

MECANISMO DE REVISIÓN EVENTUAL EN LA ACCIÓN POPULAR - Unificación de jurisprudencia / OBLIGACIÓN DEL INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS DE INICIAR DE OFICIO LAS INVESTIGACIONES PERTINENTES SOBRE ACTIVIDADES Y PRODUCTOS PREVIAMENTE AUTORIZADOS Y REGISTRADOS - En cumplimiento del deber legal de vigilancia y control como autoridad sanitaria / CONTROL POSTERIOR Y PERMANENTE DE LA PUBLICIDAD DE BEBIDAS EMBRIAGANTES - Debe hacer referencia a la prohibición de su expendio a menores de edad

[C]omo ha señalado la Sala (...) el INVIMA le competía, a través de la Subdirección (...) autorizar la publicidad y vigilar el cumplimiento de las normas vigentes en esta materia [publicidad de bebidas alcohólicas], así como aplicar las medidas sanitarias de seguridad relacionadas con los productos de su competencia (...) razón por la que el universo de los sujetos pasivos de la función de vigilancia y control se encontraban clara y previamente delimitados, y nada impedía, en consecuencia, que valido de la tecnología informática y de telecomunicaciones, o de planes concretos de visitas de inspección y control a los establecimientos productores y comercializadores, ejerciera una vigilancia continua sobre las actividades y productos previamente autorizadas y registrados por el mismo Instituto. Las mencionadas obligaciones implican para el INVIMA, el imperativo de hacer un seguimiento posterior, continuo y permanente a la (s) empresa (s) autorizada (s), con el fin de verificar si está (n) cumpliendo con las obligaciones que le corresponden, entre ellas, la publicidad con la advertencia de la prohibición del expendio de bebidas embriagantes a menores de edad (...) Significa lo anterior que, el INVIMA debe hacer el control de policía administrativa sanitaria siempre de oficio, apoyado en diversos medios, como se ejemplificó, sin que ello excluya, obviamente, la petición de cualquier persona para activar su procedimiento administrativo (...) En conclusión (...) para efectos de unificar el criterio que ha de emplear el Juez para determinar el momento a partir del cual se configura la obligación del INVIMA por la omisión de las funciones de inspección, vigilancia y control sobre la publicidad de bebidas alcohólicas, la Sala precisa que, una vez este Instituto ha expedido los registros sanitarios y/o, ha extendido las autorizaciones correspondientes, debe iniciar, de oficio y de manera inmediata, o a petición de cualquier persona, las investigaciones pertinentes en su calidad de autoridad sanitaria en virtud de su deber legal de vigilar y controlar al autorizado o al productos del bien registrado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLÍTICA - ARTÍCULO 78 / LEY 30 DE 1986 - ARTÍCULO 16 / LEY 30 DE 1986 - ARTÍCULO 18 / LEY 9 DE 1979 / LEY 30 DE 1992 / LEY 100 DE 1993 / LEY 124 DE 1994 - ARTÍCULO 1 / LEY 124 DE 1994 - ARTÍCULO 3 / LEY 715 DE 2001 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 144 / DECRETO 3788 DE 1986 - ARTÍCULO 41 / DECRETO 3788 DE 1986 - ARTÍCULO 42 / DECRETO 211 DE 2004 - ARTÍCULO / DECRETO 4445 DE 2005 / DECRETO 120 DE 2010 - ARTÍCULO 15 / DECRETO 120 DE 2010 - ARTÍCULO 16 / DECRETO 19 DE 2012 - ARTÍCULO 133 / DECRETO 1686 DE 2012 - ARTÍCULO 50 / DECRETO 1686 DE 2012 - ARTÍCULO 51 / DECRETO 1686 DE 2012 - ARTÍCULO 52 / DECRETO 1686 DE 2012 - ARTÍCULO 53 / DECRETO 1686 DE 2012 - ARTÍCULO 57 / DECRETO 2078 DE 2012 / DECRETO 1069 DE 2015 / DECRETO 1079 DE 2015

NOTA DE RELATORÍA: La Sala estudia las características del mecanismo de revisión eventual en la acción popular, el marco normativo sobre la publicidad, identificación y promoción de bebidas embriagantes, en razón a consideraciones de orden público y las funciones del Instituto Nacional de Vigilancia de

Medicamentos y Alimentos (INVIMA). También reitera la jurisprudencia sobre el momento a partir del cual el INVIMA incurre en omisión de su deber de aplicar medidas sanitarias correctivas a quienes infringen las normas reguladoras de la publicidad de bebidas embriagantes, al respecto ver las sentencias del 27 de marzo de 2003, exp. 76001-23-31-000-2002-2764-01(AP-764), M.P. Darío Quiñonez Pinilla, del 28 de septiembre de 2006, exp. 76001-23-31-000-2003-04752-01(AP), M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta y del 03 de junio de 2010, exp. 19001-23-31-000-2005-01737-01(AP), M.P. María Claudia Rojas Lasso (E), todas de esta Corporación.

RECONOCIMIENTO DE INCENTIVO ECONÓMICO EN ACCIÓN POPULAR / SENTENCIA DE ACCIÓN POPULAR PROFERIDA CON ANTERIORIDAD A PROMULGACIÓN DE LA LEY QUE DEROGA EL INCENTIVO ECONÓMICO

La Ley 1425 de 2010 en su artículo 1, derogó los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 que consagraban el incentivo. La derogación de la normativa que establecía tal incentivo generó inmensas inquietudes en la comunidad jurídica sobre su reconocimiento antes de la promulgación de la mencionada ley y de cara a las acciones populares que se habían iniciado en vigencia de la Ley 472 de 1998. Ante la disparidad de criterios en los diferentes tribunales y juzgados, la Sala Plena del Consejo de Estado unificó la posición en la sentencia IJ de 3 de abril de 2013 en la que decidió: “unificar la jurisprudencia... en torno a la improcedencia de su reconocimiento, incluso en aquellos procesos promovidos con anterioridad a la expedición dicha Ley 1425”, fundada en que el ejercicio la acción popular, la impugnación y demás actuaciones surtidas no pueden hacerse valer como derechos adquiridos ni expectativas legítimas frente a la derogatoria que dispuso la nueva ley, habrá de negarse el incentivo económico solicitado por el actor en el sub iudice” (...) En el caso que se estudia, la sentencia de segunda instancia fue proferida antes de que se expediera la Ley 1425 de 2010 (diciembre 29) por tanto, el reconocimiento del incentivo no resulta afectado.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 - ARTÍCULO 39 / LEY 472 DE 1998 - ARTÍCULO 40 / LEY 1425 DE 2010 - ARTÍCULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA ESPECIAL DE DECISIÓN 17

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., tres (3) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-33-31-034-2009-00195-01(AP)REV

Actor: JOSE IGNACIO MORALES ARRIAGA

Demandado: SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ, INVIMA Y EMPRESA SABAJÓN APOLO S.A.

La Sala se pronuncia sobre la solicitud de revisión de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 05 de agosto de 2010, dentro de la acción popular de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. El trámite en la primera instancia

1.1.1 La demanda.

El señor José Ignacio Morales Arriaga, actuando en nombre propio, incoó acción popular contra la Secretaría Distrital de Salud, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA y Sabajón Apolo S.A., para que previos los trámites de la ley 472 de 1998, se protegieran los derechos e intereses colectivos a la seguridad y salubridad públicas, los derechos de los consumidores y usuarios y los derechos de los menores de edad.

Argumentó, en síntesis, que la empresa Sabajón Apolo S.A., empresa dedicada a la producción y comercialización de bebidas embriagantes, violaba por omisión los derechos e intereses colectivos mencionados, debido a que en el envase de sus productos no hacía constar con nitidez la leyenda “el exceso de alcohol es perjudicial para la salud”; y que el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA- concurría a la predicada vulneración por omisión de sus deberes de control y vigilancia sobre la publicidad, identificación o promoción de los productos de la empresa Sabajón S.A., en lo atinente al cumplimiento de la normativa que la obligaba a insertar en sus envases esa leyenda.

1.1.2 La Sentencia de Primera Instancia.

El Juzgado Treinta y Cuatro Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. amparó los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda y reconoció un incentivo de 10 SMMLV en favor del demandante y a cargo de Sabajón Apolo S.A., pues encontró probado que en las botellas cuyas fotografías aparecían en las impresiones de la página web no se advertía con nitidez la leyenda “el exceso de alcohol es perjudicial para la salud”. No dispuso nada sobre la protección de los derechos colectivos por considerar que las medidas para tal efecto se adoptaron en el curso de la actuación procesal.

1.1.3 El Recurso de Apelación.

Sabajón Apolo S.A., solicitó la revocación de la sentencia de primera instancia, pues, en su criterio, la decisión allí adoptada en relación con el daño contingente, la amenaza, la vulneración o agravio a los derechos e intereses colectivos, no estaba soportada en un debido y razonado análisis probatorio. Protestó que el Juez no hubiera tomado en consideración el probado cumplimiento por parte de esa empresa del deber de insertar en sus envases la leyenda exigida por la ley, aunque el texto de ésta no constara con plena nitidez. Igualmente, reprochó el

reconocimiento del incentivo económico al actor a pesar de la evidente falta de interés de su parte en el impulso del proceso, como se puso en evidencia, con su inasistencia a la audiencia de pacto de cumplimiento y a la audiencia de interrogatorio de parte.

1.2. La Sentencia materia de revisión.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera Subsección A-, en la decisión del 05 de agosto de 2010, modificó y adicionó el fallo de primera instancia. Declaró la violación de los derechos e intereses colectivos a la salubridad pública, los derechos de los consumidores y los derechos de los menores de edad, e impuso a los demandados Sabajón Apolo S.A., e INVIMA, el deber de cancelar el incentivo equivalente a 10 SMMLV a favor del demandante, en partes iguales, con fundamento en las siguientes reflexiones:

*“la Sala estima que los derechos colectivos a la salubridad pública y los derechos de los consumidores y usuarios se vulneraron no por la razón señalada por la jueza **a quo**, es decir, porque en las botellas cuyas fotografías aparecían en las impresiones de la página web no se advirtiera con nitidez la leyenda “el exceso de alcohol es perjudicial para la salud” sino porque en la publicidad que hizo la sociedad mencionada en su página web no se señalaron las advertencias a las que se refiere la ley 124 de 1994 ni las normas que la complementan.*

Dicho de otra forma una es la leyenda “el exceso de alcohol es perjudicial para la salud” que debe contener la etiqueta del recipiente de la bebida alcohólica de conformidad con el artículo 16 de la ley 30 de 1986 (...) y otra la advertencia de “prohíbese el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad” a la que se refieren los artículos 1 y 3 de la ley 124 de 1994 a la cual debe hacerse alusión en toda publicidad de bebidas embriagantes; así como la nocividad de tales productos a la que alude el artículo 17 del Decreto 3466 de 1982. (...)

De acuerdo con lo expuesto la Sala desestimaré el argumento de la recurrente conforme al cual no obstante la falta de nitidez de las leyendas de las botellas se estaba cumpliendo con las exigencias mencionadas en la ley, pues como se dijo, la publicidad realizada en la página web no cumplía con lo previsto en los artículos 1 y 3 de la ley 124 de 1994 y 17 del decreto 3466 de 1982.

(...) en cuanto al argumento de que el daño, amenaza o vulneración no se concretó la Sala estima como ya se dijo en precedencia que con las impresiones de la página web de Sabajón Apolo de 4 y 11 de Junio de 2009 se acreditó el quebrantamiento de los derechos e intereses colectivos a la salubridad pública y los derechos de los consumidores y usuarios pues la sola circunstancia de hacer publicidad sin las advertencias de ley lesiona los derechos que se busca proteger mediante la presente acción en tanto no resulta necesario un menoscabo de los bienes jurídicos respectivos, basta con que los mismos hayan sido puestos en peligro porque ésta también es una modalidad de violación que la ley castiga debido a la naturaleza preventiva de las acciones populares (...)

La Sala estima que tampoco le asiste razón a la apelante cuando sostiene que no debe concederse el incentivo al actor popular, advirtiendo que si bien el actor popular no asistió a la audiencia de pacto de interrogatorio ni al interrogatorio, ello no es óbice para que se le otorgue el incentivo ya que una valoración integral de su conducta procesal permite advertir que fue proactivo en la protección de los derechos colectivos pues presentó las pruebas que demostraron la vulneración alegada, hizo la publicación para informar sobre la existencia de la acción a la comunidad y formuló los correspondientes alegatos de conclusión. (...)

Como se advierte el INVIMA omitió el cumplimiento de sus funciones y, por ello, también es responsable de la vulneración de los derechos e intereses colectivos a la salubridad pública y de los consumidores y usuarios pues no adelantó ningún trámite relacionado con los hechos de la demanda de acción popular, toda vez que no ejerció las facultades de control y vigilancia que le han sido encomendadas por la ley, esto es, no desarrollo para el caso que nos ocupa las competencias respectivas especialmente las que atañen al cumplimiento de las exigencias dispuestas por los artículos 1 y 3 de la ley 124 de 1994 y 17 del Decreto 3466 de 1982 en materia de bebidas embriagantes y de la prohibición para el consumo de las mismas por parte de menores de edad. (...)

Con base en las razones expuestas la Sala declarará probada la excepción de “falta de legitimación en la causa por pasiva” propuesta por la Secretaria Distrital de Salud de la Alcaldía mayor de Bogotá D.C. en atención a que de las normas transcritas no se colige que a dicha entidad le corresponda el control de la publicidad de bebidas embriagantes en páginas web, que sí le corresponden al INVIMA.”

II. LA SOLICITUD DE REVISIÓN

La entidad demandada INVIMA, en escrito radicado el 02 de septiembre de 2010, solicitó revisión de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de la siguiente manera:

“Para el caso del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –Invima- esto se ha visto reflejado en el fallo que ahora se cuestiona, encontrándose una disparidad o incongruencia que debe unificarse frente a pronunciamientos del Consejo de Estado en materia de responsabilidad por omisión de las funciones de inspección y vigilancia y control sobre la publicidad de bebidas alcohólicas, especialmente en cuanto al momento en que deben iniciar las actuaciones de la entidad al evidenciarse una infracción a la normatividad sanitaria”

La Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera – Subsección C del Consejo de Estado, mediante auto del 06 de abril de 2011, encontró procedente la selección con fines de revisión, de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 05 de agosto de 2010”. Al efecto consideró:

“La Corte Constitucional al momento de ejercer el control, precisó que la única finalidad del mecanismo de revisión eventual venía a ser la unificación de jurisprudencia, razón por la cual no constituye un nuevo recurso o una instancia adicional para el proceso y no puede pretenderse a través de él, un nuevo examen de aspectos que ya fueron definidos en las respectivas instancias. Se constituye, así, únicamente, en una garantía del derecho a la igualdad ante la ley. Así las cosas, la revisión opera en caso de contradicciones o divergencias interpretativas que puedan surgir entre tribunales o entre las secciones o subsecciones del Consejo de Estado, o cuando la providencia objeto de la revisión contradiga la jurisprudencia reiterada de la Corporación. (...)

Advierte la Sala que la sustentación de la solicitud de revisión formulada por la parte demandada, cumple con la respectiva carga de argumentación, por cuanto indica que la decisión del a quo contradice pronunciamientos de esta Corporación relacionados con el momento en el cual se configura la responsabilidad del INVIMA por la vulneración de las normas sanitarias.

De modo que, analizadas tanto la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca como la sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado – Rad. 19001-23-31-000-2005-01737-01 C.P. María Claudia Rojas Lasso – la Sala considera pertinente la selección de dicho proveído, toda vez que es necesario precisar aspectos que determinen a partir de cuándo se configura la responsabilidad de las entidades públicas al ejercer su función de inspección, vigilancia y control.

En consecuencia, al estar ante un asunto que ha sido objeto de tesis jurisprudenciales encontradas, se impone la selección de la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 05 de agosto de 2010”

Sobre la base de estas premisas y criterios orientadores, se analizarán a continuación los aspectos pertinentes a los temas allí destacados.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. Competencia

La Sala es competente para decidir sobre la solicitud de revisión de la sentencia proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 5 de agosto de 2010, con fundamento en el Acuerdo 078 del 24 de abril de 2018 de esta Corporación¹, el artículo 36 de la Ley 270 de 1996 adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 y el artículo 272 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Antes de resolver el caso concreto, la Sala se ocupará de los siguientes aspectos procesales y sustantivos que guardan relación con el asunto:

i) Características del recurso eventual de revisión.

¹ “Por medio del cual se modifica el Acuerdo 321 de 2014 sobre la integración y funcionamiento de las Salas Especiales de Decisión de que trata el artículo 107 de la Ley 1437 de 2011”

- ii) Recuento normativo sobre la publicidad, identificación o promoción de bebidas embriagantes.
- iii) Las funciones del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA-
- iv) 3.5.La obligación del INVIMA de iniciar la vigilancia y seguimiento a la publicidad de bebidas embriagantes por omisión en el ejercicio de su competencia para aplicar las medidas sanitarias de seguridad relacionadas con los productos de su competencia, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, y
- v) El caso concreto.

3.2. Características del mecanismo eventual de revisión

La Sala considera pertinente, a efectos de delimitar el marco de su competencia, traer a cita algunos de los caracteres que conforme a la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación², presenta el mecanismo de revisión eventual de sentencias.

Así, tomará en consideración que este mecanismo no constituye una tercera instancia de decisión, ya que opera frente a sentencias y providencias en firme; que este difiere, a su vez, de un recurso extraordinario por cuanto su tramitación “se encuentra justificada en motivos, en intereses y en principios que trascienden los alcances del proceso judicial de origen y a las partes implicadas en el mismo, pues comprometen a la colectividad, a intereses o principios como la igualdad, la seguridad jurídica, la protección de la buena fe o de la confianza legítima y la realización de la justicia material”³; que su objeto reside en la procura de la unificación de la jurisprudencia existente en relación con la protección de los derechos colectivos; y que, por tanto, los temas de decisión que han de ser estudiados y resueltos en el respectivo fallo no se encuentran limitados, ni por los argumentos esgrimidos por quien ha solicitado la revisión, ni por las motivaciones que sustentaron la decisión de selección para revisión.

3.3. Recuento normativo sobre la publicidad, identificación o promoción de bebidas embriagantes.

Para efectos de resolver el mecanismo sometido a su consideración, la Sala hará un recuento normativo de las disposiciones que regulan la publicidad, identificación o promoción de las bebidas embriagantes y, seguidamente, de las normas que regulan lo atinente a las distintas competencias que ha fijado el ordenamiento jurídico en relación con la inspección, el control y la vigilancia de las actividades potencialmente nocivas.

La nocividad de los bienes y servicios está determinada en función de su naturaleza, de su calidad, de su vigencia, o de su idoneidad para la satisfacción de las necesidades que su productor anuncia cubrir; y guarda relación con los efectos peligrosos o dañinos para la vida de las personas, de cualquier ser vivo y/o del

² Radicación número: 17001-33-31-001-2009-01566-01(IJ). Sentencia de 3 de septiembre de 2013.

³ Radicación (AP) 170013331003201000205 01. Auto 205 de septiembre 11 de 2012.

ambiente, efectos que por elementales consideraciones de orden público concierne moderar, prevenir, evitar, conjurar o corregir al Estado.

Con ese propósito, el Estado moderno interviene los procesos de producción, distribución, mercadeo y comercialización de bienes y servicios, y lo hace, por consideraciones de orden público, con especial intensidad y énfasis en relación con aquellos que acusan potencial nocividad.

En esa línea de propósito, la Ley 9 de 1979 dispuso una serie de normas generales rectoras de las disposiciones y reglamentaciones necesarias para preservar, restaurar y mejorar las condiciones sanitarias relacionadas con la salud humana en el ámbito laboral, con la nocividad de los agentes de diversa índole presentes en los sitios de trabajo, y en general, con los riesgos para la salud provenientes de la producción, almacenamiento, transporte, expendio, uso o disposición de sustancias peligrosas para la salud pública.

Entre tales normas, resulta pertinente tener presentes las que allí se expidieron respecto de la producción de alimentos y bebidas **-incluyendo las bebidas alcohólicas-**, a los rótulos y a la publicidad empleada en su presentación al público.

Se trataba, sin embargo, de disposiciones que, si bien comprendían dentro del objeto de su regulación a las bebidas alcohólicas, no habían sido expedidas en consideración a los efectos particulares progresivos y de variada intensidad que estas tenían para sus consumidores, desde la depresión de su sistema nervioso central, pasando por estados de intoxicación aguda, hasta llegar, eventualmente, a generar adicción.

Estos efectos, asociados a su potencial adictividad, motivaron al legislador a regular, dentro del Estatuto Nacional de Estupefacentes, aspectos particulares de su mercadeo y comercialización con el fin de prevenir al consumidor sobre sus consecuencias potencialmente nocivas para la salud. Es así como los artículos 16 y 18 de la ley 30 de 1986 prescriben lo siguiente:

“Artículo 16. En todo recipiente de bebida alcohólica nacional o extranjera deberá imprimirse, en el extremo inferior de la etiqueta y ocupando al menos una décima parte de ella, la leyenda: "El exceso de alcohol es perjudicial para la salud".

En la etiqueta deberá indicarse, además, la gradación alcohólica de la bebida.

Artículo 18. _ No se autorizará la venta de licores, cigarrillo y tabaco que no contengan las leyendas prescritas en los artículos 16 y 17 de este Estatuto.”

Y más recientemente, en el mismo sentido, la Ley 124 de 1994 dispuso:

“Artículo 1º.- Prohíbese el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad.

*La persona mayor que facilite las bebidas embriagantes o su adquisición será sancionada de conformidad con las normas establecidas para los expendedores en los Códigos Nacional o Departamental de (ilegible)
(...)*

Artículo 3º.- Toda publicidad, identificación o promoción sobre embriagantes debe hacer referencia expresa a la prohibición establecida en la presente Ley.

Parágrafo. - Los establecimientos que expendan bebidas embriagantes deberán colocar en sitio visible el texto de la presente Ley.”

La anterior normativa, expedida en un contexto de derecho policivo y en atención a consideraciones de orden público, debe ser interpretada hoy, además, en el marco garantista de los derechos colectivos y en particular, de los derechos de los consumidores, a partir de los lineamientos fundamentales que traza el artículo 78 de la Constitución de 1991 con el siguiente tenor literal:

“Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.”

Complementan la regulación sobre la publicidad de las bebidas embriagantes, las siguientes normas:

- Decreto 3788 de 1986, artículos 41 y 42, reglamentarios de la Ley 30 de 1992.
- Decreto 4445 de 2005 *“Por el cual se crea el Registro Sanitario Especial de bebidas alcohólicas para la Zona Aduanera Especial de Maicao, Uribia y Manaure.*
- Decreto 120 de 2010, artículos 15 y 16, y el decreto compilatorio 1079 de 2015.
- Decreto 1686 de 2012, artículos 50-53, que establece el reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios que se deben cumplir para la fabricación, elaboración, hidratación, envase, almacenamiento, distribución, transporte, comercialización, expendio, exportación e importación de bebidas alcohólicas destinadas para consumo humano.
- Decreto 1069 de 2015, artículo 2.2.2.1.4.8, Decreto único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.
- Decreto Ley 19 de 2012, artículo 133.
- Decreto 2078 de 2012 *“por el cual se establece la estructura Invima y se determinan las funciones de sus dependencias”*

3.4. Las funciones del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA-

En el marco de la integración que realizó la Ley 100 de 1993, de la salud pública, el sistema de seguridad social y la provisión de servicios privados, adquirió cardinal importancia la especialización funcional de las actividades administrativas de ejecución de las políticas definidas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de los bienes y productos asociados a la salud individual y colectiva de los colombianos.

En esa perspectiva, el legislador se inclinó por un modelo de organización descentralizada por servicios o por especialidad en función del cual dio creación a un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Salud, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, al que denominó “Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA-“, con el objeto de dar por su conducto **ejecución a 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 pudieran tener impacto en la salud individual y colectiva**⁴.

A este instituto le han sido atribuidas las funciones relativas al control y la vigilancia de la calidad y seguridad de este tipo de productos durante todas las actividades asociadas con su producción, importación, comercialización y consumo, y para el efecto, se le otorgaron competencias para identificar y evaluar las infracciones a las normas sanitarias y procedimientos establecidos y adelantar las investigaciones que sean del caso, aplicar las medidas de seguridad sanitaria de ley y las sanciones que sean de su competencia, **de conformidad con la Ley 9 de 1979** y remitir a otras autoridades los demás casos que les correspondan; adelantar, **cuando considere conveniente**, las visitas de inspección y control a los establecimientos que los producen y comercializan, y autorizar la publicidad que se dirija a promover su comercialización y consumo⁵.

La aludida ley 9 de 1979 fue reglamentada parcialmente por el Decreto 3075 de 1997⁶, que, además de reglamentar las “condiciones básicas de higiene en la fabricación de alimentos” (requisitos y condiciones que debe reunir cada uno de los estadios de la cadena producción, distribución, comercialización, almacenamiento y consumo de tales bienes); reguló detalladamente las actividades de vigilancia y control (registro sanitario, certificación de inspección sanitaria, vigilancia sanitaria, medidas de seguridad, y procedimientos y sanciones a seguir y a aplicar en caso de infracción de la normativa sanitaria).

Para el caso, la Sala tomará en particular consideración las siguientes disposiciones del decreto reglamentario en mención:

⁴ Ley 100 de 1993, artículo 245

⁵ Decreto 1290 de 1994, artículo 4, numerales 1, 15, 18 y 19.

⁶ Fue derogado por el artículo 21 del Decreto 539 de 2014.

ARTICULO 67. COMPETENCIA. El Ministerio de Salud establecerá las políticas en materia de vigilancia sanitaria de los productos de que trata el presente decreto, al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA le corresponde la ejecución de las políticas de vigilancia sanitaria y control de calidad y a las entidades territoriales a través de las Direcciones Seccionales, Distritales o Municipales de Salud ejercer la inspección, vigilancia y control sanitario conforme a lo dispuesto en el presente decreto.

ARTICULO 81. Corresponde al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA y a las Entidades Territoriales de Salud adoptar las medidas de prevención y correctivas necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones del presente decreto, así como tomar las medidas sanitarias de seguridad, adelantar los procedimientos y aplicar las sanciones que se deriven de su incumplimiento.

En el año 2004, el INVIMA fue reestructurado y dotado, entre otras subdirecciones, con la subdirección de alimentos y bebidas alcohólicas entre cuyas funciones se encontraban las siguientes: proponer al Director General normas técnicas y de procedimiento relacionadas con (...) los procedimientos de vigilancia y control sanitario, **ejecutar análisis de laboratorio y de la publicidad de los productos de su competencia y una vez aprobadas, cumplirlas y hacerlas cumplir**; coordinar y dirigir el diseño y desarrollo de planes, programas y proyectos de vigilancia y control de calidad de los productos de su competencia; programar, adelantar y evaluar el desarrollo de las visitas de inspección, vigilancia y control respecto a los productos y establecimientos de su competencia; **aplicar las medidas sanitarias de seguridad relacionadas con los productos de su competencia** sin perjuicio de las que le correspondan a las entidades territoriales, de conformidad con las normas vigentes; y **autorizar la publicidad y vigilar el cumplimiento de las normas vigentes en esta materia**, en lo que a productos de competencia del área se refiere⁷.

Finalmente, fue expedida la Ley 715 de 2001, ley que al tiempo que definió los recursos y competencias de los entes territoriales, fijó sus responsabilidades generales de vigilancia y control; le confirió competencias a los municipios para vigilar y controlar, en coordinación con el Instituto Nacional para la Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – Invima-, y el Fondo Nacional de Estupefacientes, la producción, expendio, comercialización y distribución de medicamentos, incluyendo aquellos que causen dependencia o efectos psicoactivos potencialmente dañinos para la salud y sustancias potencialmente tóxicas; y a los municipios de 1a, 2da y 3ª categoría, en coordinación con las autoridades ambientales y en el ámbito de la salud pública, les atribuyó precisas competencias de inspección, vigilancia y control de factores de riesgo para la salud humana presentes en el ambiente, entre ellas la de vigilancia y control sanitario sobre los factores de riesgo para la salud; y la de cumplir y hacer cumplir en su jurisdicción

⁷ Decreto 211 de 2004, artículo 10 (Este decreto fue derogado por el artículo 33 del decreto 2078 de 2012, luego estaba vigente para el momento en que se dictó la sentencia objeto de revisión).

las normas de orden sanitario previstas en la Ley 9ª de 1979 y su reglamentación o las que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

Así las cosas, sin perjuicio de las atribuciones que en materia de inspección, vigilancia y control de factores de riesgo para la salud humana competen a los municipios, cuyo ejercicio deben desplegar en coordinación con el INVIMA, y de las competencias a aquellos asignadas para que hagan cumplir las normas de orden sanitario de la ley 9 de 1979, al INVIMA corresponde la aplicación de las medidas sanitarias de seguridad relacionadas con los productos de su competencia, entre los que se encuentran las bebidas alcohólicas.

Para el caso, entiende la Sala que el Tribunal reprochó al INVIMA la omisión en el cumplimiento de su deber de aplicar este tipo de medidas en orden a corregir las faltas en las que incurrió la empresa SABAJÓN APOLO S.A.

3.5. La obligación del INVIMA de iniciar la vigilancia y seguimiento a la publicidad de bebidas embriagantes para aplicar las medidas sanitarias de seguridad relacionadas con los productos de su competencia, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación

De conformidad con la normativa reseñada en precedencia y atendiendo cada situación en particular, esta Corporación, a través de su jurisprudencia, ha determinado el momento a partir del cual el INVIMA incurre en omisión de su deber de aplicar medidas sanitarias correctivas a quienes infringen las normas reguladoras de la publicidad de bebidas embriagantes, en las formas que se extractan de los siguientes pronunciamientos:

**CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA Consejero ponente: DARÍO QUIÑONES PINILLA
Bogotá, D. C., veintisiete (27) de marzo de dos mil tres (2003).
Radicación número: 76001-23-31-000-2002-2764-01(AP-764)**

“(…) Lo anterior muestra que tanto el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos como la Secretaría de Salud del Municipio de Santiago de Cali, tienen la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia sobre la publicidad comercial sobre el consumo de bebidas alcohólicas. De consiguiente, cuando los particulares desatienden la obligación señalada en los artículos 1º y 3º de la Ley 124 de 1994 y esas autoridades públicas no adelantan las medidas correctivas pertinentes, es claro que incumplen el deber de vigilancia que les asigna la ley. Luego, son también responsables, por vía de omisión, de la amenaza del derecho colectivo a la salubridad pública de los menores.

Sin embargo, la Sala considera que el grado de responsabilidad que se reprocha en las autoridades públicas y el particular no es igual, pues es evidente que la amenaza del derecho colectivo cuya protección se pretende se origina directamente en la actuación del particular e indirectamente en la omisión de las autoridades públicas. Por esta razón, el pago del incentivo a que hace referencia el artículo 39 de la

Ley 472 de 1998 corresponderá por partes iguales en un 20% a las autoridades públicas responsables y el 80% a la empresa Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. Luego, el monto de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes que se señalará, se pagará a la demandante en la proporción antes indicada.

En consideración con lo expuesto, la Sala revocará la decisión impugnada en relación con la empresa Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A, el Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos y la Secretaría de Salud del Municipio de Santiago de Cali. Así, a la citada empresa se le prevendrá para que, en lo sucesivo, toda la publicidad que haga sobre la venta de bebidas alcohólicas tengan la advertencia a que hace referencia los artículos 1º y 3º de la Ley 124 de 1994. A las entidades públicas, se les ordenará cumplir con su deber de vigilancia sobre la propaganda comercial que los establecimientos de comercio adelantan para promover la venta de bebidas embriagantes. En lo demás, se confirma la decisión impugnada.”

**CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE
LAFONT PIANETA Bogotá, D. C., veintiocho (28) de septiembre de dos
mil seis (2006) Radicación número: 76001-23-31-000-2003-04752-01(AP)**

“(…) Lo anterior muestra con claridad que, contrario a lo afirmado por la impugnante, no se hace expresa referencia a la prohibición establecida en el artículo 1º de la Ley 124 de 1994 en la totalidad de la publicidad comercial que adelanta para promover ofertas en el precio de bebidas alcohólicas. Este hecho, tal como lo ha reconocido esta Corporación, amenaza los derechos e intereses colectivos cuya protección se reclama en este asunto, en especial el derecho a la salubridad pública. (…)

*Conforme a los elementos de prueba obrantes en el expediente, para la Sala es claro que en este asunto el INVIMA omitió el cumplimiento de sus deberes de control y vigilancia sobre la publicidad comercial sobre el consumo de bebidas alcohólicas de que tratan los hechos de la demanda, toda vez que permitió una publicidad que no cumplía con lo establecido en los artículos 1º y 3º de la Ley 124 de 1994, sin que adoptara las medidas correctivas pertinentes, **las cuales solo implementó una vez que fue notificada de la demanda, tal como lo reconoció al darle contestación a ésta.** (…)*
(resaltado fuera de texto)

Por lo tanto, se confirmará lo resuelto en los ordinales 1º y 3º de la parte resolutive de la sentencia apelada.

Igualmente se confirmará lo dispuesto en el ordinal 4º ibídem, que fijó el incentivo económico a favor del actor en el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y ordenó su pago en la siguiente forma: un 20 % de ese valor, en forma proporcional, a cargo de las entidades

públicas demandadas, y el 80% restante, a cargo de las empresas privadas demandadas, también en forma proporcional.

Lo anterior por cuanto el grado de responsabilidad que se reprocha en las autoridades públicas y los particulares demandados en este asunto no es igual, pues es evidente que la amenaza del derecho colectivo cuya protección se pretende se origina directamente en la actuación de los particulares e indirectamente en la omisión de las autoridades públicas.”

**CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA Consejera ponente (E): MARIA CLAUDIA ROJAS
LASSO Bogotá D.C., tres (3) de junio de dos mil diez (2010) Radicación
número: 19001-23-31-000-2005-01737-01(AP)**

“Esta Sala ha puesto de presente que cuando los particulares desatienden la obligación señalada en los artículos 1º y 3º de la Ley 124 de 1994, y las autoridades públicas competentes no adelantan las medidas correctivas pertinentes, es claro que incumplen el deber de vigilancia que les asigna la ley, luego son también responsables, por vía de omisión, de la amenaza del derecho colectivo a la salubridad pública de los menores.

*En ese orden de ideas, es claro que la responsabilidad del INVIMA y del Municipio de Popayán por el ejercicio de los deberes indicados en la normatividad analizada, se configuraría ante la **omisión de adoptar las medidas correspondientes una vez se tiene conocimiento cierto, veraz y oportuno de aquellas actividades que desconozcan las normas sanitarias.***

En la contestación de la demanda el INVIMA manifestó que una vez tuvo conocimiento de los hechos que motivan la presente acción, procedió a iniciar el correspondiente proceso sancionatorio, a través del auto N° 05000109 de 15 de diciembre de 2005, en cumplimiento de su función de vigilancia y control, con el fin de investigar la responsabilidad de COMFACAUCA en los hechos narrados en la demanda.

*Como argumento de su defensa, **el Municipio de Popayán aportó el cronograma de actividades de visitas a Supermercados por parte de la Secretaría de Salud, con el fin de efectuar el respectivo control sanitario, para el día 22 de diciembre de 2005, tal y como se visualiza en el cuadro que obra a folio 38 del expediente.***

Para la Sala quedó demostrado que tanto el INVIMA como la Secretaría de Salud de Popayán, cumplieron con las funciones asignadas en la ley para la vigilancia y control del cumplimiento de las normas sanitarias que, en el caso concreto, deben acatar las personas naturales o jurídicas dedicadas a la publicidad, identificación o promoción de bebidas embriagantes.

Vale decir, según lo hasta aquí anotado, que las autoridades sanitarias y los entes territoriales tienen el deber de controlar y vigilar la calidad y seguridad de los productos establecidos en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, entre los cuales se encuentran los alimentos y las bebidas, durante todas las actividades asociadas con su producción, importación, comercialización y consumo; adelantar las visitas de inspección y control a los establecimientos productores y comercializadores; autorizar la publicidad que se dirija a promover su comercialización y consumo, y ejercer vigilancia y control sanitario en su jurisdicción, sobre los factores de riesgo para la salud.

Empero, de dichas funciones no se sigue que el INVIMA y el Municipio de Popayán tengan la capacidad logística para que su personal vigile en forma el cumplimiento de las normas sanitarias en todos y cada uno de los establecimientos de comercio, pues ello excede los límites de lo realizable.

El acervo probatorio permite advertir que la vulneración del derecho a la salubridad pública en que incurrió COMFACAUCA deviene de la inobservancia de la obligación prevista en el artículo 3° de la Ley 124 de 1994. Tal situación indiscutiblemente no representa la omisión del cumplimiento de los deberes constitucionales y legales por parte de las autoridades demandadas, sino, por el contrario, demuestra la conducta reprochable del particular en la vulneración del derecho colectivo a la salubridad pública y los derechos de los consumidores.

(...)

En este orden de ideas, se revocará la sentencia apelada, por cuanto lo procedente era declarar que existió la vulneración de los derechos de los consumidores y el derecho colectivo a la salubridad pública. Nada se dispondrá respecto de la protección de los derechos colectivos cuyo amparo se concede, toda vez que las medidas para ese efecto se adoptaron estando en curso la actuación procesal. Así mismo, se reconocerá el incentivo económico a favor del actor, en cuantía equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Pese a que en anteriores oportunidades en donde se declaraba la vulneración del derecho colectivo a la salubridad pública por la publicidad de bebidas alcohólicas sin las advertencias exigidas en la Ley 124 de 1994, la Sala había adoptado el criterio de condenar al pago del incentivo a favor del actor, en un porcentaje de 80% a cargo del particular responsable y 20% a cargo de las autoridades, en este caso, es preciso declarar que el monto del incentivo debe ser asumido en su totalidad por COMFACAUCA, pues quedó demostrado que el INVIMA y el Municipio de Popayán adelantan visitas de inspección para prevenir la vulneración de los derechos colectivos. Este criterio jurisprudencial está en línea con el expuesto por la Sala en sentencia de 11 de octubre de 2006, expediente 2003-02314 (AP).” (Resaltado fuera del texto)

**CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA**

MORENO Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil trece (2013) Radicación número. 25000-23-24-000-2010-00537-01(AP)

“(...) Todas las actuaciones antes realizadas por el Instituto, en cumplimiento de sus funciones fueron con el propósito principal de evitar la posible continuidad en la infracción de la ley, y por ende la vulneración de los derechos colectivos a la salubridad pública de los menores de edad y a los derechos de los consumidores y usuarios.

*En consecuencia, la Sala modifica la sentencia proferida el 2 de agosto de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el numeral tercero por cuánto quedó demostrado en el presente caso, contario a lo manifestado por el a-quo, que **el INVIMA actuó de forma diligente y, cumplió con las funciones de inspección, vigilancia y control otorgadas por la ley, en la medida que tomó los correctivos necesarios de carácter administrativo con el fin de conjurar la situación presentada por la publicación de bebidas embriagantes en la página web www.aselogistic.com , una vez tuvo conocimiento de los hechos, con la notificación del auto admisorio de la demanda.***

Frente al tema del incentivo económico, 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... De lo anterior se deduce que cuando la demanda fue presentada con posterioridad a la entrada en vigencia de la citada Ley 1425, no hay lugar a reconocer el incentivo.

Ahora bien, en el caso sub examine, encuentra la Sala que la demanda fue interpuesta el 6 de septiembre de 2010 ante la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como consta a folio 12 del expediente, esto es, antes de entrar en vigencia la Ley 1425 de 29 de diciembre de 2010. Así mismo se observa, que la demanda fue determinante para que cesara la violación de los derechos colectivos invocados, pues fue debido a la medida cautelar decretada por solicitud del demandante, que el Tribunal verificó la amenaza de violación de los mencionados derechos, razón por la cual se le debe reconocer al actor el incentivo señalado en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, en cuantía de diez (10) salarios mínimos legales vigentes, a cargo de la sociedad Aselogistic Ltda. (...) (Resaltado fuera del texto)

**CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA
GONZÁLEZ. Bogotá, D. C., siete (7) de marzo de dos mil trece (2013)**

“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 (...) 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 1° y 21 del artículo 4° del Decreto Ley 1290 de 1994.

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 1° 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. (...)

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 “prohíbese 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 síntesis, la Sección Primera de esta Corporación ha observado dos criterios diferentes al momento de definir la responsabilidad del INVIMA por omisión de su deber de imponer medidas correctivas a quienes infringen la normativa rectora de la publicidad comercial sobre el consumo de bebidas alcohólicas:

La primera tesis, que es la mayoritaria, infiere que, si bien es cierto, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA- tiene a cargo la función de inspección, vigilancia y control sanitario sobre los factores de riesgo para la salud, y la publicidad de bebidas embriagantes sin la debida advertencia sobre la prohibición de su consumo por menores de edad y mujeres embarazadas constituye un factor de ese tipo, la obligación de dar inicio a los procedimientos correctivos sólo resulta exigible una vez el Instituto haya tenido conocimiento del hecho infractor, pues ha de entenderse que el instituto no tiene la capacidad logística para que su personal vigile en forma permanente el cumplimiento de las normas sanitarias en todos y cada uno de los establecimientos de comercio del país. Tal conocimiento, puede, incluso, haber llegado al Instituto con la notificación del auto admisorio de la demanda presentada en ejercicio de la acción popular.

La segunda tesis, más reciente, sostiene que, en los eventos en que los particulares desatiendan la exigencia prevista en los artículos 1º y 3º de la Ley 124 de 1994 en materia de publicidad de bebidas embriagantes, las autoridades públicas competentes son responsables, por omisión, de la vulneración de los derechos colectivos de seguridad y salubridad pública, de los derechos e intereses de los consumidores y de los derechos de los menores de edad, pues estas deben adelantar una vigilancia continua sobre las actividades de comercialización que previamente han autorizado, tal y como lo prevén los numerales 1 y 21 del artículo 4 del Decreto Ley 1290 de 1994⁸.

3.6. El caso concreto

Sea lo primero advertir que esta Sala coincide con la apreciación del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección A, respecto de la configuración de una clara violación de los derechos e intereses colectivos a la salubridad pública, de los derechos de los consumidores y de los menores de edad, por la omisión del cumplimiento de las exigencias legales por parte de la empresa Sabajón Apolo S.A, habida cuenta que ésta última no incluyó en la publicidad que hizo de sus bebidas embriagantes la advertencia de *“prohíbese el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad”* a la que se refieren los artículos 1 y 3 de la ley 124 de 1994 a la cual debe hacerse alusión en toda

⁸ Derogado por el Decreto 2078 de 2012.

publicidad de este tipo de bebidas, así como la información relativa a la nocividad de tales productos a la que alude el artículo 17 del Decreto 3466 de 1982.

Por otra parte, acorde con los lineamientos normativos y jurisprudenciales reseñados en el acápite precedente, esta Sala infiere que, sin perjuicio de las atribuciones que en materia de inspección, vigilancia y control de factores de riesgo para la salud humana competen a los municipios en coordinación con el INVIMA, y de las competencias a aquellos asignadas para que hagan cumplir las normas de orden sanitario de la ley 9 de 1979, a ese Instituto le habían sido asignadas unas competencias específicamente relacionadas con la autorización⁹ y el control de la publicidad de las bebidas alcohólicas y con el otorgamiento del registro sanitario, competencias que interpretadas conjuntamente con las que le han sido atribuidas para que imponga las medidas correctivas necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones del decreto 3075 de 1997 y para que tome las medidas sanitarias de seguridad, adelante los procedimientos y aplique las sanciones que se deriven de su incumplimiento, permiten que esta Sala comparta el criterio aplicado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, y que proceda a la unificación jurisprudencial que se propuso con esta revisión eventual con adhesión al criterio aplicado por el Tribunal, que se resume bien en el siguiente extracto de la sentencia objeto de tal revisión:

“Al Invima le corresponde controlar y vigilar la calidad y seguridad de los productos mencionados 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; e identificar y evaluar las infracciones sanitarias y adelantar las investigaciones que sean del caso y ello significa que, de oficio, la entidad puede iniciar las investigaciones correspondientes con el fin de identificar y evaluar las infracciones a las normas sanitarias así como vigilar y controlar la publicidad de los productos de Sabajón Apolo S.A”

En efecto, parece necesario diferenciar los alcances de la vigilancia que deben adelantar las autoridades sobre actividades y/o productos que no requieren de autorización y/o registro previo, de aquella que se despliega sobre ámbitos de libertad económica que sí demandan una y/u otra condición anterior para su ejercicio. Esto, porque en relación con las primeras, a la autoridad que tiene a su cargo la vigilancia no se le podría exigir razonablemente el ejercicio continuado de esta función frente a un universo indeterminado de sujetos; al tanto que en relación con las segundas, este universo se encuentra delimitado merced a la autorización previa que para el desarrollo de la actividad ha impartido la autoridad sanitaria (para el caso el mismo INVIMA) y/o del también previo registro sanitario del producto que para el caso compete expedir a la misma autoridad que tiene a

⁹ La Sala advierte, sin embargo, que a partir de la entrada en vigor del decreto 1686 de 2012 (artículos 53 y 57), la publicidad de bebidas alcohólicas no requiere de autorización previa por parte del INVIMA, circunstancia esta que, como se explicará mas adelante, no obsta para que se asuma este lineamiento de unificación jurisprudencial.

su cargo la vigilancia de los actos autorizados y de las condiciones del producto materia del registro.

Pues bien, como ha señalado la Sala en un aparte precedente de esta providencia, el INVIMA le competía, a través de la Subdirección de **autorizar la publicidad y vigilar el cumplimiento de las normas vigentes en esta materia**, así como aplicar las medidas sanitarias de seguridad relacionadas con los productos de su competencia (decreto 211 de 2004, artículo 10), razón por la que el universo de los sujetos pasivos de la función de vigilancia y control se encontraban clara y previamente delimitados, y nada impedía, en consecuencia, que valido de la tecnología informática y de telecomunicaciones, o de planes concretos de visitas de inspección y control a los establecimientos productores y comercializadores, ejerciera una vigilancia continua sobre las actividades y productos previamente autorizadas y registrados por el mismo Instituto.

Las mencionadas obligaciones implican para el INVIMA, el imperativo de hacer un seguimiento posterior, continuo y permanente a la (s) empresa (s) autorizada (s), con el fin de verificar si está (n) cumpliendo con las obligaciones que le corresponden, entre ellas, la publicidad con la advertencia de la prohibición del expendio de bebidas embriagantes a menores de edad de acuerdo a lo establecido en los artículos 1 y 3 de la Ley 124 de 1994 y 17 del Decreto 3466 de 1982.

Esa vigilancia y ese control puede realizarlos el INVIMA directamente o por medio de contratos de monitoreo, de diversas maneras: electrónica a través de las páginas web y redes sociales de las empresas o por buscadores electrónicos; física, por medio de visitas a los establecimientos; a través de citaciones a las oficinas de la entidad con exhibición de documentos y en fin, por cualquier mecanismo que le permita hacer un seguimiento y un control efectivo de la actividad autorizada.

Significa lo anterior que, el INVIMA debe hacer el control de policía administrativa sanitaria siempre de oficio, apoyado en diversos medios, como se ejemplificó, sin que ello excluya, obviamente, la petición de cualquier persona para activar su procedimiento administrativo.

Ahora bien, no pasa desapercibido para esta Sala que, desde el momento en que se solicitó la revisión eventual, hasta la fecha, se han producido algunos cambios normativos y jurisprudenciales importantes que tienen relación con el tema que aquí se analiza y a los que se hará referencia seguidamente.

En primer lugar, a partir de la entrada en vigor del decreto 1686 de 2012 (artículos 53 y 57), la publicidad de bebidas alcohólicas no requiere de autorización previa por parte del INVIMA. Empero, se encuentran aun vigentes las normas que obligan al registro de los productos que consisten en bebidas con contenido de etanol, tanto como las que atribuyen al INVIMA su expedición, motivo por el cual, nada obsta para que se aplique a futuro el criterio de unificación ya definido.

En segundo lugar, el artículo 144 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al regular aspectos sobre la protección de los derechos e intereses colectivos dispuso en el inciso tercero, lo siguiente:

“Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda”.

De esta regla puede derivar la Sala que i) el legislador quiso que tanto la autoridad como el particular que cumple funciones públicas fueran advertidas de la violación de derechos e intereses colectivos con el objeto de que adoptaran las medidas necesarias para cesar su amenaza o vulneración con medidas oportunas y eficaces, ii) que no fueran sorprendidos con acciones populares cuando los hechos dañosos podían solucionarse por vía administrativa y antes de acudir a la administración judicial, iii) evitar largos, engorrosos y cuantiosos procesos judiciales.

Para la Sala, el requisito de procedibilidad exigido en el CPACA no modifica el momento a partir del cual el INVIMA tiene la obligación de ejercer la función de inspección, vigilancia y control, pues esta es continua y permanente a partir de la autorización que concede la autoridad al particular para publicitar el producto, o a partir del momento en que se expide su registro sanitario.

En conclusión y en armonía con las normas citadas, para efectos de unificar el criterio que ha de emplear el Juez para determinar el momento a partir del cual se configura la obligación del INVIMA por la omisión de las funciones de inspección, vigilancia y control sobre la publicidad de bebidas alcohólicas, la Sala precisa que, una vez este Instituto ha expedido los registros sanitarios y/o, ha extendido las autorizaciones correspondientes, debe iniciar, de oficio y de manera inmediata, o a petición de cualquier persona, las investigaciones pertinentes en su calidad de autoridad sanitaria en virtud de su deber legal de vigilar y controlar al autorizado o al productos del bien registrado.

Lo anterior no obsta para que, la actividad de control propiamente dicha, en lo que al componente sancionatorio se refiere, sí resulta del conocimiento del hecho transgresor, pues no se interviene para conjurar una situación crítica o irregular hasta tanto no se haya constatado y conceptualizado sobre las causas conducentes a esa irregularidad.

El incentivo

Otro de los aspectos analizados en la sentencia del Tribunal de Cundinamarca y que se deriva de la declaración de la violación de los derechos e intereses colectivos, es el del incentivo. Este tema fue regulado por la Ley 1425 de 2010 y fue objeto de unificación por parte de la Sala Plena.

La Ley 1425 de 2010 en su artículo 1¹⁰, derogó los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 que consagraban el incentivo.

La derogación de la normativa que establecía tal incentivo generó inmensas inquietudes en la comunidad jurídica sobre su reconocimiento antes de la promulgación de la mencionada ley y de cara a las acciones populares que se habían iniciado en vigencia de la Ley 472 de 1998.

Ante la disparidad de criterios en los diferentes tribunales y juzgados, la Sala Plena del Consejo de Estado unificó la posición en la sentencia IJ de 3 de abril de 2013 en la que decidió: *“unificar la jurisprudencia... en torno a la improcedencia de su reconocimiento, incluso en aquellos procesos promovidos con anterioridad a la expedición dicha Ley 1425”*, fundada en que el ejercicio la acción popular, la impugnación y demás actuaciones surtidas no pueden hacerse valer como derechos adquiridos ni expectativas legítimas frente a la derogatoria que dispuso la nueva ley, habrá de negarse el incentivo económico solicitado por el actor en el *sub judice*”. En efecto, así lo dejó establecido la Sala¹¹ como a continuación se destaca:

“Pues bien, para efectos de arribar a la determinación acerca de si el reconocimiento del incentivo resulta, o no, procedente en los procesos iniciados antes de la expedición de la plurimencionada Ley 1425, la Sala estima que el análisis relacionado con la naturaleza jurídica de los ya derogados artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 en cualquier caso lleva a la misma conclusión, esto es a la improcedencia de reconocer el estímulo económico, no obstante que se trate de acciones populares promovidas antes de que entrara en vigor de la Ley 1425; dicho de otra manera, indistintamente del carácter sustantivo o procedimental que pudiere predicarse respecto de las disposiciones abolidas, la conclusión a la cual debe arribarse, tal como se determinará en este proveído, es que por virtud de la decisión del Legislador, el incentivo económico desapareció del ordenamiento jurídico y, con ello, la posibilidad legal de seguir reconociéndolo dentro de las decisiones judiciales en aquellos asuntos iniciados antes de la promulgación de la Ley 1425, al margen de si los preceptos legales que preveían tal premio a favor del actor popular correspondían, o no, a normas de naturaleza sustantiva o procesal.

¹⁰ **Artículo 1°.** Deróguense los artículos [39](#) y [40](#) de la Ley 472 de 1998.

¹¹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 3 de abril de 2013; Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; expediente 17001333100120090156601 AP. Se transcribe el texto sin las citas de pie de página. Con salvamentos de voto, entre otros, de los Consejeros Stella Conto Díaz del Castillo y Danilo Rojas Betancourth.

La Sala precisa que cualquier disquisición que en punto a la naturaleza jurídica de los artículos 39 y 40 de la Ley 472, proferida en el año 1998, antes de constituir realmente un avance en la unificación de la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, se convertiría mas bien en un juicio retórico innecesario, pues, como se dijo, con independencia del carácter sustancial, o no, de dichos preceptos legales, la conclusión ha de ser la misma en uno u otro caso y ello constituye, en realidad, el aspecto a unificar por parte de la Corporación; es decir, la cuestión que en esta materia ocupa la atención de la Sala, con fines de unificación jurisprudencial, dice relación con la viabilidad de reconocer aún el incentivo económico dentro de los procesos iniciados en ejercicio de la acción popular antes de la expedición de la Ley 1425 y no lo es, en modo alguno, el debate que permita definir el carácter procesal o sustancial de unas normas que, además, ya desaparecieron del ordenamiento jurídico.

Por esa razón la Sala, sólo con el propósito de establecer –como ya se anticipó– que en este momento el juez de la acción popular no podrá reconocer el incentivo económico dentro de las acciones ejercidas antes de la expedición de la Ley 1425, procederá a advertir cómo los artículos 39 y 40 podrían acogerse desde la doble connotación –sustancial o procesal– respecto de su naturaleza jurídica, pero que, al margen de ello, la determinación final –que, bueno es insistir en ello, constituye realmente el aspecto a unificar– resulta ser la misma, esto es la improcedencia, se reitera, del reconocimiento del incentivo dentro de los litigios iniciados antes de que el Legislador hubiere expedido la Ley 1425, de diciembre 29 de 2010 (...).

(...) de aceptarse la condición sustancial de los preceptos legales que consagraban el incentivo en las acciones populares, necesariamente habría que aceptar entonces el argumento según el cual la desaparición del ordenamiento jurídico –como en efecto ocurrió– de las disposiciones que gozaban de tal naturaleza jurídica y que reconocían un derecho, impide por completo al operador judicial mantener su reconocimiento, habida cuenta de que la disposición que lo consagraba dejó de existir para el momento en el cual debía resolverse tal punto.

(...)

La Sala estima que el incentivo, entendido como el estímulo, la compensación o la retribución económica que la ley autorizaba reconocer por la labor diligente que hubiere realizado el actor popular a favor de la comunidad en búsqueda de la protección de sus derechos e intereses colectivos, no puede entenderse como un “derecho adquirido” en cabeza de dicho actor popular por el sólo hecho de presentar la demandada, comoquiera que tal instituto sólo sería determinado y, por ende, llamado a consolidarse, una vez el juez de la acción popular abordare el estudio del tema, actuación que únicamente podría producirse después de trabada la litis y del agotamiento de unas fases del proceso, esto es una vez culminada la audiencia de pacto de cumplimiento en cuanto se profiriera sentencia

aprobatoria de la misma o, de manera definitiva, en la sentencia que pusiere final al litigio (...).

Por manera que el aludido estímulo económico de ninguna forma podía catalogarse como un derecho adquirido durante el curso del proceso, sino como una mera expectativa, habida consideración de la incertidumbre que frente a tal estímulo debía esclarecer el juez de la causa y, dicho sea de paso, siempre que las pretensiones de la demanda resultaren estimadas en la correspondiente sentencia definitiva (...).

En consecuencia, por ser el incentivo económico una mera expectativa en los procesos judiciales correspondientes que aún están en curso y que, por lo mismo, no han concluído (sic) con sentencia ejecutoriada que lo hubiere reconocido como un derecho adquirido, resulta perfectamente aplicable el precedente jurisprudencial mencionado, en relación con el cual se tiene que si bien la derogatoria del incentivo produce efectos ex - nunc, lo cierto es que tal abolición de normas sustanciales –si se les diere ese calificativo a los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998– necesariamente obliga a concluir que ello afectó y, por ende, dejó sin fundamento la mera expectativa que tenían los actores populares dentro de aquellos procesos iniciados antes de la expedición de la Ley 1425, por cuanto no se trataba, según se acaba de precisar, de derechos adquiridos o de obligaciones consolidadas con anterioridad a la promulgación de dicha ley, pues para ello dependía –el incentivo–, <<de que acontezcan tales supuestos, según la normatividad sustantiva vigente en el momento>>, lo cual no se produjo.

En el caso que se estudia, la sentencia de segunda instancia fue proferida antes de que se expidiera la Ley 1425 de 2010 (diciembre 29) por tanto, el reconocimiento del incentivo no resulta afectado.

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

RESUELVE

PRIMERO. UNIFICAR la jurisprudencia frente al momento a partir del cual se configura la obligación del INVIMA por la omisión de las funciones de inspección, vigilancia y control sobre la publicidad de bebidas alcohólicas, en el sentido de precisar que, una vez la autoridad competente ha expedido los registros sanitarios y las autorizaciones correspondientes, debe iniciar, inmediatamente, de oficio, o a petición de cualquier persona, las investigaciones pertinentes en su calidad de autoridad sanitaria, conforme a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, el 5 de agosto

de 2010, se ajusta a los parámetros jurisprudenciales sentados por esta Corporación de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría General, devuélvase el expediente a este Despacho.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Presidente

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Consejero

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero
Ausente con permiso