

Demandante: Nicolás Parra Castro

# CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA

#### MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Referencia:

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Radicación:

25000-23-41-000-2019-00508-01

Demandante:

NICOLÁS PARRA CASTRO

Demandado:

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Temas:

Inexistencia de mandato imperativo a cargo del

demandado

#### SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por el actor contra la sentencia de septiembre 25 del año en curso, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, negó las pretensiones de la demanda.

#### I. ANTECEDENTES

# 1. La solicitud

En nombre propio, invocando la calidad de miembro del equipo de litigio estratégico de la Asociación Colombiana de Educación al Consumidor y en ejercicio de la acción desarrollada por la Ley 393 de 1997, el señor Nicolás Parra Castro presentó demanda contra la Superintendencia de Industria y Comercio en la que incluyó las siguientes pretensiones:

- "1. Ordenar a la Superintendencia de Industria y Comercio verificar el estricto cumplimiento de la prohibición de la publicidad y promoción de productos de tabaco y sus derivados contenida en:
- a. El literal C del Artículo 1 y el artículo 13 de la ley 1109 de 2006; y b. Los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 1335 de 2009.
- 2. Ordenar a la Superintendencia de Industria y Comercio realizar una adecuada inspección, vigilancia y control de la publicidad y promoción de





Demandante: Nicolás Parra Castro

IQOS, y en consecuencia ordenar a COLTABACO S.A.S. y PHILIP MORRIS COLOMBIA S.A. el retiro de todo el material publicitario de IQOS, así como la exhibición de sus productos".

#### 2. Hechos

En resumen, el fundamento fáctico de la demanda es el siguiente:

El actor reveló que Philip Morris Internacional adquirió en el año 2005 la Compañía Colombiana de Tabaco S.A.S. (Coltabaco).

Agregó que el Estado ratificó el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, mediante la Ley 1109 de 2006, por lo cual adquirió el compromiso de adoptar medidas para limitar la publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco y sus derivados.

Aseguró que como parte de la transformación de la industria tabacalera y sus campañas por un mundo libre de humo, Philip Morris desarrolló un sistema de calentamiento de tabaco que opera con tres componentes principales: un dispositivo electrónico denominado IQOS, una unidad de tabaco para calentar llamada HEETS y un cargador, que calientan las unidades de tabaco y producen un aerosol que contiene nicotina y es inhalado por el consumidor y quienes lo rodean.

Sostuvo que la compañía internacional seleccionó a Colombia para iniciar la comercialización de IQOS en Latinoamérica, que es llevada a cabo por Coltabaco y que lanzó el citado sistema de calentamiento de tabaco en el Festival Estéreo Picnic realizado durante los días 23 a 25 de marzo de 2017, a partir del cual inició la comercialización de IQOS y HEETS.

Manifestó que en el mercado nacional actualmente pueden conseguirse tres referencias de dispositivos IQOS y otras siete de HEETS, los cuales son vendidos a través de internet, aplicaciones de celular y en puntos de venta físicos.

Consideró que tales elementos deben cumplir todas las normas contempladas en el ordenamiento jurídico respecto del control del tabaco, principalmente en lo que corresponde al Convenio Mundial Antitabaco, la Ley 1335 de 2009 y los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la materia, como la sentencia C-830 de 2010.

Añadió que la conferencia de los estados parte del Convenio Marco para el Control del Tabaco realizada en Ginebra, en octubre de 2018, recordó los compromisos asumidos para abordar los problemas planteados por los



Demandante: Nicolás Parra Castro

productos novedosos y emergentes, como esos dispositivos, en cuanto a la publicidad y promoción.

Señaló que en el empaque del HEETS puede leerse en sus caras laterales que es para usar exclusivamente con la tecnología IQOS HeatControl, por lo cual no existe manera de impulsar un producto sin promocionar el otro, por ser una tecnología que es usada conjuntamente y para el consumo de un producto del tabaco.

Explicó que a pesar de la existencia del tratado internacional y de la legislación nacional, esas normas no han sido aplicadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, lo que hace que dichos productos sean publicitados y promocionados abiertamente a través de diferentes medios de comunicación, eventos masivos y redes sociales.

Indicó que Coltabaco instaló 32 puntos de venta en centros comerciales a la vista de niños, niñas y adolescentes y subrayó que la publicidad y promoción de esta clase de productos ha sido llevada a cabo en eventos como el Festival Estéreo Picnic de los años 2017, 2018 y 2019, Santa Market, Purple Beach Cartagena y Solar Festival Medellín.

## 3. Razones del posible incumplimiento

Según el actor, las normas citadas en la demanda están siendo incumplidas por la falta de control efectivo por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la publicidad y promoción de los productos del tabaco y sus derivados, particularmente en cuanto al dispositivo IQOS.

# 4. Trámite de la solicitud en primera instancia

Inicialmente, el proceso correspondió por reparto al Juzgado 39 Administrativo de Bogotá, que por auto de mayo 28 del año en curso declaró la falta de competencia y ordenó remitirlo al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por estar dirigido contra una autoridad del orden nacional (f. 169 cdno 1).

Mediante providencia de junio 13 del presente año, el magistrado sustanciador del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, avocó el conocimiento e inadmitió la demanda para que el actor aportara el documento a través del cual constituyó en renuencia a la entidad demandada (ff. 174 a 176 cdno 1).

Posteriormente, por auto de junio 28 de 2019 la corporación rechazó parcialmente la demanda respecto de los artículos 14 y 15 de la Ley 1335 de





Demandante: Nicolás Parra Castro

2009 por falta de constitución de la renuencia, la admitió frente al literal c) del artículo 1º y el artículo 13 de la Ley 1109 de 2006 y al artículo 16 de la Ley 1335 de 2009 y ordenó la notificación al superintendente de industria y comercio (ff. 206 a 213 cdno 2).

Luego mediante proveído de julio 16 del año que transcurre resolvió sobre las pruebas aportadas y solicitadas por las partes y dispuso oficiar a Coltabaco y a Philip Morris Colombia para que allegaran copia integral de toda la acción comercial en la que haya publicitado, promocionado o entregado cualquier tipo de información al público sobre el IQOS¹ y al organismo demandado sobre la actuación que esté llevando a cabo para impedir la publicidad y promoción de dicho producto (ff. 339 y 340 cdno 2).

#### 5. Contestación de la demanda

Por intermedio de la coordinadora del grupo de trabajo de gestión judicial, la Superintendencia de Industria y Comercio contestó la demanda y pidió declarar infundadas las pretensiones por estimar que carecen de sustento fáctico y jurídico para su prosperidad.

Basada en diferentes criterios expuestos por la Corte Constitucional sobre las características, requisitos y alcances de la acción, advirtió que este medio de control es improcedente como mecanismo para resolver las controversias interpretativas de la ley.

Consideró que las solicitudes hechas por el actor están encaminadas a exigir el cumplimiento de las normas de protección al consumidor, por lo cual, con base en las facultades de inspección, vigilancia y control conferidas por el Decreto 4886 de 2011, el organismo verifica estrictamente el cumplimiento de las disposiciones relativas a la idoneidad, calidad, información, publicidad, promociones, ofertas, seguridad del producto, condiciones generales, contratos de adhesión, operaciones mediante sistemas de financiación, ventas que utilizan métodos no tradicionales y comercio electrónico de bienes y servicios contenidos en la Ley 1480 de 2011.

Explicó que el artículo 34 de la Ley 1335 de 2009 estableció que a la Superintendencia de Industria y Comercio le corresponde la verificación y control de los productos del tabaco una vez se encuentren en el mercado nacional, mientras que a la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor le concierne el ejercicio de las funciones previstas en dicha

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Las citadas sociedades Coltabaco y Philip Morris Colombia constituyeron apoderado para que las representara en el trámite de respuesta a los requerimientos de información hechos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con motivo del auto de pruebas (ff. 353 a 356 cdno 2).





Demandante: Nicolás Parra Castro

norma en materia de publicidad, empaquetado y prohibición de promoción y patrocinio de tabaco y sus derivados.

Advirtió que "[...] dentro de la presente actuación, la Superintendencia, se encuentra ejerciendo sus facultades legales, observando el procedimiento establecido en el artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual prevé la etapa de averiguación preliminar, en virtud de la cual, se vienen desplegando las gestiones tendientes a determinar si existe mérito para adelantar un procedimiento sancionatorio y/o impartir una orden administrativa [...]", según las leyes existentes y con garantía del debido proceso de todos aquellos posibles intervinientes y terceros interesados.

Reveló que la entidad recibió una queja formulada por el señor Jaime Arcila Sierra, a la cual fue acumulada la solicitud hecha por el actor, por lo cual procedió a efectuar requerimientos de información a las sociedades Coltabaco y Philip Morris acerca de los productos denominados IQOS y HEETS.

Añadió que después del análisis de la documentación aportada, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor estimó pertinente adelantar visita de inspección administrativa a la página web https://co.iqos.com/ con el propósito de verificar la información consignada sobre los citados productos, en la que encontró que Coltabaco aparecía reportado como administrador del sitio por delegación de Philip Morris International.

Precisó que con el ánimo de seguir recaudando la información necesaria dentro de la actuación preliminar, procedió a practicar otra visita de inspección en la página web www.iqos.com, el nueve de mayo de 2019, en la cual identificó que había sido modificada la información legal para reportar que Philip Morris S.A. constituye la empresa administradora del respectivo sitio por delegación de Philip Morris International.

Afirmó que luego de la evaluación, consideró necesario requerir a Philip Morris Colombia por información relacionada con la comercialización en Colombia de los productos IQOS y HEETS, agregó que "[...] requirió nuevamente a la Compañía Colombiana de Tabaco S.A. solicitándole allegar copia de la totalidad de las piezas publicitarias por medio de las cuales se ofrecen u ofrecieron los productos [...]" y aseguró que esas compañías "[...] dieron respuesta a los mencionados requerimientos, mediante consecutivos No. 17-082520-36 y 17-082520-37, el 29 de mayo de 2019, mediante los cuales Philip Morris Colombia S.A., reiteró que "IQOS es un dispositivo electrónico que como tal no está sujeto a las limitaciones de publicidad establecidas en el (sic) Ley 1335 de 2009".



Demandante: Nicolás Parra Castro

Descartó el incumplimiento alegado por el actor, pues está adelantando la averiguación preliminar para efectos de obtener la información necesaria para determinar si es procedente iniciar investigación administrativa de carácter sancionatorio o adoptar las medidas que corresponden frente a los hechos denunciados sobre presunta vulneración de las disposiciones sobre prohibición de la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco.

#### 6. Intervención de terceros

Invocando la calidad de directora y representante legal de la Corporación Colombiana de Padres y Madres, la señora Carolina Piñeros Ospina coadyuvó las pretensiones de la acción de cumplimiento tras destacar los efectos de la publicidad y su relación con el consumo de productos de tabaco, el sistema integrado que representa el IQOS y el impacto que tienen esos dispositivos (ff. 385 a 396 cdno 2).

# 7. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B advirtió que el literal c) del artículo 1º de la Ley 1109 de 2006 contiene la definición del término "publicidad y promoción del tabaco", como norma dirigida a regular la manera como debe interpretarse dicha expresión en el ámbito de la ley que aprobó el Convenio Marco para el Control del Tabaco, pero no incluye una obligación imperativa, inobjetable y exigible a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Agregó que el artículo 13 de la Ley 1109 de 2006 describe la obligación según la cual debe prohibirse cualquier tipo de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco, sin que dicho mandato esté en cabeza del organismo demandado porque no es la autoridad encargada de la actividad legislativa, como es el Congreso de la República, que al expedir la Ley 1335 de 2009 cumplió el deber impuesto en la norma.

Señaló que el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009 tampoco contiene un mandato exigible y preciso a cargo de la entidad accionada, ya que contempló una obligación de carácter abstracto en el sentido de que en el territorio nacional está prohibida toda forma de publicidad y promoción de productos de tabaco y sus derivados.

Explicó que las pretensiones de la demanda están orientadas a que se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio el impulso de la actuación en la cual investiga las presuntas irregularidades relacionadas con la publicidad y promoción del dispositivo IQOS, por parte de las sociedades





Demandante: Nicolás Parra Castro

Coltabaco y Philip Morris Colombia, sin que este aspecto esté regulado por lo mandatos esgrimidos por el actor.

En consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

# 8. La impugnación

El demandante subrayó que la obligación de prohibir la publicidad y promoción de productos de tabaco está descrita en los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 1335 de 2009, la cual debe tener en cuenta la definición contenida en el literal c) del artículo 1º del Convenio Marco para el Control del Tabaco, pues deben tomarse como normas inescindibles.

Destacó la importancia de tener en cuenta la definición de la publicidad y promoción prevista en la esa disposición, ya que desde este punto de vista su aplicación se extiende a los nuevos dispositivos mediante los cuales se consume tabaco, cuyos componentes electrónicos lograron confundir y burlar el control de la autoridad encargada de su cumplimiento.

Recordó que la finalidad de la demanda es que la Superintendencia de Industria y Comercio lleve a cabo un diligente y juicioso cumplimiento de la prohibición de publicidad y propaganda de los productos del tabaco y ordene a Coltabaco cesar todas sus actividades en esta materia, respecto del dispositivo IQOS.

Manifestó su desacuerdo con la afirmación hecha por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca según la cual el objeto de la acción es el impulso del proceso sancionatorio, dado que realmente corresponde a una situación accesoria al problema principal consistente en la sistemática renuencia de la entidad demandada para aplicar la prohibición de publicidad y promoción de los referidos productos.

Resaltó que en virtud del numeral 26 del artículo 1º del Decreto 4886 de 2011 es función de la Superintendencia de Industria y Comercio velar por el efectivo cumplimiento de la publicidad y promoción del tabaco, como por la protección, garantía y efectividad de los derechos de los consumidores, especialmente en aquellos eventos que puedan implicar riesgo para la salud para la protección de niños, niñas y adolescentes.

#### II. CONSIDERACIONES

#### 1. Competencia





Demandante: Nicolás Parra Castro

La Sección Quinta es competente para decidir la impugnación contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, según lo dispuesto en los artículos 150 y 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y en el artículo trece del Acuerdo 080 de 2019 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado<sup>2</sup>.

# 2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala resolver si confirma, revoca o modifica la decisión adoptada por la citada corporación judicial en la sentencia de septiembre 25 del año en curso, mediante la cual fueron negadas las pretensiones de la demanda.

## 3. Generalidades de la acción de cumplimiento

La acción de cumplimiento busca la materialización de aquellos mandatos contenidos en las normas de rango legal y en los actos administrativos.

Con base en la regulación establecida en el artículo 87 de la Constitución y el desarrollo previsto en la Ley 393 de 1997, dicha posibilidad opera a partir de la orden que imparte el juez de lo contencioso administrativo a la autoridad renuente.

Este mecanismo procesal tiene carácter subsidiario, puesto que no procede cuando el demandante tenga a su alcance otro instrumento judicial para lograr la efectividad de la norma legal o del acto que estima incumplidos.

Tampoco procede cuando el ejercicio del medio de control pretenda el cumplimiento de normas legales y de actos administrativos que establezcan gastos.

De acuerdo con la reiterada jurisprudencia de esta corporación, la prosperidad de esta acción está sujeta a la observancia de los siguientes presupuestos: (i) que el deber jurídico cuya observancia se exige esté consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos; (ii) que el mandato, la orden, el deber, la obligatoriedad o la imposición esté contemplada en forma precisa, clara y actual; (iii) que la norma esté vigente; (iv) que el deber jurídico esté en cabeza del accionado; (v) que se acredite que la autoridad o el particular en ejercicio de funciones públicas fue

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Dicho acuerdo estableció la competencia de la Sección Quinta para el conocimiento de las apelaciones contra las providencias susceptibles de ese recurso que sean dictadas por los tribunales administrativos, en primera instancia, en las acciones de cumplimiento.



Demandante: Nicolás Parra Castro

constituido en renuencia frente al cumplimiento de la norma o acto administrativo cuyo acatamiento pretende la demanda y (vi) que tratándose de actos administrativos no haya otro instrumento judicial para lograr su efectivo cumplimiento, ni persiga el cumplimiento de normas que establezcan gastos.

#### 4. La constitución de la renuencia

En el artículo 8º, la Ley 393 de 1997 señaló que "Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud [...]". (Negrillas fuera del texto).

Frente a los alcances de esta norma, la Sala mantiene un criterio reiterado según el cual "[...] el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento"<sup>3</sup>.

Esta corporación también ha considerado que no puede tenerse por demostrado el requisito de procedibilidad de la acción en aquellos casos en que la solicitud "[...] tiene una finalidad distinta a la de constitución en renuencia".4

Es importante que la solicitud permita determinar que lo pretendido por el interesado es el cumplimiento de un deber legal o administrativo, cuyo objetivo es la constitución en renuencia de la parte demandada.

Como quedó establecido en el numeral 5º del artículo 10º de la Ley 393 de 1997, la constitución de la renuencia de la entidad accionada debe acreditarse con la demanda, so pena de ser rechazada de plano la solicitud.

En el expediente consta que en escrito de abril 30 del presente año, el actor solicitó a la Superintendencia de Industria y Comercio el cumplimiento del literal c) del artículo 1º y el artículo 13 de la Ley 1109 de 2006 y del artículo 16 de la Ley 1335 de 2009 (ff. 182 a 186 cdno 1).

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Sobre el particular pueden verse las providencias de noviembre veintiuno (21) de 2002 dentro del expediente ACU-1614 y de marzo diecisiete (17) de 2011, expediente 2011-00019.



<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia de octubre veinte (20) de 2011, expediente No. 2011-01063, M.P. Mauricio Torres Cuervo.



Demandante: Nicolás Parra Castro

Mediante oficio de mayo 15 del año en curso, la directora de investigaciones de protección al consumidor advirtió que no es procedente la constitución en renuencia ni la acción, ya que el organismo está ejerciendo sus facultades legales y desplegando todas las gestiones requeridas para determinar si existe mérito para adelantar procedimiento sancionatorio sobre el particular (ff. 201 a 204 cdno 1).

En consecuencia, el requisito de procedibilidad fue agotado por el actor.

## 5. El caso concreto

Como quedó expuesto, el demandante pretende el cumplimiento del literal c) del artículo 1º y el artículo 13 de la Ley 1109 de 2006 y del artículo 16 de la Ley 1335 de 2009.

Lo anterior para que la Superintendencia de Industria y Comercio lleve a cabo la adecuada inspección, vigilancia y control de la publicidad y promoción de los productos del tabaco y sus derivados y ordene a las sociedades Coltabaco y Philip Morris Colombia el retiro de todo el material publicitario del dispositivo denominado IQOS.

En primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B negó las pretensiones por estimar básicamente que las normas invocadas no contienen un mandato imperativo, inobjetable y exigible a cargo de la entidad demandada.

Al impugnar, el actor insistió en la inescindibilidad de los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 1335 de 2009 y del literal c) del artículo 1º y del artículo 13 de la Ley 1109 de 2006 frente a la obligación de prohibir la publicidad y promoción de productos del tabaco y en la función que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio en esta materia.

En primer lugar, advierte la Sala que no es posible abordar el análisis de la alegada obligación de prohibir la publicidad y promoción del tabaco prevista en los artículos 14 y 15 de la Ley 1335 de 2009, que el actor considera aplicables, dado que respecto de esas normas la demanda fue rechazada por el Tribunal Administrativo, mediante auto de junio 28 de 2019, por no haberse acreditado la constitución de la renuencia, sin que el actor haya manifestado su desacuerdo con la decisión.

Ahora, la Sala tiene reconocido que mediante esta acción no resulta posible ordenar la ejecución de toda clase de disposiciones sino de aquellas que contienen prescripciones que se caracterizan como deberes, tanto legales





Demandante: Nicolás Parra Castro

como administrativos, es decir aquellos que implican un mandato perentorio, claro y directo a cargo de determinada autoridad.

Se trata, entonces, de deberes de carácter imperativo e inobjetable en los precisos términos de los artículos 5, 7, 15, 21 y 25 de la Ley 393 de 1997, que regula especialmente el trámite y las exigencias para la procedencia de la acción de cumplimiento.

La primera de las normas cuya eficacia persigue el actor es el literal c) del artículo 1º de la Ley 1109 de 2006, mediante la cual el Congreso de la República aprobó el Convenio Marco para el Control del Tabaco, el cual señaló lo siguiente:

"ARTÍCULO 1. LISTA DE EXPRESIONES UTILIZADAS.

Para los efectos del presente Convenio:

[...]

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

Advierte la Sala que la disposición anteriormente transcrita está limitada a describir lo que deberá entenderse como publicidad y promoción del tabaco en los términos del instrumento internacional incorporado por el Congreso al derecho interno.

En este sentido, comparte la Sala la conclusión a la cual llegó el Tribunal Administrativo según la cual no contiene un mandato imperativo e inobjetable, a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio, pues su texto simplemente incluyó la expresión que corresponde a dicho aspecto para efectos de la aplicación del convenio.

El segundo precepto invocado por el actor, como es el artículo 13 de la misma Ley 1109 de 2006, dispuso lo siguiente:

"ARTÍCULO 13. PUBLICIDAD, PROMOCIÓN Y PATROCINIO DEL TABACO

- 1. Las Partes reconocen que una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio reduciría el consumo de productos de tabaco.
- 2. Cada Parte, de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, procederá a una prohibición total de toda forma de





Demandante: Nicolás Parra Castro

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

- 3. La Parte que no esté en condiciones de proceder a una prohibición total debido a las disposiciones de su constitución o sus principios constitucionales aplicará restricciones a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dichas restricciones comprenderán, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, la restricción o una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio originados en su territorio que tengan efectos transfronterizos. A este respecto, cada Parte adoptará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas e informará en consecuencia de conformidad con el artículo 21.
- 4. Como mínimo, y de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, cada Parte:
- a) prohibirá toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco que promueva un producto de tabaco por cualquier medio que sea falso, equívoco o engañoso en alguna otra forma o que pueda crear una impresión errónea con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones;
- b) exigirá que toda publicidad de tabaco y, según proceda, su promoción y patrocinio, vaya acompañada de una advertencia o mensaje sanitario o de otro tipo pertinente;
- c) restringirá el uso de incentivos directos o indirectos que fomenten la compra de productos de tabaco por parte de la población;
- d) exigirá, si no ha adoptado una prohibición total, que se revelen a las autoridades gubernamentales competentes los gastos efectuados por la industria del tabaco en actividades de publicidad, promoción y patrocinio aún no prohibidas. Dichas autoridades podrán decidir que esas cifras, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, se pongan a disposición del público y de la Conferencia de las Partes de conformidad con el artículo 21:
- e) procederá dentro de un plazo de cinco años a una prohibición total o, si la Parte no puede imponer una prohibición total debido a su constitución o sus principios constitucionales, a la restricción de la publicidad, la promoción y el patrocinio por radio, televisión, medios impresos y, según proceda, otros medios, como Internet; y





Demandante: Nicolás Parra Castro

f) prohibirá o, si la Parte no puede imponer la prohibición debido a su constitución o sus principios constitucionales, restringirá el patrocinio de acontecimientos y actividades internacionales o de participantes en las mismas por parte de empresas tabacaleras.

- 5. Se alienta a las Partes a que pongan en práctica medidas que vayan más allá de las obligaciones establecidas en el párrafo 4o.
- 6. Las Partes cooperarán en el desarrollo de tecnologías y de otros medios necesarios para facilitar la eliminación de la publicidad transfronteriza.
- 7. Las Partes que hayan prohibido determinadas formas de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco tendrán el derecho soberano de prohibir las formas de publicidad, promoción y patrocinio transfronterizos de productos de tabaco que penetren en su territorio, así como de imponerles las mismas sanciones previstas para la publicidad, la promoción y el patrocinio que se originen en su territorio, de conformidad con la legislación nacional. El presente párrafo no respalda ni aprueba ninguna sanción en particular.
- 8. Las Partes considerarán la elaboración de un protocolo en el cual se establezcan medidas apropiadas que requieran colaboración internacional para prohibir completamente la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos".

Precisa la Sala que la disposición estableció una serie de parámetros para la regulación de la prohibición de la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco, pero como bien lo observó el *a quo* realmente no contiene una obligación clara y concreta que corresponda específicamente a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Desde este punto de vista, la norma tampoco contiene un mandato imperativo e inobjetable que esté a cargo del organismo demandado, pues la materialización de tales directrices compete al Estado, como parte en el instrumento internacional, de acuerdo con lo previsto en la Constitución o en los principios de la misma Carta Política.

Finalmente, el actor también busca hacer cumplir el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009, mediante la cual el Congreso de la República estableció normas para prevenir daños a la salud de los menores de edad, de la población no fumadora y estipuló políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco y sus derivados en la población colombiana.

Su texto es el siguiente:



Demandante: Nicolás Parra Castro

"ARTÍCULO 16. PROMOCIÓN. Prohíbase (sic) toda forma de promoción de productos de tabaco y sus derivados".

Considera la Sala que la citada disposición introdujo la prohibición general de promoción de los productos del tabaco y de sus derivados, sin que haya establecido que su cumplimiento corresponda directamente a la Superintendencia de Industria y Comercio.

A pesar de lo anterior, puede verse que en el oficio de respuesta a la constitución de la renuencia y en la contestación de la demanda, la entidad resaltó la puesta en marcha de una averiguación preliminar para determinar la existencia de méritos para la apertura de un procedimiento sancionatorio y la adopción de órdenes administrativas frente a la publicidad del dispositivo IQOS, al cual hace referencia la demanda, con base en la queja de un ciudadano a la cual fue acumulada la solicitud hecha por el actor.

En desarrollo de la actuación, la Superintendencia de Industria y Comercio requirió los informes correspondientes a las sociedades Coltabaco y Philip Morris, practicó varias visitas y ordenó otros requerimientos en torno de la actividad publicitaria desplegada para la promoción de los nuevos mecanismos tecnológicos IQOS y HEETS.

Desde luego, el procedimiento implementado por el organismo debe observar las reglas del debido proceso que corresponde garantizar a los titulares de la comercialización de dichos productos, lo cual hace que en esta etapa no pueda ordenarse el retiro del material publicitario hasta tanto determine las medidas que pueda adoptar de acuerdo con su competencia y la prohibición legal en esta materia.

Concluye la Sala que la Superintendencia de Industria y Comercio no ha sido omisiva en el ejercicio de la función que le corresponde frente a la prohibición general prevista en el artículo 16 de la Ley 1335 de 2016 sobre la promoción de esos productos.

Así, la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca será confirmada.

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

# **FALLA**

PRIMERO: Confirmase la sentencia impugnada.





Demandante: Nicolás Parra Castro

eros von 81

**SEGUNDO:** Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo veintidós (22) de la Ley 393 de 1997.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO** 

Presidente

LUIS ALBERTO ALVAREZ PARRA

Magistrado

ARAUJO ONATE

Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Magistrada Ausente en comisión