

Bogotá D.C., miércoles, 12 de febrero de 2014



Al responder cite: Radicado No. 20141200058561

Señores

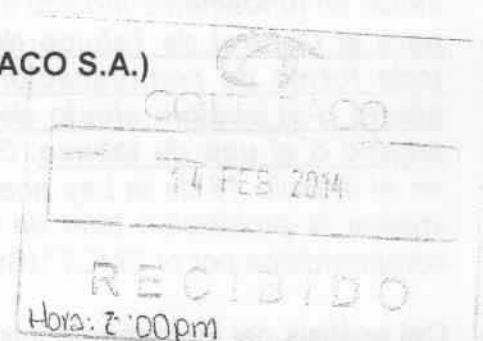
COMPAÑÍA COLOMBIANA DE TABACO S.A. (COLTABACO S.A.)

Calle 98 No. 10-18 Piso 7 *ORA 12 N° 93-03*

Teléfono: 6516464 Extensión 6448

Correo Electrónico: daniel.gonzalez1@pmi.com

Bogotá



Asunto: Respuesta definitiva - Excepción o Autorización de Juegos promocionales
Para la promoción del tabaco
Radicado inicial – 20132160285032
Radicado Respuesta Coltabaco 20132160401592

Respetados Señores,

Una vez analizada su respuesta al requerimiento que le realizara Coljuegos, por medio de la presente le informamos que la Empresa se abstendrá de continuar emitiendo conceptos de excepción o autorizaciones para la realización de juegos promocionales en sus canales de distribución, los cuales tienen por objeto el incremento de las ventas de tabaco, en aplicación de la expresa prohibición establecida en el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009.

Los argumentos de dicha determinación, que toman como referencia el concepto que rindió el consultor Rodrigo Escobar Gil S.A.S. son los siguientes:

- Mediante Sentencia C-830 de 2010, al estudiar la constitucionalidad del artículo 16 de la Ley 1335 de 2009, la Corte Constitucional manifestó que la prohibición de *"de toda forma de promoción"* debe ser interpretada **en consonancia con los instrumentos internacionales ratificados por Colombia referentes al desincentivo del consumo del tabaco.**
- La interpretación del término "promoción" de acuerdo con el marco de las definiciones contenidas en el **"Convenio Marco de la Organización Mundial de Salud para el Control de Tabaco"** (instrumento que define a la *publicidad y promoción*) corresponde a **toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial que pretenda, bien directa o indirectamente, el incentivo del uso del tabaco y sus derivados.**
- La definición anterior, encuentra soporte en las consideraciones de la Corte sobre la

1 de 7

definición de promoción, el máximo tribunal constitucional en la sentencia en mención manifestó: *“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”.* (Subraya y negrilla fuera del texto)

- Del análisis del instrumento internacional denominado *“Directrices para la aplicación del artículo 13 (Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco) del Convenio Marco de la OMS para el Control de Tabaco”*, se deduce que la promoción abarca también aquellas actividades que posiblemente puedan tener como finalidad la promoción indirecta del tabaco y de los productos derivados de aquél, como es el caso de los arreglos en los canales de venta y distribución, en tal sentido la jurisprudencia ya mencionada puntualizó:

*“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”.* (Subraya y negrilla fuera del texto)

- La interpretación adecuada del artículo es entonces aquella que implica la prohibición de arreglos de venta o distribución, como es el caso de planes de incentivos para minoristas, y en general, la prohibición de cualquier tipo de promoción o publicidad frente al incentivo de esta sustancia:

“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

2 de 7

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". (Subraya y negrilla fuera del texto)"

- En el apéndice denominado "Lista indicativa (no exhaustiva) de formas de publicidad, promoción y patrocinio transfronterizos del tabaco desde el punto de vista del Convenio" de las directrices para la aplicación del Convenio Marco de la Organización Mundial de Salud, se señalan una serie de prácticas consideradas como promoción del tabaco en virtud de los principios consagrados en el Convenio, como es el caso de los "pagos u otras contribuciones a minoristas para alentarlos o inducirlos a vender productos a precios rebajados, incluidos programas de incentivos a los minoristas (por ejemplo premios a minoristas por haber llegado a vender volúmenes determinados)"¹.
- Así, se advierte que en el instrumento internacional referenciado se señalan, a manera de ilustración, una serie de actividades relacionadas con la promoción del tabaco, indicando expresamente las contribuciones a minoristas para inducir al aumento de la venta de los productos, sin embargo, al no ser una lista taxativa, ello no implica que otro tipo de actividades relacionadas con el incentivo de este producto puedan ser consideradas como promoción o publicidad.
- De esta manera, los instrumentos internacionales ratificados por Colombia en materia de prevención del consumo del tabaco, son claros al señalar que no sólo la publicidad que directamente puedan llegar a desplegar las compañías productoras, distribuidoras y comercializadoras de tabaco son una forma de promoción del producto, sino también cualquier actividad que directa o indirectamente se encuentre relacionada con el incentivo del mismo, bien sea en sus fases de comercialización, o directamente dirigidas a la promoción del consumo.
- Tomando en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia, se concluye que la interpretación idónea de la prohibición contenida en el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009 es aquella que armoniza con los principios y finalidades consagrados en los instrumentos internacionales en materia de prevención del tabaquismo.
- La naturaleza de los juegos promocionales es promocionar productos y servicios, en este sentido, estos juegos claramente se encuentran dentro de la definición amplia que ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la prohibición de promoción del tabaco.

¹ http://www.who.int/fctc/guidelines/article_13_es.pdf

- La excepción a la que han acudido las dos Empresas tabacaleras que han realizado trámites ante Coljuegos², con el fin de obtener conceptos de excepción en la ejecución de juegos promocionales, es la establecida en el artículo 5 de la Ley 643 de 2001, la cual textualmente reseña: *"Están excluidos del ámbito de esta ley (...) los sorteos promocionales que realicen los operadores de juegos localizados, **los comerciantes o los industriales para impulsar sus ventas**"*.
- Sobre dicha excepción, la Corte Constitucional al estudiar su exequibilidad manifestó:
*"Las promociones que realizan los comerciantes o industriales no tienen por propósito desarrollar un juego de suerte o azar con carácter profesional, **sino crear un estímulo usualmente esporádico u ocasional como estrategia para impulsar sus ventas**; este propósito no resulta irrazonable si se tiene en cuenta que el objetivo principal es que los empresarios aumenten su flujo de caja, fomenten el desarrollo empresarial y la creación de empleo tanto directo como indirecto."*
- Es claro entonces, que las solicitudes de concepto de excepción que se tramitan ante Coljuegos son con el fin **de incrementar las ventas del tabaco** a través de **sorteos promocionales en el canal de distribución**, siendo esto **claramente una promoción de tabaco**, conducta contraria a la prohibición establecida en la Ley 1335 de 2009.

Partiendo del artículo 16 de la Ley 1335 de 2009, del Convenio Marco de la Organización Mundial de Salud, y de las directrices adoptadas por los Estados para su interpretación, el ordenamiento jurídico colombiano no se autorizarán juegos promocionales o se expedirán conceptos de excepción a las empresas tabacaleras para la promoción del tabaco y sus derivados.

En lo referente al concepto enviado el 27 de Enero de 2014, Coljuegos se manifiesta así:

- La interpretación de la empresa que usted consultó desconoce la legislación de los juegos de suerte y azar en Colombia y enfoca su interpretación en instrumentos y jurisprudencia que no tienen ninguna relación con Colombia. Se recuerda que por expresa disposición del artículo 15 de la Ley 153 de 1887 *"Todas las leyes españolas están abolidas"* y es fin del Estado de conformidad con el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia *"defender la independencia nacional"*.
- Desconoce la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 que prevé:

² Dentro de las cuales se encuentra Coltabaco.

"SECCION TERCERA**Interpretación de los tratados.**

31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes."

Como se puede ver en la web del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (http://www.who.int/fctc/guidelines/adopted/article_13/es/) las directrices sobre publicidad, promoción y patrocinio del tabaco fueron aprobadas por las partes del tratado, motivo por el cual son un criterio válido de interpretación.

- Omite, no se sabe si intencionalmente, la doctrina de la Corte Constitucional, que al estudiar este precepto estableció:

"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

5 de 7

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.

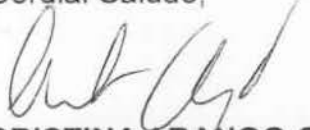
Incluso, esta conclusión puede reafirmarse a través de un análisis textual del concepto. Promoción, de acuerdo con su acepción idiomática, refiere al "conjunto de actividades cuyo objetivo es dar a conocer algo o incrementar sus ventas"^[39] de lo que se infiere que el concepto cobija las distintas modalidades 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 reem-bolsables a los compradores de productos de tabaco."

- No se está limitando la posibilidad de concurrir al mercado, de fabricar o comercializar productos. Esta errónea apreciación demuestra el desconocimiento del régimen propio de los juegos de suerte y azar y su alcance, toda vez que Coljuegos no tiene ninguna facultad de regular el mercado del tabaco ni su producción o distribución, **cuestión distinta es la aprobación y/o excepción de juegos promocionales de carácter nacional** que si es **facultad única y exclusiva de Coljuegos**, la cual **ejerce mediante la presente decisión**.

- La Empresa considera que no está violando el régimen de competencia, toda vez que está decidiendo sobre un asunto de las **facultades que legalmente se le otorgaron³** y no va a conceder conceptos de excepción o autorizaciones para **juegos promocionales** a todas las empresas tabacaleras que en adelante lo soliciten, pues estos juegos son una promoción del tabaco la cual está prohibida legalmente.

Se reitera que no es necesario acudir a interpretaciones o legislaciones que no tienen ningún valor jurídico en Colombia, cuando de la lectura de las normas se entiende su significado y el máximo tribunal constitucional ha fijado posición sobre el tema, en el caso analizado en esta decisión, estableciendo que la prohibición de promoción de la Ley 1335 de 2009 es amplia y se puede usar para interpretarla las directrices sobre publicidad, promoción y patrocinio del tabaco de la OMS, más aún cuando de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ese instrumento es una de las fuentes de interpretación válida.

Cordial Saludo,



CRISTINA ARANGO OLAYA

Presidente
Coljuegos

Aprobó:

CARLOS ENRIQUE FIERRO SEQUERA

Jefe de Oficina Asesora Jurídica (E)

Elaboró:

C.C.C. 

Con copia:

Señor

JAIME HERNÁN ARCILA SIERRA

Dirección: Carrera 68A No 22A - 75 Interior 3, El Salitre / Bogotá

Correo Electrónico: jaimearcilasierra@gmail.com

Bogotá D.C.

³ Puede consultar el artículo 31 de la Ley 643 de 2001 y el Decreto 493 de 2001.