

PRODUCTOS DE TABACO – Requisitos de empaquetado y etiquetado. CAJETILLA DE CIGARRILLO - Control / MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL – Competencia integral para revisar empaques o cajetillas de cigarrillos / PRINCIPIO DE LA REVISION INTEGRAL – Aplicación

Ante las restricciones legalmente impuestas al tabaco, resulta procedente que el Ministerio de Salud y Protección Social, como autoridad sanitaria a cargo de la política pública del sector salud revise todos los elementos de los empaques y etiquetas de los productos; no hacer un ejercicio integral indicaría que las empresas productoras y comercializadoras podrían introducir elementos de carácter promocional o publicitario, lo cual está prohibido por la legislación colombiana, al tenor de lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009, en concordancia con el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, o introducir frases que no sean coherentes con las advertencias y pictogramas, es decir, que las desdibujen y las hagan ineficaces y sería una pugna entre la advertencia y el lema comercial, de manera que este último neutralice los efectos del primero [...] En manera alguna sería lógico que el Ministerio, en el caso del cigarrillo y demás derivados del tabaco, no hiciera un estudio previo integral de la simulación del etiquetado y empaque de los cigarrillos y se limitara a revisar las advertencias y pictogramas, permitiendo que se produzcan y salgan al mercado con mensajes ambiguos o no armónicos, como tampoco lo sería que el control se hiciera únicamente de manera posterior, cuando ya están en el mercado, como pretende entenderlo la actora. Entonces, en otras palabras, considera la Sala que los empaques y etiquetas de tabaco y sus derivados no deben ser ambiguos, por ello, como lo dispone la ley, antes de que se produzcan y comercialicen los productos, las empresas deben enviar al Ministerio de Salud y Protección Social con anticipación una simulación de éstos, para un control previo, precisamente para prevenir que en un control posterior realizado por las entidades competentes, se establezca que existen elementos que constituyen publicidad que alienta y estimula su consumo o sea engañosa, y se inicie un procedimiento administrativo que puede culminar en una sanción.

CAJETILLA DE CIGARRILLO – Uso de mensajes publicitarios prohibidos / PRODUCTOS DE TABACO - Prohibición total de publicidad, promoción y patrocinio / DERECHO A LA SALUD – Protección

Al examinar las expresiones que se prohibieron en los actos acusados, a saber, “Click & On”, “Click & Roll”, “Krystal Frost”, “Filter Kings” y “Frozen Nights”, la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en el acto que resolvió el recurso de apelación en el sentido de que “el examen exige una confrontación con aspectos lingüísticos, sociológicos, de mentalidad e idiosincrasia que determinan la conducta en el individuo y estimulan una pulsión hacia el consumo” considera que constituyen claros ejemplos de mensajes publicitarios prohibidos, pues tanto en su idioma inglés, como en su traducción al español, son persuasivos, incentivan al público para consumir los cigarrillos, razón suficiente para que el Ministerio de Salud y Protección Social hubiera prohibido su impresión en los empaques y etiquetados definitivos, pues sí expresan dominio, enrolarse en un status o dejarse absorber, operación electrónica y sentir sensaciones de frescura y placer; no hay claridad en la información y por lo tanto son engañosas, y no se está pensando en los efectos y riesgos que produce su consumo [...] Indudablemente las expresiones prohibidas tienen el efecto o posible efecto de promover el consumo de cigarrillo, como lo ha expresado y explicado el Ministerio de Salud y Protección Social, por lo cual no existe censura, porque dichos mensajes publicitarios desconocen la prohibición total de publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco, contemplada en la Ley 1335 de 2009, ya que llaman la atención e incitan a su

consumo, tanto en su expresión en inglés como en español; además permitirlo no sería coherente con las campañas educativas de que trata la misma Ley.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN – Deber legal de explicarlo

Mediante escrito de 18 de junio de 2013, la demandante en tiempo y de conformidad con el artículo 173 del C.P.A.C.A., reformó la demanda y agregó otro cargo que denominó “Violación del principio de igualdad”, frente al cual solamente adujo “Mi representada ha recibido un tratamiento desigual respecto de solicitudes similares hechas por otras compañías”, y solicitó que la demandada enviara unas pruebas que se encuentran en el expediente, empero, como lo afirma la entidad demandada en la contestación de la reforma de la demanda, no desarrolló el cargo ni mucho menos lo fundamentó; lo mismo ocurrió en las audiencias inicial y de pruebas que se realizaron en la primera instancia; sin embargo, es de tener en cuenta que tanto el Ministerio de Salud y Protección Social como el a quo, enfatizaron en que en otros casos se ordenó el retiro de las expresiones que estimulaban el consumo de cigarrillo. Ahora, lo cierto es, como lo expresó la sentencia apelada, que la parte actora no expuso ninguna argumentación que sustentara el cargo de nulidad, como lo exige en forma puntual y expresa el numeral 4 del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, es decir que incumplió con el deber legal de explicar el concepto de violación.

FUENTE FORMAL: LEY 1335 DE 2009 / LEY 1109 DE 2006 / RESOLUCION 003961 DE 2009 / CONVENIO MARCO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO – ARTICULO 1 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 162

NORMA DEMANDADA: No aplica

NOTA DE RELATORIA: Ver sentencias C-830 de 20 de octubre de 2010, MP Luis Ernesto Vargas Silva de la Corte Constitucional que declaró exequible, entre otros, el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009; C-256 de 27 de mayo de 1998, MP Fabio Morón Díaz sobre la prevalencia de los tratados de derechos humanos; y C-507 de 21 de mayo de 2008, MP Jaime Córdoba Triviño con respecto al principio de progresividad. Y del Consejo de Estado Sección Primera sentencia de 17 de septiembre de 2015, Radicado 2008-00152-00, CP María Elizabeth García González, en relación con que un error de la administración no puede implicar una cadena de errores so pretexto de proteger el principio de igualdad.

NOTA DE RELATORIA: Síntesis del caso: La sociedad **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra el Ministerio de Salud y Protección Social para obtener la nulidad de las comunicaciones números. 2100000-7742 de 1º de febrero de 2012 y 21000000-74028 de 13 de abril de 2012, y el oficio núm. 116613 de 5 de junio de 2012, mediante los cuales no se autorizó la comercialización de los empaques de cigarrillos utilizando las expresiones “Click & On”, “Click & Roll”, “Krystal Frost”, “Filter Kings” y “Frozen Nights”. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la sociedad actora. La sentencia fue confirmada por la Sala.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00607-01

Actor: BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S

Demandado: MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL

Referencia: APELACION SENTENCIA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 24 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección "B", que denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la actora.

I. ANTECEDENTES.

I.1- La sociedad **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de Procedimiento Administrativo, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

PRINCIPALES.

1. Son nulas las comunicaciones núms. 2100000-7742 de 1º de febrero de 2012 y 21000000-74028 de 13 de abril de 2012, y el oficio núm. 116613 de 5 de junio de 2012, expedidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.

2. A título de restablecimiento del derecho se ordene al Ministerio de Salud y de Protección Social autorizar la comercialización de los empaques presentados por la sociedad en su forma original y pagar todos los perjuicios patrimoniales debidamente indexados, causados con la expedición de los actos demandados.

3. Se condene en costas a la entidad demandada.

4. Disponer que sobre las condenas que se impongan en la sentencia, se causen intereses comerciales moratorios previstos en el artículo 177 del C.C.A., desde la ejecutoria del fallo hasta cuando se verifique su pago efectivo.

SUBSIDIARIAS.

1. Declarar que con las comunicaciones núms. 2100000-7742 de 1º de febrero de 2012 y 21000000-74028 de 13 de abril de 2012, y el oficio núm. 116613 de 5 de junio de 2012, expedidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, se le causó un daño antijurídico.

2. A título de restablecimiento del derecho se ordene al Ministerio de Salud y de Protección Social pagar todos los perjuicios patrimoniales debidamente indexados, causados con la expedición de los actos demandados.

3. Se condene en costas a la entidad demandada.

4. Disponer que sobre las condenas que se impongan en la sentencia, se causen intereses comerciales moratorios previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A., desde la ejecutoria del fallo hasta cuando se verifique su pago efectivo.

I.2- La parte actora señaló, en síntesis, los siguientes hechos:

Que en cumplimiento de la Resolución núm. 3961 de 2009, artículo 6º, desde el año 2010 ha presentado los correspondientes empaques de cigarrillos ante el Ministerio de Salud y Protección Social, lo que ha generado diferentes decisiones por parte de la entidad que al principio aprobaba sus empaques sin observaciones y luego empezó a negarlos, variando su posición anterior, por lo que se interpuso la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por la negativa de aprobar unos empaques con lemas cuya titularidad es de la sociedad para el período 2011-2012, expediente núm. 2011-00529-01 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B.

Que el 2 de enero de 2012, presentó ante el Ministerio de Salud y Protección Social, la solicitud de aprobación de las artes de las advertencias sanitarias de los empaques de cigarrillo, adjuntando las correspondientes simulaciones para el período comprendido entre el 21 de julio de 2012 y el 20 de julio de 2013.

Relató que mediante comunicación núm. 2100000-7742 de 1º de febrero de 2012, el Director de Promoción y Prevención del Ministerio de Salud y Protección Social, decidió no aprobar algunas simulaciones sobre las cuales hizo observaciones y en otros casos ordenó retirar unas expresiones porque la información que contenían era violatoria del artículo 16 de la Ley 1335 de 2009, en concordancia con su artículo 13, retomado en el artículo 5º de la Resolución núm. 3961 de 2009, según el alcance de la sentencia C-830 de 2010 de la Corte Constitucional.

Que contra la anterior decisión interpuso oportunamente el recurso de reposición y en subsidio el de apelación argumentando: falta de competencia, censura, expropiación y violación de la confianza legítima.

Que el recurso de reposición fue decidido por el mismo funcionario mediante comunicación núm. 21000000-74028 de 13 de abril de 2012, confirmando la decisión, argumentando, que la entidad es competente para realizar un análisis integral de las simulaciones de etiquetado y empaquetado de productos de tabaco, así como lo es el funcionario que expidió el acto; que el Ministerio aplica un sistema de “interpretación sistemático” de diversas normas; que la negativa de aprobar las expresiones “Click & On”, “Click & Roll”, “Krystal Frost”, “Filter Kings” y “Frozen Nights”, constituyen claros ejemplos de “publicidad engañosa”, porque dichas expresiones no son características intrínsecas de los productos como pretende hacerlo ver el recurrente.

Que, además, sobre los argumentos de la sociedad en relación con la censura y con la expropiación sin indemnización, sostuvo el Ministerio que unos de esos registros marcarios eran posteriores a las normas de control de publicidad y por tanto “irregulares”, y en cuanto a los derechos marcarios concedidos con anterioridad, la entidad sostuvo que prevalecen los tratados de derechos humanos sobre las normas comunitarias; finalmente se concedió el recurso de apelación.

Explicó que simultáneamente a la formulación del recurso y, sin que estuviera renunciando a sus argumentos de inconformidad en vía gubernativa y sede judicial, presentó nuevas simulaciones con las restricciones impuestas por la entidad, porque de no hacerlo, podría no contar con nuevos empaques aprobados para el nuevo período.

Que, a su turno, mediante el oficio núm. 116613 de 5 de junio de 2012, el Viceministro de Salud y Prestación de Servicios, confirmó la decisión, sin añadir ningún otro argumento, el cual fue notificado personalmente al día siguiente.

Anotó que estando dentro del término de ley, presentó solicitud de conciliación extrajudicial, la cual culminó con la certificación de no acuerdo de 4 de octubre de 2012.

I.3- Consideró que se incurrió en violación de los artículos 1º, 4º, 6º, 20 y 58 de la Constitución Política; 13, párrafo 1º, 26 y 33 de la Ley 1335 de 2009 y 6º de la Resolución núm. 3961 de 2009.

Explica así los cargos:

1. Falta de competencia y violación del principio de legalidad.

Estima que el Ministerio de Salud y de la Protección Social no tiene competencia para controlar la información contenida en la totalidad del empaque de cigarrillos, pues ésta es específica para controlar las frases de advertencia y pictogramas que ocupan el 30% del empaque, tal como lo prevén los artículos 13 de la Ley 1335 de 2009 y 6º de la Resolución núm. 3961 de 2009.

Que lo anterior implica que la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de Salud y Protección Social no ostenta una competencia general para controlar el resto del contenido de la información que se encuentra en el empaque, es decir, que la aprobación de los pictogramas y advertencias nada tiene que ver con el resto de la información sobre la cual la sociedad tiene legítimamente el derecho de transmitir en el empaque.

Consideró que la entidad no tiene competencia para controlar el cumplimiento de las prohibiciones contenidas en los artículos 13 de la Ley 1335 de 2009 y 5º de la Resolución núm. 3961 de 2009, toda vez que dicha competencia la tiene la

autoridad de policía, según los términos de los artículos 26 y 33 de la ley citada, pues el control fijado por la ley para los asuntos relacionados con la promoción son posteriores a la comercialización y no dentro del proceso de aprobación de pictogramas y, por ello, son las normas contenidas en el Código de Policía las que rigen el procedimiento en caso de que se haya presentado una violación a las prohibiciones.

Que, además, el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición fue expedido por el Director de Promoción y Prevención, cuando la competencia fue asignada expresamente a la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social, a través de la Resolución núm. 3961 de 2009, y además, el artículo 16 del Decreto 4107 de 2011, no le asignó a la Dirección de prevención ninguna de las funciones que ahora pretende ejercer.

Considera que si en gracia de discusión se aceptara que la competencia ha sido ejercida correctamente, la valoración que ha hecho es desproporcionada e irrazonable, porque las características intrínsecas de los productos, no son publicitarias ni promocionales y deben ser transmitidas a los consumidores de forma obligatoria, por las siguientes razones:

. La expresión "Click & On", describe un nuevo mecanismo en los cigarrillos que le permite al fumador oprimir la cápsula ubicada en el filtro del mismo, para liberar el contenido adicional de mentol, por tanto, la expresión "ON" no pretende, como lo juzga el Ministerio, informar que se pretende "avivar un sentimiento o pasión"; que a este sistema se le denomina "featuring convertible", porque se trata de una nueva presentación; anota que la pésima traducción hecha por la entidad sobre la palabra "featuring" es demostrativa de su arbitrariedad.

. La expresión "Click & Roll" describe un nuevo mecanismo en los cigarrillos que le permite al fumador oprimir la cápsula ubicada en el filtro, luego hacer presión con el mismo, girar el cigarrillo para esparcir el contenido de mentol de la cápsula, de manera que convierte un cigarrillo normal en uno de mentol, luego no se trata de "enrolar", como lo sugiere el Ministerio, expresión por demás ajena a las reglas de mercadeo de la compañía, que es totalmente consciente de que el consumo debe ser responsable.

. La expresión "Krystal Frost", que tiene la correspondiente protección marcaria, no puede entenderse en el sentido de que al fumarse, el cuerpo reduce su temperatura.

. La expresión "Filter Kings" es técnica, que se refiere a las calidades del producto, en el sentido de destacar el sistema de filtro ínsito en el cigarrillo, y la palabra King sólo genera el efecto en el consumidor de reconocer una de las características especiales del producto que consume.

. La expresión "Frozen Nights", además de referirse a las características del producto, en ninguna parte infiere o señala expresamente que debe ser consumida en épocas de frío, porque si así fuera no se vendería en la Región Caribe.

2. Censura. Expropiación.

Considera que el Ministerio no tiene control ilimitado y está impidiendo a la sociedad transmitirle al público mensajes legítimos que describen las calidades del producto y, además, hace una expropiación sin indemnización, ya que la mayoría de la información se refiere a lemas comerciales anteriores a las nuevas

regulaciones sanitarias y cuenta con autorizaciones administrativas del mismo Estado Colombiano, que reconoce su propiedad privada y la posibilidad de su uso.

3. Violación al principio de confianza legítima.

A través de PROTABACO S.A.S. y de la sociedad, se ha presentado tres veces a la Dirección General de Salud Pública del Ministerio, la solicitud de aprobación de las artes de advertencias sanitarias de los empaques de cigarrillo de su titularidad, las cuales fueron aprobadas para el período anual de julio de 2010 a julio de 2011 y julio de 2011 a julio de 2012, así como todas las etiquetas de todos los empaques de cigarrillos, en las cuales aparecían las frases ahora cuestionadas.

Que la Administración cambió bruscamente su posición contradiciendo sus propios actos; que si los actos fueron permisivos, tolerantes y reiterados, dieron expectativas de duración de una norma; debe ser protegido por el Estado en virtud de los principios de la buena fe, la legítima confianza y la seguridad jurídica, según lo ha interpretado la Corte Constitucional; que en este caso dichos principios fueron quebrantados porque los actos acusados lesionaron la confianza legítima que había depositado en el actuar de la Administración sobre la interpretación y alcance de las disposiciones de la Resolución núm. 3961 de 2009 y de las etiquetas.

4. Violación al principio de igualdad.

Señala que ha recibido un tratamiento desigual respecto de solicitudes similares hechas por otras compañías.

I.4- CONTESTACION DE LA DEMANDA.

El Ministerio de Salud y Protección Social se opuso a las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos:

Consideró que las razones jurídicas de la actora desconocen el devenir institucional de la entidad en lo que se refiere al proceso de implementación del primer tratado internacional de salud pública jurídicamente vinculante, como lo es, el Convenio Marco para el Control del Tabaco del año 2003 – CMCT de la OMS 2003, de la Organización Mundial de Salud.

Que en el anterior sentido el país ya desarrolló un análisis sobre la importancia del control del consumo de tabaco como factor de riesgo atribuible a las enfermedades crónicas no transmisibles, en los debates de las Leyes 1109 de 2006 y 1335 de 2009, cuando el Congreso definió que era necesaria la estricta regulación del tabaco y estableció los instrumentos más eficaces para la efectiva implementación de las medidas de intervención propuestas; que este proceso ha venido decantándose con apoyo de la sociedad civil organizada, las sociedades científicas y con base en documentos técnicos de la OMS.

Considera que la evaluación de pérdidas pecuniarias y la presunta afectación alegada por la actora es el resultado de un análisis financiero y privado que implica un enfoque descontextualizado del ciclo económico y que dista de la que le corresponde hacer al Estado, es decir una evaluación económica, social y pública que involucre todos los costos que el consumo de este producto implica para la sociedad: la muerte, la muerte prematura, la enfermedad y la discapacidad, lo que supone los costos de atención en salud que son financiados con los recursos del Presupuesto General de la Nación, con impuestos generales, los recursos de las entidades territoriales desde sus ingresos corrientes y los

aportes a la seguridad social que hacen los ciudadanos; que estos costos son crecientes, evitables y no sostenibles para el sistema, de no lograrse un control efectivo del consumo y exposición al tabaco.

Anotó que todas las medidas diseñadas en el Convenio Marco tienen como fin reducir el consumo y la exposición al tabaco, por tanto no se deben estimar pérdidas comerciales por parte de una industria que produce y comercializa el producto, pues esta es una consecuencia circunstancial de la Ley.

Expone como argumentos a favor de las medidas tomadas las siguientes:

Que en virtud de la Constitución Política, es el ente rector en materia de salud correspondiéndole la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Salud y del Sistema General del Seguridad Social en Salud, así como dictar normas técnicas, administrativas y científicas de obligatorio cumplimiento para el sector; el Decreto 4107 de 2011 *“Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social”*, en su artículo 1º fijó como objetivo dentro del marco de sus competencias, formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública y promoción social en salud.

Las implicaciones del consumo de tabaco sobre la salud humana.

A partir de los años 50 se han publicado estudios que muestran la asociación entre el consumo de tabaco y la presencia de enfermedades que identifican la clara asociación entre el carcinoma de pulmón y el hábito de fumar, mostrando que este efecto varía de acuerdo con la cantidad fumada; así mismo mencionan

que una parte de la mortalidad se debe al carcinógeno en el humo del tabaco que se introduce en su cultivo o preparación.

Que dichos estudios explican que el consumo de cigarrillo e inhalar el humo han sido un factor importante en el aumento de carcinoma broncogénico, bronquitis crónica, cáncer de pulmón y del tracto respiratorio superior y digestivo superior, tuberculosis pulmonar, enfermedades coronarias sin hipertensión, úlcera péptica, cirrosis de hígado y alcoholismo, infarto al miocardio, entre otras enfermedades; que los estudios sugieren que no existe un nivel seguro de consumo de cigarrillos y que también es notable la reducción de la mortalidad que sigue al abandono del hábito de fumar.

Señaló que a partir de los estudios se ha demostrado la clara asociación que existe entre el consumo de tabaco y la aparición de enfermedades, que han soportado la implementación de políticas públicas para el control del tabaco, lideradas por la Organización Mundial de la Salud – OMS y recientemente, por la Organización de Naciones Unidas – ONU con la Declaración Política de la Reunión de Alto Nivel de Nueva York, de la cual Colombia es signataria.

Anotó que se estima que la mayor parte de fumadores en el mundo iniciaron el consumo antes de los 18 años, y de éstos el 25% lo inició antes de los 10 años y es preocupante el mercadeo agresivo de las tabacaleras que ha llegado a los jóvenes por medios de fácil acceso, como vallas publicitarias, películas, internet, revistas, eventos musicales y deportivos; que la industria del tabaco ha promocionado los cigarrillos a las mujeres por medio de imágenes seductoras pero falsas, de vitalidad, esbeltez, emancipación, refinamiento y atractivo sexual.

Indicó que en Colombia se han realizado diversos estudios para conocer la magnitud del consumo de tabaco en la población, que han aportado a la construcción y orientación de acciones en salud pública y además existen estadísticas de mortalidad atribuibles al consumo de tabaco; frente a la mortalidad registrada en el año 2009 por el DANE, se evidenció que 13.759 personas murieron a causa del consumo de tabaco, lo que representa el 14,3% de la mortalidad en Colombia.

Advirtió que mientras la actividad de la producción de tabaco genera altos ingresos a la industria, representa un elevado costo para el sistema de salud y de las familias de personas fumadoras, de lo que se concluye que la pretensión de la industria es desproporcionada y parcializada, pues es netamente financiera; que los costos unitarios y totales comparados frente al beneficio, indican que éste es absolutamente menor.

Frente a la publicidad y el consumo de tabaco, la entidad, soportada en diferentes estudios que cita, expresó:

Que se reconoce que el efecto de la publicidad del tabaco y su consumo, influye en la actitud de los adolescentes no fumadores y los hace propensos a probar el cigarrillo.

Se identificó que los estímulos externos, como la publicidad relacionada con el tabaco, provocan ansiedad y reactividad neuronal principalmente en fumadores moderadamente dependientes, y que la actividad neuronal en los fumadores con alta dependencia es probablemente desencadenada por estímulos internos, como el síndrome de abstinencia, pero no obstante, la publicidad parece afectar

igualmente a los fumadores y no fumadores, incrementado el peligro especialmente para los no fumadores.

Que se ha concluido que las comunicaciones de los medios juegan un papel importante en la formación de conocimiento, opiniones, actitudes y conductas relacionadas con el tabaco; la publicidad del tabaco ha estado dominada por tres temas, a saber: la provisión de satisfacción (frescura, sabor y suavidad), el apaciguamiento de las inquietudes acerca de los peligros de fumar, y el establecimiento de relaciones entre el hábito de fumar y algunas condiciones deseables (independencia, éxito social y atracción sexual); apuntan a diversos grupos de población hombres, mujeres, jóvenes, adultos, clase trabajadora, estudiantes etc., para incentivar el consumo; existe una relación causal entre la publicidad y promoción del cigarrillo y su mayor consumo.

Que entonces los fundamentos para implementar una prohibición integral de la publicidad y la promoción del tabaco incluyen: las consecuencias de su consumo para la salud; la naturaleza engañosa de varias campañas de promoción; la inevitable exposición de los jóvenes a estas campañas; el rol de la publicidad en el incremento del consumo en la población, especialmente entre los jóvenes, las mujeres y las minorías étnicas; la incapacidad de la industria tabacalera para autoregular eficazmente sus prácticas de marketing y la ineficacia de las prohibiciones parciales.

Aseveró la entidad que la intervención más efectiva para lograr una disminución en el consumo de tabaco es el aumento de los impuestos, seguida por la restricción de la publicidad, sobre todo en el empaque, es decir, en la presentación del producto, incluyendo características como descriptores, color y logo; diseño funcional como tamaño, forma y mecanismo de apertura de la

cajetilla; que para la industria el paquete atrae la atención, describe el producto y ayuda en la selección de la marca, por lo que es clave para la promoción del tabaco y debe estar sujeto a control.

Explicó, soportado en estudios, que entre las restricciones que se pueden lograr en la cajetilla se encuentran: textos e imágenes de advertencia que ocupen por lo menos el 50% de la cajetilla; que los textos de marca sean uniformes entre las empresas tabacaleras; que el color de la cajetilla sea uniforme, que el nombre de la marca tenga una restricción por tamaño, y que se evite utilizar nombres como “light”, que engañan al consumidor haciéndolo pensar que el efecto tóxico es menor.

Que Colombia no es ajena al consumo de tabaco y exposición al humo, por tal razón, el Ministerio amparado en la evidencia científica, debe recoger la normatividad que sobre el control del tabaco se encuentra presente en el ordenamiento jurídico colombiano y de esta forma demostrar que la actuación relativa a la solicitud de retiro de frases promocionales del etiquetado de las referencias en controversia, es ajustado a derecho y prueba del cumplimiento de los compromisos internacionales, en concordancia con la Ley 1109 de 2006, la Ley 1335 de 2009 y demás normas concordantes.

Resaltó que en desarrollo de principios constitucionales, se establece una protección reforzada a ciertos sectores de la población como los niños y los adolescentes, y por lo tanto, las medidas tendientes a desincentivar el consumo de tabaco van dirigidas especialmente a este grupo, por ser el más propenso estadísticamente al consumo de tabaco.

Que, además, en un Estado Social de Derecho el concepto de salud pública tiene un carácter esencial porque se busca prevenir la enfermedad, prolongar la vida, promocionar y mantener la salud mental, física y social y la rehabilitación ocupacional a través de esfuerzos organizados de la sociedad en los distintos niveles para el saneamiento del medio ambiente, control de las enfermedades transmisibles, educación en higiene personal, organización de los servicios médicos y de enfermería y el desarrollo de la maquinaria social para asegurar a cada uno de los ciudadanos un estándar de vida adecuado para el mantenimiento de la salud.

Explicó que la facultad de intervención es amplia, porque si bien existe la libre actividad económica y la iniciativa privada, el Estado puede racionalizarla en los servicios públicos y privados con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, como lo ha señalado la Corte Constitucional; que la Constitución Política no solo permite sino que ordena la intervención, la cual se ubica en un contexto de tensión entre dos criterios valorativos, el libre mercado y la libertad de empresa, de una parte, y el derecho a la vida, la integridad física y la salud, de la otra; que la intensidad de la intervención se refuerza con la serie de compromisos internacionales asumidos por el Estado Colombiano en materia de protección de la salud.

Que de conformidad con la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones, la labor de dirección en el sector salud se expresa de muchas maneras; es así como enuncia los principios básicos del sistema, como son los de equidad, obligatoriedad, prevención y calidad.

Adujo que dentro del contexto anterior, en donde la labor de los Estados no puede ser pasiva, en cuanto impacta la política en salud, la Organización Mundial

de la Salud ha recomendado medidas para hacer frente a la epidemia de tabaquismo y desarrollar los compromisos adquiridos en el Convenio Marco, que se conoce como el Plan de medidas IMPOWER, que cumplidos conjuntamente, evitarán que las personas jóvenes se inicien en el hábito de fumar; ayudará a los actuales fumadores a abandonarlo, protegerá a los no fumadores de la exposición del humo ajeno y liberará a los países y a toda la población del daño que causa el tabaco, más aún en la población pobre.

Dichas medidas incluyen: vigilar el consumo de tabaco y las políticas de prevención; proteger a la población de la exposición al humo del tabaco, como sería disponer de lugares sin humo de tabaco; ofrecer ayuda para dejar de consumir tabaco; advertir de los peligros del tabaco, especialmente en los paquetes, de forma gráfica y además prohibir expresiones que indiquen que un determinado producto de tabaco es menos perjudicial que otro; hacer cumplir las prohibiciones sobre publicidad, promoción y patrocinio; elevar los impuestos al tabaco.

Para el caso concreto, explicó que de conformidad con lo expuesto, la entidad sí tiene competencia para la evaluación integral del empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco y sus derivados.

Adujo que la Ley 1335 de 2009, que constituye un desarrollo del Convenio Marco, destaca los mecanismos para el control del tabaco y sus derivados, en cuanto a su consumo, venta, publicidad, promoción y patrocinio, programas de salud y educación y sanciones, por lo que los actos administrativos acusados no desconocen el principio de legalidad y fueron proferidos conforme a la facultad prevista en dicha Ley, en la Resolución núm. 3961 de 2009 y en la normatividad vigente sobre el control del tabaco reconocida por Colombia a través de la Ley

1109 de 2006, de modo que el Ministerio de Salud y Protección Social es la autoridad que define las políticas en materia de regulación de consumo de tabaco, en concordancia con las funciones dirigidas a la protección integral del derecho a la salud de la población.

Que el artículo 13 de la Ley 1335 de 2009, sobre el empaquetado y etiquetado del tabaco o sus derivados dispuso que el Ministerio dentro de los tres meses siguientes a su entrada en vigor, procedería a reglamentarlo, por lo cual expidió la Resolución núm. 3961 de 2009, en la que si bien se regula el tema de las advertencias, también se regula el tema de las prohibiciones, por lo cual cuando realiza la revisión previa del producto que se va a comercializar, debe verificar los elementos previos; explicó que, por ejemplo, no es coherente que en la cajetilla coexista una persona al borde de la muerte o aquejada de alguno de los males que produce el consumo de tabaco, con la expresión “disfrute”, de la misma manera que no puede competir con frases o expresiones que, por el contrario, incentivan el consumo.

Insiste en que no puede perderse de vista que las cajetillas de los cigarrillos constituyen un instrumento fundamental para su promoción, especialmente en países donde existen fuertes restricciones publicitarias por televisión, radio y medios escritos, por lo que la tarea de la entidad consiste en determinar en cada caso los efectos que produce en los consumidores.

Consideró que lo anterior está estrechamente asociado con el derecho a saber y estar informado, lo que encuentra sustento en la protección al consumidor establecida en la Ley 1480 de 2011, de manera que si se pretende que el lenguaje de la advertencia sea efectivo, debe ser confrontado con el entorno mismo de la cajetilla, de lo contrario puede generar ambigüedad.

Precisó que se debe diferenciar entre el control previo que se realiza en la entidad y el control posterior que corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Aclaró que si bien la Resolución núm. 3961 de 2009 alude a la entonces Dirección General de Salud Pública, prevista en el artículo 19 del Decreto-Ley 205 de 2003, la Dirección de Promoción y Prevención asumió sus atribuciones en lo que tiene que ver con la prevención, control y comunicación de los riesgos de enfermedades no transmisibles y salud ambiental, entre otros aspectos, tal y como se infiere del artículo 16 *ibídem*.

Finalmente aseveró que lo que debe incluir la cajetilla tiene que ver no solo con la advertencia en sí sino con la correspondencia de los textos que se incorporen y que en todo caso la revisión técnica que realiza comprende todos los aspectos que integran el empaque y la etiqueta, y es tan rigurosa que el legislador exigió la verificación de aspectos como el tipo de letra, la ubicación, el porcentaje, lo que refleja el carácter altamente reglado.

Respecto a la censura y expropiación invocada por la actora, señaló que el control previo que realiza la entidad respecto de las simulaciones de etiquetado y empaquetado le permite solicitar el retiro de cualquier elemento publicitario y/o promocional presente, incluyendo lemas y marcas en cuanto no se afecte el derecho de propiedad sobre ellas sino su uso, ante la protección de derechos superiores como la vida y la salud.

Argumentó que la Corte Constitucional en la sentencia C-830 de 2010, señaló que la publicidad comercial de productos de tabaco, puede ser objeto de

limitación por parte del Estado, porque existen razones de salud pública, sin que pueda concluirse que una regulación de esta naturaleza coarta el derecho a la información.

Que la salud es un derecho fundamental que prevalece sobre la libertad de expresión, por lo cual la figura de la expropiación no es aplicable en este caso, bajo el entendido de que en ningún momento ha adquirido el derecho de dominio sobre los lemas comerciales de la sociedad actora, pues son de su propiedad; que simplemente lo que se pretende con su retiro de los empaques de cigarrillos es la protección de los consumidores y no consumidores de un producto altamente nocivo para la salud.

Precisó que además en el ordenamiento jurídico colombiano la propiedad y la actividad empresarial tienen una función social que implica obligaciones.

Que en el caso concreto, las frases y elementos registrados como marcas mixtas y nominativas, que debieron ser retirados de las cajetillas, no constituyen calidades del producto, argumento que fue utilizado por la actora para rebatir las decisiones de la entidad en la vía gubernativa. Sobre dichas expresiones, la entidad señaló:

. Click & On. El vocablo "on" es universalmente conocido como encendido para cualquier dispositivo electrónico y no es propio ni natural de un cigarrillo y, el término "click" necesariamente alude a la acción previa para encender y tampoco tiene correspondencia con el acto de fumar; esta presentación promueve un atributo que, además de ser ajeno al acto de fumar, incentiva el uso a los menores de edad porque es más propensa a usar productos saborizados y consideran que son menos adictivos; con la activación del mecanismo se libera el

sabor mentolado del cigarrillo, característica que es ajena a las propiedades intrínsecas del cigarrillo; que además se resalta una imagen con un claro contenido tecnológico dirigido a la población joven.

. Click & Roll. Son expresiones ajenas al cigarrillo y están relacionadas con el efecto de dejarse envolver en una actividad una vez es accionado u oprimido el botón que libera el mentol y está relacionado con la socialización que entraña el inicio de la adicción al tabaco, lo cual resulta atractivo a los menores y los jóvenes.

. Krystal Frost. En este caso la actora se limita a indicar que la interpretación del Ministerio es irrazonable pero no formula una posibilidad interpretativa; en realidad ni cristal ni la escarcha que se forma en algunas neveras (no frost), tienen alguna afinidad con el cigarrillo; las expresiones tienen un propósito ajeno al acto de fumar que es esencialmente cálido; la expresión destaca el frío, la frescura, lo helado.

. Frozen Nights. Al igual que en el caso anterior, no existe relación ni referente intrínseco que permita alguna afinidad con el cigarrillo; la expresión destaca el frío, la frescura, lo helado.

. Filter Kings. Tampoco en este caso hay una propiedad del tabaco que se destaque; se ignora cómo los Reyes se asocian al tabaco, salvo que se realicen relaciones culturales o sociales u otros aspectos que son propios del tabaco.

Concluye en que si se repara en las mencionadas palabras para caracterizar el producto, difícilmente podría pensarse que describen a un cigarrillo, producto del tabaco o algo que se le asemeje; están relacionadas con frases como actividad,

frialdad, transparencia, dominio o predominio, operación electrónica, atributos que pueden ser considerados como antagónicos a esta clase de mercancías, pero que son utilizadas constantemente en la estrategia publicitaria.

. Respecto de la presunta vulneración de la confianza legítima, señaló que las medidas de salud pública utilizadas para la implementación de la política de control de tabaco son progresivas y su aplicación se encuentra sustentada en la evolución de la evidencia científica mundial y de las buenas prácticas que otros países han implementado, de conformidad con el ordenamiento jurídico y los instrumentos de protección del derecho a la salud.

Explicó que el artículo 13 de la Ley 1335 de 2009, que desarrolla el tema del etiquetado y empaquetado de productos de tabaco, establece que la periodicidad en la rotación de las advertencias sanitarias “se hará como mínimo anualmente según la reglamentación que expida el Ministerio de la Protección Social”, lo cual es reiterado por el artículo 3º de la Resolución núm. 3961 de 2009.

Que, entonces, las advertencias sanitarias contenidas en los empaques de cigarrillos deben ser rotativas anualmente, y el Ministerio procede a revisarlas y efectúa el control acerca de cada referencia, proceso que implica tanto la verificación de los requisitos formales de advertencia como la revisión de frases, elementos pictográficos, figurativos, logos y todos aquellos elementos que puedan constituir publicidad o promoción del tabaco y que afecten el impacto del mensaje publicitario.

Concluye que entonces la garantía de la confianza legítima en las actuaciones entre los particulares y la Administración, no impone a ésta la imposibilidad de adoptar cambios en la legislación o en las estrategias de implementación de

políticas públicas que resulten ser una mejor adecuación del texto constitucional, luego las disposiciones acusadas no resultan sorprendidas ni excesivas respecto de los derechos de la parte actora, en tanto existe una legislación que permite la adecuación de los productos derivados del tabaco a las nuevas circunstancias de hecho y de derecho relacionadas con la salud pública a nivel mundial.

. En relación con el cargo relacionado con el derecho a la igualdad, incluido en la reforma de la demanda, advirtió que la actora no expuso ninguna razón que le sirviera de sustento; trajo a colación que mediante oficio de 4 de febrero de 2013, solicitó el retiro de las expresiones “ice press” y “presiona el filtro y activa la cápsula ice ball” presentes en la referencia Marlboro Ice Xpress”, que transforman la calidad del producto a uno más mentolado.

II. AUDIENCIA INICIAL.

En cumplimiento de lo consagrado en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el 31 de octubre de 2012 se llevó a cabo la audiencia inicial a la cual asistieron las partes; no compareció previa excusa, el Ministerio Público, ni la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado.

Se declaró infundada la excepción de caducidad del medio de control y, respecto de la excepción de inexistencia de la obligación, se consideró que por ser argumento de fondo se resolvería en la sentencia.

Las partes indicaron que no tienen nada que observar respecto al saneamiento del proceso y no demostraron ánimo conciliatorio.

Se estableció que los cargos esgrimidos por la demandante son: falta de competencia y violación al principio de legalidad, censura y expropiación, violación del principio de confianza legítima y violación del principio de igualdad.

III. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B", denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la sociedad actora.

Expresó que la adicción al tabaco y sus derivados, es considerada como un problema de salud pública a nivel mundial y a un gran contaminante del ambiente y por ello muchos países han adoptado mecanismos para restringir su consumo.

Que la Organización Mundial de la Salud, en respuesta a la globalización de la epidemia del tabaquismo, desarrolló el Convenio Marco para el Control del Tabaco de 21 de mayo de 2003 (CMCT OMS), y según lo consignado en el prefacio de dicho documento es *"un tratado basado en pruebas científicas que reafirma el derecho de todas las personas a gozar del grado máximo de salud que se pueda lograr"*; este instrumento fue aprobado por Colombia mediante la Ley 1109 de 2006.

Adujo que el artículo 13 del Convenio Marco, en relación con la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco estableció: que las partes reconocen que una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio reduciría el consumo de tabaco; que cada parte, de conformidad con su Constitución y sus principios constitucionales, procederá a una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco; la parte que no esté en condiciones de hacer una prohibición total aplicará restricciones; cada parte como mínimo 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 forma o que pueda crear una impresión errónea con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones; exigirá que toda publicidad, promoción y patrocinio, vaya acompañada de una advertencia o mensaje sanitario u otro pertinente, etc.

Que dicho Convenio Marco fue objeto de revisión oficiosa por parte de la Corte Constitucional, que lo declaró exequible mediante la sentencia C-665 de 2007 y fue promulgado a través del Decreto 2871 de 2008; que para desarrollarlo fueron expedidas la Ley 1335 de 2009 y la Resolución núm. 3961 de 2009.

Que la Ley 1335 de 2009 tiene por objeto, contribuir a garantizar los derechos a la salud de los habitantes del territorio nacional, especialmente la de los menores de 18 años y de la población no fumadora, para lo cual regula el consumo, venta, publicidad y promoción de los cigarrillos, tabaco y sus derivados; establecer la creación de programas de salud y educación tendientes a contribuir al abandono y disminución de su consumo; y fijar sanciones a quienes contravengan sus disposiciones; que por ello la ley dedica un capítulo especial a la regulación de la publicidad del empaquetado del tabaco y sus derivados, ya que precisamente la información que contiene puede incentivar su consumo.

En cuanto a los cargos de nulidad propuestos por la sociedad actora, señaló:

1. En cuanto al cargo de falta de competencia y violación del principio de legalidad, adujo que de conformidad con lo establecido en el artículo 2º del Decreto 4107 de 2011, se previó como función del Ministerio de Salud y de la Protección Social, entre otras, formular la política, dirigir, orientar, adoptar y

evaluar la ejecución, planes, programas y proyectos del Gobierno Nacional en materia de salud, salud pública y control de riesgos de enfermedades que afecten a las personas, grupos y comunidades; formular, adoptar, coordinar la ejecución y evaluar estrategias de promoción de la salud y la calidad de vida, y de prevención y control de las enfermedades crónicas no transmisibles.

Que existe evidencia de que una de las formas de incentivar el consumo de tabaco, especialmente en los menores de edad, es a través del empaque y etiquetado, por lo cual el artículo 13 de la Ley 1355 de 2009 estableció disposiciones para regular este aspecto y el artículo 16 *ibídem*, consagró la prohibición expresa de toda forma de promoción de productos de tabaco y sus derivados.

Que las simulaciones de etiquetado, que no fueron aprobadas mediante los actos acusados, son constitutivas de promoción del consumo de tabaco, debido al incumplimiento de lo establecido en el artículo 16 de la citada Ley 1335, en concordancia con lo previsto en su artículo 13 y con los artículos 7 a 11 del Convenio Marco, pues las expresiones consignadas traducidas al castellano, tienen un significado distinto al de simplemente indicar características naturales propias del cigarrillo o del acto de fumar.

Expuso que acerca del significado y alcance del concepto “promoción” señalado en el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009, la Corte Constitucional a través de la sentencia C-830 de 2010, expresó que el término debe entenderse en un sentido amplio, que implica la prohibición total de la publicidad de productos de tabaco tanto directa como indirecta.

Que los actos acusados resaltaron como argumento que la información contenida en las simulaciones de etiquetado y empaquetado, incentivaban e inducían al consumo del tabaco, que guarda relación directa con actos propios de promoción del producto y que la revisión técnica comprende todos los aspectos que integran el empaque y la etiqueta.

Anota que la propia parte actora al hacer la estimación de la cuantía de las pretensiones, expresó que el asunto es superior a los 500 salarios mínimos legales mensuales, debido al impacto derivado de la reducción en las ventas, manifestación que pone en evidencia que los mensajes y leyendas contenidos en las simulaciones de etiquetado y empaquetado de cigarrillos, que no fueron aprobados con la expedición de los actos acusados, constituyen un elemento o instrumento directo necesario de promoción del tabaco y sus derivados.

2. En cuanto a los cargos de censura y expropiación, el a quo pone de presente que la Corte Constitucional al realizar el estudio de exequibilidad de los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 1335 de 2009, hizo una ponderación entre los derechos fundamentales al trabajo, la libertad de empresa, el derecho a la salud, entre otros; dicha Corporación expresó que el Legislador previó la prohibición total de la publicidad y promoción del consumo de tabaco, medida compatible con la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, pero que se pueden imponer restricciones cuando ocurran razones imperiosas que hagan proporcionales medidas de esa naturaleza; que en el caso analizado, existe un consenso global acerca del carácter nocivo de los productos de tabaco y sus derivados, habida cuenta del daño cierto, objetivo y verificable que provoca a la salud y al medio ambiente, luego la restricción no afecta el núcleo esencial de las libertades económicas, puesto que es compatible con la producción y comercialización de los productos de tabaco y sus derivados.

Precisó que los derechos a la libertad económica y de empresa no son absolutos y deben ponderarse con principios como el de la solidaridad y con otros derechos como la salud pública, la vida, el ambiente sano y con los derechos de los niños y los jóvenes, postulados puntualmente explícitos en los numerales 1 y 2 del artículo 95 de la Constitución Política.

Resaltó que el Ministerio de Salud y Protección Social no se apropió de los lemas y marcas de productos de tabaco y sus derivados, que comercializa la parte actora, y que, con la expedición de los actos acusados, no se censuró la comercialización de dichos productos.

3. Acerca de la supuesta vulneración del principio de confianza legítima, señaló que es una derivación del principio de seguridad jurídica, del alcance del Estado de Derecho y del principio de la buena fe, lo cual indica que la confianza que el administrado deposita en la actuación de la Administración es digna de protección y debe respetarse; sin embargo, dicha protección no significa que las autoridades estén impedidas para adoptar modificaciones normativas o cambios políticos para cumplir con los cometidos estatales impuestos por la Constitución Política y por la Ley.

Que en relación con el alcance del principio de la confianza legítima, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha previsto que la aplicación de este principio no es óbice para que la Administración adelante programas que modifiquen tales expectativas favorables, sino que no puede crear cambios sorpresivos que afecten derechos particulares consolidados y fundamentados en la convicción objetiva.

Considera que del análisis integral de los documentos aportados al proceso se concluye que no existe ninguna prueba que acredite de modo concreto, idóneo y fehaciente que para los períodos de julio de 2010 y julio de 2011 y de esta última fecha a 2012, se hubieren aprobado por parte del Ministerio empaque y etiquetas con frases y expresiones iguales o idénticas respecto de las cuales se ordenó su retiro de las simulaciones de empaquetado y etiquetado en los actos acusados; que sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que aún en el evento de que hubieran sido aprobadas para esos específicos períodos, el Ministerio tiene, por determinación legal y reglamentaria expresa, el deber de efectuar anualmente la verificación y el control de las frases de advertencias, leyendas y pictogramas de los empaques y etiquetas de cigarrillos, con el fin de que se ajusten a la normatividad vigente que regula la materia, lo que implica que pueden ser modificadas o restringidas, pues, reitera, está en peligro es el proyecto de vida saludable que se pretende con la expedición de la Ley 1335 de 2009, y por ello la aprobación está sujeta a control previo para períodos anuales, porque las autorizaciones que sobre el particular imparte la Administración no tienen carácter indefinido ni generan ningún derecho para los períodos posteriores, ya que su vigencia tiene una delimitación en el tiempo.

. Sobre la supuesta violación al principio de igualdad, señaló que la actora no expuso ninguna argumentación que sustentara el cargo, como lo exige el numeral 4 del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, razón suficiente para desestimarlos.

Que lo cierto es que a todas las empresas tabacaleras se les solicitó el retiro de frases publicitarias y/o promocionales además de los elementos pictográficos que contravienen lo establecido en la Ley 1335 de 2009, y que obran en el expediente un conjunto de Resoluciones proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social a través de las cuales se resolvieron los recursos de reposición y apelación

interpuestos por distintas empresas tabacaleras en contra de los actos administrativos que improbaron la simulación de las artes para períodos anuales comprendidos entre los años 2010 y 2013, documentos que dejan sin sustento la alegada vulneración.

Respecto de las pretensiones subsidiarias, el a quo explicó que el acto administrativo causante de un daño antijurídico constituye una fuente de responsabilidad estatal, lo que pone de presente que para la obtención de la reparación de este perjuicio el administrado tiene como mecanismo de defensa judicial el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y no el de reparación directa, en la medida en que la causa del daño no es un hecho, una omisión, una operación administrativa ni la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos sino, precisamente, la expedición y ejecución de un acto administrativo.

Que de conformidad con el artículo 165 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es posible acumular en la demanda las pretensiones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, las relativas a contratos y las de reparación directa, siempre y cuando sean conexas y concurren los requisitos que trae la norma, en este caso existe una debida acumulación de pretensiones, por cuanto, de una parte, se pretende la declaración de nulidad de unos actos administrativos y el restablecimiento del derecho y, de otra, en subsidio, la reparación de los perjuicios causados con la expedición de los actos sobre la premisa de aceptar que se ajustan al ordenamiento jurídico que le sirvió de sustento, petición esta que corresponde al medio de control de reparación directa.

Que entonces la petición subsidiaria está referida al daño especial que está definido por la Jurisprudencia y la Doctrina como una carga excepcional, anormal

y particular causada por un agente estatal que rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas y se ve comprometida la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado.

Concluye que en este caso no hubo un daño antijurídico que sea imputable al Ministerio de Salud y Protección Social, en tanto que a la actora le fue impuesta una carga que tenía el deber jurídico de soportar, la cual no es excesiva ni desproporcionada precisamente en razón a que los derechos a la libertad económica y de empresa tienen restricciones, ya que en el caso específico, la comercialización del tabaco y sus derivados, debe estar sometida al cumplimiento de obligaciones, requisitos y condiciones establecidos no solamente en la Constitución Política y en la ley sino también en tratados internacionales aprobados por Colombia, como lo es el Convenio Marco para el control del Tabaco de la OMS.

Respecto de la objeción por error grave al dictamen pericial rendido a solicitud de la actora con el fin de que se estimaran los perjuicios ocasionados con la expedición de los actos acusados, el a quo consideró que en razón al hecho de que no prosperaron las súplicas de la demanda, deviene innecesario desde el punto de vista práctico procesal emitir un pronunciamiento acerca de la objeción planteada.

Finalmente, el a quo de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A. consideró que había lugar a condenar en costas a la parte actora.

IV. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN.

En memorial obrante a folios 595 y siguientes del cuaderno principal núm. 7, la parte actora solicita la revocatoria del fallo apelado, para que en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Considera que pese al ejercicio discursivo que fue plasmado en la sentencia de 24 de julio de 2014, se dejaron de analizar de manera específica los cargos fundamentales, que fueron propuestos contra los actos acusados, por lo que parece que la sentencia se hizo en defensa del actuar de la entidad, por motivos de conveniencia.

Sustenta los reparos a la providencia impugnada, en los siguientes términos:

1. Sobre la falta de competencia, el Tribunal usó una fórmula de juicio genérica, amplia y de conveniencia para sustentar la legalidad de los actos atacados, pero no explicó en concreto –porque es imposible hacerlo- cómo tales previsiones normativas soportan la decisión adoptada; simplemente se argumentó que el empaque es un todo con los mensajes de advertencia.

Si ello fuera así, el artículo 13 de la Ley 1335 de 2009 jamás habría diferenciado entre los pictogramas y el empaque, pues no se trata, como lo pretende el Tribunal, de que lo que se informa en el pictograma puede ser desconocido con otra información en el resto del empaque.

Considera que esa manera de apreciar la legalidad de forma genérica o amplia por razones de aparente conveniencia, no puede ser la forma de establecer el régimen de competencias previsto en un Estado Social de Derecho; quien defina las políticas de salud no tiene una competencia general e idéntica a la que tendría el Congreso de la República cuando reglamenta las materias referidas a la

comercialización de los empaques de cigarrillos y, por cierto, el Convenio Marco Antitabaco no define estas competencias.

Por el contrario, el Ministerio de Salud tiene una competencia muy clara: validar si las frases de advertencia y pictogramas cumplen con lo previsto en el párrafo 1 del artículo 13 de la Ley 1335 de 2009; dicha competencia no se extiende a controlar la información adicional contenida en el resto del empaque; insiste en que la aprobación de los pictogramas y advertencias, nada tiene que ver con el resto de la información que legítimamente la empresa transmite y debe transmitir en el resto del empaque, lo que se deduce de la simple lectura de las normas.

Que el mismo Ministerio definió los términos “advertencias sanitarias” y “frases de advertencia” en la Resolución núm. 3961 de 2009, lo que explica que en el párrafo 1 del artículo 6º *ídem*, se establezca que las advertencias sanitarias y pictogramas son de propiedad de la entidad.

Considera que lo que pretende el Ministerio de Salud y Protección Social es hacerse propietario y controlador de la totalidad de las informaciones que se encuentran en el empaque o cajetilla, violando no solo la Resolución núm. 3961 de 2009, sino además sus elementales derechos fundamentales.

Estima que en ninguna parte del Convenio Antitabaco, de la Ley 1335 de 2009 o de la mencionada Resolución, se dice que compete al Ministerio de Salud y Protección Social el control y verificación de toda la información del empaque.

Insiste en que la competencia ejercida en los actos demandados, y apoyada por el Tribunal, descansa sobre la idea de una competencia amplia o implícita, ajena al texto de las normas y opuesta a la estructura constitucional del Estado.

Considera que es totalmente legítimo que el Estado Colombiano ejerza una competencia de control sobre TODA la información que transmiten las compañías tabacaleras, pero lo que es discutible es quién debe ejercerla.

Hace relación a los artículos, 13, 16, 26 y 33 de la Ley 1335 de 2009, y al Título III del Código Nacional de Policía, artículos 219 y 220, y concluye que dichas normas definen las autoridades competentes para ejercer el poder sancionatorio y controlador de las violaciones que el Ministerio le endilgó, así como el procedimiento y las sanciones; que en ninguna de dichas disposiciones se encuentra que la demandada tiene facultades de ejercer potestad legalmente asignada para revisar integralmente las etiquetas y empaques que contienen los cigarrillos, por lo que no puede atribuirse una competencia sin romper el principio de legalidad, que es la máxima garantía de control de abuso del poder.

Insiste en que en un Estado de Derecho no existen poderes implícitos ni competencias deducibles por analogía; que el ejercicio de las potestades públicas conferido por el ordenamiento jurídico a una autoridad es indelegable e intransferible, salvo que lo delegue expresamente, así como tampoco son negociables y transigibles.

2. Frente al cargo de censura, considera que si el argumento anterior no fuere de recibo por parte de esta Corporación, lo cierto es que el propio Tribunal determinó que *“las expresiones consignadas en las cajetillas de cigarrillos son constitutivas de promoción del tabaco dado que sugieren el consumo de este producto pues son un elemento novedoso o que representa una nueva tecnología”*.

Expresa que está claro por los instrumentos internacionales aprobados por Colombia y por la Ley, que la promoción de productos derivados del tabaco está prohibida; que la Corte Constitucional mediante sentencia C-830 de 2010 determinó que la Ley 1335 de 2009 se encuentra ajustada a la Carta y que el Estado puede limitar el discurso comercial que transmiten las empresas cuando la intención del legislador es la creación de un mercado pasivo, esto es, un bien jurídicamente lícito en su comercialización, mas no en su promoción.

Que en consonancia con lo dicho por el Tribunal, la Corte Constitucional encontró que esa limitación no puede impedir la transmisión de información que se refiere a la calidad del producto, en cuanto dijo *“en contrario, existe una decidida voluntad del Legislador de extremar medidas para que el potencial consumidor de tabaco esté debidamente informado sobre las calidades del producto y, en especial, las consecuencias de su adquisición y uso”*.

Que la anterior posición fue aceptada por el Ministerio en su contestación cuando afirma que *“de esta manera, resulta contraevidente que haya eliminado toda clase de promoción en la forma y alcance que ha dado la Corte Constitucional y el empaque continúe siendo una estrategia de desarrollo promocional. Por ello es que debe entenderse que el mismo ha quedado restringido a una información que no sea promocional y que, además, no tenga direccionamientos o elementos contrarios a la verdad ... es decir, solo es admisible una publicidad del empaque que no tenga carácter persuasivo sino simplemente informativo”*.

De lo anterior concluye que entonces si la información es meramente informativa y no promocional, no puede el Ministerio o cualquier otra autoridad impedirla sin incurrir en censura.

Argumenta que las informaciones transmitidas en el empaque corresponden a informaciones del producto que han sido transmitidas desde hace muchos años y se refieren a las calidades del producto que le permiten al consumidor entender el tipo de producto que consume y nada más, es tanto como comprar un chicle con sabor a menta o a canela; que así por ejemplo la expresión "Click & On" describe una nueva tecnología consistente en que el cigarrillo tiene una nueva cápsula que está dentro del producto y libera una sustancia y el Tribunal acepta que es una nueva tecnología y luego concluye que es una promoción, luego una compañía tabacalera no puede fabricar un nuevo producto lo cual cercena su ejercicio económico; que la fabricación y venta de cigarrillos no es una actividad ilícita.

Que en la expresión Click & On la expresión ON no significa avivar sentimiento o pasión, pues a este sistema de oprimir la cápsula se le denomina "featuring convertible", porque se trata de una nueva presentación, luego la traducción de la entidad es pésima, pues ninguna de las acepciones de la palabra encender incluye la de avivar un sentimiento.

Se refiere a las demás expresiones no aceptadas en los actos acusados, para aseverar, como lo hizo en la demanda, que ninguna de las descripciones tiene o puede entenderse como promocional, por lo que la entidad sí incurrió en una ilegalidad.

Frente al cargo de expropiación, dice la actora que el Tribunal omitió analizar que muchas de las informaciones son lemas comerciales que preceden a las nuevas regulaciones sanitarias y que cuentan con autorizaciones del Estado Colombiano que reconocen su propiedad privada y posibilidad de su uso a la empresa o sus compañías afiliadas o relacionadas.

Considera que las decisiones de la entidad en los actos acusados de prohibir su uso, son pari passu, "expropiaciones indirectas", porque vacían de contenido íntegramente el derecho, por lo que esas decisiones son ilegales, por no cumplir con los parámetros previstos en los artículos 58 y 333 de la Carta Política; que muchas de las informaciones cuentan con la protección de otros actos administrativos anteriores que se encuentran vigentes.

Sostiene que en el expediente obran pruebas, como son los certificados expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, con los cuales demuestra que tiene derechos sobre las expresiones ahora prohibidas, porque están registradas como marcas.

3. En relación con la violación al principio de la confianza legítima, expresa que a través de PROTABACO SAS y BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA (South America) LTD, en su momento presentó tres veces a la Dirección General de Salud Pública del Ministerio, la solicitud de aprobación de las artes de advertencias sanitarias de los empaques de cigarrillos de su titularidad.

Que la mencionada Dirección, aprobó las artes de las advertencias sanitarias para el período anual de julio de 2010 a julio de 2011 y julio de 2011 a julio de 2012, así como las etiquetas de todos los empaques de cigarrillos de BAT; en dichas solicitudes aparecían las frases ahora cuestionadas por el Ministerio.

Señala que la doctrina constitucional de la confianza legítima tiene por objeto proteger aquellas situaciones de hecho o meras expectativas, como la que le asiste sobre la aprobación del etiquetado y empaques, que si bien son situaciones que no se han configurado como derechos adquiridos y podrían modificarse en todo momento, en aras del principio de la buena fe y la confianza legítima, gozan

de protección del Estado frente a los cambios bruscos y repentinos de la Administración, como lo ha señalado la Corte Constitucional mediante sentencia C-836 de 2001.

Estima que si los actos fueron permisivos o tolerantes o reiterados o dieron expectativas de duración de su vigencia, un cambio súbito debe proteger situaciones frente a los mismos hechos (la misma etiqueta) y normas (artículo 5º de la Resolución núm. 3961 de 2009); luego al alterarse de manera súbita el comportamiento de la entidad, se quebrantaron los principios de la buena fe, confianza y seguridad jurídica, lesionando la confianza depositada en el actuar de la entidad.

4. En cuanto a la violación al principio de igualdad adujo que cuando la discrecionalidad se maneja de forma irrazonable, se cae en la arbitrariedad, que es el caldo de cultivo de la desigualdad; que en el expediente obra suficiente evidencia de cómo el Ministerio concede un tratamiento especial y favorecedor a un competidor suyo, la sociedad COLTABACO, al valorar de manera laxa el contenido de la información que transmite.

Señala que como lo explicó en los alegatos, para el año 2012 se advierte en el acto administrativo 2100000-7744 de 2012 la aprobación del producto con descripción SOFT! y lo mismo ocurrió en el año 2012 con el producto Marlboro Ice Xpress que contiene la expresión “presiona el filtro y activa la cápsula iceball”, muy similar a la expresión negada “click & on”.

Finalmente, aclara que no se está debatiendo sobre los riesgos derivados del cigarrillo, lo cual es un hecho que acepta; tampoco se está discutiendo si los menores de edad pueden o no fumar o si se puede realizar promoción de estos

productos dirigida a ellos, pues tiene unas políticas estrictas para que el consumo de cigarrillo sea un acto consciente y libre, únicamente de adultos; tampoco se debate si el Estado tiene competencia para limitar la comercialización de estos productos o controlar la información que de ellos se transmite.

Insiste en que el único objeto de la acción tiene que ver con el ejercicio del poder y sus límites; declarar la ilegalidad de los actos cuestionados no es patrocinar el consumo de cigarrillos ni alentar o tolerar la transmisión de información engañosa por parte de las compañías que lo comercializan.

V.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público, en la oportunidad procesal, guardó silencio.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Los actos acusados:

. Oficio núm. 2100000-7742 de 1º de febrero de 2012.

Mediante este oficio el Ministerio de Salud y Protección Social no aprobó, entre otras, unas expresiones contenidas en las simulaciones de etiquetado y empaquetado de productos de tabaco por incumplimiento de la normatividad¹, en los siguientes términos:

REFERENCIA DEL PRODUCTO	OBSERVACIONES

¹ Otras no se aprobaron por inconsistencias técnicas

Lucky Strike Convertible cajetilla dura x 20	<p>Debe retirarse las expresiones “click & roll, (“featuring” “convertibles” y “ON”).</p> <p>La expresión “ON” resaltada en color rojo que sugiere “botón de encendido”, está asociado a la acción de encender que conforme a las definiciones de la Real Academia de la lengua española, es “Avivar un sentimiento o pasión”. La expresión “Featuring convertible”, participio del verbo convertir, acción de convertir, sugiere que “hace que una persona llegue a hacer algo distinta de lo que era”. Por último, la expresión “Click & Roll” sugiere que al pulsar, la persona se “enrola” lo cual sugiere que la persona experimenta la sensación de facilidad de trato hacia los demás o un efecto psicotrópico.</p>
Lucky Strike Convertible cajetilla dura 6+5	<p>Debe retirarse las expresiones “click & roll, (“featuring” “convertibles” y “ON”).</p> <p>La expresión “ON” resaltada en color rojo que sugiere “botón de encendido”, está asociado a la acción de encender que conforme a las definiciones de la Real Academia de la lengua española, es “Avivar un sentimiento o pasión”. La expresión “Featuring convertible”, participio del verbo convertir, acción de convertir, sugiere que “hace que una persona llegue a hacer algo distinta de lo que era”. Por último, la expresión “Click & Roll” sugiere que al pulsar, la persona se “enrola” lo cual sugiere que la persona experimenta la sensación de facilidad de trato hacia los demás o un efecto psicotrópico.</p> <p>La expresión “6 + 5” constituye un ejemplo de promoción, pues al comprar 10 cigarrillos se recibe un cigarrillo adicional, esto es con el fin de incrementar las ventas.</p>
Pall Mall Krystal Frost cajetilla dura x 20	<p>Debe retirarse la frase “cristales helados” (Krystal frost) la cual sugiere en su interpretación que el consumo de los cigarrillos lleva a la persona a condiciones de frescura en su temperatura corporal.</p>
Kool Click &On cajetilla dura x 20	<p>Debe retirarse del empaque las expresiones (“featuring” o “convertible” y “click & on” en donde la expresión “ON” se resalta en color plateado, sugiere que al pulsar el botón de encendido se aviva un sentimiento o pasión. El color plateado sugiere posición social y está relacionado a la “elegancia” que da el consumir el producto. De la misma forma, la imagen de la expresión “ON” en color plateado, está relacionado con un nicho específico del</p>

	<p>mercado, especialmente jóvenes. La expresión “Featuring” o convertible, participio del verbo convertir, acción de convertir, es entendido como “hacer que una persona llegue a hacer algo distinta de lo que era”. Adicionalmente trae los símbolos “hand picked mint” que significa menta escogida a mano, “menthol cristal”, que significa cristales de mentol y “on demand”, que significa que el producto tiene una disponibilidad cercana al consumidor. Todas estas expresiones constituyen elementos que direccionan el consumo de las personas, teniendo en cuenta calidades especiales del producto que no deben ser expuestas al público”.</p>
<p>Kool Click &On cajetilla dura 6+5</p>	<p>Debe retirarse del empaque las expresiones (“featuring” o “convertible” y “click & on” en donde la expresión “ON” resaltada en color plateado, sugiere que al pulsar el botón de encendido se aviva un sentimiento o pasión. El color plateado sugiere posición social y está relacionado a la “elegancia” que da el consumir el producto. De la misma forma, la imagen de la expresión “ON” en color plateado, está relacionado con un nicho específico del mercado, especialmente jóvenes. La expresión “Featuring” o convertible, participio del verbo convertir, acción de convertir, es entendido como “hacer que una persona llegue a hacer algo distinta de lo que era”. Adicionalmente trae los símbolos “hand picked mint” que significa menta escogida a mano, “menthol cristal”, que significa cristales de mentol y “on demand”, que significa que el producto tiene una disponibilidad cercana al consumidor. Todas estas expresiones constituyen elementos que direccionan el consumo de las personas, teniendo en cuenta calidades especiales del producto que no deben ser expuestas al público”.</p> <p>Respecto de la expresión 6 + 5, esta constituye un ejemplo de promoción, pues al comprar 10 cigarrillos se recibe 1 cigarrillo adicional, esto es con el fin de incrementar las ventas.</p>
<p>Kool Filter King cajetilla dura x 20</p>	<p>Debe retirarse la expresión “filter Kings” (filtros de reyes) que sugiere que están dirigidos a soberanos que sobresalen entre los demás por sus cualidades superiores y que por medio de dispositivos propios del producto limpian impurezas.</p>
<p>Kool frozen nights</p>	<p>Debe retirarse la expresión “frozen nights”</p>

cajetilla dura x 20	(noches heladas) que sugiere que se consuma durante este período de tiempo muy frío. Esta frase puede conllevar sensaciones de frescura para el consumidor, además de resaltar que la noche es el momento propicio para fumar.
Kool Frozen nights cajetilla dura x 10	Presenta en el empaque la expresión “ frozen nights ” (noches heladas) la cual sugiere que se consuma durante este período de tiempo muy frío. Esta frase puede conllevar sensaciones de frescura para el consumidor, además de resaltar que la noche es el momento propicio para fumar.

Continúa el oficio considerando:

”El estudio de las frases publicitarias realizado respecto de las referencias anteriormente señaladas, se basa tanto en el sentido natural y obvio de cada palabra y expresión, como en el contexto en que las mismas están siendo usadas. Esto refleja el carácter integral del contenido publicitario expuesto en cada etiqueta, que es finalmente lo que envía el mensaje al consumidor.

Por tanto, las expresiones, frase promocionales y demás manifestaciones publicitarias contenidas en las referencias anteriormente señaladas, deben ser retiradas de los empaques de los productos de tabaco, ya que este tipo de publicidad, dispuesto en cada cajetilla evaluada, es violatorio del artículo 16 de la ley 1335 de 2009, en concordancia con el artículo 13 de la misma, retomado en el artículo 5º de la resolución 3961 de 2009, teniendo en cuenta el alcance dado a la misma en la sentencia C-830 de 2010. En dicha decisión se reafirma la prohibición de toda forma de promoción de productos de tabaco y sus derivados, en los términos descritos en el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el control del Tabaco, prohibición esta que incluye aquella promoción o publicidad contenida en el etiquetado y empaquetado de los productos derivados del tabaco.

... al respecto la Honorable Corte Constitucional en su sentencia 830-10 ha precisado:

“...”

Frente a las imágenes en específico, cabe reiterar que la prohibición total de publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco y sus derivados establecida en la legislación colombiana, debe ser aplicada para *toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial que promueva directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso del tabaco*². Por esta razón, destacamos que las imágenes contenidas en las simulaciones presentadas deben ser retiradas al promover indirectamente el consumo de productos de tabaco al referir mejores calidades del producto comercializado”.

. Oficio núm. 21000000-74028 de 13 de abril de 2012.

² Artículo 1º, literal c) del Convenio Marco de la OMC.

No accedió a la aclaración, modificación o revocatoria materia del recurso de reposición, a saber: falta de competencia, censura y expropiación, y vulneración del principio de confianza legítima.

Reiteró el marco normativo nacional e internacional y Jurisprudencial que da competencia al Ministerio para hacer una revisión integral al empaque, dentro de sus objetivos dirigidos a proteger la salud, el cual debe ser visto en conjunto para conocer el espíritu dentro del cual fueron concebidas.

Explicó que frente a las competencias sancionatorias otorgadas por la Ley 1335 de 2009 a la Policía Nacional, éstas van en concordancia con sus funciones de inspección, vigilancia y control *ex post* de la medida, en el mismo sentido en que debe orientarse la actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio, las Secretarías de Salud en los niveles territoriales y las demás autoridades competentes.

Consideró que el análisis debe partir de la comprensión de la cajetilla como un producto de significado que se encuentra compuesta por una serie de elementos que, en materia de salud pública deben ser convergentes, pues se presentaría una pugna entre la advertencia y el atractivo del lema comercial, que contraviene los propósitos de la Ley 1335 de 2009 y los principios de la protección de la salud pública; que entonces no puede existir una especie de competencia entre la advertencia y el lema, a punto de que este último neutralice los efectos del primero.

Concluyó, que la entidad sí es competente; que las expresiones "Click & On", "Click & Roll", "Krystal Frost", "Filter Kings" y "Frozen Nights", constituyen claros

ejemplos de publicidad engañosa, no obedecen a alguna calidad del producto, por el contrario obedecen a un mensaje publicitario enmarcado en la definición establecida en el artículo 1º, literal c) del Convenio Marco; no existe censura porque los mensajes publicitarios desconocen la prohibición total de publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco, contemplada en los artículos 14 a 17 de la Ley 1335 de 2009, porque incitan a su consumo, tanto en su expresión en inglés como en español.

Frente a las marcas, "Click & On" (mixta), "Click & Roll" (nominativa), "convertibles" (mixta) y "ON" (mixta), protegidas, anotó que fueron concedidas con posterioridad al Convenio Marco para el Control del Tabaco – Ley 1109 de 2006, Sentencia C-665 de 2007 y Decreto 2871 de 2008, Ley 1335 de 2009 y la Resolución núm. 3961 de 2009, distando de lo declarado por el recurrente, por lo que la Superintendencia de Industria y Comercio cometió una irregularidad al aprobar dichas expresiones.

Sobre las marcas PALL MALL KRYSTAL FROST (mixta y nominativa), y KOOL FROZEN NIGHTS (nominativa), que cuentan con registro marcario antes del reconocimiento de la normatividad del control de tabaco en Colombia, puso de presente el flagrante daño a la salud que conlleva el tabaquismo, sumado al hecho de que el derecho a la salud es un derecho humano reconocido en distintos instrumentos internacionales adoptados por Colombia, tales como, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de la existencia de la Observación General N° 14 de la ONU sobre el derecho a la salud y su máximo disfrute, que implica que la protección debe extenderse a la no utilización de dichas marcas.

Por lo anterior, estimó que las normas sobre derecho marcario, en este caso, no pueden prevalecer sobre tratados de derechos humanos que consagran el derecho a la salud, tesis que ha sido sostenida y además, se deben proteger los derechos e intereses del consumidor, como lo señala la Corte Constitucional, mediante las sentencias C-256 de 1998 y C-830 de 2010.

Frente a la supuesta violación del principio de la confianza legítima, manifestó que se debe tener claro que la normatividad que sustenta todas las decisiones sobre el control del tabaco, se encuentra en continua transformación y fortalecimiento tanto a nivel nacional como internacional, obedeciendo a políticas basadas en evidencia, elaboradas por expertos en el tema y que permitieron a los Estados que se adhirieron a las disposiciones del Convenio Marco, cumplir a cabalidad con las obligaciones allí establecidas.

Explicó que frente a las aprobaciones otorgadas en evaluaciones pasadas, el análisis estuvo limitado a señalar que las simulaciones de las advertencias sanitarias de los empaques "*cumplen con los aspectos técnicos solicitados*", pero no se hizo una revisión de empaque como una unidad de sentido que fue lo que se revisó en esta ocasión, es decir, no hubo pronunciamiento sobre otros aspectos de la cajetilla; que entonces la no aprobación de las referencias en pugna está suficientemente soportada en nuevos criterios y conceptos asociados a las etiquetas y empaques de los productos.

. Oficio núm. 116613 de 5 de junio de 2012.

Mediante este oficio el Ministerio de Salud y Protección Social confirmó la decisión de 1º de febrero de 2012.

Pone énfasis en que el Convenio Marco contempla como obligaciones generales de las partes, proteger, *“dichas políticas contra los intereses comerciales y otros intereses creados de la industria tabacalera, de conformidad con la legislación nacional”*.

Anota que en aplicación del principio “pro homine” se obliga a adoptar la interpretación más favorable a los derechos humanos, según lo expresa la Corte Constitucional mediante sentencia C-376 de 19 de mayo de 2010; que a nivel internacional se ha hecho especial énfasis en los derechos de los niños y los adolescentes, lo cual no se verifica solo con estrategias restaurativas, sino que se deben abordar acciones preventivas, que paulatinamente mejoren las condiciones de la población, lo que se conoce como el principio de progresividad al que se refiere la Corte Constitucional en la sentencia C-507 de 2008.

Hace extensa referencia al Estado Social de Derecho a través del cual se reconoce que la salud es un derecho fundamental; que la Constitución Política no solo permite sino que ordena la intervención, que se justifica frente al interés público que prevalece sobre el privado; destaca que la publicidad, el patrocinio, la promoción y el etiquetado y empaquetado, en el caso del tabaco y sus derivados son poderosos estímulos, por lo tanto tienen restricciones; que las cajetillas constituyen un elemento fundamental para la promoción del producto, por ello se ha añadido la advertencia sanitaria, y si se pretende que el lenguaje de la advertencia sea efectivo debe ser confrontado con el entorno de la cajetilla, de lo contrario puede resultar opacado o atenuado generando ambigüedad, por lo cual una conducta contraria u omisiva pondría en tela de juicio la medida de salud pública.

Considera que el debate que plantea la parte recurrente se dirige contra la Ley 1335 de 2009, que declaró exequible la restricción total de la publicidad del tabaco y sus derivados, mas que contra la actuación administrativa.

Esta comunicación reitera los argumentos expuestos en los actos que le precedieron, sobre la competencia, la censura o expropiación y la confianza legítima, cargos que la actora endilga a los actos acusados.

Visto lo anterior la Sala se pronuncia sobre las inconformidades que plantea la actora contra la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que se limitará a conocer solamente los puntos o cuestiones a las cuales se contrae el recurso de apelación, pues los mismos, en el caso del apelante único, definen el marco de la decisión que ha de adoptarse en esta instancia.

1. La competencia del Ministerio de Salud y Protección Social, no es íntegra, general o amplia para revisar las cajetillas, como lo considera el a quo, pues su competencia específica es muy clara “validar si las frases de advertencia y pictogramas cumplen con lo previsto en el artículo 13, parágrafo 1, de la Ley 1335 de 2009”.

Varias razones llevan a la Sala a considerar que la competencia del Ministerio de Salud y la Protección Social para revisar el empaque o cajetilla de cigarrillos es integral, lo cual se desprende de las siguientes normas, en su mayoría traídas a colación en los actos acusados y en la sentencia apelada.

. Ley 1335 de 21 de julio de 2009, *“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”.*

“Artículo 5o. POLÍTICAS DE SALUD PÚBLICA ANTITABAQUISMO. Los Ministerios de la Protección Social y de Educación Nacional formularán, aplicarán, actualizarán periódicamente y revisarán estrategias, planes y programas nacionales multisectoriales integrales de control del tabaquismo en los menores de edad y a la población en general, fumadora o no fumadora, correspondientes a la política de salud pública que se haya estipulado e implementarán estrategias para propender por el abandono del consumo de tabaco.

ARTÍCULO 8o. PROGRAMAS EDUCATIVOS PARA EVITAR EL CONSUMO DE TABACO Y PROCURAR EL ABANDONO DEL TABAQUISMO. Los menores de edad deberán recibir los conocimientos y asistencia institucional educativa bajo los principios de salud pública sobre los efectos nocivos del tabaquismo, la incidencia de enfermedades, la discapacidad prematura y la mortalidad debidas al consumo de tabaco y a la exposición del humo de tabaco, tanto de los fumadores activos como pasivos. Para esto el Ministerio de Educación fijará en los programas de educación preescolar, primaria, secundaria, media vocacional, universitaria, de educación no formal, educación para docentes y demás programas educativos, los planes curriculares y actividades educativas para la prevención y control del tabaquismo.

CAPITULO III.

Disposiciones relativas a la publicidad y empaquetado del tabaco y sus derivados

Artículo 13. *Empaquetado y etiquetado.* El empaquetado y etiquetado de productos de tabaco o sus derivados no podrán a) ser dirigidos a menores de edad o ser especialmente atractivos para estos; b) sugerir que fumar contribuye al éxito atlético o deportivo, la popularidad, al éxito profesional o al éxito sexual; c) contener publicidad falsa o engañosa recurriendo a expresiones tales como cigarrillos "suaves", "ligeros", "light", "Mild", o "bajo en alquitrán, nicotina y monóxido de carbono". (Se resalta fuera de texto)

Parágrafo 1°. En todos los productos de cigarrillo, tabaco y sus derivados, se deberá expresar clara e inequívocamente, en la imagen o en el texto, según sea el caso y de manera rotativa y concurrente frases de advertencia y pictogramas, cuya rotación se hará como mínimo anualmente, según la reglamentación que expida el Ministerio de la Protección Social.

En los empaques de productos de tabaco comercializados en el país, dichas frases de advertencia y pictogramas deberán aparecer en las superficies de cada una de las dos (2) caras principales, ocupando el 30% del área de cada cara; el texto será en castellano en un recuadro de fondo blanco y borde negro con tipo de letra Helvética 14 puntos en Negro, que será ubicado paralelamente en la parte inferior del empaque.

Parágrafo 2°. Todas las cajetillas y empaques de cigarrillos utilizados para la entrega del producto al consumidor final, importados para ser comercializados en Colombia deberán incluir en una de las caras laterales el país de origen y la palabra "importado para Colombia", escritos en letra capital y en un tamaño no inferior a 4 puntos.

El Ministerio de la Protección Social dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, reglamentará lo necesario para el cumplimiento de la presente disposición.

Parágrafo transitorio. Se concede un plazo de un año a partir de la vigencia de esta ley para aplicar el contenido de este artículo.

CAPITULO IV

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

Artículo 16. Promoción. Prohíbese toda forma de promoción de productos de tabaco y sus derivados. (Se resalta fuera de texto)

. **Resolución núm. 003961 de 21 de octubre de 2009, "Por la cual se establecen los requisitos de empaquetado y etiquetado del tabaco y sus derivados".**

"Considerando:

... Que el artículo 11 del CMCT³ exige que se apliquen medidas eficaces para asegurar que todo empaquetado y etiquetado de productos de tabaco porten advertencias sanitarias grandes, rotativas y que no promuevan productos de tabaco por medios falsos, equívocos o engañosos y exigirá que todo empaquetado y etiquetado de productos de tabaco contenga información sobre componentes y

³ Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco de 21 de mayo de 2003, aprobado por Colombia mediante la Ley 1109 de 27 de diciembre de 2006, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-665 de 2007, M.P. dr Marco Gerardo Monroy Cabra, promulgado mediante el Decreto 2871 de 5 de agosto de 2008.

En la mencionada sentencia la Corte Constitucional expresó:

4.2. Objetivos y principios. El objetivo del Convenio "*es proteger a las generaciones presentes y futuras contra las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco*".

Los principios básicos señalados en el Convenio son, en términos generales, los siguientes: (a) todas las personas deben estar informadas sobre las consecuencias del consumo del tabaco, (b) la existencia de un compromiso político para establecer y respaldar medidas multisectoriales integrales y **respuestas coordinadas para la prevención del consumo del tabaco**, (c) la cooperación internacional con énfasis en la transferencia de tecnología, conocimientos y asistencia financiera, (d) la prevención de las enfermedades causadas por el consumo de tabaco, (e) la participación de la sociedad civil para erradicar la dependencia al cigarrillo, (f) **la obligación de los Estados Partes de formular, aplicar, actualizar periódicamente y revisar estrategias, planes y programas nacionales de control del tabaco** y (g) **la obligación de los Estados de hacer prevalecer los objetivos del Convenio sobre los intereses comerciales creados por la industria tabacalera.** (Se resalta)

emisiones de los productos de tabaco de conformidad con lo definido por las autoridades nacionales.

Que el artículo 13 de la Ley 1335 de 2009 define las disposiciones relacionadas con el empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco y concede al Ministerio de la Protección Social un plazo de tres (3) meses para reglamentar lo necesario para el cumplimiento de dichas disposiciones.

Resuelve:

Artículo 3°. Obligación de inclusión de advertencias y pictogramas. En todos los productos de cigarrillo, tabaco y sus derivados se debe expresar clara e inequívocamente en la imagen o en el texto, según sea el caso, y de manera rotativa y concurrente, frases de advertencia y pictogramas, **cuya rotación se hará como mínimo anualmente.** (Se resalta fuera de texto)

Artículo 4°. Características de las frases de advertencia y de los pictogramas. En los empaques de productos de tabaco y sus derivados que se comercialicen en el país, las frases de advertencia y pictogramas deben aparecer en las superficies de cada una de las dos (2) caras principales, ocupando el 30% del área de cada cara. El texto será en castellano en un recuadro de fondo blanco y borde negro, con tipo de letra Helvética 14 puntos en Negro, que será ubicado paralelamente en la parte inferior del empaque. El borde deberá medir 2 milímetros.

Parágrafo 1°. En las cajetillas y cartones de cigarrillos y los empaques de todos los demás productos de tabaco y sus derivados comercializados en el país, las advertencias sanitarias deben ser visibles en todo momento. Las frases de advertencia y los pictogramas no deben quedar obstruidos por otras marcas, envolturas, timbres fiscales o cualquier aviso exigido u opcional en el empaquetado o etiquetado, ni por prospectos comerciales interiores o exteriores. En ningún caso, las advertencias podrán ser disimuladas, veladas o susceptibles de ser separadas. (Se resalta fuera de texto)

Cuando las pacas de cigarrillos estén expuestas al consumidor deben cumplir con las frases de advertencia y los pictogramas aquí señalados.

Parágrafo 2°. Los pictogramas deben ser impresos en policromía con tinta indeleble. En ningún caso, ni los pictogramas ni las advertencias sanitarias se ubicarán en la envoltura transparente, ni en ningún otro papel de embalaje externo del empaque. Para cada serie aparecerán seis (6) frases de advertencia y seis (6) pictogramas, las cuales se deben imprimir de manera que cada uno aparezca en un número igual de paquetes o empaques de todas las marcas pertenecientes a una familia de marcas en todos los tamaños y tipos de envase.

Parágrafo transitorio. Durante el primer año, contado a partir del 21 de julio de 2010, el número de frases de advertencia y pictogramas será de tres (3).

Artículo 5°. Prohibiciones en el empaquetado y etiquetado. El empaquetado y etiquetado de productos de tabaco o sus derivados no podrá:

a) Ser dirigido a menores de edad o ser especialmente atractivos para estos. Los empaques y etiquetas no pueden contener mensajes luminosos o

reflectivos que se consideran, entre otros, como especialmente atractivos para los menores de edad.

b) Sugerir que fumar contribuye al éxito atlético o deportivo, la popularidad, al éxito profesional o al éxito sexual. En consecuencia los empaques y etiquetas no pueden contener insinuaciones, sugerencias o cualquier mensaje que suscite tales apreciaciones.

c) Contener publicidad falsa o engañosa recurriendo a expresiones tales como cigarrillo, "suaves", "ligeros", "light", "Mild" o "bajo en alquitrán, nicotina y Monóxido de Carbono".

Para la Sala es indudable que el Ministerio de Salud y Protección Social sí tiene competencia para revisar los empaques y etiquetado de cigarrillos de manera integral; sus facultades no están limitadas a las frases de advertencia y pictogramas, como lo considera la actora, porque implicaría la exclusión del control sobre otros aspectos determinantes en la comercialización del producto.

El principio de la revisión integral surge del artículo 13 de la Ley 1335 de 2009 que se refiere a la cajetilla, tanto para prohibir ciertas palabras, como para incluir ciertos mensajes como son las advertencias sanitarias, en concordancia con lo previsto en el artículo 16 *ibídem*; fue el legislador tan riguroso que exigió la verificación de aspectos tales como el tipo de letra, la ubicación, el porcentaje en el empaque, lo que refleja el carácter altamente reglado en la presentación de la cajetilla.

Ante las restricciones legalmente impuestas al tabaco, resulta procedente que el Ministerio de Salud y Protección Social, como autoridad sanitaria a cargo de la política pública del sector salud revise todos los elementos de los empaques y etiquetas de los productos; no hacer un ejercicio integral indicaría que las empresas productoras y comercializadoras podrían introducir elementos de carácter promocional o publicitario, lo cual está prohibido por la legislación colombiana, al tenor de lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009, en

concordancia con el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, o introducir frases que no sean coherentes con las advertencias y pictogramas, es decir, que las desdibujen y las hagan ineficaces y sería una pugna entre la advertencia y el lema comercial, de manera que este último neutralice los efectos del primero.

Es de tener en cuenta que la cajetilla o empaque por si solo es un elemento fundamental de promoción, más aún cuando está prohibida toda clase de publicidad del tabaco y sus derivados en los medios de comunicación, y no resulta ni eficaz ni coherente que con las advertencias y pictogramas que recuerdan el daño que causa el tabaco, se mencionen elementos que inciten e inviten a disfrutar de su consumo; debe entonces existir correspondencia entre los textos que se incorporen.

En manera alguna sería lógico que el Ministerio, en el caso del cigarrillo y demás derivados del tabaco, no hiciera un estudio previo integral de la **simulación del etiquetado y empaque** de los cigarrillos y se limitara a revisar las advertencias y pictogramas, permitiendo que se produzcan y salgan al mercado con mensajes ambiguos o no armónicos, como tampoco lo sería que el control se hiciera únicamente de manera posterior, cuando ya están en el mercado, como pretende entenderlo la actora.

Entonces, en otras palabras, considera la Sala que los empaques y etiquetas de tabaco y sus derivados no deben ser ambiguos, por ello, como lo dispone la ley, antes de que se produzcan y comercialicen los productos, las empresas deben enviar al Ministerio de Salud y Protección Social con anticipación una simulación de éstos, para un control previo, precisamente para prevenir que en un control posterior realizado por las entidades competentes, se establezca que existen

elementos que constituyen publicidad que alienta y estimula su consumo o sea engañosa, y se inicie un procedimiento administrativo que puede culminar en una sanción.

Es importante tener en cuenta, se repite, que la cajetilla de cigarrillo constituye un instrumento fundamental para la promoción del producto, que se constituye en el único medio de publicidad, de ahí la importancia de su examen riguroso.

Frente a las competencias sancionatorias no debe existir confusión puesto que éstas están acordes con las funciones de control, inspección y vigilancia posteriores, que tienen, entre otras, las autoridades sanitarias y la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de sus competencias.

2. Los actos acusados constituyen una censura y una expropiación.

Al examinar las expresiones que se prohibieron en los actos acusados, a saber, “Click & On”, “Click & Roll”, “Krystal Frost”, “Filter Kings” y “Frozen Nights”, la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en el acto que resolvió el recurso de apelación en el sentido de que *“el examen exige una confrontación con aspectos lingüísticos, sociológicos, de mentalidad e idiosincrasia que determinan la conducta en el individuo y estimulan una pulsión hacia el consumo”* considera que constituyen claros ejemplos de mensajes publicitarios prohibidos, pues tanto en su idioma inglés, como en su traducción al español, son persuasivos, incentivan al público para consumir los cigarrillos, razón suficiente para que el Ministerio de Salud y Protección Social hubiera prohibido su impresión en los empaques y etiquetados definitivos, pues sí expresan dominio, enrolarse en un status o dejarse absorber, operación electrónica y sentir sensaciones de frescura y placer; no hay claridad en

la información y por lo tanto son engañosas, y no se está pensando en los efectos y riesgos que produce su consumo.

Al examinar cada una de las expresiones, tenemos lo siguiente:

. La expresión “click & roll” traduce oprimir o pulsar para enrolarse o entrar en un rol, expresión que es de fácil traducción al español; esta última expresión en inglés viene del verbo “to enroll”, que significa matricularse, inscribirse, registrarse, en una organización⁴, lo cual puede ser en un grupo o plan o en cualquier actividad o estilo de vida; entonces la expresión indica que con oprimir un ítem que se encuentra en el cigarrillo, el fumador ingresa en un estatus o rol que indudablemente lo invita a sentirse mejor; luego no hay claridad en la información, razón suficiente para que sea engañosa, así esa no fuera la intención de la parte actora, pero no se puede permitir su uso de conformidad con las normas reseñadas; la inclusión de esta expresión, además, suscita un renovado interés en el producto, precisamente porque un movimiento mecánico con claro contenido tecnológico, no es común ni usual para un cigarrillo o un tabaco; ello promueve las curiosidad y es especialmente atractivo para la gente joven.

. La expresión “click & on” traduce oprimir y pulsar para encender, expresión de fácil traducción al español, que como en el caso anterior, suscita un renovado interés en el producto, precisamente porque un movimiento mecánico con claro contenido tecnológico, no es común ni usual para un cigarrillo o un tabaco; ello promueve las curiosidad y es especialmente atractivo para la gente joven.

. Las expresiones “Kristal Frost” y “Frozen Nights” no son una propiedad intrínseca ni guardan afinidad con el cigarrillo y tienen un propósito ajeno al acto de fumar,

⁴ Según el DICCIONARIO MODERNO LAROUSSE – ESPAÑOL INGLÉS / INGLÉS ESPAÑOL (mayo de 1993) la expresión enrol o enroll, significa “inscribir, apuntar en la lista (to include in a list). Registrar (in a register). Matricular (a student). Alistar. Inscribirse. Matricularse. Alistarse.

pues destacan el frío, la frescura, lo helado, para persuadir e incentivar su consumo.

. La expresión "Filter Kings", destaca que el producto tiene filtro de Reyes, asociándolo con distinción, predominio, primacía o superioridad, lo cual no es una característica intrínseca del producto y si contiene aspectos promocionales.

Dichos mensajes publicitarios prohibidos están enmarcados en la definición establecida en el artículo 1º, literal c) del Convenio Marco de la OMC, así:

"Artículo 1. Lista de expresiones utilizadas:

... .

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;

... ."

Indudablemente las expresiones prohibidas tienen el efecto o posible efecto de promover el consumo de cigarrillo, como lo ha expresado y explicado el Ministerio de Salud y Protección Social, por lo cual no existe censura, porque dichos mensajes publicitarios desconocen la prohibición total de publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco, contemplada en la Ley 1335 de 2009, ya que llaman la atención e incitan a su consumo, tanto en su expresión en inglés como en español; además permitirlo no sería coherente con las campañas educativas de que trata la misma Ley.

Lo expresado por la actora en su recurso de apelación, en el sentido de que dicha prohibición no permite que una compañía tabacalera fabrique un nuevo producto ni cree nuevas tecnologías ni nuevas presentaciones del producto, no es acertado,

porque sí lo puede producir y comercializar, pero lo que no es permitido es su publicidad y promoción, la cual, en este caso, de haberlo permitido la entidad, se haría en la misma cajetilla; de manera que la valoración que ha hecho la demandada es proporcional, razonable y acorde con el objetivo que se quiere lograr de desincentivar el consumo del cigarrillo y en general del tabaco y sus derivados y proteger a los no fumadores en especial los menores y los adolescentes, pues las expresiones son sugestivas e invitan a consumir el producto; en palabras del a quo las expresiones prohibidas tienen un significado distinto al de simplemente indicar características del producto.

Las medidas cuestionadas protegen un derecho de rango superior a la libertad económica y la iniciativa privada, como son, proteger el interés público, la vida, la integridad física y los principios relativos a la salud y representa para el sistema de salud una reducción en los costos en que incurre por el daño producido por el tabaco y sus derivados; además la propiedad y la actividad empresarial tienen una función social que implica obligaciones.

Es relevante tener en cuenta lo expresado por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-830 de 20 de octubre de 2010⁵, que declaró exequible, entre otros, el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009, que, como ya se vio, prohibió toda forma de promoción de productos de tabaco y sus derivados. En esa oportunidad expresó dicha Corporación:

“La medida de prohibición total, a juicio de la Corte, responde a un motivo adecuado y suficiente que justifica tal limitación. En efecto, distintos apartes de esta decisión demuestran que existe un consenso global acerca de las graves consecuencias que el consumo de tabaco conlleva para la salud de las personas, tanto usuarios como *fumadores pasivos*, al igual que para el medio ambiente. Es así que ese consenso ha servido de base para que instrumentos internacionales como el CMCT fijen obligaciones a los Estados

⁵ Magistrado ponente doctor Luis Ernesto Vargas Silva.

tendientes a controlar y desincentivar el consumo de tabaco. De otro lado, no existe duda que el mensaje publicitario, en tanto instrumento dirigido a persuadir al individuo para que adopte una decisión de consumo particular, es un elemento de particular importancia para la promoción del uso de productos de tabaco.

El vínculo entre publicidad y consumo de tabaco es descrito por suficiencia por la Directriz para la aplicación del artículo 13 del CMTC. Según ese documento, dicha relación se explica en el hecho que es un asunto suficientemente documentado que la publicidad, la promoción y el patrocinio de tabaco aumentan el consumo de este y que las prohibiciones totales de la publicidad, la promoción y el patrocinio disminuyen ese consumo. En consecuencia, la imposición de intensas restricciones a dichas actividades es una medida adecuada para cumplir con el propósito constitucionalmente obligatorio para el Estado de garantizar la salud de los habitantes y el medio ambiente (Art. 49 C.P.) a través de, en el presente caso, del desestímulo del consumo de productos de tabaco.

Ahora bien, la prohibición de la publicidad y promoción de productos de tabaco y la limitación intensa del patrocinio por parte de las empresas que lo producen es expresión del principio de solidaridad. La innegable restricción de las libertades económicas que aparejan las proscripciones descritas busca cumplir con finalidades sociales de primer orden, como es la conservación de la salud pública y el medio ambiente. El ordenamiento jurídico, según se ha expuesto, consiente la producción y comercialización de un producto intrínsecamente nocivo para la integridad física y el ambiente, pero restringe en alto grado la posibilidad que su consumo sea promovido directa o indirectamente. Ello con el único propósito de desincentivar (más no prohibir) su uso y, de esta manera, incidir negativamente en los ingentes costos sociales que se derivan de las enfermedades y demás efectos dañinos que se generan del consumo de tabaco. Sobre el particular debe insistirse que este costo social se ve aumentado por la naturaleza de las dolencias asociadas al consumo de tabaco, en tanto causa de mortalidad estadísticamente apreciable, como bien lo documentaron varios de los intervinientes en el presente proceso. Asumiendo las categorías que ofrece el derecho constitucional comparado, existe en el caso de la prohibición de la publicidad, promoción y patrocinio de tabaco tanto un interés sustancial del Estado, relacionado con el aseguramiento del más alto nivel de salud pública y el saneamiento ambiental, como un vínculo entre el fin buscado y la medida impuesta. Esto último en el entendido que las citadas actividades tienen como común objeto incentivar el consumo de los productos de tabaco y sus derivados, por lo que su limitación y prohibición incidirían en la disminución de ese consumo.

... .

Conclusión

35. Los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 1335/09, estudiados de manera armónica, permiten concluir que el legislador previó la prohibición total de la publicidad y promoción del consumo de tabaco, al igual que la restricción del patrocinio en eventos culturales y deportivos, cuando el mismo esté dirigido a la publicidad directa o indirecta de productos de tabaco y sus derivados.

Estas medidas son compatibles con la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, puesto que el legislador puede imponer restricciones, incluso a nivel de prohibición, a la publicidad comercial, cuando concurran razones imperiosas que hagan proporcionales medidas de esa naturaleza. En el caso analizado, existe un consenso global acerca del carácter intrínsecamente nocivo de los productos de tabaco y sus derivados, habida cuenta el daño cierto, objetivo y verificable que provoca a la salud de quienes lo consumen y de los *fumadores pasivos*, al igual que al medio ambiente. Esta comprobación, aunada al hecho que la prohibición legal en comento, (i) no afecta el núcleo esencial de las libertad económicas, puesto que es compatible con la producción y comercialización de los productos de tabaco y sus derivados; (ii) preserva el derecho de los consumidores a conocer sobre los efectos y consecuencias del consumo de dichos bienes; y (iii) es desarrollo de compromisos suscritos por el Estado colombiano en materia de control de tabaco; permite concluir que las normas analizadas no contravienen las citadas libertades”.

Por lo anterior, no se puede hablar de expropiación, pues el Ministerio de Salud y Protección Social no se apropió de las marcas y de las expresiones sino que en la revisión previa que hace a la simulación del etiquetado y empaquetado de cigarrillos que presenta la sociedad actora, prohibió legalmente que unas expresiones figuraran en el producto final.

De manera que, como lo expresó el Ministerio de Salud y Protección Social en el oficio acusado núm. 2100000-7742 de 1º de febrero de 2012, si bien las expresiones marcarias “Click & On”, “Click & Roll”, “convertibles” y “ON”, cuentan con registros marcarios expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, ya estaban vigentes las Leyes 1109 de 2006 que aprobó el Convenio Marco para el Control del Tabaco, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-665 de 2007, y 1335 de 2009, así como la Resolución núm. 3961 de 2009, es decir que los registros se otorgaron cuando ya existía la prohibición total de publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco, luego la actora, conforme a lo expresado a lo largo de estas consideraciones no los puede utilizar en las etiquetas y empaques de cigarrillos, de acuerdo con lo que dispusieron los actos acusados.

De otro lado, como lo expresó la entidad en el mismo oficio, las marcas “PALL MALL KRYSTAL FROST” (mixta y nominativa) y “KOOL FROZEN NIGHTS” (nominativa), cuentan con registros marcarios expedidos en un período anterior a la entrada en vigencia de las normas posteriores antes mencionadas, que de conformidad con lo expuesto, no prevalecen sobre el derecho fundamental a la salud, luego las expresiones no autorizadas por los actos acusados no pueden ser utilizadas por la sociedad actora.

Como bien lo expresó la entidad demandada en su respuesta al recurso de reposición, aunque exista un derecho de propiedad sobre la marca en sentido amplio, además de su protección por normas nacionales y comunitarias, no pueden prevalecer sobre tratados de derechos humanos, como los que consagran el derecho a la salud, tesis que ha sido sostenida por la Corte Constitucional en sentencia C-256 de 27 de mayo de 1998⁶ al exponer:

“Ni los tratados de integración ni el derecho comunitario se acomodan a los supuestos normados por el artículo 93 constitucional, ya que sin perjuicio del respeto a los principios superiores del ordenamiento constitucional, su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc. No existe la superioridad del derecho comunitario sobre la Constitución, y que no es cierto que comparta con ella idéntica jerarquía. Adicionalmente, el derecho comunitario tampoco conforma un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria, ya que la aprobación de los tratados por el Congreso se lleva a cabo mediante una ley ordinaria, de modo que, analizadas las cosas desde la perspectiva del juicio de constitucionalidad, las presuntas contradicciones entre la ley y el derecho comunitario andino no generan la declaración de inexecutable, cuyo presupuesto es la inconformidad de una norma inferior con otra superior y no con otra de la misma jerarquía o proveniente de algún órgano comunitario”.

⁶ Magistrado ponente Fabio Morón Díaz.

Es pertinente traer a colación el oficio 12-45937 de 26 de marzo de 2012, que obra a folio 395 del cuaderno principal, por medio del cual el Superintendente de Industria y Comercio, en atención a una comunicación que el Ministro de Comercio, Industria y Turismo remitió a la Ministra de Salud y Protección Social respecto de los empaques de cigarrillos no aprobados por esta entidad, en el cual entre otras, consideró: *“Es de advertir que si bien el registro de una marca otorga el derecho a su titular al uso exclusivo del signo, en relación con un producto o servicio determinado, ello no evita que el titular del registro deba cumplir con los permisos o autorizaciones legales que se requieran para adelantar la actividad de producción o de comercialización de los productos o servicios distinguidos con la marca”*.

3. Violación al principio de legítima confianza.

Las políticas en cuanto a la desincentivación del consumo de tabaco y sus derivados cada vez tienden a ser más estrictas, sin que se haya llegado a prohibir su producción, comercialización y consumo; la entidad demandada es la que fija las políticas en materia de prevención que en cuestiones de salud son progresivas⁷ y paulatinas, sustentada en las normas, las buenas prácticas e investigaciones para proteger la salud.

Como bien lo expresó la entidad demandada, la garantía de la confianza legítima en las actuaciones de los particulares y la administración, no impone a ésta la imposibilidad de adoptar cambios en la legislación o en las estrategias de

⁷ La Corte Constitucional mediante sentencia C-507 de 21 de mayo de 2008, Magistrado ponente doctor Jaime Córdoba Triviño, se refirió al principio de progresividad en los siguientes términos:

“En suma, del principio de progresividad (la obligación de moverse lo más rápidamente hacia la meta) se deriva la prohibición de la regresividad. Así el Estado se encuentra obligado a aumentar progresivamente la satisfacción de los derechos sociales y tiene prohibido, al menos en principio, retroceder en los avances obtenidos.

implementación de políticas públicas que resulten ser una mejor adecuación a los textos constitucionales y legales; luego las disposiciones acusadas, que fueron el resultado de un control previo por parte de la entidad competente cuyo deber es efectuar anualmente la verificación y control de las frases de advertencia, leyendas y pictogramas de los empaques y etiquetas, con el fin de que se adecuen a la normatividad vigente en la materia, no resultan sorprendidas ni excesivas y están respaldadas en leyes que han sido declaradas exequibles.

Dicha verificación anual o control previo indica que la autorización que imparte el Ministerio, no tiene carácter indefinido, no genera derechos para períodos posteriores, ya que su vigencia está limitada en el tiempo, como bien lo observó la sentencia apelada; no es entonces acertado controvertir los actos acusados, argumentando, como lo hace la actora, que con anterioridad sí se le autorizó incluir en las etiquetas y empaquetado las expresiones que ahora se prohíben mediante las comunicaciones cuya nulidad se solicita.

4. Violación del derecho a la igualdad.

La actora en el escrito de demanda y de adición a la misma, no propuso como cargo la violación al principio de igualdad, por lo cual la demandada no se pronunció. Mediante escrito de 18 de junio de 2013, la demandante en tiempo y de conformidad con el artículo 173 del C.P.A.C.A., reformó la demanda y agregó otro cargo que denominó "*Violación del principio de igualdad*", frente al cual solamente adujo "*Mi representada ha recibido un tratamiento desigual respecto de solicitudes similares hechas por otras compañías*", y solicitó que la demandada enviara unas pruebas que se encuentran en el expediente, empero, como lo afirma la entidad demandada en la contestación de la reforma de la demanda, no desarrolló el cargo ni mucho menos lo fundamentó; lo mismo ocurrió en las

audiencias inicial y de pruebas que se realizaron en la primera instancia; sin embargo, es de tener en cuenta que tanto el Ministerio de Salud y Protección Social como el a quo, enfatizaron en que en otros casos se ordenó el retiro de las expresiones que estimulaban el consumo de cigarrillo.

Ahora, lo cierto es, como lo expresó la sentencia apelada, que la parte actora no expuso ninguna argumentación que sustentara el cargo de nulidad, como lo exige en forma puntual y expresa el numeral 4 del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, es decir que incumplió con el deber legal de explicar el concepto de violación.

Observa la sala que en el expediente obran pruebas que, en principio, podrían demostrar un trato diferente, pero lo cierto es que, de una parte los cargos deben proponerse y fundamentarse en la etapa procesal oportuna y ello no aconteció en este caso; y de otro lado, esta Corporación ha sostenido que si la Administración en otras ocasiones incurrió en un error, ello per se no puede implicar que deba hacerlo en otros casos⁸. Es decir, que un error no puede implicar una cadena de errores so pretexto de proteger el principio de igualdad.

Lo que sí advierte la Sala es que en la contestación de la demanda, la entidad explica que si bien a la empresa COLTABACO S.A. le fueron aprobadas las expresiones “*ice press*” y “*presiona el filtro y activa la cápsula ice ball*”, presentes en la referencia Marlboro Ice XPress período 2012-2013, mediante oficio de 18 de abril de 2013 dirigido al Viceministro de Comercio Exterior (folio 317), ante una comunicación de la Embajada Británica, informó que la Dirección de Promoción y Prevención solicitó a la industria del Tabaco el retiro en los empaques de las expresiones que promueven el consumo del producto, frases publicitarias y/o

⁸ Sentencia de 17 de septiembre de 2015 (Expediente núm. 2008-00152-00, Actora: Pegatex Limitada, Consejera ponente doctora María Elizabeth García González).

promocionales, que otorguen calidades especiales y/o que representen una mejor elección para el consumidor.

En conclusión, debe la Sala confirmar la sentencia que denegó las pretensiones de la demanda, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

CONFÍRMASE la sentencia de 24 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Subsección "B", que denegó las súplicas de la demanda.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 24 de septiembre de 2015.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

GUILLERMO VARGAS AYALA