

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN PRIMERA  
SUBSECCIÓN B

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil nueve (2009)

**Magistrado Ponente:** FREDY IBARRA MARTÍNEZ  
**Radicación:** No. 11001-33-31-023-00384-01  
**Demandante:** DIEGO ALEJANDRO PÉREZ PARRA  
**Demandado:** INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE  
MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS (INVIMA) Y OTRO  
**Referencia:** ACCIÓN POPULAR–APELACIÓN FALLO

Decide la Sala los recursos de apelación formulados por el Distrito Capital y el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) contra la sentencia de 15 de abril de 2009 proferida por el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. (fls. 405 a 451 cdno. No. 2), mediante la cual se dispuso lo siguiente:

*“PRIMERO: Desestímense las excepciones que viene presentadas (sic) por las entidades y particular accionados por las razones que viene expuestas (sic) en la parte considerativa de esta providencia.-*

*“SEGUNDO: Excluir de responsabilidad en la violación de los derechos colectivos que dieron origen la (sic) presente demanda a FENALCO S.A., por las razones que vienen expuestas en esta sentencia, sin perjuicio de instarla a que, en su calidad de ente asesor, orientador e informador de sus afiliados en todo lo que tenga que ver con la actividad mercantil, y en virtud del principio constitucional de solidaridad, a difundir y hacer sabedores de las responsabilidades de las leyendas obligatorias en la publicidad relativa a bebidas alcohólicas.*

*“TERCERO: DECLÁRASE que existió amenaza a los derechos colectivos al goce del espacio público, violación a los derechos colectivos de Goce (sic) de un ambiente Sano (sic), seguridad y salubridad públicas, Derecho (sic) de los consumidores contemplados en los literales a) g) n) del artículo 4º, de la ley 472 de 1998.*

*“CUARTO: ORDÉNASE a la sociedad BAVARIA S.A., BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL y INSTITUTO (sic) NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS ALIMENTOS (sic) (INVIMA) a ejercer funciones de inspección y vigilancia, y con ello, a realizar todas las conductas necesarias, en el ámbito de sus competencias, relativas a verificar, en el plano de la realidad, que toda la publicidad que realice sobre la venta de bebidas alcohólicas, tengan la advertencia a que hace referencia los artículos 16 de la ley 30 de 1.986 (sic) y 1º y 3º (sic) de la Ley 124 de 1994.*

*“QUINTO: Como consecuencia de la anterior declaración, prevéngase a la sociedad BAVARIA S.A., BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL y INSTITUTO (sic) NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS ALIMENTOS (sic) (INVIMA) para que, en lo sucesivo, se abstengan realizar (sic) conductas y omisiones que conduzcan a la violación de los derechos colectivos amparados en esta demanda.-*

**“SEXTO:** FÍJASE el monto del incentivo a favor del accionante **DIEGO ALEJANDRO PÉREZ PARRA**, un incentivo (sic) equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes con cargo a las siguientes entidades: **BAVARIA S.A.**, en cuantía equivalente a un cincuenta por ciento (50%) y el restante cincuenta por ciento (50%) entre **BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL** y **INSTITUTO (sic) NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS ALIMENTOS (sic) (INVIMA)** por partes iguales.-

**“SÉPTIMO:** Ordenase (sic) al Ministerio de la Protección Social, expedir, si no la ha expedido, una reglamentación clara, precisa, integral que regule el tema de la publicidad de bebidas alcohólicas, determinando, competencias y responsabilidad tanto del nivel nacional, los establecimientos públicos y las entidades territoriales.-

**“OCTAVO:** Una vez en firme esta sentencia y archívese el expediente dejando las constancias del caso.-

“.....”  
(fls. 449 a 450 cdno. No. 2 – negrillas y mayúsculas fijas del texto original).

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda

1) Mediante escrito radicado en la Oficina de Administración y Apoyo Judicial para los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá el 1º de agosto de 2007, el señor Diego Alejandro Pérez Parra, actuando en nombre propio, interpuso demanda en ejercicio de la acción popular en contra de las siguientes personas jurídicas y entidades públicas: la sociedad **BAVARIA S.A.**, la Federación Nacional de Comerciantes (**FENALCO**), el Ministerio de la Protección Social y el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (**INVIMA**) (fls. 31 a 48 cdno. No. 1), cuyas pretensiones fueron las siguientes:

**“PRIMERA.- ORDÉNASE** el amparo de los derechos colectivos a **el (sic) goce de un ambiente sano, la seguridad y salubridad públicas; y a Los (sic) derechos de los consumidores y usuarios**, que están siendo vulnerados por las conductas activas y omisivas de los demandados.

**“SEGUNDA.- ORDÉNASE**, como consecuencia de lo anterior, que se dispongan las medidas necesarias y suficientes de forma inmediata, para que cesen las conductas activas y omisivas que están produciendo la lesión de los derechos colectivos a **el (sic) goce de un ambiente sano, la seguridad y salubridad públicas y a Los (sic) derechos de los consumidores y usuarios**.

**“TERCERA.- ORDÉNAE** a la **SOCIEDAD BAVARIA S.A., (DEPARTAMENTO DE MERCADEO Y PUBLICIDAD)** el **DESMONTE INMEDIATO** de toda la publicidad de **BEBIDAS ALCOHÓLICAS** de las marcas: **Cerveza Águila, Cerveza Águila Ligth, Cerveza Póker, Cerveza Costeña, Cerveza Pilsen, Cerveza Club Colombia, Cerveza Brava, Cerveza Costeñita, Peroni**, realizadas en **AFICHES, PANCARTAS, VOLANTES, VALLAS Y EN GENERAL , TODO SISTEMA DE PUBLICIDA**, de la ciudad de Bogotá, en las cuales no se lean las frases **“El Exceso De Alcohol Es Perjudicial Para La Salud”** y **“Prohíbese El Expendio De Bebidas Embriagantes A Menores De Edad”** o en las cuales, las mismas frases, **NO sean visibles a los ojos del consumidor común.**

**“CUARTA.- ORDÉNASE** el pago a mi favor, de los incentivos previstos en el Capítulo XI de la Ley 472 de 1998.

**“QUINTA.- CONDÉNESE** a los demandados al pago de las costas y multas de Ley.” (fl. 44 cdno. No. 1 – mayúsculas sostenidas, negrillas y subrayado originales).

2) Efectuado el respectivo reparto, según acta individual de la Oficina de Apoyo para tales despachos judiciales (fl. 49 cdno. No. 1), correspondió el conocimiento de la acción popular en cuestión al Juzgado 23 Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.

## **2. Hechos**

Como fundamento fáctico el demandante expuso, en síntesis, lo siguiente:

1) La sociedad BAVARIA S.A. produce una serie de bebidas alcohólicas, pero las vallas y avisos publicitarios de las mismas que se observan en la ciudad de Bogotá, no contienen las frases: “el exceso de alcohol es perjudicial para la salud” y “prohíbese el expendio de bebidas alcohólicas a menores de edad”, según lo establecido en las leyes 30 de 1982 y 124 de 1994.

2) Tal situación atenta contra la salud pública, en la medida en que, los niños y adolescentes tienen contacto directo con dicha publicidad que no cumple con la normatividad vigente que regula la materia.

3) El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) no cumple con su función de vigilancia a los particulares, pues, si no fuera omisiva en el cumplimiento de sus atribuciones, la publicidad de BAVARIA S.A., se ajustaría a los parámetros legales.

4) De acuerdo con un documento enviado por el INVIMA a la Federación Nacional de Comerciantes (FENALCO), ésta última es la encargada de autorizar y aprobar la publicidad de bebidas alcohólicas; sin embargo, la federación demandada tampoco ha cumplido con tal función.

## **3. Los derechos e intereses colectivos presuntamente afectados**

Con la presente acción se pretende la protección de los derechos e intereses colectivos relativos a: i) el goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; ii) la seguridad y salubridad públicas, y iii) los derechos de los consumidores y usuarios, consagrados en los literales a), g) y n) del artículo 4º de la ley 472 de 1998.

## **4. Contestación de la demanda**

La acción popular de la referencia fue admitida mediante proveído de 3 de agosto de 2007, providencia en la que el juez de primera instancia ordenó la notificación de dicha decisión al señor Ministro de la Protección Social, y a los representantes legales del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), de la sociedad BAVARIA S.A., y de la Federación Nacional de Comerciantes (FENALCO) (fls. 51 a 53 cdno. No. 1).

En esa misma oportunidad, el *a quo* ordenó la vinculación al proceso del Distrito Capital, para integrar el extremo pasivo de la litis.

#### 4.1 La sociedad BAVARIA S.A.

A través de apoderado judicial, la sociedad demandada contestó el *petitum* para oponerse a la prosperidad de las súplicas elevadas (fls. 91 a 103 cdno. No. 1), con apoyo en los motivos que a continuación se resumen:

- 1) BAVARIA S.A. sí cumple con lo ordenado en la ley 140 de 1994, respecto a la publicidad visual exterior, en cuanto tiene que ver con las leyendas de advertencia sobre el consumo.
- 2) Todos y cada uno de los elementos publicitarios de los productos cerveceros de la sociedad demandada contienen las leyendas obligatorias, esto es: *“el exceso de alcohol es perjudicial para la salud”* y *“prohíbese el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad”*, los mismos que cuentan con la respectiva autorización por parte del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA).
- 3) Además, BAVARIA S.A. lanzó una campaña de consumo responsable denominada: *“todos podemos ser padres”*, dirigida a evitar el consumo de bebidas alcohólicas por parte de los menores de edad.
- 4) La parte actora no demostró de qué manera se está produciendo la alegada vulneración de derechos e intereses colectivos, es decir, que no cumplió con la carga de la prueba que, en materia de la acción popular, corresponde al demandante.
- 5) Algunas de las fotografías policromáticas aportadas con la demandada no son muy claras, y otras fueron tomadas en las horas de la noche.
- 6) Las vallas indicadas por el actor que supuestamente no contienen las leyendas obligatorias, sí cuentan con tales inscripciones, cosa diferente es que no sean visibles a los ojos de los consumidores.
- 7) En el evento en que se ordene a la sociedad demandada retirar la publicidad que no contiene los anuncios a que se ha venido haciendo referencia, tal orden es de imposible cumplimiento, como quiera que se utilizó un mecanismo judicial inadecuado para el amparo de los derechos fundamentales del menor, pues, para ese preciso tipo de protección, el constituyente consagró la acción de tutela.
- 8) No es posible acceder al reconocimiento del pago de un incentivo económico, toda vez que el actor no probó la supuesta lesión de derechos e intereses colectivos alegada en la demanda.
- 9) La acción ejercida resulta temeraria, en la medida en que es claro que la misma carece de fundamentos legales y fácticos, ya que, la parte demandante no soporta la presunta violación de derechos e intereses colectivos que motivaron la presentación de la demanda, ni siquiera de manera teórica.

En dicha actuación, BAVARIA S.A. propuso la excepción de: *“inexistencia de la demanda: derecho a un ambiente sano, protección del espacio público”*, empero, la sociedad demandada no adujo en qué consistía tal medio exceptivo.

Adicionalmente, en esa misma oportunidad la persona jurídica privada demandada solicitó que se condenara en costas a la parte actora.

## 4.2 La Federación Nacional de Comerciantes (FENALCO)

Mediante escrito presentado el 23 de agosto de 2007 (fls. 134 a 136 cdno. No. 1), FENALCO solicitó que fuera excluida de toda responsabilidad, por las siguientes razones:

- 1) La Federación Nacional de Comerciantes (FENALCO) es una entidad de carácter gremial y privado, sin ánimo de lucro, cuya principal función es la de afianzar la actividad económica de la empresa privada en general y, en particular, del comercio.
- 2) Contrario a lo afirmado por el actor, FENALCO no ejerce atribuciones de control y vigilancia, ni es considerada como autoridad competente para autorizar publicidad de ningún tipo.

En tal ocasión, la federación demandada formuló los siguientes medios exceptivos:

- a) *“Inexistencia del demandado”*, porque, la demanda está dirigida contra la Federación Nacional de Comerciantes (FENALCO), en calidad de autoridad administrativa, naturaleza jurídica que ésta no ostenta.
- b) *“Ineptitud de la demanda”*, pues, la parte actora indicó como demandada a una institución que no ejerce funciones administrativas de vigilancia frente a la publicidad utilizada para la promoción de productos, cuando lo cierto es que FENALCO no cuenta con tales atribuciones.
- c) *“No haberse presentado prueba de la calidad en que se cita al demandado”*, ya que, no fue aportado medio de prueba que demuestre que la federación demandada sea la autoridad competente para la autorización de publicidad.
- d) *“No le asiste derecho”*, en cuanto tiene que ver con la vinculación al proceso de FENALCO, porque como ya se dijo, no es la autoridad encargada de la autorización de publicidad.

## 4.3 El Distrito Capital

El Distrito Capital, por intermedio de apoderado judicial, contestó la acción ejercida con oposición al mérito de las pretensiones de la demanda (fls. 145 a 152 cdno. No. 1), con base en los argumentos que se explican a continuación:

- 1) Los fundamentos fácticos de la demanda son simples afirmaciones que resultan ser ajenas a la realidad, y que en su mayoría son apreciaciones carentes de soporte legal y probatorio.
- 2) No existe la alegada violación de derechos e intereses colectivos, y las conductas descritas por la parte actora como causantes de la supuesta trasgresión, no tienen la virtualidad de ser consideradas como potenciales o peligros reales que atenten contra los derechos cuya protección se busca con el ejercicio de la presente acción popular.
- 3) El hecho de haberse omitido la inclusión de leyendas obligatorias en la publicidad de bebidas alcohólicas, solamente es atribuible a la sociedad BAVARIA S.A., tal como se desprende de las pruebas y elementos de juicio aportados al proceso.
- 4) Las obligaciones a cargo de la administración distrital son cumplidas a cabalidad.

En dicha actuación, la entidad pública demandada propuso cuatro excepciones, a saber:

a) *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*, como quiera que no es el Distrito Capital el llamado a atender lo pedido por la parte actora, pues, según el contenido y alcance de la demanda, es claro que el único responsable de la presunta violación de derechos e intereses colectivos es la sociedad BAVARIA S.A.

b) *“Actuación administrativa conforme a la ley”*, ya que, la administración distrital ha respetado y acatado el ordenamiento jurídico, al punto que promueve las actuaciones necesarias para el cumplimiento del mismo, y frente a la vulneración de derechos de la comunidad, es la primera en ampararlos.

c) *“Inexistencia de daño colectivo”*, en la medida en que, no fue aportado medio probatorio que demuestre el vínculo entre los hechos narrados por el actor y el eventual perjuicio al que se vería expuesto el conglomerado social.

d) *“Excepciones officiosas”*, donde solicitó que fueran declarados los medios exceptivos de oficio que se encontraran probados dentro de la actuación.

#### **4.4 El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA)**

Por medio de memorial presentado el 23 de agosto de 2007 (fls. 165 a 171 cdno. No. 1), el INVIMA pidió que no se accediera a las peticiones de la parte demandante, con apoyo en el siguiente razonamiento:

1) El instituto demandado no ha trasgredido los derechos e intereses colectivos que el actor alega como lesionados.

2) De material fotográfico allegado como anexos de la demanda, no se puede establecer, a ciencia cierta, si fueron objeto de aprobación por parte del INVIMA, y como si ello no fuera suficiente, las fotografías no son del todo claras.

3) Las disposiciones que regulan la materia, consagran la obligación consistente en que todos los anuncios publicitarios deben contener las advertencias de ley sobre el consumo de los productos perjudiciales para la salud y la prohibición de su venta a menores de edad, pero, el legislador no especificó el tamaño o dimensión de las mismas.

4) A términos de lo dispuesto en el artículo 61 del decreto 3192 de 1983, toda publicidad o información al público sobre bebidas alcohólicas, requiere aprobación de la División de Vigilancia de Productos Bioquímicos del entonces Ministerio de Salud, función que ahora recae sobre la Subdirección de Alimentos y Bebidas Alcohólicas del INVIMA.

5) Toda la publicidad de bebidas alcohólicas debe ser sometida previamente a conocimiento del instituto demandado, para que éste a su vez estudie si es viable su aprobación.

6) Corresponde a los titulares y fabricantes de las bebidas embriagantes cumplir con la normatividad sanitaria, y al INVIMA y a los entes territoriales vigilar y controlar que aquellos den cumplimiento a la misma.

7) La infraestructura con la que cuenta el instituto demandado es insuficiente para conocer todas las supuestas infracciones a las disposiciones sanitarias; sin embargo, la entidad demandada adelanta permanentemente acciones de vigilancia y control sobre la publicidad de bebidas alcohólicas.

8) Desde el mes de junio de 2007, el INVIMA está realizando una campaña de vigilancia y control sanitario de la publicidad de bebidas embriagantes, con el objeto de:

- a) llevar a cabo visitas a los diferentes sitios donde se publicitan ese tipo de productos;
- b) revisar la publicidad de los mismos con el fin de verificar si ésta cumple la normatividad sanitaria en la materia;
- c) vincular a los entes territoriales de salud, a efectos de que éstos ejerzan inspección, vigilancia y control sobre la publicidad de bebidas alcohólicas, y
- d) concientizar a los titulares y fabricantes de aquellas acerca de la responsabilidad que implica ese tipo de publicidad respecto del consumo.

Lo anterior, pone en evidencia que el instituto demandado no desconoce las funciones de inspección, vigilancia y control que les fueron atribuidas, y que por el contrario, ha estado dispuesto a velar por la salud pública, y evidentemente por la protección de la vida de las personas.

9) Si bien es cierto que el INVIMA envió un documento a FENALCO, donde se explicaron las exigencias que se debían cumplir en materia sanitaria para la publicidad de bebidas embriagantes, en ningún momento se adujo que ésta última era la autoridad competente para autorizar la publicidad de ese tipo de productos.

10) Dentro del presente asunto no se acreditó el perjuicio, el daño y/o la amenaza de derechos e intereses colectivos, cuando la carga de la prueba radica en cabeza de la parte actora.

11) La acción popular ejercida no es procedente, como quiera que no existe la amenaza de derechos e intereses colectivos alegada por el demandante, máxime si se tiene en cuenta que no se ha probado la supuesta omisión por parte de la autoridad sanitaria demandada.

En dicha oportunidad, el INVIMA formuló el medio exceptivo de: *“improcedencia de la acción”*, porque en su parecer, no se demostró la presencia de una conducta omisiva a ella imputable, que amenace o ponga en peligro derechos e intereses colectivos.

#### **4.5 El Ministerio de la Protección Social**

El Ministerio de la Protección Social contestó la acción ejercida mediante escrito radicado el 24 de agosto de 2007 (fls. 287 a 294 cdno. No. 1), para solicitar que se desestimen las pretensiones de la parte actora, en dirección de lo cual adujo lo siguiente:

1) El ministerio demandado atiende y coordina conjuntamente con otras entidades, el tema relacionado con que los menores de edad tomen conciencia acerca de las implicaciones y perjuicios que causa el alcoholismo.

2) Asimismo, como la entidad pública demandada tiene la obligación constitucional y legal de proteger a los menores de edad, debe vigilar, crear y coordinar las campañas y políticas dirigidas a que éstos no caigan en situaciones de alcoholismo.

En esa misma actuación, el Ministerio de la Protección Social planteó la excepción que denominó: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, puesto que, a su juicio, es la sociedad BAVARIA S.A. quien debe desmontar la publicidad que no cumple con la normatividad vigente aplicable al caso, más aún si se parte de la base de que la primera de las nombradas desarrolla las atribuciones que le han sido asignadas en materia de alcoholismo.

## 5. La actuación procesal en primer grado

1) En el escrito contentivo de la solicitud de amparo de la referencia, el demandante solicitó que se decretara una medida cautelar consistente en: ***“SE ORDENE A LA SOCIEDAD BAVARIA S.A., (DEPARTAMENTO DE MERCADEO Y PUBLICIDAD) el DESMONTE INMEDIATO de toda la publicidad de BEBIDAS ALCOHÓLICAS de las marcas: Cerveza Águila, Cerveza Águila Ligth, Cerveza Póker, Cerveza Costeña, Cerveza Pilsen, Cerveza Club Colombia, Cerveza Brava, Cerveza Costeña, Peroni, realizadas en AFICHES, PANCARTAS, VOLANTES, VALLAS Y EN GENERAL , TODO SISTEMA DE PUBLICIDA, de la ciudad de Bogotá, en las cuales no se lean las frases “El Exceso De Alcohol Es Perjudicial Para La Salud” y “Prohibase El Expendio De Bebidas Embriagantes A Menores De Edad” o en las cuales, las mismas freses, NO sean visibles a los ojos del consumidor común.”*** (fls. 42 y 43 cdno. No. 1 – negrillas, mayúsculas sostenidas y subrayado del texto original).

2) En el auto que se dispuso la admisión de la acción ejercida, el juez de primera instancia, de manera previa a resolver sobre la medida cautelar solicitada, ordenó a las Secretarías Distritales de Gobierno, de Ambiente y de Salud, que certificaran si las vallas cuyas imágenes fueron registradas en las fotografías aportadas con el *petitum*, existía referencia expresa y visible de la prohibición contemplada en los artículos 1º y 3º de la ley 124 de 1994, y en la ley 30 de 1986 (fls. 51 a 53 cdno. No. 1).

3) Como quiera que las entidades públicas antes mencionadas no cumplieron con tal orden, el juez de primer grado practicó directamente una inspección judicial (fls. 205 a 208 cdno. No. 1).

4) Posteriormente, y ante la insistencia del actor para que el *a quo* hiciera un pronunciamiento frente a la medida cautelar pedida, y con base en lo que se constató en la diligencia arriba referida, mediante proveído de 16 de octubre de 2007 (fls. 228 a 234 cdno. No. 1), se adoptó la siguiente decisión:

***“PRIMERO: Decretar medida cautelar dentro del presente proceso consistente en la ordenar (sic) la cesación inmediata de las actividades que originan la amenaza y/o vulneración de los derechos colectivos invocados con la demanda.-***

***“SEGUNDO: Para efectos de materializar la medida cautelar que viene decretada, se ordena al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA y a Bogotá Distrito Capital, por intermedio de las Secretarías de Gobierno y Medio Ambiente, el inicio inmediato de las procedimientos (sic) sanitarios, administrativos y policivos que sean necesarios para hacer cesar las actividades que originan, preliminarmente, la vulneración y amenaza de los derechos colectivos invocados por el actor, relativos a la salubridad pública y derechos de los consumidores, concretamente respecto de las vallas ubicadas en las siguientes direcciones, en las cuales (sic) no se identifican las leyendas de: “el exceso de alcohol es***

*perjudicial para la salud” y “prohibase el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad”.*

“.....  
**“TERCERO:** *Oficiese en el mismo sentido a la sociedad BAVARIA S.A. para que proceda a hacer cesar las actividades que originan, preliminarmente, la vulneración y amenaza de los derechos colectivos invocados por el actor, relativos a la salubridad pública y derechos de los consumidores, concretamente respecto omisión (sic) de la leyenda “el exceso de alcohol es perjudicial para la salud” y “prohibase el expendio de bebidas alcohólicas a menores de edad” en las vallas que vienen relacionadas en el numeral anterior.-*

“.....”  
 (fls. 233 y 234 cdno. No. 1 – mayúsculas sostenidas y negrillas originales).

Tal providencia fue notificada a las partes por estado de 17 de octubre de 2007 (fl. 234 vlt. cdno No. 1).

5) En cumplimiento de dicha orden, la sociedad BAVARIA S.A. cambió las vallas publicitarias indicadas en el proveído de que trata el numeral anterior, según lo informó en memorial radicado el 30 de octubre de 2007 (fls. 280 a 281 cdno. No. 1), documento con el cual aportó un disco compacto, en el que obran unas fotografías policromáticas, donde se registran las imágenes del estado anterior de los avisos y los cambios realizados (fl. 279 ibídem).

## **6. La sentencia de primera instancia**

El Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá, en providencia de 15 de abril de 2009 (fls. 405 a 451 cdno. No. 2) accedió parcialmente a lo pretendido por el actor, con base en las siguientes consideraciones:

1) Frente a los medios exceptivos propuestos por algunas de las demandadas, se tiene lo siguiente:

a) Sobre la excepción de: *“inexistencia de la demanda: derecho a un ambiente sano y protección al espacio público”* formulada por la sociedad BAVARIA S.A., es claro que más que constituir un impedimento procesal, se trata de un argumento de defensa dirigido a atacar el mérito de las pretensiones, por lo que, se análisis se hará en conjunto con el fondo del asunto.

b) Acerca de los medios exceptivos denominados: *“inexistencia del demandado”* y *“no haberse presentado prueba en que se cita al demandado”* planteados por la Federación Nacional de Comerciantes (FENALCO), resultan ser improcedentes, pues, en el trámite de la acción popular únicamente pueden proponerse las excepciones previas de falta de jurisdicción y cosa juzgada, según lo dispuesto en el artículo 23 de la ley 472 de 1998.

Sin perjuicio de lo anterior, los mismos no tienen vocación de prosperidad, como quiera que, el hecho de que la federación demandada no ostente la calidad de autoridad administrativa, no implica que deba desconocerse a la persona jurídica, al punto de asegurar su inexistencia, ni mucho menos, predicar la ineptitud de la demanda por tal situación.

Adicionalmente, respecto a la excepción de: *“no le asiste derecho”*, es evidente que FENALCO no es una autoridad administrativa, pero, ello no es óbice para que ésta informe a sus asociados sobre la obligación relativa al cumplimiento de los parámetros legales que debe reunir la publicidad de bebidas alcohólicas.

c) Con relación al medio exceptivo denominado: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* formulado por el Distrito Capital, el mismo no está llamado a prosperar, en la medida en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la ley 715 de 2001, corresponde a los municipios y distritos ejercer inspección, vigilancia y control de factores de riesgo que afecten la salud pública, y una vez adviertan los hechos generadores de tal afectación, deben iniciar las acciones de su resorte.

Igualmente, en cuanto tiene que ver con las excepciones de: *“actuación administrativa conforme a la Ley”* y *“inexistencia de daño colectivo”*, como se trata de argumentos que tocan el fondo del asunto, los mismos serán resueltos conjuntamente con el análisis respectivo de la controversia.

d) Frente al medio exceptivo denominado: *“improcedencia de la acción”*, el cual fue propuesto por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), no resulta ser atendible, toda vez que la acción popular procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas y de los particulares que hayan vulnerado o amenacen violar derechos e intereses colectivos y, precisamente, en ese sentido se dirigen las súplicas de la demanda.

e) Sobre el medio de exceptivo de: *“falta de legitimación en la causa”* planteado por el Ministerio de la Protección Social, es claro que el mismo carece de soporte válido, ya que, éste es el encargado de fijar políticas en materia de vigilancia sanitaria, y de ejercer el control de tutela administrativa respecto de las actuaciones del INVIMA, debido a que, a términos de lo dispuesto en el artículo 245 de la ley 100 de 1993, éste último es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al primero de los mencionados.

2) En cuanto al fondo del asunto se refiere, se tiene que, en el ordenamiento jurídico colombiano existen disposiciones legales que imponen la obligación clara y expresa acerca de que la publicidad de bebidas alcohólicas debe contener las siguientes prevenciones: *“el exceso de alcohol es perjudicial para la salud”* y *“prohíbese el expendio de bebidas alcohólicas a menores de edad”*.

3) El Consejo de Estado ha dicho que el hecho de no incorporar tales leyendas en la publicidad de bebidas embriagantes sí tiene la virtualidad de vulnerar derechos e intereses colectivos.

4) Según lo establecido en el decreto 1290 de 1994, al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) le corresponde autorizar la publicidad que se dirija a promover la comercialización y consumo de medicamentos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos, productos biológicos, elementos médico quirúrgicos y odontológicos, productos naturales homeopáticos, que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva.

5) Las funciones de vigilancia, inspección y control atribuidas al INVIMA no se limitan a la simple aprobación de la publicidad de bebidas embriagantes, pues, dicha labor debe extenderse al plano de la realidad, donde, se debe verificar si los elementos

publicitarios aprobados son los que efectivamente están siendo utilizados por el interesado.

6) En la diligencia de inspección judicial practicada, se pudo constatar que la vallas publicitarias de bebidas alcohólicas que produce y comercializa BAVARIA S.A. ubicadas en unos precisos lugares de la capital de la República, no contenían las inscripciones de que trata el numeral 2) anterior y, precisamente, con base en lo que se constató en tal diligencia, se decretó una medida cautelar, decisión que quedó debidamente ejecutoriada.

Así, salta a la vista que el INVIMA omitió el cumplimiento de la atribución de inspección, vigilancia y control, en cuanto tiene que ver con la publicidad de ese tipo de productos, luego, el instituto demandado no puede exculparse de responsabilidad dentro del presente asunto aduciendo haber cumplido con sus funciones, ya que, solamente hasta el 11 de diciembre de 2007, es decir, con posterioridad a la presentación de la acción de la referencia, realizó una diligencia de inspección vigilancia y control respecto de los hechos narrados por el demandante.

7) En cumplimiento de la orden adoptada como medida cautelar dentro de la presente acción popular, BAVARIA S.A. instaló vallas que contienen las leyendas obligatorias para la promoción de bebidas embriagantes, circunstancia que fue corroborada por el INVIMA, por ende, es evidente que se trata de una situación de hecho superado, en la medida en que, cesó la violación de los derechos e intereses colectivos cuya protección busca la parte actora, en consecuencia, se condenará al pago del incentivo económico en favor de ésta.

## **7. Los recursos de apelación**

Los apoderados judiciales del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) y del Distrito Capital, interpusieron recursos de apelación contra el fallo referido (fls. 453 y 454 cdno. No. 2), impugnaciones que fueron concedidas por el *a quo* en auto de 12 de mayo de 2009 (fl. 456 ibídem).

Remitido el proceso de la referencia a esta Corporación para efectos de desatar las apelaciones de alzada, en proveído de 2 de julio de 2009 (fl. 4 cdno. ppal.) se ordenó correr traslado a las demandas para que sustentaran los recursos interpuestos por cada una de ellas.

En cumplimiento de dicha orden, los recurrentes allegaron escritos el 10 de julio del año en curso (fls. 5 a 8 y 13 a 18 cdno. ppal.).

### **7.1 El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA)**

A través de memorial radicado el 10 de julio de 2009 en la Secretaría de esta Sección del tribunal, el instituto demandado solicitó que se revocaran los ordinales cuarto, quinto y sexto de la parte resolutive de la sentencia impugnada, y que en su lugar, se denegaran las súplicas elevadas.

Los argumentos de inconformidad frente al fallo de primer grado son los siguientes:

1) De conformidad con lo establecido en el decreto 3192 de 1983 la aprobación de la publicidad de bebidas embriagantes constituye un control previo, por lo tanto, el mismo se ejerce respecto del material del proyecto publicitario allegado.

No obstante, el instituto demandado adelanta actuaciones por presuntas violaciones a las normas sanitarias dentro del marco de sus capacidades, lo cual no implica que sea negligente o que esté omitiendo el cumplimiento de un deber legal.

2) Adicionalmente, desde el año 2004 al 9 de abril de 2008 se adelantaron aproximadamente 49 procesos sancionatorios relacionados con la publicidad de bebidas alcohólicas, lo que pone en evidencia que el INVIMA está comprometido en garantizar la salud pública, ejerciendo inspección, vigilancia y control sanitario.

3) Sólo hasta el 11 de diciembre de 2007 el instituto demandado pudo llevar a cabo una diligencia de inspección, vigilancia y control con relación a los fundamentos fácticos de la demanda, porque, éste atravesó por una situación coyuntural como consecuencia de la entrada en vigencia de la ley 1122 de 2007, como quiera que, le fueron atribuidas las funciones de inspección, vigilancia y control de la producción y procesamiento de alimentos de las plantas de beneficio de animales, de los centros de acopio de leche y de las plantas de procesamiento de lácteos y sus derivados, así como del transporte asociado a tales actividades, lo mismo que, de la importación y exportación de alimentos y materias primas para la producción de aquellos en puertos, aeropuertos y pasos fronterizos.

4) El INVIMA no ha omitido el cumplimiento de sus funciones y competencias; por consiguiente no es posible predicar la violación de derechos e intereses colectivos a él atribuible, ni mucho menos condenarlo al pago del incentivo económico.

## **7.2 El Distrito Capital**

Además de reiterar los planteamientos expuestos en la contestación de la demanda, el Distrito Capital puso de presente los siguientes fundamentos de censura en contra de la sentencia dictada el 15 de abril de 2009 (fls. 13 a 18

cdno. ppal.):

1) Contrario a lo afirmado por el actor, la ley 30 de 1986 no contiene la obligación de que toda publicidad de bebidas embriagantes deba contener las leyendas de que tratan los fundamentos fácticos de la demanda, cosa diferente es que en los empaques de tales productos deba indicarse que: “el exceso de alcohol es perjudicial para la salud”.

Además, la ley 124 de 1994 tampoco contempla la obligación de que trata el numeral anterior, pues, en dicha disposición legal solamente se reglamenta lo relacionado con el expendio de bebidas alcohólicas a menores de edad.

De acuerdo con lo anterior, es claro que no existe norma que orden la inclusión de las leyendas: “el exceso de alcohol es perjudicial para la salud” y “prohíbese el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad” en todas las vallas o avisos publicitarios de esa clase de bebidas.

2) Igualmente, a términos de lo establecido en el artículo 41 del decreto 3788 de 1986, no es al Distrito Capital a quien corresponde ejercer control y vigilancia frente a la omisión de realizar tales inscripciones en los envases de bebidas embriagantes.

En tal oportunidad, la administración distrital pidió que se declararan probadas las excepciones propuestas en la correspondiente oportunidad procesal en primera instancia, al tiempo que, la condena en costas al demandante.

## **8. Actuación surtida en segunda instancia**

1) Luego de unos requerimientos previos, por auto de 13 de agosto de 2009 (fls. 20 y 21 cdno. ppal.), se admitieron los recursos de alzada y se ordenó notificar a las partes dicha providencia.

2) Una vez en firme tal providencia, como quiera que las partes no solicitaron la práctica de pruebas en este grado jurisdicción, en proveído de 10 de septiembre del presente año (fl. 23 cdno. ppal.) se dispuso que se corriera traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de 10 días, y vencido éste, y por el mismo lapso, correr traslado al Ministerio Público para emitir el respectivo concepto.

En dicho término, únicamente el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), el Distrito Capital, y el actor hicieron un pronunciamiento, en tanto que la sociedad BAVARIA S.A. y el Ministerio de la Protección Social guardaron silencio.

## **9. Alegaciones finales en esta instancia**

### **9.1 El Instituto Nacional de Vigilancia de Alimentos y Medicamentos (INVIMA)**

Por intermedio de apoderado judicial, el INVIMA presentó sus alegaciones finales, con el siguiente contenido y alcance:

1) El instituto demandado no ha vulnerado derechos e intereses colectivos, toda vez que ha cumplido sus funciones de inspección, vigilancia y control atribuidas en el decreto 3192 de 1983 y en las leyes 30 de 1986 y 124 de 1994.

2) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 del decreto 3192 de 1983, el Grupo de Publicidad adscrito a la Subdirección de Registros Sanitarios del INVIMA, lleva a cabo un estudio previo y detallado de cada uno de los elementos publicitarios presentados por los titulares de los registros sanitarios, los cuales son aprobados una vez se verifique que éstos cumplen con la normatividad sanitaria vigente, situación que no implica que la entidad deba responsabilizarse cuando los vigilados hacen publicidad que no cuenta con la respectiva autorización.

3) Únicamente podría decirse que el INVIMA incurrió en una omisión en el cumplimiento de sus obligaciones legales en el evento en que, no obstante haberse presentado una queja formal sobre presuntas irregularidades en la publicidad utilizada para la comercialización de bebidas alcohólicas, éste no hubiera actuado para verificar la infracción sanitaria, circunstancia que no se presenta en el asunto que en esta oportunidad ocupa la atención, pues, no fue allegado medio de prueba que acredite que en el instituto demandado reposa una queja en ese sentido.

4) El juez de primer grado desconoció que la entidad pública demandada debe practicar un sinnúmero de visitas de inspección, vigilancia y control, que cuenta con limitación de infraestructura y de personal, situaciones éstas que imponen la obligación de programas tales diligencias, y que impiden que se realicen de manera inmediata.

5) No es de recibo la afirmación del *a quo*, según la cual el INVIMA ejerce sus funciones de inspección, vigilancia y control sobre registros fotográficos, ya que, dicha labor se desarrolla respecto del proyecto de publicidad que el interesado presenta para su aprobación.

6) El instituto demandado sí realiza un control posterior, sólo que le es imposible conocer todas las infracciones al régimen sanitario que se comenten en el territorio nacional.

7) El 25 de agosto de 2009, el INVIMA realizó un encuentro denominado: “impacto de la publicidad en el consumo de bebidas alcohólicas”, en el cual participaron industriales y entidades públicas, con el fin de crear conciencia sobre el impacto social que conlleva el cumplimiento del ordenamiento jurídico en cuanto tiene que ver con la publicidad de ese tipo de productos.

En tal actuación, el INVIMA aportó tres actas en las que consta que la Procuraduría General de la Nación realizó una vigilancia superior sobre las actividades de la primera de las mencionadas para evitar la publicidad, promoción y propaganda comercial que no contenga las advertencias legales sobre el consumo de bebidas embriagantes (fls. 33 a 38 cdno. ppal.).

## **9.2 El Distrito Capital**

Mediante escrito presentado el 28 de septiembre de 2009 en la Secretaría de la Sección Primera de esta Corporación (fls. 39 a 44 cdno. ppal.), la entidad pública demandada reiteró los argumentos esgrimidos en el escrito contentivo de la sustentación de la apelación por ella interpuesta.

## **9.3 La parte demandante**

En esta oportunidad, el actor presentó alegatos de conclusión para solicitar que se confirme el fallo recurrido (fls. 45 a 53 cdno. ppal.), en los siguientes términos:

1) Dentro del expediente se logró demostrar que la publicidad utilizada por la sociedad BAVARIA S.A. en la ciudad de Bogotá en vallas y avisos de promoción de bebidas embriagantes, no cumplía con los requisitos exigidos en la ley.

2) Al momento de la presentación de la demanda y en la época en que fue practicada la diligencia de inspección judicial en el asunto de la referencia, se probó que las vallas que existen en la capital de la República no contenían las leyendas de que tratan las leyes 30 de 1982 y 124 de 1994.

3) En reiteradas pronunciamientos, el Consejo de Estado ha dicho que cualquier publicidad de bebidas alcohólicas que no cumplan con tales requerimientos, de una parte, atenta contra el derecho a la salud pública de los niños y adolescentes, en la medida en que, este grupo de la población no tiene capacidad de autodeterminación, y de otro lado, afecta a toda la sociedad.

4) Como quiera que la publicidad usada por la sociedad demandada fue aprobada por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), salta a la vista que éste último tenía la obligación de ejercer control y vigilancia sobre los medios publicitarios de la primera de las mencionadas, pero, omitió tal deber, por lo que es

responsable de la violación de los derechos e intereses colectivos cuya protección se pretende en esta ocasión.

## **10. Concepto del Ministerio Público**

El Agente del Ministerio Público Delegado ante esta Corporación, luego de hacer una síntesis de las súplicas elevadas, de los hechos de la demanda, de la contestación de la misma, del trámite procesal en primer y segundo grados, de la decisión impugnada y del recurso de apelación (fls. 54 a 68 cdno. ppal. No. 2), rindió concepto con el siguiente contenido:

1) No es de recibo la justificación del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) para no haber ejercido oportunamente su función de inspección, vigilancia y control dentro del presente caso, en la medida en que, cuando una entidad pública tiene a su cargo ese preciso tipo de atribuciones debe hacer todo lo que esté a su alcance para cumplir con la labor encomendada, actividades que no desplegó, puesto que las vallas publicitarias de que tratan los hechos narrados por el demandante fueron instaladas en varios lugares de esta ciudad, lo que facilitaba que tuviera conocimiento de la situación, y por ende, que ejerciera el respectivo control; sin embargo, ello no fue así, luego, es claro que debe responder por su omisión.

2) Tampoco resulta suficiente razón para exonerarse de responsabilidad, la manifestación del INVIMA, según la cual, para el cumplimiento de la función a él atribuida es necesaria la colaboración de otras autoridades competentes, dado que, si bien las entidades públicas deben actuar coordinada y armónicamente para lograr los fines del Estado, ello no lo releva del deber de cumplir con sus atribuciones.

3) Afirma el Distrito Capital que no fue consagrada norma alguna que ordene la inclusión de las frases a las que ya se ha hecho referencia en vallas y avisos publicitarios de bebidas embriagantes, pues, existen suficientes disposiciones sobre la materia que exigen la inclusión de tales textos en la publicidad que se utilice para comercializar ese tipo de productos.

4) No se entiende cómo la administración distrital desconoce la normatividad que regula la materia, ni porqué insiste en la inexistencia de la reglamentación sobre ese puntual aspecto, máxime si se parte de la base de que en la providencia recurrida se hizo un recuento de la misma.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración, con el siguiente derrotero: 1) finalidad de la acción popular; 2) las excepciones propuestas; 3) las funciones del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA); 4) las atribuciones del Distrito Capital en materia de salubridad pública; 5) el caso concreto, y 6) la condena en costas.

### **1. Finalidad de la acción popular**

Las acciones populares consagradas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, reglamentadas por la ley 472 de 1998, tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados o

vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares cuando ellos actúen en desarrollo de funciones administrativas.

En la forma y términos de la reglamentación contenida en los artículos 1, 2, 4 y 9 de la ley 472 de 1998, los elementos necesarios para la procedencia de las acciones populares, son los siguientes:

- 1) La finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.
- 2) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos o intereses.
- 3) Se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración, o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.
- 4) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la ley 472 de 1998.
- 5) La titularidad para su ejercicio, como su nombre lo indica, está dada por su naturaleza popular, por lo tanto puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la ley 472 de 1998.

## **2. Las excepciones propuestas**

Sobre el punto encuentra esta Sala de Decisión importante resaltar que, si bien el juez de primera instancia resolvió en la sentencia recurrida los medios exceptivos propuestos por el Distrito Capital, lo cierto es que, la entidad pública demandada en el escrito contentivo de la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el *a quo*, solicitó que las excepciones formuladas en el trámite de la primera instancia fueran declaradas probadas.

Así las cosas, en la oportunidad procesal pertinente el Distrito Capital planteó los siguientes medios exceptivos:

- 1) *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*, porque, en su parecer, no es la administración distrital quien debe atender lo pedido por la parte actora, en la medida en que, de acuerdo con el *petitum* es claro que el único responsable de la presunta violación de derechos e intereses colectivos es la sociedad BAVARIA S.A.
- 2) *“Actuación administrativa conforme a la ley”*, pues, a su juicio, el Distrito Capital ha respetado y acatado el ordenamiento jurídico, tanto que ha promovido las actuaciones necesarias para el cumplimiento de sus funciones, y cuando se presenta vulneración de derechos de la comunidad, es el primero en ampararlos.
- 3) *“Inexistencia de daño colectivo”*, ya que, según la entidad pública demandada no fue aportado medio probatorio que acredite el vínculo entre los fundamentos fácticos de la demanda y el eventual perjuicio al que se verían expuestos los miembros de la sociedad.

4) “*Excepciones oficiosas*”, donde pidió que se declararan de oficio las excepciones que se encontraran probadas dentro de la actuación.

Al respecto cabe señalar que el primero de los medios de defensa propuestos no tiene vocación de prosperidad por las siguientes razones:

a) La legitimación en la causa se define como un presupuesto de la pretensión o de la oposición para efectos de obtener sentencia de fondo, consistente en la facultad que otorga la ley al demandante y al demandado para perseguir judicialmente una pretensión o para responderla y contradecirla válidamente, según sea el caso.

b) El concepto de legitimación en la causa suele confundirse con el de interés sustancial para obrar, atinente éste último al motivo serio, actual, particular y subjetivo que asiste a las partes con la finalidad de que, a través de una sentencia de fondo, se resuelvan las peticiones u oposiciones invocadas en la demanda y en la contestación de la misma.

c) Respecto de la diferencia existente entre estos dos conceptos, la doctrina nacional señala lo siguiente:

*“En procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos, esta condición o cualidad que constituye la **legitimación en la causa**, se refiere a la **relación sustancial que se pretende que exista entre las partes del proceso y el interés sustancial en litigio o que es el objeto de la decisión reclamada. Se puede tener legitimación en la causa, pero no el derecho sustancial pretendido.**”*

*“(...) **En los procesos contenciosos, la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante (...).**”*

“.....”

*“c) **El demandado tiene siempre interés sustancial para actuar en toda clase de procesos contenciosos, puesto que el demandante pretende obligarlo o vincularlo con la sentencia y por cuanto aquél tiene interés sustancial serio y actual en oponerse. Pero puede ocurrir que a pesar de ello el demandado carezca de legitimación en la causa, por no ser la persona que conforme a la ley deba discutir las pretensiones del demandante, aunque tenga interés sustancial para defenderse y oponerse a la demanda (...).**”*

*“d) **En cambio, si el demandado tiene legitimación en la causa, por ser la persona que conforme a la ley sustancial puede discutir la pretensión del demandante, también tendrá interés sustancial serio y actual para tal discusión; no se concibe que tenga aquella sin éste”**<sup>1</sup> (resalta la Sala).*

<sup>1</sup> DEVIS ECHANDÍA Hernando. “Compendio de Derecho Procesal Tomo I, Teoría General del Proceso”. Edit. ABC Bogotá, 1981; 8ª ed., págs. 276 – 281.

Bajo esos criterios, la Sala concluye que en el asunto objeto de examen, el Distrito Capital está legitimado en la causa por pasiva, en atención a que, si bien no fue quien instaló las vallas y avisos publicitarios de bebidas embriagantes que no cumplían con las exigencias de ley, al parecer omitió el deber de preservar el orden público en el territorio distrital, entendido éste como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad públicas, y en un sentido más amplio, el bienestar general de la comunidad.

Aspecto muy diferente al anterior, es el atinente a la procedencia de la acción y/o al mérito de las súplicas de la demanda. Por consiguiente, habrá de declararse no probada la excepción que se comenta.

En cuanto tiene que ver con las excepciones denominadas: “*actuación administrativa conforme a la ley*” e “*inexistencia de daño colectivo*”, se tiene que, los argumentos esgrimidos para sustentarlos, constituyen verdaderas razones dirigidas desvirtuar el mérito de las súplicas de la demanda, por lo que su estudio se realizará en conjunto con el fondo del asunto.

Por último, la administración distrital pretende que se declare oficiosamente cualquier excepción que aparezca probada en el proceso, empero, la Sala advierte que no encuentra probado ningún medio exceptivo que pueda ser declarado de oficio, por lo que esta excepción tampoco está llamada a prosperar.

En ese contexto, se impone confirmar la sentencia en cuanto a este primer aspecto de impugnación se refiere.

### **3. Las funciones del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA)**

El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) fue creado mediante la ley 100 de 1993, en cuyo artículo 245 fue definido como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al entonces Ministerio de Salud, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, con el objeto de ejecutar 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.

En desarrollo de dicha disposición legal, el Gobierno Nacional profirió el decreto 1290 de 1994, en donde se establecieron los objetivos y las funciones del instituto demandado.

Según lo establecido en los artículos 2º y 4º de la norma antes mencionada, es claro que el INVIMA ejerce, entre otras, las funciones relacionadas con: 1) la expedición de licencia sanitarias de funcionamiento y los registros sanitarios, lo mismo que su renovación, ampliación, modificación y cancelación; 2) la promoción, el apoyo y la acreditación de instituciones para la realización de evaluaciones farmacéuticas y técnicas, así como de laboratorios de control de calidad; 3) laboratorio nacional; 4) la organización, dirección y control de la red nacional de laboratorios; 5) el impulso y dirección de las funciones públicas de control de calidad, vigilancia sanitaria y vigilancia epidemiológica; 6) la identificación y evaluación de las infracciones a las normas sanitarias y a los procedimientos establecidos, al tiempo que, la realización de las

investigaciones que sean del caso y la aplicación de las medidas de seguridad sanitaria y de las sanciones de su competencia; 7) la ejecución de visitas de inspección y control a los establecimiento productores y comercializadores de 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 en general de aquellos que puedan tener impacto en la salud individual y de la colectividad; 8) la autorización de 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, y 8) el otorgamiento del visto bueno sanitario a la importación y exportación de los productos antes referidos.

Todo ello, con el fin de desarrollar los objetivos para los cuales fue creado, esto es, en aras de ejecutar las políticas formuladas por el Ministerio de la Protección Social en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de los productos que le señala el artículo 245 de la ley 100 de 1993, y de promover el desarrollo científico y tecnológico referido a ese precisos los productos.

#### **4. Las atribuciones del Distrito Capital en materia de salubridad pública**

Según lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 315 de la Constitución Política, el alcalde municipal debe conservar el orden público, y ostenta la calidad de primera autoridad de policía del municipio, entre otras funciones.

El texto de la disposición constitucional en cita es el siguiente:

**“Artículo 315.-** *Son atribuciones del alcalde:*

“.....

*“2a) Conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del Presidente de la República y del respectivo gobernador. El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio. La policía nacional cumplirá con prontitud y diligencia las órdenes que le imparta el alcalde por conducto del respectivo comandante.*

“.....”

Como ya se dijo en el capítulo 2 de estas consideraciones, el orden público es el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad públicas, luego, en concordancia con la norma de la Carta Política antes transcrita, es obligación del representant legal del municipio está en la obligación de mantener tales condiciones.

Por su parte, el numeral 44.3.3 del artículo 44 de la ley 715 de 2001, establece que en materia de salud pública, los distritos y los municipios de categoría especial 1º, 2º y 3º, cuentan con competencias de inspección, vigilancia y control de factores de riesgo presentes en el ambiente que afecten la salud humana, en coordinación con las autoridades ambientales.

Así las cosas, salta a la vista que el Distrito Capital debe adoptar todas las medidas necesarias para preservar, conservar y mantener el bienestar general de la comunidad capitalina.

## 5. El caso concreto

En el caso *sub examine* la parte actora, en ejercicio de la acción popular demandó al Ministerio de la Protección Social, al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), a la Federación Nacional de Comerciantes (FENALCO) y a la sociedad BAVARIA S.A., por considerar que las dos primeras de las nombradas omitieron sus funciones de inspección, vigilancia y control sobre el contenido de la publicidad de bebidas embriagantes en la ciudad de Bogotá, que produce y comercializa la última de las mencionadas, y porque ésta última no incluyó en los avisos y vallas publicitarias las siguientes inscripciones: *“el consumo de alcohol es perjudicial para la salud”* y *“prohíbese el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad”*.

Sobre ese puntual aspecto, es relevante anotar que el juez de primer grado vinculó al proceso al Distrito Capital para integrar la parte demandada dentro del presente asunto. El juez de primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante, por estimar que, aunque en el trámite de la acción la habían cesado los hechos que motivaron el ejercicio de la misma, debía declararse que había existido la alegada violación de derechos e intereses colectivos, y por ende, condenó al pago del incentivo económico de que trata el artículo 39 de la ley 472 de 1998.

En los términos en que ha sido propuesta la controversia, la Sala confirmará el fallo impugnado, previo el análisis de cada uno de los fundamentos de los recursos de alzada:

### 5.1 Los argumentos esgrimidos en la impugnación por vía de apelación presentada por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA)

1) Afirma el recurrente que el control previo de la publicidad se realiza respecto del proyecto publicitario que es aportado por el interesado, y que una vez se verifica que el mismo cumple con las exigencias de ley, se procede a aprobarlo; sin embargo, dentro del presente asunto no fue allegado medio de prueba alguno que demuestre en qué términos de otorgó tal aprobación respecto de las vallas y avisos publicitarios de bebidas alcohólicas que distribuye, comercializa y produce la sociedad BAVARIA S.A., luego, el motivo de censura carece de fundamento real y válido.

2) Además, el INVIMA aseguró que también adelanta actuaciones por presuntas violaciones a las normas sanitarias dentro del marco de sus capacidades, pero que cuando no lleva a cabo tales acciones por limitaciones de infraestructura y de personal, no puede predicarse que sea negligente o que esté omitiendo el cumplimiento de sus funciones, planteamiento que no es de recibo, pues, se trata de una simple manifestación carente de respaldo probatorio.

3) Arguye el apelante que desde el año 2004 hasta el 9 de abril de 2008 se adelantaron alrededor de 49 procesos sancionatorios respecto de la publicidad de bebidas embriagantes, y que de tal situación, salta a la vista que el instituto demandado busca garantizar la salud pública, a través del ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control.

El argumento de impugnación no resulta atendible, pues, si bien es cierto que en un informe rendido por el INVIMA en cumplimiento de una orden adoptada por el juez de primer grado, el instituto demandado afirmó haber tramitado 49 procesos sancionatorios,

los cuales fueron iniciados en contra de diversas personas jurídicas, dentro de las cuales se encuentra relacionada la sociedad BAVARIA S.A. y, al parecer, porque la publicidad de bebidas alcohólicas no cumplía con los requerimientos contemplados en la normatividad que regula la materia, también lo es que, no fue acreditado que dichas acciones hayan sido adelantadas precisamente por las mismas situaciones fácticas de que tratan los hechos narrados por el actor, esto es, porque en las vallas y avisos publicitarios de ese tipo de productos instalados en la ciudad de Bogotá, la sociedad antes mencionada no se estuvieran incluyendo las inscripciones de: *“el exceso de alcohol es perjudicial para la salud”* y *“prohíbese el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad”*, documento que obra a folios 331 a 338 del cuaderno No. 2 del expediente.

4) Otra de las razones de censura en contra del fallo de primer grado, radica en que, según el INVIMA solamente hasta el 11 de diciembre de 2007 pudo llevar a cabo una diligencia de inspección, vigilancia y control frente al tema objeto de controversia, pues, antes de esa época atravesó por una circunstancia coyuntural como consecuencia de la entrada en vigencia de la ley 1122 de 2007, pues, le fueron atribuidas otras funciones, motivo de inconformidad que tampoco es de recibo, toda vez que no fue aportado elemento de juicio válido que acredite la afirmación, más aún si se parte de la base de que, ello no es ni siquiera una justificación real, que tenga tal potencialidad para que aquél se sustraiga del cumplimiento de las competencias legalmente a él asignadas.

5) De otra parte, manifiesta el apelante que no ha incurrido en omisión en el cumplimiento de sus atribuciones, y que por consiguiente, no se puede predicar la lesión de los derechos e intereses colectivos que la parte actora alega en el *petitum*; no obstante, dicho planteamiento del recurso no cuenta con soporte real y válido, en la medida en que, dentro del proceso se encuentra idónea y suficientemente probado que la publicidad que utilizaba la sociedad BAVARIA S.A. en la capital de la República para la comercialización de bebidas embriagantes, no contenía las leyendas a las que ya se ha hecho referencia, y considera la Sala que, independientemente de que ésta última haya usado elementos publicitarios diferentes a los aprobados por el instituto demandado -dado que no hay constancia en el expediente del contenido y alcance de la aprobación concedida-, era obligación de aquél efectuar inspección, vigilancia y control de los mismos, para verificar si los que efectivamente estaban siendo puestos en conocimiento del público en general, cumplían o no con las disposiciones legales sobre el tema, lo cual no implica que la sociedad demandada no tenga que asumir su responsabilidad que le corresponda frente a la situación que en esta oportunidad ocupa la atención de esta Corporación.

## **5.2 Las razones de inconformidad expuestas por el Distrito Capital frente a la sentencia dictada por el juez de primer grado**

1) Asegura la administración distrital que los hechos expuestos en la demanda constituyen simples afirmaciones ajenas a la realidad, y que en su mayoría son apreciaciones que carecen de respaldo legal y probatorio. Este argumento, así como fue esgrimido, no es de recibo, ya que, contrario a lo afirmado por el recurrente, las situaciones fácticas que motivaron la presentación de la acción popular ejercida fueron acreditadas en el transcurso del trámite de la primera instancia, es más, como anexos de la solicitud de amparo fueron aportadas 60 fotografías policromáticas, en las que se registran las imágenes de la publicidad de bebidas embriagantes por parte de la sociedad BAVARIA S.A. que, a simple vista, no contienen las inscripciones que ese tipo de elementos debe contener para la promoción de tales productos.

2) Adicionalmente, el Distrito Capital arguye que no se presenta la alegada violación de derechos e intereses colectivos, y que las conductas descritas como causantes de la misma no tienen la potencialidad de ser consideradas como peligros reales que atenten contra los derechos, cuya protección se solicita, motivo éste de censura que no puede ser atendido favorablemente a los intereses de la entidad pública demandada, como quiera que, en el asunto de la referencia se demostró de manera suficiente que: a) la publicidad que venía utilizando BAVARIA S.A. para la comercialización de sus bebidas embriagantes en esta ciudad, no cumplía con el ordenamiento jurídico que existe sobre el consumo de ese tipo de productos, al punto que, posteriormente y como consecuencia de la orden cautelar decretada por el juez de primera instancia, sustituyó los elementos publicitarios que existían en los lugares donde el *a quo* practicó la diligencia de inspección judicial, según da cuenta el informe que obra a folios 280 y 281 del cuaderno No. 1 del expediente, lo mismo que, los registros fotográficos que fueron allegados conjuntamente con tal documento (fl. 279 cdno. No. 1), y b) las autoridades competentes no estaban ejerciendo sus funciones en cuanto a la inspección, vigilancia y control con relación a los avisos de publicidad de bebidas alcohólicas, ni frente a la afectación que tal situación podría generar en la salud pública.

3) Afirma la impugnante que la omisión en la inclusión de las leyendas a las que se ha venido haciendo mención en la publicidad de bebidas embriagantes, solamente es imputable a la sociedad demandada, pues, en su parecer, ello se evidencia del material probatorio que obra en el proceso; sin embargo, tal manifestación es parcialmente cierta, porque, quien instaló las vallas y avisos publicitarios fue BAVARIA S.A., pero, con la pasividad y tolerancia del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), y del Distrito Capital, pues, ninguna de ellas advirtió oportunamente que la publicidad usada por ésta no cumplía con las exigencias legales, circunstancia bajo la cual, salta a la vista que las entidades públicas demandadas también generaron y fueron partícipes de la trasgresión de derechos e intereses colectivos.

4) Uno más de los fundamentos de apelación del Distrito Capital radica en que, a su juicio, las obligaciones a su cargo han sido cumplidas a cabalidad, razón de reproche que carece de soporte probatorio, por cuanto, no demostró que haya adelantado gestiones o actuaciones dirigidas a prevenir la afectación de la salud pública, alterada como consecuencia de la existencia de publicidad de bebidas embriagantes que no contenían las inscripciones que la ley exige para prevenir el consumo de tales productos.

5) Según la entidad pública recurrente la ley 30 de 1986 no consagra la obligación de incluir en toda la publicidad de bebidas alcohólicas las frases que se han referido a lo largo de esta providencia, pues, solamente los empaques de las mismas deben contener la leyenda: *“el exceso de alcohol es perjudicial para la salud”*.

Asimismo, adujo que en la ley 124 de 1994 tampoco se establece dicha obligación, en la medida en que, a su juicio, tal disposición legal únicamente reglamenta asuntos relacionados con el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad, por lo que, en su parecer no existe normatividad que ordene la inclusión de las frases de que tratan los hechos narrados por el demandante en todos los medios publicitarios que sean utilizados para la comercialización de tales productos.

Dicho motivo de inconformidad tampoco es de recibo, si se tiene en cuenta lo siguiente:

a) En efecto, a términos de lo establecido en el artículo 16 de la ley 30 de 1986: *“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", al tiempo que "en la etiqueta deberá indicarse además, la gradación alcohólica de la bebida".*

b) No obstante lo anterior, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 del decreto 3466 de 1982, por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones, en las propagandas comerciales<sup>2</sup> de bienes o servicios que, por su naturaleza o componentes, sean nocivos para la salud, debe indicarse al público acerca de su nocividad y de la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su uso correcto así como las contraindicaciones del caso.

La norma en cita textualmente preceptúa lo siguiente:

***“Artículo 17. Leyendas y propagandas especiales. Tratándose de bienes o servicios que, por su naturaleza o componentes, sean nocivos para la salud, deberá indicarse claramente y en caracteres perfectamente legibles, bien sea en sus etiquetas, envases o empaques o en un anexo que se incluya dentro de éstos, su nocividad y las condiciones o indicaciones necesarias para su correcta utilización, así como las contraindicaciones del caso.***

***“En la propaganda comercial que se haga de aquellos bienes o servicios, se advertirá claramente al público acerca de su nocividad y de la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su uso correcto así como las contraindicaciones del caso.***

*“Tratándose de productos perecederos, se indicará claramente y sin alteración de ninguna índole, la fecha de su expiración en avisos que se fijen en sitios visibles al público, o en sus etiquetas, envases o empaques, si se trata de productos perecederos procesados o transformados, envasados o empacados.*

*“Sin perjuicio de lo anterior, el Gobierno podrá prohibir o someter al cumplimiento de requisitos especiales la propaganda comercial de todos o algunos de los bienes y servicios de que trata el presente artículo.” (resalta la Sala).*

c) Así las cosas, si bien es cierto que las bebidas alcohólicas no son *per se* nocivas para la salud, de conformidad con lo contemplado en la ley 30 de 1986, el exceso del consumo de las mismas sí constituye nocividad; por consiguiente, en una interpretación sistemática y armónica de las disposiciones arriba mencionadas, es claro que lo que se busca es prevenir el consumo irresponsable de tales productos, por lo tanto, resulta ajustado a derecho que la obligación de incluir la frase: *“el exceso de alcohol es perjudicial para la salud”*, se extienda a todos los medios utilizados para la comercialización de los mismos, toda vez que, lo que se pretende es precisamente

---

<sup>2</sup> Al respecto, es importante advertir que según lo dispuesto en el literal d) del artículo 1° de la norma en cita, la propaganda comercial es: *“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”*.

prevenir a los consumidores acerca de las implicaciones que puede generar consumir excesivamente dichas bebidas.

d) Sin perjuicio de lo anterior, le asiste razón a la entidad pública apelante en cuanto tiene que ver con el hecho de que en la ley 30 de 1986 no se hace alusión alguna a la inclusión de la leyenda: *“prohíbese el expendio de bebidas embriagantes a los menores de edad”*, sólo que, ésta pasó por alto que, aunque tal normativa no consagra dicha obligación, el artículo 3º de la ley 124 de 1994, por la cual se prohíbe el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad y se dictan otras disposiciones, sí preceptúa explícitamente que en toda publicidad, identificación o promoción sobre bebidas alcohólicas se debe hacer expresa referencia a la prohibición del expendio de ese preciso tipo de productos a menores de edad.

En ese orden de ideas, contrario a lo afirmado por el Distrito Capital como fundamento del extremo de inconformidad que se viene comentando, en Colombia sí existe normatividad que regula y reglamenta la situación fáctica expuesta por la parte actora en la demanda de la referencia, y tal como lo consideró el Agente del Ministerio Público Delegado ante este Tribunal en el concepto por él rendido, no hay justificación válida para que la administración distrital desconozca el contenido y alcance de las disposiciones legales antes referidas, máxime si el juez de primera instancia hizo una relación del ordenamiento jurídico aplicable al asunto sometido a estudio en la providencia apelada.

5) Finalmente, aduce la entidad pública demandada que, a términos de lo establecido en el artículo 41 del decreto 3788 de 1986, al Distrito Capital no le corresponde ejercer control y vigilancia frente a la omisión de incluir los textos de que trata el numeral anterior en los envases de bebidas embriagantes, aspecto de censura éste respecto del cual debe hacerse las siguientes precisiones:

a) En primer lugar, es importante advertir que el punto central de la controversia en el presente caso no es el contenido de las etiquetas de los embases de bebidas alcohólicas sino, qué anuncios o prevenciones se deben incluir, obligatoriamente y por determinación legal, en los elementos de publicidad usados para promocionar o comercializar tales productos.

b) Adicionalmente, el artículo 41 del decreto 3788 de 1986, por medio del cual se reglamenta la ley 30 de ese mismo año, preceptúa:

*“Artículo 41. La Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio de Salud, a través de la División de Vigilancia de Productos Bioquímicos, dispondrá las medidas conducentes para que, dentro de los meses siguientes a la expedición de este Decreto, las empresas que elaboren, envasen o hidraten bebidas alcohólicas y los fabricantes o distribuidores de tabacos y cigarrillos, nacionales o extranjeros, incluyan las leyendas a que se refieren los artículos 16 y 17 del Estatuto Nacional de Estupefacientes.”*

Bajo ese marco normativo, se tiene que, la División de Vigilancia de Productos Bioquímicos de la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio de Salud (hoy Ministerio de la Protección Social), debía adoptar todas las medidas necesarias para que, dentro de los dos meses siguientes a la expedición de dicha disposición reglamentaria, las empresas que elaboraran, envasaran o hidrataran bebidas alcohólicas y los fabricantes o distribuidores de tabacos y cigarrillos, nacionales o extranjeros, incluyeran las leyendas que hacen alusión a la nocividad de ingerir en exceso bebidas embriagantes y del consumo del cigarrillo.

En ese contexto, es claro que el argumento de apelación carece de soporte válido y real, por cuanto, la norma antes transcrita no establece en cabeza de quién radica la función de inspección, vigilancia y control para verificar si la publicidad utilizada para el comercio de bebidas alcohólicas cumple o no con los parámetros legales.

No obstante lo anterior, en aras de garantizar el efectivo acceso a la administración de justicia, en una interpretación integral del contenido y alcance del escrito contentivo de la sustentación de la impugnación presentada por el Distrito Capital, entiende la Sala que la apelante quiso poner de presente que corresponde a otra autoridad pública la atribución arriba mencionada, afirmación que si bien es cierta, no impide que la administración distrital adelante y deba ejecutar gestiones dirigidas solucionar la problemática ó, a poner en conocimiento de las autoridades competentes situaciones como las que son objeto de la acción ejercida, pues, el alcalde, en su calidad de máxima autoridad de policía, debe tomar todas las medidas necesarias para preservar el orden público o para restablecerlo cuando sea alterado y, precisamente, en el asunto de la referencia se estaba atentando contra la salud pública, siendo este aspecto uno de los componentes de lo que se entiende por orden público; sin embargo, la entidad pública demandada también fue omisiva, ya que, no llevó a cabo ninguna acción tendiente a evitar la vulneración de los derechos e intereses colectivos cuyo amparo fue solicitado, y además, desconoce la normatividad que regula la materia.

En consecuencia, el planteamiento de reproche no resulta ser atendible.

De otra parte, encuentra la Sala que el juez de primer grado no indicó al Ministerio de la Protección Social el término dentro del cual debe expedir, si aún no lo ha hecho, una reglamentación clara, precisa e integral que regule el tema de la publicidad de bebidas alcohólicas, por lo tanto, se adicionará el ordinal séptimo de la parte resolutive de la sentencia impugnada, en el sentido de precisar que el ministerio demandado debe dar cumplimiento a dicha orden dentro del lapso de dos meses, contados a partir de la fecha de ejecutoria de esta providencia, máxime si se tiene en cuenta que, esta precisa orden no fue objeto de cuestionamiento, pero, que obviamente requiere, por su contenido y naturaleza, la fijación de un límite en el tiempo.

Así las cosas, como quiera que ninguno de los argumentos esgrimidos en contra de la sentencia de primera instancia tienen vocación de prosperidad, se impone confirmar la providencia impugnada, pero se adicionará una precisa decisión relacionada con el término para el cumplimiento de una orden adoptada por el *a quo*.

## **6. La condena en costas**

El Distrito Capital solicitó en el escrito contentivo de la sustentación del recurso de apelación interpuesto que se condenara en costas dentro del proceso a la parte actora (fl. 18 cdno. ppal.), sin que especificara si se trataba de la primera o de la segunda instancia, por lo que sí es posible analizar si en este grado jurisdiccional hay lugar o no a condenar por ese preciso aspecto a la parte demandante.

Sobre el particular, debe precisarse lo siguiente:

1) Con relación a las costas en la acción popular, el artículo 38 de la ley 472 de 1998 preceptúa:

**“Artículo 38.-** *Costas. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar”.*

2) En cuanto al contenido y alcance del artículo arriba transcrito, el Consejo de Estado<sup>3</sup> ha fijado el siguiente criterio:

*“La norma transcrita señala que por regla general, en las acciones populares se aplican las disposiciones sobre costas previstas en el Código de Procedimiento Civil, cuyo artículo 392, numeral 1°, prescribe:*

*“1. **Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”***

*“Y el artículo 393 del mismo Código establece en su numeral 2° que:*

*“2. La liquidación incluirá los impuestos de timbre, **los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena**, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado ponente o el juez, aunque se litigue sin apoderado.”*

*“Es decir, la condena en costas incluye los impuestos de timbre, honorarios y demás gastos y costos ocasionados al beneficiario de la condena. En tal sentido cualquiera que sea la parte llamada al pago de costas debe asumir dichos valores, conforme lo prevé el C.P.C.*

*“Sin embargo, el mencionado artículo 38 de la Ley 472 de 1998 establece una excepción a la regla general, pues no siempre que **el actor popular** sea vencido en juicio o se encuentre en cualquiera otra de las causales de condena en costas previstas en el C.P.C, es condenado al pago de éstas; para ello es necesario que la acción presentada **“sea temeraria o de mala fe”**. (negrillas y subrayas originales).*

Así, en aplicación de las reglas del Código de Procedimiento Civil en cuanto se refiere a la condena en costas, por razón de la remisión expresa prevista en el artículo 38 de la ley 472 de 1998, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1) del artículo 392 de dicha normatividad, es posible condenar en costas la parte que resultare vencida en el juicio, siempre y cuando la conducta sea temeraria, de mala fe o constitutiva de abuso del derecho.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, providencia de 27 de septiembre de 2007, expediente número 20001-23-31-000-2004-00751-01(AP), M.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

3) Por su parte, el artículo 74 del Código de Procedimiento Civil establece los casos en los que se considera que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes términos:

**“Artículo 74.-** Modificado. Decr. 2282 de 1989, art. 1o, mod. 30. Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

“1o. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición, incidente o trámite especial que haya sustituido a éste.

“2o. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.

“3o. Cuando se utilice el proceso, incidente, trámite especial que haya sustituido a éste o recurso, para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.

“4o. Cuando se obstruya la práctica de pruebas.

“5o. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo norma del proceso.”

Sin embargo, jurisprudencialmente la Corte Suprema de Justicia<sup>4</sup> ha establecido que dicho listado no es taxativo, pues, pueden existir otros eventos en los que se pueda incurrir en dicha conducta.

4) La Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia complementaria de 26 de enero de 2006, proferida dentro del proceso número 25000-23-27-000-2003-01293-01(AP), Magistrado Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, definió la temeridad como: *“producto del ejercicio arbitrario y sin fundamento de la acción popular, la cual surge de la formulación de la pretensión sin respaldo alguno, o cuando de los hechos y del material probatorio, se infiere la absoluta improcedencia de la acción”*.

5) Sobre la mala fe dicha corporación sostuvo lo siguiente:

**“La mala fe se define como *“el conocimiento que una persona tiene de la falta de fundamento de su pretensión, del carácter delictuoso o cuasidelictuoso de su acto, o de los vicios de su título.”***<sup>5</sup> (...)” (negritas originales).

En ese orden, debe destacarse que, en el caso objeto de análisis, revisado el expediente se observa que la conducta desplegada por el demandante no fue temeraria en consideración a que, a las súplicas de la demanda tienen vocación de prosperidad, al punto que se evidenció la violación de los derechos e intereses colectivos a la salubridad pública y los derechos de los consumidores y usuarios, razón por la cual, se denegará la petición de condena en costas.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUB SECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia de 24 de mayo de 1980, M. P. Germán Giraldo Zuluaga.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-544 de 1994.

**F A L L A:**

**1º) Adiciónase el ordinal séptimo** de la parte resolutive de la sentencia de 15 de abril de 2009 proferida por el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá, cual quedará así:

*“**SÉPTIMO:** Ordénase al Ministerio de la Protección Social que, dentro del término de dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, y si aún no lo ha hecho, expida una reglamentación clara, precisa e integral que regule el tema de la publicidad de bebidas alcohólicas, determinando competencias y responsabilidad tanto del nivel nacional, los establecimientos públicos y las entidades territoriales.*

**2º) Confírmase** en lo demás el fallo de primera instancia.

**3º) Deniégase** la petición de condena en costas solicitada por el Distrito Capital.

**4º)** Para los fines de que trata el artículo 80 de la ley 472 de 1998, **remítase** copia integral de esta providencia a la Defensoría del Pueblo.

**5º)** Ejecutoriada esta decisión, previas las constancias de rigor, por Secretaría **devuélvase** el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Discutido y aprobado en sesión de Sala de la fecha. Acta No.

**FREDY IBARA MARTÍNEZ**  
**Magistrado**

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
**Magistrado**

**AYDA VIDES PABA**  
**Magistrada**