

Bogotá, 18 de septiembre de 2017

Doctor

WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA
PRESIDENTE COMISIÓN SEXTA CONSTITUCIONAL
CÁMARA DE REPRESENTANTES

Señor Ponente del Proyecto de Ley 022 de 2017C

Doctor

VICTOR JAVIER CORREA VÉLEZ
REPRESENTANTE A LA CÁMARA

ASUNTO: Comentarios de la Asociación Nacional de Anunciantes de Colombia ANDA a la ponencia presentada para primer debate del proyecto de ley No. 022 de 2017C “Por medio del cual se establecen medidas de promoción y protección para niñas, niños y adolescentes a través de la regulación de la publicidad de productos comestibles ultraprocesados y de alimentos que causan daños a la salud y se dictan otras disposiciones”.

Respetados Señores Representantes,

Desde la lectura atenta del proyecto de ley 022 de 2017C presentado por los H.S. Sofía Alejandra Gaviria Correa, H.S. Claudia Nayibe López Hernández, H.S. Luis Evelis Andrade Casamá, H.S. Jesús Alberto Castilla Salazar, H.S. Jorge Eliécer Prieto Riveros, H.R. Víctor Javier Correa Vélez, H.R. Alirio Uribe Muñoz , H.R. Angélica Lisbeth Lozano Correa, H.R. Mario Alberto Castaño Pérez, H.R. Oscar de Jesús Hurtado Pérez, H.R. Mauricio Salazar Peláez, H.R. Nilton Córdoba Manyoma, H.R. Inti Raúl Asprilla Reyes, H.R. Oscar Ospina Quintero y H.S. Roberto Ortiz Urueña, y teniendo en cuenta que la misión institucional de la Asociación Nacional de Anunciantes de Colombia es ejercer la representación y defensa del derecho a la

libre expresión comercial de los anunciantes del país, nos permitimos realizar los siguientes comentarios al contenido del citado proyecto:

1. Consideración general sobre el modelo económico colombiano

El artículo 333 de la Constitución Política prevé que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero a su vez, impone un límite definido en la defensa del bien común y la función social de la propiedad y de la empresa.

En mismo sentido, el artículo 334 C.P. determina que la dirección general de la economía corresponde al Estado, a quien se le otorgan herramientas de intervención con los siguientes propósitos:

- (i) La racionalización de la economía;
- (ii) La búsqueda, en un marco de sostenibilidad fiscal, del mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano;
- (iii) El logro de una política de pleno empleo y de acceso progresivo a los bienes y servicios básicos, especialmente a favor de las personas de menores recursos; y
- (iv) La promoción de la productividad y competitividad, al igual que el desarrollo armónico de las regiones.

La jurisprudencia constitucional colombiana, a partir del marco de referencia conformado por estos objetivos, ha señalado que la Carta Política no es neutra en lo que refiere al modelo económico. Por el contrario, adopta un modelo que se ha denominado *economía social de mercado*.

Este concepto se funda en considerar que el Estado tiene deberes específicos en dos aspectos: de un lado, está llamado a proteger y dar garantías a un mercado libre y competitivo, donde los diferentes agentes que ofrecen bienes y servicios puedan concurrir equitativamente, y por el otro, debe corregir las imperfecciones de

ese mercado, no solamente en lo que refiere a la promoción de la libre competencia, sino especialmente frente a la vigencia de los derechos fundamentales de las personas, los cuales están necesariamente atados a las situaciones de mercado. De allí que, en últimas, la intervención estatal en el economía se fundamenta en la compatibilización entre el mercado y los fines del Estado Social y Democrático de Derecho.

Esto quiere decir que, lo que se privilegia en nuestro modelo económico, es la eficacia de los derechos, y que estos tengan lugar y vigencia en un escenario que alienta un mercado competitivo.

El Estado se encuentra facultado, a través de la ejecución de medidas de intervención en la economía, para corregir aspectos del mercado que impidan el cumplimiento de sus fines constitucionales. Ello, incluso, mediante instrumentos que, de forma material, puedan limitar a la libertad económica y la libre competencia. Sin embargo, tales límites deben estar fundados en motivos razonables y proporcionados, que guarden una relación de identidad con la consecución de los fines estatales antes enumerados.

En consecuencia, cuando una medida de intervención no esté vinculada a dichas finalidades, a saber: i) La racionalización de la economía; (ii) La búsqueda, en un marco de sostenibilidad fiscal, del mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano; (iii) El logro de una política de pleno empleo y de acceso progresivo a los bienes y servicios básicos, especialmente a favor de las personas de menores recursos; y (iv) La promoción de la productividad y competitividad, al igual que el desarrollo armónico de las regiones; y estos fines no se construyen a través de políticas públicas razonables y proporcionadas, se está *prima facie* ante una restricción injustificada de las garantías que la Carta Política de 1991 le ofrece a los participantes del mercado.

2. El rol de la publicidad en un sistema de mercado y consideraciones sobre la investigación de mercados

La expresión comercial o publicitaria, el discurso publicitario, o el “commercial speech” tiene como objeto esencial “comunicar, persuadir y orientar decisiones” en relación con la existencia de bienes y servicios en el mercado. El elemento económico resulta ser un fin, pero no el contenido mismo del concepto.

Como expresión de la iniciativa privada, de la libertad de empresa consagrada en la Constitución, los distintos agentes del mercado deben lograr que los bienes que producen o los servicios que prestan sean elegidos por los consumidores. Deben lograr orientar las decisiones de consumo para que los consumidores prefieran sus productos sobre otros. Esta orientación se logra conociendo las preferencias y las necesidades de quienes acuden al mercado, a través de la investigación de mercado, y diseñando estrategias de comunicación de lo que se ofrece, a través de la publicidad.

Para cumplir con su objetivo, recurre a un contenido que comprende información de naturaleza objetiva, en relación con características relevantes del bien o servicio, pero también elementos orientados a generar o captar atención, emociones, motivaciones. Es decir, un importante componente del mensaje comercial resulta de su naturaleza subjetiva.

Sin lugar a dudas, el mensaje publicitario es desarrollo de las libertades de información, opinión y creación artísticas y una herramienta esencial para darle efectividad a la libertad de empresa y a la actividad productiva de un país. La publicidad cumple una doble función en beneficio, del productor de bienes y servicios y de los consumidores. En tanto que al primero le permite ofertar al mercado sus productos, a los segundos les permite contar con información para ejercer sus libertades y derechos de consumo. En definitiva, la publicidad permite elegir.

Adicionalmente, la publicidad es una manifestación esencial de la cultura y del talento creativo de la humanidad. En la manera de expresar el contenido informativo objetivo de forma que resulte interesante y comprensible para el destinatario del mensaje. De lo anterior se puede concluir que considerar que el mensaje publicitario en sí mismo merece censura o represión, como instrumento de abuso, es totalmente desacertado. En el mismo sentido, incluir la prohibición de “toda actividad de investigación de mercados”, que constituye no solo una actividad lícita, sino que es un insumo de carácter técnico y social que le da sustento a las decisiones de contenido e inversión publicitarias es, a nuestro parecer, un despropósito.

La investigación de mercados y el conocimiento de los consumidores no es un patrimonio exclusivo de los equipos de publicidad y mercadeo de las empresas y agencias del sector. Por el contrario, son la base del desarrollo de nuevos productos y toma de decisiones de negocio por parte de la alta gerencia de las organizaciones. Limitar la capacidad de desarrollar estudios de mercado, o adelantar actividades en pro del conocimiento del consumidor y sus preferencias, como lo propone el proyecto de ley, tendría un efecto restrictivo muy fuerte de la libertad de empresa y desestimularía la competencia.

Los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en el territorio colombiano son también consumidores cuyas necesidades deben ser satisfechas. Necesitan disponer de alimentos y bebidas que los nutran e hidraten, vestido que los proteja, útiles escolares que permitan el desarrollo de sus capacidades, juguetes que incentiven su imaginación, por mencionar solo algunos productos y servicios.

Prohibir la investigación de mercados tratándose de productos para niños y niñas, significa prohibir el descubrimiento y desarrollo de soluciones en relación a las necesidades insatisfechas de este grupo poblacional, impedir que se amplíen y mejoren los productos/servicios a su disposición, y en último término, imponer un obstáculo desproporcionado a la libertad de empresa.

3. Sobre el origen multicausal de la obesidad y las enfermedades no transmisibles derivadas

Es de vital importancia considerar que la solución a los problemas de salud pública relacionados con estas problemáticas no debería considerarse un asunto que toque exclusivamente a la industria de alimentos y bebidas, o sus prácticas comerciales/publicitarias. Más allá, es posible encontrar en diferentes comportamientos, hábitos, sistemas culinarios, estilos de vida, facilidades de acceso a los alimentos, disponibilidad de agua potable, dotación de espacios públicos para el acondicionamiento físico, entre otros, los diferentes vectores a modificar, más allá del impacto asociado a las industrias culturales.

Varios de estos puntos, por ejemplo, hacen parte de la Ley 1355 del 2009 -“Por medio de la cual se define la obesidad y las enfermedades crónicas no transmisibles asociadas a esta como una prioridad de salud pública y se adoptan medidas para su control, atención y prevención”, que este proyecto no menciona.

4. Derechos que se encuentran en juego con este proyecto

Con el proyecto de ley 022 de 2017C nos encontramos frente a una prohibición total de la publicidad a los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años y a sus padres, en virtud de los numerales 3, 4 y 5 del artículo cuarto del proyecto de ley.

Para la Corte Constitucional, en sentencias como la C-265 de 1994, C-445 de 1995, C-010/00, C-830/10 y C-583-15, uno de los aspectos en que se expresa las libertades económicas es la posibilidad de publicitar los productos y servicios, a fin de incentivar su consumo. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que tanto la publicidad como la propaganda son expresiones estas libertades y que, por ende, “logran reconocimiento constitucional como aspectos que integran tales derechos”.

La importancia nodal de la publicidad en la sociedad contemporánea y sus profundas implicaciones con distintas aristas del derecho constitucional son asuntos que cobran una especial relevancia en este asunto. “En los tiempos actuales, en donde prima el intercambio comercial y el permanente flujo de información que incentiva la adquisición de bienes y servicios, el ejercicio de la publicidad interesa en

grado sumo al orden jurídico”. En este sentido La Corte ha definido diferentes planos de vinculación entre la publicidad y el derecho, siendo uno de ellos: **la publicidad como discurso constitucional reconocido.**

En suma, vale la pena resaltar, a manera de ejemplo, algunos postulados consagrados en la Constitución Política de 1991 que consideramos son afectados o desconocidos en el presente proyecto de ley, de manera directa o vía conexidad. Ejemplo de estos son el derecho al libre desarrollo de la personalidad¹; las libertades de expresión, pensamiento, opinión e información²; la diferenciación positiva de los niños y niñas, frente a los demás sectores poblacionales³; la garantía de la propiedad privada y los derechos adquiridos con arreglo a la ley⁴; la protección a la propiedad intelectual e industrial⁵; el reconocimiento de la cultura en sus diferentes manifestaciones como fundamento de la nacionalidad y objeto de especial protección⁶; la presunción de buena fe en las actuaciones de los particulares⁷; la libertad económica y protección a la iniciativa privada; el reconocimiento de la empresa como base del desarrollo, así como la proscripción de obstáculos y restricciones a la libertad económica⁸, entre otros.

¹ ARTÍCULO 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

² ARTÍCULO 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

³ Diferenciación del plus de derechos constitucionales de niños y niñas, y de adolescentes ARTÍCULOS 44 Y 45.

⁴ ARTÍCULO 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

⁵ ARTÍCULO 61. El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.

⁶ ARTÍCULO 70. (...) La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.

⁷ ARTÍCULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

⁸ ARTÍCULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

Igualmente la ley 1098 de 2006 (Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia) establece los derechos que tiene los niños, niñas y adolescentes, en cuanto a la información:

Artículo 34. Derecho a la información. Sujeto a las restricciones necesarias para asegurar el respeto de sus derechos y el de los demás y para proteger la seguridad, la salud y la moral, los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas a través de los distintos medios de comunicación de que dispongan.

Es preciso decir que, en la actualidad, existen diversos escenarios tanto desde la autorregulación, como regulatorios que dan cuenta de los supuestos, conductas, y objetivos del presente proyecto de ley. Entre otros, los Compromisos de Publicidad Dirigida a Niños firmados por empresas afiliadas a las Cámaras de Alimentos y Bebidas de la ANDI, los cuales establecen, por ejemplo, la limitación de la publicidad a niños y niñas menores de 12 años de alimentos con características definidas. También el Decreto 975 de 2014 “Por el cual se reglamentan los casos, el contenido y la forma en que se debe presentar la información y la publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores”, y la ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor).

Por otra parte, coexiste con la regulación pública un régimen ético adoptado en 1980 por el sector privado; se trata del Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria que como norma deontológica a través de sus distintas actualizaciones, ha adoptado los lineamientos trazados por la Cámara de Comercio Internacional que desde hace 80 años cuenta con un código consolidado a nivel mundial. Cuenta además con los estándares de los organismos de autorregulación en el mundo señalados por la EASA, la Alianza Europea de Estándares de Autorregulación.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

En su última actualización realizada en el 2013, la CONARP con el apoyo de los anunciantes, las agencias de publicidad, la Sociedad de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, ONU Mujeres y las Cámaras de la Industria de Bebidas y de Alimentos de la ANDI, actualizó su contenido a los tiempos modernos haciendo particular énfasis en el tema que nos ocupa hoy además de aquellos relacionados con los avances tecnológicos.

En este punto es también clara la distancia entre el propósito que a nosotros nos asiste de asegurar el respeto de los derechos y la protección de los niños, niñas y adolescentes, y la proscripción que establece el proyecto de ley de una actividad legal que aporta, en conjunto con las demás industrias creativas, cerca del 3% del PIB según datos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Y que solo para el caso de la publicidad en Colombia, representa una industria de más de 3,400 millones de pesos⁹.

5. Modelos de regulación

A nivel mundial existen 4 enfoques diferentes en las legislaciones sobre publicidad dirigida a niños:

Por una parte, están aquellas legislaciones que consideran que toda publicidad de este tipo es abusiva dada la presunta relación absolutamente asimétrica entre agencias de publicidad (con equipos especializados de psicólogos, publicistas mercadotecnicos e investigadores) y los menores que no cuentan con la capacidad jurídica de comprender los mensajes publicitarios de manera crítica y que dependiendo de la edad, no pueden distinguir entre los comerciales y el contenido de los programas. Estas legislaciones, entre las que se encuentran la Provincia de Quebec en Canadá, Brasil y Noruega, han proscrito de manera categórica toda publicidad dirigida a niños y son absolutamente excepcionales.

En segundo lugar, existen países que ven a los menores como una categoría especial de consumidores a los cuales hay que proteger de publicidad engañosa

⁹ Estudio: Cálculo de la inversión publicitaria en Colombia 2011 – 2015, Cifras y Conceptos (2016)

para que no se lleven sorpresas desagradables y, pretenden garantizar que la experiencia de los niños en tanto compradores, resulte satisfactoria.

En tercer lugar, están aquellas sociedades que han enfrentado el problema desde una perspectiva consecuencialista a partir de la cual han decidido legislar y regular los mensajes publicitarios dirigidos a niños en función de las consecuencias que estos puedan tener en lo que respecta a hábitos de alimentación y estilos saludables de vida. Estas han sido adoptadas, en mayor o menor medida, por algunos países de los cuales podemos destacar a Perú y a Chile.

Existe un cuarto enfoque, combinación de dos de los anteriores, en el cual la publicidad dirigida a niños está sujeta a una regulación frente a temas sensibles como el alcohol y el tabaco, que es complementada por mecanismos de autorregulación por parte de las propias agencias de publicidad o de corporaciones privadas conformadas por representantes de éstas.

Es así como, con este proyecto de ley, nos vemos abocados a transitar del cuarto enfoque antes descrito, al primero de ellos, el más gravoso, el único que presume el abuso y la mala fe por parte de la industria, y en últimas, el más excluyente de todos.

6. Consecuencias asociadas al modelo expresado en el proyecto de ley

Dicho lo anterior, es claro que las consecuencias para la industria y para la sociedad colombiana a partir de este proyecto no serán transitorias o moderadas, entre ellas en el corto plazo podremos encontrar:

- Un proyecto excluyente que no hace la necesaria diferencia entre la reglamentación de una actividad económica lícita y su prohibición total. Tampoco considera la influencia positiva de la publicidad, tanto de marcas corporativas, como de marcas personales, en el marco de su función informativa, pedagógica o promotora de eventos con contenido deportivo, académico y social los cuales también se proscriben en el proyecto.

- La vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes a escoger, a la información, y al libre desarrollo de su personalidad.
- Desconoce que el sistema de financiación de los medios de comunicación en Colombia y en el mundo tiene en la publicidad su principal fuente de ingreso, condenando a varios medios, tanto públicos como privados a la recesión.
- Desconoce la existencia de un marco regulatorio vigente que orienta la práctica publicitaria, así como el tema particular de la iniciativa.
- La necesaria disminución de la inversión publicitaria en varios sectores del mercado, con la correlativa afectación a la generación de empleos directos e indirectos, a la economía, la competitividad y la innovación.
- Afectación al pluralismo informativo, lo que en la práctica constituye censura.
- Afecta al comercio, disponibilidad, distribución y venta de bienes, productos y servicios lícitos.
- Adicionalmente, y en especial en lo que toca a las conductas sancionables del artículo 7, y las sanciones dispuestas para medios de comunicación y proveedores de servicios de internet, el proyecto de norma desconoce la dinámica y el funcionamiento de las nuevas tecnologías y establece consecuencias imposibles de implementar, cumplir o verificar.

Reiteramos nuestro indeclinable compromiso por aportar a los propósitos públicos sustentados en intereses generales tales como la protección de los niños, niñas y adolescentes y al ejercicio de la responsabilidad social que corresponde a las empresas afiliadas a nuestros gremios. Sin embargo, también ponemos de presente que “los menores de 18 años”, en sí mismos, comprenden grupos poblacionales muy diversos, con capacidades de discernimiento y de toma de decisión absolutamente distintas, que no pueden regularse de manera similar.

Consideramos que el logro de los objetivos propuestos por el proyecto de ley resulta posible mediante acciones de mayor eficacia que tengan en cuenta la armonización de la propuesta con el marco regulatorio vigente; el análisis de la información idónea que debe ser entregada al consumidor; y la articulación con el trabajo que ya viene adelantando la industria en este particular.

Nuestra solicitud se orienta a permitir el intercambio de opciones, experiencias y conocimiento en el diseño conjunto de un sistema de autorregulación reconocido por el Estado, con mayor poder de acción y de inserción en los comportamientos del sector productivo colombiano y de nuestra sociedad.

Creemos que de esta manera podremos juntos maximizar la garantía de los derechos de todos los actores a los que convoca esta iniciativa; para este propósito, estamos a la entera disposición de los Honorables Representantes para aportar la información necesaria y participar en los espacios que consideren oportunos.

En el mismo sentido, consideramos importantes las opiniones y conceptos que en desarrollo de su misión institucional puedan proferir las entidades directamente concernidas en el particular como son la Superintendencia de Industria y Comercio; el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; el Instituto Nacional para la Vigilancia de Medicamentos y alimentos INVIMA, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, entre otros.

Cordialmente,



ELIZABETH MELO ACEVEDO
Presidenta Ejecutiva