

## **Sentencia T-543/17**

Referencia: Expedientes T-6.029.705 y T-6.139.760

Acciones de tutela instauradas por la Asociación Colombiana de Educación al Consumidor (“Educar Consumidores”) contra la Superintendencia de Industria y Comercio; y por César Rodríguez Garavito –y otros ciudadanos- contra la Superintendencia de Industria y Comercio

Magistrada Ponente:  
DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, el Magistrado Carlos Bernal Pulido y la Magistrada Diana Fajardo Rivera, quien la preside; en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

### **SENTENCIA**

En el trámite de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá, que resolvió la acción de tutela promovida por la Asociación Colombiana de Educación al Consumidor, el cual fue confirmado por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá; y por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, que resolvió la acción de tutela instaurada por César Rodríguez Garavito -y otros ciudadanos-, el cual fue revocado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

#### **I. ANTECEDENTES**

##### **1. Acumulación de procesos**

Mediante Auto del dieciséis (16) de marzo de dos mil diecisiete (2017), la Sala de Selección Número Tres escogió para su revisión el expediente T-6.029.705; y mediante Auto de quince (15) de mayo de dos mil diecisiete (2017), la Sala de Selección Número Cinco escogió para su revisión el expediente T-6.139.760, acumulando además ambos expedientes para que fuesen fallados en

una sola sentencia, tras considerar que presentaban unidad de materia.

## 2. Hechos

2.1. La Asociación Colombiana de Educación al Consumidor (en adelante “Educar Consumidores”) ha adelantado diversas campañas con el propósito de informar sobre los efectos que genera en la salud el consumo de productos de alto contenido calórico, como las bebidas endulzadas. Una de las medidas elegidas fue la de transmitir un comercial televisivo, realizado en Nueva York, adaptado en México y posteriormente en Colombia -por Educar Consumidores-. Para transmitir el comercial, el 15 de junio de 2016 Educar Consumidores -a través de la agencia Central Promotora de Medios (CPM)- solicitó al Consorcio de Canales Nacionales Privados (CCNP) la asignación de un código para transmitir el comercial en los canales RCN y Caracol TV. La solicitud fue negada el 16 de junio de 2016, con fundamento en que las afirmaciones que se realizaban en el comercial no estaban acompañadas de estudios científicos que las soportaran.

Frente a ello, el 19 de julio de 2016 Educar Consumidores solicitó al CCNP que reconsiderara su decisión. Para tal efecto, aportó un documento que resumía los argumentos de los artículos científicos adjuntados en la solicitud adicional, así como una lista bibliográfica de los mismos. Al respecto, el 1º de agosto de 2016 el CCNP remitió la solicitud a los mencionados canales, los cuales rechazaron la codificación del comercial. Finalmente, Educar Consumidores decidió pautar con otros medios masivos de comunicación.

2.2. El 1º de agosto de 2016, ante diversos medios de comunicación, Educar Consumidores realizó el lanzamiento oficial de la campaña “Cuida tu vida, tómala en serio”, cuyo propósito era “*generar conciencia en la población sobre el riesgo que representa para la salud pública el alto consumo de bebidas azucaradas.*” En el marco de esta campaña se publicaron diversos contenidos informativos en diferentes medios de comunicación.

2.3. El 9 de agosto de 2016, el apoderado de Gaseosas Posada Tobón S.A. (en adelante “Postobón”) instauró una denuncia en contra de Educar Consumidores, ante la Directora de Investigaciones de Protección al Consumidor de la Delegatura de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). En ella solicitó (i) iniciar una investigación administrativa para que se declare que Educar Consumidores suministra información engañosa, violando lo dispuesto en el Título V de la Ley 1480 de 2011; (ii) ordenar a Educar Consumidores cesar -de manera *preventiva e inmediata*- la difusión del comercial de televisión que se adjuntó; y (iii) ordenar a Educar Consumidores ajustar el comercial de televisión a las previsiones legales y a los instructivos expedidos por la SIC.

Lo anterior, por cuanto estimó que con el comercial de televisión “*se exhibe un mensaje incompleto e inveraz (sic) y, por tanto, engañoso, (...) olvida el comercial mencionar diversos puntos que son completamente necesarios para que el consumidor promedio pueda codificar el mensaje correctamente, esto es,*

*información completa que le permita al consumidor comprender que no es el consumo de estos productos lo que produce enfermedades per se, sino el consumo excesivo de cualquier producto que contenga azúcar.”*

Dentro de los aspectos que consideró omitidos por el comercial, indica como ejemplos los siguientes: (i) *“en el mercado existen diversos productos endulzados con edulcorantes, aspartame, y tantas otras opciones que permiten que la bebida no tenga un solo gramo de azúcar”*; (ii) no todas las bebidas que contienen azúcar tienen la misma cantidad de endulzante; (iii) el daño se produce por el consumo excesivo de cualquier producto con azúcar; (iv) *“no hay estudios científicos que demuestren que el consumo de cualquiera de [esos] productos tenga efecto adverso en la salud”*; y (v) existen otros productos que contienen cantidades superiores de azúcar, pero sólo se *“denigra de tres productos”* (los jugos embotellados, las gaseosas y el té helado).

En virtud de lo anterior, el apoderado de Postobón concluyó que *“la información suministrada a los consumidores (...) no es clara, veraz y suficiente y, por tanto, constituye publicidad engañosa, por transmitir el mensaje que el consumo de estos productos, por si (sic) mismos, son dañinos para la salud y al generalizar que todos los jugos embotellados, té helados y gaseosas contienen azúcar; desconociendo que existen productos sin azúcar y otros con más y menos azúcar.”*

2.4. El 3 de septiembre de 2016, la CPM informó a Educar Consumidores que el comercial dejaría de ser transmitido por la Compañía de Medios de Información, debido a que la SIC había iniciado una averiguación preliminar contra Educar Consumidores por presunta publicidad engañosa (la cual no se les había notificado).

2.5. El 5 de septiembre de 2016, la SIC remitió a la CPM una comunicación en la que se le indicaba que *“para efectos de dar trámite a una averiguación preliminar (...) la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor le ordena (...) lo siguiente: // 1. Allegar el contrato mediante el cual el anunciante del comercial (...) la faculta para ordenar y/o contratar la transmisión del mismo (...). // 2. Remitir copia de todas las piezas publicitarias emitidas, indicando los medios y la frecuencia con que se enuncian (...).”*

2.6. El 7 de septiembre de 2016, la representante legal de Educar Consumidores remitió un escrito a la SIC (que a la fecha de la instauración de la tutela no contaba con una respuesta), solicitando que se permitiera desvirtuar los cargos - y de esta manera poder adjuntar los soportes científicos que comprueban las afirmaciones del comercial-, y que cesara la actuación administrativa.

No obstante, ese mismo día la SIC emitió un comunicado a través de su página web, en el que informaba que mediante Resolución 59176 de 7 de septiembre de 2016 había ordenado a Educar Consumidores *“cesar de manera inmediata la difusión del comercial de televisión (...) y remitir a la Superintendencia de Industria y Comercio toda pieza publicitaria relacionada con el consumo de bebidas azucaradas que (...) pretenda trasmitir a través de cualquier medio de*

*comunicación, de manera previa, es decir, antes de su emisión para que se lleve un control preventivo sobre la información, imágenes, proclamas y demás afirmaciones realizadas en las piezas publicitarias.”*

En efecto, la Resolución 59176 del 7 de septiembre de 2016 disponía:

**“ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EDUCACIÓN AL CONSUMIDOR (EDUCAR CONSUMIDORES) (...) lo siguiente:**

**1. CESAR** de manera inmediata la difusión del comercial de televisión relacionado con el consumo de bebidas azucaradas, descrito en el considerando quinto de la presente resolución.

La **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EDUCACIÓN AL CONSUMIDOR (EDUCAR CONSUMIDORES)** deberá acreditar el cumplimiento del cese de su publicidad dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del presente acto administrativo.

**2. REMITIR** a la a la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio toda pieza publicitaria relacionada con el consumo de bebidas azucaradas que se pretenda transmitir a través de cualquier medio de comunicación, de manera previa, es decir, antes de su emisión, para que se lleve a cabo un control previo sobre la información, imágenes, proclamas y demás afirmaciones realizadas en las mismas.

La remisión de las piezas publicitarias deberá efectuarse de acuerdo con las siguientes reglas:

2.1. Las piezas publicitarias serán remitidas antes de presentarse al público y deberán radicarse en la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2.2. Las piezas publicitarias remitidas a esta Superintendencia, no podrán ser emitidas o pautadas en cualquier medio de comunicación hasta tanto no tengan la expresa y previa autorización de la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Si se realizan observaciones o ajustes por parte de la Superintendencia, la pieza publicitaria que incorpore las observaciones o ajustes deberá someterse nuevamente a la aprobación de la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2.3. La emisión a través de cualquier medio de comunicación de alguna pieza publicitaria, sin la expresa y previa autorización de la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio dará lugar a las sanciones previstas en el numeral 6 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor).

2.4. Esta Dirección efectuará el control preventivo y se pronunciará sobre su autorización o no, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de su radicación, salvo que se hagan requerimientos de información, observaciones o ajustes evento en el cual, será a partir del momento en que se satisfagan dichos requerimientos que empezará a correr ese término (...).” (Negrillas originales)

Lo anterior fue fundamentado por la SIC con los siguientes argumentos:

1. En ninguna parte del comercial se adujo “*el soporte científico o técnico que corrobore las siguientes afirmaciones: (i) exactitud sobre la cantidad de azúcar presente en cada una de las bebidas expuestas; (ii) incidencia del azúcar en el surgimiento de las patologías médicas y sus lesiones ilustradas; (iii) razones por las cuales se considera que el consumo de azúcar en las dosis mencionadas repercute negativamente en la salud de los consumidores; y (iv) las razones por las cuales los productos propuestos como sustitutos no generan ningún efecto adverso en la salud.*”

2. En el comercial se utiliza como unidad de medida la “cucharadita”, “*que no es ni exacta ni determinable, ni comprensible, ni mucho menos aceptado como unidad de medida en el Sistema Internacional de Unidades que rige en el territorio colombiano.*”

3. El comercial da por cierto que todo tipo de gaseosa, jugo embotellado y té helado contiene azúcar y que los que la contienen la incorporan en la misma cantidad.

4. Con las omisiones del comercial se induce al error a los consumidores sobre posibles consecuencias adversas en su salud, lo cual *exige* a la SIC verificar si la información “*cumple con los requisitos de claridad, veracidad, suficiencia, oportunidad, verificabilidad, comprensibilidad, precisión e idoneidad.*”

5. Aunque los anunciantes no ostentan la calidad de miembros de la cadena de producción, comercialización y distribución; de acuerdo con el concepto de *publicidad* establecido en la Ley 1480 de 2011, sí transmiten información tendiente a influir en las decisiones de consumo. Aunado a lo anterior, la SIC considera que la medida administrativa persigue como *fin legítimo* el interés general, concretado en el derecho de los consumidores a recibir información consecuenta y coherente que les permita tomar decisiones de consumo razonadas.

2.7. Frente a esa decisión, el 14 de septiembre de 2016 Educar Consumidores solicitó a la SIC que aclarara su alcance. En particular, que se señalara si (i) debía remitir toda la información que quisiera publicar a futuro o también la que ya había sido publicada con antelación a la expedición de la resolución; y (ii) si por “cualquier medio de comunicación” debía entenderse además de los medios tradicionales de información, las redes sociales como Facebook y

Twitter.

Ese mismo día, mediante oficio 16-206061-26-0, la SIC precisó que la orden de cesar la difusión comprende el comercial de televisión. Asimismo, señaló que se debía remitir (i) toda información que *a futuro* pretendiera publicarse, y (ii) *“toda información de carácter escrito, visual, oral que refiera al consumo de bebidas azucaradas a través de cualquier medio de comunicación, es decir, televisión, radio, prensa escrita, avisos o vallas publicitarias tradicionales y electrónicas, encontrándose de igual manera prevista en la orden administrativa impartida, toda información difundida a través de páginas web de cualquier índole, todas las redes sociales y todas las plataformas de videos por internet.”*

En la misma fecha, Educar Consumidores -a través de la CPM- solicitó a todos los medios con los que había pautado, que suspendieran la transmisión de la información relacionada con la campaña “Cuida tu vida, tómala en serio”. De igual manera, esta organización eliminó el comercial de su página *web* y de sus redes sociales (Youtube, Facebook, Instagram y Twitter), así como toda imagen alusiva al mismo.

Para dar cuenta de lo anterior, el 15 de septiembre de 2016 Educar Consumidores remitió a la SIC un informe de cumplimiento de la Resolución 59176 de 2016.

### **3. Expediente T-6.029.705**

#### ***3.1. Contenido de la acción de tutela promovida por Educar Consumidores contra la Superintendencia de Industria y Comercio***

Con fundamento en los hechos expuestos, el veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) Diana Carolina Vivas Mosquera, en representación de la Educar Consumidores, instauró acción de tutela contra la Superintendencia de Industria y Comercio, en procura de la protección de los derechos fundamentales a la libertad de expresión, a la información y al debido proceso. Esto, en la medida que:

(i) Con la decisión de la SIC, la campaña “Cuida tu vida, tómala en serio” fue silenciada, sin que existiera alguna razón de seguridad, de orden público o encaminada a una amenaza para la salud, la moral pública o los derechos de los demás. Asimismo, la segunda orden contenida en el artículo primero de la resolución contiene una forma de censura previa.

(ii) Lo anterior impidió que la población se enterara del contenido de la información de la campaña, la cual tenía por objeto dar a conocer los efectos de consumir productos que podrían resultar dañinos para la salud. Dicha información, además de ser promovida por una organización sin ánimo de lucro, cuenta con un riguroso respaldo científico. En esa medida, señalan que la información es veraz e imparcial, para lo cual resaltan -entre otras cuestiones- que:

1. En relación con las cantidades de azúcar mencionadas en el comercial, éstas fueron tomadas de las etiquetas de las gaseosas, jugos y tés que se comercializan en el país; y que para determinar la cantidad de gramos que contiene cada cucharadita de azúcar se usó la medida oficial colombiana, establecida en las Resoluciones 288 de 2008 y 333 del Ministerio de la Protección Social.

2. Existen diversos estudios (sintetizados), en los que se demuestran los impactos de la salud por el consumo de bebidas azucaradas.

(iii) La decisión de la SIC fue adoptada sin que se hubiera vinculado a Educar Consumidores, impidiéndole de esta manera ejercer su derecho de defensa, y en consecuencia, adjuntar todos los soportes que comprueban la veracidad e imparcialidad de la información.

En consecuencia, se solicita que se ordene a la accionada que revoque la Resolución 59176 de 7 de septiembre de 2016, para que Educar Consumidores *“pueda expresar sin algún tipo de censura sus opiniones y pueda brindar información a la población, (sic) sobre el consumo de bebidas azucaradas o cualquier otro tema, sin impedimentos, dilaciones ni restricciones injustificadas.”*

### **3.2. Admisión y respuesta de la accionada**

La acción de tutela fue repartida el 27 de septiembre de 2016 a la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, la cual -mediante auto de 28 de septiembre de 2016- decidió remitirla a la Oficina Judicial para que fuera repartida entre los jueces civiles del circuito, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1382 de 2000. El conocimiento del asunto le correspondió al Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá, el cual profirió auto admisorio el 5 de octubre de 2016.

3.2.1. Mediante oficio 16-25-6965 de 7 de octubre de 2016, la Coordinadora del Grupo de Gestión Judicial de la Superintendencia de Industria y Comercio solicitó que se denegara la acción de tutela por improcedente, asimismo, indicó que dicha entidad no vulneró ningún derecho fundamental de Educar Consumidores.

3.2.1.1. Frente a los *hechos*, la SIC señala que la actuación administrativa no ha culminado, y que el comercial está bajo estudio en el marco de la investigación 16-228903.

Aunado a ello, precisa que la entidad *“no tenía la obligación de acudir a la accionada ante la evidencia de inquietudes respecto de la información difundida en el (...) comercial, ya que en el ejercicio de las facultades (sic) de inspección, vigilancia y control (sic) esta Superintendencia se encuentra plenamente facultada (...) a adelantar las actuaciones que estime convenientes para formar su juicio frente a la presunta configuración de una conducta que*

*afecte los derechos de los consumidores, siendo igualmente pertinente señalar que la averiguación preliminar (...) no constituye una etapa formal del proceso al tener un carácter discrecional, unilateral y reservado (...)."*

Asimismo, indica que *"en el marco de las facultades otorgadas a [la] Superintendencia por el artículo 59 del Estatuto del Consumidor resulta (sic) improcedente los recursos a las órdenes administrativas (...)."*

Adicionalmente, señala que, en efecto, la finalidad del segundo numeral del artículo primero de la resolución es que Educar Consumidores remita toda pieza publicitaria relacionada con el consumo de bebidas azucaradas que se pretenda transmitir a través de cualquier medio de comunicación, antes de su emisión.

Finalmente, establece que no es cierto que no se hubiera propiciado un espacio de discusión con Educar Consumidores, ya que desde que la accionante fue notificada de la resolución, *"no ha allegado los soportes de índole científica (...) ni tampoco ha solicitado un espacio de discusión mediante el cual se ilustre y explique en forma presencial y verbal el sustento de las afirmaciones realizadas en el referido comercial"*.

3.2.1.2. En relación con el *soporte jurídico* de la acción de tutela, la SIC sostiene que debe declararse su improcedencia, y que, en todo caso, no se presentó una vulneración de los derechos fundamentales de Educar Consumidores.

3.2.1.2.1. La SIC considera improcedente la acción de tutela, por cuanto (i) existe otro mecanismo idóneo de defensa, como lo es el *"medio de control con pretensiones de restablecimiento del derecho"*; (ii) la actuación administrativa no ha culminado y, una vez finalizada, se podrán interponer –de ser procedentes– los recursos de reposición y en subsidio el de apelación; y (iii) no se configura un perjuicio irremediable, en la medida que la Resolución 59176 fue expedida por la autoridad competente, con observancia al trámite previsto en la ley y con fundamento en los elementos fácticos del caso.

3.2.1.2.2. Por otra parte, la SIC considera que no se vulneraron los derechos fundamentales a la libertad de expresión, a la información y al debido proceso de Educar Consumidores.

(i) No se vulneran los *derechos a la libertad de expresión y a la información*, ya que al no ser derechos absolutos, pueden ser limitados *"cuando así lo exijan el interés general o como en el caso en concreto (sic) medie falta de veracidad en la información."* En el asunto bajo examen, la SIC señala que con las medidas adoptadas se buscaba *"prevenir y/o corregir las infracciones en las que puedan incurrir todos aquellos que le brinden información a los consumidores (sic) quienes son el extremo más débil dentro de la relación de consumo (...) de esta forma se salvaguarda el interés común a través de las funciones atribuidas a [la] entidad, con el fin de evitar el irrespeto de los derechos de los demás."*

En particular, indica que con fundamento en la Circular Única No. 10, se puede



determinar la corrección de la propaganda comercial, adoptando para ello las medidas *necesarias* para evitar que se incurra nuevamente en error. A su vez, la SIC comenta que los numerales 6 y 9 del artículo 59 de la Ley 1480 de 2011 le otorgan competencia para ordenar el cese y la difusión correctiva de la publicidad que no cumpla con los parámetros establecidos sobre la información que se transmite a los consumidores, con el fin de evitar que se induzca a error respecto de los bienes y servicios. Así, dichas normas *“imponen a todos aquellos generadores de información el deber de proporcionar (...) información veraz y suficiente (...) del producto que se está presentando, pues de lo contrario el consumidor carecería de elementos de juicio para establecer si la información presentada se encuentra debidamente soportada en estudios.”*

A continuación, la SIC precisó que la información emitida por la accionante, corresponde a la definición de publicidad establecida en las normas de protección al consumidor, aun cuando Educar Consumidores *“no tiene interés alguno en promocionar el consumo de una marca o producto en particular.”*

De esa manera, indicó que *“al momento de elaborar una determinada publicidad los oferentes deben respetar el deber de proporcionar a los consumidores información veraz y suficiente (...). En el caso particular, la información de una pieza publicitaria analizada minuciosamente (...) tenía como finalidad influir en las decisiones de consumo de los colombianos respecto de las bebidas azucaradas.”* Ligado a lo anterior, la SIC determinó que *“respecto de la veracidad de la información con la cual Educar Consumidores aduce acreditar las afirmaciones realizadas (...) [la] Superintendencia al no contar aún con las mismas, no puede de forma categórica establecer que son veraces.”*

Asimismo, refirió que *“[l]a información (...) sobre la recomendación realizada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) de reducir la ingesta de azúcares libres, no se encuentra contenida en el comercial”* y que en general, *“(...) la estrategia de comunicación empleada por Educar Consumidores (...) sobre la presencia de azúcar en cantidades exactas en las bebidas y los efectos adversos en la salud (...) impide que los consumidores realicen de forma crítica una investigación y de esta forma, puedan emitir un juicio de valor sobre el consumo de bebidas con azúcar”*.

En relación con la censura previa alegada por la accionante, la SIC indicó que la pieza publicitaria no anunciaba de forma escrita o verbal el soporte técnico-científico de las afirmaciones realizadas, por lo que el *“control previo de publicidad obedece a un fin de interés general (...) [el cual] no surgió como una acción autónoma e infundada (...), sino que tuvo como sustento la preocupación sobre la veracidad de la información (...).”*

(ii) De igual manera, la SIC consideró que no se vulnera el *debido proceso* de Educar Consumidores, en la medida que la actuación administrativa se encontraba en sus primeras etapas, encaminada a determinar si se debe abrir o no una investigación administrativa, por lo que en aquellas no era necesario notificar a la accionante. Asimismo, indicó que *“todos los actos administrativos*

*fueron notificados y comunicados no solo a la accionante sino a todos aquellos intervinientes.”* Por otra parte, señaló que mediante la comunicación de 15 de septiembre de 2016, Educar Consumidores no formuló ningún cuestionamiento sobre la procedencia de las medidas administrativas impartidas ni allegó el sustento científico de las afirmaciones.

En relación con la medida “cucharadita”, la SIC señaló que *“el volumen, peso, medida o cualquier referencia a la cantidad de un producto debe ser informada. De tal suerte que (...) deberán utilizarse siempre las unidades establecidas en el Sistema Internacional de Unidades, aunque también se permita utilizar las unidades acostumbradas de medida de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1480 de 2011.”* En particular, señala que *“En las Resoluciones 288 de 2008 y 333 de 2011, efectivamente se establece una equivalencia entre la unidad “cucharadita” y el mililitro (ml). No obstante, (...) el mililitro (...) es una unidad perteneciente a la magnitud “volumen” y no a la magnitud “masa”, es decir, se trata de dos tipos de magnitudes diferentes e independientes que no admiten equivalencias.”* Por tales razones, fue que en la Resolución *“se consideró que la unidad de medida utilizada – “cucharita” (sic)- es subjetiva, y no se encuentra incluida dentro del Sistema Internacional de Unidades, (...) “cucharadita” no es la unidad de medida adecuada para tal caso, en tanto carece de exactitud y verificabilidad.”*

3.2.2. A pesar de ser vinculada al proceso, la sociedad Gaseosas Posada Tobón S.A. (Postobón) guardó silencio.

### **3.3. Decisiones objeto de revisión**

#### *Decisión de primera instancia*

3.3.1. El Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 19 de octubre de 2016, decidió negar por improcedente la acción de tutela. No obstante, el 8 de noviembre de 2016 la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá decidió declarar la nulidad de todo lo actuado, en tanto no se vinculó a Gaseosas Posada Tobón S.A. (Postobón). Posteriormente, en providencia de 24 de noviembre de 2016, el Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá negó la acción de tutela, indicando que *“los actos administrativos se encuentran revestidos de la presunción de legalidad, situación por la cual sólo pueden atacarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, escenario dentro del cual puede propender por la nulidad y el restablecimiento del derecho que considere lesionado, así como obtener, de manera previa, la suspensión del acto administrativo (...).”* Aunado a lo anterior, señaló que no se vislumbraba la configuración de un perjuicio irremediable, por lo que la tutela tampoco procedía como mecanismo transitorio.

#### *Impugnación*

3.3.2. La apoderada de Educar Consumidores impugnó la decisión, pues a su

juicio la Superintendencia censuró información respaldada con evidencia científica, la cual pretendía que la población en general tuviera mayor conocimiento sobre lo perjudicial que puede resultar el consumo elevado de azúcares. En ese sentido, sostuvo que el artículo 20 de la Constitución Política prohíbe expresamente la censura, lo cual debió haber sido objeto de estudio por parte del *a quo*. Además, señala que al momento de formular la impugnación, la resolución atacada continuaba vigente, lo que genera una situación de incertidumbre para Educar Consumidores sobre lo que puede informar. Por otra parte, resaltó que la entidad a la que representa no tiene ningún interés comercial, y que la información transmitida en relación con “*Tómala en Serio*” hace parte de una campaña de salud pública, fruto de la preocupación y el interés de combatir la epidemia de obesidad.

En relación con el debido proceso, indicó que la Superintendencia de Industria y Comercio no le dio la posibilidad a Educar Consumidores de presentar los argumentos científicos que soportaban las afirmaciones del comercial. Específicamente, expresó que las órdenes contenidas en la Resolución 59176 son claras al exigir un control previo sobre los contenidos que se pretendan transmitir, y que en ninguna parte se estableció la posibilidad para poder allegar la información de respaldo pertinente. Respecto de la investigación 16-228903 que supuestamente se estaba adelantando (ver *supra*, punto N° 3.2.1), precisó que no había constancia acerca de la misma, y que tampoco se había notificado a Educar Consumidores. En tal sentido, manifestó su preocupación por cuanto se adoptaron decisiones de fondo a través de actuaciones preliminares, contraviniendo además las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo que señalan que, cuando las autoridades procedan de oficio, los procedimientos administrativos únicamente podrán iniciarse mediante escrito y debiendo informar al interesado para el ejercicio del derecho de defensa.

Finalmente, expresó que si bien es cierto que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para controvertir actos administrativos, la idoneidad de los mecanismos ordinarios debe ser analizada en cada caso, de tal forma que el ejercicio de las acciones ordinarias no impida la eficacia y la oportuna protección de los derechos fundamentales. Para el caso concreto, indicó que la “*acción de nulidad y restablecimiento del derecho [es ineficaz debido al] (...) largo tiempo que dura el proceso (...).*”

#### *Decisión de segunda instancia*

3.3.3. En el trámite de la segunda instancia la apoderada de Educar Consumidores allegó otra comunicación, en la que además de reiterar los argumentos contenidos en la acción de tutela y en la impugnación, señaló que el 8 de noviembre de 2016 solicitó autorización a la Superintendencia de Industria y Comercio para difundir un comercial “*que explica los efectos que las bebidas azucaradas tienen en la población infantil*”, y envió varios documentos anexos a la solicitud “*entre artículos científicos, recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Panamericana de la Salud (OPS), una publicación del Ministerio de Salud (...)*

*y publicaciones de la Universidad Javeriana (entre otros documentos), donde se explica claramente que el consumo de azúcar tiene efectos nocivos para la salud.”*

Frente a la anterior solicitud, mediante comunicación 16-228903-30 de 23 de noviembre de 2016, la SIC indicó que *“al analizar los documentos anexos (...) [encuentra que] varios de estos se encuentran en idioma inglés, por lo que de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 251 del Código General del Proceso, resulta imprescindible su traducción oficial al idioma castellano. // De esta manera, (...) este despacho le requiere allegar la citada traducción (...) para que a partir de ello esta Entidad pueda efectuar su valoración y con base en ello emitir el respectivo pronunciamiento sobre la pieza publicitaria puesta en consideración.”* El 2 de diciembre de 2016, la apoderada de Educar Consumidores le manifestó a la SIC que esa organización no tenía la capacidad económica para asumir el pago de la traducción oficial, por lo que en aras de no dilatar la decisión, pidió excluir la información en inglés y tener en cuenta toda la que se aportó en español. Al respecto, con la comunicación 16-228903-32 de 12 de diciembre de 2016, la SIC simplemente decidió estarse a lo resuelto en comunicación 16-228903-30 de 23 de noviembre de 2016.

3.3.4. La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 19 de enero de dos mil diecisiete 2017, confirmó el fallo de primera instancia. Indicó que aunque la acción de tutela procede excepcionalmente contra actos administrativos de trámite cuando estos definan una situación sustancial, fruto de una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada del funcionario; en el caso concreto la actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio no estuvo dirigida a *“impedir la divulgación de un pensamiento, idea u opinión”*, sino a *“establecer límites en cuanto a las posibles consecuencias que respecto a los derechos de los terceros, se derivan de revelar conceptos o creencias expuestas por Educar Consumidores respecto del consumo de bebidas azucaradas.”* En relación con lo anterior, señaló que al no tener la libertad de expresión un carácter de derecho absoluto, esto facultaba a la SIC para exigir los soportes científicos que respaldaban la información difundida. En particular, estableció que el acto de trámite simplemente tuvo la finalidad de limitar preventivamente las mencionadas garantías, con miras a salvaguardar los derechos de los consumidores a recibir información consecuente y coherente que les permita tomar decisiones de consumo razonadas.

Ligado a lo anterior, determinó que no se vulneró el debido proceso, puesto que la Resolución 59176 de 2016 se trataba *“de una medida preparatoria o preliminar que no exige su previa notificación, pues ésta sólo se requiere después de tomada la aludida determinación.”* Asimismo, manifestó que la decisión tomada por la SIC se adoptó en uso de las facultades establecidas en el numeral 6° del artículo 59 del Estatuto del Consumidor. En razón de lo expuesto, concluyó que el asunto no cumplía con los presupuestos para la procedencia de la acción de tutela frente al acto administrativo de trámite.

Finalmente, estableció que (i) tampoco se satisfizo el requisito de

subsidiariedad, por cuanto una vez se profiera el acto administrativo definitivo se podrá “*demandar tanto este (sic) como el acto de trámite (...), ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual incluso puede solicitarse la suspensión provisional de los actos administrativos (...)*”; y (ii) no se presentó un perjuicio irremediable que hiciera procedente de manera transitoria el amparo de los derechos fundamentales de Educar Consumidores.

#### **4. Expediente T-6.139.760**

##### **4.1. Contenido de la acción de tutela instaurada por César Rodríguez Garavito -y otros ciudadanos- contra la Superintendencia de Industria y Comercio**

Los accionantes solicitan que se proteja “*el derecho a la libertad de expresión en su componente de prohibición de censura y el derecho al acceso a la información de los consumidores, en si (sic) mismo considerado (Artículo 20, CP) y como derecho instrumental para el ejercicio de otros derechos como el derecho a la salud, por considerar que los mismos fueron vulnerados por la Resolución No. 59176 del 7 de septiembre de 2016 (...).*”

1. En primer lugar, indicaron que la acción de tutela era procedente por cuanto al no existir ningún recurso frente a la Resolución 59176 de 2016, dicho acto se encontraba en firme, conforme con lo establecido en el artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En tal sentido, precisaron que (i) estaban legitimados por activa porque actuaban en nombre propio, en calidad de consumidores con derecho a recibir información, y pertenecientes a “*diferentes organizaciones de la sociedad civil que hacen parte de la Alianza por la Salud Alimentaria y cuyo trabajo se relaciona con los efectos en la salud de los diferentes alimentos que se ofrecen en el mercado*” ; (ii) se satisface el requisito de *inmediatez* en tanto la acción de tutela fue instaurada en un término razonable; y (iii) como consumidores no cuentan con un recurso idóneo para la defensa de sus derechos, pues si bien se podía instaurar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se pretendía evitar un perjuicio irremediable en tanto se quería silenciar el único mensaje informativo sobre los efectos nocivos del consumo de bebidas azucaradas -en el marco de la aprobación legislativa de una reforma tributaria con algunos temas relacionados- , por lo que se debían adoptar medidas urgentes e impostergables.

2. Por otra parte, expresaron que se está ante un contenido informativo protegido por la libertad de expresión y no “*se trata de un mensaje que se emita en el marco de una actividad publicitaria en desarrollo de la libertad económica de un productor sino que se trata de un mensaje que busca alentar la participación democrática de los consumidores en un tema que los afecta directamente.*”

3. Señalaron que el punto 2 del artículo primero de la parte resolutive de la Resolución 59176 de 2016 no cumple con los requisitos establecidos para que

una limitación a la libertad de expresión sea constitucional, aunado a que *“crea una facultad administrativa más amplia que la que autoriza el Estatuto del Consumidor ya que éste en ningún momento la faculta para ejercer control previo sobre un contenido informativo.”*

4. Asimismo, indicaron que el punto 1 del artículo primero de la misma resolución, al ordenar *“el cese inmediato del mensaje informativo sobre los efectos en la salud del consumo en exceso de bebidas azucaradas, (...) constituye una vulneración al derecho al acceso a la información de los consumidores accionantes (...).”* En relación con lo anterior, señalaron que la vulneración de los derechos fundamentales *“se da en un contexto en el que la ciudadanía se encuentra en una situación de desventaja frente a los mensajes que recibe y que puede emitir sobre temas de interés público, como el tema de los efectos en la salud de las bebidas azucaradas. Esto, pues, la información disponible en los medios de comunicación sobre las afectaciones a la salud derivadas del consumo de bebidas azucaradas es parcial y el mensaje preponderante es el de la propaganda comercial de quienes perciben lucro por la venta de ese producto.”*

En consecuencia, solicitaron que (i) *“se tutele el derecho de los consumidores a que no habrá censura previa contenido en el artículo 20 de la Constitución”*; y (ii) *“se tutele el derecho de los consumidores al acceso a la información contenido en el artículo 20 de la Constitución y en este sentido se declare sin efectos el punto 1 del artículo primero de la parte resolutive de la Resolución No. 59176 del 7 de septiembre de 2016 de la Superintendencia de Industria y Comercio y en consecuencia se garantice la emisión del mensaje informativo de EDUCAR CONSUMIDORES sobre los efectos en la salud del consumo en exceso de bebidas azucaradas.”*

#### **4.2. Admisión y respuesta de la accionada**

La acción de tutela fue repartida, el 23 de noviembre de 2016, al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, el cual -a través de auto de 24 de noviembre de 2016- resolvió remitirla al Tribunal Superior de Bogotá, cuya Sala de Familia profirió auto admisorio el 1° de diciembre de 2016, ordenando notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio. El 13 de diciembre se vinculó a Educar Consumidores.

Mediante sentencia de 15 de diciembre de 2016, la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá negó la acción de tutela por improcedente, decisión que fue impugnada por los accionantes el 11 de enero de 2017. El 10 de febrero de 2017, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia decidió declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio, ordenando la vinculación de Gaseosas Posada Tobón S.A. (Postobón). Acatando lo anterior, mediante auto de 21 de febrero de 2017, la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá admitió la acción de tutela, ordenando que se notificara a la Superintendencia de Industria y Comercio y que se vinculara a Educar Consumidores y a Gaseosas Posada Tobón S.A. (Postobón).

4.2.1. Mediante oficio 16-442583-3-0 de 23 de febrero de 2017, el Coordinador del Grupo de Trabajo de Gestión Judicial de la Superintendencia de Industria y Comercio, solicitó que se declarara que esa entidad no había vulnerado ningún derecho fundamental de los accionantes y, en consecuencia, denegara la protección constitucional.

4.2.1.1. En primera medida, señaló que ya se había adelantado una acción de tutela por los mismos hechos, en la que en ambas se instancias se negó el amparo solicitado al considerar que no se habían vulnerado derechos fundamentales.

4.2.1.2. Por otra parte, indicó que la acción de tutela no cumple con los requisitos de procedencia, por cuanto se puede *“acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en ejercicio del Medio de Control con Pretensiones de Restablecimiento del Derecho con el fin de ventilar la legalidad del acto administrativo (...); jurisdicción en la que los posibles afectados podrían además solicitar las medidas cautelares que considere pertinentes (...), tales como la suspensión provisional de los mismos, y finalmente pedir la invalidez tanto de la decisión como de sus efectos.”*

Asimismo, manifestó que la actuación administrativa cuestionada no había culminado, que en el marco de la misma los interesados tienen la posibilidad de presentar los argumentos que consideren pertinentes, los cuales *“una vez culminada la actuación administrativa, podrá (sic), de ser procedentes, interponer los recursos de reposición y en subsidio el de apelación (...).”*

En relación con el perjuicio irremediable alegado por los accionantes, expresó que no se configuró un daño o perjuicio, debido a que la Resolución 59176 se impartió con *“el sentido de imponer un deber de corrección y veracidad de las piezas publicitarias, a lo cual se suma que el carácter irremediable no existe, toda vez que para la difusión de las piezas EDUCAR CONSUMIDORES solamente debía proceder a su radicación ante la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (...).”* De igual manera, señaló que su actuación no guardaba relación con el trámite de la reforma tributaria, desarrollado por otra rama del poder público y que concierne a derechos de índole político.

Respecto del requisito de inmediatez, señaló que no se cumple por cuanto Educar Consumidores acudió ante la SIC dos meses después de proferida la Resolución 59176 para proceder a la difusión de las piezas publicitarias en el marco de su campaña, y que con posterioridad decidió autónomamente no transmitir los comerciales.

Por último -en relación con la procedencia-, manifestó que *“[r]especto a las organizaciones de la sociedad civil que se erigen como accionantes del asunto de la referencia, no se aduce ningún reparo sobre su legitimación para incoar la acción de tutela, al ser consecuente con el carácter dinámico y difuso de los derechos de índole colectiva como son los de los consumidores.”*

4.2.1.3. Frente a las características del mensaje transmitido, señaló que se

trataba de un mensaje publicitario que no cumplía con los requisitos de veracidad e imparcialidad, por lo que el actuar de la SIC era *“necesario para evitar la persistencia del daño que generaba a los consumidores una información que refería a sus hábitos de consumo y a temas sensibles, como su salud, motivo por el cual si bien se ordenó el cese del comercial de televisión, el acto administrativo no clausuro (sic) de forma definitiva la posibilidad de corregir y difundir el comercial, con posterioridad a su autorización (...).”*

4.2.1.4. De igual manera, manifestó que no se presentó una violación al derecho a la libertad de expresión y al derecho a la información por la presunta censura en la que incurrió la Resolución 59176 de 2016, para lo cual se trajeron los mismos argumentos de defensa esbozados en el marco del proceso T-6029705 (*supra*, punto N° 3.2.1.2.2), a lo cual añadió que el control previo ordenado obedecía a un fin de interés general, y que el mismo no surgió como una acción autónoma e infundada, sino que tuvo como sustento la preocupación por la veracidad de la información. Al respecto, precisó que *“dicho control se supedita a la acción libre, autónoma y discrecional de EDUCAR CONSUMIDORES de concebir contenidos publicitarios referentes al consumo de bebidas azucaradas para que una vez se dé dicho proceso de configuración de la pieza (...) se solicite su autorización ante esta Entidad para proceder a su emisión a través de los medios de comunicación que escoja el anunciante.”* Asimismo, indicó que aún no conocía el sustento científico de la publicidad. En relación con esto, indicó que *“solo hasta después de dos meses de impartida la orden allegó una pieza, que al no cumplir con el requisito formal trazado por el artículo 251 del Código General del Proceso, no pudo realizarse su análisis por la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor, lo cual motivó que en aras de evitar que por un requisito formal la petición fuera rechazada, se concediera la oportunidad de allegar los soportes de las piezas publicitarias en idioma castellano.”*

En el mismo sentido, especificó que (i) las limitaciones se encuentran previstas en los numerales 6 y 9 del artículo 59 del Estatuto del Consumidor; (ii) se perseguía un interés público imperioso, manifestado en el derecho a la información de los consumidores; (iii) la medida es necesaria porque simplemente se ordenó de manera preventiva que se retirara el comercial para corregirlo; y (iv) la atribución de revisar de forma anticipada el contenido de cualquier información, se profirió una cuando ya había sido emitida la información a través de los canales de televisión nacional, redes sociales, canales de videos por internet, vallas publicitarias y en la página web de Educar Consumidores.

Finalmente, señaló que en el ordenamiento jurídico no existe una presunción de veracidad a favor de la información pública que pretenden comunicar y difundir entidades sin ánimo de lucro. Por el contrario, estableció que *“respecto de las asociaciones civiles el estándar de veracidad e imparcialidad de la información que transmiten debe ser aún más estricto, ya que son los actores de mercado que mayor responsabilidad social deben tener al incidir de forma directa en él como consecuencia del objeto social desarrollado (...).”*



4.2.2. Por su parte, el apoderado de Gaseosas Posada Tobón S.A. (Postobón) solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela o, subsidiariamente, se negara el amparo por no existir vulneración de derechos fundamentales.

Lo primero, puesto que (i) existen otros medios de defensa judicial, como lo sería el medio de control de nulidad simple ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dentro del cual se puede pedir incluso la suspensión provisional del acto administrativo; (ii) no se configuró un perjuicio irremediable, puesto que -de acuerdo a lo expuesto por los accionantes- ya el daño se habría materializado al privar a las personas de la información; y (iii) los accionantes no estaban legitimados por activa, debido a que el destinatario de la Resolución 59176 era exclusivamente Educar Consumidores. En relación con el último punto, agregó que los accionantes tampoco tienen un poder para actuar como representantes del conglomerado de los consumidores, y que tampoco cumplen con los requisitos para actuar como agentes oficiosos. Al respecto, solicitan que, a fin de comprobar que son consumidores de productos con azúcar, *“se requiera a los accionantes a fin de que presenten las pruebas correspondientes a efectos de demostrar que son consumidores de bebidas azucaradas, tales como recibos, facturas o soportes que demuestren que han consumido bebidas azucaradas en los últimos meses (...).”*

Por otra parte, señaló que no se vulneró ningún derecho fundamental, por cuanto *“los numerales 6 y 9 del artículo 59 de la ley 1480 de 2011 establecen facultades a la Superintendencia de tomar medidas preventivas para evitar que se induzca al consumidor a error o se cause un daño o perjuicio ulterior al consumidor por causa de publicidad que no cumpla con las disposiciones de dicha ley.”* Asimismo, arguyó que la Resolución de la SIC era *“idónea y necesaria para garantizar [el derecho que tienen las personas a recibir información apegada a la realidad] (...), pues el someter a control previo la publicidad pretendida resulta una medida apta para evitar que publicaciones sin sustento científico y médico que (...) lleven a los consumidores a tomar decisiones erradas; aunado a que es una medida que se torna indispensable para lograr el objetivo propuesto (...) sin que se vislumbre que exista una medida que pueda resultar menos gravosa que la adoptada por la (...) Superintendencia.”* Finalmente, precisó que el comercial *“olvida mencionar diversos puntos que son completamente necesarios para que el consumidor promedio pueda codificar el mensaje correctamente, esto es, información completa que le permita al consumidor comprender que no es el consumo de esos productos lo que produce enfermedades per se, sino el consumo excesivo de cualquier producto que contenga azúcar (...).”*

4.2.3. Aunque fue vinculada al proceso, Educar Consumidores guardó silencio.

### **4.3. Decisiones objeto de revisión**

#### *Decisión de primera instancia*

4.3.1. En providencia de 3 de marzo de 2017, la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá declaró improcedente la acción de tutela, debido a que los

accionantes no estaban legitimados por activa por cuanto no son titulares del derecho reclamado, en tanto la única entidad legitimada sería Educar Consumidores. Por otra parte, estableció que el acceso a la información es un derecho colectivo, cuya protección -por regla general- no procede mediante la acción de tutela. En relación con esto, señaló que no se presentó una amenaza a un derecho fundamental, porque la decisión de la SIC es provisional. Al respecto, indicó que los accionantes cuentan con otros medios ordinarios para la protección colectiva y con la acción contenciosa para desvirtuar la legalidad del acto administrativo.

### *Impugnación*

4.3.2. Los accionantes impugnaron la decisión, alegando que sí estaban legitimados para instaurar la acción de tutela, por cuanto son titulares del derecho fundamental a recibir información como de la garantía constitucional de prohibición de censura. Así, indicaron que aunque no son los emisores del mensaje, su no difusión afecta su derecho a la información. Precisaron que “[o]tros consumidores de bebidas azucaradas, distintos a nosotros también hubieran podido interponer una acción de tutela por la defensa de su derecho a recibir información (...). Adicionalmente, en la acción de tutela precisamos que los veintitrés accionantes nos identificamos como actores vulnerados y no tenemos ninguna pretensión de que nuestra acción se presuma como una representación genérica del grupo de los consumidores de bebidas azucaradas en Colombia.”

Ligado al tema de la procedencia, reiteraron que se presentaban al menos dos perjuicios irremediabiles, “*el silenciamiento del mensaje informativo sobre los efectos del consumo de bebidas azucaradas en la salud que profundiza el desequilibrio en el discurso al que tenemos acceso los consumidores de bebidas azucaradas y, (...) la inexistencia de medidas de política pública que contribuyan a proteger nuestra salud como consumidores.*”

### *Decisión de segunda instancia*

4.3.3. Con fundamento en los hechos expuestos, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 5 de abril de 2017, decidió revocar el fallo de primera instancia y, en su lugar, conceder el amparo reclamado.

Para fundamentar lo anterior, en primer lugar señaló que no se presentó una conducta temeraria, por cuanto si bien existía otro proceso de tutela, no se presentaba una identidad de partes.

Por otra parte, indicó que la SIC no convocó a los destinatarios de la campaña a efectos de oír su opiniones, contraviniendo lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 1 del Estatuto del Consumidor, teniendo en cuenta que se trataba de una discusión relacionada con temas de salud y seguridad pública, y con el derecho a la información. En razón de lo anterior, determinó que se había vulnerado el derecho al debido proceso.

En relación con el derecho fundamental al acceso a la información de los consumidores, la Sala de Casación Civil expresó que este consiste en “*facultar a los usuarios [a] conocer el contenido de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, garantizándoles la formación de una opinión consciente, libre e informada sobre la calidad y consecuencia del uso de los mismos (...).*” En particular, trajo a colación la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, resaltando la importancia de la información para la protección de la salud. En tal sentido, afirmó que “*la discusión sobre la veracidad científica del mensaje de Educar Consumidores (...) atañe necesariamente a los destinatarios de esas bebidas, porque no son usuarios pasivos sino ciudadanos deliberantes, quienes (...) tienen derecho a exigir, recibir y difundir información e ideas, acerca de los riesgos a los que se halla expuesta su salud, en caso de así serlo, frente a los fabricantes, productores o distribuidores.*”

En virtud de lo expuesto, ordenó a la SIC que, en el término de cinco (5) días, dejara sin efecto la Resolución 59176 y procediera a vincular a los accionantes al trámite administrativo.

4.3.4. A través del oficio 16-442583--6-0 de 17 de abril de 2017, la Coordinadora del Grupo de Gestión Judicial de la Superintendencia de Industria y Comercio, informó a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre el cumplimiento del fallo de tutela de segunda instancia. Al respecto, manifestó que el 7 de abril de 2017 la Directora de Protección al Consumidor expidió la Resolución 17531, mediante la cual se dejó sin efectos la Resolución 59176 de 2016, informando de tal decisión a los accionantes, a Educar Consumidores y a Gaseosas Posada Tobón S.A. (Postobón). Al oficio se anexó un documento con el que los accionantes manifestaron su interés en participar en la diligencia administrativa.

## **5. Actuaciones en sede de revisión**

En el trámite de revisión de los expedientes T-6.029.705 y T-6.139.760 se allegaron pronunciamientos de las partes y algunas intervenciones (*amicus curiae*) realizadas por algunos ciudadanos y diferentes organizaciones.

### **5.1. Intervenciones que apoyan las pretensiones de los accionantes**

La Fundación Karisma, la Fundación para la Libertad de Prensa -FLIP-, la Organización *Article 19*, el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia-, la Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables (FUNDEPS), la Fundación InterAmericana del Corazón (FIC Argentina), el Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor -IDEC-, Educar Consumidores y los ciudadanos Víctor Javier Correa Vélez, Santiago Salinas Miranda y Luis Fernando Gómez Gutiérrez; intervinieron en el trámite de revisión para coadyuvar las solicitudes de los accionantes.

En general, manifestaron que (i) la tutela era procedente en tanto se pretendía

evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; (ii) se vulneró el derecho al debido proceso de Educar Consumidores al no notificarle la existencia de una actuación administrativa y al atribuirse facultades no previstas en la ley; y (iii) la Superintendencia vulneró el derecho a la libertad de información al ejercer y establecer controles previos sobre el contenido de los mensajes transmitidos, lo que constituyó censura previa.

En particular, *Article 19* llamó la atención sobre la importancia de informar a la población sobre los riesgos de consumir bebidas azucaradas. En el mismo sentido se pronunciaron la Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables (FUNDEPS), la Fundación InterAmericana del Corazón (FIC Argentina) y el Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor -IDEC-, quienes resaltaron que, decisiones como la adoptada por la Superintendencia de Industria y Comercio, debilitan las posibilidad de dar respuesta a una epidemia global como lo es la malnutrición y la obesidad, tal como lo ha calificado la Organización Mundial de la Salud. De manera que se desconoce la importancia de las campañas de orientación y educación pública que desincentivan el consumo de alimentos ultraprocesados (como las bebidas azucaradas), que buscan prevenir enfermedades crónicas no transmisibles como la diabetes y enfermedades cardiovasculares. Finalmente, señalaron que es la primera ocasión en la que un tribunal constitucional de la región se pronuncia sobre el tema, por lo que la decisión que se adopte será relevante no solo en Colombia sino también a nivel regional.

Por otra parte, el ciudadano Luis Fernando Gómez Gutiérrez manifestó que la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene la “fortaleza técnico-científica” para cuestionar las recomendaciones formuladas por la Organización Mundial de la Salud, ligado a que no puede fungir como autoridad en temas de salud pública en Colombia.

## **5.2. Intervenciones que no están de acuerdo con las pretensiones de los accionantes**

La Coordinadora del Grupo de Gestión Judicial de la SIC reiteró algunos de los planteamientos expresados en la contestación a las demandas de tutela respecto de que no se vulneraron derechos fundamentales. Adicionalmente, resaltó la trascendencia del artículo 59 del Estatuto del Consumidor para la protección de los derechos de los consumidores, para lo cual trajo a colación algunas órdenes administrativas impartidas en materia de protección al consumidor y algunos ejemplos de medidas emprendidas respecto de campañas de sensibilización en el derecho comparado. Por otro lado, señaló que en cumplimiento del fallo de segunda instancia dictado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el marco del proceso T-6139760, se dejó sin efectos la Resolución 59176 de 2016, razón por la que se configuró una carencia actual de objeto por hecho superado. En ese sentido, solicitó se diera por terminado el trámite de revisión de la acción de tutela. Con el escrito, adjuntó varios documentos que dan cuenta de las organizaciones que han enviado intervenciones en el marco del proceso administrativo, y de un oficio de 8 de abril de 2017 con el que la representante legal de Educar Consumidores desistió de una petición del 8 de

noviembre de 2016, en la que solicitaba la autorización para difundir un comercial de televisión.

Por su parte, Jairo Rubio Escobar (apoderado de Gaseosas Postobón) manifestó que las acciones de tutela eran improcedentes porque podía haberse acudido ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa; no se presentaba un perjuicio irremediable; no se vulneraron los derechos fundamentales de Educar Consumidores; y los accionantes del proceso T-6139760 no estaban legitimados por activa y tampoco debían ser vinculados al proceso administrativo, porque vincular a todas las asociaciones y consumidores que tengan que ver con el producto, generaría actuaciones administrativas extensas y desgastantes, las cuales causarían perjuicios *“al respectivo productor que se ve injustamente afectado de manera irreparable por el descenso en la venta de sus productos a raíz de la información publicada, como sucede en el presente caso.”*

## **II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

### **1. Competencia**

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud de los autos del dieciséis (16) de marzo de dos mil diecisiete (2017) y del quince (15) de mayo de dos mil diecisiete (2017), expedidos por las Salas de Selección números Tres y Cinco, que decidieron seleccionar para revisión los expedientes T-6.029.705 y T-6.139.760, respectivamente.

### **2. Presentación del caso, planteamiento del problema jurídico y estructura de la decisión**

2.1. La asociación Educar Consumidores y otros ciudadanos, instauraron acciones de tutela contra la Superintendencia de Industria y Comercio, señalando que con la expedición de la Resolución 59176 de 7 de septiembre de 2016 (“Por la cual se ordena el cese de difusión de un mensaje publicitario hasta tanto no se someta a control previo”), se vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y a la libertad de expresión, en tanto no se notificó oportunamente a Educar Consumidores de la actuación administrativa, y porque al ordenar (i) el cese de la difusión de un comercial de televisión relacionado con el consumo de bebidas azucaradas, y (ii) la remisión a dicha entidad de cualquier pieza publicitaria para que se llevase a cabo un control previo sobre la información, imágenes, proclamas y demás afirmaciones realizadas en las mismas, se vulneraba el derecho a informar y a recibir información, constituyéndose además en medidas de censura previa.

2.2. En relación con los antecedentes mencionados, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional debe determinar en primer lugar si las acciones de tutela cumplen con los requisitos de procedencia. Si se supera dicho análisis, la Sala deberá (i) examinar si con la expedición de la Resolución 17531 de 7 de

abril de 2017 de la Superintendencia de Industria y Comercio se configuró el fenómeno de la carencia actual de objeto; y (ii) pronunciarse sobre el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita, para lo cual debe resolver los siguientes problemas jurídicos:

2.2.1. ¿La Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el derecho fundamental al debido proceso administrativo de Educar Consumidores al expedir la Resolución 59176 de 2016?

2.2.2. ¿La Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el derecho fundamental a la libertad de expresión de los accionantes al someter la transmisión de información sobre el consumo de bebidas azucaradas a un control previo sobre sus contenidos?

2.3. Para abordar el estudio de los problemas descritos, la Sala (i) se pronunciará, previamente, sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a actos administrativos de trámite y, de superarse dicho análisis, se referirá a (ii) la carencia actual de objeto; (iii) el derecho al debido proceso administrativo; (iv) el derecho a la libertad de expresión; y, finalmente, (v) realizará el estudio del caso concreto.

### **3. Procedencia excepcional de la acción de tutela frente a actos administrativos de trámite. Reiteración de jurisprudencia**

3.1. La Sala advierte que las acciones de tutela presentadas por Educar Consumidores y César Rodríguez Garavito -y otros ciudadanos- cumplen con los requisitos de legitimidad por activa, inmediatez y subsidiariedad, conforme con lo establecido en la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional. Respecto del último requisito, debe tenerse en consideración que las acciones de tutela atacan un acto administrativo proferido por la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco de sus facultades administrativas en materia de protección al consumidor.

3.2. En relación con lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que un acto administrativo es “*la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria.*”

Al respecto, se ha indicado que son variadas e innumerables las formas en que la doctrina y la jurisprudencia han clasificado los actos de la administración, bien por su contenido, por la autoridad que interviene en su elaboración, por la mayor o menor discrecionalidad de quien lo expide o por la incidencia que tengan en la decisión final, entre otras. En particular, se han distinguido los actos administrativos según el contenido de la decisión, en actos de *trámite* o *preparatorios* y actos *definitivos*. Según el artículo 43 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, son “*actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.*” Por su parte, se han definido los actos de trámite (o “preparatorios”), como aquellos que no expresan en

concreto la voluntad de la administración, sino que simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo y en la mayoría de los casos no crean, definen, modifican o extinguen situaciones jurídicas.

La Corte ha precisado que (i) *“un acto de trámite puede tornarse definitivo, cuando de alguna manera, decida sobre la cuestión de fondo, o ponga fin a la actuación administrativa, de suerte que se haga imposible la continuación de ésta”*; y (ii) los únicos actos susceptibles de acción contenciosa administrativa son los actos definitivos, no los de trámite o preparatorios, pues estos últimos se controlan jurisdiccionalmente al tiempo con el acto definitivo que pone fin a la actuación administrativa. Así las cosas, y con el fin de garantizar la eficiencia y celeridad de las funciones que le competen a la administración, el artículo 75 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ha previsto que tales actos preparatorios o de trámite no sean susceptibles, por regla general, de recursos en vía gubernativa, ni de acciones judiciales autónomas, de forma que su control solamente sea viable por medio de la discusión del acto definitivo que concreta la voluntad administrativa, bien sea a través de los recursos procedentes contra él o bien como causal de nulidad ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo. Por ende, es necesario esperar a la decisión final para plantear la invalidez del procedimiento.

Ahora bien, esta Corporación ha considerado -como regla general- que la tutela es improcedente en contra de actos administrativos, teniendo en cuenta que existen normalmente otros mecanismos ordinarios de defensa judicial que resultan aptos para asegurar la protección de los derechos alegados, como pueden ser los medios de control ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Específicamente, ha señalado que (i) contra los actos administrativos definitivos no procede la acción de tutela como mecanismo definitivo, aunque puede utilizarse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) excepcionalmente, algunos actos de trámite o preparatorios, pueden conculcar o amenazar los derechos fundamentales de una persona, en cuyo caso, sería procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo, por cuanto esta clase de actos no son susceptibles de acción contenciosa administrativa y, en tal virtud, no existe medio alternativo de defensa judicial que pueda ser utilizado para amparar los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados de manera inmediata. Frente a este último supuesto, se ha precisado que la procedencia de la acción de tutela como mecanismo principal solo puede ser utilizada (i) antes de que se profiera el acto definitivo, (ii) cuando el respectivo acto tiene la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa, y (iii) cuando el acto haya sido fruto de una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada del funcionario.

3.3. Al analizar las acciones de tutela instauradas, se tiene que estas cumplen con todos los requisitos de procedencia:

3.3.1. En primer lugar, se constata que Educar Consumidores es la entidad directamente afectada por las decisiones adoptadas por la Superintendencia de

Industria y Comercio, mientras que los ciudadanos que instauraron la acción de tutela en el marco del proceso T-6139760, si bien no son representantes de la totalidad de los consumidores de bebidas azucaradas del país -exigencia que se tornaría desproporcionada dada la dificultad fáctica para acreditar tal calidad-, hacen parte de organizaciones de la sociedad civil que manejan temas relacionados con los asuntos tratados en la Resolución 59176 de 2016, quienes además fueron claros al indicar que actuaban en nombre propio como titulares del derecho a recibir información. En estos casos, la Corte ha señalado que lo único que se necesita verificar es si las personas son titulares de los derechos fundamentales presuntamente amenazados o vulnerados. En tal sentido, ambas acciones de tutela cumplen con el requisito de *legitimidad por activa*.

3.3.2. En segundo lugar, se tiene que las acciones de tutela fueron instauradas oportunamente, por cuanto la Resolución 59176 fue proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio el 7 de septiembre de 2016, y las acciones de tutela se instauraron los días 27 de septiembre y 23 de noviembre, esto es, cuando aún no habían transcurrido más de tres meses. De esta manera, se corrobora que las dos acciones de tutela satisfacen el requisito de *inmediatez*.

3.3.3. Frente al requisito de subsidiariedad, tanto la SIC como los dos apoderados de Postobón (*supra*, antecedentes N° 3.2, 4.2 y 5) alegaron que (i) no se presentaba un perjuicio irremediable, y (ii) no se habían agotado los mecanismos ordinarios de defensa. En particular, señalaron que frente a la Resolución 59176 de 2016 los accionantes hubieran podido interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el marco del cual incluso se podría solicitar la suspensión provisional del acto administrativo.

No obstante, cabe destacar un aspecto importante, y es que la SIC fue enfática al indicar que la actuación administrativa no había culminado, y una vez finalizada, se podrían interponer -de ser procedentes- los recursos de reposición y en subsidio el de apelación (*supra*, antecedentes N° 3.2.1.2.1 y 4.2.1.2).

La Sala encuentra que, al no admitir ningún recurso y por no haber culminado la actuación administrativa, la Resolución 59176 2016 es un acto administrativo de trámite o preparatorio.

A pesar de su naturaleza jurídica, la Resolución 59176 de 2016 adoptó dos decisiones de fondo, como lo fueron las de ordenar el cese inmediato de la difusión del comercial de televisión relacionado con el consumo de bebidas azucaradas, y la de remitir “a la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio toda pieza publicitaria relacionada con el consumo de bebidas azucaradas que se pretenda transmitir a través de cualquier medio de comunicación, de manera previa, es decir, antes de su emisión, para que se lleve a cabo un control previo sobre la información, imágenes, proclamas y demás afirmaciones realizadas en los mismos.”

Así las cosas, al tratarse de un acto de trámite o preparatorio, los accionantes



no podían acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, puesto que, como se señaló (*supra*, fundamento jurídico N° 3.2), los únicos actos susceptibles de control son los actos definitivos (o los de trámite o preparatorios cuando se controlan al tiempo con el acto definitivo que pone fin a la actuación administrativa), por lo que era necesario esperar la decisión final para plantear la invalidez del procedimiento. Es decir, en el caso concreto, la acción de tutela era el único medio de defensa judicial que podía ser utilizado para buscar el amparo inmediato de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados. Aunado a lo anterior, debe señalarse que (i) las acciones de tutela se instauraron antes de que se profiriera un acto definitivo, (ii) la Resolución 59176 de 2016 definió aspectos de fondo, y (iii) la actuación de la SIC -según argumentaron los accionantes y varios intervinientes- fue irrazonable, en tanto las medidas contravinieron derechos fundamentales y la prohibición de la censura. De este modo, encuentra la Sala que las acciones de tutela satisfacen el requisito de *subsidiariedad*.

3.4. En conclusión, considera la Sala Novena de Revisión que las acciones de tutela instauradas por Educar Consumidores y por César Rodríguez Garavito -y otros ciudadanos- cumplen con los requisitos de legitimidad por activa, inmediatez y subsidiariedad, por lo que son procedentes como mecanismo definitivo. Por lo tanto, se debe continuar con el estudio del caso.

#### **4. Carencia actual de objeto. Reiteración de jurisprudencia**

4.1. En el presente caso se configuró la carencia actual de objeto por hecho superado, por cuanto a través de la Resolución 17531 de 2017, la SIC dejó sin efectos la Resolución 59176 de 2016, satisfaciendo de esta manera las pretensiones de los accionantes.

4.2. La Corte Constitucional ha señalado que hay situaciones en las que los supuestos de hecho que daban lugar a la eventual amenaza de violación o desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales cesaron, desaparecieron o se superaron, dejando de existir el objeto jurídico respecto del cual la autoridad judicial, en sede constitucional, debía adoptar una decisión.

Dicho fenómeno, denominado “carencia actual de objeto”, se configura en los siguientes eventos: (i) **hecho superado**, se presenta cuando se satisfacen por completo las pretensiones del accionante a partir de la conducta desplegada por el agente transgresor; (ii) **daño consumado**, se da en aquellas situaciones en las que se afectan de manera definitiva los derechos fundamentales antes de que el juez de tutela logre pronunciarse sobre la petición de amparo; o (iii) **situación sobreviniente**, comprende los eventos en los que la vulneración de los derechos fundamentales cesó por causas diferentes a las anteriores, como cuando el resultado no tiene origen en el obrar de la entidad accionada, porque un tercero o el accionante satisficieron la pretensión objeto de la tutela, o porque el actor perdió el interés, entre otros supuestos.

Respecto de la actitud que deben adoptar los jueces de tutela cuando se presenta alguno de los anteriores supuestos, se ha indicado que si se está ante

un *daño consumado*, “*en estos casos resulta perentorio que el juez de amparo, tanto de instancia como en sede de Revisión, se pronuncie sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda, y sobre el alcance de los mismos*”; mientras que si se trata de un *hecho superado* -lo cual también puede predicarse en relación con una *situación sobreviniente*- “*no es perentorio para los jueces de instancia (...) incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda*”. No obstante, frente a este último supuesto se ha precisado que lo que es una facultad para los jueces de instancia, es obligatorio para la Corte Constitucional en sede de revisión, pues “*como autoridad suprema de la Jurisdicción Constitucional tiene el deber de determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita*”, por lo que es imperativo que “*la providencia judicial incluya la demostración de que en realidad se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela (...)*.” En síntesis, cuando se presente una carencia actual de objeto -en cualquiera de sus supuestos- la Corte Constitucional está obligada a pronunciarse de fondo.

Ahora bien, también debe diferenciarse el momento en el que se superaron las circunstancias que dieron fundamento a la presentación de una acción de tutela, pues dependiendo de ello pueden ser diferentes los efectos del fallo. Si tiene lugar (i) antes de iniciado el proceso de tutela o en el transcurso del mismo, no es posible exigir de los jueces de instancia actuación diferente a declarar la carencia actual de objeto y, por tanto, habrá de confirmarse el fallo; mientras que si se da (ii) cuando se encuentra en curso el trámite de revisión ante la Corte Constitucional, y de advertirse que se ha debido conceder el amparo invocado, se hace necesario revocar las sentencias de instancia y otorgar la protección solicitada, incluso así no se vaya a proferir orden alguna.

4.3. De conformidad con lo anterior, cabe precisar que los accionantes de los dos procesos de tutela solicitaban que se dejara sin efectos la Resolución 59176 de 2016 (*supra*, antecedentes N° 3.1 y 4.1), lo cual fue realizado por la SIC mediante la Resolución 17531 de 2017, en cumplimiento del fallo proferido el 5 de abril de 2017 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (*supra*, antecedente N° 4.3).

En tal sentido, le asiste la razón a la Superintendencia de Industria y Comercio, que en oficio 17-159101--1-0, allegado durante el trámite de revisión, señaló que se había configurado un hecho superado. En efecto, la Sala Novena de Revisión constata que la conducta de la entidad accionada satisfizo por completo las pretensiones de las accionantes. No obstante, en lo que no tiene la razón la SIC es en que se debe dar por terminado el trámite de revisión, pues aunque es cierto que cuando se presenta un hecho superado los jueces constitucionales no están obligados a pronunciarse de fondo; lo que es una facultad para los jueces de instancia es una obligación para la Corte Constitucional, por lo que en virtud de su autoridad como máximo órgano de la jurisdicción constitucional, debe pronunciarse sobre el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicitaba.

Asimismo, debe tenerse en consideración que la Resolución 17531 fue

proferida el 7 de abril de 2017, cuando el expediente T-6029705 ya se encontraba en trámite de revisión (fue seleccionado para tales efectos el 16 de marzo de 2017 por la Sala de Selección Número Tres). En razón de lo anterior, y de advertirse que se ha debido conceder el amparo invocado, se haría necesario revocar las sentencias de instancia y otorgar la protección solicitada, incluso si no se profiere ninguna orden.

4.4. En síntesis, con la revocatoria de la Resolución 59176 de 2016 por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio se configuró la carencia actual de objeto por hecho superado. En todo caso, le corresponde a la Sala Novena de Revisión pronunciarse sobre el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita y, de advertir que se ha debido conceder el amparo, revocar las sentencias de instancia y otorgar la protección requerida.

## **5. El debido proceso administrativo. Reiteración de jurisprudencia**

5.1. El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, el cual debe ser respetado no solo en el ámbito de las actuaciones judiciales sino también en todas las actuaciones, procedimientos y procesos administrativos, de manera que se garantice *(i)* el acceso a procesos justos y adecuados; *(ii)* el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas; *(iii)* los principios de contradicción e imparcialidad; y *(iv)* los derechos fundamentales de los asociados. Estas garantías se encuentran encaminadas a garantizar el correcto y adecuado ejercicio de la función pública administrativa, de conformidad con los preceptos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes y los derechos de los ciudadanos, con el fin de evitar posibles actuaciones abusivas o arbitrarias por parte de la administración a través de la expedición de actos administrativos que resulten lesivos de derechos o contrarios a los principios del Estado de Derecho.

5.2. Esta Corte ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a *(i)* ser oído durante toda la actuación; *(ii)* la notificación oportuna y de conformidad con la ley; *(iii)* que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas; *(iv)* que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; *(v)* que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; *(vi)* gozar de la presunción de inocencia; *(vii)* el ejercicio del derecho de defensa y contradicción; *(viii)* solicitar, aportar y controvertir pruebas; y *(ix)* a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.

## **6. El derecho a la libertad de expresión**

En este acápite, la Sala se pronunciará sobre *(i)* aspectos generales del derecho a la libertad de expresión; *(ii)* el derecho a la libertad de información; *(iii)* el ejercicio del derecho a la libertad de expresión a través de personas jurídicas; *(iv)* las restricciones a la libertad de expresión; *(v)* el establecimiento de

medidas ulteriores y la prohibición de la censura previa; y (vi) las condiciones para limitar las publicaciones en internet. Para abordar cada uno de estos temas, la Sala se referirá a los estándares internacionales y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia.

### **6.1. Aspectos generales**

6.1.1. El derecho a la libertad de expresión ha sido consagrado en diversos instrumentos internacionales, tales como el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por su parte, la Constitución Política reconoce en su artículo 20 la garantía de toda persona para expresar y difundir libremente su pensamiento y opiniones, informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación, los cuales son libres y tienen responsabilidad social. Dicha norma proscribire la censura y garantiza además el derecho a la rectificación en condiciones de equidad.

6.1.2. Desde su primer pronunciamiento en relación con la libertad de expresión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CorteIDH”) hizo referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, al establecer que la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. En tal sentido, también ha señalado que es *conditio sine qua non* para que quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente, razón por la cual afirmó que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.

Reiterando lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la CorteIDH agregó que *“la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. [...] Esto significa que [...] toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue.”* De igual manera, señaló que la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el Comité de Derechos Humanos también se han pronunciado en ese mismo sentido, razón por la que concluyó que existe *“una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática.”*

6.1.3. Retomando los anteriores planteamientos, la Corte Constitucional ha considerado que la libertad de expresión es un pilar del Estado Social de

Derecho y un principio fundamental de los regímenes democráticos, donde se respeta la dignidad humana y se valora la participación de la ciudadanía y de todos los sectores, lo que permite consolidar sociedades pluralistas y deliberativas.

En razón de lo anterior, ha señalado que la libertad de expresión es objeto de un grado reforzado de protección, el cual se fundamenta en (i) consideraciones filosóficas sobre la búsqueda de la verdad; (ii) razones derivadas del funcionamiento de las democracias; (iii) motivos atinentes a la dignidad y autorrealización individual; (iv) consideraciones sobre la preservación y aumento del patrimonio cultural y científico de la sociedad; y (v) en motivos históricos y consideraciones prácticas sobre la incapacidad estatal de intervenir apropiadamente en esta esfera.

6.1.4. Conforme con lo expuesto, este Tribunal ha sintetizado que la libertad de expresión cumple las siguientes funciones en una sociedad democrática: (i) permite buscar la verdad y desarrollar el conocimiento; (ii) hace posible el principio de autogobierno; (iii) promueve la autonomía personal; (iv) previene abusos de poder; y (v) es una “válvula de escape” que estimula la confrontación pacífica de las decisiones estatales o sociales que no se compartan. Sin embargo, también ha señalado que dicha libertad genera amplias dificultades jurídicas, ya que frecuentemente entra en colisión con otros derechos fundamentales de las personas y con fines o programas estatales.

6.1.5. En relación con el artículo 20 de la Constitución Política, la Corte ha establecido que interpretada de conformidad con lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por Colombia, dicha disposición supone varios elementos normativos diferenciables, cada uno de los cuales toma una connotación distinta, y en consecuencia, requiere un tratamiento diferencial: (i) en primer lugar se encuentra la **libertad de expresión *stricto sensu***, la cual consiste en la libertad de *expresar y difundir* el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión -sea oral, escrito, impreso, artístico, simbólico, electrónico u otro de elección de quien se expresa-, y el derecho a no ser molestado por ellas; (ii) la **libertad de información**, con sus componentes de libertad de búsqueda y acceso a la información, libertad de informar y la libertad y derecho de recibir información veraz e imparcial sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole a través de cualquier medio de expresión; (iii) la **libertad de prensa**, que comprende la libertad de fundar medios masivos de comunicación y de administrarlos sin injerencias, y la libertad de funcionamiento de los mismos, con la consiguiente responsabilidad social; (iv) el derecho a la **rectificación** en condiciones de equidad; y (v) las **prohibiciones** de censura, pornografía infantil, instigación pública y directa al genocidio, propaganda de la guerra y apología del odio, la violencia y el delito.

## **6.2. Libertad de información**

6.2.1. En relación con la *libertad de información*, la CorteIDH ha indicado que la libertad de expresión comprende “no sólo el derecho y la libertad de

*expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.”*

Al respecto, ha precisado que dicha libertad tiene una dimensión individual y una dimensión social, las cuales poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención. La *dimensión individual* comprende el que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, y el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir opiniones, ideas e información y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Esta no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir la información y hacerla llegar al mayor número de destinatarios, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. Por otra parte, la *dimensión social* implica el derecho de toda la colectividad a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. Así, para las personas tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros, como el derecho a difundir la propia.

En particular, la CorteIDH ha señalado que *“cuando por medio del poder público se establecen medios o efectúan acciones para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias se produce ‘una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática’. En tal hipótesis se encuentran ‘la censura previa, el secuestro o la prohibición de publicaciones y, en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control del Estado’.”*

6.2.2. Como ya se indicó (*supra*, fundamento jurídico N° 6.1.5), la Corte Constitucional ha determinado que la *libertad de información* comprende la libertad de buscar y acceder a la información, la libertad de informar y la libertad y el derecho de recibir información veraz e imparcial sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole a través de cualquier medio de expresión.

Asimismo, ha establecido que la libertad de información es un derecho fundamental de “doble vía”, que garantiza tanto el derecho a informar como el derecho a recibir información veraz e imparcial. Ha señalado este Tribunal que el artículo 20 de la Constitución exige a los medios de comunicación una responsabilidad social, la cual se hace extensiva a los periodistas, comunicadores y particulares que se expresan a través de los medios, en atención a los riesgos que estos plantean y su potencial de lesionar derechos de terceros, así como por su poder social y su importancia para el sistema democrático. En relación con la transmisión de informaciones sobre hechos, los medios están particularmente sujetos a los parámetros de: (i) veracidad e imparcialidad; (ii) distinción entre informaciones y opiniones; y (iii) garantía

del derecho de rectificación. La *veracidad* hace referencia a hechos o enunciados de carácter fáctico que pueden ser verificados, por lo que no cubre las simples opiniones. No solo tiene que ver con el hecho de que sea falsa o errónea, sino también con el hecho de que no sea equívoca, es decir, que no se sustente en rumores, invenciones o malas intenciones o que induzca a error o confusión al receptor. Por su parte, la *imparcialidad* exige al emisor de la información establecer cierta distancia entre la crítica personal de los hechos relatados y las fuentes y lo que se quiere emitir.

### ***6.3. Ejercicio del derecho a la libertad de expresión a través de personas jurídicas***

6.3.1. Con fundamento en casos del Comité de Derechos Humanos (*Singer v. Canadá*) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Groppera Radio AG y otros v. Suiza*), en el *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, la CorteIDH determinó que, aunque la Convención Americana sobre Derechos Humanos no reconoce expresamente la figura de las personas jurídicas, bajo determinados supuestos es posible que los individuos acudan ante el Sistema Interamericano para “*hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema jurídico.*” En particular, resaltó que los medios de comunicación son mecanismos que sirven al ejercicio del derecho a la libertad de expresión de quienes los utilizan como instrumento de difusión de sus ideas o informaciones, y que las restricciones a la libertad de expresión frecuentemente se materializan a través de acciones estatales o de particulares que afectan no solo a la persona jurídica, sino también a la pluralidad de personas naturales que realizan actos de comunicación a través de la misma y cuyos derechos también pueden verse vulnerados.

6.3.2. Por su parte, el ordenamiento jurídico colombiano ha establecido una protección más amplia al establecer que las personas jurídicas también son titulares de determinados derechos fundamentales y que pueden acudir a la acción de tutela para obtener su efectividad cuando les sean conculcados o estén amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular. En relación con la libertad de expresión, la Corte Constitucional ha señalado que las personas jurídicas también son titulares de este derecho, el cual no cobija únicamente a los medios de comunicación en tanto personas jurídicas, sino también a quienes se expresan a través de ellos.

### ***6.4. El derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto***

6.4.1. En su Observación General N° 34, el Comité de Derechos Humanos indicó que el derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales, razón por la cual puede restringirse para proteger el “*respeto de los derechos o la reputación de otras personas o a la protección de la seguridad nacional y el orden público, o de la salud y la moral públicas. Sin embargo, cuando un Estado parte impone restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, estas no pueden poner en peligro el derecho propiamente dicho.*” En tal sentido, precisó que para realizar algún tipo de

restricción estas *“deben estar ‘fijadas por la ley’; solo pueden imponerse para uno de los propósitos indicados en los apartados a) y b) del párrafo 3 [del artículo 19] y deben cumplir pruebas estrictas de necesidad y proporcionalidad. (...) Las restricciones solamente se podrán aplicar para los fines con que fueron prescritas y deberán estar relacionadas directamente con la necesidad específica de la que dependen.”*

Por su parte, la CorteIDH ha indicado expresamente que *“el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, este puede ser objeto de restricciones, tal como lo señala el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5.”* No obstante, ha precisado que el derecho a la libertad de expresión deja un margen muy reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público. En relación con esto, especificó que las restricciones deben cumplir de forma concurrente con los siguientes requisitos: (i) estar previamente fijadas por ley -en sentido formal y material-, para que no queden al arbitrio del poder público; (ii) responder a un objetivo permitido por la Convención Americana (*“el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”* o *“la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”*); y (iii) ser necesaria en una sociedad democrática (para lo cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad).

6.4.2. A su vez, la Corte Constitucional ha señalado que a la libertad de expresión se le exigen determinados límites en tanto no reviste de la calidad de un derecho absoluto. No obstante, ha precisado que toda limitación a la libertad de expresión se presume sospechosa, por lo que debe estar sometida a un juicio estricto de constitucionalidad, el cual impone verificar que la restricción que pretende imponerse: (i) esté prevista en la ley; (ii) persiga el logro de ciertas finalidades imperiosas, que han de estar relacionadas con el respeto a los derechos de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas; (iii) sea necesaria para el logro de dichas finalidades; y (iv) no imponga una restricción desproporcionada en el ejercicio de la libertad de expresión. Adicionalmente, es preciso verificar que (v) la medida restrictiva sea posterior y no previa a la expresión objeto del límite, como también, el que (vi) no constituya censura en ninguna de sus formas, lo que incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita.

## ***6.5. Establecimiento de responsabilidades ulteriores y prohibición de censura previa***

6.5.1. Tal como lo ha señalado la Relatoría Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de la ONU, los instrumentos internacionales y la legislación nacional ofrecen una diversidad de respuestas a los conflictos que pueden surgir en el ejercicio de libertades y derechos, y respecto de la manera en que estos tipos de conflictos pueden solucionarse.

Al respecto, la CorteIDH ha indicado que es legítimo que quien se sienta



afectado en su honor recurra a los mecanismos judiciales que el Estado disponga para su protección. Esto conlleva a que el ejercicio abusivo de la libertad de expresión, sea por una persona particular o un periodista, puede estar sujeto al establecimiento de responsabilidades ulteriores, como en el evento en que se afecte el derecho a la honra y la reputación.

Por su parte, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA ha indicado que se ha de acudir en primer lugar al derecho de rectificación o respuesta, y que sólo en caso que ello sea insuficiente para reparar el daño que se ha causado, podrá apelarse a la imposición de responsabilidades jurídicas más costosas para quien hizo uso abusivo de su derecho a la libertad de expresión y con ello generó un daño cierto y grave sobre derechos de otras personas.

A su vez, la Corte Constitucional ha señalado que cuando a través de los medios de comunicación se realicen afirmaciones que denoten intención dañina o negligencia en la determinación de la veracidad de la información, además de la obligación de rectificar, puede verse comprometida la responsabilidad civil o penal del comunicador o del medio en el que se difunde tal información.

De otra parte, y aunque si bien no existe una prohibición expresa, diversos organismos han señalado la necesidad de no adoptar medidas penales, en tanto es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades.

6.5.2. Ligada al establecimiento de responsabilidades ulteriores, se encuentra la prohibición de la censura previa.

6.5.2.1. En el *Caso Francisco Martonell Vs. Chile*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que “[l]a interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párrafo 4 del artículo 13[], es absoluta. Esta prohibición existe únicamente en la Convención Americana. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares. Constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho de que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma.”

En el mismo sentido, la CorteIDH ha concluido que las responsabilidades ulteriores no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo *directo* o *indirecto* de censura previa. Al respecto, ha precisado que “[e]l artículo 13.3 de la Convención Americana dispone que ‘no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones’. Una interpretación literal de esta norma permite considerar que protege en forma específica la comunicación, difusión y circulación de ideas y opiniones, de modo que queda prohibido el empleo de

*“vías o medios indirectos” para restringirlas. La enunciación de medios restrictivos que hace el artículo 13.3 no es taxativa ni impide considerar “cualquiera otros medios” o vías indirectas derivados de nuevas tecnologías.”*

Es emblemático el Caso *"La Última Tentación de Cristo"* (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, en el que el Tribunal Interamericano declaró responsable internacionalmente al Estado, debido a que su Constitución (artículo 19-12) establecía un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica, con fundamento en lo cual se prohibió -en principio- la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” y luego, al ser recalificada por el Consejo de Calificación Cinematográfica, se permitió su exhibición para mayores de 18 años; lo que contrariaba el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana. En particular, la Corte encontró que *“el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.”* (Énfasis añadido)

6.5.2.2. Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado al respecto, que la censura *“supone el control y veto de la información antes de que ésta sea difundida, impidiendo tanto al individuo, cuya expresión ha sido censurada, como a la totalidad de la sociedad, a ejercer su derecho a la libertad de expresión e información.”* Asimismo, ha indicado que el artículo 20 de la Constitución Política establece una prohibición tajante de la misma, de manera *“perentoria, sin matices, sin excepciones y sin confiar al legislador la regulación de la materia (...).”* De esta manera, *“cualquier regulación estatal o decisión de un funcionario del Estado que constituya censura implica, ipso jure, una violación del derecho a la libertad de expresión.”*

En relación con lo anterior, este Tribunal ha determinado que la censura puede tener un *contenido negativo* (v.gr. obstaculizar el flujo comunicativo o prohibir la publicación de cierto tipo de contenidos, bien sea de la totalidad de una obra o exigiendo que ésta se recorte) o un *contenido positivo* (v.gr. exigir la adecuación del contenido de una determinada expresión a los parámetros del censor, o la introducción de informaciones o contenidos adicionales impuestos por éste). Asimismo, ha expresado que los actos de censura se presentan de diversos modos, *“desde los tipos más burdos de frenos estatales sobre lo que se puede publicar y los regímenes de autorización previa más expresos, hasta métodos más sutiles e indirectos de control previo (...).”*

En tal sentido, y sin establecer un catálogo taxativo, la Corte ha señalado que esos modos de *control previo* a través de mecanismos *directos* e *indirectos* pueden agruparse en cuatro formas principales: (a) sobre los medios de comunicación y su funcionamiento; (b) sobre el contenido de la información; (c) sobre el acceso a la información; o (d) sobre los periodistas.

En particular, respecto del *control previo sobre el contenido de la información*, ha expresado que abarca -entre otros- (i) la conformación de juntas o consejos de revisión previa de la información; (ii) las reglas de autorización para la divulgación de información, como puede ser sobre temas específicos cuya aprobación se asigna a una autoridad que hace las veces de censor con facultades para modificar o recortar el contenido; (iii) la prohibición, bajo sanción, de divulgar determinados contenidos informativos; (iv) la creación de controles judiciales o administrativos posteriores tan severos que inducen, mediante su efecto disuasivo, a la autocensura por parte de los mismos medios de comunicación; (v) la exclusión del mercado de determinados medios de comunicación en tanto represalia; o (vi) la atribución de facultades a organismos estatales para suspender la transmisión de contenidos a través de los medios masivos de comunicación.

Aunado a lo anterior, la Corte ha precisado que toda regulación estatal en el ámbito de la libertad de expresión debe ser estrictamente neutral frente al contenido de la comunicación, por cuanto en una sociedad democrática, abierta y pluralista, no pueden existir instancias encargadas de determinar cuáles contenidos son “correctos” o “legítimos”. Así, se configura censura cuando las autoridades estatales, invocando el ejercicio de sus funciones, supervisan el contenido de lo que a través de los medios de comunicación, las publicaciones impresas o cualquier modalidad de comunicación o de expresión; se quiere informar, publicar, transmitir o expresar, para efectos de supeditar la divulgación del contenido a su permiso, autorización, examen previo, o al recorte, adaptación o modificación del contenido. Esto puede presentarse como cuando *“se prohíbe, recoge, suspende, interrumpe o suprime la emisión o publicación de un determinado contenido expresivo, así como cuando se exige una inspección oficial previa, visto bueno o supervisión por parte de la autoridad de los contenidos que se emiten, o una modificación, alteración, adaptación o recorte de los mismos.”*

## **6.6. Condiciones para limitar las publicaciones en internet**

6.6.1. Al ser una red descentralizada, los mensajes y contenidos producidos en internet se transmiten de manera tal que la revisión previa de contenidos por una autoridad central es difícil, lo que sin duda presenta desafíos en aspectos sensibles como aquellos susceptibles de afectar la intimidad, la honra, el derecho a la imagen y el buen nombre de las personas.

6.6.2. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que toda limitación al funcionamiento de los sitios *web* solo será admisible en la medida en que sea compatible con el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que aquellas se deben referir a un contenido concreto.

En la *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*, los expertos acogieron como principio que la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación, razón por la que las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan

aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales.

6.6.3. En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha establecido que el amparo a la libertad de expresión y sus respectivos límites, se aplican a internet y a las redes sociales de la misma manera que a los demás medios de comunicación, por lo que las restricciones deben analizarse a la luz de los mismos estándares.

## **7. Estudio de los casos concretos**

7.1. La asociación Educar Consumidores y un grupo de ciudadanos, instauraron acciones de tutela en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio, pues consideraban que con la expedición de la Resolución 59176 de 7 de septiembre de 2016 (“*Por la cual se ordena el cese de difusión de un mensaje publicitario hasta tanto no se someta a control previo*”) se vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo y a la libertad de expresión. Lo anterior, por cuanto no se notificó oportunamente a Educar Consumidores de la actuación administrativa, y porque al ordenar (i) el cese de la difusión de un comercial de televisión relacionado con el consumo de bebidas azucaradas, y (ii) la remisión a dicha entidad de cualquier pieza publicitaria para que se llevara a cabo un control previo sobre la información, imágenes, proclamas y demás afirmaciones realizadas en las mismas; se vulneraba el derecho a informar y a recibir información, constituyéndose además en medidas de censura previa. Conforme con lo anterior, solicitaron que se dejara sin efectos la referida Resolución.

7.2. En relación con la acción de tutela instaurada por Educar Consumidores, la Superintendencia de Industria y Comercio solicitó que se denegara la acción de tutela por improcedente, puesto que la actuación administrativa no había culminado, existían otros mecanismos ordinarios de defensa, y no se presentaba un perjuicio irremediable. Señaló que, en todo caso, no se vulneró (i) el debido proceso administrativo porque la actuación se encontraba en sus primeras etapas a efectos de determinar si se debía o no abrir una investigación administrativa, por lo que no era necesario notificar a la accionante; ni (ii) el derecho a la libertad de expresión, en tanto no es un derecho absoluto y puede ser limitado cuando así lo exija el interés general o medie falta de veracidad en la información, como se daba en el caso concreto. En particular, resaltó que las medidas se adoptaron en ejercicio de las facultades conferidas por el Estatuto del Consumidor para controlar la veracidad de la *publicidad*. Finalmente, sostuvo que no se incurrió en censura previa en tanto el control previo de la publicidad obedecía a un fin de interés general, materializado en la preocupación sobre la veracidad de la información.

Por su parte, en respuesta a la acción de tutela instaurada por César Rodríguez Garavito -y otros ciudadanos-, además de reiterar lo anterior, la SIC agregó que ya se había adelantado una acción de tutela por los mismos hechos, resaltó que el control previo ordenado obedecía a un fin de interés general, y que el mismo no surgió como una acción autónoma e infundada, sino que tuvo como sustento la preocupación por la veracidad de la información; y que (i) las limitaciones se

encuentran previstas en los numerales 6 y 9 del artículo 59 del Estatuto del Consumidor; (ii) se perseguía un interés público imperioso, manifestado en el derecho a la información de los consumidores; (iii) la medida era necesaria porque simplemente se ordenó de manera preventiva que se retirara el comercial para corregirlo; y (iv) la atribución de revisar de forma anticipada el contenido de cualquier información, se profirió cuando ya había sido emitida la información a través de los canales de televisión nacional, redes sociales, canales de videos por internet, vallas publicitarias y en la página web de Educar Consumidores.

7.3. Aunque fue vinculada a ambos procesos, la sociedad Gaseosas Posada Tobón S.A. (Postobón) sólo se manifestó en el marco del proceso T-6139760 (*supra*, antecedentes 3.2.2 y 4.2.2). Al respecto, precisó que existían otros medios de defensa judicial, no se presentó un perjuicio irremediable, los accionantes no estaban legitimados por activa, y que la SIC no vulneró ningún derecho fundamental de los accionantes en la medida que la Resolución 59176 de 2016 se adoptó conforme con las facultades establecidas en el Estatuto del Consumidor con el fin de evitar que se indujera al error a los consumidores, por lo que someter a control previo la publicidad era una medida apta para evitar publicaciones sin sustento científico y médico. En el trámite de revisión se presentaron varias intervenciones (*supra*, antecedente N° 5).

7.4. La acción de tutela de Educar Consumidores fue declarada improcedente por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá, puesto que no se acudió a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y no se presentó un perjuicio irremediable; decisión que fue confirmada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, precisando que el acto de trámite simplemente tuvo la finalidad de limitar preventivamente las garantías a la libertad de expresión, con miras a salvaguardar los derechos de los consumidores a recibir información consecuente y coherente (*supra*, antecedentes N° 3.3.1 y 3.3.4).

Por su parte, la acción de tutela del grupo de ciudadanos fue declarada improcedente en primera instancia por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, pues consideró que los accionantes no estaban legitimados por activa, en tanto la única entidad legitimada era Educar Consumidores. Por otro lado, manifestó que el acceso a la información es un derecho colectivo, cuya protección debía ejercerse con otros medios ordinarios para la protección colectiva o a través de la acción contenciosa. Esa decisión fue revocada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual concedió el amparo solicitado, señalando que en el otro proceso de tutela no estaban involucradas las mismas partes, y que al no vincular a los destinatarios de la campaña se les había vulnerado el debido proceso, razón por la que ordenó se dejara sin efectos la Resolución 59176, lo cual fue cumplido por la SIC a través de la Resolución 17531 de 7 de abril de 2017 (*supra*, antecedentes N° 4.3.1, 4.3.3 y 4.3.4).

7.5. En la presente providencia ya se determinó que ambas acciones de tutela eran procedentes (*supra*, fundamento jurídico N° 3) y que se configuró la carencia actual de objeto por hecho superado (*supra*, fundamento jurídico N°

3). En tal sentido, corresponde a la Sala Novena de Revisión pronunciarse sobre el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita, para lo cual debe resolver los problemas jurídicos planteados (*supra*, fundamento jurídico N° 2.2).

#### *7.5.1. La Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el derecho fundamental al debido proceso administrativo de los accionantes*

La Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el derecho al debido proceso administrativo de los accionantes al haber iniciado una actuación administrativa en su contra sin que les fuera comunicada, impidiendo el ejercicio de las garantías que se derivan del mismo.

7.5.1.1. Como se indicó previamente (*supra*, fundamento jurídico N° 5.2) dentro de las garantías del debido proceso administrativo se encuentran los derechos de las personas a (i) ser oídas durante toda la actuación; (ii) ser notificadas oportunamente y de conformidad con la ley; (iii) que se permita su participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; (iv) el ejercicio de su derecho de defensa y contradicción; (v) solicitar, aportar y controvertir pruebas; y (vi) impugnar las decisiones, entre otras.

7.5.1.2. En el caso de Educar Consumidores, la propia Superintendencia de Industria y Comercio manifestó que la actuación administrativa se encontraba en sus primeras etapas, a efectos de determinar si se debía abrir o no una investigación administrativa, por lo que no era necesario notificar a Educar Consumidores. Específicamente, precisó que la averiguación preliminar no constituía una etapa formal del proceso por tener un carácter discrecional, unilateral y reservado (*supra*, antecedentes N° 3.2.1.1 y 3.2.1.2.2.ii).

A juicio de la Sala, ello constituyó una vulneración al debido proceso administrativo de Educar Consumidores, por cuanto se inició una actuación administrativa sin que le fuera comunicada, lo que impidió que pudiera participar en la misma a efectos de ejercer sus derechos de defensa y contradicción, así como el de solicitar, aportar y controvertir las pruebas; y conoció oficialmente de la actuación administrativa con posterioridad a la expedición de la Resolución 59176. Asimismo, es pertinente resaltar que el 7 de septiembre de 2016 Educar Consumidores remitió un escrito a la SIC, solicitando que se permitiera desvirtuar los cargos y, de esa manera, poder adjuntar los soportes científicos, lo cual no tuvo una respuesta oportuna (*supra*, antecedente 2.6). En particular, con la Resolución 59176 de 2016 se adoptaron decisiones de fondo respecto de las cuales la accionante no tuvo la posibilidad de pronunciarse.

De igual manera, llama la atención de la Sala que con posterioridad a la expedición de la Resolución 59176 de 2016, la SIC adoptó decisiones sin justificación. Por ejemplo, frente a la solicitud del 8 de noviembre de 2016, con la que Educar Consumidores solicitaba autorización para difundir un comercial de televisión, la SIC indicó que no era procedente porque varios de los soportes científicos se encontraban en inglés, requiriendo su traducción oficial -

conforme con el artículo 251 del Código General del Proceso-, frente a lo cual la solicitante pidió excluir la información en inglés y tener en cuenta toda la información que se aportó en español, respecto de lo cual la SIC decidió estarse a lo resuelto sin esbozar consideraciones adicionales (*supra*, antecedente 3.3).

7.5.1.3. Por su parte, en el caso del grupo de ciudadanos, y aunque estos no alegaron la afectación del debido proceso administrativo; la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en los hechos probados, declaró que se había vulnerado este derecho a los destinatarios de la campaña por no haber sido vinculados a la actuación administrativa.

La Sala confirmará dicha decisión, la cual es una manifestación del principio *iura novit curia*, según el cual el juez de tutela está investido de la posibilidad de determinar qué derechos fueron los vulnerados, aún si los mismos no fueron expresamente identificados por el demandante pero se desprenden de los hechos.

7.5.1.4. En síntesis, con la actuación administrativa -específicamente con la expedición de la Resolución 59176-, la Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el derecho al debido proceso administrativo de (i) Educar Consumidores y (ii) del grupo de ciudadanos que instauraron la tutela en el marco del proceso T-6139760.

*7.5.2. La Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el derecho fundamental a la libertad de expresión de los accionantes al someter la transmisión de información sobre el consumo de bebidas azucaradas a un control previo sobre sus contenidos.*

La Sala encontró que las medidas adoptadas por la Superintendencia de Industria y Comercio no estaban previstas en la ley, no perseguían una finalidad imperiosa y no eran necesarias, aunado a que constituían medidas de censura previa al establecer un control previo sobre los contenidos que se pretendían transmitir.

7.5.2.1. En relación con el derecho a la libertad de expresión, la Sala reiteró el rol esencial que tiene este derecho en una democracia, el cual permite consolidar sociedades pluralistas y deliberativas. Asimismo, se señaló que el artículo 20 de la Constitución Política supone varios elementos normativos diferenciables, como lo son la libertad de expresión *stricto sensu*, la libertad de información, la libertad de prensa, el derecho a la rectificación y las prohibiciones de censura, pornografía infantil, instigación pública y directa al genocidio, propaganda de la guerra y apología del odio, la violencia y el delito.

En particular, se indicó que la libertad de información comprende la libertad de búsqueda y acceso a la información, la libertad de informar y la libertad y derecho de recibir información veraz e imparcial sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole a través de cualquier medio de expresión, y que dicho derecho tiene unas dimensiones individual y social, las cuales poseen la misma importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea. De

igual forma, se precisó que la libertad de información está sujeta a los parámetros de veracidad e imparcialidad, y que aunque no es un derecho absoluto, toda limitación a la libertad de expresión se presume sospechosa, por lo que debe estar sometida a un juicio estricto de constitucionalidad.

En relación con lo anterior, se resaltó que frente a la libertad de expresión, en general, solo se pueden establecer responsabilidades ulteriores, encontrándose estrictamente prohibida toda medida que implique censura previa. Específicamente, resaltó que los modos de *control previo* se pueden llevar a cabo a través de mecanismos *directos* e *indirectos*, agrupándose en al menos cuatro formas de control: (i) sobre los medios de comunicación y su funcionamiento; (ii) sobre el acceso a la información; (iii) sobre los periodistas; o (iv) sobre el contenido de la información. En relación con este último supuesto, se detalló que puede configurarse en eventos como cuando se conforman juntas o consejos de revisión previa de la información, se asignan facultades a una autoridad para modificar o recortar el contenido, se prohíbe, bajo sanción, la divulgación de determinados contenidos informativos, o cuando se faculta a organismos estatales para suspender la transmisión de contenidos a través de los medios masivos de comunicación.

Finalmente, se señaló que los estándares antes mencionados también son aplicables a la información que se transmite por internet y a través de las redes sociales (*supra*, fundamento jurídico N° 6).

7.5.2.2. Ahora bien, como se ya se indicó (*supra*, fundamento jurídico N° 6.4.2), toda limitación a la libertad de expresión se presume sospechosa, por lo que debe estar sometida a un juicio estricto de constitucionalidad. La Corte ha precisado que cuando el análisis de constitucionalidad de la medida se realiza aplicando un juicio estricto, el fin de la disposición, además de ser legítimo e importante, debe ser imperioso. El medio, por su parte, no puede estar prohibido bajo el orden constitucional vigente a primera vista (*prima facie*). Y, finalmente, el medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, es decir, no puede ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el juicio estricto es el único que incluye necesariamente la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto y que, por tanto, exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones que ella implica sobre otros principios y valores constitucionales.

En el presente caso, el juicio de constitucionalidad es estricto debido a la importancia del derecho a informar y el derecho de los consumidores a recibir información, el cual cumple varias funciones esenciales en nuestro ordenamiento, “(i) en primer lugar, garantiza el derecho de los consumidores a la información relevante sobre los productos alimenticios que consumen, dándole sentido al núcleo esencial de su derecho a la información. (ii) En segundo lugar, habilita a los consumidores a elegir de una manera libre los productos alimenticios que deseen consumir, conforme a su propia orientación de vida, respetando así el núcleo esencial del derecho a elegir, que compete al consumidor y que está ligado claramente a la expresión de su libre desarrollo



*de la personalidad. En tercer lugar, (iii) garantiza la protección y prevención en materia de salud, al admitir los riesgos presuntos o eventuales ligados con aspectos del desarrollo de estos productos que son desconocidos hasta el momento por la sociedad, sobre la base del principio de precaución. [y] (iv) cumple una función instrumental, al facilitar el seguimiento a estos productos por parte de las autoridades correspondientes.”*

Aunado a lo anterior, debe tenerse en consideración que, tal como lo señalaron algunos intervinientes y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia al proferir el fallo de segunda instancia -en el marco del proceso de tutela T-6139760-, uno de los principios orientadores de la Ley 1751 de 2015 es el de la importancia de la información para la protección de la salud, lo que también fue indicado por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su Observación General N° 14 (*supra*, antecedente N° 4.3.3). En tal sentido, como lo ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -y fue reiterado por la CorteIDH-, el derecho a la libertad de expresión deja un margen muy reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público.

Por lo tanto, y tal como lo estableció esta Corte, *“las autoridades que pretendan establecer una limitación a la libertad de expresión deben cumplir con tres cargas especiales, cuya verificación compete al juez constitucional:*

**4.1.4.1. Carga definitoria:** *Es la carga de decir en qué consiste la finalidad que se persigue mediante la limitación de la libertad de expresión; cuál es su fundamento legal preciso, claro y taxativo; y cuál es de manera específica la incidencia que tiene el ejercicio de la libertad de expresión sobre el bien que se pretende proteger mediante la limitación. Esta carga definitoria debe cumplirse en el acto mismo en el cual se adopta la limitación, como parte constitutiva de su fundamentación jurídica. Así, por ejemplo, no cumple esta carga la autoridad que, para justificar el establecimiento de una limitación sobre la libertad de expresión, invoca la moralidad pública en abstracto. La importancia de esta carga de definir las bases que se invocan para justificar cierta limitación de la libertad de expresión, reside en que cumple una función antiintuitiva, es decir, busca evitar que el subjetivismo de la autoridad, en lugar de parámetros objetivos, sea la base explícita o implícita del establecimiento de limitaciones sobre esta importante libertad constitucional.*

**4.1.4.2. Carga argumentativa:** *Con base en el cumplimiento de la carga definitoria, compete a las autoridades que pretenden establecer limitaciones a la libertad de expresión plasmar, en el acto jurídico de limitación, los argumentos necesarios para demostrar fehacientemente que se han derrotado las distintas presunciones constitucionales que amparan la libertad de expresión, y que se ha cumplido con cada uno de los requisitos que deben reunir las limitaciones a dicha libertad (...).*

**4.1.4.3. Carga probatoria:** *Finalmente, las autoridades que limitan la libertad de expresión deben asegurarse de que los elementos fácticos,*

*técnicos o científicos que sustentan su decisión de limitar la libertad de expresión cuenten con una base sólida en evidencias que den suficiente certeza sobre su veracidad. Por ejemplo, cuando se invoca como justificación para limitar la expresión la posible generación de impactos psicológicos o sociales nocivos, éstos impactos han de estar sólidamente demostrados con evidencias científicas y técnicas que comprueben su objetividad y provean, así, un sustento a las decisiones que se adoptarán.”*

7.5.2.3. Entonces, teniendo en cuenta lo anterior y lo ya expuesto (*supra*, fundamento jurídico N° 6.4.2), se requiere verificar que la restricción que se pretende imponer: (i) esté prevista en la ley; (ii) persiga el logro de ciertas finalidades imperiosas, que han de estar relacionadas con el respeto a los derechos de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas; (iii) sea necesaria para el logro de dichas finalidades; y (iv) no establezca una restricción desproporcionada en el ejercicio de la libertad de expresión. Adicionalmente, es preciso verificar que (v) la medida restrictiva sea posterior y no previa a la expresión objeto del límite, como también, que (vi) no constituya censura en ninguna de sus formas, lo que incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita.

(i) La Superintendencia de Industria y Comercio y los apoderados de Gaseosas Posada Tobón S.A. (Postobón), manifestaron que las medidas adoptadas tenían fundamento en las facultades administrativas asignadas a la SIC por parte del Estatuto del Consumidor (numerales 6 y 9 del artículo 59 de la Ley 1480 de 2011) (*supra*, antecedentes N° 3.2, 4.2 y 5).

En primera medida, la Sala observa que dichas normas le otorgan a la SIC algunas facultades en materia de protección al consumidor, consistentes en:

*“(...) 6. Ordenar, como medida definitiva o preventiva, el cese y la difusión correctiva en las mismas o similares condiciones de la difusión original, a costa del anunciante, de la publicidad que no cumpla las condiciones señaladas en las disposiciones contenidas en esta ley o de aquella relacionada con productos que por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud y ordenar las medidas necesarias para evitar que se induzca nuevamente a error o que se cause o agrave el daño o perjuicio a los consumidores.*

*(...)*

*9. Ordenar las medidas necesarias para evitar que se cause daño o perjuicio a los consumidores por la violación de normas sobre protección al consumidor.” (Énfasis añadido)*

A su vez, la misma Ley establece las siguientes definiciones:

*“Artículo 5°. Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por: (...)*

*7. Información: Todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el*

*origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización. (...)*

*12. Publicidad: Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo.*

*13. Publicidad engañosa: Aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión.” (Subrayas no originales)*

En tal sentido, y conforme con lo expuesto en los antecedentes del caso, se tiene que los mensajes transmitidos por Educar Consumidores -que es una entidad sin ánimo de lucro y que no promociona ningún producto- se enmarcan en una campaña de salud pública que, más allá de influir en una decisión de consumo, pretendían advertir de los riesgos que en la salud puede tener el consumo excesivo de bebidas azucaradas, lo cual fundamentó dicha asociación en los numerosos estudios que allegó a la SIC, y que nunca fueron estudiados por dicha entidad pública (*supra*, antecedentes N° 2.6). En otras palabras, el mensaje transmitido por Educar Consumidores se enmarca en la categoría de “información” y no de “publicidad”, lo cual es de especial relevancia dado que, como lo ha mencionado la Corte Constitucional, “*la publicidad es desarrollo del derecho a la propiedad privada, a la libertad de empresa y a la libertad económica, antes que aplicación de la libertad de expresión, razón suficiente para que la publicidad y la propaganda comercial estén sometidas a la regulación de la “Constitución económica”, lo que supone (...) un mayor control.*”

Para la Sala, los numerales 6 y 9 del artículo 59 del Estatuto del Consumidor no facultan a la Superintendencia de Industria y Comercio a realizar ningún tipo de control previo frente a la información como medida preventiva. Así, y a pesar de que el numeral 9 indique que la SIC puede “*ordenar las medidas necesarias para evitar que se cause daño o perjuicio a los consumidores*”, lo cierto es que la interpretación de dicha disposición no puede ser contraria a lo establecido en la Constitución Política, específicamente su artículo 20.

La Sala considera necesario señalar a la Superintendencia de Industria y Comercio, que en el ejercicio de sus facultades administrativas no puede adoptar ninguna medida que implique un control previo sobre la información -con independencia del medio por el que se transmita-, y que únicamente puede adoptar responsabilidades ulteriores, en el marco de las cuales se deben respetar los derechos fundamentales de los implicados, lo que incluye el derecho al debido proceso administrativo.

7.5.2.4. La Corte corrobora que las facultades ejercidas por la SIC para proferir la Resolución 59176 de 2016 no estaban previstas en la ley, lo cual es

suficiente para declarar que se vulneró el derecho a la libertad de información, tanto en su dimensión individual como en su dimensión social. No obstante, dadas las particularidades del caso, es relevante referirse a otros asuntos que se desprenden de los hechos del caso, en aras de determinar el alcance del derecho a informar de Educar Consumidores y el derecho a recibir información por parte de la sociedad.

Por un lado, la SIC indicó que las medidas adoptadas perseguían un interés público imperioso, manifestado en el derecho a la información de los consumidores (*supra*, antecedentes N° 4.2.1.4).

Sin embargo, dicha finalidad parte de un sofisma (creer que las personas destinatarias de la campaña no son sujetos deliberantes con capacidad de discernimiento y de formar un criterio propio), y no satisface las cargas que deben cumplir las autoridades que pretenden establecer una limitación a la libertad de expresión, por cuanto (i) no se indicó el fundamento legal preciso, claro y taxativo de la finalidad, ni cómo, de manera concreta y específica, el derecho de los consumidores se veía afectado por la transmisión de la información (*carga definitoria y argumentativa*); y (ii) los elementos fácticos y técnicos que sustentaron la decisión de la SIC, no contaban con una base sólida de evidencias que dieran suficiente certeza sobre su veracidad. De esta manera, si bien la SIC indicó que no conocía el sustento científico que soportaba la veracidad de las afirmaciones de la información transmitida, lo cierto es que tampoco contaba con sustento científico para afirmar lo contrario (falacia *ad ignorantiam*), aunado a que Educar Consumidores no tuvo la oportunidad de participar en la actuación administrativa y allegar los respectivos soportes, los cuales -una vez enviados a la SIC- nunca fueron revisados (*carga probatoria*).

En relación con este último punto, debe anotarse que también se presentó una tergiversación de normatividad relevante para el caso, como se dio al señalar que “*En las Resoluciones 288 de 2008 y 333 de 2011, efectivamente se establece una equivalencia entre la unidad “cucharadita” y el mililitro (ml). No obstante, (...) el mililitro (...) es una unidad perteneciente a la magnitud “volumen” y no a la magnitud “masa”, es decir, se trata de dos tipos de magnitudes diferentes e independientes que no admiten equivalencias*”. Por tales razones, fue que en la Resolución “*se consideró que la unidad de medida utilizada –“cucharita” (sic)- es subjetiva, y no se encuentra incluida dentro del Sistema Internacional de Unidades, (...) “cucharadita” no es la unidad de medida adecuada para tal caso, en tanto carece de exactitud y verificabilidad*” (*supra*, antecedente N° 3.2.1.2.2. Énfasis añadido). No obstante, en la Resolución 288 de 2008 sí se establece que 2 cucharaditas de azúcar corresponden a 10 gramos, lo cual respalda las afirmaciones de la información transmitida, del cual se desprendía que una cucharadita de azúcar correspondía a 5 gramos.

En tal sentido, no se evidencia que en realidad se persiguiera una finalidad imperiosa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Finalmente, debe señalarse que las medidas adoptadas en la Resolución 59176

de 2016 tampoco eran necesarias, por cuanto existían otras menos lesivas, tal como hubiera sido vincular y solicitar información a Educar Consumidores, y establecer responsabilidades ulteriores de haber corroborado que la información no cumplía con los estándares constitucionales.

7.5.2.5. En síntesis, se tiene que al proferir la Resolución 59176 de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el derecho de los accionantes a informar y a recibir información -como componentes de la libertad de expresión-. Lo anterior, por cuanto las medidas allí establecidas no estaban previstas en la ley, no perseguían una finalidad imperiosa y no eran necesarias, aunado a que constituían medidas de censura previa al establecer un control anterior sobre los contenidos que se pretendieran transmitir.

7.5.3. Como conclusión del caso, la Sala encuentra que la Superintendencia de Industria y Comercio vulneró (i) el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes, por cuanto no les informó del inicio de la actuación administrativa, impidiéndoles de esa manera ejercer sus derechos a ser oídos, a ser notificados oportunamente, a participar, a la defensa y a solicitar, aportar y controvertir pruebas; y (ii) las dos dimensiones de la libertad de información -como componente de la libertad de expresión-, puesto que se adoptaron medidas que no estaban consagradas en la ley, las mismas no perseguían una finalidad imperiosa ni eran necesarias, lo cual se agrava en tanto, al imponer un control previo sobre el contenido de la información a transmitir, constituyeron formas de censura previa, la cual se encuentra proscrita por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por la Constitución Política de Colombia.

7.6. Ahora bien, al constatar que debió concederse el amparo solicitado por Educar Consumidores -y que se configuró un *hecho superado* en el trámite de revisión- (*supra*, fundamento jurídico N° 4.3), la Sala Novena de Revisión decidirá:

7.6.1. Revocar la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la dictada por el Juzgado Cuarenta y Cuarto Civil del Circuito de Bogotá que, a su vez, negó la acción de tutela promovida por Educar Consumidores contra la Superintendencia de Industria y Comercio (T-6.029.705) y, en consecuencia, conceder la tutela de los derechos fundamentales.

7.6.2. Confirmar -por las razones expuestas- la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que revocó la dictada por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, la cual había resuelto negar la acción de tutela promovida por César Rodríguez Garavito -y otros ciudadanos- en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio (T-6.139.760).

7.6.3. Ordenar a la Superintendencia de Industria y Comercio que, en un término de cinco (5) días posteriores a la notificación de esta providencia, comunique su contenido a las mismas entidades a las que le fue notificada o comunicada la Resolución 59176 de 2016, conforme con la parte resolutive de

dicho acto administrativo.

7.6.4. Ordenar a la Superintendencia de Industria y Comercio que, a partir de la fecha de notificación de esta sentencia, y por un término de tres meses, publique en la página inicial de su sitio *web* un enlace con acceso a la presente providencia y un comunicado que sintetice el contenido de la misma. Esta medida se justifica por cuanto al proferir la Resolución 59176 de 2016, la accionada emitió un comunicado a través de su página *web*, en el que informó sobre la decisión y las medidas adoptadas (*supra*, antecedente N° 2.6).

7.6.5. Finalmente, advertir a la Superintendencia de Industria y Comercio que, en el ejercicio de sus facultades administrativas en materia de protección al consumidor, no puede adoptar ninguna medida que implique un control previo sobre la información -independiente del medio por el que se transmita-, y que únicamente puede adoptar responsabilidades ulteriores, en el marco de las cuales se deben respetar los derechos fundamentales de los implicados, lo que incluye el derecho al debido proceso administrativo.

## **8. Síntesis de la decisión**

Correspondió a la Sala Novena de Revisión analizar las acciones de tutela instauradas por Educar Consumidores (T-6029705) y por César Rodríguez Garavito -y otros ciudadanos- (T-6139760), quienes solicitaron la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo y a la libertad de información, los cuales consideraron vulnerados por la expedición de la Resolución 59176 de 2016 de la Superintendencia de Industria y Comercio. Al respecto, señalaron que no se notificó oportunamente a Educar Consumidores de la actuación administrativa, y porque al ordenar (i) el cese de la difusión de un comercial de televisión relacionado con el consumo de bebidas azucaradas, y (ii) la remisión a dicha entidad de cualquier pieza publicitaria para que se llevara a cabo un control previo sobre la información, imágenes, proclamas y demás afirmaciones realizadas en las mismas; se vulneraba el derecho a informar y a recibir información, constituyéndose además en medidas de censura previa. Conforme con lo anterior, solicitaron que se dejara sin efectos la referida resolución.

En primer lugar, la Sala constató que las acciones de tutela eran procedentes en tanto satisfacían los requisitos de legitimidad por activa, inmediatez y subsidiariedad. Este último, por cuanto la resolución atacada era un acto administrativo de trámite (o “preparatorio”), por lo que no podía ser objeto de estudio por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. Realizado el anterior análisis, se constató la configuración de un hecho superado, por cuanto el 7 de abril de 2017 la Superintendencia profirió la Resolución 17531, con la cual se dejó sin efectos la Resolución 59176 de 2016.

Así, luego de reiterar la jurisprudencia sobre el derecho al debido proceso administrativo y ahondar en el contenido y alcance del derecho a la libertad de información -como componente de la libertad de expresión-, la Sala encontró que se habían vulnerado los derechos fundamentales de los accionantes, por

cuanto con la actuación administrativa, y específicamente con la expedición de la Resolución 59176 de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el derecho al debido proceso administrativo; y debido a que las medidas adoptadas en la referida resolución no estaban previstas en la ley, no perseguían una finalidad imperiosa y no eran necesarias, aunado a que constituían medidas de censura previa al establecer un control previo sobre los contenidos que se pretendieran transmitir.

En razón de lo anterior, la Sala Novena de Revisión decidió (i) revocar los fallos de instancia proferidos en el marco del proceso T-6029705, concediendo el amparo de los derechos fundamentales, y (ii) confirmar el fallo proferido en segunda instancia por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el marco del proceso T-6139760; ordenando a la Superintendencia que comunicara el contenido del fallo a quienes había notificado o comunicado la Resolución 59176 de 2016, que publicara el mismo en su portal *web*, y le advirtió que en el ejercicio de sus facultades administrativas no puede adoptar medidas que impliquen un control previo sobre la información, por lo que solo puede adoptar responsabilidades ulteriores, en el marco de las cuales se deben respetar los derechos fundamentales de los implicados.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

**Primero.- REVOCAR** la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la dictada por el Juzgado Cuarenta y Cuarto Civil del Circuito de Bogotá que, a su vez, negó la acción de tutela promovida por Educar Consumidores contra la Superintendencia de Industria y Comercio (T-6.029.705) y, en consecuencia, **CONCEDER** la tutela de los derechos fundamentales.

**Segundo.- CONFIRMAR**, por las razones expuestas, la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que revocó la proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, la cual había resuelto negar la acción de tutela promovida por César Rodríguez Garavito -y otros ciudadanos- en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio (T-6.139.760).

**Tercero.- ORDENAR** a la Superintendencia de Industria y Comercio que, en un término de cinco (5) días posteriores a la notificación de esta providencia, **COMUNIQUE** su contenido a las mismas entidades a las que le fue notificada o comunicada la Resolución 59176 de 2016, conforme con la parte resolutive de dicho acto administrativo.

**Cuarto.- ORDENAR** a la Superintendencia de Industria y Comercio que, a partir de la fecha de notificación de esta sentencia, y por un término de tres meses, **PUBLIQUE** en la página inicial de su sitio *web* un enlace con acceso a la presente providencia y un comunicado que sintetice el contenido de la misma.

**Quinto.- ADVERTIR** a la Superintendencia de Industria y Comercio que, en el ejercicio de sus facultades administrativas en materia de protección al consumidor, no puede adoptar ninguna medida que implique un control previo sobre la información -independiente del medio por el que se transmita-, y que únicamente puede adoptar responsabilidades ulteriores, en el marco de las cuales se deben respetar los derechos fundamentales de los implicados, lo que incluye el derecho al debido proceso administrativo.

**Sexto.-** Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese a la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA  
Magistrada

CARLOS BERNAL PULIDO  
Magistrado  
*Con salvamento de voto*

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ  
Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN  
Secretaria General (e)



**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO  
CARLOS BERNAL PULIDO  
A LA SENTENCIA T-543/17**

Referencia:  
Expedientes T-6.029.705 y T-6.139.760

Magistrada Ponente:  
DIANA FAJARDO RIVERA

En atención a la decisión adoptada por la Sala Novena de Revisión, en referencia a los Expedientes T.6.029.705 y T.139.760, me permito presentar Salvamento de Voto, fundamentado en las siguientes consideraciones:

1. En los términos del artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela procede siempre que haya un derecho fundamental vulnerado o amenazado cuyo titular no disponga de otro medio de defensa judicial para su amparo o, disponiendo de él, acuda a ella como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En este caso no es procedente en ninguno de los dos expedientes acumulados –esto es, en el expediente T-6.029-705 y el T-6.139.760– porque tanto la Asociación Colombiana de Educación al Consumidor como los ciudadanos César Rodríguez Garavito y otros, cuentan con otro mecanismo de defensa judicial para amparar sus derechos –la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la acción popular respectivamente–. De igual manera, tampoco se evidencia la configuración de un perjuicio irremediable que amerite el amparo transitorio de tales derechos.

**En cuanto al expediente T-6.029.705:**

2. La tutela interpuesta por Educar Consumidores debería ser declarada improcedente porque el accionante podía acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para hacer valer sus pretensiones.
3. Sin embargo, la Sentencia de la cual respetuosamente me aparto fundamenta la procedencia de la acción de tutela interpuesta por la Asociación Educar Consumidores, sobre la base de que (i) “*al no admitir ningún recurso y por no haber culminado la actuación administrativa*” la Resolución 59176 expedida el 7 de septiembre de 2016 por la Superintendencia de Industria y Comercio es un acto administrativo de trámite (ii) que por lo tanto no puede ser demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ya que “*los únicos actos susceptibles de control son los actos definitivos (o los de trámite o preparatorios cuando se controlan al tiempo con el acto definitivo que pone fin a la actuación administrativa)*”, lo que hace que (iii) en su contra sea procedente la acción de tutela.

No comparto dichas consideraciones por las siguientes razones:

4. Primero, no es correcto afirmar que estamos ante un acto de trámite únicamente porque en su contra no se pueden interponer recursos. Esa es una equivocada interpretación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En efecto, lo que dispone su artículo 75 es que por regla general “[n]o habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.” Eso sin embargo, no quiere decir que por el hecho de que el acto señale que en su contra no proceda recurso, se le otorgue *per se* la naturaleza jurídica correspondiente a la de acto de trámite. La clasificación de uno u otro tipo de acto tiene que ver es con su contenido, y con si crea, define, modifica o extingue situaciones jurídicas.
5. En efecto, en la jurisprudencia que recoge esta Sentencia se puede constatar que *“la distinción entre actos definitivos y de trámite obedece a la forma que adoptan las actuaciones de la administración, en la que se adelantan actos previos para la determinación o alteración de una situación jurídica -preparatorios-, se emiten decisiones que crean, modifican o extinguen la situación jurídica concreta -definitivos- y se realizan diversos actos dirigidos a ejecutar u obtener la realización efectiva de la decisión de la administración -de ejecución-.”*
6. Y la propia Sentencia reconoce que la Resolución *“adoptó dos decisiones de fondo”* y que *“definió aspectos de fondo”*. Eso, de por sí, ya hace que la naturaleza de la Resolución no sea de mero trámite. En todo caso, de haber duda en torno a su naturaleza, es el juez ordinario de lo contencioso administrativo y no al de tutela, a quien le corresponde juzgar su naturaleza.
7. Segundo, señala la Sentencia que estamos ante un acto de trámite porque la actuación administrativa aún no ha terminado. Tal afirmación encuentra sustento únicamente en lo señalado por la SIC en su contestación a la demanda. Esto sin embargo, no se acompasa con el tenor de la Resolución 59176 de 2016. No hay nada en ella que sugiera que estamos ante un acto de trámite, o que esté tomando una decisión en el marco de un proceso que aún no ha culminado. Por el contrario, ella toma dos decisiones de fondo y definitivas, cuales son ordenar a EDUCAR CONSUMIDORES *“1. **CESAR** de manera inmediata la difusión del comercial de televisión relacionado con el consumo de bebidas azucaradas (...)* 2. **REMITIR** a la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio toda pieza publicitaria relacionada con el consumo de bebidas azucaradas que se pretenda transmitir a través de cualquier medio de comunicación, de manera previa, es decir, antes de su emisión, para que se lleve a cabo un control previo sobre la información, imágenes, problemas y demás afirmaciones realizadas en las mismas.”
8. Adicionalmente, es importante señalar, tal como lo hace la propia Resolución, que ella se expidió en el marco de las competencias que le asigna a la SIC la Ley 1480 de 2011 por una parte, y el Decreto 4886 de 2011 por la otra. Así lo señala la SIC cuando en su contestación señala que

*“los numerales 6 y 9 del artículo 59 de la Ley 1480 de 2011 también le otorgaron competencia a esta Entidad para ordenar el cese y difusión correctiva de la publicidad que no cumpla con los parámetros legales establecidos sobre la información que se trasmite (sic) a los consumidores con el fin de evitar que se induzca a error respecto de los bienes y servicio prestados en el mercado colombiano”*

9. De conformidad con el artículo 59 de la Ley 1480 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá las siguientes facultades administrativas en materia de protección al consumidor:

*“6. Ordenar, como medida definitiva o preventiva, el cese y la difusión correctiva en las mismas o similares condiciones de la difusión original, a costa del anunciante, de la publicidad que no cumpla las condiciones señaladas en las disposiciones contenidas en esta ley o de aquella relacionada con productos que por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud y ordenar las medidas necesarias para evitar que se induzca nuevamente a error o que se cause o agrave el daño o perjuicio a los consumidores.*

*(...)*

*“9. Ordenar las medidas necesarias para evitar que se cause daño o perjuicio a los consumidores por la violación de normas sobre protección al consumidor.*

10. Por su parte, el artículo 12 del decreto 4886 de 2011, dispone que son funciones la Dirección de Investigación de Protección al Consumidor:

*“8. Ordenar el cese y la difusión correctiva, a costa del anunciante, en condiciones idénticas, cuando un mensaje publicitario contenga información engañosa o que no se adecue a las exigencias previstas en las normas de protección al consumidor.”*

11. En ese sentido, no comparto la decisión de que estamos ante un acto administrativo de trámite solo porque contra él no quepa ningún recurso y sólo porque la SIC afirme que se tomó en el marco de un proceso que aún no ha terminado. La Resolución crea claramente una situación jurídica que por lo tanto haría que su naturaleza no fuera de simple trámite y que por ende, fuera susceptible de ser controvertido ante el juez de lo contencioso administrativo.

12. Tercero, la naturaleza de trámite de un acto administrativo no hace de suyo que no pueda ser demandado ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Es cierto que en la mayoría de los casos éstos actos no son susceptibles de ser demandados, pero hay excepciones.

13. En los términos del artículo 138 del CPACA *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho”*.

14. De esa manera se evidencia una mayúscula diferencia con el Código Contencioso Administrativo. En efecto, éste disponía en su artículo 135 que “*la demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.*” Con base en lo anterior, la distinción entre acto administrativo de trámite y definitivo resultaba relevante para la interposición de la demanda ante el contencioso administrativo por cuanto el Código exigía que se presentara en contra de uno que pusiera término a un proceso administrativo. Sin embargo, el nuevo CPACA no incluye esa distinción. Él se limita a señalar que se podrá pedir la nulidad del acto *administrativo particular, expreso o presunto.*
15. Y teniendo en cuenta las consideraciones ya planteadas, considero que hay argumentos suficientes para que en contra del acto administrativo expedido por la SIC pueda interponerse una acción de nulidad y restablecimiento del derecho pues indudablemente toma decisiones de fondo en virtud de las cuales se crean situaciones jurídicas.
16. En todo caso, se trata de un debate en punto a si el acto administrativo expedido por la SIC es o no un acto definitivo, y si es o no susceptible de ser demandado ante la jurisdicción ordinaria, asunto que corresponde definir el juez de lo contencioso administrativo, autoridad competente además para pronunciarse sobre la legalidad de tal determinación.
17. Por lo tanto, era procedente confirmar la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la dictada por el Juzgado Cuarenta y Cuatro del Circuito de Bogotá que negó la acción de tutela promovida por Educar Consumidores contra la SIC.

**En cuanto al expediente T-6.139.760:**

18. Considerando nuevamente los términos del mencionado artículo 86 de la Constitución, la tutela correspondiente a este expediente y que fue interpuesta por el ciudadano César Rodríguez Garavito y otros, tampoco está llamada a prosperar porque los accionantes cuentan con otro mecanismo para el amparo judicial de sus pretensiones. En efecto, ellos no persiguen la protección de sus derechos fundamentales sino a derechos e intereses colectivos –el de los consumidores y usuarios– cuya vía idónea de protección es la acción popular (Ley 472 de 1998, art. 4 n)-
19. En efecto, el derecho a la información, tal como está planteado en la tutela presentada por César Rodríguez Garavito y demás ciudadanos, se refiere al derecho que tienen los consumidores. Así lo entiende también la sentencia en la cual se tratan conjunta y correlativamente el derecho a dar y recibir información por parte del consumidor.
20. La Sentencia entiende que en esta tutela se cumple con el requisito de legitimidad en la causa por activa porque “*los ciudadanos que instauraron*

*la acción de tutela en el marco del proceso T-6139760, si bien no son representantes de la totalidad de los consumidores de bebidas azucaradas del país (...) hacen parte de organización de la sociedad civil que manejan temas relacionados con los asuntos tratados en la Resolución 59176 de 2016, quienes además fueron claros al indicar que actuaban en nombre propio como titulares del derecho a recibir información. En estos casos, la Corte ha señalado que lo único que se necesita verificar es si las personas son titulares de los derechos fundamentales presuntamente amenazados o vulnerados” Sin embargo, cuando analiza los derechos vulnerados y se refiere al de recibir información, lo circunscribe a los derechos de los consumidores y de la sociedad. Esto además se acompasa del hecho de que la Resolución se expidió en ejercicio de las facultades de la SIC de protección al consumidor.*

21. La Sentencia distingue dos órbitas del derecho a la información, esto es la individual y la social. La primera *“comprende el que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, y el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir opiniones, ideas e información y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”*. La social, por su parte, *“implica el derecho de toda la colectividad a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.”* Ocurre que la sentencia fundamenta el desconocimiento del derecho a la información por parte de la Resolución de la SIC en que por medio de ella se le impide a la sociedad y a los consumidores conocer la información –que sería la órbita social– a la par que pretende tutelar la órbita individual del derecho para efectos de poderlo circunscribir a la competencia del juez de tutela. Tal apreciación contraría la naturaleza del derecho colectivo, que justamente es en esencia inapropiable, aún para efectos de lograr su protección en sede judicial.
22. Ocurre que estamos claramente ante un derecho colectivo, cual es el de los consumidores. Por ende, éste cuenta con un mecanismo idóneo para su protección: la acción popular. Así, la acción de tutela no estaría llamada a prosperar por no cumplirse con el requisito de subsidiariedad.
23. Y en gracia de discusión, si el asunto implicara un derecho fundamental, surge como cuestión insuperable la legitimación en la causa por activa, en tanto que los ciudadanos accionantes estarían actuando oficiosamente en nombre de todos los demás consumidores. Esta circunstancia ratifica que estamos ante un derecho colectivo.
24. Por lo tanto, era procedente revocar la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que a su vez revocó la proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá que había negado la acción de tutela promovida por César Rodríguez y otros, en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio, para, en su lugar, declararla improcedente.
25. En esos términos, no se acreditan los requisitos para la procedencia de la

acción de tutela.

26. Por último, es importante resaltar que, en contrario a lo señalado en esta Sentencia, no estamos ante un caso de una carencia actual de objeto.
27. En este caso, la razón por la cual ya no se está vulnerando el derecho, es que se cumplió con el fallo de segunda instancia que obligó a la Superintendencia de Industria y Comercio a expedir una nueva Resolución. La carencia actual de objeto por hecho superado se refiere es a *“cuando en el entre tanto de la interposición de la demanda de tutela y el momento del fallo del juez de amparo, se repara la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se ha solicitado”*. Esto, por supuesto, no es el caso de los procesos que nos ocupan. En este caso la Corte está actuando en ejercicio de su facultad de revisión de los fallos de tutela.
28. Sin embargo, la Sentencia sostiene que como *“los accionantes de los dos procesos de tutela solicitaban que se dejara sin efectos la Resolución 59176 de 2016, lo cual fue realizado por la SIC mediante la Resolución 17531 de 2017, en cumplimiento del fallo proferido el 5 de abril de 2017 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia”* estábamos ante un hecho superado. Lo anterior, resulta un entendimiento equivocado del concepto de *“carencia actual de objeto”* y del rol de la Corte en sede de revisión.
29. El estudio de la carencia actual de objeto no incluye, para efectos de la revisión, el cumplimiento del fallo del juez de instancia. Acoger la tesis de la Sentencia conllevaría a que casi todos los casos que llegan a la Corte para revisión incurrir en carencia actual de objeto pues todos ellos vienen precedidos de unas decisiones de primera o segunda instancia que debieron ser acatados.

Con el debido respeto,

CARLOS BERNAL PULIDO  
Magistrado