

Bogotá D.C.,

10

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	
RAD: 15-204800- -00001-0000	Fecha: 2015-10-14 14:39:22
DEP: 10 OFICINAJURIDICA	
TRA: 113 DP-CONSULTAS	EVE: SIN EVENTO
ACT: 440 RESPUESTA	Folios: 1

Señor
JUAN PABLO CARDONA GONZALES
juanpcardonag@yahoo.es

Asunto: Radicación: 15-204800- -00001-0000
 Trámite: 113
 Evento: 0
 Actuación: 440
 Folios: 1

Estimado(a) Señor:

Con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, damos respuesta a su consulta radicada en esta Oficina con el número señalado en el asunto.

En su comunicación, trasladada a esta Superintendencia por la Secretaría Distrital de Salud, usted solicita a las “autoridades de salud y/o de policía de la localidad de Engativá, se sirvan dar cumplimiento y estricta aplicación a la Ley 1335 de 2009, y a las Circulares 5 y 11 de 2012, (...) e interpretar dichas normas de acuerdo a su tenor literal, como lo impone el derecho fundamental al debido proceso consagrado por el artículo 29 de la Constitución, y en consecuencia –abstenerse- de aplicar sanciones e iniciar procedimientos administrativos cuando los comerciantes realicen actos de exhibición de tabaco, distintos de publicidad, pues la exhibición de tabaco y sus derivados ya fue regulada según las circulares SIC 5 y 11 de 2012.”.

Al respecto, advertimos que la Oficina Jurídica profiere conceptos de carácter general y abstracto sobre las materias de su competencia, sin que le sea posible resolver a través de estos, situaciones particulares o pronunciarse sobre la legalidad de una conducta, pues estaríamos vulnerando el principio y garantía constitucional del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política.

Teniendo en cuenta el sentido y objeto de su solicitud, nuestra respuesta se dará atendiendo a las competencias otorgadas a esta Superintendencia por el Decreto 4886 de 2011, que establece en el numeral 26 del artículo 1, como una de sus funciones:

“Ejercer las funciones establecidas en la Ley 1335 de 2009 y las que la modifiquen, adicionen, o reglamenten, en materia de publicidad, empaquetado y prohibición de promoción y patrocinio de tabaco y sus derivados.”

El artículo 34 de la ley 1335 de 2009 establece que la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la obligación de velar porque los productores, importadores,

distribuidores y comercializadores de cigarrillos cumplan con las obligaciones señaladas en los artículos 13 y siguientes de dicha ley, esto es, las relacionadas con empaquetado y etiquetado, contenido en los medios de comunicación dirigidos al público en general y la publicidad en vallas y similares, así como, la prohibición de promoción y el patrocinio de empresas productoras, importadoras y comercializadoras de dichos productos, de eventos culturales y deportivos.

En consecuencia, el control de la publicidad, empaquetado y prohibición de promoción y patrocinio del tabaco y sus derivados, corresponde a esta Superintendencia, y sus atribuciones están limitadas únicamente a hacer la verificación y control una vez los productos se encuentren en el mercado nacional, para lo cual realiza campañas de verificación y seguimiento, llevando a cabo visitas y, en caso de ser necesario, adelantando investigaciones ante la eventual violación de las normas mencionadas.

A través de las Circulares 5 y 11 de 2012, esta Superintendencia impartió instrucciones en relación con la exhibición del tabaco y sus derivados, con el fin de dar cumplimiento a la prohibición contemplada en la Ley 1335 de 2009, respecto a la publicidad y promoción de estos productos.

Dados los términos de esta consulta, consideramos pertinente traer a colación la Resolución 61057 del 8 de octubre de 2014, mediante la cual esta Superintendencia se pronunció en relación con la prohibición establecida en la denominada “ley antitabaco”, con ocasión de la solicitud de revocatoria directa de las Circulares 5 y 11 de 2012.

En dicho pronunciamiento, se establece el alcance del término “promoción”, con el fin de delimitarlo de la regulación de la exhibición, indicando que esta última no corresponde a una forma de publicidad o promoción del tabaco y sus derivados, en los siguientes términos:

“De la lectura del citado artículo 13 (8) del “Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco”, ratificado por la Ley 1109 de 2006, considera este Despacho que el compromiso que adquirieron los países está dirigido a eliminar la publicidad, promoción y patrocinio relacionados con el tabaco, sin que se incluya la prohibición de exhibición como una condición para la puesta en práctica del convenio. (Resaltado fuera de texto)

Las Directrices a que hace referencia el solicitante en su escrito, tienen la finalidad de ayudar a las Partes Integrantes del convenio a cumplir con las obligaciones asumidas en virtud del artículo 13 del “Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco”. Su propósito es el de dar orientaciones para introducir y hacer cumplir una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio del tabaco, o, a las Partes que no están en condiciones de implantar una prohibición total debido a su constitución o sus principios constitucionales, para aplicar restricciones lo más completas posibles a la publicidad, la promoción y el patrocinio del tabaco.

Es decir, las citadas directrices, que si bien contienen recomendaciones, no son imperativas, sino que se devienen en recomendaciones que se dan a las Partes para cumplir con el objetivo final del convenio, sin embargo, su lenguaje y objetivo es el de suministrar consejos que auxilian la ejecución. El texto de las directrices es de carácter orientador no impositivo.

Debemos tener de presente que si bien en algunos textos los términos promoción y exhibición pueden prestarse para confusiones, estos no pueden entenderse como una misma cosa. Las Circulares objeto de reproche (...) lo que hacen es limitar las posibilidades de acceso a los eventuales consumidores, regulando y restringiendo la forma de exhibición. (Resaltado fuera de texto)

La sentencia C-665 de 2007, que revisó la constitucionalidad del “Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco” sobre la naturaleza de este, expresó:

‘De la misma manera, es importante resaltar varias cuestiones fundamentales en el estudio del presente instrumento: (i) la Corte interpreta que las medidas encaminadas a la reducción del consumo son acciones estatales dirigidas a concientizar a la población de las consecuencias adversas del consumo del tabaco y (ii) como su nombre lo indica, el instrumento es un convenio marco que señala pautas generales para los Estados, permitiendo que cada uno de ellos, con base en su Constitución y principios generales, determinen las medidas específicas en relación con el control del tabaco. El Preámbulo reconoce la evidencia enseñada por la ciencia respecto a las consecuencias nefastas del consumo de tabaco, y muestra la preocupación de la comunidad internacional frente al aumento del consumo y de la producción. Así mismo, señala; que se hace necesario te implementación de estrategias mundiales para contrarrestar la situación.’

Es claro que la Corte entendió que el “Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco” es un instrumento para la búsqueda de la reducción del consumo del tabaco y que su contenido es de ‘pautas generales’ que los países, acorde con su normativa interna, aplicarán. Entonces, la interpretación del solicitante resulta equivocada al creer ‘que las partes deben prohibir toda exhibición y visibilidad de productos de tabaco’, en la medida que es ese mismo instrumento el que reconoce que su alcance dependerá del marco jurídico que exista en cada Estado.”

Abordando el análisis de la Sentencia C-830 de 2011, mediante la cual la Corte Constitucional estudió la exequibilidad de la ley 1335 de 2009, también se indicó en la Resolución 61057 de 2014:

“(...) un análisis exhaustivo de dicha providencia, permite observar y concluir qué en ninguno de sus apartes se hizo alusión a la exhibición del tabaco y sus derivados como equivalente a la promoción de esos productos. Es más, la Corte Constitucional consideró que está dentro de la libertad de los ciudadanos el adquirir los productos derivados del tabaco:

‘Es evidente que las normas acusadas no imponen ninguna’ medida de protección de los intereses de la propia persona, puesto que la prohibición de publicidad, promoción y patrocinio de tabaco no se opone a que las personas mayores de edad adquieran y consuman tabaco, ni les impone barreras o condiciones para el acceso a éstos productos. Se ha señalado en esta sentencia que la decisión legislativa analizada se restringe a la promoción del producto, más no a su producción y comercialización, que continúan siendo admitidas por el ordenamiento. Por lo tanto, el cuestionamiento fundado en la presunta afectación de la autonomía individual carece de sustento.’ 9

Regular la exhibición, que es lo que se hizo mediante las Circulares Externas Nos. 005 y 011 de 2012, refleja este espíritu, como una política de Estado, evitando la posibilidad de acceso fácil y directo por parte de los consumidores del producto a través de precisas reglas sobre la exhibición del producto.

Si bien el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009 establece la prohibición de ‘toda forma de promoción de productos de tabaco y sus derivados’, es evidente que dentro del contenido de esta ley y del análisis de constitucionalidad, una definición del término ‘promoción’ no puede utilizarse para dar un alcance tan radical a la señalada prohibición. Es más, si llegamos a este extremo, podemos incurrir en un momento dado, al entender que no es viable la exhibición, en una real restricción de su comercialización, la cual, hasta el momento, no nace parte de la política estatal, pues esta es una actividad lícita, sin desconocer los eventuales pero reconocidos riesgos que tiene para la salud el consumo de esta clase de productos.

Este Despacho destaca que en relación con el tema de promociones, tenemos que, en el artículo 5 de “definiciones”, la Ley 1480 de 2011, se refiere a las promociones y ofertas en los siguientes términos:

"10- Promociones y ofertas- Ofrecimiento temporal de productos en condiciones especiales favorables o de manera gratuita como incentivo para el consumidor. Se tendrá también por promoción, el ofrecimiento de productos con un contenido adicional a la presentación habitual, en forma gratuita o a precio reducido, así como el que se haga por el sistema de incentivos al consumidor, tales como rifas, sorteos, concursos y otros similares en dinero, en especie o con acumulación de puntos." 10

Así, le Superintendencia en interpretación armónica de las normas bajo su tutela, ha entendido las promociones como estrategias temporales de mercadeo que emplean los anunciantes encaminados a motivar a los consumidores en su compra y contemplan las posibilidades de ofrecer contenidos adicionales o precios menores a los habituales para un producto determinado.

En esta interpretación, sustentada además en la ley de consumo, vemos que bajo ningún punto de vista puede considerarse la “exhibición” como un equivalente de “promoción”, o que una acción derive o dependa de la otra, por tanto, las circulares objeto de ataque están conformes a la normativa vigente.

Así mismo, aunque nos alejáramos de esta postura, no más para aceptar que el fin último de toda “promoción”, inclusive la de tabaco y sus derivados, va más allá de otorgar cualquier ventaja para el consumidor, porque en últimas, su objetivo principal es el de dar a conocer un producto o incrementar las ventas, habrá de decirse también que, precisamente, esa NO es la finalidad de las Circulares cuya revocatoria se pretende, sino todo lo contrario, su propósito es regular la exhibición del tabaco y sus derivados para que tal fenómeno comercial no suceda, lo cual resulta acorde con la política estatal que ha sido fijada.

Así, desde este punto de vista, no viene a bien el concluir que cuando se regula la exhibición del tabaco y sus derivados, de contera, dicha actividad comercial se está autorizando, como lo arguye el solicitante, porque si lo pretendido por el legislador era el prohibir cualquier forma de exhibición de esos productos, lo cierto es que le correspondía hacerlo expresamente.

Además de lo antes dicho, lo anterior también permiten destacar con total franqueza, la ambigüedad que se observa en el artículo referido con relación al uso del término “promoción”, y destacar que no se ubicó dentro de la legislación colombiana alguna definición diferente a la ya señalada, que permitiera aclarar la duda que recae sobre este

concepto y darle su verdadero sentido. Por ejemplo, para la Corte en su juicio de constitucionalidad, lo que esté prohibido por la norma, es toda forma de publicidad.”

“(…)

Una lectura de las Circulares Externas Nos. 005 y 011 de 2012 de esta Entidad, permite concluir que mediante estas disposiciones se pretende instruir o regular la exhibición de productos derivados del tabaco, con el fin de evitar precisamente que esa actividad comercial se configure en publicidad y promoción . Por lo tanto, contrario a lo sostenido (...), de ninguna manera las circulares en mención pretenden desconocer las Leyes 1109 de 2006 y 1335 de 2009 en el sentido de que permitiendo la exhibición de tales productos, (...), se esté permitiendo la promoción, más aun, si consideramos el concepto de promoción de la forma explicada en el punto anterior.

(...) la Superintendencia no generó, por medio de la expedición de las Circulares Nos. 005 de 2012 y 011 de 2012, la posibilidad de publicitar productos derivados del tabaco, sino que, realmente, lo que sucedió fue todo lo contrario, puesto que el fin de las circulares es el de regular la exhibición precisamente para impedir que esa actividad comercial se configure en publicidad y promoción.

A su vez, el artículo 34 de la Ley 1335 de 2009 otorgó plazo "(...) para adecuar la publicidad, cajetillas o empaques con la advertencia de salud y para agotar los inventarios", evidenciando que el terna de la exhibición no puede entenderse en términos prohibitivos absolutos.

En el entender de esta Superintendencia, podemos decir que si bien toda forma de promoción se encuentra prohibida, no podemos predicar lo mismo de la exhibición, puesto que las instrucciones objeto de cuestionamiento están fundamentadas en normas cuyo alcance es diferente al que pretende darle el solicitante de la revocatoria directa, con más razón, si consideramos que dentro del estudio que realiza la Corte Constitucional al abordar la constitucionalidad del artículo 16 de la Ley 1335 de 2009, no realizó una precisión con el carácter absoluto como la que se alega en el escrito de revocatoria, esto es, no concluye que la exhibición de este tipo de producto no sea posible.

Tampoco puede aseverarse de manera categórica que en la sentencia C-830 de 2010 la Corte Constitucional haya considerado la exhibición como una forma de promoción. La Corte involucra únicamente el uso de publicidad dentro de la prohibición general de toda forma de promoción, sin emplear el argumento de la exhibición como una forma de publicidad o promoción.

De la misma manera se puede afirmar que la Ley 1335 de 2009 no previó un marco jurídico al cual acudir en el evento de considerar que existen vacíos normativos. Así, conforme a lo ya expuesto, en caso de existir vacíos, estos deberán llenarse a partir de la legislación interna o acudiendo a lo expresado por la Corte Constitucional en su pronunciamiento.

De todas formas, como puede verse en la fundamentación legal de las Circulares Externas Nos. 005 y 011 de 2012, la Superintendencia de Industria y Comercio ha entendido que debió expedirlas para evitar que la exhibición pueda llegar a ser una forma de promoción y, precisamente, ha sido esta su motivación, pues en ellas de establecen reglas claras de exhibición, evitando, a toda costa, que dichos productos sean accesibles en forma directa al público. Es más, en la instrucción impartida mediante

la Circular Externa No. 011 de 2012 se deja en claro que la exhibición de una referencia de marca, más de una vez, se entenderá como promoción.

(...)

En resumen, en las Circulares Externas Nos. 005 y 011 de 2012 se impartieron instrucciones encaminadas a ilustrar la forma en que se puede hacer la exhibición de los productos del tabaco y sus derivados, pero, en ningún momento, estas tienen intención de promover la promoción o la publicidad del tabaco y sus derivados, solo proveen información sobre la única manera posible de exhibición.

(...)" (Resaltado fuera de texto).

Por lo tanto, los actos de exhibición del tabaco y sus derivados deberán realizarse de conformidad con las disposiciones de las Circulares 05 y 011 de 2012, teniendo en cuenta que la publicidad o promoción de dichos productos, se encuentra prohibida.

Tal como lo manifestamos al inicio de este escrito, no le corresponde a esta Oficina Jurídica mediante un concepto, decidir un caso particular, pues tal como lo precisó la Corte Constitucional en Sentencia C-542 de 2005, en la cual se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, "Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparan a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no.", en consecuencia, cada caso debe ser dirimido por la autoridad competente, esto es, la Delegatura de Protección al Consumidor de esta Entidad.

Si requiere mayor información sobre el desarrollo de nuestras funciones y sobre las normas objeto de aplicación por parte de esta Entidad, puede consultar nuestra página en Internet, www.sic.gov.co.

Atentamente,

WILLIAM ANTONIO BURGOS DURANGO
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: Adonia Aroca
Revisó: William Burgos
Aprobó: William Burgos