



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN PRIMERA**

**Consejero Ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**

**Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020)**

**Referencia:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Radicación:** 25000 2324 000 **2011 00529 01**  
**Demandante:** BRITHIS AMERICAN TOBACCO (SOUTH AMERICA)  
LIMITED  
**Demandado:** MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL<sup>1</sup>  
**Tema:** Control administrativo sobre el empaquetado y etiquetado  
del tabaco

**SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 5 de septiembre de 2013, proferida por la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda formulada por BRITHIS AMERICAN TOBACCO (SOUTH AMERICA) LIMITED.

**I.- ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A. la sociedad BRITHIS AMERICAN TOBACCO

<sup>1</sup> Hoy Ministerio de Salud y Protección Social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 1444 de 4 de mayo de 2011, "Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones".



(SOUTH AMERICA) LIMITED, a través de apoderado judicial, demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, con el objeto de que se accediera a las siguientes:

### 1.1. Pretensiones

“PRIMERA: Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos proferidos por el Ministerio de la Protección Social: (i) Oficio 13340-386595 enviado el 4 de enero de 2011, (ii) Oficio 13340-36783 de 11 de febrero de 2011, (iii) Oficio 13340-48674 de 23 de febrero de 2011, (iv) Oficio 073641 del 16 de marzo de 2011, (v) Oficio 111.268 de 20 de abril de 2011 y, (vi) Oficio 157561 del 2 de junio de 2011.

SEGUNDA: Que como consecuencia del anterior pronunciamiento, a título de restablecimiento del derecho y de reparación de perjuicios, se condene a la Nación-Ministerio de la Protección Social a pagar a mi representada todos los perjuicios patrimoniales causados con la expedición de los actos administrativos demandados.

Las sumas anteriores serán indexadas desde la fecha de su causación hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia y sobre su valor histórico se liquidarán intereses legales durante el mismo período.

TERCERA: Condenar a la parte demandada al pago de las costas que se causen con el proceso.

CUARTA: Disponer que sobre las condenas que se impongan en la sentencia se causarán los intereses comerciales moratorios previstos en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, desde la ejecutoria del fallo hasta cuando se verifique su pago efectivo.”

### 1.2. Fundamentos de hecho

La sociedad demandante presentó el 24 de diciembre de 2009 las simulaciones de sus empaques de cigarrillos para el año 2010, en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución número 3961 de 2009<sup>2</sup>,

<sup>2</sup> “Por la cual se establecen los requisitos de empaquetado y etiquetado del tabaco y sus derivados”.



---

Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

expedida por el Ministerio de la Protección Social en ejercicio de la potestad reglamentaria atribuida en el artículo 13 de la Ley 1335 de 2009<sup>3</sup>. Por encontrarse ajustada a la normatividad reglamentaria, la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social aprobó las artes de las advertencias sanitarias para el periodo anual comprendido entre julio de 2010 y julio de 2011, así como las etiquetas de todos los empaques de cigarrillos de British American Tobacco, señalando expresamente que “[...] *las mismas cumplen con los aspectos técnicos solicitados y puede, por lo tanto, proceder a su impresión*”.

Posteriormente, el 17 de diciembre de 2010, en cumplimiento de la Resolución 3961 de 2009, presentó ante esa misma Dirección solicitud de aprobación de las artes de las advertencias sanitarias de los empaques de cigarrillo junto con su simulación en relación con los productos para el año 2011.

La Dirección General de Salud Pública, mediante comunicación 386595, señaló que las 6 advertencias y pictogramas exigidos por la norma *“cumplen con la calidad de la imagen requerida y ocupan el porcentaje establecido”*, excepto en lo relativo al tamaño de la letra, que excede en 2 milímetros. Así mismo, indicó que debía ser retirada la referencia *“producto para mayores de edad”*, por no ser una advertencia contenida en la Ley 1335 de 2009, y que la expresión *Famous Menthol Cigarretes “induce a pensar que son mejores que otros productos en el mercado o incluso que se puede ser famoso o de éxito a través de ellos, por tanto debe ser retirada”*.

La sociedad demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra dicha comunicación en relación con la decisión de eliminar

---

<sup>3</sup> Norma que contiene *“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”*.



las frases "*Famous Menthol Cigarretes*" y "*Producto para mayores de edad*", argumentando que el artículo 5 de la Resolución 3961 de 2009 no establece la prohibición señalada en la comunicación 386595 respecto de tales frases; que se vulneró el debido proceso; y que se desconocieron los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, en razón a que en el año 2009 el Ministerio de la Protección Social había aprobado las mismas etiquetas de los empaques de todas las presentaciones de los productos de British American Tobacco, incluyendo las citadas referencias.

El recurso de reposición fue decidido mediante Oficio 48674 de 23 de febrero de 2011, confirmando en su totalidad la decisión impugnada. A su turno, mediante Oficio No. 073641 del 16 de marzo de 2011, la Viceministra de Salud y Bienestar del Ministerio de la Protección Social, confirmó íntegramente la decisión de la Dirección General de Salud Pública.

Mientras se daba curso a la vía gubernativa, y sin que implicase renuncia a los recursos interpuestos, la sociedad demandante, a través del oficio número 12.778, presentó nuevamente las simulaciones de empaquetado y etiquetado de las advertencias sanitarias de los productos para los años 2011-2012, dando cumplimiento a las instrucciones del Ministerio de la Protección Social en lo atinente a la eliminación de las frases "*Famous Menthol Cigarretes*" y "*Producto para mayores de edad*", así como a la reducción en el tamaño de la letra de las advertencias.

El Director General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social, mediante Oficio No. 13340-36783 de 11 de febrero de 2011, negó la aprobación de los empaques, pese a haberse ajustado a los dictámenes del propio Ministerio, y ordenó excluir las siguientes frases: (i) NATURALLY SUN RIPENED TOBACCO. MORE TASTE; (ii) MORE CRISP AND PRECISE KENT TASTE ONLY FROM THE WORLD'S FIRST HIGH DEFINITION TASTE SYSTEM; (iii) ESTA ESPECIALMENTE MEZCLADO PARA ENTREGAR EL BALANCE PERFECTO ENTRE



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

EL SABOR DEL TABACO Y EL REFRESCANTE SABOR DEL MENTOL DESDE 1933, ESE HA SIDO NUESTRO COMPROMISO ALREDEDOR DEL MUNDO CON AQUELLOS QUE BUSCAN LO MEJOR; (iv) THE MENTHOL AUTHORITY; (v) TIENE LA COMBINACIÓN EXACTA ENTRE SABOR MENTOLADO Y RICO SABOR A TABACO, EL EQUILIBRIO PERFECTO PARA AQUELLOS QUE DISFRUTAN LA CALIDAD Y EL PLACER DE UNA FUMADA MENTOLADA; (vi) ES UNA EDICIÓN ESPECIAL QUE LLEVA AL MÁXIMO LA FRESCURA DE TUS MEJORES MOMENTOS. UNA NUEVA SENSACIÓN CREADA EXCLUSIVAMENTE POR THE MENTHOL AUTHORITY; y (vii) IT'S WHAT'S ON THE INSIDE THAT COUNTS. REAL TOBACCO TASTE...AND PLENTY OF IT. TOBACCO IS OUR PASSION AND A GREAT SMOKE IS OUR PROMISE. IT'S LUCKIES. ENJOY. PASSIO INSIDE SINCE 1871. IT'S TOASTED.

Contra esta decisión se interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación, los cuales fueron resueltos a través de los Oficios 111.268 de 20 de abril de 2011 de la Dirección General de Salud Pública y 157561 del 2 de junio de 2011 de la Viceministra de Salud y Bienestar, respectivamente, en el sentido de confirmarla íntegramente.

### **1.1.3. Normas violadas y concepto de la violación.**

En opinión del demandante los actos administrativos acusados infringen los artículos 1, 4, 6, 20, 29, 58, 83 y 333 de la Constitución Política, 13 de la Ley 1335 de 2009, 5 y 6 de la Resolución 3961 de 2009 del Ministerio de la Protección Social, y 3, 35, 59 y 69 a 74 del Código Contencioso Administrativo, con fundamento en el siguiente concepto de violación:

*(i) "Falta de competencia. Principio de legalidad"*

Precisó que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13 de la Ley 1335 de 2009 y 6 de la Resolución 3691 de 2009, la Dirección General de Salud



Pública del Ministerio de la Protección Social tiene una competencia específica consistente en validar si las frases de advertencia y pictogramas del empaquetado y etiquetado de los cigarrillos cumplen con lo previsto en el párrafo 1º del artículo 13 citado<sup>4</sup>, pero no es una competencia general para controlar el resto del contenido de la información que se encuentra en los empaques, de forma tal que la aprobación de los pictogramas y advertencias nada tiene que ver con el resto de información que legítimamente British American Tobacco transmite y debe transmitir en el resto del empaque.

Destacó que el Ministerio pretende hacerse propietario y controlador de la totalidad de las informaciones que se encuentran en el empaque, violando no sólo su propia Resolución 3691 de 2009, sino claros preceptos legales y los más elementales derechos fundamentales de la demandante. Y agregó que esa idea ha quedado reflejada claramente, entre otros actos, en la Resolución 073641 del 16 de marzo de 2011, en la que se afirmó que *"El principio de la revisión de esta integralidad surge del artículo 13 de la Ley 1335 de 2009 que trabaja la cajetilla como un símbolo, tanto para prohibir ciertos códigos (palabras, logos etc.) como para incluir ciertos mensajes (advertencias sanitarias). En todo caso, dentro de la revisión técnica que se realiza en este Ministerio comprende todos los aspectos que integran el empaque y la etiqueta y el legislador fue tan riguroso que exigió la*

<sup>4</sup> "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". || Párrafo 1o. 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. [...]"



*verificación de aspectos como el tipo de letra, la ubicación, el porcentaje en el empaque, lo que refleja el carácter altamente reglado”.*

*(ii) "Censura. Expropiación"*

Estimó que la idea del Ministerio de controlar toda la información del empaque de los cigarrillos tiene como efectos, de un lado, la censura, al impedir a la demandante transmitirle al público mensajes legítimos que describen sus calidades, y de otro, incluso la expropiación sin indemnización, ya que muchas de esas informaciones son lemas comerciales que preceden a las nuevas regulaciones sanitarias y que cuentan con autorizaciones administrativas del mismo Estado Colombiano, que reconocen su propiedad privada y posibilidad de uso a British American Tobacco o sus compañías afiliadas o relacionadas.

*(iii) "Debido proceso"*

Señaló que, al proferir el Oficio 386595, el Ministerio reconoció una situación jurídica particular y concreta a favor de British American Tobacco de obtener la aprobación de sus empaques condicionado a que acatara lo indicado en dicho acto administrativo, esto es, ajustar el tamaño de los bordes superior e inferior de la presentación de Montana por 10 y 20 unidades, y eliminar las frases *"Famous Menthol Cigarettes"* y *"Productos para mayores de edad"*. Por ello fue que dijo lo siguiente: *"En consecuencia, le solicito, comedidamente, presentar las nuevas simulaciones llenando estos requisitos para poder dar aprobación al etiquetado y empaquetado de los productos de tabaco que produce la compañía que usted representa"*.

Advirtió que, pese a haber cumplido con tales condiciones, esa situación jurídica particular y concreta (la autorización de unas advertencias



sanitarias de unos empaques indispensables para la comercialización de un producto lícito) fue revocada ilegalmente por el Ministerio con la expedición del Oficio 13340-36783, sin autorización de la sociedad demandante, transgrediendo las reglas contenidas en los artículos 73 y 74 del C.C.A.

Resaltó que cualquier ilegalidad que cometa la Administración en el ejercicio de sus competencias que dilate o impida el acceso al mercado, genera un daño antijurídico que la sociedad accionante no está en la obligación de soportar, y añadió que el ejercicio contradictorio de tales competencias por parte del Ministerio amenaza su derecho a la libre empresa.

*(iv) "Principios de economía, confianza legítima y debido proceso"*

Afirmó que el Oficio número 13340-36783 vulneró los principios de economía, confianza legítima, y legalidad y debido proceso, por lo siguiente:

*iv.1 El principio de economía (artículo 3 del C.C.A.)*

Indicó que el trámite que dio el Ministerio al proceso de aprobación de las etiquetas y empaques de British American Tobacco es contrario al principio de economía, ya que en su Oficio 386595 debió indicar todas aquellas razones por las cuales consideraba que se cumplían o no las condiciones de la Ley 1335 y de la Resolución 3691 de 2009, pues es esta la única forma de garantizar que en el procedimiento administrativo se adopten las decisiones en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos; sin embargo, en el Oficio 13340-36783 se crean nuevos requisitos para la obtención de una autorización cuando la Administración ya había definido las condiciones para su aprobación, lo cual ha obligado a la demandante a



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

que contrate nuevamente los correspondientes servicios de los profesionales que elaboran las artes de los empaques y a que el material elaborado a la fecha deba ser destruido.

#### *iv.2. Principio de confianza legítima*

Adujo que el fundamento de esta censura se encuentra en lo expresado en el recurso parcial de reposición y apelación interpuesto contra el Oficio 386595, en el que se destacó que "[...] *con los mismos supuestos de hecho (la misma etiqueta) y de derecho (artículo 5 de la Resolución 3961 de 2009), existen dos decisiones diferentes y contradictorias del Ministerio*", y que "[e]stos cambios abruptos de decisión generan, sin duda alguna, inseguridad jurídica respecto de la aplicación de las normas, [pues], el administrado espera que ante los mismos hechos y normas jurídicas, la Administración actúe y decida de manera consistente y uniforme, en garantía de la confianza legítima y el principio de la seguridad jurídica."

Resaltó que el argumento del Ministerio en el Oficio 073641, relativo a que las normas sobre restricción de la publicidad entraron en vigencia a mediados del año 2011 y ahora la revisión se hace "*como una unidad de sentido*", desconoce la racionalidad, como quiera que las normas que sirvieron de fundamento a ambos actos administrativos (el precedente para el año 2010 y el posterior para el año 2011) fueron las mismas.

#### *iv.3. Principio del debido proceso*

Consideró que la entidad demandada vulneró el debido proceso de British American Tobacco, toda vez que expidió el Oficio 13340-36783 sin tener en cuenta los argumentos expuestos en el recurso parcial de reposición y apelación que se interpuso contra el Oficio 386595. Afirmó que se le indicó al Ministerio que los nuevos empaques no implicaban una renuncia al



recurso, por lo que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 59 del C.C.A., el Oficio 13340-36783 debía "*resolver todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso*"; además, dicho acto se debió "*motivar en sus aspectos de hecho y de derecho*", conforme a lo establecido en el artículo 35 del C.C.A., lo cual no se hizo.

*(v) Falta de motivación*

Resaltó que todo acto administrativo debe ser motivado al tenor de lo dispuesto por el artículo 35 del C.C.A, y que tal motivación es más exigente cuando se presenta un cambio abrupto e inesperado en la aplicación de las mismas normas jurídicas respecto de unos mismos hechos.

Destacó que la falta de motivación, evidente en el Oficio 386595, se patentiza en el Oficio 13340-36783, si se tiene en cuenta que: (i) el Ministerio carece de competencia para controlar el contenido de los empaques en aquello que no corresponda a los pictogramas y a las advertencias sanitarias; (ii) no obstante ello, contrariando la práctica del mismo Ministerio, en el Oficio 13340-36783 se optó por ejercer una censura frente a la información que la demandante transmite sobre la calidad de los productos; y (iii) que esta decisión se soporta en un "parecer" y, lo que es más grave, en un concepto no concluyente de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio, que la demandante no ha tenido la oportunidad de controvertir.

Señaló, refiriéndose al último aspecto, que el Ministerio de forma manifiesta confunde la palabra promoción con la información que legítimamente puede y debe transmitir la demandante sobre la calidad de sus productos, y puntualizó que, aunque la Corte Constitucional precisó que la Ley 1335 de 2009 produjo una prohibición total de la publicidad de



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

productos de tabaco, dejó a salvo la información que las tabacaleras pueden transmitir sobre la calidad de los mismos.

Aseguró, de otro lado, que las frases cuestionadas para los productos Pall Mall, Kent, Kool y Lucky Strike, además de que se encuentran en idioma inglés, corresponden muchas de ellas a lemas comerciales debidamente registrados ante la Superintendencia de Industria y Comercio: por ejemplo, la frase "Menthol Authority", se encuentra reconocida en el mercado colombiano como lema comercial amparado por los certificados 245170 y 267298; la frase "Sun Ripened Tobacco", está amparada por el certificado 332543, y la frase "estb 1871, original récipe", por el certificado 373163. A su juicio, el Estado colombiano no puede impedir el legítimo ejercicio de los derechos contenidos en estos actos administrativos ejecutoriados, no sólo porque dichas autorizaciones se encuentran vigentes, sino también porque las mismas hacen parte de la información que debe transmitir la demandante sobre las calidades de los productos.

Advirtió, en ese mismo sentido, que no existe una sola prueba que le permita al Ministerio concluir que estas frases son promocionales o que inducen al consumo, todo lo cual comporta no sólo una falsa motivación sino realmente una falta de motivación.

Finalmente, señaló que existe una grave contradicción en la conclusión que hace el Ministerio con relación a que la frase "*productos para mayores de edad*" es una promoción para que los menores de edad consuman, siendo suficiente para demostrar este aserto el hecho de que las normas vigentes en materia de alcohol obligan a informar ello mismo.

**1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.** El Ministerio de Salud y Protección Social (Ministerio de la Protección Social al momento de expedir los actos acusados) concurrió al proceso para oponerse a la prosperidad de



las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

Señaló, luego de referirse *in extenso* a los mecanismos adoptados para controlar el consumo de tabaco en los ámbitos internacional y nacional, que la controversia está relacionada con las actividades de carácter positivo que debe desplegar el Estado para salvaguardar la salud de la población, a partir del control al empaquetado, etiquetado y publicidad de los productos derivados del tabaco, en particular en cuanto a la claridad del mensaje que se transmite en la cajetilla.

Advirtió que en la demanda no se plantean hechos ni razones respecto a la primera actuación que culminó con el Oficio 073641 de 16 de marzo de 2011, lo que constituye un vicio que daba lugar a su inadmisión al incumplirse el requisito de que trata el numeral 4 del artículo 137 del C.C.A.

Precisó que la Dirección de Salud Pública no expidió a través del Oficio 386595 un aval genérico sobre todos los productos que comercializa British American Tobacco, ya que en la primera ocasión solo consideró siete (7) productos con sus respectivas muestras, que fueron Montana 10 U, Montana 20 U, Belmont x 11 U, Kent HD x 20 U, Kent HD x 6\*4 y Kool 10 cajetillas por 20 U.

Afirmó que la dinámica del mercado ha generado que no exista correspondencia entre marca y producto, pues la primera genera una gama de productos que difieren según el número de cigarrillos que contiene la cajetilla, el color y el mensaje como estrategia de segmentación y atractivo para el consumidor, quien encuentra en tales rasgos atractivos adicionales. Y agregó que en el cigarrillo la cajetilla tiene un valor muy especial y esa versatilidad genera un efecto adicional de consumo como si se tratara de algo diferente a un cigarrillo, de forma tal



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

que cada cajetilla es una unidad de sentido que debe ser analizada, por lo cual, aunque coincida la marca, no ocurre lo propio respecto de las cajetillas en concreto.

Aclaró que sólo en el caso de dos de los productos con la marca Kent puede afirmarse que hubo una decisión de corrección de las artes, pero la aprobación de la simulación no se encontraba en firme y, por ende, no existía un acto administrativo que declarara una condición.

Señaló que la Dirección General de Salud Pública no se había pronunciado en la primera ocasión sobre las simulaciones presentadas el 19 de enero de 2011, salvo aquellas de Kent antes citadas, que de todos modos estaban sujetas a nuevo estudio para su aprobación, e insistió en que la accionante, contrariando la realidad, supone que las aprobaciones que se imparten son por marca y no por producto.

Destacó que al hacer la nueva revisión de las simulaciones, la administración puede realizar un nuevo juicio de adecuación de las condiciones que deben cumplirse para la aprobación de las artes, teniendo en cuenta que la cajetilla del producto es una unidad de sentido.

Consideró que no hubo violación del principio de economía por cuanto las dos (2) solicitudes presentadas por la sociedad actora, la primera el 17 de diciembre de 2010 y la segunda el 19 de enero de 2011, fueron resueltas antes del término de un (1) mes de que dispone la entidad para pronunciarse de conformidad con la Resolución No. 3961 de 2009 (en el primer caso, el 28 de diciembre de 2010, y en el segundo, el 11 de febrero de 2011). Además, en la segunda actuación administrativa, que es la controvertida en este asunto, no se exigieron más requisitos que los necesarios para adoptar la decisión correspondiente, obrando la Administración solo con el propósito de cumplir los fines del Estado, en

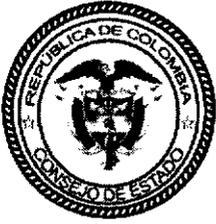


este caso representados en la protección de la salud de la población mediante la verificación del cumplimiento de las normas sobre el control del consumo de tabaco.

Indicó que las advertencias sanitarias son aprobadas anualmente, de suerte que constituye una simple expectativa la aprobación de las nuevas advertencias.

Estimó, en ese orden, que tampoco se vulnera el principio de confianza legítima, toda vez que las compañías tabacaleras no tienen un derecho adquirido frente a una determinada presentación de sus productos, y advirtió que el Ministerio de la Protección Social, como autoridad sanitaria, no puede admitir que un valor primordial como la salud pueda ser afectado ni que sea inhibido el efecto que se persigue con la presentación de las cajetillas.

Afirmó que tampoco se vulneró en este caso el principio de legalidad. Al respecto, señaló que la cajetilla es la carta de presentación del producto, la puerta de acceso al consumo, de suerte que puede convertirse para quien no es consumidor en un aliciente para adquirir un producto solamente por su forma, color, especificaciones, etc. y otros atributos que se pretendan incluir como son la incorporación de frases sugestivas. Y agregó que el legislador, consciente de ello y teniendo en cuenta el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, reguló en detalle aspectos de la cajetilla sobre la base de dos lineamientos: uno general y prohibitivo, en el que se indica lo que no puede ser incluido en la cajetilla a partir de una descripción de objetivos publicitarios y afectación a la población por tres vías, a saber, el direccionamiento a un grupo poblacional determinado (menores de edad), la sugerencia de éxito, y la existencia de publicidad falsa o engañosa; y uno particular, en el que se definen las advertencias y pictogramas en temas como la rotación, como



mínimo anual, el tipo y color de letra, el idioma y la ubicación, entre otros aspectos relevantes para lograr efectividad en la campaña.

Destacó que lo que se pretende es evitar que la cajetilla contenga anzuelos publicitarios que asocian el consumo de tabaco con ciertos valores socialmente perseguidos o a ciertos íconos en los menores o que sugiere, de alguna manera, que fumar "no es dañino" o es "menos dañino"; que un criterio restrictivo y, en todo caso, contrario a la protección que debe ser brindada en salud pública, uno de cuyos objetivos centrales es la población menor de edad, supondría que el Ministerio de la Protección Social debe limitarse a revisar la advertencia, única y exclusivamente; y que, en tanto que se ha entendido que la cajetilla constituye un mensaje o instrumento de publicidad al consumidor, el control no solo se restringe a la pequeña parte de la misma destinada a las advertencias sanitarias sino que se extiende a su integralidad.

Advirtió que el control ejercido por el Ministerio de la Protección Social no puede calificarse como censura ni expropiación, puesto que las normas legales que lo sustentan establecen unos grados de restricciones que fueron declarados ajustados al ordenamiento jurídico por parte de la Corte Constitucional, en la sentencia C-830 de 2010, en la que se hizo un juicio de ponderación a partir del cual se encontró que las medidas de control en esta materia eran adecuadas, eficaces, necesarias y proporcionales frente al ejercicio del derecho a la libre empresa.

Indicó que el control del empaquetado y etiquetado de los productos debe hacerse desde la perspectiva general de las prohibiciones prevista en el artículo 13 de la Ley 1335 de 2009. En ese sentido, señaló que "*[...] la presentación y contenido de los empaques constituye un elemento integral de sentido, pues sería bastante contradictorio que a las advertencias se sumaran frases, dibujos o logos u otros elementos que neutralizaran el*



*efecto de las mismas, es decir, que el empaque generara, en una parte, la aversión y, en otra, la adhesión”.*

Afirmó que el acto de fumar es un acto simbólico en el que no se está pensando, especialmente, en los efectos que el mismo produce en los órganos vitales sino en la idea inmediata de bienestar, y que, en ese sentido, lo que se pretende a través de las normas de etiquetado y empaquetado es fisurar, hasta lo máximo posible, la construcción de ese imaginario y tratar que tal conducta se convierta en un acto neutral, permitiendo que el sujeto sean consciente del producto desprovisto de su símbolo.

Precisó que la cajetilla es, en sí misma, una fórmula publicitaria y por ello debe queda sujeta a las prohibiciones previstas en el la Ley (artículo 13 de la Ley 1335); que en el empaque solo es admisible una publicidad que no tenga carácter persuasivo sino simplemente informativo; y que en este caso todas las frases sometidas a consideración del Ministerio *“tienen un carácter promocional en tanto persiguen replicar un discurso comercial y llegar al consumidor a través de mecanismos que apelan a adjetivaciones del producto para aumentar las ventas, [pues] no en vano se alude a lo refrescante o al frescor, al balance entre tabaco y mentol, a la autoridad del mentol, al rico sabor del tabaco, al placer de fumar y a la pasión”*. Sobre esto último, puntualizó que *“[...] las frases contienen una serie de elementos promocionales pero además engañosos alrededor del mentol, la precisión, el balance y el equilibrio que no son consustanciales al producto en sí y, más bien, traen a colación expresiones que trabajan el aspecto light de que habla la ley y conducen a error”*.

Reiteró que el principio de la revisión de la integralidad surge del artículo 13 de la Ley 1335 de 2009 que trabaja la cajetilla como un símbolo, tanto para prohibir ciertos códigos (palabras, logos, etc.) como para incluir



ciertos mensajes (advertencias sanitarias), y que en tal orden el análisis se realiza desde dos perspectivas: lo específico del mencionado artículo y el efecto desde el punto de vista promocional. Además, señaló que la prohibición de la publicidad se encuentra justificada en la protección de la salud pública, tal y como se estimó en el juicio de ponderación efectuado en la Sentencia C-830 de 2010.

Apuntó que no se vulneró el debido proceso, toda vez que la actuación del Ministerio se ajustó a lo previsto en la Ley 1335 y en la Resolución 3961 y, en general, a la actuación administrativa propia a esta clase de solicitudes (arts. 9 y s.s. y 29 y s.s. del C.C.A.), respetándose las fases y etapas previstas en la ley. Y destacó que la demandante optó por presentar las simulaciones en dos momentos diferentes, con un lapso entre ellas de más de un mes de distancia (17 de diciembre de 2010 y 19 de enero de 2011), además con productos casi en su totalidad diferentes, lo que supuso la necesidad de dos decisiones; la primera de ellas, de fecha 28 de diciembre de 2010, proferida cuando aún no se había presentado la segunda simulación.

Advirtió que la actuación demandada se encuentra debidamente motivada tanto en la Ley 1335 de 2009 como en la sentencia C-830 de 2010, y en el concepto número 29.832 de la Oficina Jurídica del Ministerio de la Protección Social, en el que se analizó el artículo 16 de esa normativa a la luz de las consideraciones del fallo de la Corte Constitucional, precisando, además, que *"[...] existe un razonamiento de adecuación entre la norma aplicada (Ley 1335 de 2009) y los hechos sometidos a consideraciones (frases incluidas en las cajetillas), lo que condujo a concluir que tales frases, al ser promocionales, se encuentran prohibidas por la ley"*, y que *"[...] atendiendo a que el proceso adelantado es diferente y tiene autonomía, no era del caso pronunciarse respecto de los reparos formulados en lo que identifica el recurrente como el primer oficio"*.



Indicó, de otro lado, que "[...] en relación con el registro de un lema, tal y como lo precisa la Superintendencia de Industria y Comercio, el mismo puede ser utilizado siempre y cuando no contravengan normas, en este caso prevalentes, en donde, además de la salud pública, puede afectar (y dicho el efecto publicitario y promocional persigue eso) a población que tiene una protección constitucional reforzada (menores)".

Finalmente, formuló la excepción que denominó "inexistencia de la obligación", fundada en que el Ministerio expidió los actos acusados conforme a la ley, por ser la autoridad competente para objetar las simulaciones de los empaques de cigarrillos; e igualmente propuso la excepción de caducidad de la acción, con sustento en que la actuación por medio de la cual se definió la exclusión de las frases FAMOUS MENTHOL CIGARRETTES y PRODUCTO PARA MAYORES DE EDAD quedó en firme el 16 de marzo de 2011 y la accionante interpuso la demanda el 9 de septiembre de 2011.

## II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante sentencia de 5 de septiembre de 2013, negó la prosperidad de las excepciones de inexistencia de la obligación y de caducidad de la acción propuestas por la entidad demandada, e igualmente negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Sobre lo primero señaló, de un lado, que la obligación de aprobar las características de las cajetillas de los productos comercializados por la sociedad actora es el asunto que originó la controversia, por lo cual será objeto del análisis de fondo en la sentencia, y de otro, que la demanda fue presentada en tiempo el 9 de septiembre de 2011, teniendo en cuenta las fechas de notificación de los Oficios Nos. 073641 de 16 de marzo de 2011 y



157561 de 2 de junio de 2011, mediante los cuales fueron resueltos negativamente los recursos de apelación, así como la suspensión del término de caducidad por razón de la conciliación prejudicial.

Precisó, refiriéndose al fondo del asunto, que a partir de la solicitud de aprobación de las advertencias sanitarias y pictogramas hecha por la sociedad actora para el periodo entre julio de 2011 y julio de 2012, fueron adelantadas por el Ministerio de la Protección Social dos (2) actuaciones paralelas, así:

La primera, en la que se expidieron los siguientes actos: el Oficio No. 13340-386595 de 2011, que improbo las advertencias sanitarias para seis (6) productos porque el tamaño de letra y algunos bordes no cumplían la regulación legal, y ordenó la presentación de nuevas simulaciones para la aprobación de los empaques y etiquetas; el Oficio No. 13340-48674 de 2011, que resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto contra la primera decisión; y el Oficio No. 073641 de 2011, que resolvió desfavorablemente el recurso de apelación. Y una segunda, en la que se expidieron el Oficio No. 13340-36783 de 2011, que improbo las simulaciones correspondientes a dieciocho (18) productos por el tamaño de la letra y la existencia de frases promocionales en el empaquetado y etiquetado; el Oficio No. 13340-111268, que resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto contra esta decisión; y el Oficio No. 157561 de 2011, que resolvió desfavorablemente el recurso de apelación.

Así mismo, se pronunció frente a los cargos expuestos en la demanda, en la siguiente forma:

*- El cargo de la falta de competencia del Ministerio de la Protección Social*

Resaltó que las partes coincidieron en afirmar que la competencia del Ministerio para el control de los productos del tabaco y sus derivados tiene



sustento en la Ley 1335 de 2009 y en la Resolución reglamentaria 3961 del mismo año, y destacó que, aunque el análisis de los artículos 13 y 6 de las tales normas permite señalar que la regulación contenida en ellas está referida a las advertencias y pictogramas del empaquetado y etiquetado de los productos, para el Tribunal las facultades que ejerce el Ministerio de la Protección Social en esta materia no están limitadas exclusivamente a estos dos factores, pues ello implicaría la exclusión del control sobre otros aspectos determinantes en la comercialización del producto.

Advirtió que, ante las restricciones legalmente impuestas al tabaco y a sus derivados, resulta procedente que el Ministerio, como autoridad sanitaria, a cargo de la política pública del sector salud, pueda disponer la revisión de los restantes elementos de los empaques y etiquetas del producto. Y agregó que se trata del ejercicio de un control integral sobre la información que contiene el producto, teniendo en cuenta que el empaque es un conjunto armónico de elementos que identifican aquel bien que el consumidor va a adquirir a partir de tales características particulares.

Puntualizó que por la especial naturaleza del tabaco y sus derivados y los efectos que tiene para la salud humana, es necesario un control especial sobre la información dirigida al público a través de la cajetilla, cuya composición trasciende de las advertencias y los pictogramas, y que la revisión que hace el Ministerio de la Protección Social previamente a la aprobación de las frases de advertencia sanitaria y de las ilustraciones, evita la inclusión de posibles elementos promocionales prohibidos por la legislación que regula esta clase de productos.

Señaló que el control estricto sobre la totalidad del empaque tiene como fundamento, además de las reglas establecidas en la Ley 1335 de 2009, las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia al adherirse al Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, cuyas previsiones



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

prohibieron expresamente cualquier tipo de promoción de estos productos. Este tratado internacional establece el control severo sobre la información divulgada en los empaques y etiquetas, precisamente para evitar que pueda servir como mecanismo para la promoción del producto a través de elementos que puedan confundirse con las condiciones de calidad.

Estimó, en ese orden, que no puede predicarse falta de competencia de la cartera de Salud para el control de la totalidad del empaque de los productos del tabaco y sus derivados, ya que sus facultades para la imposición de las restricciones derivan del marco general del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco y del mandato específico de la Ley 1335 de 2009.

Precisó, finalmente, que la limitación legal que impide la divulgación de aspectos promocionales no afecta la difusión de las calidades del producto, como parte de la libre expresión que reclama la sociedad actora, pues es claro que aquellas no están relacionadas con la inducción al consumo, y aclaró que lo que no admite la regulación legal es que los elementos descriptivos de la calidad del producto contengan alusiones específicas a beneficios promocionales, ya que estos se encuentran prohibidos por tratarse de mensajes publicitarios sobre las ventajas del mismo.

*- El cargo de censura y expropiación*

Consideró que no encuentra que el Ministerio de la Protección Social al ejercer el control sobre los artes de los empaques y etiquetas presentados por la sociedad demandante para revisión y aprobación haya impuesto censura a la información de los productos, y que la restricción adoptada afectó elementos de carácter promocional de los cigarrillos de algunas marcas representadas por la sociedad actora, cuya divulgación con fines comerciales está prohibida por la legislación colombiana e incluso por tratados internacionales.



Apuntó que la razón legal que impidió la aprobación de los mensajes que hacían parte de la información adicional contenida en los empaques fue la descripción específica que involucraba sus distintas expresiones, que incidía directamente en la inducción al consumo. En efecto, en las expresiones en idioma español y en la traducción hecha por el Ministerio de la Protección Social en el acto que improbo este grupo de frases, puede verse que no hacen referencia simplemente a la calidad del producto sino a otras características ligadas a las posibles ventajas que el consumo del cigarrillo podría traer a quien fuma.

Destacó que la prohibición total de la publicidad relacionada con el tabaco y sus derivados fue respaldada por la Corte Constitucional, por considerar que no desconoce la libertad de empresa ni la iniciativa privada, las cuales tienen límites constitucionales admisibles en su ejercicio. A ello agregó que, incluso, desde mucho antes de la aprobación del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco y de la expedición de la ley 1335 de 2009, la Corte admitió que la publicidad comercial de este tipo de productos podía ser sometida a regulaciones estrictas para la defensa de ciertos bienes constitucionales, como parte de la estrategia del denominado mercado pasivo tendiente a la desestimulación del consumo.

Afirmó, de otro lado, que tampoco encuentra que el Ministerio de la Protección Social haya decretado la supuesta expropiación, sin indemnización, de los lemas comerciales cuya titularidad ostenta British American Tobacco, pues no aparece en el expediente prueba que permita determinar que dicho organismo haya despojado a la parte actora de la propiedad de tales elementos comerciales, ni que haya afectado la autorización impartida por la Superintendencia de Industria y Comercio para su uso. Y agregó que la circunstancia de haber sido aquellos aprobados antes de la regulación que adoptó las advertencias sanitarias aplicadas por



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

la entidad, no implica el desplazamiento de la titularidad de esos bienes a favor del Ministerio.

*- El cargo de violación al debido proceso*

Señaló que en el Oficio No. 13340-386595 de 4 de enero de 2011 el Director de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social formuló observaciones sobre las advertencias sanitarias presentadas por la sociedad actora para el periodo entre julio de 2011 y julio de 2012, en el sentido de indicar que las simulaciones correspondientes a siete (7) productos tenían un tamaño de letra diferente al exigido por la entidad para su impresión, que la totalidad de los empaques incluyó una leyenda que no está prevista en la Ley 1335 de 2009, y que en el producto Pall Mall aparecía una frase que inducía a pensar que era mejor que otros productos del mercado; y que, posteriormente, mediante el Oficio No. 13340-36783 de 11 de febrero de 2011, este mismo funcionario comunicó la aprobación parcial de los artes de unos productos y la negativa de autorización para otros, al estimar que la sociedad actora tenía que retirar las frases promocionales del empaquetado y etiquetado.

Advirtió que al revisar la actuación se tiene que realmente no existía una situación jurídica particular que hubiera favorecido a la sociedad demandante, pues la aprobación de las advertencias sanitarias no había sido impartida y, en tales condiciones, era una simple expectativa. A este respecto señaló, de un lado, que la manifestación del Director de Salud Pública en el Oficio No. 13340-386595 fue clara en indicar que hasta su expedición apenas habían sido revisados los artes correspondientes a siete (7) productos, descritos en el cuadro No. 1, pero no estaban aprobados por haber sido objeto de observaciones, lo que implica que no haya surgido un derecho de carácter particular a favor de British American Tobacco, ya que las simulaciones no estaban aprobadas y la autorización para que pudieran ser impresas en las cajetillas dependía del cumplimiento de unas exigencias



legales; y de otro, que en el Oficio No. 13340-36783 la falta de aprobación obedeció a que, respecto de un producto, no fue acatada la directriz sobre el tamaño de la letra, y en relación con los restantes no fueron retiradas las frases promocionales, por lo cual se requirió a la sociedad para que presentara nuevamente las simulaciones "[...] *llenando los requisitos de Ley conforme a las observaciones señaladas previamente, lo cual incluye el retiro de las frases señaladas [...] de los diferentes empaques [...]*".

Precisó que la decisión del Ministerio no requería el consentimiento previo de la sociedad actora, dado que no operó la revocatoria de ningún derecho particular sino el requerimiento para que fueran cumplidos los requisitos que no fueron acatados al presentar las nuevas simulaciones.

- *El cargo de violación de los principios de economía, confianza legítima y debido proceso*

Afirmó que, mediante el Oficio No. 13340-386595 de 2011, el Director de Salud Pública formuló observaciones sobre el tamaño de la letra de las advertencias sanitarias, la leyenda que inducía a pensar que el producto era mejor que otros en el mercado, y la frase según la cual era un producto para mayores de edad, y que después, en el Oficio No. 13340-36783 de 11 de febrero de 2011, incluyó nuevas observaciones sobre el deber de retirar las frases promocionales de los empaques y etiquetas, por considerar que eran contrarias a la prohibición prevista en el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009.

Resaltó que, aunque es evidente que el aspecto relacionado con las frases promocionales no fue incluido dentro de las observaciones hechas a la solicitud de la sociedad actora, ello no afecta el trámite establecido para la aprobación de las advertencias sanitarias, como quiera que el control integral que ejerce el Ministerio de la Protección Social sobre los empaques y etiquetas del tabaco y sus derivados es estricto y admite la posibilidad de



nuevas observaciones sobre elementos que no hayan sido considerados en el examen inicial.

Apuntó que la solicitud de aprobación de las simulaciones que originó la expedición del Oficio No. 13340-386595 fue radicada por British American Tobacco en el año 2010, cuando la cartera de Salud hacía las primeras aplicaciones de la norma legal y la resolución reglamentaria que regulan el tema, y que al momento de expedirse el Oficio No. 13340-36783 de 2011, la Ley 1335 de 2009 había sido objeto del examen de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, quien precisó sus alcances jurídicos y respaldó la validez de la prohibición absoluta de la publicidad en los cigarrillos, de suerte que resultaba procedente que dicho organismo hiciera nuevas observaciones frente a unas expresiones lingüísticas, en inglés y español, que tenían naturaleza publicitaria en cuanto promocionaban los productos a partir de ciertas características de su composición.

Señaló que tampoco fue desconocida la confianza legítima, ya que la aprobación de una advertencia sanitaria no significa que aquellas correspondientes al siguiente periodo cuenten con la misma autorización. Y agregó que los artes finales de las advertencias sanitarias tienen vigencia de un año, al término del cual deben ser presentadas nuevamente para su revisión y sometidas a rotación obligatoria en el empaque y la etiqueta, lo cual no garantiza que vaya a ser aprobada como la versión inicial; de esta forma, resulta explicable que el Ministerio de la Protección Social pueda modificar su posición respecto de un determinado arte final que aspira a reemplazar a aquel cuya vigencia expiró, sin que esto afecte al productor, quien está sujeto a un nuevo proceso de revisión, observaciones y aprobación en el que no cuentan las simulaciones del periodo anterior.



Finalmente, estimó que la expedición del Oficio No. 13340-36783, sin tener en cuenta los argumentos de la reposición y la apelación presentadas por la sociedad actora, no afecta el debido proceso, toda vez que dicho acto no tenía como propósito resolver tales recursos, los cuales fueron decididos a través de los Oficios Nos. 13340-48674 y 073641 de 2011, expedidos por el Director de Salud Pública y la Viceministra de Salud y Bienestar, respectivamente.

*- El cargo de falta de motivación*

Aseguró que el texto del Oficio No. 13340-36783 de 2011 contiene las razones por las cuales hubo incumplimiento parcial de las exigencias relacionadas con al tamaño de la letra del producto Belmont Grey HL y las frases promocionales presentes en varios empaques, razón por la cual el acto acusado cumple el requisito de la motivación, así la sociedad demandante no esté de acuerdo con la posición asumida por la Dirección de Salud Pública sobre la falta de acatamiento de las condiciones para la aprobación de las artes finales.

De otro lado, indicó que el hecho de que aquél esté fundamentado en un concepto de la oficina jurídica no afecta su validez, pues recoge el criterio adoptado por la Corte Constitucional sobre la prohibición total de la publicidad del tabaco y sus derivados, para apoyar la solicitud de retiro definitivo de las frases promocionales. Además, como acto de trámite interno dentro del procedimiento, el concepto no tenía que ser objeto de traslado a la sociedad demandante y su controversia podía hacerse a través de los recursos legales procedentes contra el acto acusado, como en efecto ocurrió en este caso con la presentación de los recursos de reposición y apelación.



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

### III.- EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión la parte actora la apeló, con sustento en las siguientes razones:

Señaló, refiriéndose al cargo de *"falta de competencia"*, que el Tribunal usó una fórmula de juicio genérica y de conveniencia para sustentar la legalidad de los actos atacados<sup>5</sup>, pero no explicó en concreto cómo las normas aplicables soportan la decisión adoptada en éstos.

Afirmó, igualmente, que *"[...] 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 cigarrillo y, por cierto, el Convenio Mundial Antitabaco no define éstas competencias"*, y que, por el contrario, el Ministerio de la Protección Social tiene una competencia específica muy clara, consistente en 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, competencia que no se extiende a controlar la información contenida en el resto del empaque.

Reiteró los fundamentos de este motivo de censura expuestos en la demanda, en orden a concluir que en ninguna parte del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, de la Ley 1335 o de la Resolución 3961 de 2009, se prevé que el Ministerio de la Protección Social sea competente para controlar y verificar toda la información del empaque; además, en

<sup>5</sup> Citó los siguientes apartes del fallo apelado: "Sin embargo, la Sala advierte que las facultades que ejerce el Ministerio de Salud en esta materia no están limitadas exclusivamente a estos dos factores, pues implicaría la exclusión del control sobre otros aspectos determinantes en la comercialización del producto. || Ante las restricciones legalmente impuestas al tabaco y a sus derivados, resulta procedente que el organismo, como autoridad sanitaria, a cargo de la política pública del sector salud, pueda disponer la revisión de los restantes elementos de los empaques y etiquetas del producto."



ninguna parte de dicha norma legal se "trabaja la cajetilla como un símbolo", como lo ha señalado el Ministerio en la Resolución 073641 de 16 de marzo de 2011.

Estimó, en ese orden, que la competencia del Ministerio ejercida en los actos demandados y que fue apoyada por el Tribunal descansa sobre la idea de una competencia implícita, ajena al texto de las normas aplicables y opuesta a la estructura constitucional de nuestro Estado.

Precisó que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 26 y 33 de la Ley 1335 de 2009, este último en concordancia con los artículos 219 y 220 del Código Nacional de Policía, las autoridades de policía (comandantes de estación o subestación de policía o alcaldes, o quienes hagan sus veces), son las competentes para ejercer el poder sancionatorio respecto de la infracción de las disposiciones relativas a la publicidad y empaquetado del tabaco y sus derivados y de las disposiciones que prohíben las acciones de promoción y patrocinio de tabaco y sus derivados, contenidas en los capítulos III y IV de la norma legal citada (de los cuales hacen parte los artículos 13 y 16). Destacó que las normas citadas definen las autoridades competentes para ejercer el poder sancionatorio y controlador de las violaciones que le fueron endilgadas en los actos acusados, así como el procedimiento y las sanciones, sin que se incluya dentro de tales autoridades al Ministerio de la Protección Social, el cual no puede auto atribuirse sin romper el principio de legalidad, y agregó que no existe el riesgo que la lleva a tomar tal posición, toda vez que hay otras autoridades que se encargan de ejercer la competencia pretendida por la entidad demandada.

Advirtió en relación con el cargo de "censura" que, aunque está prohibida la promoción de productos derivados del tabaco en los instrumentos internacionales aprobados por Colombia (Ley 1109 de 1006) y en la Ley



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
 Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

1335, y la Corte Constitucional en la sentencia C-830 de 2010 encontró que esta última ley se encuentra ajustada a la Carta, lo cierto es que esa misma Corporación precisó que tal limitación no puede impedir la transmisión de información que se refiere a la calidad del producto, cuando señaló que *"[...] existe una decidida voluntad del legislador de extremar las 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"*.

Destacó que *"[...] si la información es meramente informativa y no promocional, no puede el Ministerio o cualquier otra autoridad impedirla sin incurrir en censura"*, y que en este caso las informaciones transmitidas en el empaque corresponden a aquellas del producto que han sido comunicadas desde hace muchos años referidas a las calidades del mismo y que le permiten al consumidor entender lo que consume y nada más que eso<sup>6</sup>.

Aseguró, refiriéndose al *cargo de expropiación*, que el Tribunal omitió analizar que muchas de las informaciones que fueron mutiladas por el Ministerio son lemas comerciales que preceden a las nuevas regulaciones

<sup>6</sup> Puntualizó a este respecto *"a. Que el producto es para mayores de edad es un mensaje informativo que corresponde a la realidad normativa y a la forma cómo el mismo Estado direcciona el consumo. Basta ver el contenido de la Ley 30 de 1986 y aquellas referidas a las bebidas alcohólicas o a los medicamentos. Si se acepta el argumento del Ministerio, se estaría aceptando que es el propio Estado el que incentiva este consumo. Sugerir que por estar prohibido lo hace atractivo a menores de edad, porque lo prohibido es atractivo, sería igualmente aplicable a los pictogramas que transmiten dicha prohibición. El riesgo de enfermedades ilustrados en los pictogramas no sería disuasivo sino un aliciente a personas depresivas que quieren enfermarse. Estas suposiciones son completamente ajenas al ejercicio de una facultad reglada. b) Famous Menthol Cigarretes. El Menthol es una descripción objetiva del producto. Se refiere a un ingrediente que determina el tipo de producto que es. Hemos buscado la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua que fue invocado por el Ministerio y en ninguna parte dice que el mentol se "asocia con autoridad, refrescante sabor". c. Naturally Sun Ripened Tobacco. Es el proceso de elaboración de ese cigarrillo que se integra con tabacos secados naturalmente al sol. Es una calidad del producto que lo distingue de otros. Lo mismo puede decirse del resto de informaciones transmitidas. No es su propósito el asignado por el Ministerio y mucho menos corresponden a informaciones inexactas o engañosas."*



sanitarias y que cuentan con autorizaciones administrativas del mismo Estado Colombiano, que reconocen su propiedad privada y la posibilidad de uso a British American Tobacco o sus compañías afiliadas o relacionadas. A ello añadió que las decisiones del Ministerio de prohibir su uso constituyen expropiaciones indirectas en tanto que vacían de contenido el derecho allí reconocido. Resaltó que para el Tribunal no hubo expropiación porque no existió desplazamiento "*de la titularidad de esos bienes a favor de la cartera de Salud y Protección Social*", dejando de lado las consideraciones normativas que sí dan cuenta de esa "apropiación", pues, cuando la propia Resolución 3961 de 2009 establece que los pictogramas son de propiedad del Ministerio y, a través de los actos atacados, este ente ejerce las mismas facultades de control sobre el empaque como lo hace para los pictogramas, de hecho está expropiando el empaque y su contenido.

Finalmente, reiteró las razones en que sustentó los *cargos de violación del debido proceso, violación de los principios de confianza legítima, economía y debido proceso, y falta de motivación* de los actos acusados.

#### **IV.- ALEGATOS DE CONCLUSION EN LA SEGUNDA INSTANCIA Y POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La **parte actora** reiteró, en esencia, los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia<sup>7</sup>.

La **parte demandada** reiteró las razones en que se fundamentó la contestación de la demanda<sup>8</sup>.

El **Ministerio Público** no intervino en este proceso.

<sup>7</sup> Folios 41 a 59 del cuaderno de segunda instancia.

<sup>8</sup> Folios 34 a 40 del cuaderno de segunda instancia.



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

## **V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **5.1. Los actos acusados y su fundamento**

La sociedad Brithis American Tobacco (South America) Limited solicitó la nulidad de los Oficios números i) 13340-386595 de 28 de diciembre de 2010, expedido por el Director General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social, que improbió las simulaciones de etiquetado y empaquetado de siete (7) productos de tabaco para el periodo de 21 de julio de 2011 a 20 de julio de 2012, presentadas con el radicado número 377526 de 17 de diciembre de 2010; ii) 13340-48674 de 23 de febrero de 2011, expedida por ese mismo funcionario, que resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto contra la primera decisión, confirmándola; y iii) 073641 de 16 de marzo de 2011, expedido por la Viceministra de salud y Bienestar del Ministerio de la Protección Social, que resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, confirmado el acto impugnado. Así mismo, solicitó la nulidad de los Oficios números iv) 13340-36783 de 11 de febrero de 2011, expedido por el Director General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social, que improbió las simulaciones de etiquetado y empaquetado de dieciocho (18) productos de tabaco para el periodo de 21 de julio de 2011 a 20 de julio de 2012, presentadas con el radicado número 12.778 de 19 de enero de 2011; v) 13340-111268 de 20 de abril de 2011, expedida por ese mismo funcionario, que resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión, confirmándola; y vi) 157561 de 2 de junio de 2011, expedido por la Viceministra de salud y Bienestar del Ministerio de la Protección Social, que resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, confirmado el acto impugnado.

El fundamento de los actos acusados en el siguiente:

**- Oficio número 13340-386595 de 28 de diciembre de 2010**

"ASUNTO: Radicado 377526

[...]

Dando respuesta al oficio No. 377526 en donde solicita por parte de este Ministerio la revisión de empaques de tabaco diseñados con los pictogramas vigentes para el período julio 21 de 2011 a julio 20 de 2012 según la Resolución 3961 de 2009, en el siguiente cuadro se encuentran las simulaciones, por referencia de producto y advertencia sanitaria, que usted presentó a esta Dirección marcadas con una X y en números las observaciones respecto al material presentado por usted a este despacho.

Cuadro No, 1 Simulaciones de etiquetado y empaquetado de productos de tabaco -British American Tobacco-

Ref. Producto/ Advertencia Sanitaria	Fumar causa aborto	Fumar causa infarto cerebral	Tus futuros pulmones	Fumar causa impotencia sexual	Fumar causa problemas oculares	Tu escoges el aire que respira
Montana por 10 U.	X*	X*	X*	X*	X*	X*(1)
Montana por 20 U	X*	X*	X*	X*(2)	X*	X*
Pall Mall Famous Menthol Cigarretes (2)	X*	X*	X*	X*	X*	X*
Belmont 11 U.	x X*	X*	X*	X*	X*	X*
Kent HD 20 U.	x X*	X*	X*	X*	X*	X*
Kent HD 6*4	X*	X*	X*	X*	X*	X*
Empaque Kool para 10 cajetillas por 20 U.	X	X	X	X	X	X

\* El tamaño de la letra de la advertencia no corresponde al publicado por el Protección Social en su página web; en las imágenes publicadas las advertencias están hechas en fuente 14 puntos versales



(1) En la simulación presentada al montar la imagen sobre la cajetilla los bordes superior e inferior miden más de 2 milímetros

(2) Atendiendo los requisitos estipulados en el artículo 5 de la Resolución 3961 la frase "Famous Menthol Cigarretes" induce a pensar que son mejores que otros productos en el mercado o incluso que se puede ser famoso o de éxito a través de ellos por tanto debe ser retirada.

Es preciso indicar que al montar las imágenes en el empaque de Montana (presentación por 10 U y 20 U), estas conserven las características de las advertencias no ensambladas en la simulación respectiva.

Las simulaciones presentadas por cada referencia cuentan con las 6 advertencias y pictogramas para el próximo período (21 de julio de 2011 - 20 julio de 2012), cumplen con la calidad de la imagen requerida y ocupan el porcentaje estipulado por la resolución 3961 de 2009 excepto para el tamaño de letra de las advertencias y la presentación de Montana por 10 y 20 unidades en las cuales, como ya se indicó, los bordes superior e inferior exceden los 2 milímetros normados por la Resolución. Es conveniente anotar que cada una de las marcas debe presentar su respectiva simulación. Hasta la fecha solo se han examinado los productos que figuran en el cuadro los cuales no cuentan con aprobación por los motivos ya expuestos.

Ahora bien, la inclusión en el etiquetado de la leyenda "*producto para mayores de edad*" debe ser retirada de todos los empaques de productos de tabaco. En primer término, se trata de una advertencia que la Ley 1335 de 2009 no trae y, para lo que nos concierne, las mismas se encuentran contenidas en el artículo 13 de la misma. Tal y como lo ha precisado la Corte Constitucional, la fuerte intervención del Estado está justificada plenamente (Sentencias C-665 de 2007, C-639 de 2010 y C-830 de 2010) y, por ende, se ha definido al detalle lo que es permitido incluir en la cajetilla. Es más, en la norma en comento se indica que el empaquetado y etiquetado no pueden ser dirigidos a menores de edad pero ello no significa que con esa leyenda se logre tal propósito. En segundo lugar, dentro de las posibles interpretaciones que puede darse a la misma es la sugerencia de que el producto es seguro, apto y aprobado para el consumo de los mayores de edad e, implícitamente, que no afecta su salud.

En consecuencia, le solicito, comedidamente, presentar las nuevas simulaciones llenando estos requisitos para poder dar aprobación al etiquetado y empaquetado de los productos de tabaco que produce la compañía que usted representa."

**- Oficio número 13340-36783 de 11 de febrero de 2011**

"Asunto: Concepto técnico y evaluación de simulaciones de etiquetado y empaquetado de productos de tabaco. Solicitud No. 12.778

En respuesta al oficio del asunto, en el cual solicita la revisión de empaques de tabaco diseñados con los pictogramas vigentes para el período comprendido entre



Julio 21 de 2011 y Julio 20 de 2012 y conforme a lo dispuesto en la Resolución 3961 de 2009 y en la Ley 1335 de 2009, me permito relacionar a continuación las simulaciones de etiquetado y empaquetado de productos de tabaco aprobados y no aprobados junto a las respectivas observaciones.

Cuadro 1. Simulaciones de etiquetado y empaquetado de productos de tabaco — British American Tobacco — Productos aprobados

Productos Aprobados	Observaciones
Pall Mall x 20 U	Los productos de estas referencias cuentan con las 6 advertencias y pictogramas para el próximo período, cumplen con la calidad de la imagen requerida y ocupan el porcentaje establecido en la Resolución 3961 de 2009 y con los requisitos de la Ley 1335 de 2009 en cuanto a promoción de productos de tabaco y sus derivados establecida en el artículo 16 de la citada Ley, el cual entra en vigencia el próximo 21 de julio.
Pall Mall PM KF HL 10	
Belmont Grey HL 20S	
Belmont splash HL6+5	
Belmont Splash HL20	
Belmont Blue HL 10S x 10 U	
Belmont Blue HL 6+5	
Belmont Blue HL 20S	
Montana Blue HL 20S	
Montana Blue HL 10S	

Cuadro 2. Simulaciones de etiquetado y empaquetado de productos de tabaco — British American Tobacco — Productos no aprobados por la presentación del pictograma.

Producto No aprobado	Observaciones
Belmont Grey HL 10S	El tamaño de la letra no corresponde al establecido en la normatividad (el tamaño de la letra de la advertencia sanitaria presentada en esta referencia es de 3 mm y lo normado son 4mm)

Adicionalmente, no se aprueban las simulaciones de etiquetado y empaquetado de los productos de tabaco de la British American Tobacco relacionadas en el cuadro número 3, teniendo en cuenta que incluyen en su etiquetado frases cuyo contenido en forma general comporta un mensaje de promoción o publicidad del producto, contraviniendo la prohibición consagrada en el Artículo 16 de la Ley 1335 de 2010. A continuación se relacionan los productos no aprobados por esta causa:

Cuadro 3. Simulaciones de etiquetado y empaquetado de productos de tabaco — British American Tobacco — Productos no aprobados por contener frases promocionales (Art. 16 de la Ley 1335 de 2009)

Productos no aprobados	Observación: Retirar las siguientes frases promocionales
Pall Mall RED HL20 (1)	(1) Naturally sun ripened Tobacco. More taste (Naturalmente maduradas al sol del tabaco. Más sabor)
Pall Mall BLUE HL20 (1)	



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

KENT HD SILVER RC 6+4 (2)	(2) More crisp and precise Kent taste daily from the world's first high definition taste system. (El más crujiente y puro sabor de Kent diariamente, desde el más alto sistema del mundo para definir el sabor)
KENT HD BLUE RC 20 CA (2)	
KENT HD SILVER RC 20 (2)	
KENT HD BLUE RC 6+4 CA (2)	
KOOL FK HL 20S (3)	(3) Está especialmente mezclado para entregar el balance perfecto entre el sabor del tabaco y el refrescante sabor del mentol desde 1933, ese ha sido nuestro compromiso alrededor del mundo con aquellos que buscan lo mejor.
KOOL CLICK & On HL 20S (4)	(4) The menthol authority - (la autoridad del mentol)
KOOL CLICK & On HL 11S (4)	
KOOL CLICK & On HL 11S (4)	
KOOL MB HL 20S (4)	
KOOL LT HL 20S (4 y 5)	(4 y 5) The menthol authority - (5) Tiene la combinación exacta entre sabor mentolado y rico sabor a tabaco, el equilibrio perfecto para aquellos que disfrutan la calidad y el placer de una fumada mentolada
KOOL LIGHTS HL 10S (5)	(5) Tiene la combinación exacta entre sabor mentolado y rico sabor a tabaco, el equilibrio perfecto para aquellos que disfrutan la calidad y el placer de una fumada mentolada.
KOOL FN HL 10S (6)	Es una edición especial que lleva al máximo la frescura de tus mejores momentos. Una nueva sensación creada exclusivamente por the menthol authority
KOOL FN HL 20S (6)	
LUCKY STRIKE LS ENJOY RED HL 5+5 (7)	(7) It is what's on the inside than counts real tobacco taste... and plenty of it.
LUCKY STRIKE LS ENJOY RED HL20 (7)	Tobacco is our passion and a great smoke is our promise. It is LUCKIES enjoy.  (Es lo que hay en el interior lo que cuenta con el tabaco real ... y plenitud de eso. El tabaco es nuestra pasión y una gran fumada es nuestra promesa. Esto es Luckies disfrútalo Pasión en el interior 1871 Es tostado

Lo anterior, teniendo en cuenta el concepto emitido por la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo de este Ministerio, número 29.832, el cual reza:

"En atención a su memorando de la referencia, mediante el cual solicita concepto frente al oficio radicado No 12778, en lo referente a las frases contenidas en el etiquetado de los productos referenciados en el citado oficio



frente la prohibición expresa de promoción de productos tabaco y sus derivados consagrada en el Capítulo IV - Artículo 16 de la Ley 1335 de 2009. Al respecto, nos permitimos indicarle:

La Ley 1335 de 2009 "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". En el Capítulo IV - Disposiciones para prohibir las acciones de promoción y patrocinio de tabaco y sus derivados, Artículo 16 establece: **PROMOCIÓN.** Prohíbese toda forma de promoción de productos de tabaco y sus derivados.

Mediante Sentencia C- 830 de 2010 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 1335 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" la cual en algunos de sus apartes señala:

"[...]

26.3. El artículo 16 de la Ley 1395 presenta una cláusula amplia, la cual prohíbe toda forma de promoción de productos de tabaco y sus derivados. El demandante y algunos intervinientes sostienen que esa cláusula es ambigua, puesto que al no ofrecer el legislador una definición estipulativa sobre el concepto promoción, se llegaría a una fórmula amplia, que prohibiría toda expresión de publicidad de tabaco. La Corte constata que a pesar que el legislador no define qué debe entenderse por promoción, el estudio de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en materia de desincentivo al consumo de tabaco ofrece precisiones importantes sobre este concepto, que bien pueden operar como parámetros para la interpretación del precepto. Como se indicó en fundamento jurídico anterior, el artículo 1º-c del Convenio Marco de la OMS para el Control de Tabaco define a la "publicidad y promoción de tabaco" como toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco. En ese sentido, se concluye que la prohibición contenida en el artículo 16 de la Ley analizada debe entenderse como una cláusula amplia, que implica la prohibición total de la publicidad de productos de tabaco, en los términos comprendidos por el CMCT.

Incluso, esta conclusión puede reafirmarse a través de un análisis textual del concepto. Promoción, de acuerdo con su acepción idiomática, refiere al "conjunto de actividades cuyo objetivo es dar a conocer algo o incrementar sus ventas" de lo que se infiere que el concepto cobija las distintas modalidades de mensaje publicitario. Por lo tanto, el uso por legislador de la expresión "toda forma" implica que se incluyen dentro de la conducta prohibida estas distintas modalidades. Esto se corrobora, a su vez, del



análisis de las Directrices para la aplicación del artículo 13 (Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco) del Convenio Marco de la OMS para el Control de Tabaco, adoptadas por la Conferencia de las Partes del CMTC, reunida en la cuarta sesión plenaria del 22 de noviembre de 2008. Según este documento internacional, útil para la interpretación de las normas del Convenio, entre ellas las que imponen deberes de los Estados signatarios, "... tanto la «publicidad y promoción del tabaco» como el «patrocinio del tabaco» abarcan la promoción no sólo de determinados productos de tabaco, sino también del consumo de tabaco en general, no sólo los actos, actividades y acciones que tengan un objetivo promocional sino también las que tengan o puedan tener un efecto promocional, y no sólo la promoción directa sino también la indirecta. La publicidad y la promoción del tabaco no se limitan a comunicaciones, sino que comprenden también recomendaciones y acciones, que deberían abarcar al menos las categorías siguientes: a) diversos arreglos de venta y/o distribución; b) formas ocultas de publicidad o promoción, como la introducción de productos de tabaco o del consumo de tabaco en el contenido de diferentes medios de difusión; c) diversas formas de asociación de productos de tabaco con eventos o con otros productos; d) empaquetado promocional y características de diseño de productos; y e) producción y distribución de artículos tales como golosinas, juguetes u otros productos que imiten la forma de los cigarrillos u otros productos de tabaco." A su vez, la Directriz identifica algunos ejemplos de arreglos de venta y/o distribución, como planes de incentivos para minoristas, exhibición en puntos de venta, loterías, regalos, muestras gratuitas, descuentos, concursos (que conlleven o no la compra de productos de tabaco) y promociones a modo de incentivos o planes de fidelidad, por ejemplo, entrega de cupones reembolsables a los compradores de productos de tabaco.

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

[...]"

En el marco de lo previsto en la Ley 1335 de 2009 y lo expresado en Jurisprudencia de la Corte Constitucional y en especial la Sentencia C-830 de 2010, es claro que el Artículo 16 de la mencionada Ley consagra una prohibición total de la publicidad 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, aprobado por Colombia mediante la Ley 1109 de 2006; prohibición ésta que incluye aquella promoción o publicidad contenida en el etiquetado y empaquetado de los productos derivados del tabaco.

Conforme con lo anteriormente expuesto y respecto de las frases que aparecen en el etiquetado de los productos que nos señala en su comunicación véase tabla, observa esta Oficina que de la lectura de todas las citadas frases el



contenido de las mismas en forma general comporta un mensaje de promoción o publicidad del producto, el cual de incluirse en el etiquetado estaría contraviniendo la prohibición consagrada en el Artículo 16 de la Ley 1335 de 2010 (sic); adicionalmente, y respecto de las frases contenidas en los numerales (3), (4 y 5), (5), (6) y (7) además de conllevar un mensaje promocional o publicitario los mismos de acuerdo con la traducción hecha por esa Dirección pudiera enmarcarse dentro de las prohibiciones establecidas en el Artículo 13 de la Ley 1335 de 2010 (sic) y Artículo 5º de la Resolución 3691 de 2009."

En conclusión, es preciso señalar que a la fecha se aprueban únicamente los productos que figuran en el cuadro número 1 del presente oficio.

En consecuencia, le solicito comedidamente presentar las simulaciones de los productos no aprobados llenando los requisitos de Ley conforme a las observaciones señaladas previamente, lo cual incluye el retiro de las frases señaladas en los numerales 1 al 7 del cuadro número 3 de los diferentes empaques de productos de tabaco, pues incumplen lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009 y poder así, dar el visto bueno al etiquetado y empaquetado de la totalidad de productos de tabaco que produce la compañía que usted representa."

En los demás actos acusados se reiteran los anteriores fundamentos, razón por la cual no es necesario su transcripción.

## **5.2. El problema jurídico a resolver**

Como quiera que la presente instancia se encuentra delimitada rigurosamente por los términos de la impugnación presentada<sup>9</sup>, le corresponde a la Sala determinar si los actos administrativos acusados fueron expedidos sin competencia por el Ministerio de la Protección Social, e igualmente si a través de ellos se impuso una censura a la parte actora y le fueron expropiados sus derechos sobre unos lemas comerciales, y si las

<sup>9</sup> De conformidad con lo dispuesto en el artículo 350 del C.P.C., el recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme. Este examen debe hacerse a partir de los motivos de inconformidad que se expresen en el recurso de apelación, sustentación que es necesaria, de acuerdo con el artículo 352 ibídem. En el mismo sentido, el artículo 320 del C.G.P. prevé que el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

decisiones demandadas vulneran el debido proceso, desconocen los principios de economía, confianza legítima y debido proceso, e incurren en falta de motivación, como se aduce por la sociedad demandante en el recurso de apelación.

### **5.3. El análisis de la impugnación**

En orden a resolver la controversia en esta segunda instancia, la Sala se referirá en primer lugar, de modo general, al marco normativo y jurisprudencial en materia de control del tabaco, y posteriormente, se pronunciará específicamente frente a cada uno de los motivos de censura invocados por la parte actora.

#### **5.3.1. Marco normativo y jurisprudencial en materia de control del tabaco en Colombia**

A partir de la consideración de que el consumo de tabaco y sus derivados y la exposición al humo de tabaco constituyen un grave problema mundial por sus consecuencias en la salud pública e incluso en el medio ambiente, se logró un consenso global en orden a adoptar medidas dirigidas a desincentivar tal consumo y reducir la exposición al humo de tabaco, que quedó expresado en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, adoptado en Ginebra el 21 de mayo de 2003 en el Marco de la 56ª Asamblea Mundial de la Salud, aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley 1109 de 2006<sup>10</sup> y promulgado por el Decreto 2871 de 5 de agosto de 2008<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> "Por medio de la cual se aprueba el "Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco", hecho en Ginebra, el veintiuno (21) de mayo de dos mil tres (2003)", Convenio y Ley declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-665 de 29 de agosto de 2007; M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>11</sup> "Por medio del cual se promulga el "Convenio Marco de la OMS para el control del Tabaco", hecho en Ginebra, el veintiuno (21) de mayo de dos mil tres (2003)".



Este instrumento internacional parte en efecto, entre otras premisas, del reconocimiento que la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública; de la inquietud de la comunidad internacional por las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, económicas y ambientales del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco en el mundo entero; del reconocimiento que la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad, y que las enfermedades relacionadas con el tabaco no aparecen inmediatamente después de que se empieza a fumar o a estar expuesto al humo de tabaco, o a consumir de cualquier otra manera productos de tabaco; de la preocupación por el importante aumento del número de fumadores y de consumidores de tabaco, entre quienes se encuentran los niños y adolescentes, y particularmente por el hecho de que se comience a fumar a edades cada vez más tempranas; de la preocupación por el impacto de todas las formas de publicidad, promoción y patrocinio encaminadas a estimular el consumo de productos de tabaco; y del reconocimiento que el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales declara que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Con sustento en tales premisas el objetivo del Convenio consiste en 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, proporcionando un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las Partes a nivel nacional, regional e internacional a fin de reducir de manera continua



y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco<sup>12</sup>.

Para alcanzar tales objetivos los Estados partes tendrán como principios básicos de orientación, entre otros, que todos deben estar informados de las consecuencias sanitarias, la naturaleza adictiva y la amenaza mortal del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco, y que se deben contemplar medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas para proteger a todas las personas del humo de tabaco<sup>13</sup>. Tales medidas deben tener en consideración la necesidad de adoptar acciones tendientes a proteger a las personas de la exposición al humo de tabaco, así como a prevenir el inicio, promover y apoyar el abandono y lograr una reducción del consumo de productos de tabaco en cualquiera de sus formas.

En armonía con lo anterior, el Convenio prevé una serie de obligaciones a los Estados partes, tanto generales como particulares. Entre las primeras, se encuentran la adopción y aplicación de medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/o otras medidas eficaces para prevenir y reducir el consumo de tabaco, la adicción a la nicotina y la exposición al humo de tabaco, y el deber de los Estados de hacer prevalecer los objetivos del Convenio sobre los intereses comerciales creados por la industria tabacalera<sup>14</sup>. Y entre las últimas, se encuentran distintas obligaciones relacionadas, entre otros ámbitos, con la *reducción de la demanda de tabaco*<sup>15</sup>, apartado en el que se establecen normas en materia de empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco, y de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco, entre otros aspectos.

---

<sup>12</sup> Artículo 3.

<sup>13</sup> Artículo 4.

<sup>14</sup> Artículo 5 numerales 2 y 3.

<sup>15</sup> Parte III del Convenio (artículos 6 a 14).



El artículo 11 del Convenio se refiere puntualmente al empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco, y prevé al respecto que cada Parte, de conformidad con su legislación nacional, adoptará y aplicará medidas eficaces para conseguir: a) que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco no se promocióne un producto de tabaco de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones, y no se empleen términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros; por ejemplo expresiones tales como "con bajo contenido de alquitrán", "ligeros", "ultra ligeros" o "suaves"; y b) que en todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos figuren también advertencias sanitarias que describan los efectos nocivos del consumo de tabaco, y que puedan incluirse otros mensajes apropiados. Dichas advertencias y mensajes: i) serán aprobados por las autoridades nacionales competentes; ii) serán rotativos; iii) serán grandes, claros, visibles y legibles; iv) deberían ocupar el 50% o más de las superficies principales expuestas y en ningún caso menos del 30% de las superficies principales expuestas; y v) podrán consistir en imágenes o pictogramas, o incluirlos.

Agrega esta norma que todos los paquetes y envases de productos de tabaco y todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos, además de las advertencias antes referidas, contendrán información sobre los componentes pertinentes de los productos de tabaco y de sus emisiones, de conformidad con lo definido por las autoridades nacionales.

Por su parte, el artículo 13 *ibídem* prevé las siguientes reglas en relación con la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. En primer lugar, la norma señala que las Partes reconocen que una prohibición total de la



publicidad, la promoción y el patrocinio reduciría el consumo de productos de tabaco.

Seguidamente dispone esta norma que los Estados parte del Convenio procederán, de conformidad con su Constitución o sus principios constitucionales, a una *prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco*, prohibición que comprenderá, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos originados en su territorio. Así mismo, prevé este precepto que cada Parte, dentro de un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Convenio, adoptará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas para el efecto.

Se precisa en esta disposición que en los casos en que el Estado parte no esté en condiciones de disponer una prohibición total de las formas de publicidad antes citadas, en virtud de sus previsiones constitucionales, estará en cualquier caso obligado a *aplicar restricciones* a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco, restricciones que comprenderán, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte respectiva, la restricción o una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio originados en su territorio que tengan efectos transfronterizos. A este respecto, cada Parte adoptará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas.

El numeral 4 de esta norma prevé que como *mínimo*, y de conformidad con su Constitución o sus principios constitucionales, cada Parte, entre otros deberes, (i) prohibirá toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco que promueva un producto de tabaco por cualquier medio que sea falso, equívoco o engañoso en alguna otra forma o que



pueda crear una impresión errónea con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones; (ii) exigirá que toda publicidad de tabaco y, según proceda, su promoción y patrocinio, vaya acompañada de una advertencia o mensaje sanitario o de otro tipo pertinente; y (iii) restringirá el uso de incentivos directos o indirectos que fomenten la compra de productos de tabaco por parte de la población.

En el numeral 5 de la norma comentada se alienta a las Partes a que pongan en práctica medidas que vayan más allá de las obligaciones establecidas en el numeral anterior.

En el artículo 1º del Convenio se definen la publicidad y la promoción del tabaco y el patrocinio del tabaco, en los siguientes términos: Por los primeros 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"*, y por el último, *"toda forma de contribución a cualquier acto, actividad o individuo con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco"*.

El Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, como antes se dijo, fue aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley 1109 de 2006. La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-665 de 2007, declaró exequible el Convenio y la ley aprobatoria, en consideración a que *"constituye un importante instrumento internacional para evitar y contrarrestar las nefastas consecuencias del consumo del tabaco, en especial para la salud y el medio ambiente"* y, por ende, *"se encuentra en consonancia con los artículos 9, 226 y 227 de la Constitución, disposiciones que orientan la política exterior del Estado Colombiano"*.



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

Agregó la Corte que “[...] *La finalidad del Convenio, señalada en su artículo 3, se enmarca en la protección de las generaciones presentes y futuras frente a las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo, y por tanto, desarrolla los principios contenidos en los artículos 49, 78 y 79 de la Carta [...]*”, destacando que tal conclusión se predica igualmente respecto de los principios generales y las obligaciones de los Estados señalados en el Convenio en sus artículos 4 y 5, principio y obligaciones que, además, *“protegen el derecho a la vida tanto de los fumadores pasivos como activos, derecho protegido por el artículo 11 de la Carta Política”*<sup>16</sup>.

Apuntó así mismo dicha Corporación que el Convenio busca proteger a la niñez y a la juventud de la adicción producida por el consumo de tabaco y, en ese sentido, desarrolla los artículos 44 y 45 de la Carta, y agregó que este instrumento internacional protege los derechos de aquellas personas no fumadoras frente a la exposición al tabaco.

De otro lado, en lo que interesa a este pronunciamiento, es preciso destacar que la Corte señaló que las medidas relacionadas con la promoción y patrocinio del tabaco por las que propugna el Convenio pueden considerarse constitucionalmente válidas y legítimas, teniendo en cuenta, además, que éste reconoce y respeta las decisiones soberanas de los Estados en cuanto al tema de la restricción total o parcial de la publicidad del tabaco.

<sup>16</sup> Sobre este particular, expresó la Corte: *“En efecto, tal y como se señala en la exposición de motivos del proyecto de Ley 1109 de 2006, estudios de la Organización Mundial de la Salud han demostrado que la adicción al tabaco ha traído consigo la disminución en las expectativas de vida de las personas. En este sentido, el tabaquismo es un problema de salud pública que ocasiona un alto índice de incapacidad y muertes prematuras por causa de enfermedades de carácter crónico, degenerativas e irreversibles [...]*”.



En relación con este aspecto destacó que el Convenio, en sus artículos 10, 11, 12 y 13, insta a las Partes para que, de acuerdo con sus normas constitucionales, establezca una política restrictiva frente a la publicidad y promoción del tabaco. Y precisó que, en cuanto al punto específico de la restricción de la publicidad del tabaco, la jurisprudencia ha señalado que el mercado, entendido como el desenvolvimiento de los procesos de producción, distribución y consumo de bienes y servicios, está gobernado por la ley de la oferta y la demanda, y que el empresario tiene plena libertad de iniciativa para escoger los instrumentos que considere idóneos y eficaces para ofrecer o anunciar sus productos, siempre y cuando no atenten contra el bien común, los derechos fundamentales, la función social de la empresa, las leyes reguladoras de la actividad económica, y la información que debe suministrarse al público en la comercialización de los productos, advirtiendo que dentro de esos mecanismos se encuentra la publicidad o propaganda del bien o servicio a través de los distintos medios de comunicación. A ello agregó que, no obstante, la Corte ha reiterado que tal facultad puede ser limitada en aras de la protección de *"fines plausibles como son: el interés general, la vida, la salud, la seguridad y los derechos de los niños"*.

Pues bien, en armonía con los postulados del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, se expidió por el legislador colombiano la Ley 1335 de 2009, que contiene *"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"*. En el capítulo III de esta normativa se establecen *"Disposiciones relativas a la publicidad y empaquetado del tabaco y sus derivados"*, las cuales están contenidas en sus artículos 13 a



15<sup>17</sup>; por su parte, en el capítulo IV de la ley se adoptan *"Disposiciones para prohibir las acciones de promoción y patrocinio de tabaco y sus derivados"*, las cuales están contenidas en los artículos 16 y 17.

El Ministerio de la Protección Social, en ejercicio de las atribuciones reglamentarias conferidas por el artículo 13 de la Ley 1335 de 2009 y conforme al artículo 2º del Decreto 205 de 2003<sup>18</sup>, expidió la Resolución 3961 de 21 de octubre de 2009, *"por la cual se establecen los requisitos de empaquetado y etiquetado del tabaco y sus derivados"*.

**5.3.2. El cargo de falta de competencia**

En síntesis, aduce la parte actora que el Ministerio de la Protección Social carece de competencia para controlar de forma general la información de los empaques del tabaco y sus derivados sometidos a su revisión, tal y como lo hizo en los actos acusados, pues tal atribución no le fue conferida en ninguna parte del Convenio de la OMS para el Control del Tabaco, ni de la Ley 1335 o de la Resolución 3961 de 2009, siendo su competencia restringida exclusivamente a la verificación de que las frases de advertencia y los pictogramas incluidas en los empaques del tabaco y sus derivados cumpla los requisitos establecidos en el párrafo 1º del artículo 13 de la Ley 1335 de 2009. Estima, en ese orden, que lo decidido a través de los actos acusados no puede descansar sobre una competencia

<sup>17</sup> El artículo 13 se refiere al empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco, y a su contenido se aludirá más adelante en esta providencia. El artículo 14 dispone que ninguna persona natural o jurídica de hecho o de derecho podrá promocionar productos de tabaco en radio, televisión, cine, medios escritos como boletines, periódicos, revistas o cualquier documento de difusión masiva, producciones teatrales u otras funciones en vivo, funciones musicales en vivo o grabadas, video o filmes comerciales, discos compactos, discos de video digital o medios similares. A su turno, el artículo 15 prohíbe a toda persona natural o jurídica la fijación de vallas, pancartas, murales, afiches, carteles o similares móviles o fijos relacionados con la promoción del tabaco y sus derivados.

<sup>18</sup> Por el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica y las funciones del Ministerio de la Protección Social y se dictan otras disposiciones.



implícita, como lo entiende la entidad demandada y lo aceptó el Tribunal en la sentencia apelada.

De otro lado, señaló que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 26 y 33 de la Ley 1335 de 2009, este último en concordancia con los artículos 219 y 220 del Código Nacional de Policía, las autoridades de policía (comandantes de estación o subestación de policía o alcaldes, o quienes hagan sus veces), son las competentes para ejercer el poder sancionatorio respecto de la infracción de las disposiciones relativas a la publicidad y empaquetado del tabaco y sus derivados y de las disposiciones que prohíben las acciones de promoción y patrocinio de tabaco y sus derivados, contenidas en los capítulos III y IV de la norma legal citada (de los cuales hacen parte los artículos 13 y 16). Y destacó que las normas citadas definen las autoridades competentes para ejercer el poder sancionatorio y controlador de las violaciones que le fueron endilgadas en los actos acusados, así como el procedimiento y las sanciones, sin que se incluya dentro de tales autoridades al Ministerio de la Protección Social, el cual no puede auto atribuirse sin romper el principio de legalidad.

Para la Sala no tiene vocación de prosperidad el motivo de censura propuesto por la parte demandante, pues, como enseguida se examina, las normas que integran el marco normativo para el control del tabaco en Colombia, esto es, el Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco, aprobado mediante la Ley 1109 de 2006, así como la Ley 1335 de 2009 y la Resolución 3961 de 2009, que constituyen medidas de tipo legislativo, ejecutivo y administrativo adoptadas por el Estado en desarrollo de los compromisos derivados de ese instrumento internacional, y que fueron citadas expresamente como fundamento jurídico de los actos acusados, sí facultan al Ministerio de la Protección Social para ejercer un control sobre la integridad de los empaques y etiquetas de los productos de tabaco y sus derivados y no solo respecto de algunos elementos de éstos, como lo



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

entiende la parte actora, quien, en criterio de la Sala, da una lectura fragmentaria a algunas de tales disposiciones que no responde al propósito que se persigue a través de dicho sistema normativo.

En efecto, las medidas de control dirigidas a reducir el consumo del tabaco y la exposición al humo del tabaco, establecidas de forma general en las obligaciones y compromisos previstos en el Convenio de la OMS para el Control del Tabaco para los Estados parte del mismo, entre ellos Colombia, y de manera particular y concreta en la normativa jurídica interna expedida en consonancia con aquellas y para su cabal desarrollo, tienen como finalidad última la protección de las generaciones presentes y futuras contra las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, económicas y ambientales del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco.

En ese orden, el contenido y alcance de la normativa que prevé tales medidas de control debe comprenderse a la luz de dicha finalidad y además de premisas fundamentales como las que indican que todos deben estar informados de las consecuencias sanitarias, la naturaleza adictiva y la amenaza mortal del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco; que para la reducción de dicho consumo se debe propender por la prohibición de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio de los productos de tabaco, y que es deber del Estado hacer prevalecer el objetivo superior de la protección de la salud pública y de otros intereses generales sobre los intereses comerciales de la industria tabacalera.

En ese sentido, debe entonces precisarse que el Congreso de la República, en cumplimiento del compromiso del Estado Colombiano de adoptar medidas legislativas tendientes a prevenir el inicio, promover y apoyar el abandono y lograr una reducción del consumo de productos de tabaco en cualquiera de sus formas, así como a proteger a las personas de la exposición al humo de tabaco, expidió la Ley 1335 de 2009 que, como



antes se dijo, contiene *"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"*.

El objeto de esta ley, como se estableció en su artículo 1º, consiste en contribuir a garantizar los derechos a la salud de los habitantes del territorio nacional, especialmente la de los menores de 18 años de edad y la población no fumadora, regulando el consumo, venta, publicidad y 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.

Para tal efecto, en el artículo 13 de la Ley 1335, titulado *"Empaquetado y etiquetado"*, se establece que 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; b) sugerir que fumar contribuye al éxito atlético o deportivo, la popularidad, al éxito profesional o al éxito sexual; y 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".

En el párrafo 1º de esta norma se dispuso que 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. Y se agrega que en los empaques de productos de tabaco comercializados en el país, dichas



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

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.

Además, en el párrafo 2º se dispone que 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.

Finalmente, en un párrafo transitorio se faculta al Ministerio de la Protección Social para que, dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la ley, reglamente lo necesario para su cumplimiento.

Con sustento en esa facultad se profirió por esta entidad la Resolución número 3961 de 2009, "*por la cual se establecen los requisitos de empaquetado y etiquetado del tabaco y sus derivados*", acto éste en el que se reitera el deber de incluir en los empaques y etiquetas de tales productos frases de advertencia y pictogramas, con las características y en las condiciones allí mismo definidas (artículos 3º y 4º)<sup>19</sup>. En esta

<sup>19</sup> El artículo 3º de este acto establece la "*Obligación de inclusión de advertencias y pictogramas*", al prever que 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. Por su parte, el artículo 4º *ibídem* reglamenta las "*Características de las frases de advertencia y de los pictogramas*", y al efecto dispone que 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; que 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; y que el borde deberá medir 2 milímetros. En el párrafo 1º de esta última



resolución igualmente se desarrolla el inciso 1º del artículo 13 de la Ley 1335, en relación con las "*Prohibiciones en el empaquetado y etiquetado*" de productos de tabaco y sus derivados, señalándose en su artículo 5º que el empaquetado y etiquetado no podrá: a) ser dirigido a menores de edad o ser especialmente atractivos para estos, por lo cual 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, de suerte que los empaques y etiquetas no pueden contener insinuaciones, sugerencias o cualquier mensaje que suscite tales apreciaciones; y 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".

Así mismo, dispone esta norma que los paquetes de productos de tabaco y sus derivados no deberán incluir fechas de expiración que induzcan a confusión o engaño a los consumidores y les lleven a concluir que los productos de tabaco se pueden consumir sin riesgo en algún momento. Y a ello se agrega que tampoco podrán inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones, o emplear términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos

disposición se establece que 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. Además, que 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, y que, en ningún caso, las advertencias podrán ser disimuladas, veladas o susceptibles de ser separadas. Y en el parágrafo 2º se precisa que los pictogramas deben ser impresos en policromía con tinta indeleble; que 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; y que 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.



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros. Además, se precisa que en ninguno de los diferentes tipos de empaques de los productos de tabaco y sus derivados se podrá incluir información cuantitativa acerca de los componentes y sus emisiones que pueda inducir a suposiciones falsas a los consumidores, como la existencia de que menores contenidos o concentraciones son seguros.

De otro lado, en el artículo 6º de la Resolución se establece que, para efectos del cumplimiento de lo establecido en el párrafo 1º del artículo 13 de la Ley 1335 de 2009, la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social dispondrá el mecanismo por el cual determinará las frases de advertencia y los pictogramas para cada periodo, cuyas artes se publicarán en la página web del Ministerio para su uso por los productores e importadores de productos de tabaco a más tardar el 20 de noviembre de cada año. Que una vez publicadas dichas artes, los productores e importadores de productos de tabaco tendrán cuarenta y cinco (45) días calendario para hacer las pruebas de color y presentar una simulación del producto terminado, respetando todas sus características de diseño color, proporciones y otros, por cada advertencia y cada presentación de empaque ante la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social. Y que esa Dirección tendrá un (1) mes, contado a partir de la fecha de la recepción en bloque de los productos para aprobar o rechazar sus pruebas; en caso de ser rechazada la primera prueba de color, se concederá un plazo de quince (15) días calendario para su ajuste y presentación de la prueba definitiva.

Se advierte en el párrafo 1º de esta disposición que las advertencias sanitarias y pictogramas expedidos anualmente son propiedad exclusiva del Ministerio de la Protección Social y, por lo tanto, no podrán ser modificados por terceros, ni se les podrá dar usos diferentes a los



establecidos en la presente resolución, salvo expresa autorización de la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social. Y en el parágrafo 2º, que a partir de la fecha anual de rotación de las advertencias sanitarias, que corresponde al 21 de julio de cada año, según lo estableció la Ley 1335 de 2009, los productores e importadores de productos de tabaco y sus derivados no podrán comercializar empaques con las advertencias sanitarias anteriores o sin advertencias.

Pues bien, al analizar el contenido y alcance del artículo 13 de la Ley 1335 de 2009, se advierte por la Sala que la misma se encuentra en armonía con lo previsto en el artículo 11 del Convenio -norma ésta que se enmarca dentro de las *medidas para reducir la demanda de los productos de tabaco-*, y que en ella el legislador prohíbe una específica información en los empaques y etiquetas de los productos de tabaco y sus derivados y ordena la inclusión de otra en éstos, bajo el entendido que los mismos constituyen un *símbolo* a través del cual se puede promover el consumo de tales productos.

En efecto, en ese contexto, al regularse el empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco y sus derivados, se concibe el mismo como un *conjunto armónico conformado por distintos elementos que identifican el bien*, estableciéndose, de un lado, unas prohibiciones respecto de la información contenida en ellos, dirigidas todas a evitar que mediante tal información se promueva o incite el consumo de tabaco en la población en general y especialmente en los menores de edad o se genere la impresión que dicho consumo no resultaría nocivo para la salud; y de otro, señalándose el deber de incluir en los empaques y etiquetas de tales productos frases de advertencia y pictogramas que indiquen a los consumidores los graves riesgos que el consumo de éstos genera para su salud, con miras a desincentivarlo. Lo anterior es ratificado en la



---

Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

resolución expedida por el Ministerio de la Protección Social para reglamentar esta normativa.

Ahora bien, de la normativa examinada se advierte que el control que se realiza sobre el empaquetado y etiquetado del tabaco y sus derivados está a cargo del Ministerio de la Protección Social y comprende la *integralidad de los elementos de aquellos*, esto es, tanto las frases de advertencia y los pictogramas como la demás información incluida en los empaques y etiquetas.

A este respecto, se debe precisar que, aunque el artículo 6º de la Resolución 3961 de 2009 en principio parece referirse solo a las frases de advertencia y los pictogramas, prevé que los productores o importadores de tabaco deben presentar ante el Ministerio de la Protección Social una simulación del producto terminado por cada advertencia y cada presentación de empaque, esto es, dispone de forma general que se debe presentar ante esta entidad una **simulación del empaque**, el cual, como antes se dijo, está conformado por un conjunto de elementos más allá de tales advertencias.

Igualmente, debe anotarse que el objeto del control que ejerce el Ministerio se extiende, de un lado, a la verificación del cumplimiento de los requisitos señalados en las normas citadas frente a las frases de advertencia y pictogramas (en cuanto a dimensiones, color, proporciones, ubicación, etc.), y de otro, a determinar que los mensajes, leyendas o formas que se incorporen en los empaques y etiquetas no se encuentren inmersos en las prohibiciones del inciso 1º del artículo 13 de la Ley 1335 de 2008 y en el artículo 5 de la Resolución 3961 de ese mismo año, como tampoco contradiga la prohibición general establecida en el artículo 16 de la citada norma legal.



Ciertamente, teniendo como premisa que, de acuerdo con el Convenio, se entiende por publicidad y promoción del tabaco *"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"*, y que precisamente a través de los empaques y etiquetas del producto es posible transmitir mensajes que tengan o puedan tener el efecto de promocionar el producto y/o promover e incitar su consumo, como se ha reconocido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C-830 de 2010<sup>20</sup>), debe tenerse en cuenta en el control sobre el empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco o sus derivados el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009, norma que consagra la **prohibición de toda forma de promoción de productos de tabaco**

<sup>20</sup> En esta sentencia la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad, entre otras normas, del artículo 16 de la Ley 1335 de 2009. En punto al alcance de la prohibición establecida en esta disposición, señaló dicha Corporación: "En ese sentido, se concluye que la prohibición contenida en el artículo 16 de la Ley analizada debe entenderse como una cláusula amplia, que implica la prohibición total de la publicidad de productos de tabaco, en los términos comprendidos por el CMCT. || Incluso, esta conclusión puede reafirmarse a través de un análisis textual del concepto. Promoción, de acuerdo con su acepción idiomática, refiere al *"conjunto de actividades cuyo objetivo es dar a conocer algo o incrementar sus ventas"*, de lo que se infiere que el concepto cobija las distintas modalidades de mensaje publicitario. Por lo tanto, el uso por legislador de la expresión *"toda forma"* implica que se incluyen dentro de la conducta prohibida estas distintas modalidades. Esto se corrobora, a su vez, del análisis de las *Directrices para la aplicación del artículo 13 (Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco) del Convenio Marco de la OMS para el Control de Tabaco*, adoptadas por la Conferencia de las Partes del CMTC, reunida en la cuarta sesión plenaria del 22 de noviembre de 2008. Según este documento internacional, útil para la interpretación de las normas del Convenio, entre ellas las que imponen deberes de los Estados signatarios, **"... tanto la «publicidad y promoción del tabaco» como el «patrocinio del tabaco» abarcan la promoción no sólo de determinados productos de tabaco, sino también del consumo de tabaco en general, no sólo los actos, actividades y acciones que tengan un objetivo promocional sino también las que tengan o puedan tener un efecto promocional, y no sólo la promoción directa sino también la indirecta. La publicidad y la promoción del tabaco no se limitan a comunicaciones, sino que comprenden también recomendaciones y acciones, que deberían abarcar al menos las categorías siguientes: a) diversos arreglos de venta y/o distribución; b) formas ocultas de publicidad o promoción, como la introducción de productos de tabaco o del consumo de tabaco en el contenido de diferentes medios de difusión; c) diversas formas de asociación de productos de tabaco con eventos o con otros productos; d) empaquetado promocional y características de diseño de productos; y e) producción y distribución de artículos tales como golosinas, juguetes u otros productos que imiten la forma de los cigarrillos u otros productos de tabaco."** [...] (Resaltado ajeno al texto original)



**y sus derivados<sup>21</sup>**. A través de esta norma, valga anotarse, el Estado Colombiano responde al compromiso establecido en el artículo 13 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco relativo a prohibir totalmente toda forma de promoción, publicidad y patrocinio del tabaco, el cual fue adoptado bajo el reconocimiento de los Estados partes del mismo de que tal medida contribuye a reducir el consumo de dicho producto.

De esta forma, es claro para la Sala que la revisión que efectúa el Ministerio, en orden a aprobar o rechazar las simulaciones de los empaques de los productos es *integral*, esto es, efectuada respecto de todos los elementos incorporados en aquellos, pues no resulta conforme con la finalidad de la regulación que se verificara solamente el cumplimiento de los requisitos y condiciones de las frases de advertencia y los pictogramas, pero se excluyera del control administrativo el resto de la información contenida en los empaques, otorgándole autorización a unos empaques que, al tiempo que informan por ejemplo sobre los riesgos de fumar porque causa infarto cerebral, invite o promueva el consumo del tabaco y sus derivados a través de mensajes atractivos para la población, incluyendo los menores de edad, o promocioe comercialmente dicho producto, en contravía de las prohibiciones legales establecidas en este sentido.

Una comprensión diferente a la expuesta o aislada de las disposiciones examinadas no consultaría debidamente la *finalidad* que inspira el marco jurídico en materia de control del tabaco, que no es otra que *proteger intereses superiores* como el derecho a la vida, el derecho a la salud, los derechos de los menores de edad, y el derecho a un medio ambiente sano,

<sup>21</sup> A través de esta disposición el Estado Colombiano responde al compromiso establecido en el artículo 13 del Convenio Marco de la OMS relativo a prohibir totalmente toda forma de promoción, publicidad y patrocinio del tabaco, el cual fue adoptado bajo el reconocimiento de los Estados partes del mismo de que tal medida contribuye a reducir el consumo de dicho producto.



que resultarían expuestos si no se adelanta un *control integral y estricto* sobre la información que se incorpora en los empaques y etiquetas del tabaco y sus derivados. Este control, debe reiterarse, apunta a evitar las graves consecuencias que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco tiene sobre la salud pública, la sociedad, la economía y el medio ambiente.

En este mismo sentido se había pronunciado esta Sección en sentencia de 24 de septiembre de 2015<sup>22</sup>, dictada a propósito de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por la aquí demandante contra unos oficios del Ministerio de la Protección Social en los que improbaron las simulaciones de los empaques de sus productos para el periodo 2011-2012, y que se sustentó en argumentos similares a los propuestos en este proceso.

En dicha providencia se señaló al respecto 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*”.

Y se destacó que “[e]l 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”.

<sup>22</sup> Proferida en el proceso con radicado número 2012-00607-01, C.P. María Elizabeth García González.



Igualmente, se precisó que “[a]nte 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”, poniéndose de relieve 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”, por lo que “[...] 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”.

Ahora bien, siguiendo con los fundamentos expuestos en el recurso de apelación, no es admisible que, por la circunstancia que la Ley 1335 de 2009<sup>23</sup> establezca como una infracción objeto de sanción el desconocimiento de las disposiciones de esa norma relacionadas con la promoción del tabaco y sus derivados, el Ministerio de la Protección Social no pueda ejercer de manera integral el control administrativo que le compete sobre el empaquetado y etiquetado de esos productos. En efecto,

<sup>23</sup> Artículo 26.



carece de toda racionalidad y lógica que, existiendo todo un sistema normativo encaminado a prevenir el inicio, promover y apoyar el abandono y lograr la reducción del consumo de tabaco, así como a proteger a las personas de la exposición del humo del tabaco, dicha entidad pública efectúe un control administrativo parcial de los empaques y etiquetas que permita que los productores e importadores de dicho producto introduzcan elementos de carácter promocional y publicitario en aquellas, y las autorice en tales condiciones, dejando expuesta a la población en general a los riesgos derivados de ese consumo.

El propósito de las normas en esta materia, debe resaltarse, es ante todo preventivo, de suerte que corresponde al Ministerio de la Protección Social efectuar un control previo sobre el contenido promocional de los empaques y etiquetas, en orden a evitar que los mismos estén en esas condiciones en el mercado. Lo anterior, lógicamente, sin perjuicio de que si se llegan a utilizar empaques que desconozcan la prohibición legal examinada, la autoridad competente imponga las sanciones a que haya lugar.

En la providencia antes citada la Sección precisó lo siguiente sobre este mismo particular: *"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,*



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

*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”.*

Por todo lo antes expuesto, la Sala denegará la prosperidad del cargo de falta de competencia propuesto en la demanda.

### **5.3.3. El cargo de censura y expropiación**

5.3.3.1. Afirmó en relación con el cargo de “*censura*” que, aunque está prohibida la promoción de productos derivados del tabaco en los instrumentos internacionales aprobados por Colombia (Ley 1109 de 1006) y en la Ley 1335, y la Corte Constitucional en la sentencia C-830 de 2010 encontró que esta última ley se encuentra ajustada a la Carta, lo cierto es que esa misma Corporación precisó que tal limitación no puede impedir la transmisión de información que se refiere a la calidad del producto, cuando señaló que “[...] *existe una decidida voluntad del legislador de extremar las 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*”. Precisó, en ese orden, que si la información es meramente informativa y no promocional, no puede el Ministerio o cualquier otra autoridad impedirla sin incurrir en censura, y advirtió que en este caso las informaciones transmitidas en el empaque corresponden a aquellas del producto que están referidas a las calidades del mismo y que le permiten al consumidor entender lo que consume y nada más que eso.

Pues bien, para decidir sobre esta acusación en lo relativo a la supuesta censura en que habría incurrido el Ministerio a través de los actos



acusados, es pertinente destacar, en primer lugar, que la Corte Constitucional en la Sentencia C-830 de 2010 se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 16 de la Ley 1335, norma que prohíbe toda forma de promoción de productos de tabaco y sus derivados, y que se acusó de vulnerar la libertad económica y de empresa, bajo la consideración de que la facultad de promocionar los productos que se comercializan hace parte del núcleo esencial de estas libertades, y es por ende restringida con la prohibición establecida en la ley.

La Corte negó dicha acusación y declaró exequible la citada disposición, al encontrar que la prohibición de toda forma de promoción del tabaco y sus derivados establecida en ella corresponde a una medida de intervención del Estado en la economía que responde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Al respecto, se consideró lo siguiente:

"28. Las medidas acusadas están previstas en una ley de la República, lo que acredita el primero de los requisitos propios de las expresiones de intervención del Estado en la economía. En segundo lugar, debe determinarse si las normas demandadas desconocen el núcleo esencial de la libertad de empresa. A este respecto, lo primero que debe resaltarse es que tanto la Constitución como la jurisprudencia de este Tribunal han caracterizado a las libertades económicas como la potestad que tiene toda persona natural y jurídica para (i) adelantar un esfuerzo empresarial, consistente en la ordenación de determinados medios y factores de producción, con el fin de crear un bien o servicio; y (ii) concurrir en el mercado con propósitos de intercambio comercial del mismo bien o servicio, en condiciones equitativas y de libre competencia. En otras palabras, la ejecución de un esfuerzo productivo y la posibilidad de concurrir el mercado para vender el producto o servicio son las dos actividades que conforman el núcleo esencial de la libertad de empresa, el cual no podría ser *prima facie* afectado por una medida legislativa sin contrariar las reglas que integran lo que se ha denominado *Constitución económica*.

**Es evidente que las normas acusadas se restringen a imponer prohibiciones a conductas dirigidas a la promoción para el consumo de un grupo de bienes determinados (productos de tabaco y sus derivados), sin que tengan el alcance de afectar ni la fabricación de tales productos, ni la posibilidad que los mismos sean puestos a disposición de los consumidores.** Por ende, no puede concluirse que la medida de prohibición de la publicidad de



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

productos de tabaco y el patrocinio de eventos culturales y deportivos por las empresas tabacaleras afecte *per se* la libertad de empresa.

**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 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 con 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.

29. Por último, la medida de intervención económica debe cumplir con juicio leve de proporcionalidad, que se base en determinar, por un parte, si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, idóneo para alcanzar el fin propuesto.

[...]

**29.1. Se ha señalado que el fin que tiene el legislador para prohibir la publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco es la garantía de la salud pública y el medio ambiente, objetivos que no solo son compatibles con la Carta Política, sino que conforman verdaderas obligaciones estatales, pues preceden a la eficacia de derechos fundamentales de los asociados, como la vida, la salud y la integridad física, junto con otras garantías de índole colectivo, como gozar de un ambiente sano.**

**29.2. El medio empleado por la medida legislativa estudiado, a su vez, no se encuentra prohibida por la Constitución. En efecto, no existe un mandato en la Carta Política que impida que el Estado prohíba la publicidad de determinado producto.** Como se ha indicado en esta decisión, las libertades económicas engloban las potestades de producción y comercialización de bienes y servicios, dentro de los límites del bien común (Art. 333 C.P.), sin que las normas de la *Constitución económica* impidan restricciones a la publicidad comercial de productos de venta lícita. [...] La adecuación de la medida con el fin de propuesto se corrobora, del mismo modo, con base en la interpretación de las normas de derecho internacional aplicable a la materia, las cuales sostienen que la manera eficaz de lograr el desincentivo del consumo de tabaco es la prohibición integral de las distintas modalidades de mensaje publicitario. Conforme a la Directriz para la aplicación del artículo 13 del CMCT, "*[u]na prohibición eficaz de la publicidad, la prohibición y el patrocinio de tabaco, como reconocen en los párrafos 1 y 2 del artículo 13, las Partes en el Convenio, debería ser integral y aplicarse a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio.*"

**29.3. Finalmente, concurre una relación objetiva y verificable entre medios y fines. La publicidad comercial de los productos de tabaco tiene como objetivo incidir en las decisiones de consumo de los ciudadanos, de manera que opten por la adquisición y uso habitual de dichos bienes. En ese sentido, como ya se ha señalado, la**



**prohibición total de esos actos de publicidad y promoción, al igual que la restricción intensa del patrocinio, redundarán en la disminución de ese consumo.**

[...]” (Negritas ajenas al texto original)

Ahora bien, en la sentencia citada la Corte pone de presente que a la constitucionalidad de la medida legislativa examinada pueden válidamente exponerse varios cuestionamientos, entre éstos, que la prohibición total de la publicidad de tabaco afectaría el grado de reconocimiento constitucional de la publicidad como discurso, amparado por las libertades de información y expresión. Explica la Corte que el argumento central de la crítica es que la información contenida en la publicidad comercial de tabaco está estrechamente relacionada con los derechos del consumidor, en los términos del artículo 78 C.P., referentes a la obligación que el mercado brinde la información necesaria sobre las calidades de los bienes y servicios, de manera tal que la ausencia de toda publicidad haría que los consumidores de un producto lícito no tengan acceso a la información necesaria para documentar suficientemente sus decisiones de consumo, contraviniéndose la preceptiva constitucional sobre la materia.

La Corte Constitucional negó dicha objeción con sustento en las siguientes consideraciones:

“Para resolver esta objeción, debe la Corte recordar como la publicidad comercial, en los términos descritos en el fundamento jurídico 8, se expresa en un plano informativo y en uno persuasivo. El primero de ellos obtiene reconocimiento constitucional en razón de su vínculo con la protección de los derechos del consumidor y, de forma restrictiva y excepcional, por la libertad de expresión y de información. El contenido persuasivo del mensaje publicitario es exclusivamente expresión de las libertades económicas, por lo que puede ser limitado, incluso de manera intensa, a condición que se cumplan con los requisitos que fundamentan la validez de las políticas de intervención del Estado en el economía.

Los productos de tabaco y sus derivados tienen una particularidad que los distingue de otros bienes y servicios que concurren al mercado: son

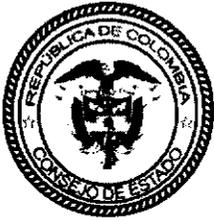


intrínsecamente nocivos para la salud de quienes los consumen y para el medio ambiente. Esto explica tanto la legitimidad de las medidas estatales que, como las estudiadas, conforman un mercado pasivo para los mismos, como la posibilidad de imponer restricciones intensas, hasta el grado de prohibición, respecto de los mensajes publicitarios destinados a promover dicho consumo.

Esta comprobación lleva a un interrogante obvio: ¿cuál es entonces el contenido informativo de la publicidad comercial de tabaco que obtiene reconocimiento constitucional, amén de estar vinculado con los derechos de los consumidores? La respuesta a este cuestionamiento debe basarse en la consideración anterior, según la cual los productos de tabaco con intrínsecamente nocivos, por lo que la información que debe obtener reconocimiento constitucional es aquella que ilustre al consumidor potencial sobre los daños que se genera del uso de esa sustancia. A este respecto, la Corte encuentra que el legislador, en consonancia con los compromisos internacionales derivados del CMCT, es especialmente prolijo en la definición de instrumentos dirigidos a informar al consumidor sobre los riesgos en que incurre por el consumo de productos de tabaco.

Así por ejemplo, la Ley 1335/09 incorpora el deber estatal de prever una política de salud pública antitabaquismo, con obligaciones concretas de educación y prevención del consumo, tanto a nivel nacional como territorial (Art. 5º y ss.). De igual modo, dispone estrictas y específicas sobre el empaquetado y etiquetado de productos de tabaco, las cuales disponen (i) la prohibición que el producto esté dirigido a menores de edad o ser especialmente atractivo para estos; (ii) que no pueda vincularse el hecho de fumar con el éxito atlético o deportivo, la popularidad y el éxito profesional o sexual; (iii) la prohibición que el empaquetado utilice expresiones que apelen a que el producto genera un daño menor, como *light*, *mild*, suave, ligeros o bajos en alquitrán y monóxido de carbono; y (iii) la obligatoriedad que las presentaciones de dichos bienes adviertan acerca de sus efectos nocivos. (Art. 13). Además, confiere al Gobierno la potestad de solicitar a los fabricantes e importadores de cigarrillos que informen sobre los ingredientes agregados del tabaco, al igual que los niveles de componentes de humo que correspondan a niveles de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono. "

Con apoyo en tales argumentos, concluyó la Corte que para el caso planteado no puede colegirse que se haya afectado el discurso comercial, en su vertiente informativa, por el hecho de la prohibición total de la publicidad y promoción, y advirtió que *"en contrario, existe una decidida voluntad del legislador de extremar las 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"*.



En el anterior contexto, es claro que la ley prohíbe toda forma de promoción de los productos de tabaco, esto es, 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. La finalidad de esta medida es desincentivar el consumo de dicho producto, en ordena evitar el daño cierto, objetivo y verificable que éste produce en la salud pública y el medio ambiente.

Con todo, como se indicó en la providencia citada, lo anterior no excluye el deber de informar a los potenciales consumidores sobre la calidad de los productos y sobre las consecuencias de su uso.

De esta forma, atendiendo a las precisiones expuestas por la Corte Constitucional, solo podría predicarse la existencia de censura si le impidiera al productor o importador de tabaco incorporar en los empaques y etiquetas de sus productos información acerca de las calidades de los mismos, pero de ninguna forma podría hablarse de limitación de la libertad de informar cuando el objeto de la información que se transmita en los empaques y etiquetas corresponda a mensajes que promuevan dichos productos o inviten o incentiven a su consumo.

En ese orden, corresponde determinar si es cierto o no, como lo afirma la parte actora, que las informaciones transmitidas en el empaque de sus productos corresponden a aquellas del producto que están referidas a las calidades del mismo y que le permiten al consumidor entender lo que consume y nada más que eso.

A través del Oficio número 13340-36783 de 11 de febrero de 2011, el Ministerio de la Protección Social negó la aprobación de las simulaciones de empaquetado y etiquetado referidas en el cuadro número 3 de ese acto, antes transcrito, *"teniendo en cuenta que incluyen en su etiquetado*



*frases cuyo contenido en forma general comporta un mensaje de promoción o publicidad del producto, contraviniendo la prohibición consagrada en el Artículo 16 de la Ley 1335 de 2010".* Al resolver el recurso de reposición interpuesto contra esta decisión, se precisó lo siguiente en el Oficio 13340-111268 de 20 de abril de 2011:

"Teniendo en cuenta lo expresado, se analizan las frases incluidas así:

a) "Tabaco naturalmente madurado al sol. Más sabor". Se describe el producto obtenido mediante un proceso de secado natural que conduce al consumidor a una falsa percepción ecológica de un producto que tiene una naturaleza nociva para la salud y el ambiente. Sugiere que, en el contexto actual, su consumo sería menos dañino para la salud. Adicionalmente, lo natural hace referencia a lo originario, que no tiene aditivos u otros componentes tóxicos, esto da una falsa sensación de confianza al consumidor. Finalmente, la expresión "más sabor" estimula y anima a consumir el producto.

b) "Sabor más largo y refrescante. Solo del primer sistema de alta definición de sabor del mundo". La frase induce a pensar que el consumo de este producto le permitirá al consumidor disfrutar de unas características organolépticas, en cuanto a sabor y textura se refiere, induciendo al consumo a la población usuaria del producto.

c) "Está especialmente mezclado para entregar el balance perfecto entre el sabor del tabaco y el refrescante sabor del mentol. Desde 1933, este ha sido nuestro compromiso alrededor del mundo con aquellos que buscan lo mejor". Nuevamente, se utiliza el mentol como ingrediente que confiere al producto características como el sabor refrescante y calificándolo como ingrediente que produce un mejor producto terminado, haciéndolo atractivo para la población joven y disminuyendo la percepción de la nocividad de este tipo de productos. Además, categoriza al consumidor como un usuario exigente en la medida que describe la superioridad del producto con la frase [...] "aquellos que buscan lo mejor", esto se acentúa con la idea de tradición que introduce la referencia "desde 1933".

d) "The menthol authority". En el certificado de solicitud de marca realizada ante la Superintendencia de Industria y Comercio, este producto se solicitó describiéndolo como un "slogan publicitario" asociado a la marca Kool. Se presenta una referencia específica a una condición de superioridad conferida por un ingrediente al producto terminado, lo cual puede conducir al consumidor a llevarse la idea de consumir un mejor producto con percepción menor de la nocividad característica del producto.



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

e) "Tiene la combinación exacta entre el sabor mentolado y rico sabor a tabaco, el equilibrio perfecto para aquellos que disfrutan la calidad y el placer de una fumada mentoladas": destaca el contenido de ingredientes y estimula el consumo calificando el sabor del producto y haciendo alusión a sensaciones agradables derivadas de su consumo.

f) "Es una edición especial que lleva al máximo la frescura de tus mejores momentos. Una nueva sensación creada exclusivamente por The menthol authority". Relaciona los momentos lúdicos de la vida con la acción de fumar y confiriendo un valor agregado aportado por el cigarrillo a estos momentos. De nuevo la superioridad aportada por el menthol hacen (sic) atractivo además de lo anotado este producto a la población más joven. Los mejores momentos no pueden estar relacionados con un producto que es nocivo para la salud de quien lo consume.

g) "Es lo que hay DENTRO lo que cuenta. Sabor REAL a tabaco... y ABUNDANCIA de ello. El tabaco es nuestra PASIÓN y una gran fumada es nuestra PROMESA. Esto es LUCKIES DISFRÚTALO."

Estas frases constituyen promoción y publicidad, en los términos definidos en el artículo 1º del Convenio.

"Pasión en el interior 1871 es tostado". La promesa de una gran fumada contrasta con la información real sobre los efectos del tabaco en la salud de quien aspira el humo de tabaco: el número de sustancias identificadas como cancerígenas en el humo del tabaco ha llegado a 69. De estas, 11 compuestos han sido clasificados como carcinógenos comprobados y 7 clasificados como probables carcinógenos para los seres humanos. Los restantes son carcinógenos comprobados para los animales, aunque se sospecha que varios de ellos también pueden causar cáncer a los seres humanos. Teniendo en cuenta los daños a la salud inherentes al consumo de tabaco y el que ocasiona a la población no fumadora, esta publicidad se enmarca como publicidad engañosa en tanto genera una falsa percepción de los contenidos del cigarrillo y de los efectos de este en la salud del consumidor."

Al resolverse el recurso de apelación interpuesto contra el Oficio número 13340-36783 de 11 de febrero de 2011, se estimó, además, lo siguiente:

"- NATURALLY SUN RIPENED TOBACCO. MORE TAST.

Se persigue el efecto de incrementar el consumo con base en dos premisas que hoy en día tienen un peso significativo para decidirse por un producto en ciertos sectores: la naturalidad o estado de naturaleza del tabaco, por una parte, y el incremento en el sabor que aparece como una consecuencia y que se asocia a temas como el deseo, la impresión y la



sensación o sensualidad como extensión de los sentidos. El sentido promocional es insoslayable.

- MORE CRISP AND PRECISE KENT TASTE, ONLY FROM THE WORLD'S FIRST HIGH DEFINITION TASTE SYSTEM.

Además de lo indicado por el a quo, ya está visto que el referente de lo crujiente es algo recién salido del horno y, en general, apetitoso, que al unirlo con, lo puro o exento de toda mezcla hace claramente especial el producto que no sólo es delicioso sino que además no tiene mancha (en su producción). Por ende, suscita la sensación de estar consumiendo algo realmente bueno. Pero la frase continua enfatizando en que todo ese proceso se hace desde la cima en su sentido de dominio del mundo y del conocimiento para llegar a un grado depurado de sensación. De este modo se forman dos pares de mensajes promocionales lo crujiente-sabor y lo puro-definición.

- ESTÁ ESPECIALMENTE MEZCLADO PARA ENTREGAR EL BALANCE PERFECTO ENTRE EL SABOR DEL TABACO Y EL REFRESCANTE SABOR DEL MENTOL. DESDE 1933, ESE HA SIDO NUESTRO COMPROMISO ALREDEDOR DEL MUNDO CON AQUELLOS QUE BUSCAN LO MEJOR

Adicional a lo indicado, este largo mensaje contiene un sello de tradición y equilibrio, balanceando el deseo y la calma a través del mentol. Es decir, se logra el mayor grado de bondad y excelencia dentro de una tradición que brinda garantía y confianza al consumidor. El aspecto promocional es indudable.

- THE MENTHOL AUTHORITY.

Se trata, sin duda, de una referencia específica a una condición de superioridad conferida por el uso de un ingrediente al producto terminado. Por lo tanto, es además de legítimo, prestigioso. Cuando se hace referencia a una autoridad se destacan aspectos como conocimiento, tradición, persistencia e incluso el criterio de ser el único.

- TIENE LA COMBINACIÓN EXACTA ENTRE SABOR MENTOLADO Y RICO SABOR A TABACO, EL EQUILIBRIO PERFECTO PARA AQUELLOS QUE DISFRUTAN LA CALIDAD Y EL PLACER DE UNA FUMADA MENTOLADA.

Destaca el equilibrio al cual ya se había hecho referencia en varias ocasiones cuya derivación, en este caso además del placer, involucra la calidad, entendida como nobleza de linaje, es decir, el elemento tradicional. Sobre esta clase de frases es importante insistir en sus formas dicotómicas, en donde se logra captar al grueso de la población que persigue ambos escenarios o campos: el de la acción y el de calma o selección, De allí que la industria introduzca el mentol asociada a esas "virtudes" (sin duda vicios) con la doble faceta y el equilibrio que



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

pretende introducir con un sabor que no es el del tabaco y cuya frescura no procedería del mismo.

- ES UNA EDICIÓN ESPECIAL QUE LLEVA AL MÁXIMO LA FRESCURA DE TUS MEJORES MOMENTOS. UNA NUEVA SENSACIÓN CREADA EXCLUSIVAMENTE POR THE MENTHOL AUTHORITY.

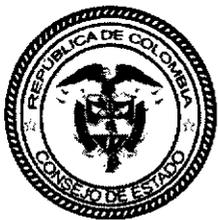
Además del alcance del concepto de autoridad ya reseñada, suscita inquietud pues se trata de una edición especial, es decir el gancho publicitario de la novedad, creando la necesidad de probarlo pues es especial, lo cual se refuerza por la autoridad (que es también un ejercicio de subordinación y poder) y por la sensación que también es nueva. Otro elemento como lo máximo es también poderoso en el mensaje.

- It's what's on the INSIDE that counts. REAL tobacco taste...and plenty of it. Tobacco is our PASSION and a great smoke is our PROMISE. IT'S LUCKIES. ENJOY. PASSION INSIDE SINCE 1871. IT'S TOASTED.

Es claro que, como se ha indicado, una gran fumada contrasta con la información sobre los efectos del tabaco. Este lema plantea el horizonte de lo tradicional, que es, además, real, pues se ha prometido así. Tiene el elemento, adicional, de tradición."

Pues bien, ciertamente, como lo analizó el Ministerio de la Protección Social, y no se desvirtúa en el proceso a través de ningún medio de prueba, las frases incluidas en la simulación de los empaques y etiquetas de los productos de la demandante, no se refieren propiamente a las calidades de éstos, esto es, a sus características intrínsecas, sino que contienen mensajes que de forma indirecta promueven el consumo del tabaco. En efecto, visto su contenido, se trata de mensajes persuasivos que tienen el efecto de incitar al público a consumir los productos de tabaco, en cuanto que expresan por ejemplo ideas de frescura, superioridad, equilibrio, autoridad, las cuales son ajenas al ámbito propio de la información sobre la calidad del producto y los efectos de su uso.

Por consiguiente, no es posible afirmar válidamente que la decisión de negar la aprobación de las simulaciones de los empaques que contienen mensajes sugestivos constituya una censura.



5.3.3.2. De otro lado, estima la parte actora que la decisión del Ministerio de prohibir el uso de lemas comerciales incorporados a los empaques, de los cuales es titular con anterioridad a las nuevas regulaciones sanitarias, constituye una expropiación indirecta de aquellos, en tanto que impiden el ejercicio del derecho al uso derivado de su concesión. Así mismo, señaló que el control ejercido sobre tales lemas implicó la "apropiación" de éstos, conclusión que deriva del hecho que se trata de un control similar al ejercido respecto de las frases de advertencia y los pictogramas, los cuales son de propiedad del Ministerio de la Protección Social de acuerdo con la Resolución 3961 de 2009.

A este respecto, observa la Sala que en efecto en los empaques de los productos de la parte actora sometidos a la revisión del Ministerio de la Protección Social se incorporaron frases que corresponden a signos distintivos cuyo registro fue concedido a aquella por la Superintendencia de Industria y Comercio. Se trata del lema comercial "The menthol authority", asociado a la marca Kool, para identificar productos de la Clase 34 Internacional (Cigarrillos, tabaco, productos del tabaco, elementos para fumador, encendedores y fósforos ) y para identificar servicios de la Clase 41 (Servicios de educación, formación, esparcimiento, actividades deportivas y culturales ), cuyo registro se concedió a través de las Resoluciones número 21279 de **29 de julio de 2001** y 32946 de **16 de octubre de 2002**, respectivamente. Y de la marca mixta "Sun ripened tobacco", para distinguir productos de la Clase 34 Internacional (Cigarrillos, tabaco, productos del tabaco, elementos para fumador, encendedores y fósforos ), concedido a través de la Resolución número 13971 de **16 de mayo de 2007**.

No obstante, debe ponerse de presente que, como la misma demandante lo reconoce, se trata de signos distintivos concedidos con anterioridad a la vigencia de la normativa que restringe totalmente la promoción de los



---

Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

productos de tabaco y sus derivados y, como tal, su uso resulta incompatible actualmente con dicha prohibición. Además, si bien el registro de tales signos confiere el derecho a su uso exclusivo, en relación con un producto o servicio, lo cierto es que ello no implica que el titular del registro no deba cumplir con las exigencias legales en materia de comercialización de los productos o servicios identificados por aquellos.

En ese sentido, en el control administrativo ejercido por el Ministerio se imponía negar la aprobación de los empaques que contenían tales frases consideradas promocionales, sin que pueda calificarse tal decisión como expropiatoria de los derechos derivados del registro de tales signos, pues, independientemente de los efectos de aquella sobre éstos, lo cierto es que no se ha transferido la titularidad de dicho derecho al Estado.

Además, es importante destacar que, como se explicó en los acápites previos, la finalidad que se persigue al aplicar la normativa sobre control del tabaco es la salvaguarda de intereses generales superiores como la vida, la salud, los derechos de los niños y el ambiente, cuya protección debe *prevalecer* sobre los intereses particulares económicos y comerciales de los productores e importadores de tabaco, representados en este caso en el lema comercial y la marca registrados a su nombre.

A este respecto, se observa que, desde el siglo XIX, ha sido consistente la postura de conformidad con la cual, cuando está de por medio la salud, el interés privado debe ceder ante el interés general, de tal manera que la empresa deberá ajustar su comportamiento a las disposiciones que se establecen para la protección de ese interés colectivo. Al efecto, el artículo 18 de la Ley 153 de 1887 expresamente preceptúa que *“las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato”*, y agrega que, *“si la ley estableciere nuevas condiciones para el ejercicio de una*



*industria, se concederá a los interesados el término que la ley señale, y si no lo señala, el de seis meses.”*

Finalmente, observa la Sala que la propiedad exclusiva del Ministerio sobre las frases de advertencia y los pictogramas, establecida en la Resolución 3961 de 2009, no es ningún fundamento válido para entender que cuando se ejerce el control sobre los demás elementos de los empaques y etiquetas, el Estado se “apropia” de ellos”; esta no es ni la finalidad ni los efectos que se derivan del control administrativo ejercido por el Ministerio.

#### **5.3.4. El cargo de violación del debido proceso y del principio de economía**

Señala la demandante que, al proferir el Oficio 13340-386595 de 28 de diciembre de 2010, el Ministerio reconoció una situación jurídica particular y concreta a favor de British American Tobacco de obtener la aprobación de sus empaques sujeto a que acatara lo indicado en dicho acto administrativo y que, pese a haber cumplido con tales condiciones, esa situación jurídica particular y concreta (la autorización de unas advertencias sanitarias de unos empaques indispensables para la comercialización de un producto lícito) fue revocada ilegalmente por el Ministerio con la expedición del Oficio 13340-36783 de 11 de febrero de 2011, sin autorización de la sociedad demandante, transgrediendo las reglas contenidas en los artículos 73 y 74 del C.C.A. Resaltó que cualquier ilegalidad que cometa la Administración en el ejercicio de sus competencias que dilate o impida el acceso al mercado, genera un daño antijurídico que la sociedad accionante no está en la obligación de soportar, y añadió que el ejercicio contradictorio de tales competencias por parte del Ministerio amenaza su derecho a la libre empresa.



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

En armonía con esta acusación, estima que el trámite que dio el Ministerio al proceso de aprobación de las etiquetas y empaques de British American Tobacco es contrario al principio de economía de que trata el artículo 3º del C.C.A., ya que en su Oficio 13340-386595 debió indicar todas aquellas razones por las cuales consideraba que se cumplían o no las condiciones de la Ley 1335 y de la Resolución 3691 de 2009, no obstante lo cual en el Oficio 13340-36783 creó nuevos requisitos para tal autorización.

Al revisar la actuación, encuentra la Sala que en realidad en el Oficio número 13340-386595 no se creó una situación jurídica particular y concreta en favor de la parte actora, pues, como se advierte de su contenido, en él no se impartió aprobación a ninguna de las simulaciones presentadas por la demandante, sino simplemente se hicieron unas observaciones en torno a las exigencias que aquellas no cumplían, requiriéndose al solicitante para que atendiera tales requisitos. Por ello no es posible entender que se haya revocado un acto de autorización previamente conferido.

Precisamente, por razón de lo decidido en el oficio citado, la demandante el día 19 de enero de 2011 presentó ante el Ministerio una segunda solicitud de revisión de los empaques de sus productos (en ella incluyó nuevas presentaciones de éstos). Al decidir sobre ella, a través del Oficio 13340-36783 de 11 de febrero de 2011, el Ministerio consideró que algunas de las simulaciones sí cumplían los requisitos legales y fueron aprobadas, entre ellas, las de los productos Pall Mall x 20 U, Belmont Blue HL 6+5, Montana Blue HL 10 S y Montana Blue HL 20 S, que corresponden a aquellos respecto de los cuales se hicieron observaciones en el Oficio 13340-386595.

Ahora bien, aunque es cierto que respecto de los otros productos incluidos en la primera solicitud de revisión (presentaciones de Kent HD Blue RC 20,



Kent Blue RC 6+4, y Koll) se hicieron en dicho acto administrativo unas nuevas objeciones, relativas a que las frases incorporadas en los empaques comportaban un mensaje con contenido promocional o publicitario del producto en contra de la prohibición legal establecida en el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009, las cuales no se habían efectuado en la primera revisión, lo mismo no supone ninguna vulneración a los derechos de la sociedad demandante, pues no se había reconocido a ésta ninguna situación jurídica a su favor. Tampoco puede entenderse que se hayan desconocido las normas que rigen la actuación administrativa, como lo aduce la parte actora, toda vez que en la aplicación de tales normas, antes que buscarse la agilidad y la celeridad del procedimiento, se debe propender por asegurar la finalidad de éste, que en este caso no es otra que proteger un interés público como la salud de la población.

Por ende, al advertirse en una revisión posterior que las simulaciones de los empaques no cumplían los parámetros legales, era deber de la Administración poner de presente esa situación para que fuera subsanada, como en efecto lo hizo, sin que le fuera exigible que impartiera la aprobación de las mismas por el solo hecho de que el examen inicial no hubiera considerado tal situación.

Finalmente, no encuentra la Sala que la actuación de la Administración resulte violatoria del derecho a la libre empresa. En efecto, de acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia atrás citada, el control administrativo ejercido por el Ministerio en orden a impedir que se promocionen los productos de tabaco y sus derivados no tiene el alcance de afectar el núcleo esencial de este derecho, pues no restringe en modo alguno la fabricación de los mismos ni la posibilidad de que sean puestos en el mercado para ser comercializados.

En consecuencia, no tienen vocación de prosperidad estas censuras.



### **5.3.5. El cargo de violación de los principios de confianza legítima y del debido proceso**

#### *5.3.5.1. Principio de confianza legítima*

Afirma la parte actora, en síntesis, que el administrado espera que, ante los mismos hechos y normas jurídicas, la Administración actúe y decida de manera consistente y uniforme, en garantía de la confianza legítima y el principio de la seguridad jurídica, lo cual no ocurrió en este asunto. A este respecto señala que, pese a que se trataba de las mismas simulaciones de empaques presentadas para el periodo anterior (2010-2011), las cuales fueron aprobadas sin ninguna objeción, en esta oportunidad se negó su aprobación, siendo que la norma aplicable en ambos periodos era la misma.

La Corte Constitucional, al referirse al contenido y alcance del principio de confianza legítima, precisó lo siguiente: *"Este principio [...] pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe, el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política. Como vemos, la "confianza legítima" no constituye un límite a la posibilidad de que el Legislador derogue una*



*normatividad anterior, pues la persona no goza de un derecho adquirido sino de una situación revocable, esto es, de una mera expectativa. Es cierto que se trata de una suerte de expectativa que goza de una cierta protección, por cuanto existían razones que justificaban la confianza del administrado en que la regulación que lo amparaba se seguiría manteniendo. Sin embargo, es claro que la protección de esa confianza legítima, y a diferencia de la garantía de los derechos adquiridos, no impide que el Legislador, por razones de interés general, modifique las regulaciones sobre un determinado asunto [...]*<sup>24</sup>.

De acuerdo con lo anterior, la identificación de situaciones de confianza legítima susceptibles de protección jurídica suponen la concurrencia de los siguientes presupuestos fundamentales: que se trate de una expectativa legítima, fundada en hechos o circunstancias objetivas atribuibles a la actuación del Estado, y que, de manera súbita e inesperada, las autoridades modifiquen la situación jurídica del administrado, omitiendo la implementación de medidas encaminadas a que el administrado se pueda adaptar a la nueva situación.

Pues bien, como antes se señaló, el legislador, en desarrollo de los postulados del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, expidió la Ley 1335 de 2009, promulgada el 21 de julio de 2009, fecha en la que entraron en vigencia la mayoría de sus disposiciones. Esta normativa estableció reglas relativas a la publicidad y empaquetado del tabaco y sus derivados y a la prohibición total de su promoción y patrocinio, fijando controles y restricciones estrictas en estas materias, cuyo contenido y alcance se ha precisado ampliamente en esta providencia.

<sup>24</sup> Sentencia C-478 de 1998.



Sin embargo, las referidas disposiciones no entraron a regir de forma inmediata; en consonancia con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 153 de 1887, transcrito con anterioridad, se concedió un plazo prudencial para el inicio de su aplicación, de tal forma que sus destinatarios adoptaran las medidas necesarias para lograr su efectivo cumplimiento. Así, el párrafo transitorio del artículo 13 –sobre empaquetado y etiquetado– concedió un plazo de un año, contado a partir de la vigencia de la ley, para aplicar el contenido de tal disposición. Por su parte, el párrafo del artículo 36 estableció una transición en la vigencia, entre otros, del artículo 16, de dos (2) a partir de la sanción de la ley. Este último artículo, valga recordarlo, prevé la prohibición de toda forma de promoción de productos de tabaco y sus derivados.

Ahora bien, de lo expuesto es evidente que en el periodo comprendido entre julio de 2009 y julio de 2011, fecha ésta última en que entraron en vigencia la totalidad de las disposiciones de la Ley 1335, la aprobación de las simulaciones de empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco y sus derivados no estaba sujeta al cumplimiento de los estrictos y rigurosos requisitos fijados en el artículo 16 de esta norma, de modo que resultaba razonable que, al no existir la restricción total de la promoción de tales productos, sus empaques y etiquetas no debieran ajustarse a la misma, y fueran autorizados pese a que en ellos se incorporaran frases o leyendas con dicha connotación.

En ese orden, aunque, como lo aduce la actora, se aprobaron por el Ministerio para el periodo de julio de 2010 a julio de 2011 las simulaciones de los empaques de los productos de aquella permitiendo la inclusión de mensajes promocionales, ello no implicaba que para el periodo siguiente (julio de 2011-julio de 2012) debiera ser adoptada la misma decisión, como quiera que el parámetro normativo de control era diferente en uno y otro momento.



A lo anterior, debe agregarse que, en los términos del artículo 13 de la Ley 1335 de 2009 y del artículo 6º de la Resolución 3961 de ese mismo año, el *control integral* efectuado sobre el empaquetado del tabaco y sus derivados es anual, lo que implica que la autorización concedida por un periodo no constituye un derecho adquirido para el solicitante respecto de los periodos posteriores<sup>25</sup>, y ni siquiera una legítima expectativa, pues está de por medio al salud de la población. Además, es evidente que el interés público que sustenta el control sobre tales elementos, esto es, la protección de la salud pública antes los devastadores efectos del tabaco y sus derivados, impone revisiones periódicas de las condiciones en que se realiza la comercialización de estos productos.

Por consiguiente, es claro que no se vulnera el principio de confianza legítima invocado, pues, por lo explicado, no existían razones objetivas para que el demandante esperara que la decisión de la administración fuera a ser idéntica a la adoptada con anterioridad, de manera que no existía una expectativa legítima. Además, el legislador adoptó medidas encaminadas a que el administrado se adaptara a la nueva situación legal en esta materia, por lo que tampoco se puede predicar un cambio abrupto en la situación objeto de análisis.

#### 5.3.5.2. Principio del debido proceso

Considera que la entidad demandada vulneró el debido proceso de British American Tobacco, toda vez que expidió el Oficio número 13340-36783,

<sup>25</sup> En ese mismo sentido se pronunció la Sección en la Sentencia de 24 de septiembre de 2015 antes citada en estas consideraciones. En efecto, al responder una acusación similar a la aquí propuesta señaló que “[d]icha verificación anual o control previo indica que la autorización que imparte el Ministerio, no tiene carácter indefinido, no genera derechos para periodos 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”.



---

Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

sin tener en cuenta los argumentos expuestos en el recurso parcial de reposición y apelación que interpuso contra el Oficio 13340-386595. Afirma que le indicó al Ministerio que los nuevos empaques no implicaban una renuncia al recurso, por lo que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 59 del C.C.A., el Oficio 13340-36783 debía *"resolver todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso"*.

Para resolver esta censura es preciso señalar que el objeto del Oficio 13340-36783, de la Dirección de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social, era pronunciarse respecto del escrito radicado con el número 12.778 de 19 de enero de 2011, a través de la cual la sociedad demandante dio alcance a las observaciones efectuadas en el Oficio 386595, respecto de las frases "Productos para mayores de edad" y "Famous mentol cigarretes", las cuales eliminó de los empaques respectivos, y solicitó la revisión de las simulaciones de los empaques de 27 de sus productos, aclarando que el acatamiento de tales observaciones no implicaba la renuncia o desistimiento de los recursos que interpuso contra este último oficio.

Siendo ello así, es claro que lo que correspondía decidir al evaluar las simulaciones presentadas con el escrito de 19 de enero de 2011 era si éstas, en la forma en que fueron presentadas, se ajustaban o no a las exigencias de la Ley 1335 de 2009, y no referirse a los argumentos planteados en la impugnación que interpuso contra el Oficio 386595, de lo cual se ocupó separadamente a través del Oficio 13340-111268 de 20 de abril de 2011, oportunidad ésta en la que sí resultaba exigible acatar los



mandatos del inciso 2º del artículo 59 del C.C.A., como se deriva de su contenido<sup>26</sup>.

En consecuencia, no existe violación alguna del debido proceso en esta actuación.

### **5.3.6. El cargo de falta de motivación**

Señala la sociedad demandante que todo acto administrativo debe ser motivado al tenor de lo dispuesto por el artículo 35 del C.C.A, y que tal motivación es más exigente cuando se presenta un cambio abrupto e inesperado en la aplicación de las mismas normas jurídicas respecto de unos mismos hechos.

Así mismo, considera que el Oficio 13340-36783 carece de motivación, en razón a que (i) el Ministerio de la Protección Social no tiene competencia para controlar el contenido de los empaques en aquello que no corresponda a los pictogramas y a las advertencias sanitarias; (ii) se censuró al demandante al impedirle transmitir la información sobre la calidad de sus productos; (iii) la decisión de la Administración se sustentó en un concepto no concluyente de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio, que la demandante no ha tenido la oportunidad de controvertir; (iv) el Ministerio confunde la palabra promoción con la información que legítimamente puede y debe transmitir la demandante sobre la calidad de sus productos; y (v) las frases cuestionadas para los productos Pall Mall, Kent, Kool y Lucky Strike corresponden muchas de ellas a lemas comerciales debidamente registrados ante la

<sup>26</sup> "Artículo 59. Contenido de la decisión. Concluido el término para practicar pruebas, y sin necesidad de auto que así lo declare, deberá proferirse la decisión definitiva. Esta se motivará en sus aspectos de hecho y de derecho, y en los de conveniencia, si es del caso. || La decisión resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes."



Superintendencia de Industria y Comercio, y no existe una sola prueba que le permita al Ministerio concluir que aquellas son promocionales o inducen al consumo.

Finalmente, estima que existe una grave contradicción en la conclusión que hace el Ministerio con relación a que la frase "*productos para mayores de edad*" es una promoción para que los menores de edad consuman, siendo suficiente para demostrar este aserto el hecho de que las normas vigentes en materia de alcohol obligan a informar ello mismo.

La Sala denegará esta acusación, de conformidad con lo siguiente:

En primer lugar, la revisión de la actuación, permite advertir que la decisión adoptada por el Ministerio de la Protección Social en forma alguna desconoce el artículo 35 del C.C.A., como quiera que en los actos acusados se señalan de forma expresa los motivos por los cuales dicha entidad negó la aprobación de la simulación de los empaques de los productos de la demandante para el periodo antes referido en esta providencia, refiriendo con claridad los fundamentos de hecho y de derecho de su decisión. Además, de lo expuesto en estas consideraciones, se advierte que existe correspondencia de lo que se adujo en los actos administrativos acusados como motivo o causa de los mismos, con la realidad jurídica y fáctica del caso.

En segundo lugar, encuentra la Sala que, a excepción del argumento relativo a que el Oficio 13340-36783 "carece" de motivación se sustenta en un concepto jurídico de una dependencia del Ministerio demandado, que no tuvo oportunidad de controvertir, las demás razones en que se sustenta la censura examinada coinciden con los fundamentos de los cargos antes abordados en esta providencia, los cuales fueron despachados desfavorablemente. Ahora bien, respecto de este argumento,



basta decir que el concepto número 29.832 emitido por la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, constituye un acto de trámite dentro del procedimiento adelantado por esta entidad, frente al cual no existe la obligación legal de correr traslado al administrado. Además, su contenido sí fue objeto de controversia en la actuación administrativa a través de los recursos de reposición y apelación interpuestos en contra del Oficio 13340-36783 de 2011.

Finalmente, en relación con el último argumento, es claro que éste parte de una premisa errónea, toda vez que las normas vigentes en materia de alcohol (Ley 124 de 1994) no obligan a informar que se trata de "*productos para mayores de edad*", sino que ordenan que la publicidad, identificación o promoción sobre bebidas embriagantes debe hacer referencia expresa a la prohibición del expendio de este tipo de bebidas a los menores de edad. En ese orden, estas normas no exigen que se indique el sector de la población al que se encuentran dirigidos, lo que podría considerarse una invitación a su consumo, como ocurre precisamente con la frase a que alude el demandante, tal y como se señaló en el Oficio 13340-386595 de 2010.

#### **5.4. Conclusión**

En el anterior contexto, al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados, se confirmará la sentencia apelada.

Por 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,



Radicado: 25000 2324 000 2011 00529 01  
Demandante: Brithis American Tobacco (South America) Limited

**FALLA:**

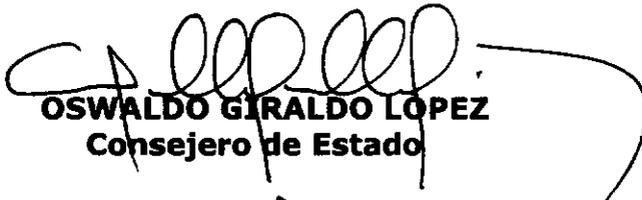
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada de 5 de septiembre de 2013, proferida por la Sección Primera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

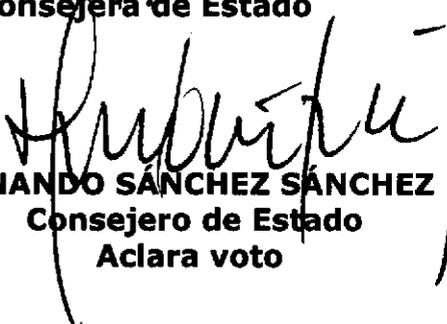
**SEGUNDO:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

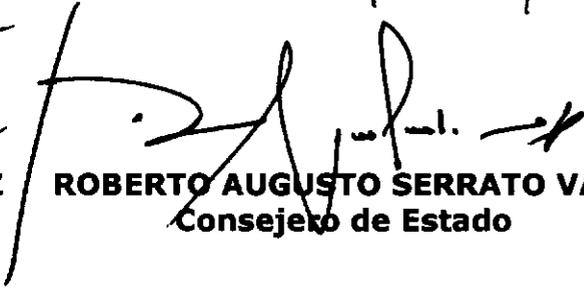
**Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.**

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

  
**NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN**  
Presidenta  
Consejera de Estado

  
**OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**  
Consejero de Estado

  
**HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**  
Consejero de Estado  
Aclara voto

  
**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**  
Consejero de Estado

