Bogotá, junio 13 de 2017.

Presidente,

**TELÉSFORO PEDRAZA.**

Comisión Primera - Cámara de Representantes.

Congreso de la República.

Ciudad

**Referencia:** PROYECTO DE LEY 233 DE 2017 CÁMARA. “*por medio de la cual se crean medidas para regular la publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes para la protección de sus derechos*.”

Señor Presidente:

En cumplimiento de la designación realizada por la Mesa Directiva de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, por medio del presente escrito rindo informe de ponencia de archivo al proyecto de ley de la referencia.

El texto de la ponencia de archivo contiene los siguientes apartes:

1. Trámite de la iniciativa.
2. Exposición de Motivos.
3. Proposición de archivo.

**I- TRÁMITE DE LA INICIATIVA**

El 16 de marzo de 2017 se radicó en la Secretaría General de la Cámara, el proyecto de ley número 233 de 2017 Cámara, “*por medio de la cual se crean medidas para regular la publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes para la protección de sus derechos*”, de iniciativa del Representante Rodrigo Lara Restrepo. El texto del proyecto de ley fue publicado en la gaceta 179/17 y remitido a la Comisión Primera Constitucional para su estudio el día 4 de abril de 2017.

Por designación de la Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional de la Cámara, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 de la Ley 5ª de 1992, fui designado ponente para primer debate, junto con los representantes Angélica Lisbeth Lozano Correa, Carlos German Navas Talero, Fernando de La Peña Márquez, Jaime Buenahora Febres, Leopoldo Suarez Melo, Oscar Fernando Bravo Realpe, y Rodrigo Lara Restrepo.

El día 22 de abril, en el salón “Roberto Camacho Weverberg”, recinto en el que sesiona la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, se llevó a cabo una audiencia pública, en la que participaron diferentes sectores de la sociedad civil (grupos gremiales, académicos, profesionales especialistas en la materia y ligas de protección al consumidor) y entidades del estado (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Ministerio de Educación).

**II- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.**

Tal y como lo advierte el objeto del proyecto de Ley de la referencia, la finalidad del mismo es regular la publicidad dirigida a menores de edad, ello en procura de la protección de derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política Nacional.

En efecto, los controles a la publicidad son necesarios, para evitar que los consumidores sean engañados o sean objeto de otras *malas* prácticas publicitarias como, la publicidad agresiva, invasiva, o subliminal. En efecto, es tal la importancia de los controles a la publicidad, en tanto que esta se erige como el primer contacto que el consumidor tiene con el producto o servicio que desea o pretende adquirir[[1]](#footnote-1), que para ese propósito, el estado colombiano ha realizado grandes esfuerzos legislativos y administrativos para su control. Fruto de estos esfuerzos fue la expedición del Estatuto del Consumidor, **Ley 1480 de 2011,** cuerpo normativo, que, junto con las **circulares únicas** de la Superintendencia de Industria y Comercio, y los Decretos que lo reglamentan, han sido medidas objetivamente idóneas para la protección de los intereses del consumidor, que garantizan que el mercado se mueva entorno a la realidad y la transparencia en la competencia, buscando proteger al consumidor de la información falsa, o engañosa que le es transmitida y al competidor del desvío de su clientela mediante mecanismos indebidos.

Una muestra de la efectividad de este mecanismo de protección al consumidor, en tratándose de la publicidad engañosa, han sido los cientos de procesos (administrativos y jurisdiccionales) que han sido tramitados en la Superintendencia de Industria y Comercio, en los que se han impuesto una serie significativas de multas y sanciones, a aquellos comerciantes que, haciendo uso de mensajes publicitarios indebidos, han buscado engañar al consumidor.

En ese sentido, lo que queda claro, es que, en Colombia, en procura de derechos fundamentales se ha optado por mecanismos de regulación y no de prohibición de la publicidad. Ese criterio, ha sido adoptado por la Unión Europea cuando a través de las diferentes directivas ha señalado como una práctica comercial desleal el uso de la publicidad engañosa.

*En efecto, La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores prohíbe las prácticas engañosas y agresivas, las «prácticas abusivas» (como la venta bajo presión, la publicidad engañosa y la publicidad desleal), así como las prácticas de venta que recurran a la coacción, con independencia del lugar de compraventa.*

*En ella se recogen los criterios utilizados para definir una práctica comercial agresiva (acoso, coacción e influencia indebida), así como una «lista negra» de las prácticas comerciales desleales. La Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa prohíbe las prácticas publicitarias engañosas. Establece asimismo las condiciones en las que se permite la publicidad comparativa. Una Comunicación de la Comisión, de 27 de noviembre de 2012 (COM (2012)0702), propuso la revisión de la Directiva 2006/114/CE para solventar las lagunas del texto y centrarse en el problema de las prácticas engañosas de empresas dedicadas a la elaboración de directorios.[[2]](#footnote-2)*

En ese sentido, es claro que el mecanismo idóneo para la protección del consumidor y en este caso, la protección de los menores de edad (niños y adolescentes), es la **REGULACIÓN** y no la prohibición de la publicidad tal y como lo plantea el proyecto de ley. Una muestra de un mecanismo idóneo para regular la publicidad, es el artículo 3 de la Ley General de Publicidad de España, el cual indica:

***Artículo 3. Publicidad ilícita.***

*Es ilícita:*

1. *La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4.*

***Este literal contempla los supuestos de publicidad que es objeto de sanción par parte del proyecto de ley, contenidos en el artículo 6.***

*Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.*

*b)* ***La publicidad dirigida a menores*** *que les incite a la compra de un bien o de un servicio,* ***EXPLOTANDO SU INEXPERIENCIA O CREDULIDAD, O EN LA QUE APAREZCAN PERSUADIENDO DE LA COMPRA A PADRES O TUTORES****. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.*

***Este supuesto, regula la publicidad a los menores de edad, salvaguardando, sus derechos fundamentales, sin llegar al extremo de prohibirla, como pretende este proyecto de ley.***

*En este sentido, el mecanismo es evidente que el mecanismo idóneo para proteger a nuestros niños, no es la prohibición sino la regulación. Finalidad que no busca el presente proyecto de ley.*

Sobre este punto, debe tenerse en cuenta las consideraciones por el Doctor Emilio García, Director de la Especialización en Derecho de la Competencia y Protección al Consumidor de la Universidad Sergio Arboleda, cuando señaló qué:

* No toda publicidad dirigida a niños es abusiva.
* El proyecto de ley no considera a los niños y niñas como consumidores, apartándose del numeral 5 del artículo 1 de la ley 1480 de 2011, norma que consagra un principio general, que les reconoce la calidad de consumidores y que de contera les reconoce una protección especial de conformidad con el código de la infancia y la adolescencia.
* Si se reconoce un enfoque de protección especial, se logra el objetivo de regular con mayor rigor las asimetrías que se presentan entre los oferentes, anunciantes y agencias de publicidad con la población de destinatarios. Existen propagandas adecuadas para los niños y niñas, (incluso algunos que posicionan una marca), como aquellos que apelan a rescatar valores sociales.
* Una cosa es que los padres sean responsables de aquello que los niños consumen a que la publicidad deba dirigirse exclusivamente a los adultos. La publicidad dirigida a los niños debe regularse, no prohibirse, porque los niños también deben tener la posibilidad de construir un camino tendiente auto-determinarse y prepararse para la autonomía.

Aunado lo anterior a que el Decreto 975 de 2014 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, ya reglamentó el objetivo que se pretende con este proyecto de ley. En efecto el referido Decreto, tiene por objeto “**reglamentar los casos, la forma y el contenido en que se deberá presentar la información y la publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores por cualquier medio, sea impreso, electrónico, audiovisual, auditivo, entre otros**”. Y los 10 artículo que se reglamentan cumplen ese propósito.

De conformidad con la ponencia mayoritaria radicada para dar primer debate en la Comisión Primera Constitucional Permanente, el objeto del proyecto de ley es: ***REGULAR LA PUBLICIDAD DIRIGIDA A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES*** *suministrada a través de medios de comunicación masivos digitales o análogos y de campañas de mercadeo directo, incluidas todas las actividades de promoción, publicidad, patrocinio, distribución y venta, con el fin de proteger los derechos fundamentales de aquellos,* **sin embargo**, de conformidad con el artículo 4 del texto presentado en la ponencia, lo que se busca no es regular la publicidad, sino prohibirla.

**“Artículo 4. Conductas sancionables.** Prohíbanse toda actividad de publicidad, promoción y patrocinio dirigido a niños.”

Con base en lo anterior, es evidente que el proyecto, no sólo no tiene la finalidad de regular la publicidad, en tanto que lo que hace es prohibirla, sino que, al mismo tiempo, también prohíbe cualquier actividad empresarial, dirigida a **PROMOCIONAR o PATROCINAR cualquier** actividad dirigidas a niños**.**

Sobre este respecto, debe señalarse que una prohibición de esta naturaleza, se pretende incluir una restricción general a todas las campañas de mercadeo o actividades de promoción, patrocinio y venta, luego el hecho de pretender restringir todas las actividades de posicionamiento publicitario, patrocinio y promoción viola el principio de libertad de empresa consagrado en el Artículo 333 (**LIBERTAR DE EMPRESA E INGRESO AL MERCADO COLOMBIANO**) de la Constitución Política y excede el verdadero objeto del proyecto.

En lo relativo, a la prohibición de uso de los datos personales, debe señalarse que, esta prohibición del uso de datos personales de menores ya regulados por la ley estatutaria 1581 de 2012 y el Decreto 1377 de 2013, en las que se incluyó la proscripción general del tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes, excepto cuando se trate de datos de naturaleza pública. Igualmente, el decreto 1377 reglamentario de esta ley estatutaria reconoce y desarrolla el derecho fundamental del menor a ser escuchado, derecho que les restringe el proyecto de ley objeto de la presente.

**Decreto 1377 de 2013.**

***Artículo 12. Requisitos especiales para el Tratamiento de datos personales de niños niñas y adolescentes.*** *El Tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes está prohibido, excepto cuando se trate de datos de naturaleza pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 1581 de 2012 y cuando dicho Tratamiento cumpla con los siguientes parámetros y requisitos:*

*1. Que responda y respete el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.*

*2. Que se asegure el respeto de sus derechos fundamentales.*

*Cumplidos los anteriores requisitos, el representante legal del niño, niña o adolescente otorgará la autorización previo ejercicio del menor de su derecho a ser escuchado, opinión que será valorada teniendo en cuenta la madurez, autonomía y capacidad para entender el asunto. Todo Responsable y Encargado involucrado en el Tratamiento de los datos personales de niños, niñas y adolescentes, deberá velar por el uso adecuado de los mismos. Para este fin deberán aplicarse los principios y obligaciones establecidos en la Ley 1581 de 2012 y el presente Decreto.*

*La familia y la sociedad deben velar porque los Responsables y Encargados del Tratamiento de los datos personales de los menores de edad cumplan las obligaciones establecidas en la Ley 1581 de 2012 y el presente decreto.*

Finalmente, y en lo relativo con el Comité de Evaluación de Contenidos, cabe resaltar que la creación de este tipo de instituciones requiere ser tramitada con iniciativa gubernamental. Así lo consagra el artículo 154 de la Constitución Política, el cual indica que *(…) sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a, b y e, del numeral 19 del artículo 150 (…)*

Teniendo en cuenta que el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política se refiere a los proyectos de ley que busquen *“determinar la estructura de la administración nacional”*, el presente proyecto no podría tramitarse sin esta iniciativa. Esto por cuanto a que el Comité de Evaluación de Contenidos, que crea el artículo 13 del presente proyecto, sería una entidad de carácter estatal que claramente impactaría la estructura de la administración nacional.

Respecto a este punto se ha pronunciado la Corte Constitucional Colombiana en su sentencia C-307 de 2013, en donde, al estudiar la creación de un Consejo Nacional (y estudiar factores tales como su integración, el tipo de función que desempeña y la sede de desarrollo de sus actividades), encontró que este Consejo que creaba el proyecto de ley número 180/11 Senado, 248/11 de Cámara*,* era una figura estatal, *“cuya creación impacta en algún grado la estructura de la administración nacional[[3]](#footnote-3)”*, y que por ende requería de iniciativa legislativa para su creación.

En este orden de ideas, el Comité de Evaluación de Contenidos que crea el presente proyecto sería, igualmente, una entidad estatal que impactaría en la estructura de la administración nacional, y por ende su creación requeriría la iniciativa legislativa del gobierno. Basta mirar la conformación y las funciones que tendrán el comité mencionado para llegar esta conclusión, toda vez que el artículo 13 del proyecto de ley consagra que el mismo se encontrará conformado por funcionarios del ICBF, el Ministerio de Salud, Ministerio de Educación, Ministerio de Telecomunicaciones y de la Información, Superintendencia de Industria y Comercio. Aunado a esto, si tenemos en cuenta las funciones asignadas en el artículo 14 del proyecto de ley, vemos como este Comité ejercerá funciones administrativas tales como:

“*1. Organizar un sistema de evaluación de los contenidos publicitarios, de patrocinio y promoción dirigidos a menores de edad. 2. Decidir sobre las quejas puestas a su consideración por parte de los ciudadanos respecto del cumplimiento de las condiciones establecidas en la presente ley para las actividades de publicidad, patrocinio y promoción dirigidas a menores de edad. 3. Suministrar un concepto técnico de carácter vinculante a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las quejas presentadas por ciudadanos. 4. Ordenar el retiro provisional de publicidad, patrocinio o promoción dirigidos a menores de edad cuando infrinjan las disposiciones contenidas en la presente ley.”*

En conclusión, el Comité de Evaluación y de Contenidos que crea el proyecto de ley 233 de 2017 es una entidad estatal cuya creación claramente impactaría en la estructura administrativa nacional, tanto por su conformación como por las funciones administrativas que cumplirá. De este modo, su creación requeriría de iniciativa gubernamental, tal como lo consagra el artículo 154 de la Constitución Política y lo ha confirmado la Corte Constitucional en distinta jurisprudencia, y teniendo en cuenta que el proyecto de ley 233 de 2017 *“Por medio de la cual se crean medidas para regular la publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes para la protección de sus derechos”* no cumple con este requisito, los artículo 13 y 14 de este proyecto de ley serían inconstitucionales.

**2. Proposición**

Con base en las anteriores consideraciones, presento ponencia desfavorable para primer debate y en consecuencia solicito a los miembros de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, se archive PROYECTO DE LEY 233 DE 2017 CÁMARA. “*por medio de la cual se crean medidas para regular la publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes para la protección de sus derechos*.”

**Samuel Hoyos Mejía**

Representante por Bogotá

1. La regulación de la publicidad y del engaño. Jorge Jaeckel Kovacks, Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. 2004. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fichas técnicas sobre las directivas europeas en materia de publicidad engañosa y competencia desleal. Consultado en ttp://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU\_5.5.2.html [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-307 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-3)