

SALUBRIDAD PUBLICA, DERECHOS E INTERESES DE LOS CONSUMIDORES - Responsabilidad del INVIMA en la vulneración por publicidad de bebidas alcohólicas sin cumplimiento de requisitos legales / INVIMA - Deber de inspección, vigilancia y control sobre bebidas embriagantes que autoriza comercializar

Del texto transcrito resulta claro para la Sala que el INVIMA es quien se encarga de autorizar, vigilar y controlar la publicidad que se dirija a promover bebidas embriagantes y, en consecuencia, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por aquél, carece de sustento jurídico, tal como lo señaló el a quo. Ahora bien, la advertencia que motiva la acción de la referencia, contenida en el artículo 1° de la Ley 124 de 1994: “Prohíbese el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad”, debe hacerse en toda la publicidad, identificación o promoción de bebidas embriagantes, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 3... Así pues, si la publicidad de bebidas alcohólicas omite la leyenda contenida en el artículo 1° de la Ley 124 de 1994 y no advierte acerca de la nocividad de las bebidas embriagantes, se incurre en una clara vulneración al derecho colectivo a la salubridad pública.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 245 / DECRETO 1290 DE 1994 - ARTICULO 4 NUMERAL 19

ACCION POPULAR - Se reconoce incentivo económico en demandas interpuestas antes de entrar en vigencia Ley 1425 de 2010

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 78 / **LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 39**

NOTA DE RELATORIA: Sobre el pago del incentivo, Concejo de Estado, sentencias del 18 de mayo de 2011, Exp. 2005-00232-01. Consejera ponente María Claudia Rojas Lasso y del 11 de agosto de 2011, Exp. 2010-00131-01. Consejera ponente doctora María Elizabeth García González.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D. C., siete (7) de marzo de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25001-23-24-000-2010-00423-01(AP)

Actor: JOSE IGNACIO MORALES ARRIAGA

Demandado: COLANTA Y EL INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS - INVIMA

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de 16 de agosto de 2012, proferida por la Sección Primera –Subsección “B”- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró vulnerados los derechos colectivos invocados en la demanda y denegó las demás pretensiones, entre ellas, la de reconocer el incentivo económico al actor popular.

I.- ANTECEDENTES.

I.1- La Demanda.

El ciudadano **JOSE IGNACIO MORALES ARRIAGA**, en nombre propio, presentó acción popular contra **COLANTA** y el **INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS (INVIMA)**, en defensa de los derechos colectivos a la salubridad pública, derechos e intereses de los consumidores y de los menores de edad.

I.2. Hechos.

Adujo que COLANTA publicita, promueve e identifica los Vinos Montefrío, a través de sus sitios web www.colanta.com y www.escueladequesos.com, sin hacer la advertencia de que tratan los artículos 1° de la Ley 124 de 1994 y 15 del Decreto 120 de 21 de enero de 2010, que tienen que ver con la salubridad de los menores de edad.

Consideró que la Internet es un medio de intercomunicación, de acceso al conocimiento y de publicidad, al alcance de toda persona, incluidos los menores de edad.

Sostuvo que, frente a la conducta desplegada por COLANTA, el INVIMA no ha ejercido su función de vigilancia y control, prevista en los artículos 245 de la Ley 100 de 1993 y 4° del Decreto 1290 de 1994, sobre la promoción o comercialización de bebidas alcohólicas.

Trajo a colación la sentencia de 24 de agosto de 2006, proferida por el Consejo de Estado, en el expediente núm. 2003-04751-01, para asegurar que el INVIMA debió garantizar oficiosamente que COLANTA cumpliera las disposiciones sanitarias previstas en los artículos 1° y 3° de la Ley 124 de 1994 y 15 del Decreto 120 de 2010 “Por el cual se adoptan medidas en relación con el consumo de alcohol”.

I.3. Pretensiones.

Solicitó que se declare que COLANTA y el INVIMA vulneraron los derechos colectivos invocados en la demanda y que se les ordene, respectivamente, desmontar de sus sitios web la publicidad que atañe a bebidas embriagantes e incluir, en lo sucesivo, la advertencia señalada en el artículo 1° de la Ley 124 de 1994 y tomar las medidas de vigilancia y control oficiosas, sobre la publicidad y promoción que la mencionada empresa haga de dichos productos, por la Internet.

De igual forma, solicitó disponer la conformación de un comité de verificación y reconocer los demás derechos e impartir las órdenes necesarias para dar cumplimiento al fallo.

I.4. Defensa.

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), manifestó que no ha puesto en peligro ni vulnerado derecho colectivo alguno, pues ha dado cumplimiento a sus funciones legales y reglamentarias en materia sanitaria.

Aclaró que si bien es cierto que el INVIMA debe aprobar la publicidad, también lo es que el artículo 61 del Decreto 3192 de 1983, le impone al interesado en publicitar bebidas alcohólicas, la obligación de solicitar autorización previa, razón por la cual, si se omite esta solicitud no puede endilgarse responsabilidad al Instituto, pues éste solo investiga y sanciona cuando ha tenido conocimiento de los hechos. Es decir, que la presunta transgresión de las normas sanitarias no genera *per se* responsabilidad de la entidad.

Aseguró que el control que realiza sobre la publicidad de productos consistente en bebidas alcohólicas es previo, cuando se presenta la solicitud, y posterior, una vez que ha sido aprobada la publicidad.

Refirió los contratos núms. 816 de 21 de agosto de 2009 y 561 de 13 de abril de 2010, cuyo objeto fue la prestación del servicio de monitoreo de medios masivos de comunicación nacionales y regionales, frente a la publicidad de productos objeto de IVC por parte del INVIMA y afirmó que el resultado de los mismos, aunado a la diligencia de los Grupos de Trabajo Territorial y el Grupo de Monitoreo Permanente, permitió establecer el número de infracciones a la normativa sanitaria.

Puso de presente que, en aras de minimizar el riesgo de la publicidad indebida, expidió la Resolución núm. 2009030621 de 8 de octubre de 2009, por medio de la cual creó los Comités de Participación del Sector Productivo ante el INVIMA, con el objetivo de lograr “el cabal cumplimiento de las funciones asignadas” al instituto.

Mencionó que al realizar en “Google” una búsqueda, con las palabras “bebidas alcohólicas”, aparecen 870.000 páginas, lo cual hace imposible, por este medio, desarrollar la actividad de inspección y vigilancia.

Estimó que es importante la colaboración de la ciudadanía, en el sentido de poner en conocimiento de las autoridades, a través de denuncias, quejas o informaciones, las irregularidades sanitarias, razón por la cual, lo primero que debió

hacer el actor popular en este caso, antes de interponer la demanda, fue informar al INVIMA acerca de la irregularidad de la publicidad de COLANTA.

Señaló que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 del Decreto 3192 de 1983, los fabricantes, comercializadores y titulares de los registros sanitarios, son responsables solidariamente del mantenimiento de las condiciones sanitarias de los productos.

Indicó que las acciones populares deben dirigirse contra quien vulnera directamente los derechos colectivos, en este caso, el infractor de las normas sanitarias, de tal suerte que, el INVIMA no puede ser parte demandada en el presente asunto, pues su función es de garante, conforme se infiere del artículo 21 de la Ley 472 de 1998.

Finalmente, expresó que el incentivo económico de que trata el artículo 39 de la citada Ley, fue derogado por la Ley 1425 de 2010, por lo que la solicitud del mismo, es improcedente.

Por lo anterior, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de inexistencia de vulneración de los derechos colectivos por parte del INVIMA; ejercicio racional y proporcionado de las funciones del INVIMA; y falta de legitimación en la causa por pasiva.

La Sociedad COOPERATIVA COLANTA LTDA., COLANTA LTDA., por conducto de apoderado, contestó la demanda en los siguientes términos:

Afirmó que, en virtud de la medida cautelar decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso de la referencia, incluyó en sus páginas web, la leyenda de que trata la Ley 124 de 1994: “PROHIBASE EL EXPENDIO DE BEBIDAS EMBRIAGANTES A MENORES DE EDAD”.

Aseveró que no ha violado los derechos colectivos aducidos por el actor, habida cuenta de que no se ha demostrado que la ausencia de la citada leyenda en sus páginas web, haya incrementado el consumo de bebidas embriagantes en los menores de edad.

Estimó que el control sobre el riesgo de los menores de edad, en cuanto al consumo de bebidas embriagantes, corresponde al Estado, el cual ha sido deficiente y no puede trasladarse a COLANTA responsabilidad a ese respecto, menos aún, cuando ésta cuenta con registro sanitario y autorización de su rotulado por parte de la autoridad sanitaria competente, a través de las **Resoluciones núms. 2002020978** de 25 de septiembre de 2002, **2002020980** de la misma fecha y **2007013434** de 27 de junio de 2007.

Adujo que la información sobre la nocividad del producto embriagante se incluye en el empaque correspondiente, lo cual resulta ser un medio más efectivo para la “prevención y educación del comercializador” del mismo.

Agregó que el INVIMA evaluó lo referente al envase, rotulado y etiquetado de los Vinos Montefrío y concedió las autorizaciones núms. 2002001593 de 26 de noviembre de 2002 y 2002001592 de la misma fecha y expidió la Resolución núm. 2007017858 de 21 de agosto de 2007, de tal suerte que, cuando dicho producto entra en contacto con el público consumidor, cumple en su etiquetado con las leyendas exigidas por la Ley. Por ello, insiste en que los derechos colectivos invocados no se han puesto en riesgo.

Arguyó que en este caso, falta antijuridicidad material de la conducta, comoquiera que la omisión consistente en no incluir la expresión de que trata la Ley 124 de 1994 en sus páginas web, carece de fuerza violatoria del interés jurídico protegido, pues el riesgo que se pretende evitar se hace evidente cuando el menor de edad entra en contacto con el licor.

Adujo que es un hecho notorio el conocimiento que la población colombiana tiene de la nocividad de las bebidas embriagantes y de su prohibición en la venta y consumo a los menores de edad, razón por la cual, es claro que la conducta omisiva que se le atribuye no tiene impacto efectivo de vulneración.

Reiteró que no se han quebrantado los derechos a la seguridad y salubridad públicas, porque cuenta con los avales sanitarios expedidos por el INVIMA, mediante actos administrativos.

Por lo demás, afirmó que la acción popular es improcedente en el caso concreto, pues se dirige a hacer cumplir una norma (artículo 1° de la Ley 124 de 1994), para lo cual el mecanismo judicial idóneo es la Acción de Cumplimiento, prevista en el artículo 87 de la Constitución Política.

I.5 Pacto de Cumplimiento.

El 12 de julio de 2011 se llevó a cabo la audiencia pública, la cual se declaró fallida por falta de acuerdo de las partes.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.

La Sección Primera –Subsección “B”- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de 16 de agosto de 2012, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; declaró la vulneración de los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas, los derechos e intereses de los consumidores y los derechos de los menores de edad por parte del INVIMA y COLANTA Ltda., y denegó las demás pretensiones de la demanda.

Estimó que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del Decreto 3192 de 1983, al INVIMA le corresponde autorizar la publicidad dirigida a promover la comercialización y consumo de bebidas embriagantes y, según lo prescribe el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, es la entidad encargada de ejecutar las políticas en materia sanitaria y de control de calidad de bebidas, entre otras funciones de control y vigilancia, establecidas en los numerales 1° y 19 del artículo 4° del Decreto 1290 de 1994, razón por la cual, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, no está llamada a prosperar.

Señaló que en el presente asunto se está ante un hecho superado, pues, no obstante que COLANTA Ltda., vulneró los derechos colectivos invocados en la demanda, al no haber dado cumplimiento a los artículos 1° y 3° de la Ley 124 de 1994, según los cuales la comercialización y prohibición de bebidas alcohólicas debe incluir la leyenda “*prohíbese el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad*”, lo cierto es que tal vulneración cesó en virtud de la medida cautelar ordenada el 25 de noviembre de 2010; por lo que concluyó que las pretensiones del actor popular quedaron sin sustento fáctico y no resulta viable emitir órdenes al respecto.

Argumentó que el INVIMA es responsable de la vulneración de los derechos colectivos, porque no ejerció debidamente sus funciones de control y vigilancia y, en ese sentido, estaría llamado a responder por tal omisión. Sin embargo, como quedó visto, el hecho vulnerador cesó.

III.- FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia anterior, en cuanto denegó el incentivo, al cual cree tener derecho porque, pese a que se declaró el hecho superado, lo cierto es que también se declaró la vulneración de los derechos colectivos invocados, gracias a la interposición de la acción popular.

Agregó que para la fecha de presentación de la demanda, no había sido expedida ni promulgada la Ley 1425 de 2010, que derogó el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, que consagraba el incentivo a favor del actor popular, cuando se acogían las pretensiones de la demanda.

El INVIMA adujo que el a quo interpretó en forma indebida las normas relativas a sus funciones de inspección y vigilancia, para endilgarle responsabilidad por la violación de los derechos colectivos, pues, a su juicio, ha cumplido a cabalidad con su labor institucional y con la normativa sanitaria vigente. En este punto, reiteró que sí se configura la excepción de falta de legitimación en la causa.

Aseguró que ha adelantado satisfactoriamente el control previo y posterior que le corresponde, según sus competencias, para lo cual ha tomado las medidas correctivas del caso. Al efecto, manifestó que no ha incurrido en omisión alguna y que no está obligado a lo imposible, esto es, a conocer “cada una de las actuaciones de los particulares día a día” o “todas las condiciones de la publicidad encontrada en todo el territorio nacional”.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La acción popular consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política y desarrollada por la Ley 472 de 1998, tiene como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados, exista peligro o agravio o un daño contingente, por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares, cuando actúen en desarrollo de funciones administrativas. El objetivo de estas acciones es dotar a la comunidad afectada de un mecanismo jurídico expedito y sencillo para la protección de sus derechos.

En el presente asunto, corresponde a la Sala verificar si le asiste o no razón al INVIMA, cuando afirma que no está legitimado en la causa por pasiva ni ha incurrido en conductas omisivas vulneradoras de derechos colectivos; así como establecer si hay lugar al reconocimiento del incentivo económico a favor del actor popular.

Ello, por cuanto, pese a que el a quo encontró que el hecho lesivo de los derechos colectivos invocados está superado,

también declaró la vulneración de los mismos, por parte de las entidades demandadas, pero negó el citado reconocimiento económico al actor.

El Tribunal consideró que el INVIMA es la autoridad competente para vigilar que la publicidad de bebidas embriagantes, contenga la advertencia de que su expendio está prohibido a los menores de edad, por lo que sí está legitimado en la causa por pasiva, y agregó que dicho Instituto no ejerció en forma eficaz su función de inspección y vigilancia, frente a la publicidad hecha por COLANTA de los Vinos Montefrío que produce.

Al efecto, la Sala advierte que el artículo 61 del Decreto 3192 de 1983, dispuso que toda publicidad o información al público sobre bebidas alcohólicas, al igual que su modificación, requiere aprobación de la División de Vigilancia de Productos Bioquímicos del Ministerio de Salud, la cual se debe tramitar una vez se obtenga el respectivo registro sanitario

Posteriormente, la mencionada competencia, le fue asignada al INVIMA en virtud de su creación por la Ley 100 de 1993, la cual dispuso en el artículo 245, lo siguiente:

“Créase el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos Invima, como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Salud, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, **cuyo objeto es la ejecución de las políticas en materia de vigilancia sanitaria** y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, **bebidas**, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva”. (negrillas fuera del texto).

El numeral 7° del artículo 248, ibídem, revistió al Presidente de la República de la facultad extraordinaria de precisar las funciones del INVIMA, razón por la cual se expidió el Decreto Ley 1290 de 1994 *"Por el cual se precisan las funciones del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA- y se establece su organización básica"*, en cuyo artículo 4°, señaló las siguientes funciones:

“1. Controlar y vigilar la calidad y seguridad de los productos establecidos en el artículo 245 de la ley 100 de 1993 y en las demás normas pertinentes, durante todas las actividades asociadas con su producción, importación, comercialización y consumo.

(...)

18. Adelantar, cuando se considere conveniente, las visitas de inspección y control a los establecimientos productores y comercializadores de los productos establecidos en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y en las demás normas pertinentes, sin perjuicio de lo que en estas materias deban adelantar las entidades territoriales.

19. Autorizar la publicidad que se dirija a promover la comercialización y consumo de los productos establecidos en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 9 de 1979 y sus Decretos Reglamentarios y en las demás normas que se expidan para el efecto. El INVIMA podrá autorizar de manera general y previa, toda la publicidad que se ajuste a los criterios generales que para el efecto disponga.

(...)

21. Realizar actividades permanentes de información y coordinación con los productores y comercializadores y de educación sanitaria con los consumidores, expendedores y la población en general, sobre cuidados en el manejo y uso de los productos cuya vigilancia le otorga la ley al Instituto.” (negrillas fuera del texto).

Del texto transcrito resulta claro para la Sala que el INVIMA es quien se encarga de autorizar, vigilar y controlar la publicidad que se dirija a promover bebidas embriagantes y, en consecuencia, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por aquél, carece de sustento jurídico, tal como lo señaló el a quo.

Ahora bien, la advertencia que motiva la acción de la referencia, contenida en el artículo 1° de la Ley 124 de 1994: **“Prohíbese el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad”**, debe hacerse en toda la publicidad,

identificación o promoción de bebidas embriagantes, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 3°, el cual prescribe:

“ARTÍCULO 3o. Toda publicidad, identificación o promoción sobre bebidas embriagantes debe hacer referencia expresa a la prohibición establecida en la presente ley.”

Respecto del concepto de publicidad o promoción de bienes y servicios, el literal d) del artículo 1° del Decreto 3466 de 1982, dispuso que se entiende por propaganda comercial:

“Todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas, y en general, todo sistema de publicidad.”

Esta Corporación, al analizar un caso análogo en sentencia de 27 de marzo de 200, precisó lo siguiente:

“Para esta Sala es indiscutible que la publicidad en la adquisición de bienes es determinante para el consumo, pues la enorme influencia que tiene respecto de los consumidores determina el éxito de la venta masiva de aquellos. En otras palabras, está claro que la publicidad comercial es determinante en el mercadeo de bienes y servicios que se ofrecen al público en general y, en general, la propaganda que se dirige a disminuir los precios de un artículo induce a su compra. De manera específica, también es evidente que los menores de edad son altamente influenciables, pues precisamente parte del proceso de formación de la personalidad lleva implícita la facultad de percibir y aprender de todo aquello que se ofrece a la población.

Consciente de lo anterior, el legislador diseñó un conjunto de medidas dirigidas a proteger a los menores de edad de la influencia negativa que pudiera causar la propaganda de bebidas embriagantes sobre la salud de aquellos. Dentro de esas medidas se encuentra la que hace referencia la demanda, pues es razonable considerar, de una parte, que la promoción generalizada de bebidas alcohólicas puede inducir a los menores de edad a consumir licores, con lo que se afectaría su salud, en tanto que es un hecho notorio y una realidad científica que las bebidas embriagantes son nocivas para la salud y, de otra parte, que es válido que el legislador oriente sobre la inconveniencia de su consumo y eduque a quienes representan el futuro del país.”

Así pues, si la publicidad de bebidas alcohólicas omite la leyenda contenida en el artículo 1° de la Ley 124 de 199 y no advierte acerca de la nocividad de las bebidas embriagantes, se incurre en una clara vulneración al derecho colectivo a la salubridad pública.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, se constata que, tal como lo afirmó el actor en la demanda, a la fecha de presentación de ésta, la leyenda **“prohíbese el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad”**, no se había incluido en los sitios web www.colanta.com y www.escueladequesos.com, de la Cooperativa COLANTA.

En efecto, a folios 13 a 20 y 26, obran impresiones de los anuncios publicitarios de los productos Vinos Montefrío de la Cooperativa COLANTA, en los mencionados sitios web, con fecha **24 de agosto de 2010**, esto es, antes de la presentación de la demanda (27 de los mismos mes y año).

En dichos documentos consta que, dentro de la lista de productos “Vinos Montefrío” de la citada Cooperativa, se encuentran los denominados: Blanco, Reserva, Joven, Crianza y Cava Brut, de cuya promoción se destacan los siguientes apartes:

“Es el vino el más antiguo de los licores, compañero del hombre desde tiempos inmemoriales ... **Los primeros grandes consumidores, los egipcios**, lo utilizaban como medicamento y en celebraciones religiosas. **Luego los Griegos**, en filosóficas charlas enaltecerían su haber y en viva deidad ilustrarían su ser. Le seguirían **el imperio romano, los reyes medievales, los grandes colonos y hoy...usted.**” (fl. 15) (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

“**Nuestro** Vino Blanco...” (fl. 16) (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

“**En nuestro caso**, las variedades escogidas para este vino de alta calidad son Tempranillo (85%) y Mazuelo (15%)...” (fl. 17) (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

“**Nuestro vino de Crianza** ha sido elaborado con uvas de La Rioja...” (fl. 20) (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

“**Como complemento a la línea de vinos, Colanta ha innovado en su línea de licores** con la nueva Cava Brut, ideal para todas las celebraciones y al mejor precio del mercado” (fl. 21) (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

En tales circunstancias, no hay lugar a duda alguna de que COLANTA Ltda., comercializa bebidas embriagantes y que las publicita o promociona claramente, a través de sus sitios web.

Para ello, cuenta con los respectivos **Registros Sanitarios núms. 2002L-0000777, 2002L-0000778 y 2007L-0003454** para importar y vender VINO MONTEFRIO RESERVA, VINO MONTEFRIO CRIANZA, TINTO Y BLANCO y VINO CAVA BRUT “MONTEFRIO”; con las **Autorizaciones núms. 2002001593, 2002001592** para la comercialización de los dos primeros productos y con la **Resolución núm. 2007017858 de 21 de agosto de 2007**, que autoriza las etiquetas y contra-etiquetas del producto VINO CAVA BRUT “MONTEFRIO”, todos ellos expedidos por el INVIMA (folios 188 a 193).

Llama la atención, el hecho de que en las **Autorizaciones núms. 2002001593 y 2002001592**, el INVIMA hizo constar que el permiso que, por medio de ellas otorga para comercializar los productos mencionados:

“SE EXPIDE A SOLICITUD DEL INTERESADO Y **QUEDA SUJETA A LAS ACCIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL QUE ADELANTE LA AUTORIDAD SANITARIA.**” (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

Ello evidencia que el INVIMA tiene conocimiento de la actividad publicitaria desarrollada por COLANTA frente a las bebidas embriagantes que comercializa y, en esa medida, puede y debe realizar el control posterior sobre dicha actividad, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º y 21 del artículo 4º del Decreto Ley 1290 de 1994, que prescriben:

“1. Controlar y vigilar la calidad y seguridad de los productos establecidos en el artículo 245 de la ley 100 de 1993 y en las demás normas pertinentes, **durante todas las actividades asociadas con** su producción, **importación, comercialización** y consumo.

...

21. Realizar actividades permanentes de información y coordinación con los productores y comercializadores y de educación sanitaria con los consumidores, expendedores y la población en general, sobre cuidados en el manejo y uso de los productos cuya vigilancia le otorga la ley al Instituto.”

No es necesario, en absoluto, que el Instituto deba “*conocer de toda la publicidad que circula en Internet*” o “*de todas y cada una de las infracciones a la normatividad sanitaria que cometan los particulares*”, como alega el INVIMA en la contestación de la demanda (fl. 61 y 68), pues basta con hacerle seguimiento a las empresas a quienes les ha expedido los registros sanitarios y autorizaciones correspondientes, esto es, ejercer debidamente su función de inspección y vigilancia.

Dicho deber legal es ineludible y, en el presente asunto, su incumplimiento es inexcusable, pues, como quedó visto, el INVIMA expidió a solicitud de COLANTA, sendas autorizaciones para comercializar bebidas embriagantes, en las cuales le advirtió que estaba “**SUJETA A LAS ACCIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL QUE ADELANTE LA AUTORIDAD SANITARIA**” y, pese a ello, la publicidad de los Vinos Montefrío estuvo al acceso del público en general, a través de los sitios web de COLANTA, sin la advertencia: “**Prohíbese el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad**”, de que trata el artículo 1º de la Ley 124 de 1994.

Ante el incumplimiento de sus deberes legales de inspección, vigilancia y control, el INVIMA resulta responsable de la conducta omisiva vulneradora de los derechos colectivos invocados en la demanda, tal como lo declaró el a quo; en ese sentido, la sentencia impugnada debe confirmarse y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el incentivo económico, previsto en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, que le fuera negado al actor popular en el fallo que impugna, se advierte lo siguiente:

La Jurisprudencia de la Sala ha señalado en forma reiterativa, que el hecho de que un proceso de acción popular termine con una sentencia que declara el hecho superado, no da lugar *per se* a negar el incentivo a favor del actor popular, pues los presupuestos fácticos que determinan el reconocimiento del mismo tienen que ver con la diligencia del demandante durante el proceso y el logro de la protección de los derechos colectivos, a través de la acción popular por él interpuesta. Ha dicho la Sal:

“Otra no puede ser la interpretación del artículo 39 de la Ley 472 de 1998, según el cual la prosperidad de las pretensiones de la demanda da lugar al pago de un incentivo a favor del actor. Una lectura exegética de dicho precepto llevaría al absurdo de negar el incentivo cuando se nieguen las pretensiones de la demanda por hecho superado o sustracción de materia, pese a que la protección de los derechos colectivos se ha logrado con la acción popular.

Así ocurrió en este asunto, como se verá a continuación:

A juicio del a quo, sí hubo vulneración de los derechos colectivos invocados pero la situación fue superada gracias a la puesta en marcha del aparato judicial por parte de los actores populares.

En esa medida, la decisión que debió adoptarse en la parte resolutive fue la de declarar que existió vulneración de los mencionados derechos colectivos, cosa distinta es que no haya lugar a ordenar medidas protectoras porque los mismos ya fueron reestablecidos.

...

El documento transcrito **fechado 24 de febrero de 2003**, permite inferir que a esa fecha todavía no se había clausurado la canaleta de aguas lluvias que dio lugar a la lesión de los derechos colectivos que el a quo señaló como vulnerados en la parte motiva de la sentencia impugnada, es decir, *“los derechos colectivos relacionados con la prestación eficiente del servicio público de alcantarillado, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, la seguridad y salubridad públicas, pues debido a la existencia de aguas en descomposición, además de los mencionados mosquitos, proliferaron otro tipo de insectos y roedores.”* (fl. 393).

En consecuencia, teniendo en cuenta que **la demanda de la referencia se interpuso el día 11 de abril de 2002**, como consta al vuelto del folio 17, se concluye sin mayor esfuerzo que el restablecimiento de los derechos colectivos vulnerados se produjo con ocasión de la acción popular ejercida por el actor y no por conductas anteriores de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga.

Adicionalmente, consultado el expediente se advierte que el actor popular obró con suma diligencia en el proceso, comoquiera que cumplió con el deber de sufragar los gastos de radiodifusión del aviso destinado a la comunidad afectada con los hechos de la demanda como consta a folios 24 y 25, concurrió a la audiencia de pacto de cumplimiento, aportó las pruebas necesarias y pertinentes para llevar al juez al convencimiento de que hubo vulneración de los derechos colectivos invocados y que los mismos fueron reparados con ocasión del ejercicio de la acción popular. Todo lo cual lo hace merecedor del incentivo económico previsto en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998.”

Por otra parte, en cuanto al reconocimiento del incentivo económico, en vigencia de la Ley 1425 de 2010, conviene traer a colación lo expresado por la Sal, en los siguientes términos:

“En el presente caso le corresponde a la Sala determinar si es procedente el reconocimiento del incentivo consagrado en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, por cuanto éste fue derogado por la Ley 1425 de 2010.

Frente al tema del incentivo, la tesis de la Sección Primera ha sido la de considerar que es de carácter sustancial, no procesal. De ahí que si el derecho colectivo se ampara en virtud de la actividad desplegada por el actor, éste tendrá derecho al mismo **siempre y cuando la demanda se haya incoado con anterioridad a la promulgación de la Ley 1425 de 29 de diciembre de 2010.**

Tan cierto es ello, que la Sala en sentencia de 18 de mayo de 2011 (Expediente núm. 2005-00232, Actora: Rocio Meza Jaimés, Consejera ponente doctora María Claudia Rojas Lasso), sostuvo:

“... En cuanto al incentivo, la Sala pone de presente que, no obstante que mediante la Ley 1425 de 2010 (29 de diciembre fueron derogados los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, **en el caso sub examine la ley posterior no es aplicable, pues su aplicación se enmarca dentro de las excepciones a la aplicación inmediata de la ley**

procedimental, consagradas en los artículos 164 de la Ley 446 de 1998 y 40 de la Ley 153 de 1887, coligiéndose entonces que únicamente podría habersele dado aplicación a la ley posterior, por indicación expresa del legislador respecto de su retroactividad.

... En el mismo sentido la jurisprudencia del Consejo de Estado, a través de sus diferentes Secciones, se ha pronunciado señalando el principio de irretroactividad de la ley la cual rige hacia el futuro y precisando que las normas procedimentales son de orden público y de aplicación inmediata, **“con la excepción prevista en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, respecto de los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas evento en el cual los procedimientos aplicables para hacer efectivas las normas sustanciales son las vigentes en la época en que estos se adelanten (...)**”. (Cfr. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de septiembre 11 de 1998, M.P. Dr. Julio Enrique Correa, exp. 8982)...

... De lo expuesto, **concluye la Sala que procede reconocer el incentivo, toda vez que la acción popular interpuesta el 22 de febrero de 2005** por Rocío Meza Jaimes fue, sin lugar a dudas, determinante para la protección de los derechos colectivos...”. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Con lo anterior quiso significar la Sala que para la acción popular iniciada con posterioridad a la vigencia de la citada Ley no aplica el incentivo.

Como quiera que en el caso sub examine la demanda se presentó ante el Tribunal Administrativo de Casanare el 8 de septiembre de 2010, conforme consta a folio 1 del expediente, esto es, antes de entrar en vigencia la Ley 1425 de 29 de diciembre de 2010, la misma no resulta aplicable, razón por la que la Sala procede a estudiar la viabilidad de conceder o no el incentivo reclamado por el actor.

De acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente, la Sala encuentra que, en efecto, existió vulneración de los derechos colectivos alegados por el actor, situación ratificada por la entidad accionada en la audiencia de pacto de cumplimiento llevada a cabo el 11 de febrero de 2011, en la que se comprometió a realizar las obras necesarias, con el fin de que cesara dicha trasgresión, es decir, que la acción bajo examen fue determinante para la protección de los derechos invocados en la demanda, por lo que, en consecuencia, se debe reconocer el incentivo señalado en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, en cuantía de seis (6) salarios mínimos legales vigentes, a cargo de la Superintendencia de Notariado y Registro, suma que fue aceptada por las partes en la audiencia de pacto de cumplimiento, como se precisó anteriormente.

Lo precedente impone a la Sala revocar el numeral 4° de la sentencia apelada, que niega el incentivo para, en su lugar, concederlo en la cuantía señalada.”

La Sala reitera en esta oportunidad las anteriores consideraciones, comoquiera que en el caso concreto, el ejercicio de la acción popular fue determinante para ordenar la protección de los derechos colectivos invocados, pues, no obstante que la leyenda **“prohibese el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad”**, se dispuso por el Tribunal, como medida cautelar, mediante proveído de 25 de noviembre de 2010 (fls. 43 a 46), lo cierto es que dicha medida fue solicitada en la demanda y decretada al haberse verificado la existencia del hecho vulnerador de los derechos colectivos.

Adicionalmente, la demanda fue interpuesta el **27 de agosto de 2010**, esto es, antes de la expedición de la Ley 1425 de 29 de diciembre de 2010; se demostró la vulneración de los derechos colectivos invocados y, se repite, se logró su protección mediante la acción popular de la referencia, por lo que no hay razón que justifique negar el incentivo económico al actor popular.

En consecuencia, la Sala revocará parcialmente el numeral tercero de la parte resolutive del fallo de primera instancia, en cuanto denegó el incentivo económico y, en su lugar, se dispondrá reconocerlo al actor popular, en cuantía de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y lo confirmará en lo demás.

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

F A L L A:

PRIMERO: REVÓCASE parcialmente el numeral tercero de la parte resolutive del fallo apelado y, en su lugar, se dispone:

RECONÓCESE a favor del actor popular, el incentivo de que trata el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, vigente a la fecha de presentación de la demanda (27 de agosto de 2010), el cual se fija en diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y estará a cargo de las demandadas.

SEGUNDO: CONFÍRMASE en lo demás la sentencia impugnada.

TERCERO: COMUNÍQUESE esta decisión a las partes.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de 7 de marzo de 2013.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA
n.d.
Última actualización: 30 de agosto de 2024 - (Diario Oficial No. 52.847 - 13 de agosto de 2024)

