacios exclusivos a ninguna de ellas. En caso de que el establecimiento de comercio cuente con más de una caja registradora, podrá tener máximo un mostrador por cada caja registradora;

d). Se encuentra prohibida la exhibición de cajetillas de cigarrillos y empaques de tabaco o sus derivados en vitrinas exteriores de los establecimientos de comercio.

4. Vigencia. La presente circular externa entrará en vigor pasados tres meses contados a partir de su publicación en el Diario Oficial.

Atentamente,

*El Superintendente de Industria y Comercio,
José Miguel de la Calle Restrepo.”*

“CIRCULAR EXTERNA 011 DE 2012

(Marzo 23)

Para:

PROPIETARIOS Y ADMINISTRADORES DE ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO DONDE SE VENDA TABACO Y SUS DERIVADOS (TIENDAS, MINIMERCADOS, LICORERAS, GRANDES ALMACENES Y CUALQUIER OTRO ESTABLECIMIENTO QUE VENDA O EXHIBA AL CONSUMIDOR FINAL)

Asunto:

Modificar el numeral 2.1.2.4.1, literal c) al Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio

1. Objeto

Impartir instrucciones a los propietarios y administradores de establecimientos de comercio donde se venda o exhiban tabaco y sus derivados a los consumidores finales, para lograr la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor, en especial las relativas a la prohibición de la publicidad de tales productos.

2. Fundamento legal

El artículo 78 de la Constitución Política establece que la ley regulará el control de calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la

comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Los numerales 22 y 61 del artículo 1º del Decreto número 4886 de 2011 atribuyen a la Superintendencia de Industria y Comercio las funciones de velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor, así como instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse tales normas, fijar los criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.

Mediante la Ley 1109 de 2006 el Congreso de la República aprobó el Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco por Colombia, cuya exequibilidad fue declarada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-665 de 2007. En el preámbulo del Convenio, las partes se declararon "[s]eramente preocupadas por el impacto de todas las formas de publicidad, promoción y patrocinio encaminadas a estimular el consumo de productos de tabaco", por lo que reconocieron, previa definición de ciertos conceptos¹ entre otras cosas, "que una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio reduciría el consumo de productos de tabaco" (artículo 13, num. 1).

Posteriormente fue expedida la Ley 1335 de 2009, la cual regula el consumo, la venta, la publicidad y la promoción de los cigarrillos, el tabaco y sus derivados, con el propósito de prevenir daños a los menores de edad y la población no fumadora, y estipuló políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del fumador.

Esta Ley 1335 establece, entre otras disposiciones, las relativas a la venta de productos de tabaco a menores de edad (Capítulo I, artículos 2º-5º), las relacionadas con la publicidad, empaquetado y etiquetado del tabaco y sus derivados (Capítulo III, artículos 13-15) y las concernientes a la prohibición de acciones de promoción y patrocinio (Capítulo IV, artículos 16 y 17).

El artículo 34 de la Ley 1335 dispone que es competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio "hacer la verificación y control", de las normas establecidas en los artículos 13 y siguientes de esta ley.

Mediante la Resolución número 3961 de 2009 del Ministerio de Protección Social se reglamentó el artículo 13 de la mencionada Ley 1335, estableciendo los requisitos del empaquetado y etiquetado del tabaco y sus derivados.

En observancia de las disposiciones antes citadas, se hace necesario que esta Superintendencia establezca unos criterios mínimos sobre la manera de exhibición al público del tabaco y sus derivados como los cigarrillos, para prevenir que se pueda constituir en una forma de publicidad. Estos criterios deberán ser observados por los establecimientos de comercio que ponen a la venta de los consumidores dichos productos.

3. Instructivo

Modificar el literal c) del numeral 2.1.2.4.1 al Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual quedará así:

c) La exhibición de las cajetillas de cigarrillos que se haga en cada establecimiento de comercio, debe implementarse de manera tal que solo sea visible al consumidor final una referencia de marca de cada producto disponible para la venta, salvo lo indicado en los párrafos dispuestos a continuación. Cualquier repetición de exhibición de referencias de marca en el mismo establecimiento de comercio, se entenderá como promoción y se sancionará en los términos de la Ley 1335 de 2009.

Parágrafo 1°. En caso de que el establecimiento de comercio utilice mostradores para la exhibición de productos, cada establecimiento podrá contar con varios mostradores, siempre y cuando se cumpla con la regla anteriormente establecida, esto es, siempre que sumada integralmente la exhibición en todos los mostradores de cada establecimiento se asegure que cada referencia de marca no se exhiba más de una vez.

Parágrafo 2°. Para el caso de cualquier local que tenga más de un punto de pago, podrán tener exhibición de productos por cada punto de pago en las condiciones señaladas en el presente literal, es decir, una sola referencia de marca por cada punto de pago.

Parágrafo 3°. Se entiende por referencia de marca cualquier modalidad de producto diferenciable de los demás por su presentación o por su contenido. En los casos en que el expendedor venda o exhiba cartón de cigarrillos que contengan varias cajetillas, cada cartón se entenderá como una referencia de marca independiente, siempre y cuando el cartón se exhiba o se venda sellado y empacado, de manera tal que no se puedan apreciar las cajetillas individualmente.

4. Vigencia

La Circular Externa número 005 del 27 de enero de 2012 y la presente Circular Externa entrarán en vigor pasados tres (3) meses, contados a partir de la publicación de esta última en el Diario Oficial para Grandes Almacenes y pasados seis (6) meses para los demás destinatarios.

Atentamente,

*El Superintendente de Industria y Comercio,
JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO.”*

II. LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Las actoras consideran que deben suspenderse provisionalmente los efectos de las Circulares Externas número 005 de 2012 (27 de enero) y 011 de 2012 (23 de marzo), toda vez que violan flagrantemente lo dispuesto en los artículos 1 y 13 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, aprobado mediante la Ley

1109 de 2006 y 1, 15 y 16 de la Ley 1335 de 2009, puesto que señalan la forma en la que debe realizarse la exhibición de cajetillas de cigarrillos en los establecimiento de comercio cuando el establecimiento de comercio cuente con más de un mostrador.

Señalan que se violan las normas anteriormente señaladas, por cuanto establecen la prohibición total de la publicidad y promoción de los productos derivados del tabaco; mientras que los actos acusados permiten su exhibición bajo determinadas condiciones.

Ponen de presente que conforme con lo previsto en el artículo 13 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, los Estados firmantes consideraron que la prohibición total en cuanto a la promoción, publicidad y patrocinio de los productos derivados del tabaco reduciría su consumo y por tanto se impuso la obligación a los Estados parte de prohibir la promoción, publicidad y patrocinio de los mismos.

Indican que la Corte Constitucional en sentencia C-830 de 2010, concluyó que la prohibición total de la publicidad y promoción de los productos derivados del tabaco, es acorde a la Constitución Política en tanto que desarrolla los derechos a la vida, la salud, la protección de los derechos de los niños entre otros.

Señalan que la Corte Constitucional concluyó que la prohibición de promoción de tabaco debe entenderse como *“una cláusula amplia que implica la prohibición total de la publicidad de productos de tabaco, en los términos comprendidos por el CMCT”*.

III. TRASLADO DE LA SOLICITUD

La Superintendencia Industria y Comercio, consideró que debe negarse la medida solicitada, en este sentido manifestó que posee la competencia para regular la publicidad del tabaco y sus derivados.

Consideró que conforme con lo señalado en la sentencia C-665 de 2007, el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, es un instrumento que pretende la reducción del consumo del tabaco y contiene pautas generales que los Estados parte, de acuerdo con su normativa interna deberán aplicar, circunstancia

por lo cual no es factible conforme con la legislación nacional actual prohibir totalmente la exhibición y visibilidad de productos de tabaco.

Señaló que contrario a lo manifestado por las actoras, de la lectura de la sentencia C- 830 de 2011 proferida por la Corte Constitucional, se desprende que la promoción de los productos derivados del tabaco no puede entenderse como equivalente a su exhibición, toda vez que las personas tienen la libertad de adquirir dichos productos.

Indicó que no puede interpretarse que el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009, al prohibir toda forma de promoción de productos del tabaco y sus derivados, restrinja la comercialización de los mismos, prohibiendo su exhibición, pues se estaría limitando una actividad comercial lícita.

Manifestó que conforme con lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, se debe entender el concepto de promoción como el *“ofrecimiento temporal de productos en condiciones especiales favorables o de manera gratuita como incentivo para el consumidor”* o *“el ofrecimiento de productos con un contenido adicional a la presentación habitual, en forma gratuita o a precio reducido”*.

Puso de presente que la finalidad de los actos acusados es regular la exhibición del tabaco y sus derivados, para que no se incrementen las ventas de dichos productos, conforme con la política estatal dictada por el legislador con miras a la lucha contra el consumo del tabaco.

Señaló que la solicitud no reúne los requisitos establecidos en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que la parte actora no cumplió con la carga de determinar, ni probar el perjuicio irremediable que pretende evitar con el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional solicitada.

Finalmente, consideró que a su juicio, la solicitud de medida cautelar presentada debe negarse, toda vez que no fue debidamente sustentada en tanto que la parte actora no señaló de manera clara y expresa las normas que considera fueron violadas por parte de los actos acusados, omisión que no puede ser saneada acudiendo al concepto de violación en que se sustenta la demanda.

IV. CONSIDERACIONES

Conforme con lo dispuesto en el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, proceden las medidas cautelares en todos los procesos declarativos adelantados en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso a petición de parte debidamente sustentada. En ese sentido, corresponde al Juez o Magistrado Ponente cuando corresponda, decretar en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. La norma dispone:

“Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio”.

Por su parte, según lo previsto en el artículo 231 del C.P.A. y C.A., cuando se interpone una demanda en ejercicio del medio de control de nulidad, procede la suspensión provisional de sus efectos: (i) por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado; (ii) cuando dicha violación surja del análisis del acto demandado y de su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. En efecto, la norma dispone:

“Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios”.*

En el caso presente, la parte actora solicita la suspensión provisional de la Resolución 9304 de 2012 (24 de diciembre), por vulnerar lo dispuesto en los artículos 1 y 13 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, aprobado mediante la Ley 1109 de 2006 y 1, 15 y 16 de la Ley 1335 de 2009; normas cuyo texto literal es el siguiente:

Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco aprobado mediante la Ley 1109 de 2006¹:

“Artículo 1

Lista de expresiones utilizadas

Para los efectos del presente Convenio:

(...)

c) por "publicidad y promoción del tabaco" se entiende toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco;

(...)

Artículo 13

Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco

¹ *“Por medio de la cual se aprueba el "Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco", hecho en Ginebra, el veintiuno (21) de mayo de dos mil tres (2003).”*

(...)

2. Cada Parte, de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, procederá a una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dicha prohibición comprenderá, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos originados en su territorio. A este respecto, cada Parte, dentro de un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Convenio para la Parte en cuestión, adoptará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas e informará en consecuencia de conformidad con el artículo 21.

3. La Parte que no esté en condiciones de proceder a una prohibición total debido a las disposiciones de su constitución o sus principios constitucionales aplicará restricciones a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dichas restricciones comprenderán, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, la restricción o una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio originados en su territorio que tengan efectos transfronterizos. A este respecto, cada Parte adoptará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas e informará en consecuencia de conformidad con el artículo 21.

4. Como mínimo, y de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, cada Parte:

a) prohibirá toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco que promueva un producto de tabaco por cualquier medio que sea falso, equívoco o engañoso en alguna otra forma o que pueda crear una impresión errónea con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones;

b) exigirá que toda publicidad de tabaco y, según proceda, su promoción y patrocinio, vaya acompañada de una advertencia o mensaje sanitario o de otro tipo pertinente;

c) restringirá el uso de incentivos directos o indirectos que fomenten la compra de productos de tabaco por parte de la población; (Se subraya).

Ley 1335 de 2009²:

“Artículo 1°. Objeto. El objeto de la presente ley es contribuir a garantizar los derechos a la salud de los habitantes del territorio nacional, especialmente la de los menores de 18 años de edad y la población no fumadora, regulando el consumo, venta, publicidad y

² “Disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana.”

promoción de los cigarrillos, tabaco y sus derivados, así como la creación de programas de salud y educación tendientes a contribuir a la disminución de su consumo, abandono de la dependencia del tabaco del fumador y se establecen las sanciones correspondientes a quienes contravengan las disposiciones de esta ley.

(...)

Artículo 15. Publicidad en vallas y similares. Se prohíbe a toda persona natural o jurídica la fijación de vallas, pancartas, murales, afiches, carteles o similares móviles o fijos relacionados con la promoción del tabaco y sus derivados.

CAPITULO IV

Disposiciones para prohibir las acciones de promoción y patrocinio de tabaco y sus derivados

Artículo 16. Promoción. Prohibase toda forma de promoción de productos de tabaco y sus derivados.”

En el caso presente, las actoras consideran que deben suspenderse los efectos de las Circulares Externas número 005 de 2012 (27 de enero) y 011 de 2012 (23 de marzo), por violar lo dispuesto en los artículos 1 y 13 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, aprobado mediante la Ley 1109 de 2006 y 1, 15 y 16 de la Ley 1335 de 2009, toda vez que regulan la forma en la que debe realizarse la exhibición de cajetillas de cigarrillos en los establecimiento de comercio, pese a que la publicidad de los productos derivados del tabaco, fue prohibida en consonancia con los compromisos de Colombia ante organismos internacionales.

Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio considera que debe negarse la medida cautelar solicitada, toda vez que posee la competencia para reglamentar el modo en que se deben exhibir las cajetillas de cigarrillos al interior de los establecimientos de comercio, facultad que debe ser ejercida siguiendo los lineamientos estatales en la lucha contra el tabaco.

Previo a resolver sobre la solicitud de suspensión provisional, el Despacho hará un recuento del alcance de las normas que la parte actora considera vulneradas, con fundamento en las sentencias de la Corte Constitucional que se pronunciaron sobre su exequibilidad.

4.1. Del alcance de las normas presuntamente violadas con la expedición de los actos acusados.

Conforme con lo previsto en el artículo 3 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, el objeto de dicho instrumento internacional es la protección de las generaciones futuras de los efectos negativos a nivel social, ambiental y económico del consumo de tabaco, mediante la implementación de medidas tendientes a reducir de manera continua y sustancial su consumo y su exposición.

Con ocasión de lo anterior, el instrumento internacional en su tercera parte adopta una serie de medidas encaminadas a la reducción de la demanda del tabaco, dentro de las cuales se encuentran las relacionadas con el establecimiento de una política restrictiva frente a la promoción y publicidad de dicho producto.

La Corte Constitucional en sentencia C- 665 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)³ tuvo la oportunidad de conocer de la constitucionalidad del contenido material del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, en dicha ocasión, declaró la exequibilidad de dicha normatividad respecto de las medidas tendientes a establecer restricciones frente a la promoción y publicidad del tabaco. Al respecto expuso:

“La Convención, en sus artículos 10, 11, 12 y 13, insta a Las Partes para que, de acuerdo con sus normas constitucionales, establezca una política restrictiva frente a la publicidad y promoción del tabaco.

En cuanto al punto específico de la restricción de la publicidad del tabaco la jurisprudencia ha señalado que el mercado, entendido como el desenvolvimiento de los procesos de producción, distribución y consumo de bienes y servicios, está gobernado por la ley de la oferta y la demanda. El empresario tiene plena libertad de iniciativa para escoger los instrumentos que considere idóneos y eficaces para ofrecer o anunciar sus productos, siempre y cuando no atenten contra el bien común, los derechos fundamentales, la función social de la empresa, las leyes reguladoras de la actividad económica, y la información que debe suministrarse al público en la comercialización de los productos. Dentro de esos mecanismos se encuentra la publicidad o propaganda del bien o servicio a través de los distintos medios de comunicación.

Sin embargo, ha reiterado la Corte, tal facultad puede ser limitada en aras de la protección de “fines plausibles como son: el interés general, la vida, la salud, la seguridad y los derechos de los niños”. Es por ello que la Corte consideró constitucionales las limitaciones establecidas en la publicidad por radio y televisión de bebidas alcohólicas, cigarrillo y

³ Corte Constitucional, sentencia C- 665 de 29 de agosto de 2007. Referencia: expediente LAT-301. Revisión oficiosa de la Ley 1109 de 2006 “Por medio de la cual se aprueba el ‘Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco’, hecho en Ginebra, el veintiuno (21) de mayo de dos mil tres (2003)”. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

tabaco, permitida, únicamente, entre las once de la noche y las seis de la mañana del día siguiente, y en los cinematógrafos en la proyección de películas aptas para adultos. En efecto, esto se encuentra conforme con la protección a la niñez y la juventud señalada en los artículos 44 y 45 de la Constitución.

Por lo anterior, las medidas por las que propugna el Convenio pueden considerarse como constitucionalmente válidas y legítimas, teniendo en cuenta, además, que éste reconoce y respeta las decisiones soberanas de los Estados en cuanto al tema de la restricción total o parcial de la publicidad del tabaco.”

Por su parte, los Estados parte del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, en reunión plenaria del 22 de noviembre del 2008, aprobaron la directriz para la debida aplicación de lo dispuesto en el artículo 13 del Instrumento Internacional⁴, respecto del alcance de la prohibición total de la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco, en el sentido de señalar que dicha prohibición debe ser entendida como una cláusula amplia dentro de la cual debe incluirse cualquier tipo de mercadotecnia de venta personal o en línea del producto.

En cuanto a lo concerniente a la exhibición de los productos de tabaco y sus derivados, la directriz es clara en señalar que toda forma de exhibición de productos de tabaco en sí misma es una forma de promoción para su consumo, toda vez que crea la impresión de que el consumo del producto es aceptable y dificulta la posibilidad de que los consumidores dejen el hábito; circunstancia por la que se recomienda a las partes prohibir absolutamente la exhibición y visibilidad de los productos de tabaco en todo punto de venta, incluso los puntos de venta al por menor y los puestos de vendedores ambulantes. Respecto al tema la directiva dispone:

“Venta al por menor y exhibición

12. La exhibición de productos de tabaco en puntos de venta es en sí misma una forma de publicidad y promoción. La exhibición de productos es un medio clave para promover productos de tabaco y el consumo de éstos, inclusive mediante la incitación a comprar productos de tabaco, creando la impresión de que el consumo de tabaco es socialmente aceptable, y haciendo más difícil que los consumidores de tabaco abandonen el hábito.

⁴Documento contentivo de las directrices para la aplicación del artículo 13 (Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco) del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, fijadas por los Estados parte, en la sesión de 22 de noviembre del 2008, publicada en la pagina web: http://www.who.int/fctc/treaty_instruments/article_13_es_r.pdf?ua=1

13. Para asegurarse de que los puntos de venta de productos de tabaco no tengan elementos promocionales, las Partes deberían prohibir absolutamente toda exhibición y visibilidad de productos de tabaco en los puntos de venta, incluidos los puntos de venta al por menor fijos y los vendedores ambulantes. Sólo se permitiría una enumeración textual de productos y sus respectivos precios, sin elementos promocionales. Al igual que todos los aspectos del artículo 13 del Convenio, la prohibición se debería aplicar también en embarcaciones, aviones, puertos y aeropuertos.

14. Las máquinas expendedoras deberían estar prohibidas, porque su sola presencia constituye una forma de publicidad o promoción según el Convenio.

Recomendación

La exhibición y la visibilidad de productos de tabaco en puntos de venta son formas de publicidad y promoción y, por lo tanto, deberían estar prohibidas. Las máquinas expendedoras deberían estar prohibidas, porque su sola presencia constituye una forma de publicidad o promoción.”⁵

Asimismo, para efectos de determinar el alcance de los artículos 15 y 16 de la Ley 1335 de 2009, debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia C-830 de 2010⁶ se pronunció respecto del alcance de la prohibición de la promoción de productos de tabaco y sus derivados, en el sentido de señalar que debe entenderse como publicidad y promoción de tabaco toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial tendiente a promover directa o indirectamente el uso o el producto de tabaco. Asimismo, señala que la publicidad y promoción del tabaco no se limita a las comunicaciones sino a las recomendaciones y acciones, sobre arreglos de venta y/o distribución; formas ocultas de publicidad o promoción; formas de asociación de productos de tabaco con eventos o con otros productos; empaquetado promocional y características de diseño de productos; y producción y distribución de artículos tales como golosinas, juguetes u otros productos que imiten la forma de los cigarrillos u otros productos de tabaco.

“26.3. El artículo 16 de la Ley 1395 presenta una cláusula amplia, la cual prohíbe toda forma de promoción de productos de tabaco y sus derivados. El demandante y algunos intervinientes sostienen que esa cláusula es ambigua, puesto que al no ofrecer el legislador una definición estipulativa sobre el concepto promoción, se llegaría a una fórmula amplia, que prohibiría toda expresión de publicidad de tabaco. La Corte constata que a pesar que el legislador no define qué debe

⁵ Folio 4, del documento contentivo de las directrices para la aplicación del artículo 13 (Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco) del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, fijadas por los Estados parte, en la sesión de 22 de noviembre del 2008, publicada en la página web: http://www.who.int/fctc/treaty_instruments/article_13_es_r.pdf?ua=1

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-830 de 20 de octubre de 2010. Referencia: expediente D-8096. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

entenderse por promoción, el estudio de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en materia de desincentivo al consumo de tabaco ofrece precisiones importantes sobre este concepto, que bien pueden operar como parámetros para la interpretación del precepto. Como se indicó en fundamento jurídico anterior, el artículo 1º-c del Convenio Marco de la OMS para el Control de Tabaco define a la “publicidad y promoción de tabaco” como toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco. En ese sentido, se concluye que la prohibición contenida en el artículo 16 de la Ley analizada debe entenderse como una cláusula amplia, que implica la prohibición total de la publicidad de productos de tabaco, en los términos comprendidos por el CMCT.

Incluso, esta conclusión puede reafirmarse a través de un análisis textual del concepto. Promoción, de acuerdo con su acepción idiomática, refiere al “conjunto de actividades cuyo objetivo es dar a conocer algo o incrementar sus ventas”⁷ de lo que se infiere que el concepto cobija las distintas modalidades de mensaje publicitario. Por lo tanto, el uso por legislador de la expresión “toda forma” implica que se incluyen dentro de la conducta prohibida estas distintas modalidades. Esto se corrobora, a su vez, del análisis de las Directrices para la aplicación del artículo 13 (Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco) del Convenio Marco de la OMS para el Control de Tabaco, adoptadas por la Conferencia de las Partes del CMTC, reunida en la cuarta sesión plenaria del 22 de noviembre de 2008. Según este documento internacional, útil para la interpretación de las normas del Convenio, entre ellas las que imponen deberes de los Estados signatarios, “... tanto la «publicidad y promoción del tabaco» como el «patrocinio del tabaco» abarcan la promoción no sólo de determinados productos de tabaco, sino también del consumo de tabaco en general, no sólo los actos, actividades y acciones que tengan un objetivo promocional sino también las que tengan o puedan tener un efecto promocional, y no sólo la promoción directa sino también la indirecta. La publicidad y la promoción del tabaco no se limitan a comunicaciones, sino que comprenden también recomendaciones y acciones, que deberían abarcar al menos las categorías siguientes: a) diversos arreglos de venta y/o distribución;¹ b) formas ocultas de publicidad o promoción, como la introducción de productos de tabaco o del consumo de tabaco en el contenido de diferentes medios de difusión; c) diversas formas de asociación de productos de tabaco con eventos o con otros productos; d) empaquetado promocional y características de diseño de productos; y e) producción y distribución de artículos tales como golosinas, juguetes u otros productos que imiten la forma de los cigarrillos u otros productos de tabaco.” A su vez, la Directriz identifica algunos ejemplos de arreglos de venta y/o distribución, como planes de incentivos para minoristas, exhibición en puntos de venta, loterías, regalos, muestras gratuitas, descuentos, concursos (que conlleven o no la compra de productos de tabaco) y promociones a modo de incentivos o planes de fidelidad, por ejemplo, entrega de cupones reembolsables a los compradores de productos de tabaco.

⁷ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. 22. a edición. 2001.

En conclusión, la Corte considera que la interpretación que mejor describe el sentido jurídico propio del término promoción y aquella más acorde con el cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado colombiano en materia de control de tabaco, es la de considerarla como equivalente a la prohibición total de la publicidad de productos de tabaco y sus derivados, en los términos descritos en el CMCT.”

4.2. Caso concreto.

Determinado inicialmente el alcance de las normas que la parte actora considera fueron violadas por parte de los actos acusados, procede el Despacho a pronunciarse respecto de la solicitud de suspensión provisional presentada.

Del análisis en conjunto de los actos acusados y los artículos 1 y 13 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, aprobado mediante la Ley 1109 de 2006 y 1, 15 y 16 de la Ley 1335 de 2009 se desprende *a priori* la violación de las normas de carácter superior invocadas como violadas, por las siguientes razones:

El artículo 13 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco aprobado mediante la Ley 1109 de 2006, impone a los Estados parte el deber conforme con los principios que rigen su Constitución, de tomar todas las medidas necesarias encaminadas a la prohibición de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco.

Conforme con lo señalado en la directriz para la debida aplicación de lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco aprobada por los Estados parte, debe entenderse que la exhibición de los productos de tabaco constituyen una forma de promoción para su consumo, circunstancia por la que se recomienda prohibir absolutamente la exhibición y visibilidad de los productos de tabaco en todo punto de venta, incluso los puntos de venta al por menor y los puestos de vendedores ambulantes.

Por su parte, el artículo 16 de la ley 1335 de 2009, prohíbe “*toda forma de promoción de productos de tabaco y sus derivados*”. El alcance de dicha prohibición fue precisado en sentencia C- 830 de 2010 proferida por la Corte Constitucional (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), en el sentido de indicar que la misma debía entenderse en los término establecidos en la directriz para la debida aplicación de lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio Marco de la OMS para el

Control del Tabaco, el cual entiende incluido dentro del concepto de promoción del tabaco, su exhibición y visibilidad en los establecimientos de comercio.

De lo anterior, se pone de presente que no asiste razón a la demandada cuando señala que no puede entenderse el concepto de exhibición dentro del de promoción comoquiera que la Corte Constitucional acogió la interpretación del término "*promoción*" acogida por el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco y su directriz, en donde dentro del término promoción se incluye la exhibición del producto por lo que mal podría la Superintendencia de Industria y Comercio regular el tema de la exhibición de los productos de tabaco, cuando conforme a la normativa nacional e internacional, la misma se encuentra prohibida conforme con los criterios anteriormente expuestos.

Asimismo, no asiste razón a la demandada cuando considera que la solicitud de suspensión provisional de los actos acusados, no fue debidamente sustentada, pues de la lectura de la demanda⁸, se desprende que en el acápite correspondiente a la solicitud del decreto de la medida cautelar se exponen las razones por las que las actoras consideran los actos acusados deben ser suspendidos provisionalmente.

Finalmente se pone de presente a la demandada que comoquiera que la demanda de la referencia fue interpuesta en ejercicio del medio de control de nulidad simple, conforme con lo previsto en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, la suspensión provisional de sus efectos procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, por lo que no es necesario probar perjuicio irremediable alguno.

Fuerza es, entonces, decretar la medida solicitada, en el sentido de suspender los efectos de los actos acusados en lo concerniente a la regulación de la exhibición de los productos de tabaco y sus derivados bajo determinadas condiciones en establecimientos de comercio.

En virtud de lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

⁸ Folios 34 a 40 del cuaderno de medida cautelar.

RESUELVE:

Primero. DECRETASE la suspensión provisional de los efectos las Circulares Externas número 005 de 2012 (27 de enero) y 011 de 2012 (23 de marzo) expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, respecto la regulación de la exhibición de los productos de tabaco y sus derivados bajo determinadas condiciones en establecimientos de comercio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Tiénese al abogado Luis Carlos Beltrán Rojas como apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio, conforme con los documentos visibles a folios 59 a 62 del expediente.

Notifíquese y cúmplase.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Consejera de Estado