

ACCION POPULAR - Objeto / ACCION POPULAR - Presupuestos de procedencia

El artículo 2 inciso segundo de la Ley 472 de 1998, en desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política, dispone que las acciones populares se ejercen 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. Se trata, según lo dispuesto por esta Ley, de medios procesales de carácter preventivo, reparativo, correctivo o restitutorio, que proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos amparados por el ordenamiento jurídico. Su objeto, entonces, no es otro que la tutela de aquellos derechos que la Constitución y la Ley han reconocido de manera indivisible y global a la comunidad en cuanto cuerpo social titular de unos intereses merecedores de protección, en tanto que presupuestos o condiciones determinantes para el buen funcionamiento de la sociedad y la realización del orden jurídico, político, económico y social justo que aspira implantar la Norma Fundamental. Según ha señalado la jurisprudencia administrativa en reiteradas oportunidades, la prosperidad de la acción popular depende de la verificación de los siguientes supuestos sustanciales en el caso concreto: a) una acción u omisión de la parte demandada; b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, distinto de aquél que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana; y, c) una relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses. Estos supuestos deben ser debidamente acreditados en el proceso como presupuesto para la que la vulneración del derecho colectivo invocado sea declarada.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 88 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 2 INCISO 2

ACCION POPULAR - Mecanismo principal y autónomo

Alega una de las partes demandadas que la acción incoada se debe tener por improcedente toda vez que por los mismos hechos el INVIMA ha abierto un proceso administrativo sancionatorio que se encuentra en curso. Puesto que se trata de un argumento cuya prosperidad podría truncar el estudio de la reclamación presentada, procede la Sala a su examen. El carácter principal de las acciones populares permite rechazar el planteamiento de RED BULL COLOMBIA SAS. En efecto, a diferencia de lo reglado en materia de acciones de tutela y de cumplimiento, cuya procedencia, dado el criterio de subsidiariedad sobre el cual se edifica su régimen, está condicionada a que no existan otros mecanismos de defensa judicial, la procedencia de la acción popular no se encuentra supeditada a esta condición. La forma genérica e incondicionada como el artículo 9 de la Ley 472 de 1998 regula esta materia y el entendimiento que ha dado la jurisprudencia al régimen de esta acción permiten afirmar lo anterior. Al respecto se ha manifestado que la acción popular es principal, en tanto que aquella procede aún si existen otros medios judiciales que sean idóneos para resolver las pretensiones de la demanda. Según se ha indicado al abordar este asunto, la relevancia social y constitucional de los derechos protegidos permite explicar la exclusión legal del criterio de subsidiariedad del régimen jurídico de la acción popular... para la Sala es claro que dada la trascendencia social y constitucional de su objeto, la acción popular tiene carácter principal y autónomo, motivo por el cual su viabilidad, como lo afirmó la Corte Constitucional en la sentencia T-446 de 2007, no puede ser enervada por el trámite simultáneo de una acción judicial ordinaria, ni mucho menos por la apertura de un procedimiento administrativo sancionatorio. Puesto

que se trata de un mecanismo que no persigue la protección de derechos subjetivos ni el mero cumplimiento de la legalidad objetiva, sino la defensa de intereses superiores de titularidad colectiva, cuya efectividad constituye un compromiso fundamental del Juez Constitucional, mal puede entenderse que su trámite resulta improcedente por la existencia de un procedimiento administrativo en el cual se debaten hechos similares. Que dicho procedimiento se enfoque esencialmente en fiscalizar el acatamiento de la normatividad y no en la efectividad de los derechos que aquí se debaten, y que además la Administración responsable del impulso de dicha actuación sea parte de las demandadas dentro del presente juicio, son argumentos que permiten sustentar lo anterior. En consecuencia el planteamiento de la improcedencia de la acción popular debe ser rechazado y la Sala procederá a examinar de fondo los cargos de la demanda.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 9

NOTA DE RELATORIA: Al respecto, consultar las sentencias del 24 de junio de 2004, exp. 2003-0724-01, C.P. Darío Quiñones Pinilla; del 18 de junio de 2008, exp. 2003-00618-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; y del 8 de junio de 2011, exp. 2004-00540-01, C.P. Enrique Gil Botero. En el mismo sentido, ver sentencia T-446 de 2007 de la Corte Constitucional.

DERECHO COLECTIVO DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS - Sustento y finalidad

Aun cuando el artículo 88 de la Constitución no alude expresamente a los derechos de los consumidores como susceptibles de protección por vía de las acciones populares, en desarrollo de la habilitación al legislador para reconocer otros derechos de esta índole contenida en esta disposición, el literal n) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998 les otorga esta calidad. Se trata, con todo, de una decisión legal que tiene un firme sustento constitucional. El reconocimiento que hacen los artículos 78 y 369 de la Constitución de los consumidores y usuarios como un segmento específico de la población, al cual se reconoce un conjunto de derechos y en relación con el cual se encomienda al Estado y a los productores y distribuidores de bienes y servicios una serie de responsabilidades y deberes, envuelve una decisión del constituyente estructurante del orden constitucional económico, a la par que ofrece cobertura suficiente y explica esta determinación del legislador. Su finalidad, en últimas, es hacer de la acción popular un canal más para la protección de los intereses de un colectivo tan significativo dentro del funcionamiento del sistema económico social de mercado instaurado por la Constitución como los consumidores y usuarios, caracterizado por su vulnerabilidad y posición de desigualdad en las relaciones de consumo... , se tiene que el reconocimiento de este derecho colectivo busca establecer una suerte de contrapeso a la libertad de empresa proclamada por la Carta como uno de los pilares del sistema económico, en tanto que apunta a focalizar la atención de las autoridades no solo en la promoción de la libre competencia y el eficiente funcionamiento del mercado, sino también en este segmento de la población que por sus características (lega, y por lo tanto, desprovisto de información y conocimiento profundo del bien o servicio que se adquiere) y la posición que ocupa (carente de un poder de negociación significativo en el mercado) tiende a ser la parte débil de las transacciones que tienen lugar con productores, comercializadores y distribuidores de bienes y servicios... A causa de la desigualdad propia de las relaciones de consumo, la consideración de la comunidad de personas a quienes se dirige la actividad desarrollada por los sujetos que actúan en ejercicio de las libertades que proclama el artículo 333 de la Constitución y de sus particularidades resulta imperativa.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 78 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 333 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 369 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 4 LITERAL N

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular, consultar sentencia del 10 de octubre de 2012, exp. 2010-00617-01(AP), C.P. María Elizabeth García González. Asimismo, ver sentencia del 20 de junio de 2013, exp. 2010-00618-01, C.P. Guillermo Vargas Ayala.

PROTECCION AL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES - Sustento normativo / DERECHO COLECTIVO DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS - Ámbito de protección

La protección de los consumidores no es, pues, un asunto que constitucionalmente pueda resultar indiferente para las autoridades. En desarrollo de esta responsabilidad se han expedido normas como el Decreto 3466 de 1982 o, recientemente, la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), en virtud de las cuales se establece que los consumidores y usuarios tienen, entre otros, derecho a: (i) que los productos no causen daño en condiciones normales de uso y a la protección contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de los consumidores; (ii) a obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación; o (iii) a recibir protección contra la publicidad engañosa. Igualmente, y en paralelo con este último derecho, se ha establecido la prohibición de publicidad engañosa, entendida como [a]quella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión; y se ha impuesto una especial carga de advertencia en cabeza de los productores y distribuidores de bienes nocivos para la salud de las personas. El desconocimiento de estas reglas y de todas aquellas estatuidas en aras de proteger a este grupo conlleva una afectación del derecho colectivo proclamado por el literal n) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998 susceptible de ser amparado en sede de acción popular.

FUENTE FORMAL: DECRETO 3466 DE 1982 / LEY 1480 DE 2011

DERECHO COLECTIVO A LA SALUBRIDAD PUBLICA - Concepto, contenido y alcance

De acuerdo con lo previsto por el artículo 88 de la Constitución las acciones populares tienen por objeto la protección de derechos colectivos como, entre otros, la seguridad y salubridad públicas. Este enunciado, desarrollado cabalmente por el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, que en su literal g) consagra a estos dos bienes como elementos esenciales de un derecho colectivo susceptible del amparo que ofrece este mecanismo procesal, se armoniza plenamente con lo dispuesto por el artículo 49 Superior respecto al saneamiento ambiental y la atención de la salud como servicios públicos a cargo del Estado, cuya prestación debe garantizarse a toda persona. De lo que se trata es de prevenir y corregir las circunstancias que puedan afectar o incidir negativamente sobre dos bienes jurídicos indispensables para garantizar la realización de valores constitucionales como la vida, la convivencia, la justicia, la igualdad y la paz (Preámbulo); así como para el logro de objetivos como la promoción de la prosperidad general, la garantía de la convivencia pacífica y de derechos constitucionales como la vida, la integridad personal, la salud o de las libertades individuales, lo mismo que para facilitar la participación de las personas en los distintos ámbitos de la vida

colectiva (artículo 2 CP)... dada la amplitud de su radio de acción, como ha sido subrayado por esta Corporación, los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas se pueden garantizar desde una perspectiva de abstención (negativa o de impedir una conducta) o de promoción (activa o de realización de un comportamiento) en aras de asegurar las condiciones esenciales de salud pública y de tranquilidad que permitan la vida en comunidad y, por consiguiente, faciliten la convivencia pacífica entre los miembros de la sociedad. En consecuencia, es claro para la Sala que su vulneración también puede desprenderse tanto de una actitud activa (actuaciones, reglamentos, contratos, etc.), como pasiva (omisión administrativa) de parte de las autoridades responsables de su guarda y realización efectiva.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 49 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 88 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 4 LITERAL G

NOTA DE RELATORIA: Sobre el derecho colectivo a la salubridad pública, consultar: sentencia del 5 de octubre de 2009, exp. 2005-00067-01, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

EFICACIA DE LA PRUEBA PERICIAL - Valoración del juez / PODERES DEL JUEZ POPULAR - Decreto de pruebas / INFORME PERICIAL - Ausencia de imparcialidad del perito e insuficiencia en el contenido en cuanto al objeto del dictamen y a lo esperado de un informe pericial / CAUSAL DE RECUSACION DEL PERITO: TENER INTERES DIRECTO EN EL PROCESO - INVIMA rindió el informe pericial y es parte demandada en el proceso

Debido a la controversia desatada por el informe pericial rendido por el INVIMA la Sala se ve obligada a pronunciarse sobre su eficacia. Al respecto debe señalarse que de acuerdo con las reglas especiales en materia probatoria contenidas en la Ley 472 de 1998, pese a establecer como regla la carga de la prueba en cabeza del demandante, dada la importancia para la comunidad de estas acciones surge para el juez un especial compromiso con el hallazgo de la verdad material en tanto que presupuesto indispensable para la defensa de los derechos colectivos. De aquí que se haya revestido al operador judicial de notables poderes en esta materia que le permiten decretar previo análisis de la conducencia, pertinencia y eficacia, las pruebas solicitadas y las que de oficio estime pertinentes... Del análisis del informe rendido por el INVIMA la Sala destaca dos aspectos: el primero, la falta de imparcialidad del perito; el segundo, la insuficiencia del contenido del concepto tanto a la luz de lo que se espera de un informe pericial, como de lo que fue requerido por el Tribunal. En cuanto a lo primero, se tiene que en virtud de lo previsto por el artículo 8 del CPC los cargos de auxiliares de la justicia deben ser desempeñados por personas idóneas, de conducta intachable, excelente reputación e incuestionable imparcialidad. Por esto el artículo 235 ibídem somete a los peritos a las mismas causales de impedimentos y recusaciones que los jueces; lo cual remite al artículo 150 del mismo ordenamiento, cuyo numeral primero califica como causal de recusación tener interés directo en el proceso, que es justamente lo que ocurre en el sub lite, como en repetidas ocasiones lo alegó la parte demandante. No otra conclusión se puede obtener del hecho que el informe inicial y el complementario hayan sido rendidos por funcionarios del INVIMA, uno de los sujetos demandados. De otra parte, en lo atinente a los fundamentos del informe presentado, es indudable para la Sala que ni el concepto inicialmente rendido, ni el escrito de aclaración y complementación pueden calificarse, en rigor, como un dictamen técnico, ni desde el sentido general de lo que debe ser u ofrecer esta prueba en abstracto, ni desde el sentido

particular de lo que en concreto se esperaba del experticio decretado por el Tribunal en el caso sub examine. Lo primero, por las deficiencias de su contenido apreciado desde el punto de vista de la ilustración que un peritaje debe aportar al juez del proceso, pues la misión del experto no es otra que brindar su conocimiento especializado y experiencia sobre un punto que escapa al saber promedio y que por ende amerita la práctica de esta prueba.

PERITO - Atributos y facultades / DICTAMEN PERICIAL - Objeto / DICTAMEN PERICIAL - Valoración del juez conforme a la sana crítica / INFORME PERICIAL - No es obligatorio para el juez / DICTAMEN PERICIAL - Pérdida del valor probatorio

Del perito se espera un criterio razonado y científico, por lo cual se dice que invoca su ciencia. Por esto, entender el sentido de la tarea pericial conlleva distinguir entre el hecho y el derecho como objeto del dictamen pericial, ya que corresponde a su labor determinar y dilucidar los elementos técnicos envueltos en una determinada situación fáctica relevante para la controversia sub iudice, siendo la valoración jurídica de las normas aplicables al caso un asunto exclusivo del juez. De aquí que el numeral 6 del artículo 237 del CPC disponga que [e]l dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones. En este orden de ideas, al ocuparse el peritaje rendido de asuntos tan variados como los componentes del RBED, el registro sanitario del producto y el supuesto cumplimiento de éste de las exigencias del Reglamento Técnico plasmado en la Resolución No. 4150 de 2009, sin sentar el perito su visión técnica o científica en relación con el objeto de la prueba, ni expresar sus conclusiones sobre la materia con base en la ciencia o técnica que domina, es claro que su contenido es deficiente... Con todo (...) el perito es un auxiliar de la justicia, no el juez mismo. Por esto su dictamen no es obligatorio para el juez, a quien le corresponde valorarlo. Mal podría edificarse un fallo sobre un dictamen que se muestra equivocado, arbitrario o confuso. En consecuencia, y según el mandato contenido en el artículo 240 del CPC, el dictamen pericial debe valorarse de acuerdo con la sana crítica. Por ende, le corresponde al juez analizar el informe rendido tanto por sus conclusiones, como por sus fundamentos y por calidades e imparcialidad del perito. Y si alguno de esos elementos no otorga la certeza suficiente para soportar el dictamen, simplemente, el dictamen pierde su valor... para la Sala es notorio que la experticia allegada al proceso no cumple con los requisitos indispensables para ser tenido como tal. Por ende habrá que restarle todo mérito probatorio a dicho medio de convicción... La inexistencia del peritaje no obsta para que en virtud de las demás pruebas obrantes en el proceso se tenga claridad sobre los puntos respecto de los cuales debía recaer el dictamen técnico decretado.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 28 INCISO 3 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 8 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 150 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 233 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 235 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 237 NUMERAL 6 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 241

NOTA DE RELATORIA: Sobre el valor probatorio de la prueba pericial, ver: sentencias del 23 de enero de 2014, exp. 2005-00669-01, C.P. Guillermo Vargas Ayala, y del 25 de marzo de 2013, exp. 2006-00173-01, C.P. Hugo Bastidas Bárcenas. En el mismo sentido, consultar sentencia T-1034 de 2006 de la Corte Constitucional.

DICTAMEN PERICIAL - Pérdida del mérito probatorio por ineficacia / DICTAMEN PERICIAL - Se niega la objeción por error grave

Con todo, que el dictamen rendido no resulte eficaz para probar aquello que las partes quisieron evidenciar dentro del proceso no significa la estimación de la objeción por error grave formulada por la parte demandante. Esto, por cuanto de entenderse éste como aquél que de no haberse presentado, otro hubiera sido el sentido del dictamen rendido por los peritos, es obvio que su configuración presupone que el peritaje exista o que de él pueda predicarse el yerro enrostrado. Mas cuando, como en el sub examine, dadas sus falencias, el experticio es en la práctica inexistente, no es posible ni siquiera tacharlo de equivocado. Mal podría otorgarse tal calificativo a un concepto que además de no reunir los requisitos mínimos que exige la Ley en relación con las características del razonamiento que debe ofrecer, no se ocupa de los puntos específicos señalados por el juez que ordenó la prueba. Por ende la Sala deberá confirmar la decisión del Tribunal de denegar la objeción por error grave del dictamen rendido, pero por las razones expuestas.

DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES - Derecho a la información

Dada su posición de inferioridad y vulnerabilidad en las relaciones de consumo, uno de los más significativos derechos de los consumidores es el derecho a la información. Por esto el artículo 78 de la Constitución confía expresamente a la Ley la regulación de la información que debe suministrarse al público en la comercialización de bienes y servicios. En desarrollo de esta responsabilidad la legislación no solo ha proclamado el derecho que les asiste de ser protegidos contra la publicidad engañosa; además ha consagrado el derecho a obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 78 / LEY 9 DE 1979 / RESOLUCION No. 4150 DE 2009 (MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL)

RESOLUCION 4150 DE 2009 - Reconoce la categoría de bebida energizante / ACCION POPULAR CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS - Procedencia cuando se pretende la protección de los derechos colectivos / VULNERACION DE LOS DERECHOS COLECTIVOS - Regulación de una materia, en si misma, puede ocasionar el agravio de los derechos e intereses colectivos / REGLAMENTO TECNICO SOBRE LOS REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIR LAS BEBIDAS ENERGIZANTES PARA CONSUMO HUMANO - Procedencia de la acción popular por pretender la efectividad de los derechos colectivos a la salubridad y de los consumidores

Puesto que el primer señalamiento que formulan los demandantes en relación con el derecho a la salud pública consiste en denunciar la supuesta afectación de los derechos de los consumidores como consecuencia de la promoción de una bebida energizante pese a no aportar energía al cuerpo y ser, en cambio, estimulante, y ser esta práctica consecuencia del reconocimiento por el ordenamiento jurídico nacional de dicha categoría, como se observa en la tantas veces aludida Resolución No. 4150 de 2009, se podría pensar que no hay lugar a formular esta

clase de reproches en sede de acción popular. Razonar en esta dirección supondría considerar que cualquier reclamación basada en dicha categoría o bien resultaría infundada (por ser prima facie legítima o jurídica) o bien debería partir de un cuestionamiento al acto administrativo que establece el régimen de las bebidas energizantes en sede de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, para la Sala es claro que el solo hecho que dicha categoría haya sido recogida por el ordenamiento jurídico no es per se un dato capaz de enervar los señalamientos de vulneración de los derechos colectivos de los consumidores expuestos por la parte demandante. Admitir lo contrario supondría aceptar que de la expedición de un reglamento no se pueden derivar amenazas o afectaciones para los intereses de la comunidad; premisa equivocada, ya que aun cuando de ordinario se tiene que dicha vulneración será consecuencia del desconocimiento (por acción u omisión) de la regulación de una materia, también puede darse el caso que sea la normatividad misma la fuente del agravio que el juez de acción popular debe encarar y reparar... en consecuencia, la importancia de tomar como presupuesto de procedibilidad de la acción popular que mediante su interposición se pretenda siempre la tutela de un derecho o interés colectivo. Y de aquí también la relevancia de resaltar que la situación que ahora plantean los demandantes se centra o apunta, en concordancia con lo anterior, a asegurar la efectividad de los derechos colectivos invocados en la demanda.

ACCION POPULAR CONTRA REGLAMENTO - Competencia y facultades del juez / JUEZ DE LA ACCION POPULAR - No puede anular actos administrativos o contratos / ACCION POPULAR CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS - Procedencia cuando se pretenda la protección de los derechos e intereses colectivos / POTESTADES DEL JUEZ DE LA ACCION POPULAR - Puede adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos

Resulta indudable que por tratarse la situación sub examine de un asunto que involucra, entre otros, un cargo de vulneración de derechos colectivos por un reglamento, el Juez Constitucional de acción popular tendrá que ser respetuoso del límite a su competencia consistente en no invadir la órbita del contencioso administrativo y no usurpar sus facultades de anulación de actos administrativos contrarios a la Constitución o la Ley. Pero esta restricción, formulada primero por la jurisprudencia y después por la Ley, si bien le impide anular actos administrativos o contratos, no es óbice para que cualquier persona pueda demandar la protección de los derechos e intereses colectivos cuando la conducta se concrete o provenga de esta clase de actos jurídicos, ni para que se pida al juez adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos. De este modo, en aras de lograr la efectividad de los derechos colectivos el juez de acción popular está revestido de facultades tanto para juzgar la conducta de autoridades y de particulares sujetos a una regulación estatuida para la protección de determinados intereses de la colectividad, como para enjuiciar la compatibilidad misma de dicha reglamentación con los bienes e intereses colectivos que se busca amparar. Y en este último caso, sin adoptar decisiones anulatorias, competencia del juez contencioso administrativo ordinario, podrá ordenar las medidas que estime pertinentes para conjurar la situación de peligro o afectación de los derechos colectivos que se le plantea.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 2 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 9 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 15 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 144

NOTA DE RELATORIA: Respecto de la imposibilidad del juez de la acción popular de declarar la nulidad de los actos administrativos, ver: sentencia de la Sección Tercera del 18 de mayo de 2000, exp. AP-038, C.P. Jesús María Carillo Ballesteros; y de la Sección Segunda, la sentencia del 1 de junio de 2000, exp. AP-047. C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora. En cuanto a la decisión de exequibilidad del artículo 144 del CPACA, ver: sentencia C-644 de 2011 de la Corte Constitucional.

BEBIDA ENERGIZANTE - Expresión técnica / CONCEPTO TECNICO BEBIDA ENERGIZANTE - No vulnera derecho colectivo de los consumidores

Se tiene que aun cuando en un sentido natural la expresión “bebida energizante” podría tener el significado que le atribuye la parte demandante, lo cual podría dar pie para entender que de dicha calificación se deriva un engaño o defraudación de la buena fe del consumidor en tanto se trata de un producto que antes que generar energía en cantidades importantes estimula el sistema nervioso, es claro que se trata de una expresión técnica a la cual el mundo de la ciencia ha dado un sentido específico, que coincide con el incorporado por el Reglamento Técnico nacional.... puesto que todo aquél que indague sobre el concepto técnico de “bebida energizante” podrá advertir esta situación, manifiesta en la propia regulación nacional de la materia, no encuentra la Sala que de su uso se desprenda afectación alguna a los derechos de los consumidores. Máxime cuando además de reconocer esta categoría de productos, la Resolución No. 4150 de 2009 establece un régimen especial para la fabricación, procesamiento, envase, rotulado, almacenamiento, distribución, comercialización, publicidad y expendio de esta clase de bebidas, cuyo objetivo no es otro, en principio, que asegurar la salud y seguridad de los consumidores.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 29

RED BULL ENERGY DRINK - No vulnera el derecho colectivo de los consumidores con las leyendas que utiliza en su publicidad / PUBLICIDAD ENGAÑOSA - Inexistencia

Tampoco considera la Sala que dicha vulneración se desprenda de las leyendas que utiliza el RBED para hacer su publicidad, pues no se encuentra que las frase “Vitaliza mente y cuerpo” y “Red Bull te da Aaalas” vayan en contravía de lo establecido por la Resolución No. 4150 de 2009 en materia de información y publicidad para esta clase de productos, ni infrinjan materialmente los intereses jurídicos que la Constitución y la Ley buscan amparar mediante la consagración de los derechos colectivos de los consumidores. De una parte, no encuentra este Juez Constitucional que dichos mensajes contraríen lo previsto por el artículo 10 de la Resolución precitada, pues ni se anuncia como bebida recuperadora de líquidos, ni como productora de bienestar o salud. Además de lo anterior, de ellas no se puede derivar engaño alguno para los consumidores, toda vez que la primera leyenda dista de ser falsa, en tanto que, conforme se acreditó en el proceso, producto de la acción de la cafeína sobre el sistema nervioso es la activación y mejoría de muchas de sus funciones, tales como la concentración, la atención y la velocidad de reacción; y la segunda, tal como se argumenta en los alegatos de la empresa demandada, está lejos de ser un ofrecimiento directo o una promesa imposible de cumplir, siendo tan solo una metáfora, propia de la publicidad, de los efectos del producto. Mal podría la Sala, so pretexto de amparar la buena fe de los consumidores, desconocer o subestimar su razonabilidad y capacidad de discernimiento y cercenar de un tajo recursos tan caros para la publicidad y el mercadeo como la imaginación y creatividad a la hora de

promocionar un producto. Al ser obvio para cualquier consumidor promedio que detrás del lema no hay una falsa promesa de volar, el cargo de publicidad engañosa queda desvirtuado, pues es lógico que dicho mensaje no tiene la capacidad de inducir a error, engaño ni confusión.

SALUBRIDAD PUBLICA - No se vulnera con la incorporación de la categoría bebida energizante en la Resolución 4150 de 2009

El carácter técnico de la expresión “bebida energizante” permite entender que de su definición por el reglamento, coincidente con la que de ella da la ciencia no se desprende, per se, ninguna afectación o amenaza al derecho a la salubridad pública. No siendo falso ni equivocado desde un punto de vista técnico el concepto de bebida energizante que acoge el artículo 3 de la Resolución No. 4150 de 2009 no observa la Sala, ni acreditó el demandante, vulneración alguna para el bien jurídico invocado.

INVIMA - Naturaleza y funciones / INVIMA - Carencia de funciones regulatorias / COMPETENCIA DEL INVIMA - Exigir el cumplimiento de lo previsto por la normatividad vigente / REGULACION DEL CONSUMO DE BEBIDAS ENERGIZANTES - Excede la competencia del INVIMA / SALUBRIDAD PUBLICA - No se vulnera porque el INVIMA exige el cumplimiento de lo establecido en la Resolución 4150 de 2009

El segundo señalamiento elevado por los actores reprocha al INVIMA no involucrarse activamente en la labor de prevención al público sobre los peligros que para la salud encierra el consumo de las bebidas energizantes. Para la Sala tampoco este reproche puede ser acogido. Al ser el INVIMA un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Salud, cuyo objeto es la ejecución de las políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva, es claro que sus funciones las debe cumplir con apego al principio de legalidad o juridicidad. En consecuencia, por carecer de funciones regulatorias, el INVIMA no puede requerir a los sujetos sometidos a su vigilancia y control el cumplimiento de exigencias distintas a las previstas por la regulación vigente del sector, por ser justamente el logro de su acatamiento el objetivo principal de su labor... Por ende no resulta posible reprochar nada en su conducta por limitarse a exigir el cumplimiento de lo previsto por la Resolución No. 4150 de 2009; lo reprochable sería que en ejercicio de sus funciones se excediera o desbordara o que faltara a ellas o las cumpliera de modo deficiente. Por esta razón no puede acogerse el cargo planteado por el demandante.

RED BULL ENERGY DRINK - Componentes son lícitos / COMPONENTES DEL RED BULL ENERGY DRINK - No configuran amenaza para la salud / CONSUMO EN EXCESO DE RED BULL ENERGY DRINK - Conlleva un riesgo para la salud / SALUD PUBLICA - Advertencia sobre el límite de consumo diario en la lata del producto no vulnera el derecho a la salubridad pública

El tercer señalamiento relacionado con la salud pública que efectúa el demandante tiene que ver con los supuestos riesgos para la salud que genera el consumo en exceso de RBED y su combinación con bebidas alcohólicas. Al respecto la Sala debe manifestar que distintas razones la llevan a descartar esta censura: el primero, la licitud de todos los componentes del RBED. Si, como fue

señalado por la SEABA en el Acta No. 03 de 2006 las bebidas energizantes “son bebidas analcohólicas, generalmente gasificadas, compuestas básicamente por cafeína e hidratos de carbono, azúcares diversos de distinta velocidad de absorción, más otros ingredientes, como aminoácidos, vitaminas, minerales, extractos vegetales, acompañados de aditivos acidulantes, conservantes, saborizantes y colorantes”, descripción que coincide con el concepto incorporado por el artículo 3 de la Resolución No. 4150 de 2009, es claro para la Sala que ninguno de sus componentes representa en sí mismo una amenaza o una afectación para la salud. Que se trate de elementos presentes en diversas sustancias de consumo diario y que sobre ninguna de ellas recaiga una prohibición legal, permite sustentar lo dicho. Las amenazas derivan, y esta es la segunda razón que toma en consideración la Sala, del consumo en exceso de la bebida. En este sentido, considera la Sala que el hecho de advertir la lata del producto, conforme lo exige la reglamentación, que es un producto con contenido alto en cafeína (32 mg./100 ml.) y que el límite máximo aceptable de consumo diario del producto es de tres (3) latas por 250 ml., brinda al consumidor información suficiente sobre las características del producto y le advierte sobre el riesgo de su exceso, con lo cual no solo se busca neutralizar la amenaza latente para la salud (pues se espera que el mensaje evite el abuso de la bebida), sino que además se asegura que quien pese a estos mensajes desconozca los límites allí señalados lo haga con base en una decisión autónoma e informada. Siendo esta la situación no hay duda para este Juez Constitucional que lo afirmado por el demandante no puede fundamentar el amparo solicitado al derecho colectivo invocado. La información al público es aquí una medida razonable y eficaz de protección de la salud pública, por cuanto sin excluir las posibilidades de comercialización de un producto legítimo y sin restringir injustificadamente la libertad de compra de las personas, busca prevenir daños o situaciones problemáticas para la salud de los individuos.

CONTROL DE VENTA AL PUBLICO DE BEBIDAS ENERGIZANTES - Inexistencia de restricciones en la comercialización no genera riesgos para la salud pública / RIESGO A LA SALUD PUBLICA DE LAS PERSONAS SUJETO DE ESPECIAL PROTECCION - Deficiente información sobre los riesgos en el consumo de bebidas energizantes / EFECTOS ADVERSOS EN LA CONDICION FISICA - Consumo de bebidas energizantes en personas con mayor sensibilidad a la cafeína / VULNERACION DEL DERECHO A LA SALUBRIDAD PUBLICA POR DEFICIT DE PROTECCION EN LA REGULACION - Advertencia de que el consumo de bebidas energizantes es no recomendado para personas sensibles a la cafeína no garantiza la protección de la salud pública de los sujetos de especial protección / DERECHO DE LOS CONSUMIDORES - Derecho a la información fiable, clara, completa, comprensible, oportuna, precisa e idónea / ROTULADO Y ETIQUETADO DE BEBIDAS ENERGIZANTES - Obligación de incorporar advertencia de consumo no recomendado en menores, embarazadas y situación de lactancia

Plantea la demanda que también se generan riesgos para la salud pública de la falta de control de su venta al público y de la escasa información que existe sobre sus riesgos, lo cual hace que personas como los jóvenes y niños, más vulnerables a la publicidad, estén expuestos a un mayor peligro por su consumo. Para la Sala, aun cuando el cargo relativo a la falta de control a la venta del producto resulta infundado por no hallar la Sala sustento alguno a las restricciones a la comercialización de la bebida que echa de menos la parte demandante, lo referente a los riesgos derivados de la deficiente información al público tiene vocación de prosperidad. En el curso del proceso se acreditó que aunque el

consumo moderado o esporádico de las bebidas energizantes resulta inocuo para la salud, también se demostró que existen casos particulares en los cuales la mayor sensibilidad a la cafeína de ciertas personas puede producir efectos adversos para su condición física... La mayor sensibilidad a la cafeína de los menores y de las personas con problemas de tolerancia de esta sustancia justifica plenamente el trato diferencial que se les da. Y el carácter de sujetos de especial protección de unos y otros eleva las exigencias de protección de parte de las autoridades frente a sustancias o situaciones que puedan comprometer su integridad física. No debe olvidarse que conforme a lo establecido por el artículo 43 de la Constitución, la mujer durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado. Y en un mismo sentido prescribe el artículo 44 de la Carta que los niños son titulares de derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la salud y a una alimentación equilibrada; los cuales, por expreso mandato constitucional, prevalecen sobre los derechos de los demás. Por esto, y dado que en el artículo 12 de la Resolución No. 4150 de 2009 únicamente se pide a los productores de bebidas energizantes informar al público en el envase o empaque de sus productos que (i) se trata de un producto elevado en cafeína, (ii) cuyo consumo no se recomienda mezclar con bebidas alcohólicas, (iii) no recomendado para personas sensibles a la cafeína y (iv) cuyo límite máximo aceptable de consumo diario es de 3 latas por 250 ml, lo cual ha venido siendo cumplido, la Sala debe declarar que a la luz de lo acreditado en el proceso existe en esta regulación un déficit de protección frente a los sujetos de especial protección antes mencionados... es claro que dada su condición especial el derecho que en general asiste a los consumidores de requerir información fiable, clara, completa, comprensible, oportuna, precisa e idónea se acentúa o hace más fuerte en su caso, por lo cual se excluye la validez de un mensaje como el requerido actualmente por la reglamentación... Por su importancia para la salud de este grupo especial de personas, merecedoras de un plus de protección, estos mensajes deben además ser expresos. Por ende es deber de la regulación, so pena de afectar por esta vía el derecho a la salubridad pública, exigir la incorporación de esta información en el rotulado y etiquetado de esta clase de productos. En consecuencia, al haberse acreditado en el juicio que fruto de este déficit de protección de la Resolución 4150 de 2009 del Ministerio de Salud y Protección Social se pone en riesgo injustificadamente la salud de un segmento importante de la población como es el de los menores, las madres en embarazo y en lactancia, la Sala declarará la vulneración de este derecho colectivo y condenará al Ministerio de Salud y Protección Social a realizar los ajustes necesarios en la regulación para subsanar esta situación.

FUENTE FORMAL: RESOLUCION No. 4150 DE 2009 - ARTICULO 12 (MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL) / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 43 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 44

INCENTIVO ECONOMICO - Reconocimiento es improcedente por derogatoria de los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998

NOTA DE RELATORIA: En cuanto a la decisión que unificó la jurisprudencia sobre la improcedencia en el reconocimiento del incentivo económico aún en los procesos iniciados con anterioridad a la expedición de la Ley 1425 de 2010, ver: sentencia de Sala Plena, del 3 de septiembre de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 17001-33-31-001-2009-01566-01(IJ).

CONDENA EN COSTAS - Procedencia en las acciones populares

La condena en costas es procedente en las acciones populares cuando el proceso culmina con sentencia total o parcialmente estimatoria de las pretensiones de la demanda y en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, esto es, podrá ser impuesta a la parte vencida siempre que tal decisión se justifique y se encuentre debidamente demostrada.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 38 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 392 / LEY 794 DE 2003 - ARTICULO 42

CONDENA EN COSTAS - Se niega reconocimiento

Puesto que en el asunto bajo revisión se estimarán parcialmente las pretensiones de la demanda y no figuran acreditados gastos significativos en que haya incurrido la parte demandante, la Sala se abstendrá de efectuar este reconocimiento... y de otro, se tiene que aun cuando figura un poder conferido por la parte demandante a un abogado, no se observa en el expediente que éste haya realizado ningún tipo de actuación, por lo que no existen razones para reconocer las expensas correspondientes a las agencias en Derecho. En consecuencia se confirmará este punto de la sentencia de primera instancia.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 392 NUMERAL 6

VULNERACION DEL DERECHO COLECTIVO A LA SALUBRIDAD PUBLICA - Déficit de protección en la regulación nacional respecto de menores, mujeres embarazadas y en lactancia en cuanto a la advertencia sobre los riesgos que genera el consumo de bebidas energizadas que debe contener la lata o etiqueta del producto y su publicidad / VULNERACION DEL DERECHO COLECTIVO DE LOS CONSUMIDORES - Información deficiente sobre los riesgos para la salud que puede ocasionar el consumo de bebidas energizadas en sujetos de especial protección / BEBIDAS ENERGIZANTES - No son riesgosas en condiciones normales / CONTENIDO DEL ROTULADO, ETIQUETADO Y PUBLICIDAD DE BEBIDAS ENERGIZANTES - Debe proteger la salud e integridad de los consumidores en general y en particular los de los sujetos de especial protección

Debe concluirse que la sentencia apelada debe ser revocada, para en su lugar declarar la vulneración del derecho colectivo a la salubridad pública, como consecuencia del déficit de protección respecto de los menores, las mujeres embarazadas y en estado de lactancia que se advierte en la regulación nacional de los mensajes que debe contener la lata o etiqueta del producto y su publicidad en medios, para informar a la comunidad de manera fiable, clara, expresa, completa, comprensible, oportuna, precisa e idónea sobre los riesgos que genera el consumo de esta clase de bebidas. Paralelamente, y como reflejo de esta última determinación, la Sala debe declarar también la vulneración de los derechos colectivos de los consumidores, por ser claro que de la situación de deficiente información corroborada se desprende una restricción ilegítima del derecho colectivo a obtener una información fiable, clara, expresa, completa, comprensible, oportuna, precisa e idónea en relación con un producto que, como las bebidas energizantes, pese a no ser prohibido ni peligroso en condiciones normales, puede, en determinadas circunstancias, generar riesgos para la salud de algunas personas. Debido al régimen de venta libre que legítimamente ha establecido la regulación sanitaria para las bebidas energizantes y a la importancia de la claridad, calidad y completud de la información que se ofrece para la salud de las personas, y en especial del segmento de la población constituido por menores,

mujeres embarazadas y en estado de lactancia, constitucionalmente previstas como merecedoras de unos más elevados niveles de protección de sus derechos, los mensajes relacionados con los posibles riesgos que genera para su salud el consumo de las bebidas energizantes deben ser expresos. Por ende es deber de la regulación, so pena de afectar por esta vía el derecho a la salubridad pública y subsecuentemente los derechos de los consumidores, exigir la incorporación de esta información en el rotulado, etiquetado y publicidad de esta clase de productos. Toda vez que la entidad responsable de la regulación sanitaria es el Ministerio de Salud y Protección Social, la Sala no encuentra fundamento para estimar la excepción de falta de legitimación por pasiva que formuló esta entidad a lo largo del trámite de esta acción. Como surge de los razonamientos expuestos con precedencia, declarará su responsabilidad por el desconocimiento del derecho colectivo a la salubridad pública y la condenará a revisar la regulación vigente en materia de bebidas energizantes y a establecer unos contenidos que, de conformidad con los mejores conocimientos científicos disponibles, permitan salvaguardar la salud e integridad de los consumidores en general y de los sujetos de especial protección que en particular pueden resultar perjudicados con su consumo. El artículo 34 de la Ley 472 de 1998, ofrece un sustento sólido para la orden impartida. Ahora bien, toda vez que la orden impartida supone surtir un debate especializado y acatar el procedimiento de expedición y revisión de los reglamentos técnicos que impone tanto la normativa internacional en materia de obstáculos técnicos al comercio como la legislación nacional que la incorpora al orden interno, la Sala estima pertinente otorgar un término prudencial de nueve (9) meses a partir de la notificación de este fallo para dar cumplimiento formal a lo que será ordenado en él.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 34 / LEY 170 DE 1994

DERECHOS COLECTIVOS DE LOS CONSUMIDORES Y A LA SALUBRIDAD PUBLICA - INVIMA y Red Bull Colombia SAS no incurrieron en vulneración

Finalmente, por haber encontrado que de sus actuaciones no se desprende vulneración alguna de los derechos de los consumidores ni de la salubridad pública, la Sala no emitirá condena alguna en contra del INVIMA ni de la sociedad RED BULL COLOMBIA SAS. En todo lo demás se confirmará la sentencia apelada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00609-01(AP)

Actor: HERMANN GUSTAVO GARRIDO PRADA Y OTROS

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS - INVIMA, RED BULL COLOMBIA SAS Y MINISTERIO DE SALUD

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la providencia de 17 de noviembre de 2011, por medio de la cual la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca desestimó las pretensiones de la demanda de acción popular interpuesta.

I. LA DEMANDA

El 3 de noviembre de 2010 el ciudadano **HERMANN GUSTAVO GARRIDO PRADA** y los menores **OSCAR MAURICIO GARRIDO PALLARES, MARIA ALEJANDRA GARRIDO PALLARES y JUAN SEBASTIAN GARRIDO PALLARES** promovieron acción popular contra el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA y de la compañía RED BULL COLOMBIA SAS con el fin de obtener la protección de los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas¹ y los derechos de los consumidores y usuarios².

1. Hechos y omisiones en que se fundamenta la demanda.

Los actores fundamentan su demanda en los siguientes hechos:

1.1.- Manifiestan que desde que entró en el mercado nacional la compañía Red Bull Colombia SAS “viene engañando a sus consumidores haciéndoles creer que la marca RED BULL ENERGY DRINK es una bebida **energética** y/o **energizante** cuando en realidad se trata de una bebida **estimulante**, ocultando los efectos perjudiciales para la salud que causan las mal denominadas “**bebidas energizantes**”, anunciando en las latas o empaque de su producto que dicha bebida “**Vitaliza Mente y Cuerpo**” (sic) y anunciando en su *web site* oficial en Colombia (link: <http://www.redbull.com.co/cs/Satellites/esCO/REDBULL/Products/011242760637863#/product-Beneficios>) que su producto ofrece los siguientes beneficios:

“Red Bull®Energy Drink es una bebida funcional con una combinación única de ingredientes. Se ha desarrollado especialmente para momentos de esfuerzo mental y físico mayor.

Red Bull®Energy Drink revitaliza cuerpo y mente.

¹ Artículo 2 literal g) de la Ley 472 de 1998.

² Artículo 2 literal n) *ídem*.

Red Bull®Energy Drink:

- *Aumenta el rendimiento*
- *El aumento de la concentración y la velocidad de reacción*
- *Mejora la vigilancia*
- *Mejora el estado emocional*
- *Estimula el metabolismo*

Los efectos de Red Bull son apreciados en todo el mundo por deportistas de elite, los profesionales ocupados, los estudiantes activos y los conductores en trayectos largos.

Red Bull – MÁS QUE SOLO UN MITO.

Red Bull® es una bebida energética que funciona.

Red Bull®Energy Drink siempre ha sido y siempre será más que un secreto caliente para los noctámbulos y de la fiesta sin pausa de los animales (...)³.

1.2.- Sostienen que el INVIMA, ente responsable de la vigilancia sanitaria y del control de calidad medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos y otros bienes que puedan tener impacto en la salud individual o colectiva, “a pesar de haber abordado el estudio de la marca RED BULL Energy Drink para otorgar el respectivo Registro Sanitario (sic) no ha adoptado medidas suficientes y adecuadas para que se le advierta al público sobre los verdaderos riesgos que tiene la mal llamada “bebida energizante” y/o “bebida Energética” (sic)⁴.

1.3.- Afirman que numerosos estudios a nivel mundial han concluido que las denominadas bebidas energizantes “son en realidad **sustancias psicoactivas y/o sustancias estimulante** que afectan en gran medida el sistema nervioso y que el abuso de su consumo puede producir diferentes formas de psicosis grave (trastornos del pensamiento, alucinaciones, delirios) y deterioro general del organismo⁵. Y añaden que incluso la Sala Especializada de Alimentos y Bebidas Alcohólicas (en adelante SEABA) de la Comisión Revisora del INVIMA en diversas oportunidades ha recomendado al Ministerio de Protección Social adelantar acciones, medidas y programas en relación con esta clase de bebidas y ha sostenido que no es adecuado llamar energizantes a ese tipo de bebidas “porque **el objetivo es estimular** y agrega que el concepto de energía es más amplio que el que se desprende sólo del valor calórico aportado por los hidratos de carbono⁶.

³ Folio 2.

⁴ Folio 3.

⁵ Folio 3.

⁶ Folio 4.

1.4.- Consideran que equivocado y nocivo para la salud pública el hecho que el INVIMA haya dado al Red Bull el tratamiento de un alimento, ya que la compañía “utiliza el término de **energía** en el nombre y descripción del producto referido en realidad a cierto **efecto farmacológico** de algunas sustancias activas contenidos (sic) en él –la Cafeína y el Guaraná-, más (sic) no a **la provisión de de calorías de los nutrientes que contiene cada lata**, pues la falsa sensación de bienestar y de que “Red Bull te da Aaaalas” en realidad se trata del efectos de las **sustancias psicoactivas** que contienen (sic) el producto sobre el sistema nervioso central”⁷. Por esta razón reprochan que el producto no se venda a los consumidores como medicamento “a pesar de contener sustancias que se clasifican como adictivos”⁸.

1.5.- Expresan que al señalar que “Vitaliza mente y cuerpo” y que “Red Bull te da Aaaalas” la publicidad de la marca Red Bull Energy Drink no ha cumplido con las reglas establecidas por la Resolución 4150 de 2009 expedida por el Ministerio de Protección Social, que en su artículo 15 prohíbe que los mensaje publicitarios de las bebidas energizantes vinculen su consumo “con imágenes de contenido sexual de las personas, ni asociarse como bebidas recuperadoras de líquidos y electrolitos o como bebidas cuya función nutricional es el reemplazo de líquidos y electrolitos”. Esto, por cuanto en su parecer estos mensajes pueden “generar en el consumidor la idea de que ese tipo de bebidas puede mejorar su estado físico y mental cuando en realidad se trata de un efecto causado por la intoxicación de su organismo ocasionado por los estimulantes que contiene el producto”⁹. De aquí que señalen a la compañía de incurrir en publicidad engañosa (artículos 14 y 17 del Decreto 3466 de 1982¹⁰)¹¹.

1.6.- Afirman que “es evidente que existen riesgos derivados del inadecuado consumo de la bebida RED BULL Energy Drink, relacionada con dos aspectos fundamentales: consumir en exceso y/o su combinación con alcohol u otras drogas alucinógenas, entre otras porque la sola bebida en cuestión contiene productos estimulantes que generan efectos propios de este tipo de sustancias”¹².

1.7.- Ponen de relieve la influencia que tiene la publicidad sobre los niños y jóvenes, lo mismo que la importancia de un entorno y una nutrición adecuada para

⁷ Folio 5.

⁸ Idem.

⁹ Folio 23.

¹⁰ Anterior Estatuto del Consumidor.

¹¹ Folio 23.

¹² Folio 24.

la formación de los menores. Y agregan, tras señalar que el mayor riesgo que comporta la publicidad y venta libre de este producto es “iniciarlos [a los menores] en el consumo de sustancias psicoactivas”¹³, que “la falta de control en la venta de la bebida RED BULL Energy Drink para los niños, la falsa promesa de que “Red Bull te da Aaaalas” y que “Vitaliza mente y cuerpo” aunado a la poca información con que cuentan los padres sobre los riesgos del inadecuado consumo de estas bebidas, son una combinación letal para la vida, la salud y la integridad de los niños y jóvenes”¹⁴.

2. Las pretensiones.

Solicitan los demandantes que se acceda a las siguientes pretensiones:

2.1.- “Proteger los derechos e intereses colectivos a la seguridad y salubridad públicas y los derechos de los consumidores y usuarios”¹⁵.

2.2.- Ordenar al INVIMA que en aplicación del estudio elaborado por la SEABA para otorgar el registro sanitario a la bebida Red Bull “corrija el error de haber acuñado el concepto de marca de “bebidas energizantes” y adopte las medidas suficientes y adecuadas para que se advierta al público sobre los verdaderos riesgos que tiene dicha bebida efectuando una adecuada, más precisa y real clasificación ya que no se trata de una “bebida energizante” sino de una “bebida estimulante” como lo advierte la misma SEABA en uno de sus pronunciamientos”¹⁶.

2.3.- Ordenar al INVIMA que en aplicación del estudio elaborado por la SEABA “corrija el error de haber considerado y/o clasificado a la bebida RED BULL Energy Drink como un alimento permitiendo que la publicidad de la bebida (...) utilice el término de **energía** en el nombre y descripción del producto (...) más (sic) no a la provisión de calorías de los nutrientes que contiene cada lata, pues en realidad se trata de unas **sustancias psicoactivas**”¹⁷.

2.4.- Ordenar al INVIMA dar aplicación inmediata a la advertencia hecha por la SEABA en sus conceptos y recomendaciones plasmada en el Acta No. 05 de 2002

¹³ Folio 25.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Folio 26.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

donde advirtió sobre el incumplimiento de la Resolución No. 2229 de 1994 por algunas bebidas hidratantes y energizantes¹⁸.

2.5.- Ordenar al Ministerio de Protección Social, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y la Dirección Nacional de Estupefacientes “que creen y desarrollen estrategias, planes y programas nacionales, tendientes a prevenir el consumo prematuro de bebidas energizantes (léase estimulantes) entre los menores de edad y jóvenes, informando y educando sobre el consumo responsable de estos productos y promuevan campañas que permitan y faciliten el abandono del consumo de estas bebidas. De igual forma que en los programas de prevención de uso de sustancias psicoactivas incluya campañas de información sobre los riesgos del consumo de bebidas energizantes en: altas dosis, su combinación con el alcohol y otras drogas, y el consumo de niños y niñas menores de 14 años”¹⁹.

2.6.- Ordenar al Ministerio de Protección Social “que promueva programas de capacitación dirigidos a los profesionales de la salud, trabajadores de la comunidad, asistentes sociales, profesionales de la comunicación y educadores, responsables de la formación de menores de edad, sobre los efectos nocivos para la salud, el bienestar social y la unidad familiar por causa del consumo de bebidas energizantes (léase estimulantes)”²⁰.

2.7.- Ordenar al Ministerio de Educación Nacional que incluya en los programas académicos de los distintos niveles educativos (preescolar, primaria, secundaria, media vocacional, universitaria, educación no formal y para docentes) “los conocimientos y orientación necesaria relacionada con la prevención, consumo, adicción y consecuencias del consumo de bebidas energizantes”²¹.

2.8.- Ordenar a RED BULL COLOMBIA SAS que se abstenga en forma permanente de expresar cualquier tipo de mensaje de salud positivo en las latas o publicidad de la bebida a partir de la ejecutoria de la sentencia, y que en adelante su publicidad se sujete a las siguientes prohibiciones o restricciones²²:

¹⁸ Folio 27.

¹⁹ Idem.

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

²² Idem.

- No dirigir la publicidad, promoción o incentivo a menores de edad, sugerir que estas bebidas mejoran el rendimiento físico, sexual o intelectual, ni contribuye al éxito académico, profesional o social²³.
- La entrega de degustaciones, promociones de venta, obsequios o cualquier otra estrategia de venta solo debe hacerse en áreas restringidas para los menores de edad²⁴.
- La entrega de material publicitario (camisetas, chaquetas, maletines, etc.) en eventos deportivos, culturales y sociales no debe resultar procedente si hay menores presentes²⁵.
- No venta u oferta gratuita a menores de 18 años²⁶.

2.9.- Ordenar a la RED BULL COLOMBIA SAS se abstenga en forma permanente de comercializar o vender su producto a menores de edad²⁷.

2.10.- Ordenar al Ministerio de Protección Social que prohíba la venta y consumo de bebidas estimulantes en entidades públicas y privadas del sector salud (clínicas, hospitales, consultorios médicos y odontológicos, etc.); centros educativos; museos, bibliotecas o cualquier otro recinto abierto al público dedicado a actividades culturales o académicas; estadios, coliseos u otros sitios en los que tengan lugar actividades deportivas, culturales o artísticas; medios de transporte público (terrestre, marítimo, aéreo o fluvial) y sus estaciones o terminales, desde el ingreso hasta el abordaje de los vehículos; entidades públicas o privadas destinadas a cualquier tipo de actividad industrial, comercial o de servicios, incluidas áreas de atención al público y salas de espera; guarderías, hogares comunitarios y otros establecimientos destinados a velar por la infancia, las mujeres embarazadas o personas con discapacidad; y finalmente, en la vía pública y parques²⁸.

2.11.- Se ordene a RED BULL COLOMBIA SAS incluir en todos sus productos, anuncios o mensajes publicitarios de la bebida RED BULL ENERGY DRINK, el texto o audio a la misma velocidad de la pauta correspondiente a la frase

²³ Idem.

²⁴ Folios 27-28.

²⁵ Folio 28.

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

“Prohíbese el expendio y/o consumo de bebidas estimulantes a menores de edad, su consumo puede ser perjudicial para la salud”²⁹.

2.12.- Ordenar al Ministerio de Protección Social que expida una resolución en la cual se disponga que la comercialización y venta de las bebidas energizantes en supermercados, tiendas, licorerías y cualquier otro lugar donde sea permitida su venta, que ésta “se haga de forma tal que el producto sea ubicado en el lugar asignado para las bebidas con contenido alcohólico”³⁰.

2.13.- Se condene en costas a la parte demandada, fijándose agencias en derecho, gastos y costas judiciales en que se incurra en este proceso.

3.14.- Se decrete el incentivo a su favor.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

Por reunir los requisitos formales establecidos en la Ley 472 de 1998, por medio de auto del 5 de noviembre de 2010 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, admitió la demanda, se ordenó la notificación personal a los representantes legales de los demandados y al Ministerio Público, se ordenó remisión de la demanda a la Defensoría del Pueblo, se ordenó la publicación del auto admisorio de la demanda en un diario de amplia circulación nacional y se reconoció a los actores como parte demandante³¹.

III. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Las demandadas presentaron en tiempo su escrito de oposición a las pretensiones formuladas con base en los siguientes argumentos:

3.1. Oposición del INVIMA.

En escrito radicado el 14 de febrero de 2011, tras hacer una valoración de los hechos en los que se fundamenta la demanda, el INVIMA solicita desestimar las pretensiones de la demanda³². Adicionalmente formula las excepciones de

²⁹ Idem.

³⁰ Folios 29-30.

³¹ Folio 55.

³² Folios 62-84.

inexistencia de violación de los derechos colectivos invocados, ejercicio racional y proporcionado de las funciones por parte del INVIMA, falta de legitimación por pasiva y hecho superado; y solicita vincular al Ministerio de Protección Social por tener intereses en juego en el proceso abierto.

El ente público fundamenta su oposición en los siguientes argumentos:

-) El cumplimiento del reglamento técnico que deben atender las bebidas energizantes (Resolución No. 4150 de 2009).

En concepto del INVIMA, de conformidad con lo estipulado en la Resolución No. 4150 de 2009, por coincidir con la definición que se da en su artículo 3º de las denominadas bebidas energizantes y por atender los requisitos generales establecidos por su artículo 5º, el análisis de los ingredientes y las características generales del producto RED BULL ENERGY DRINK (en adelante RBED) permite afirmar que ésta sí pertenece a dicha categoría y que además cumple con los requerimientos que exige la regulación. Lo mismo se puede decir, añade, de lo concerniente a su rotulado y etiquetado, reglado por los artículos 12, 13, 14 y 15.

Señala que “los ingredientes de las bebidas energéticas están debidamente aprobados por los regímenes alimentarios y su consumo dependerá de la conducta de las personas, pues aún con las restricciones impuestas a esta clase de productos, esta decisión corresponde a cada individuo”³³.

Pone de relieve que antes de la presentación de la demanda el Instituto no tenía conocimiento de los contenidos que figuraban en la página web del producto, ya que ésta no había sido presentada para aprobación previa por parte de la entidad de acuerdo con las exigencias de la normatividad. Y subraya que la obtención previa de la aprobación es una responsabilidad del particular, no del Instituto. Con todo, afirma que ante la presunta infracción sanitaria derivada de la omisión de obtener la aprobación previa se dio traslado a la Subdirección de Alimentos y Bebidas Alcohólicas del INVIMA “para que aplique las medidas de control que considere pertinentes”³⁴; con lo cual la entidad ha dado cumplimiento a sus responsabilidades.

³³ Folio 68.

³⁴ Folio 63.

-) El despliegue de acciones de control previo y control posterior que acreditan el cumplimiento de las funciones legales del INVIMA.

Indica el escrito de contestación de la demanda que el INVIMA cumple sus funciones con arreglo a la reglamentación respectiva y con base en los soportes científicos necesarios para asegurar la salud de los consumidores. Afirma así que de acuerdo con la normatividad sanitaria vigente se otorgó un registro sanitario automático o inmediato, sobre el cual se realizó un control posterior a la concesión del correspondiente registro. En virtud de este control posterior el INVIMA está facultado para verificar en cualquier momento el cumplimiento de los requisitos que dieron lugar a la concesión y en caso de encontrar inconsistencias o irregularidades puede solicitar al titular del registro las aclaraciones a que haya lugar. Y añade que también cumple sus funciones de control posterior vigilando las acciones emprendidas por comercializadores e importadores, “verificando e investigando las posibles transgresiones a la normatividad sanitaria en materia de rotulado, publicidad y demás circunstancias que generen peligro para la colectividad”³⁵.

-) La falta de competencia del INVIMA para establecer las normas técnicas sanitarias.

Se afirma que el INVIMA es “un órgano ejecutor de la política sanitaria nacional y la clasificación que hace de los productos la efectúa de acuerdo con la norma sanitaria vigente”³⁶. Por lo tanto, señala, no puede hacer nada distinto a otorgar a un producto la categoría y el tratamiento que legal y reglamentariamente le corresponde. Y agrega que de cambiar la clasificación dada al producto RBED para llamarle bebida estimulante “se estaría obligando a las autoridades administrativas a extralimitarse en sus funciones”³⁷.

-) La no vinculatoriedad de los conceptos expedidos por la Comisión Revisora y las Salas Especializadas.

Precisa la contestación de la demanda que la SEABA es un órgano asesor y consultor del INVIMA, por lo que sus conceptos sirven de soporte a las decisiones de la Administración, pero carecen de fuerza vinculante. La Comisión Revisora,

³⁵ Folio 71.

³⁶ Idem.

³⁷ Folio 72.

que actúa y cumple sus funciones a través de Salas Especializadas, tiene como función “estudiar y conceptuar acerca de los aspectos científicos y tecnológicos de los productos de que trata el artículo 245 de la Ley 100 de 1993”³⁸. Estos conceptos, agrega, “son considerados únicamente en cuanto abarquen asuntos sanitarios, siendo claro que no le corresponde a este Instituto pronunciarse sobre asuntos marcarios de los productos de su competencia”³⁹.

-) La no vulneración de la regulación por la expresión “Vitaliza mente y cuerpo” utilizada en la publicidad.

El INVIMA considera que la expresión “Vitaliza mente y cuerpo” no resulta contraria a lo dispuesto por el artículo 10 de la Resolución 4150 de 2009, por lo que nada se puede reprochar al Instituto. Así lo conceptuó la Subdirección de Registros Sanitarios de la entidad en oficio de 10 de febrero de 2011 y así se puede deducir del hecho que tal manifestación no equivale a un anuncio que venda al producto como generador de bienestar o de salud, práctica que sí estaría prohibida por el Reglamento Técnico (Res. No. 4150 de 2009). Y agrega que la lectura de la definición que del término VITALIZA hace la Real Academia de la Lengua (transmitir vitalizar o energía) se puede inferir “que al tratarse de una bebida energizante es propio que la etiqueta del producto declare que trae energía para cuerpo y mente, sin generar este enunciado una idea que atribuya característica medicinal, preventiva o curativa del producto”⁴⁰.

-) La inexistencia de vulneración de los derechos colectivos invocados por el ejercicio racional y proporcionado de las funciones a cargo del INVIMA.

Sostiene que solo es predicable una omisión capaz de atentar contra derechos colectivos en el evento en que se apruebe publicidad sin el cumplimiento de los requisitos de la Resolución No. 4150 de 2009 o por la falta de ejercicio de la responsabilidad de inspección, vigilancia y control después de conocidas situaciones irregulares, no siendo posible endilgarle responsabilidad al Instituto más allá de lo razonable por cualquier clase de infracción a la normativa sanitaria que puede tener lugar en cualquier rincón del país. Por cuanto considera haber dado cumplimiento razonable a sus responsabilidades, estima improcedente

³⁸ Artículo 2º del Acuerdo 3 de 2006 del Consejo Directivo del INVIMA.

³⁹ Folio 73.

⁴⁰ Folio 75.

valorar sus actuaciones frente a RED BULL ENERGY DRINK como contrarias a los derechos colectivos invocados por los accionantes.

-) La importancia de la colaboración ciudadana y la existencia de otras vías de protección de los derechos presuntamente conculcados.

Subraya el escrito de contestación la importancia que tiene para el INVIMA contar con la colaboración activa de toda la ciudadanía, que mediante quejas, denuncias u otra clase de informaciones puede contribuir decididamente a la protección de la salud pública. Esta colaboración, se afirma, constituye un deber ciudadano; para cuyo ejercicio la entidad ha habilitado distintas vías (telefónica, fax, escrita, correo electrónico, etc.), de manera que una vez conocidas las denuncias se procede a efectuar la investigación correspondiente. Con todo, los actores populares no hicieron uso de estas vías y prefirieron acudir directamente al recurso judicial, que deviene improcedente por esta causa, pues bastaba con informar a la Administración de las presuntas irregularidades para que se iniciaran las actuaciones del caso.

-) El libre albedrio y los límites a los controles a las actividades económicas.

Para el INVIMA tanto la proclamación constitucional como la jurisprudencia constitucional proferida en materia de libre desarrollo de la personalidad y de libertad de empresa impiden exigir a los particulares que desarrollan actividades productivas más de lo previsto en la Ley. Ni siquiera la protección de los consumidores permitiría a la Administración desbordar dicho ámbito. Por esto afirma que de su actuación no puede predicarse vulneración de derechos colectivos “cumpliendo la administración con exigir el registro sanitario la aprobación previa de la publicidad y realizar las acciones de inspección, vigilancia y control de acuerdo a sus capacidades y recursos ante el conocimiento cierto, veraz y oportuno de las infracciones”⁴¹.

-) La falta de legitimación por pasiva del INVIMA.

Considera el Instituto que la acción popular debe ser dirigida contra quien directamente causa la vulneración de los derechos colectivos invocados; lo cual, de conformidad con los razonamientos anteriores, no resulta predicable de esta

⁴¹ Folio 80.

entidad. A su modo de ver las cosas la sola infracción de la normativa sanitaria “no debe interpretarse como una omisión por parte de la entidad”⁴².

3.2. Oposición de RED BULL COLOMBIA SAS.

En escrito radicado el 10 de marzo de 2011⁴³, por intermedio de apoderado judicial, RED BULL COLOMBIA SAS, luego de hacer una valoración de los hechos señalados en la demanda expresa su oposición a las pretensiones de la demanda por considerar que el producto RBED no amenaza ni vulnera los derechos colectivos de los consumidores ni la salubridad pública. En su criterio la reclamación elevada resulta infundada, toda vez que la actividad comercial desarrollada por la empresa RED BULL COLOMBIA SAS en relación con este producto se da dentro del marco de lo estrictamente establecido por la Constitución, la Ley y los reglamentos que regulan la materia. Por este motivo formula como excepciones (i) la improcedencia de la acción popular por inexistencia de daño, amenaza, vulneración o agravio contra los derechos colectivos invocados⁴⁴ y (ii) la inexistencia de la causa invocada⁴⁵.

Para fundamentar su defensa se presentan los siguientes argumentos:

Frente al señalamiento según el cual la categoría de bebida energizante encubre un atentado contra los derechos de los consumidores por cuanto se trata, presuntamente, de bebidas estimulantes, se afirma en la contestación que el concepto de bebida energizante es una noción estándar, “casi que universal para distinguir esta clase de productos”⁴⁶, como se deriva de su utilización en los EEUU, la UE, Brasil o Australia, entre otros muchos países. El hecho de que sea una categoría reconocida y utilizada por el *Codex Alimentarius* de la OMS y de la FAO (conjunto de estándares, prácticas, guías y otras recomendaciones internacionalmente reconocidas en materia de alimentos, su producción y seguridad alimentaria, con el objetivo de alcanzar una adecuada protección de los consumidores) reafirma lo anterior⁴⁷, pues, dice, se trata de un cuerpo

⁴² Idem.

⁴³ Folios 119-160.

⁴⁴ Folio 157.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Folio 120.

⁴⁷ El *Codex Alimentarius* alude a las bebidas energizantes en la “Norma General del Codex para los Aditivos Alimentarios (CODEX STAN 192-1995)”, se les incluye en la lista de las diferentes categorías de productos alimenticios y las describe como “bebidas con gas que contienen niveles altos en nutrientes y otros ingredientes (p. ej. la cafeína, taurina, carnitina)”. Cfr. Folio 121.

normativo acuñado por “el máximo órgano internacional con competencia específica en temas de alimentos”⁴⁸.

En relación con el cargo según el cual RBED es una bebida estimulante, sostiene la demandada que se trata de un señalamiento falso, ya que aun cuando se puede admitir que desde un punto de vista técnico la cafeína es un estimulante, ésta no es el único ingrediente con base en el cual se elabora el producto. Así, afirma, debe considerarse el hecho que además de no contener una dosis exagerada de aquella (“tiene 80 mg. de cafeína, que es la misma cantidad que una taza de café preparado o tinto”⁴⁹), sus demás ingredientes son “seguros”⁵⁰ en el sentido que todos “han sido evaluados por autoridades sanitarias colombianas y de más de 160 países para su seguridad y están permitidas por las regulaciones de alimentos aplicables”⁵¹.

En lo atinente a lo manifestado por los demandantes respecto a cómo el RBED debería ser clasificado como una droga y no como un producto alimenticio, sostiene que es expresión de “una total falta de conocimiento de (sic) regulación sanitaria colombiana y las definiciones legales de estos tipos de productos”⁵². Añade que “en ninguna parte del mundo estos productos son clasificados como medicamentos”⁵³. Y califica como equivocado afirmar que la cafeína genera adicción⁵⁴.

Respecto al supuesto incumplimiento por parte del producto RBED de las recomendaciones acordadas por la SEABA en el acta de reunión No. 06/02, indica que dicho incumplimiento es inexistente, toda vez que con la expedición y entrada en vigor de la Resolución No. 4150 de 2009 aquellas “han dejado de ser aplicables”⁵⁵.

Frente al señalamiento según el cual la expresión “Vitaliza mente y cuerpo” infringe la regulación sanitaria, considera que ello resulta equivocado, por cuanto dicha leyenda “no define el producto como producto de bienestar o salud (...) se

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Folio 123.

⁵⁰ Folio 124.

⁵¹ Idem.

⁵² Folio 127.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Folio 128.

⁵⁵ Folio 131.

limita a hacer una indicación general sobre el carácter del producto, que además es fiel a las características y composición del mismo”⁵⁶.

En lo relativo al cargo de publicidad engañosa como consecuencia del uso del eslogan “Red Bull te da Aaalas”, dada la promesa falsa de volar que encierra, señala que “carece de sentido, desde el punto de vista jurídico o técnico”⁵⁷. De un lado, expresa que jurídicamente la publicidad engañosa es aquella que induce a error al consumidor sobre elementos objetivos del producto anunciado; de otro, califica de “simple absurdo considerar que el consumidor promedio, a través de un proceso racional decide adquirir el producto basado en la promesa de volar gracias a su consumo”⁵⁸.

Con referencia a los supuestos riesgos para la salud que representa el consumo de RBED, manifiesta que una lata del producto de 250 ml. contiene “la misma cantidad (incluso menos, dependiendo de la preparación) de cafeína que una taza de café normal, que es de 80 mg. El consumo de una lata de RBED corresponde por lo tanto a la ingesta normal de café de una persona”⁵⁹. Con base en estudios científicos recientes sostiene que una ingesta diaria de cafeína de 400 mg. se considera segura, razón por la cual el consumo de una lata de Red Bull de 250 ml., que contiene 80 mg. de cafeína, “está muy lejos de tener efectos adversos sobre el cuerpo humano o sobre su psique”⁶⁰. Y añade que en virtud de la normativa que le es aplicable en Colombia (Resolución No. 4150 de 2009) las bebidas de esta clase tienen la obligación de indicar en su etiqueta el contenido de cafeína; algo que no es frecuente en las bebidas que contienen esta sustancia y que permite a los consumidores de bebidas energizantes conocer la cantidad exacta de cafeína que ingieren, lo cual, afirman, las sitúa “a la vanguardia de la información al consumidor”⁶¹.

En lo que hace a los supuestos efectos perjudiciales para la salud de la combinación de RBED y alcohol se afirma que tales efectos se deben “a la bebida alcohólica, no a la mezcla”⁶². Y sostienen que la postura según la cual la combinación de alcohol y bebidas energéticas altera o reduce la percepción de

⁵⁶ Folio 133.

⁵⁷ Folio 133.

⁵⁸ Folio 134.

⁵⁹ Folio 138.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Folio 139.

⁶² Folio 140.

intoxicación y afectación que produce el alcohol en las personas o disfraza los efectos subjetivos de la intoxicación carece de pruebas sólidas y no consulta los más recientes estudios científicos en la materia⁶³. Lo mismo, afirma, ocurre respecto de la presunta relación entre el consumo de bebidas energizantes y un supuesto incremento en la ingesta de alcohol⁶⁴.

Aduce igualmente que el RBED cumple con todas las exigencias de la reglamentación en materia de información que se debe ofrecer al público en sus etiquetas y publicidad⁶⁵.

Indica que resulta “incorrecto e irresponsable suponer que este producto está dirigido a los niños como los accionantes lo afirman en su acción”⁶⁶. Y manifiesta que desde su entrada al mercado colombiano RBED “ha incluido voluntariamente una frase en su etiqueta que comunicaba “no recomendable para niños”, entendiendo como aquellos niños menores de 12 o 14 años”⁶⁷; lo cual no obsta para que ahora, en cumplimiento de la reglamentación vigente se incluya en la etiqueta del producto y su publicidad que su venta y comercialización se restringe a mayores de 14 años⁶⁸. Y cierra este argumento señalando que “[e]s erróneo e irresponsable afirmar, como lo hacen los accionantes, que el consumo de RBED es la puerta de entrada al consumo de sustancias controladas e ilegales. Los demandantes no presentan ningún argumento para sustentar esa irresponsable declaración que es a todas luces falaz”⁶⁹.

Destaca el rigor con el cual fue expedida la Resolución No. 4150 de 2009 del Ministerio de Protección Social, reglamento técnico proferido por las autoridades nacionales de conformidad con las normas de la OMC y la CAN en la materia para evitar que por vía de regulación sanitaria se erijan barreras técnicas al comercio⁷⁰.

Por último solicita que se deniegue la petición de reconocimiento de incentivo para los actores populares toda vez que dicha figura fue derogada por la Ley 1425 de 2010⁷¹.

⁶³ Folio 140.

⁶⁴ Folio 141.

⁶⁵ Folio 144-145.

⁶⁶ Folio 146.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Folio 147.

⁷⁰ Folios 152-153.

⁷¹ Folio 153.

3.3. Oposición del Ministerio de Salud y Protección Social.

Luego de que oficiosamente se dispusiera mediante auto del 14 de junio de 2013⁷² poner en su conocimiento el proceso adelantado y se le brindara la oportunidad de invocar la nulidad procesal derivada de su no vinculación oportuna o de subsanar dicha irregularidad, el Ministerio de Salud y Protección Social concurrió al juicio, manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda y solicitó se le absolviera de toda responsabilidad por los hechos debatidos en la presente acción popular⁷³.

Luego de hacer un recuento de las funciones del Ministerio y del INVIMA, este sujeto procesal propone la excepción falta de legitimación en la causa por pasiva por considerar que la controversia debatida gira en torno al empleo de publicidad engañosa por parte de la compañía RED BULL COLOMBIA y a la falta de acompañamiento y adopción de medidas efectivas por parte del INVIMA frente al etiquetado y publicidad del producto RBED. Toda vez que el Ministerio carece de potestades de inspección, vigilancia y control, y que su función se limita a la regulación de los asuntos relacionados con la salud pública, afirma, “[n]o le corresponde a este ente ministerial asumir una carga derivada de competencias atribuidas a un establecimiento público adscrito al mismo, en razón a que este último goza de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, lo cual le permite un ejercicio libre de sus facultades legales y constitucionales y la asunción de sus responsabilidades”⁷⁴. Por esto, agrega, no existe un nexo causal entre la actuación del Ministerio y las situaciones que dan lugar a la presente reclamación⁷⁵.

⁷² Esta decisión se tomó al considerar, como fuera puesto de relieve por el INVIMA en su contestación de la demanda, que es el antiguo Ministerio de Protección Social, actual Ministerio de Salud y de Protección Social, la entidad responsable de la regulación y definición de los requisitos técnicos que en materia sanitaria deben cumplir las bebidas energizantes (artículos 287 y 564 de la Ley 9 de 1979, 2 del Decreto 205 de 2003 y 1, 2 y 61 del Decreto Ley 4107 de 2011); argumento que fue desestimado por el juzgador de primera instancia en la sentencia impugnada al estimar que dicha entidad nada tenía que ver con las objeciones a la función de inspección, vigilancia y control del cumplimiento de la normativa sanitaria que se debaten en la presente controversia. *Cfr.* Folios 800-802. El hecho de estar frente a una eventual causal de nulidad no insubsanable (inciso final del artículo 144 CPC), es decir, saneable en los supuestos del artículo 144, y la aplicación del carácter instrumental de las formas derivado del principio de prevalencia del derecho sustancial proclamado tanto por la Constitución (artículo 228) como por la Ley 472 de 1998 (artículo 5), permite convalidar frente al Ministerio de Salud y Protección Social lo actuado dada su voluntad de concurrir al proceso y su no invocación de la eventual nulidad derivada de no vinculación inicial al juicio.

⁷³ Folios 804-814.

⁷⁴ Folio 809.

⁷⁵ *Idem.*

IV. AUDIENCIA ESPECIAL DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

La Audiencia Especial de Pacto de Cumplimiento fue llevada a cabo el 5 de abril de 2011⁷⁶. Aun cuando se hicieron presentes todas las partes, el acto fue declarado fallido debido a la falta de fórmula de acuerdo entre ellas.

V. LA PROVIDENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 17 de noviembre de 2011, proferida por la Sección Primera – Subsección B⁷⁷, desestimó las pretensiones de la demanda y declaró no probadas las excepciones propuestas por RED BULL COLOMBIA SAS y por el INVIMA. Esto último, por considerar que las excepciones de “inexistencia de la vulneración”, “ejercicio racional y proporcionado de sus funciones”, “hecho superado”, “improcedencia de la acción por inexistencia de daño, amenaza, vulneración o agravio contra los derechos colectivos” e “inexistencia de causa invocada”, más que auténticos medios exceptivos son razones de defensa que deben ser consideradas al analizar la causa. Y respecto de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el INVIMA resolvió declararla infundada por considerar que dadas las funciones que cumple esta entidad bien podría hallarse responsable de la supuesta transgresión de los derechos invocados en la demanda, siendo entonces improcedente el reconocimiento de dicha excepción.

A manera de cuestión preliminar el Tribunal resolvió lo referente a la objeción por error grave al dictamen pericial elaborado por el INVIMA, la cual fue denegada⁷⁸, así como la solicitud de desestimación del valor probatorio del testimonio del Dr. John Duperly, igualmente rechazada⁷⁹, y el pedido de la parte actora de vinculación de los Ministerios de Salud y Educación, así como del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y la Dirección Nacional de Estupefacientes (DNE), solicitud que también fue denegada por considerar el *a quo* que “de la situación fáctica relatada en la demanda no se deduce alguna acción u omisión atribuible a dichas entidades que haya implicado la vulneración de los derechos colectivos, pues ninguna de ellas tiene dentro de sus funciones

⁷⁶ Folios 376-377.

⁷⁷ Folios 626-670.

⁷⁸ Folios 648-650.

⁷⁹ Folio 650.

las relacionadas con la inspección, vigilancia y control del cumplimiento de la normativa sanitaria que aquí se controvierte”⁸⁰.

En concepto del Juez de Primera Instancia el debate planteado gira en torno a dos situaciones diferentes: la supuesta transgresión del derecho colectivo a la salubridad pública por la comercialización de un producto pretendidamente perjudicial para la salud, por un lado, y la afectación de los derechos de los consumidores como consecuencia de la publicidad engañosa que se hace de la sustancia comercializada, por otro.

En cuanto a lo primero, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca descarta la supuesta afectación al derecho a la salubridad pública por considerar que no hay en el RBED ingredientes prohibidos ni exclusivos que representen una amenaza seria para la salud de la comunidad. En su criterio “sus efectos colaterales dependen del consumo que cada individuo realice, luego, las implicaciones nocivas en la salud son a consecuencia de su abuso, y en todo caso no se reflejan en la colectividad”⁸¹. Y refuerza su conclusión afirmando que la compañía RED BULL COLOMBIA SAS no ha incumplido la reglamentación sanitaria ni el actor acreditó el incumplimiento de las obligaciones que en materia de etiquetado y publicidad impone la Resolución No. 4150 de 2009; razón por la cual, concluye, “no aparece demostrado el primer presupuesto de la acción, esto es una acción u omisión imputable a Red Bull Colombia SAS o al INVIMA, de manera que habrá de denegarse el amparo al derecho colectivo a la salubridad pública”⁸².

De otro lado, en cuanto a lo segundo, se tiene que también es rechazado por el Tribunal el cargo consistente en la supuesta vulneración a los derechos de los consumidores como resultado de una presunta publicidad engañosa toda vez que la reglamentación prohíbe que las bebidas energizantes se anuncien como productoras de bienestar o salud. Señala el fallo que los contenidos relacionados con los efectos benéficos que se reportaban en la página web de la compañía fueron oportunamente retirados, por lo cual se configura un hecho superado. Y sostiene que de ello no se puede desprender reproche alguno para el INVIMA por una supuesta omisión en el cumplimiento de sus funciones de control, dado que dichos contenidos no fueron autorizados en ningún momento por esta entidad, ni resulta exigible pretender que ella ejerza control sobre situaciones que no han sido

⁸⁰ Folio 648.

⁸¹ Folios 660-661.

⁸² Folio 661.

puestas en su conocimiento. Adicionalmente, en lo relacionado con el supuesto engaño que se deriva de las frases “Vitaliza mente y cuerpo” y “Red Bull te da Aaalas”, estima que la primera de las frases “es connatural al producto energizante, luego no se considera un anuncio productor de bienestar o de salud, y la segunda no es publicidad engañosa por cuanto es claro para un consumidor promedio que ninguna bebida, lo va a hacer volar, de manera que es claro que esa frase no afecta el comportamiento económico del consumidor, es decir, no lo inclina a su compra por esa promesa”⁸³.

Finalmente, también rechaza el Tribunal la solicitud de reconocimiento del incentivo económico por considerar que éste representaba una expectativa fundada en normas que fueron derogadas, “razón por la que no hay lugar a su reconocimiento”⁸⁴; y la solicitud de condena en costas, por estimar que “no existen elementos de juicio a partir de los cuales se llegue a la certeza de que los actores populares sufragaron los gastos propios del proceso o de la agencia en derecho”⁸⁵.

VI. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal⁸⁶ y solicita que se revoque la negativa a amparar los derechos colectivos invocados en la demanda, así como la denegación de la condena en costas, el rechazo de la objeción por error grave al concepto técnico rendido por el INVIMA, la declaratoria de hecho superado y la no vinculación de los Ministerios de Protección Social y Educación, así como al ICBF y a la DNE.

En su recurso los apelantes reiteran los argumentos de la demanda. Insisten, así, en que la cafeína no proporciona energía mental sino que por sus efectos farmacológicos estimula el sistema nervioso; de donde se concluye que afirmar que el producto vitaliza mente y cuerpo “constituye una verdadera publicidad engañosa”⁸⁷. En este sentido se referencian también diversos links en internet en los cuales, afirman, se puede observar que la publicidad del producto hace evidente la promesa que “Red Bull te da Aaalas”. Y agregan que “[t]iene un

⁸³ Folio 666.

⁸⁴ Folio 668.

⁸⁵ Folio 669.

⁸⁶ Folio 671

⁸⁷ Folio 685.

profundo contenido sexual, físico y mental pues lo que da a entender a cualquier consumidor promedio es que el consumo de Red Bull actúa como un energizante que le permite al consumidor alcanzar desempeños épicos en cualquiera de esas áreas”⁸⁸, sin que de ella se pueda inferir que de lo que se trata es de “habilitar y apoyar a la gente a alcanzar sus metas y realizar sus sueños”⁸⁹.

Adicionalmente se citan apartados del Acta No. 03 de 2006 de la SEABA en el que se expresan dudas sobre la legitimidad del concepto “bebida energizante” para reprochar que el Gobierno ignoró las recomendaciones plasmadas en dicho documento. E insisten en que el criterio expuesto al interior de las diversas salas de la Comisión Revisora “debería ser acogido posteriormente en las reglamentaciones que expida el Gobierno Nacional y no como viene ocurriendo que (sic) el INVIMA está haciendo caso omiso a la evidencia presentada por la SEABA actuando irresponsablemente en contravía de los mandatos legales que le imponen unas precisas funciones de vigilancia y control poniendo en peligro la salubridad pública”⁹⁰. Y añaden que “los actos administrativos que expida el Gobierno Nacional deben ir en consonancia con la evidencia científica pues de lo contrario se estaría regulando a espaldas de la realidad y del pueblo”⁹¹.

También reitera el pedido de que se vincule al Ministerio de Educación Nacional, al ICBF y a la DNE “a fin de que puedan concurrir a este proceso en calidad de entidades que deben velar por la protección de los derechos e intereses colectivos que se pretenden proteger”⁹².

Igualmente sostiene que no se está frente a un hecho superado en su totalidad, ya que si bien es cierto que los contenidos irregulares fueron retirados de la página web del producto, “el INVIMA incurre en una flagrante vulneración de los derechos e intereses colectivos a la salubridad pública y los derechos de los consumidores y usuarios al desconocer las recomendaciones de la SEABA contenidas en el Acta No. 03 de marzo 26 de 2006 donde advierte que llamar a las bebidas tipo RED BULL “bebidas energizantes” es equivocado ya que en realidad se trata de una BEBIDA ESTIMULANTE”⁹³.

⁸⁸ Folios 689-690.

⁸⁹ Folio 690.

⁹⁰ Folio 701.

⁹¹ Idem.

⁹² Folio 687.

⁹³ Folio 724.

Asimismo considera que se debe reconocer el incentivo a favor del actor popular ya que la postura asumida por el Tribunal conlleva una aplicación retroactiva de la ley que atenta contra la seguridad jurídica, la legalidad, la confianza legítima y el debido proceso⁹⁴. Y resalta la necesidad de condenar en costas a la parte demandada en virtud de los gastos procesales en que incurrió para iniciar e impulsar el proceso⁹⁵.

En lo concerniente a la objeción por error grave sostiene la parte impugnante que éste consiste en que “la funcionaria del INVIMA confunde la REGLAMENTACIÓN TÉCNICA contenida en el acto administrativo que cita [Resolución 4150 de 2009] con el CONCEPTO TÉCNICO respecto de la naturaleza y condiciones de la bebida energizante Red Bull, así como sus efectos colaterales en la salud pública que es lo que se decretó como prueba”⁹⁶. Y afirma que “[q]uizás la pobreza del concepto técnico emitido por el INVIMA se explique en el interés que le asiste a aquella como parte demandada en este proceso de que se denieguen las pretensiones de los actores populares”⁹⁷. Por esto, afirma, “el INVIMA nunca complementó su concepto refiriéndose a todas y cada una de las sustancias que componen la bebida RED BULL indicando su naturaleza y sus efectos colaterales sobre la salud pública, teniendo como referente el Acta 03 de 2006, aclarando si se ratifican los conceptos allí emitidos o si se recogen”⁹⁸. Y cuestiona que haya sido la Subdirectora de Alimentos y Bebidas Alcohólicas quien haya rendido dicho concepto, por no ser la idónea, debiendo haberse encomendado dicha responsabilidad a la SEABA habida cuenta de las calidades de sus integrantes⁹⁹.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Admitido el recurso por el Magistrado Sustanciador mediante auto del 18 de julio de 2012¹⁰⁰ se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión.

7.1. Alegaciones del INVIMA.

⁹⁴ Folio 728-730..

⁹⁵ Folio 730.

⁹⁶ Folio 680.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ Ejusdem.

¹⁰⁰ Folio 734.

En la oportunidad procesal concedida el INVIMA presentó el correspondiente escrito ¹⁰¹, en el cual reiteró las razones de su defensa expuestas en la contestación de la demanda e hizo especial énfasis en que: (i) se ha dado cumplimiento al reglamento técnico sobre las exigencias que deben cumplir las etiquetas y la publicidad de las bebidas energizantes y se han ejercido acciones de control previo y posterior sobre el producto que origina la presente acción, por lo cual no se puede afirmar que el INVIMA haya omitido el cumplimiento de sus funciones; (ii) el INVIMA solo ejecuta la política sanitaria y cumple funciones de inspección, vigilancia y control, pero no es el responsable de la expedición de la regulación sanitaria, razón por la cual no se le puede exigir que obre en contravía de lo que ésta establece; (iii) el carácter de órgano asesor y consultivo de la SEABA para el INVIMA, de donde se desprende que sus pronunciamientos técnicos no tienen naturaleza vinculante para el Instituto, cuya sujeción se predica de la legislación y de la regulación sanitaria; (iv) la no vulneración de la regulación y la falta de engaño al consumidor de la frase “vitaliza mente y cuerpo”, toda vez que se trata de una leyenda que además de resultar coherente con los ingredientes del producto y con el efecto generador de energía que lo caracteriza, no se puede catalogar como contraria a lo previsto por la Resolución No. 4150 de 2009 pues no le atribuye propiedades medicinales ni curativas al bien; (v) la imposibilidad de afirmar que el INVIMA omitió el cumplimiento de sus funciones por los contenidos que figuraban en la página web del producto, por cuanto estos en ningún momento fueron autorizados por aquél, quien además siempre ha estado atento a las solicitudes de control para evaluar el material publicitario de las bebidas energizantes y ha cumplido su labor de control posterior con apego a la normatividad; (vi) la jurisprudencia vigente en materia del alcance de las obligaciones estatales, que deben ser siempre vistas a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, por lo cual no se puede exigir de las entidades públicas acciones que dada su capacidad operativa efectiva pueden resultar imposibles o impracticables; (vii) el reconocimiento constitucional de la libertad de elección de los consumidores como derivación del libre albedrío garantizado por el artículo 16 CP, no pudiendo la Administración ir más allá de las condiciones y restricciones fijadas por la regulación a los agentes económicos so pretexto de amparar a los consumidores; y (viii) la inexistencia de una amenaza o afectación a los derechos colectivos por parte del INVIMA.

7.2. Alegaciones de RED BULL COLOMBIA SAS.

¹⁰¹ Folios 735-752.

En su escrito de alegaciones ¹⁰², luego de hacer una breve referencia al reconocimiento y legitimidad internacional de las bebidas energizantes, la compañía demandada refuta cada uno de los argumentos esgrimidos por la parte demandante y respalda tanto la denegación de la objeción por error grave al peritaje, como de la vinculación del Ministerio de Educación, el ICBF y la DNE, lo mismo que del incentivo y de la condena en costas solicitada.

Así, en cuanto a los argumentos que sustentan la impugnación del fallo de primera instancia, sostiene que es falso todo lo dicho en relación a la cantidad de cafeína que contiene una lata de RBED y llama la atención sobre cómo “es muy arriesgado que en este escenario se afirme que el consumo de este producto eleva el riesgo de sufrir un infarto, con base en un contenido de cafeína errado”¹⁰³, y cómo numerosos estudios científicos a nivel mundial acreditan “que el consumo de cafeína que se encuentra en las bebidas energéticas no presenta un riesgo”¹⁰⁴. De la misma manera señala que las actas emitidas por la SEABA no tienen el alcance ni la fuerza vinculante que les otorga la parte demandante, ya que dada su naturaleza de órgano consultor “no hay obligación legal de adoptar todas las recomendaciones emitidas por este”¹⁰⁵. Igualmente equivocado, sostiene, es el argumento relacionado con el supuesto carácter marcario del término “bebida energizante”, pues, afirma, no solo ha sido acuñado por la regulación sanitaria (Resolución No. 4150 de 2009 del Ministerio de Salud y Protección Social) y es aceptado en multitud de países, sino que además “es un nombre exacto para definir este tipo de productos. Por un lado se refiere a la energía de los hidratos de carbono en estas bebidas (...) Pero por otro lado, y al mismo tiempo (...) hace referencia al vínculo con la energía mental proporcionados (sic) por la cafeína y el papel de los demás componentes funcionales contenidos en estas bebidas”¹⁰⁶. Así mismo señala que la situación relacionada con los contenidos retirados de la página web del producto no justifican el inicio y trámite de una acción popular, pues además de tratarse de una circunstancia involuntaria, derivada del hecho de ser dicha página manejada por la casa matriz de la compañía en Austria y tener unos contenidos estándar, que además fueron oportunamente suprimidos, ello no debería más que dar lugar a un procedimiento administrativo sancionatorio. Y

¹⁰² Folios 753-772.

¹⁰³ Folio 757.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Folio 758.

¹⁰⁶ Folio 760.

dado el carácter subsidiario de la acción popular esta clase de controversias no debería llevarse fuera del ámbito de la autoridad responsable de la protección del derecho colectivo involucrado. También resalta el permanente cumplimiento de la regulación sanitaria por parte de la compañía y su trabajo mancomunado con el INVIMA para asegurar la correcta y segura comercialización del producto. Y destaca la importancia de la creatividad en la publicidad y de las metáforas que se emplean para anunciar productos; las cuales además resultar frecuentes y legales, no pueden entenderse ni valorarse por fuera de la racionalidad normal o promedio de un consumidor, por lo cual no hay lugar a interpretaciones literales de todo lo que en ellas se dice.

7.3. Alegaciones de los demandantes.

La parte demandante no se pronunció en esta instancia, aunque posteriormente, de manera extemporánea, allegó un escrito al que anexa algunas publicaciones en diversos medios de comunicación relacionadas con “los peligros comprobados del uso de las mal llamadas BEBIDAS ENERGIZANTES”¹⁰⁷. Dada su falta de oportunidad, dicho escrito no será tenido en cuenta.

VIII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La agencia del Ministerio Público delegada ante esta Corporación guardó silencio.

IX. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 16 de la Ley 472 de 1998, la Sala es competente para pronunciarse sobre el presente recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 17 de noviembre de 2011.

2. Problema jurídico.

La situación expuesta obliga a determinar, de un lado, si el INVIMA, la Sociedad RED BULL COLOMBIA SAS y el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN

¹⁰⁷ Folio 783-798.

SOCIAL han afectado los derechos de los consumidores al permitir la venta del producto como bebida energizante pese a no proporcionar energía al cuerpo y al utilizar mensajes como “Red Bull te da Aaaalas” y “Vitaliza mente y cuerpo” para anunciar el producto; y de otro, si ha vulnerado el derecho a la salubridad pública al permitir que la bebida RBED se comercialice y publicite de manera libre bajo las condiciones de etiquetado, anuncio y venta señaladas por la Resolución No. 4150 de 2009. Adicionalmente, y de manera previa, deberá determinarse si la acción popular es procedente en este caso pese a la existencia de un procedimiento administrativo sancionatorio ante la autoridad sanitaria.

3. Análisis del asunto.

En orden a resolver las cuestiones planteadas en el apartado anterior, la Sala estima pertinente efectuar (1) algunas consideraciones generales sobre la acción popular, así como sobre (2) su carácter de mecanismo constitucional principal para la protección de los derechos colectivos; para examinar luego (3) el sentido y alcance de los derechos invocados en la demanda. Enseguida se deberá considerar lo probado en el proceso (4), para con base en ello valorar los cargos planteados, consistentes en la (5) supuesta vulneración de los derechos de los consumidores y a (6) la salubridad pública. Definidos estos aspectos se apreciará lo referente al (7) reconocimiento del incentivo solicitado por el actor popular y de (8) las costas procesales. Con base en estos elementos de juicio (9) se resolverá el caso concreto.

3.1. Generalidades de la acción popular.

El artículo 2 inciso segundo de la Ley 472 de 1998, en desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política, dispone que las acciones populares se ejercen 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. Se trata, según lo dispuesto por esta Ley, de medios procesales de carácter preventivo, reparativo, correctivo o restitutorio, que proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos amparados por el ordenamiento jurídico¹⁰⁸. Su objeto, entonces, no es otro que la tutela de aquellos derechos que la Constitución y la Ley han

¹⁰⁸ Vid. artículos 2 y 9 de la Ley 472.

reconocido de manera indivisible y global a la comunidad en cuanto cuerpo social titular de unos intereses merecedores de protección, en tanto que presupuestos o condiciones determinantes para el buen funcionamiento de la sociedad y la realización del orden jurídico, político, económico y social justo que aspira implantar la Norma Fundamental.

Según ha señalado la jurisprudencia administrativa en reiteradas oportunidades, la prosperidad de la acción popular depende de la verificación de los siguientes supuestos sustanciales en el caso concreto: a) una acción u omisión de la parte demandada; b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, distinto de aquél que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana; y, c) una relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses. Estos supuestos deben ser debidamente acreditados en el proceso como presupuesto para la que la vulneración del derecho colectivo invocado sea declarada.

3.2. La acción popular como mecanismo principal para la protección de los derechos colectivos.

Alega una de las partes demandadas que la acción incoada se debe tener por improcedente toda vez que por los mismos hechos el INVIMA ha abierto un proceso administrativo sancionatorio que se encuentra en curso. Puesto que se trata de un argumento cuya prosperidad podría truncar el estudio de la reclamación presentada, procede la Sala a su examen.

El carácter principal de las acciones populares permite rechazar el planteamiento de RED BULL COLOMBIA SAS. En efecto, a diferencia de lo reglado en materia de acciones de tutela y de cumplimiento, cuya procedencia, dado el criterio de subsidiariedad sobre el cual se edifica su régimen, está condicionada a que no existan otros mecanismos de defensa judicial¹⁰⁹, **la procedencia de la acción popular no se encuentra supeditada a esta condición.** La forma genérica e incondicionada como el artículo 9 de la Ley 472 de 1998 regula esta materia¹¹⁰ y el

¹⁰⁹ Véase los artículos 6.1 del Decreto Ley 2591 de 1991 en materia de acción de tutela, y 9 de la Ley 393 de 1997 para la acción de cumplimiento.

¹¹⁰ **Artículo 9º.- Procedencia de las Acciones Populares.** Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.

entendimiento que ha dado la jurisprudencia al régimen de esta acción permiten afirmar lo anterior.

Al respecto se ha manifestado que “la acción popular es principal, en tanto que aquella (*sic*) procede aún si existen otros medios judiciales que sean idóneos para resolver las pretensiones de la demanda”¹¹¹. Según se ha indicado al abordar este asunto, la relevancia social y constitucional de los derechos protegidos permite explicar la exclusión legal del criterio de subsidiariedad del régimen jurídico de la acción popular. En punto a esta cuestión, se ha señalado que:

‘Se trata, pues, de la defensa especial de unos derechos o intereses cuya titularidad recae en toda la comunidad- y, por lo mismo, su prosperidad no puede desvirtuarse, por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias- pertinentes.

(...)

“En tal virtud, ese carácter principal está subordinado a que el móvil sea efectivamente la protección y tutela de derechos de carácter colectivo, habida cuenta que esta acción constitucional está diseñada para la defensa especial de los derechos e intereses de la comunidad y, por lo mismo, su procedencia está supeditada a que se busque la protección de un bien jurídico diferente al subjetivo: los intereses difusos o colectivos- o supraindividuales, de pertenencia difusa- que dan lugar a una legitimación colectiva en cabeza de la comunidad-, bienes que son a la vez de cada uno y de todos- como un ‘remedio procesal colectivo frente a agravios y perjuicios públicos’ en palabras de Sarmiento Palacio”¹¹².

Según se expresó en otra oportunidad, el carácter principal de esta acción “la dota de autonomía e identidad propias y resulta especialmente importante en tanto no permite que el juez eluda pronunciamiento de fondo alegando la existencia de otro

¹¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 24 de junio de 2004, Rad. No. 4400123310002003072401. C.P.: Darío Quiñones Pinilla. En sentido análogo, véase, de la Sección Tercera, las sentencias del 18 de junio de 2008, Rad. No. 70001233100020030061801. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio; y del 8 de Junio de 2011, exp. núm.: 41001233100020040054001. C.P.: Enrique Gil Botero. También la sentencia T-446 de 2007 de la Corte Constitucional.

¹¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de febrero de 2007 Rad. No. 19001233100020040167801. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

mecanismo de defensa judicial y, de otra parte, permite su compatibilidad con otras acciones”¹¹³.

Por ende, como se desprende del anterior recuento jurisprudencial, para la Sala es claro que dada la trascendencia social y constitucional de su objeto, **la acción popular tiene carácter principal y autónomo**, motivo por el cual su viabilidad, como lo afirmó la Corte Constitucional en la sentencia T-446 de 2007, no puede ser enervada por el trámite simultáneo de una acción judicial ordinaria, ni mucho menos por la apertura de un procedimiento administrativo sancionatorio. Puesto que se trata de un mecanismo que no persigue la protección de derechos subjetivos ni el mero cumplimiento de la legalidad objetiva, sino la defensa de intereses superiores de titularidad colectiva, cuya efectividad constituye un compromiso fundamental del Juez Constitucional, mal puede entenderse que su trámite resulta improcedente por la existencia de un procedimiento administrativo en el cual se debaten hechos similares. Que dicho procedimiento se enfoque esencialmente en fiscalizar el acatamiento de la normatividad y no en la efectividad de los derechos que aquí se debaten, y que además la Administración responsable del impulso de dicha actuación sea parte de las demandadas dentro del presente juicio, son argumentos que permiten sustentar lo anterior. En consecuencia el planteamiento de la improcedencia de la acción popular debe ser rechazado y la Sala procederá a examinar de fondo los cargos de la demanda.

3.3. Los derechos colectivos invocados en la demanda.

Con el ejercicio de la presente acción se pretende la protección de los derechos de los consumidores y del derecho a la salubridad pública. Los presuntos falsos anuncios de la publicidad y etiquetado del RBED y los supuestos riesgos que según los demandantes genera para la salud este producto están en la base de estos cargos. De aquí que corresponda a la Sala perfilar brevemente el sentido de cada uno de estos bienes jurídicos amparados por la Constitución como intereses de la colectividad.

3.3.1. El derecho colectivo a la protección de los consumidores.

¹¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de abril de 2007, Rad. No. 70001233100020040189701. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Aun cuando el artículo 88 de la Constitución no alude expresamente a los derechos de los consumidores como susceptibles de protección por vía de las acciones populares, en desarrollo de la habilitación al legislador para reconocer otros derechos de esta índole contenida en esta disposición, el literal n) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998 les otorga esta calidad. Se trata, con todo, de una decisión legal que tiene un firme sustento constitucional. El reconocimiento que hacen los artículos 78 y 369 de la Constitución de los consumidores y usuarios como un segmento específico de la población, al cual se reconoce un conjunto de derechos y en relación con el cual se encomienda al Estado y a los productores y distribuidores de bienes y servicios una serie de responsabilidades y deberes, envuelve una decisión del constituyente estructurante del orden constitucional económico, a la par que ofrece cobertura suficiente y explica esta determinación del legislador. Su finalidad, en últimas, es hacer de la acción popular un canal más para la protección de los intereses de un colectivo tan significativo dentro del funcionamiento del sistema económico social de mercado instaurado por la Constitución como los consumidores y usuarios, caracterizado por su vulnerabilidad y posición de desigualdad en las relaciones de consumo. De aquí que como ha sido señalado por la jurisprudencia de esta Sala de Decisión “los instrumentos que el ordenamiento jurídico contempla para la protección de los derechos de los consumidores, pueden ser individuales o colectivos”¹¹⁴.

De acuerdo con lo previsto por el artículo 78 Superior:

“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.”

¹¹⁴ Sentencia de 3 de junio de 2010, Rad. No. 19001-23-31-000-2005-01737-01(AP). C.P.: María Claudia Rojas Lasso. Respecto de la legítima coexistencia de mecanismos de amparo de derechos individuales con acciones populares, véase la sentencia del 23 de mayo de 2013, Rad. No. 15001 23 31 000 2010 01166 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

En este orden de ideas, se tiene que el reconocimiento de este derecho colectivo busca establecer una suerte de contrapeso a la libertad de empresa proclamada por la Carta como uno de los pilares del sistema económico, en tanto que apunta a focalizar la atención de las autoridades no solo en la promoción de la libre competencia y el eficiente funcionamiento del mercado, sino también en este segmento de la población que por sus características (lega, y por lo tanto, desprovisto de información y conocimiento profundo del bien o servicio que se adquiere) y la posición que ocupa (carente de un poder de negociación significativo en el mercado) tiende a ser la parte débil de las transacciones que tienen lugar con productores, comercializadores y distribuidores de bienes y servicios. La proclamación del Estado social y democrático de Derecho resulta incompatible con una visión del sistema económico que centre la protección constitucional de las relaciones económicas solo en dirección de amparar la libertad de emprender, de contratar y la libre competencia. A causa de la desigualdad propia de las relaciones de consumo, la consideración de la comunidad de personas a quienes se dirige la actividad desarrollada por los sujetos que actúan en ejercicio de las libertades que proclama el artículo 333 de la Constitución y de sus particularidades resulta imperativa¹¹⁵.

Dada su posición de inferioridad y necesidad de protección el artículo 78 Superior es explícito en señalar ámbitos que involucran a consumidores y usuarios en los cuales el Estado debe centrar su atención. Es el caso de la regulación del control de calidad de bienes y servicios ofrecidos a la comunidad y de la información que se debe suministrar al público en su comercialización, así como del régimen de responsabilidad imputable a quienes atenten contra la salud, la seguridad o el adecuado abastecimiento de los consumidores y usuarios en la producción y comercialización de bienes y servicios. De aquí el carácter tuitivo del Derecho del Consumo y su preocupación por modular principios clásicos del Derecho Privado como la igualdad y la autonomía de la voluntad, que aun cuando aplicables, son permeados y atemperados por las normas constitucionales que sustentan esta materia.

¹¹⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 10 de octubre de 2012, Rad. No. 25000-23-24-000-2010-00617-01(AP). C.P.: María Elizabeth García González. También, de esta misma Sala de Decisión, sentencia de 20 de junio de 2013, Rad. No. 25000-23-24-000-2010-00618-01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

La protección de los consumidores no es, pues, un asunto que constitucionalmente pueda resultar indiferente para las autoridades. En desarrollo de esta responsabilidad se han expedido normas como el Decreto 3466 de 1982 o, recientemente, la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), en virtud de las cuales se establece que los consumidores y usuarios tienen, entre otros, derecho a: (i) que los productos no causen daño en condiciones normales de uso y a la protección contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de los consumidores¹¹⁶; (ii) a obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación¹¹⁷; o (iii) a recibir protección contra la publicidad engañosa¹¹⁸. Igualmente, y en paralelo con este último derecho, se ha establecido la prohibición de publicidad engañosa¹¹⁹, entendida como “[a]quella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”¹²⁰; y se ha impuesto una especial carga de advertencia en cabeza de los productores y distribuidores de bienes nocivos para la salud de las personas¹²¹. El desconocimiento de estas reglas y de todas aquellas estatuidas en aras de proteger a este grupo conlleva una afectación del derecho colectivo proclamado por el literal n) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998 susceptible de ser amparado en sede de acción popular.

3.3.2. *El derecho colectivo a la salubridad pública.*

De acuerdo con lo previsto por el artículo 88 de la Constitución las acciones populares tienen por objeto la protección de derechos colectivos como, entre otros, la seguridad y salubridad públicas. Este enunciado, desarrollado cabalmente por el artículo 4º de la Ley 472 de 1998, que en su literal g) consagra a estos dos

¹¹⁶ Artículo 3.1.2 del Estatuto del Consumidor.

¹¹⁷ Artículo 3.1.3 idem.

¹¹⁸ Artículo 3.1.4 ibidem.

¹¹⁹ **ARTÍCULO 30. PROHIBICIONES Y RESPONSABILIDAD.** Está prohibida la publicidad engañosa. // El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave. En los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados. (*El apartado subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-592 de 2012*)

¹²⁰ Artículo 5.13 del Estatuto del Consumidor.

¹²¹ **ARTÍCULO 31. PUBLICIDAD DE PRODUCTOS NOCIVOS.** En la publicidad de productos que por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud, 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. El Gobierno podrá regular la publicidad de todos o algunos de los productos de que trata el presente artículo. **PARÁGRAFO.** Lo dispuesto en este artículo, no podrá ir en contravía de leyes específicas que prohíban la publicidad para productos que afectan la salud.

bienes como elementos esenciales de un derecho colectivo susceptible del amparo que ofrece este mecanismo procesal, se armoniza plenamente con lo dispuesto por el artículo 49 Superior respecto al saneamiento ambiental y la atención de la salud como servicios públicos a cargo del Estado, cuya prestación debe garantizarse a toda persona. De lo que se trata es de prevenir y corregir las circunstancias que puedan afectar o incidir negativamente sobre dos bienes jurídicos indispensables para garantizar la realización de valores constitucionales como la vida, la convivencia, la justicia, la igualdad y la paz (Preámbulo); así como para el logro de objetivos como la promoción de la prosperidad general, la garantía de la convivencia pacífica y de derechos constitucionales como la vida, la integridad personal, la salud o de las libertades individuales, lo mismo que para facilitar la participación de las personas en los distintos ámbitos de la vida colectiva (artículo 2º CP).

La importancia del cuidado de la salud de las personas y de una adecuada gestión de su entorno, en tanto que aspectos esenciales para la efectividad del derecho a la vida y de otros postulados cardinales del Estado social de derecho como la dignidad humana o la libertad, se evidencia en lo previsto por el artículo 366 de la Carta, que además de señalar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida como fines sociales del Estado, define como objetivo fundamental de su actividad la solución de necesidades básicas insatisfechas en materia de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable. Su carácter primordial se plasma también en el artículo 49 Constitucional, que encomienda al Estado la responsabilidad de asegurar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, al tiempo que impone a todos el deber de “procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad”. Reflejo de esta última previsión es lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 95 de la Ley Fundamental, que erige en deber ciudadano, expresión del principio de solidaridad, responder con acciones humanitarias “ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”. Finalmente, debe también resaltarse el hecho que el artículo 78 de la Constitución haga reconocimiento expreso de la responsabilidad que deben afrontar los productores de bienes y servicios que, entre otras, atenten contra la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios; la cual, por virtud de lo previsto en la parte final del artículo 88, podrá ser objetiva.

La trascendencia social de los conceptos de seguridad y salubridad pública y del derecho colectivo que fundamentan ha llevado a esta Sala de Decisión a sostener que:

*“(…) constituyen **las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad.** Su contenido general implica, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas y, en el caso de la salubridad, la garantía de la salud de los ciudadanos. Estos derechos colectivos están ligados al control y manejo de las situaciones de índole sanitario, para evitar que tanto en el interior como en el exterior de un establecimiento o de determinado lugar se generen focos de contaminación, epidemias u otras circunstancias que puedan afectar la salud y la tranquilidad de la comunidad y en general que afecten o amenacen el estado de sanidad comunitaria.”¹²²*

Por ende, dada la amplitud de su radio de acción, como ha sido subrayado por esta Corporación, los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas “se pueden garantizar desde una perspectiva de abstención (negativa o de impedir una conducta) o de promoción (activa o de realización de un comportamiento) en aras de asegurar las condiciones esenciales de salud pública y de tranquilidad que permitan la vida en comunidad y, por consiguiente, faciliten la convivencia pacífica entre los miembros de la sociedad”¹²³. En consecuencia, es claro para la Sala que su vulneración también puede desprenderse tanto de una actitud activa (actuaciones, reglamentos, contratos, etc.), como pasiva (omisión administrativa) de parte de las autoridades responsables de su guarda y realización efectiva.

3.4. Las pruebas obrantes en el proceso.

De la lectura del expediente se desprende que:

- Los informes periciales acompañados tanto por la parte demandante como por la demandada fueron desechados por el *a quo* en el auto admisorio de pruebas “por cuanto fue(ron) practicado(s) fuera del proceso sin audiencia

¹²² Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 5 de octubre de 2009, Rad. No. 19001-23-31-000-2005-00067-01.C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

¹²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 26 de noviembre de 2013, Rad. No. 25000-23-24-000-2011-00227-01(AP). C.P.: Enrique Gil Botero.

de la contraparte”¹²⁴. En su lugar se ordenó al INSTITUTO NACIONAL DE SALUD (en adelante INSALUD) que designara uno de sus funcionarios para que rindiera un concepto técnico respecto de la naturaleza y las condiciones de la bebida RBED, así como sus efectos colaterales sobre la salud pública¹²⁵. No obstante, luego del recurso de reposición interpuesto por el INVIMA respecto de esta decisión el concepto técnico terminaría siendo rendido por esta última entidad¹²⁶. En dicho informe, de manera muy escueta la Subdirectora de Registros Sanitarios del INVIMA se limita a expresar que las bebidas energizantes están reguladas por la Resolución No. 4150 de 2009, a destacar los ingredientes de la bebida, así como el hecho de que el RBED cuenta con registro sanitario vigente hasta el 14 de mayo de 2014 y que desde 2002 la SEABA “ha venido realizando revisiones sobre el tema en relación a sus componentes, cantidades recomendadas y sus efectos en el organismo”¹²⁷. Y añade que “[l]a Resolución 4150/09 restringe su comercialización hacia menores de 14 años, además en su artículo 12 exige a los fabricantes que los rótulos de las etiquetas y las publicidades se declaren los textos que informen al consumidor sobre el contenido de cafeína que contiene el producto y recomendaciones sobre la inconveniencia en su consumo al ser mezclado con bebidas alcohólicas, además por personas con sensibilidad a la cafeína”¹²⁸.

Toda vez que la parte demandante solicitó la aclaración y complementación de dicho informe por considerar que no mencionaba nada sobre la naturaleza y los efectos colaterales que tienen los componentes del RBED sobre la salud pública, el mismo fue objeto de aclaración y complementación. No obstante, el informe rendido en esta oportunidad por la Subdirectora de Alimentos y Bebidas Alcohólicas tampoco aborda los temas solicitados por el Tribunal al decretar la prueba y, en esencia, no añade nada relevante a lo dicho con anterioridad¹²⁹. Tan solo se acompañan las actas de la SEABA en las cuales se ha debatido el tema.

¹²⁴ Folio 384.

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ Folios 409-410.

¹²⁷ Folio 410.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ Folio 479 envés y revés.

Fruto de esta situación la parte demandante objetó por error grave el peritaje realizado¹³⁰, pues considera que además de no decir nada sobre la naturaleza y los efectos de la bebida, de donde deriva que “el INVIMA aún no ha complementado su concepto”¹³¹, aquél no puede ser valorado por cuanto “la funcionaria del INVIMA confunde la REGLAMENTACIÓN TÉCNICA contenida en el acto administrativo que cita con el CONCEPTO TÉCNICO respecto de la naturaleza y condiciones de la bebida energizante Red Bull, así como sus efectos colaterales en la salud pública que es lo que se decretó como prueba”¹³². Por esto pide que sea la SEABA quien rinda el concepto solicitado; pedido que a la postre sería rechazado por el Tribunal¹³³ y culminaría con la denegación de la objeción por error grave contenida en la sentencia del 17 de noviembre de 2011.

- Los documentos aportados por la parte demandada, que incluyen artículos en revistas, informes publicitarios y opiniones de autoridades, relacionados con las bebidas energizantes, sus componentes y su régimen de producción y etiquetado en otras partes del mundo, no pueden ser considerados en el caso que se trate de documentos en otros idiomas en relación con los cuales no se atendió la orden de traducción oficial de los textos¹³⁴ impartida por el Tribunal. En los demás casos sí pueden ser tenidos en cuenta.
- Las copias auténticas de las Actas No. 06 de 2002, 03 de 2006 y 03 de 2009 de la SEABA, en las que se discutió sobre las bebidas energizantes, sus características y condiciones de etiquetado y publicidad¹³⁵.
- El testimonio del Dr. John Duperly, médico e investigador en el campo de la medicina, solicitado por la compañía RED BULL COLOMBIA SAS, fue debidamente decretado y recaudado. En él se explica lo que es el RBED, cuál es su contenido y cuáles son sus efectos sobre la salud de las personas¹³⁶.

¹³⁰ Folio 504-507.

¹³¹ Folio 506.

¹³² Folio 505.

¹³³ Folios 513-514 y 561-563.

¹³⁴ Artículo 260 del Código de Procedimiento Civil.

¹³⁵ Folios 480 y ss.

¹³⁶ Folios 401-405.

- La lata de RBED de 250 ml. en la que constan sus ingredientes, su contenido de cafeína (32 mg./100 ml.) y dos mensajes principales: uno de índole publicitario, consistente en señalar que RBED “es reconocido por toda clase de atletas, por profesionales y estudiantes activos, como por conductores que cubren largas distancias alrededor del mundo”. Y otro, de advertencia o contenido preventivo según el cual “[n]o se recomienda el consumo de bebidas energizantes con bebidas alcohólicas. No recomendado para personas sensibles a la cafeína. El límite máximo aceptable de consumo diario de este producto es de tres (3) latas por 250 ml.”.

Debido a la controversia desatada por el informe pericial rendido por el INVIMA la Sala se ve obligada a pronunciarse sobre su eficacia. Al respecto debe señalarse que de acuerdo con las reglas especiales en materia probatoria contenidas en la Ley 472 de 1998, pese a establecer como regla la carga de la prueba en cabeza del demandante¹³⁷, dada la importancia para la comunidad de estas acciones surge para el juez un especial compromiso con el hallazgo de la verdad material en tanto que presupuesto indispensable para la defensa de los derechos colectivos. De aquí que se haya revestido al operador judicial de notables poderes en esta materia que le permiten decretar “previo análisis de la conducencia, pertinencia y eficacia, las pruebas solicitadas y las que de oficio estime pertinentes”¹³⁸. Incluso se ha establecido que “si por razones de orden económico o técnico, (...) dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella”¹³⁹. En línea con estas previsiones el inciso 3º del artículo 28 habilita al juez para “ordenar a las entidades públicas y a sus empleados rendir conceptos a manera de peritos”.

Ahora bien, es claro que **aun cuando el juez de acción popular goza de dicha prerrogativa, ella no excluye las exigencias que de manera general impone la Ley a la prueba pericial en relación con la imparcialidad y la competencia técnica del perito y con la precisión, exactitud, rigor y claridad del concepto rendido.** No en vano prescribe el artículo 233 del CPC que “[l]a peritación es

¹³⁷ Artículo 30 de la Ley 472 de 1998.

¹³⁸ Artículo 28 idem.

¹³⁹ Artículo 30 ibidem.

procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”; y señala el artículo 241 *idem* que “[a]l apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso”.

Al respecto, la jurisprudencia administrativa ha señalado lo siguiente:

*“(...) conviene advertir que de conformidad con el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, la peritación como medio de prueba es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. **El perito debe informarle razonadamente al juez lo que de acuerdo con esos conocimientos especializados sepa de los hechos -y no cuestiones de derecho- que se sometan a su experticio, sin importarle a cuál de la partes beneficiaria o perjudica, de manera que su dictamen debe ser personal¹⁴⁰ y contener conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad (numeral 2 del artículo 237 del C. de P. Civil.)***

*“**Para su eficacia probatoria debe reunir ciertas condiciones de contenido como son la conducencia en relación con el hecho a probar; que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; que no se haya probado una objeción por error grave; que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras, firmes y consecuencia de las razones expuestas; que haya surtido contradicción; que no exista retracto del mismo por parte de perito y en fin que otras pruebas no lo desvirtúen¹⁴¹. El dictamen del perito debe ser claro, preciso y detallado, en él se deben explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones (numeral 6 del artículo 237 ejusdem)**”¹⁴².*

¹⁴⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*, T. II, Editorial ABC, 1984, pp. 339 y ss.

¹⁴¹ *Idem*, pp. 346 a 350 y ss.

¹⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de abril de 2007. Rad. No. AG-25000-23-25-000-2002-00025-02.

Del análisis del informe rendido por el INVIMA la Sala destaca dos aspectos: el primero, la falta de imparcialidad del perito; el segundo, la insuficiencia del contenido del concepto tanto a la luz de lo que se espera de un informe pericial, como de lo que fue requerido por el Tribunal. En cuanto a lo primero, se tiene que en virtud de lo previsto por el artículo 8 del CPC los cargos de auxiliares de la justicia “deben ser desempeñados por personas idóneas, de conducta intachable, excelente reputación e **incuestionable imparcialidad**” (negritas fuera de texto). Por esto el artículo 235 *ibidem* somete a los peritos a las mismas causales de impedimentos y recusaciones que los jueces¹⁴³; lo cual remite al artículo 150 del mismo ordenamiento, cuyo numeral primero califica como causal de recusación tener “interés directo en el proceso”, que es justamente lo que ocurre en el *sub lite*, como en repetidas ocasiones lo alegó la parte demandante. No otra conclusión se puede obtener del hecho que el informe inicial y el complementario hayan sido rendidos por funcionarios del INVIMA, uno de los sujetos demandados.

De otra parte, en lo atinente a los fundamentos del informe presentado, es indudable para la Sala que ni el concepto inicialmente rendido¹⁴⁴, ni el escrito de aclaración y complementación¹⁴⁵ pueden calificarse, en rigor, como un dictamen técnico, ni desde el sentido general de lo que debe ser u ofrecer esta prueba en abstracto, ni desde el sentido particular de lo que en concreto se esperaba del experticio decretado por el Tribunal en el caso *sub examine*. Lo primero, por las deficiencias de su contenido apreciado desde el punto de vista de la ilustración que un peritaje debe aportar al juez del proceso, pues la misión del experto no es otra que brindar su conocimiento especializado y experiencia sobre un punto que escapa al saber promedio y que por ende amerita la práctica de esta prueba. Como ha sido destacado por la doctrina, “del perito se espera un criterio razonado y científico, por lo cual se dice que invoca su ciencia”¹⁴⁶. Por esto, entender el sentido de la tarea pericial conlleva distinguir “entre el hecho y el derecho como objeto del dictamen pericial”¹⁴⁷, ya que corresponde a su labor determinar y dilucidar los elementos técnicos envueltos en una determinada situación fáctica relevante para la controversia *sub iudice*, siendo la valoración jurídica de las normas aplicables al caso un asunto exclusivo del juez. De aquí que el numeral 6°

¹⁴³ En el mismo sentido, conforme a lo previsto por la frase 1° del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal: “Respecto de los peritos serán aplicables las mismas causales de impedimento y recusación señaladas para el juez”.

¹⁴⁴ Folios 409-410.

¹⁴⁵ Folio 479 envés y revés.

¹⁴⁶ ROCHA ALVIRA, Antonio. *Derecho probatorio*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1958, p. 309.

¹⁴⁷ Idem, p. 320.

del artículo 237 del CPC disponga que “[e]l dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones”. En este orden de ideas, al ocuparse el peritaje rendido de asuntos tan variados como los componentes del RBED, el registro sanitario del producto y el supuesto cumplimiento de éste de las exigencias del Reglamento Técnico plasmado en la Resolución No. 4150 de 2009, sin sentar el perito su visión técnica o científica en relación con el objeto de la prueba, ni expresar sus conclusiones sobre la materia con base en la ciencia o técnica que domina, es claro que su contenido es deficiente.

La anterior consideración se hace más patente aún si ello se aprecia desde la perspectiva específica de lo que en concreto debía ser objeto de explicación y análisis por parte del experto en el asunto *sub examine*. En efecto, según quedó sentado en el auto de pruebas, el concepto técnico requerido debía pronunciarse sobre naturaleza y las condiciones del RBED y sobre sus efectos colaterales sobre la salubridad pública. Y salvo la referencia a los componentes de la bebida, nada de ello consta el informe rendido. No hay en él la más mínima referencia a cuáles son las condiciones bajo las cuales opera esta sustancia sobre el cuerpo humano, ni mucho menos cuáles pueden ser sus efectos directos o indirectos sobre la salud de las personas o la salubridad de la comunidad.

Conforme ha sido expresado por esta Sala de Decisión, “[d]el perito, en virtud de sus conocimientos especializados, se espera un criterio razonado y acorde con los fundamentos vigentes dentro de su ciencia o técnica. Con todo (...) el perito es un auxiliar de la justicia, no el juez mismo. Por esto su dictamen no es obligatorio para el juez, a quien le corresponde valorarlo. Mal podría edificarse un fallo sobre un dictamen que se muestra equivocado, arbitrario o confuso”¹⁴⁸. En consecuencia, y según el mandato contenido en el artículo 240 del CPC, el dictamen pericial debe valorarse de acuerdo con la sana crítica. Por ende, le corresponde al juez analizar el informe rendido tanto por sus conclusiones, como por sus fundamentos y por calidades e imparcialidad del perito. Y “si alguno de esos elementos no otorga la certeza suficiente para soportar el dictamen, simplemente, el dictamen pierde su valor”¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Sentencia de 23 de enero de 2014, Rad. No. 25000-23-24-000-2005-00669-01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

¹⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 25 de marzo de 2003, Rad. No. 25000-23-27-000-2006-00173-01. C.P.: Hugo Bastidas Bárcenas.

Así, pues, si como ha sido subrayado por la jurisprudencia constitucional “en buena medida el valor de la prueba pericial reposa en la imparcialidad del perito y en sus conocimientos técnicos y científicos especializados”¹⁵⁰, los cuales se deben reflejar en la fundamentación detallada, rigurosa y clara de los fundamentos del concepto rendido y deben permitir dilucidar los puntos que le fueron señalados por el juez, para la Sala es notorio que **la experticia allegada al proceso no cumple con los requisitos indispensables para ser tenido como tal**. Por ende habrá que restarle todo mérito probatorio a dicho medio de convicción.

Con todo, que el dictamen rendido no resulte eficaz para probar aquello que las partes quisieron evidenciar dentro del proceso no significa la estimación de la objeción por error grave formulada por la parte demandante. Esto, por cuanto de entenderse éste como “aquél que de no haberse presentado, otro hubiera sido el sentido del dictamen rendido por los peritos”¹⁵¹, es obvio que su configuración presupone que el peritaje exista o que de él pueda predicarse el yerro enrostrado. Mas cuando, como en el *sub examine*, dadas sus falencias, el experticio es en la práctica inexistente, no es posible ni siquiera tacharlo de equivocado. Mal podría otorgarse tal calificativo a un concepto que además de no reunir los requisitos mínimos que exige la Ley en relación con las características del razonamiento que debe ofrecer, no se ocupa de los puntos específicos señalados por el juez que ordenó la prueba. Por ende la Sala deberá confirmar la decisión del Tribunal de denegar la objeción por error grave del dictamen rendido, pero por las razones expuestas.

Ahora bien, como se verá más adelante, la inexistencia del peritaje no obsta para que en virtud de las demás pruebas obrantes en el proceso se tenga claridad sobre los puntos respecto de los cuales debía recaer el dictamen técnico decretado. Por esto pasa la Sala a examinar los cargos formulados.

3.5. Los cargos consistentes en la afectación de los derechos de los consumidores.

El primero de los cargos que debe examinar la Sala consiste en la supuesta vulneración de los derechos de los consumidores que se desprende de la

¹⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia T-1034 de 2006.

¹⁵¹ PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*, 14ª Edición, Bogotá, Ediciones El Profesional, 2004, p. 637.

pretendida falsa publicidad de RBED. Para los demandantes, con sus anuncios y etiquetas este producto engaña a los consumidores por cuanto (i) se promociona como una bebida “energizante”, siendo en realidad “estimulante”; (ii) oculta sus efectos perjudiciales para la salud de las personas; y (iii) en contravía de la reglamentación, ofrece beneficios que no son ciertos. Ninguno de estos señalamientos es compartido por la parte demandada.

Como se mencionó con anterioridad en esta providencia, dada su posición de inferioridad y vulnerabilidad en las relaciones de consumo, uno de los más significativos derechos de los consumidores es el derecho a la información. Por esto el artículo 78 de la Constitución confía expresamente a la Ley la regulación de la información que debe suministrarse al público en la comercialización de bienes y servicios. En desarrollo de esta responsabilidad la legislación no solo ha proclamado el derecho que les asiste de ser protegidos contra la publicidad engañosa¹⁵²; además ha consagrado el derecho a obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos¹⁵³.

En este orden, tanto lo relativo a la publicidad como a la publicidad engañosa cobra especial relevancia para el cabal desenvolvimiento de las relaciones económicas en un sistema social de mercado como el instaurado por la Constitución de 1991, pues dada la importancia actual de la mediación de los canales de comunicación entre productores y consumidores, aquella resulta en buena medida determinante de las decisiones de éstos últimos. De aquí que la regulación de esta forma de interrelación constituye a día de hoy una preocupación básica de las autoridades, de forma que se tenga por publicidad engañosa no solo aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad, sino también aquella que resulta insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión al consumidor¹⁵⁴.

Debido a su trascendencia para la comunidad, la Ley 9 de 1979 ha establecido reglas en materia de rotulado y publicidad de alimentos y ha habilitado al

¹⁵² Artículo 1.4 del Estatuto del Consumidor.

¹⁵³ Artículo 1.3 idem.

¹⁵⁴ Artículo 5.13 del Estatuto del Consumidor.

Ministerio de Salud para reglamentar este asunto¹⁵⁵. Esta competencia particular se ver reforzada por lo previsto por el artículo 564 de esta misma norma, que reconoce al Estado la condición de regulador de la vida económica y orientador de las condiciones de salud, en virtud de lo cual confiere a la Administración la potestad de dictar “las disposiciones necesarias para asegurar una adecuada situación de higiene y seguridad en todas las actividades, así como para vigilar su cumplimiento a través de las autoridades de salud”. También el artículo 565 *idem* atribuye al Ministerio de Salud la competencia para oficialización de normas técnicas colombianas para todos los productos que cubre la Ley 9 de 1979.

Las reglas vigentes en materia de etiquetado y publicidad de las bebidas energizantes están contenidas en la Resolución No. 4150 de 2009 del Ministerio de Salud y Protección Social. Al efecto son relevantes las siguientes disposiciones:

Artículo 10. Prohibiciones generales. *Quedan prohibidas las siguientes prácticas:*

1. *Anunciar las bebidas energizantes como bebidas recuperadoras de líquidos y electrolitos, o como bebidas cuya función nutricional es el reemplazo de líquidos y electrolitos.*
2. *Anunciar las bebidas energizantes como productoras de bienestar o salud.*

Artículo 12. Rotulado y etiquetado. *Las bebidas energizantes para consumo humano deben cumplir con los requisitos establecidos en la Resolución 5109 del 2005 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan. Adicionalmente, el envase o empaque de las bebidas energizantes deben incluir en sus etiquetas o rótulos, la siguiente información:*

1. *“Contenido elevado en cafeína”. Entre paréntesis debe indicarse el contenido de cafeína expresado en mg/100ml.*
2. *“No se recomienda el consumo de bebidas energizantes con bebidas alcohólicas”.*
3. *“No recomendado para personas sensibles a la cafeína”.*
4. *“El límite máximo aceptable de consumo diario de este producto es de tres (3) latas por 250ml”.*

Parágrafo 1°. *La información a que hace referencia la presente disposición debe presentarse de forma visible, legible e indeleble, en lenguaje claro y fácil de leer por el consumidor.*

¹⁵⁵ Cfr. artículo 271 y ss.

Parágrafo 2°. *El cumplimiento de los requisitos de rotulado y etiquetado de las bebidas energizantes que aquí se establecen, se exigirán a partir de los doce (12) meses siguientes a la fecha de entrada en vigencia del presente reglamento técnico.*

Artículo 14. Leyendas exigibles en medios de publicidad. *En cualquier medio de publicidad, las bebidas energizantes deben incluir las siguientes leyendas con la información que a continuación se determina:*

1. *“Contenido elevado en cafeína”. Entre paréntesis debe indicarse el contenido de cafeína expresado en mg/100ml.*
2. *“La Bebida Energizante no previene los efectos generados por el consumo de bebidas alcohólicas”.*
3. *“No se recomienda el consumo de bebidas energizantes con bebidas alcohólicas”.*
4. *“Este producto solo podrá ser comercializado, expendido y dirigido a población mayor de 14 años”.*
5. *“Este producto no es recomendado para personas sensibles a la cafeína”.*

Parágrafo. *Salvo los medios publicitarios exclusivamente auditivos, las leyendas aquí mencionadas deben ocupar al menos el diez por ciento (10%) de la parte inferior de la publicidad.*

Artículo 15. Prohibiciones de la publicidad. *Toda publicidad de bebidas energizantes debe observar las siguientes reglas:*

1. *En el mensaje, su consumo no debe vincularse con imágenes de contenido sexual de las personas, ni asociarse como bebidas recuperadoras de líquidos y electrolitos, o como bebida cuya función nutricional es el reemplazo de líquidos y electrolitos.*
2. *En el mensaje no deben participar, en imágenes o sonidos, menores de catorce (14) años de edad.*

Aun cuando estas normas enmarcan en buena parte el análisis que se debe efectuar del cargo propuesto, no hay duda que el análisis del juez constitucional de acción popular puede trascender el mero examen de la aplicación o desconocimiento de una normatividad de rango reglamentario; su misión, conforme ha sido señalado por la jurisprudencia de esta Corporación, “es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva, entendidos éstos como los “derechos o bienes indivisibles, o supraindividuales, que se caracterizan por el hecho de que se proyectan de manera unitaria a toda una colectividad, sin

que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas”¹⁵⁶. Por este motivo, antes de abordar los cargos específicos que plantean los demandantes respecto de la supuesta afectación del derecho a la salubridad pública y su fundamento probatorio en el asunto *sub judice*, se impone efectuar algunas consideraciones sobre las facultades que asisten al juez constitucional de acción popular para pronunciarse sobre conflictos derivados de actos administrativos.

3.5.1. La competencia del juez de acción popular para conocer de la vulneración de derechos colectivos derivada de actos administrativos.

Puesto que el primer señalamiento que formulan los demandantes en relación con el derecho a la salud pública consiste en denunciar la supuesta afectación de los derechos de los consumidores como consecuencia de la promoción de una bebida energizante pese a no aportar energía al cuerpo y ser, en cambio, “estimulante”, y ser esta práctica consecuencia del reconocimiento por el ordenamiento jurídico nacional de dicha categoría, como se observa en la tantas veces aludida Resolución No. 4150 de 2009, se podría pensar que no hay lugar a formular esta clase de reproches en sede de acción popular¹⁵⁷. Razonar en esta dirección supondría considerar que cualquier reclamación basada en dicha categoría o bien resultaría infundada (por ser *prima facie* legítima o jurídica) o bien debería partir de un cuestionamiento al acto administrativo que establece el régimen de las bebidas energizantes en sede de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho.

No obstante, para la Sala es claro que el solo hecho que dicha categoría haya sido recogida por el ordenamiento jurídico no es *per se* un dato capaz de enervar los señalamientos de vulneración de los derechos colectivos de los consumidores expuestos por la parte demandante. Admitir lo contrario supondría aceptar que de la expedición de un reglamento no se pueden derivar amenazas o afectaciones para los intereses de la comunidad; premisa equivocada, ya que aun cuando de

¹⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 27 de mayo de 2010, Rad. No. 05001-23-31-000-2005-03516-01(AP). C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno. En sentido similar, véase, también de esta Sala de Decisión, las sentencias de 13 de marzo de 2013, Rad. No. 25000 23 31 000 **2010 00683** 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala; de 8 de mayo de 2011, Rad. No. 76001-23-31-000-2003-02886-01 (AP) y de 6 de diciembre de 2012, Rad. No. 17001-23-31-000-2010-00341-01(AP). C.P.: María Elizabeth García González.

¹⁵⁷ De acuerdo con el artículo 3º de la Resolución No. 4150 de 2009 una bebida energizante es una “[b]ebida alcohólica, generalmente gasificadas, compuesta básicamente por cafeína e hidratos de carbono, azúcares diversos de distinta velocidad de absorción, más otros ingredientes, como aminoácidos, vitaminas, minerales, extractos vegetales, acompañados de aditivos acidulantes, conservantes, saborizantes y colorantes”.

ordinario se tiene que dicha vulneración será consecuencia del desconocimiento (por acción u omisión) de la regulación de una materia, también puede darse el caso que sea la normatividad misma la fuente del agravio que el juez de acción popular debe encarar y reparar. El vasto campo de actuación que de forma genérica reconoce al Juez Constitucional de acción popular la Ley 472 de 1998 en sus artículos 2 y 9 (que lo habilitan para conocer de las acciones populares derivadas de “toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”), y que en particular señala al juez contencioso administrativo cuando funge de tal el artículo 15 (que reconoce su competencia para conocer “de las acciones populares originadas en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñan funciones administrativas”) permite fundamentar la validez de este planteamiento.

Con todo, ello no significa que con estas acciones se puedan desplazar o ignorar los medios ordinarios de defensa judicial establecidos por la Ley para la solución de las controversias jurídicas, como sería el caso, por ejemplo, en tratándose de disputas relacionadas con actos administrativos, de la acción de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho. Lo anterior, por ser claro, como se dejó sentado de forma precedente en esta providencia, que el objeto de la acción popular no es otro que la tutela de los derechos e intereses colectivos; razón por la cual su interposición resultaría improcedente cuando con ellas se busque obtener la sola confrontación del acto administrativo implicado con la legalidad objetiva con miras a dictaminar si éste es válido o no. De aquí, en consecuencia, la importancia de tomar como presupuesto de procedibilidad de la acción popular que mediante su interposición se pretenda siempre la tutela de un derecho o interés colectivo. Y de aquí también la relevancia de resaltar que la situación que ahora plantean los demandantes se centra o apunta, en concordancia con lo anterior, a asegurar la efectividad de los derechos colectivos invocados en la demanda.

Ahora bien, al respecto manifiesta la Sala que resulta indudable que por tratarse la situación *sub examine* de un asunto que involucra, entre otros, un cargo de vulneración de derechos colectivos por un reglamento, **el Juez Constitucional de acción popular tendrá que ser respetuoso del límite a su competencia consistente en no invadir la órbita del contencioso administrativo y no usurpar sus facultades de anulación de actos administrativos** contrarios a la Constitución o la Ley. **Pero esta restricción**, formulada primero por la

jurisprudencia ¹⁵⁸ y después por la Ley ¹⁵⁹, si bien le impide anular actos administrativos o contratos, **no es óbice para que cualquier persona pueda demandar la protección de los derechos e intereses colectivos** cuando la conducta se concrete o provenga de esta clase de actos jurídicos, **ni para que se pida al juez adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.**

De este modo, en aras de lograr la efectividad de los derechos colectivos el juez de acción popular está revestido de facultades tanto para juzgar la conducta de autoridades y de particulares sujetos a una regulación estatuida para la protección de determinados intereses de la colectividad, como para enjuiciar la compatibilidad misma de dicha reglamentación con los bienes e intereses colectivos que se busca amparar. Y en este último caso, sin adoptar decisiones anulatorias, competencia del juez contencioso administrativo ordinario, podrá ordenar las medidas que estime pertinentes para conjurar la situación de peligro o afectación de los derechos colectivos que se le plantea.

3.5.2. Valoración y análisis de los cargos propuestos y de las pruebas recaudadas.

Para el caso concreto, valorar la posible afectación de los derechos de los consumidores derivada de la denominación dada al producto supone tener en cuenta las evidencias obrantes en el proceso. Al respecto se debe destacar que para el Dr. JOHN DUPERLY, testigo técnico que rindió su declaración, el término “estimulante” “es atribuido a los efectos sobre el sistema nervioso (...) como la mejora en la atención, concentración y velocidad en la reacción”¹⁶⁰. Y agrega que por tratarse de un “concepto no técnico” engloba múltiples sustancias como antidepresivos, efedrina, pseudoefedrina, simpáicomiméticos, cocaína e incluso el alcohol¹⁶¹.

¹⁵⁸ Véase, p. ej., de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la sentencias del 18 de mayo de 2000, Rad. No. AP-038. C.P.: Jesús María Carillo Ballesteros; o también, de la Sección Segunda, la sentencia del 1 de junio de 2000, Rad. No. AP-047. C.P.: Carlos Arturo Orjuela Góngora. La evolución que experimentó esta jurisprudencia es reconstruida por la Corte Constitucional en la sentencia C-644 de 2011.

¹⁵⁹ Cfr. el artículo 144 del CPACA. La exequibilidad de esta restricción a los poderes del juez de acción popular fue declarada en la sentencia C-644 de 2011 de la Corte Constitucional.

¹⁶⁰ Folio 403.

¹⁶¹ Idem.

Para la SEABA, según consta en el Acta No. 03 de 2006, “[n]o es adecuado llamarlas energizantes porque el objetivo de sus ingredientes es “estimular”; el concepto de energía es más amplio que el que se desprende sólo del valor calórico aportado por los hidratos de carbono”¹⁶². Y añade en las conclusiones que “[e]l término más adecuado sería de bebidas estimulantes más que energizantes”¹⁶³. En esta dirección destaca la SEABA en el mismo documento que en tanto bebida cafeinada, su efecto es de estímulo al sistema nervioso central, pues “[l]a cafeína provoca un estímulo al cerebro, al disminuir la acción de la adenosina, un transmisor nervioso que produce calma. Se genera entonces una sensación de vitalidad, de fuerza durante algunas horas. Este estado de alerta hace que se aumente la concentración y la resistencia a mayores esfuerzos físicos y mentales. Además, produce excitación, insomnio (pérdida del sueño) y disminución de la sensación de fatiga”¹⁶⁴.

Ahora, para este Juez Constitucional es claro que conforme a lo reglado por el artículo 10 del Decreto 1290 de 1994 (vigente para el momento en que inició el juicio de acción popular) la Comisión Revisora tiene naturaleza de órgano asesor, por lo cual sus opiniones y conceptos no son vinculantes para las autoridades sanitarias. De aquí que el solo hecho que al interior de la SEABA se hayan manifestado reservas sobre la categoría “bebida energizante” no implica forzosamente su condición de ilegítima desde un punto de vista científico o jurídico. Con todo, que los informes rendidos por este cuerpo no resulten obligatorios para el regulador no significa que carezcan de todo valor o importancia y que las consideraciones expuestas por la Comisión Revisora puedan ser dejadas de lado sin justificación ni motivación alguna. Encuentra la Sala que en cuanto cuerpo especializado con funciones consultivas si bien la Administración no está atada en términos absolutos a lo que ella dictamine, en caso de apartarse deberá exponer las razones por las cuales se separa de lo expuesto por aquella en sus conceptos. En el caso concreto debe señalarse que dicha justificación no se observa en lo atinente a las objeciones formuladas contra la utilización de la categoría; mas también debe tenerse en cuenta que en la referida Acta No. 03 de 2006 no figura una oposición tajante al uso de bebidas como el RBED, sino recomendaciones, entre otras, sobre su rotulado, etiquetado y publicidad. Condiciones que se reiteran en el Acta No. 03 de 2009, en la cual se retoma la cuestión de las bebidas energizantes.

¹⁶² Folio 494.

¹⁶³ Folio 499.

¹⁶⁴ Folio 495.

Siendo esta la situación, y teniendo en cuenta que la categoría “bebida energética” ha sido recogida tanto a nivel de cuerpos internacionales, como se aprecia en el Sistema de Clasificación de los Alimentos del *Codex Alimentarius* -compendio de normas alimentarias, directrices y códigos de prácticas adoptados internacionalmente bajo el auspicio de la OMS y la FAO¹⁶⁵-, como por numerosos países del mundo, conforme lo alega y acredita la compañía productora de la bebida, resulta comprensible que se haya optado por incorporar dicha categoría en la regulación nacional. En estas condiciones, entonces, antes que el reconocimiento de una categoría como la de bebida energizante, lo que podría resultar contrario a derechos colectivos de los consumidores y a la salubridad pública, conforme se verá en detalle líneas abajo, son las condiciones que impone la regulación al rotulado, etiquetado, publicidad y comercialización de un producto como el RBED.

Lo anterior se refuerza si se tiene en cuenta que según lo descrito por la SEABA en el Acta No. 03 de 2006 las bebidas energizantes “son bebidas analcohólicas, generalmente gasificadas, compuestas básicamente por cafeína e hidratos de carbono, azúcares diversos de distinta velocidad de absorción, más otros ingredientes, como aminoácidos, vitaminas, minerales, extractos vegetales, acompañados de aditivos acidulantes, conservantes, saborizantes y colorantes”¹⁶⁶; concepto que coincide con el incorporado por el artículo 3º de la Resolución No. 4150 de 2009, por medio del cual se busca acotar el ámbito de aplicación de las reglas especiales contenidas en dicho reglamento.

Siendo esto así, se tiene que aun cuando en un sentido natural la expresión “bebida energizante” podría tener el significado que le atribuye la parte

¹⁶⁵ Ubicadas en la clasificación “14.0 Bebidas, excluidos los productos lácteos; 14.1.4 Bebidas a base de agua aromatizadas, incluidas las bebidas para deportistas, bebidas electrolíticas y bebidas con partículas añadidas”. De acuerdo con la descripción que se da de las bebidas incluidas en la categoría **14.1.4.2 Bebidas a base de agua aromatizadas sin gas, incluidos los ponches de fruta y las limonadas y bebidas similares**: Comprende bebidas sin adición de anhídrido carbónico a base de zumos (jugos) de frutas y hortalizas (p. ej. almendras, anís, coco y ginseng), limonadas y bebidas similares con sabor a fruta (p. ej. naranjadas), refrescos a base de cítricos, *capilé groselha*, bebidas de ácido láctico, bebidas a base de café y té listas para consumir con o sin leche o sólidos lácteos y bebidas a base de hierbas aromáticas (p. ej. té frío, té frío con sabor a frutas, capuchino en lata para beber frío) y bebidas para “deportistas” que contienen electrolitos. Estas bebidas pueden ser transparentes o contener partículas (p. ej. trozos de fruta) y pueden estar o no edulcoradas con azúcar o un edulcorante no nutritivo de gran intensidad. **Comprende las bebidas denominadas “energéticas” sin gas que contienen niveles elevados de nutrientes y otros ingredientes (p. ej. cafeína, taurina, carnitina)” (negritas fuera de texto).**

¹⁶⁶ Folio 493 revés.

demandante, lo cual podría dar pie para entender que de dicha calificación se deriva un engaño o defraudación de la buena fe del consumidor en tanto se trata de un producto que antes que generar energía en cantidades importantes estimula el sistema nervioso, es claro que se trata de una **expresión técnica** a la cual el mundo de **la ciencia ha dado un sentido específico**, que coincide con el incorporado por el Reglamento Técnico nacional. No debe olvidarse que de conformidad con el artículo 29 del Código Civil “[l]as palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte”. En este orden de ideas, y puesto que todo aquél que indague sobre el concepto técnico de “bebida energizante” podrá advertir esta situación, manifiesta en la propia regulación nacional de la materia, no encuentra la Sala que de su uso se desprenda afectación alguna a los derechos de los consumidores. Máxime cuando además de reconocer esta categoría de productos, la Resolución No. 4150 de 2009 establece un régimen especial para la fabricación, procesamiento, envase, rotulado, almacenamiento, distribución, comercialización, publicidad y expendio de esta clase de bebidas, cuyo objetivo no es otro, en principio, que asegurar la salud y seguridad de los consumidores.

Tampoco considera la Sala que dicha vulneración se desprenda de las leyendas que utiliza el RBED para hacer su publicidad, pues no se encuentra que las frases “Vitaliza mente y cuerpo” y “Red Bull te da Aaalas” vayan en contravía de lo establecido por la Resolución No. 4150 de 2009 en materia de información y publicidad para esta clase de productos, ni infrinjan materialmente los intereses jurídicos que la Constitución y la Ley buscan amparar mediante la consagración de los derechos colectivos de los consumidores. De una parte, no encuentra este Juez Constitucional que dichos mensajes contraríen lo previsto por el artículo 10 de la Resolución precitada, pues ni se anuncia como bebida recuperadora de líquidos, ni como productora de bienestar o salud. Además de lo anterior, de ellas no se puede derivar engaño alguno para los consumidores, toda vez que la primera leyenda dista de ser falsa, en tanto que, conforme se acreditó en el proceso, producto de la acción de la cafeína sobre el sistema nervioso es la activación y mejoría de muchas de sus funciones, tales como la concentración, la atención y la velocidad de reacción¹⁶⁷; y la segunda, tal como se argumenta en los alegatos de la empresa demandada, está lejos de ser un ofrecimiento directo o una promesa imposible de cumplir, siendo tan solo una metáfora, propia de la

¹⁶⁷ Véase testimonio del Dr. DUPERLY, FI. 402. Y también el Acta No. 03 de 2006 de la SEABA, FI. 495.

publicidad, de los efectos del producto. Mal podría la Sala, so pretexto de amparar la buena fe de los consumidores, desconocer o subestimar su razonabilidad y capacidad de discernimiento y cercenar de un tajo recursos tan caros para la publicidad y el mercadeo como la imaginación y creatividad a la hora de promocionar un producto. Al ser obvio para cualquier consumidor promedio que detrás del lema no hay una falsa promesa de volar, el cargo de publicidad engañosa queda desvirtuado, pues es lógico que dicho mensaje no tiene la capacidad de inducir a error, engaño ni confusión.

Finalmente, en lo atinente a que la información y publicidad del producto ocultan sus efectos perjudiciales para la salud, estima la Sala que dado su nexo estrecho con el siguiente cargo su resolución y análisis está condicionado por lo que se considere en relación con la supuesta afectación del RBED a la salubridad pública.

3.6. Los cargos consistentes en la afectación de la salubridad pública.

El segundo de los cargos elevados por los demandantes apunta a denunciar una supuesta vulneración y amenaza permanente del derecho colectivo a la salubridad pública como resultado de (i) la calificación del RBED como bebida “energizante” pese a que no proporciona energía sino que se trata de un “estimulante” del sistema nervioso central; (ii) la omisión del INVIMA de advertir al público sobre los efectos nocivos para la salud del RBED; (iii) los riesgos para la salud que genera su consumo en exceso y su combinación con bebidas alcohólicas; y, finalmente, (iv) de la falta de control de su venta al público y de la escasa información que existe sobre sus riesgos, que hace que personas como los jóvenes y niños, más vulnerables a la publicidad, estén expuestos a un mayor peligro debido a la ausencia de fiscalización de su consumo tanto de parte de autoridades como de los propios padres, quienes desconocen las implicaciones para la salud de los menores de la utilización de esta bebida. Cada uno de estos señalamientos será examinado por separado por la Sala.

3.6.1. La supuesta afectación de la salud pública derivada de la categoría “bebida energética”.

En lo atinente al primer señalamiento, consistente en la supuesta afectación al derecho a la salubridad pública como consecuencia de la incorporación en la regulación nacional de la categoría “bebida energizante” pese a que sus

características permitan sostener que no es tal, la Sala debe reiterar lo manifestado en el apartado anterior a propósito de este mismo reproche. El carácter técnico de la expresión “bebida energizante” permite entender que de su definición por el reglamento, coincidente –como se vio *ut supra*- con la que de ella da la ciencia no se desprende, *per se*, ninguna afectación o amenaza al derecho a la salubridad pública. No siendo falso ni equivocado desde un punto de vista técnico el concepto de bebida energizante que acoge el artículo 3º de la Resolución No. 4150 de 2009 no observa la Sala, ni acreditó el demandante, vulneración alguna para el bien jurídico invocado; lo que no excluye, como se verá más adelante, que este interés colectivo pueda resultar comprometido por un déficit de protección del reglamento expedido. Ello será objeto de análisis ulterior en esta providencia.

3.6.2. La supuesta afectación de la salud pública derivada de la hipotética omisión del INVIMA.

El segundo señalamiento elevado por los actores reprocha al INVIMA no involucrarse activamente en la labor de prevención al público sobre los peligros que para la salud encierra el consumo de las bebidas energizantes. Para los demandados este cargo resulta infundado, pues desconoce tanto que el producto RBED cumple con todos los requerimientos del reglamento técnico, como el alcance de la tarea de vigilancia y control a cargo de este ente, que no le permite ir en su supervisión más allá de lo establecido en la regulación.

Para la Sala tampoco este reproche puede ser acogido. Al ser el INVIMA un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Salud, cuyo objeto es la ejecución de las políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva¹⁶⁸, es claro que **sus funciones las debe cumplir con apego al principio de legalidad o juridicidad.**

¹⁶⁸ Artículo 245 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, por carecer de funciones regulatorias¹⁶⁹, el INVIMA no puede requerir a los sujetos sometidos a su vigilancia y control el cumplimiento de exigencias distintas a las previstas por la regulación vigente del sector, por ser justamente el logro de su acatamiento el objetivo principal de su labor. No debe olvidarse, como ha sido recalcado por la jurisprudencia constitucional, que lo propio de la misión pública de vigilancia y control no es la intervención del sujeto controlado para modificar sus actos o decisiones, sino “que éste se acomode a la ley, y si no lo hace, se obliga mediante sanciones o medidas correctivas a que lo haga”¹⁷⁰. En últimas, no puede perderse de vista que el control se ejerce en ámbitos que por su trascendencia social se encuentran sometidos a la regulación del Estado, como ocurre en general en materia de servicios públicos (domiciliarios y no domiciliarios) y de alimentos o medicamentos; de donde se deriva tanto la importancia de fiscalizar el cumplimiento de las reglas impuestas, como de dotar a las entidades responsables de esta labor de las prerrogativas necesarias para asegurar la realización de este objetivo, pero también de fijar límites claros a sus competencias como forma de asegurar que éstas no se excederán en el cumplimiento de su labor¹⁷¹.

Así, para la Sala es claro que la responsabilidad del INVIMA de “[c]ontrolar y vigilar la calidad y seguridad de los productos establecidos en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y en las demás normas pertinentes, durante todas las actividades asociadas con su producción, importación, comercialización y consumo”¹⁷², debe ejercerse con apego a lo establecido por la Constitución, la Ley y los reglamentos vigentes en el sector. Por ende no resulta posible reprochar nada en su conducta por limitarse a exigir el cumplimiento de lo previsto por la Resolución No. 4150 de 2009; lo reprochable sería que en ejercicio de sus funciones se excediera o desbordara o que faltara a ellas o las cumpliera de modo deficiente. Por esta razón no puede acogerse el cargo planteado por el demandante.

3.6.3. La supuesta afectación de la salud pública derivada de los riesgos del abuso del RBED.

¹⁶⁹ Según la reglamentación vigente para el momento de la presentación de la acción, las funciones del INVIMA están contenidas en el artículo 4 del Decreto 1920 de 1994.

¹⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-782 de 2007. En sentido análogo, véase la sentencia C-570 de 2012.

¹⁷¹ Conforme lo ha señalado la Corte Constitucional, “la idea del Estado de Derecho se concreta para la administración en el *principio de legalidad*, según el cual la actividad administrativa se halla sometida a las normas superiores del ordenamiento jurídico, **no pudiendo hacer u omitir sino aquello que le está permitido por la Constitución, la Ley y los Reglamentos pertinentes**” (*vid.* sentencia C-816 de 2011).

¹⁷² Artículo 4 numeral 1 del Decreto 1290 de 1994.

El tercer señalamiento relacionado con la salud pública que efectúa el demandante tiene que ver con los supuestos riesgos para la salud que genera el consumo en exceso de RBED y su combinación con bebidas alcohólicas. Al respecto la Sala debe manifestar que distintas razones la llevan a descartar esta censura: el primero, la licitud de todos los componentes del RBED. Si, como fue señalado por la SEABA en el Acta No. 03 de 2006 las bebidas energizantes “son bebidas analcohólicas, generalmente gasificadas, compuestas básicamente por cafeína e hidratos de carbono, azúcares diversos de distinta velocidad de absorción, más otros ingredientes, como aminoácidos, vitaminas, minerales, extractos vegetales, acompañados de aditivos acidulantes, conservantes, saborizantes y colorantes”¹⁷³, descripción que coincide con el concepto incorporado por el artículo 3º de la Resolución No. 4150 de 2009, es claro para la Sala que ninguno de sus componentes representa en sí mismo una amenaza o una afectación para la salud. Que se trate de elementos presentes en diversas sustancias de consumo diario y que sobre ninguna de ellas recaiga una prohibición legal, permite sustentar lo dicho. Las amenazas derivan, y esta es la segunda razón que toma en consideración la Sala, del consumo en exceso de la bebida. Como fue señalado por el testigo técnico Dr. DUPERLY, el RBED puede tener un efecto negativo sobre la salud “si se sobrepasan las dosis equivalentes de cafeína recomendadas internacionalmente”¹⁷⁴.

En este sentido, considera la Sala que el hecho de advertir la lata del producto, conforme lo exige la reglamentación¹⁷⁵, que es un producto con “[c]ontenido alto en cafeína (32 mg./100 ml.)” y que “[e]l límite máximo aceptable de consumo diario del producto es de tres (3) latas por 250 ml.”, brinda al consumidor información suficiente sobre las características del producto y le advierte sobre el riesgo de su exceso, con lo cual no solo se busca neutralizar la amenaza latente para la salud (pues se espera que el mensaje evite el abuso de la bebida), sino que además se asegura que quien pese a estos mensajes desconozca los límites allí señalados lo haga con base en una decisión autónoma e informada.

Siendo esta la situación no hay duda para este Juez Constitucional que lo afirmado por el demandante no puede fundamentar el amparo solicitado al derecho colectivo invocado. Seguir su lógica podría desembocar en un gravísimo

¹⁷³ Folio 493 revés.

¹⁷⁴ Folio 404.

¹⁷⁵ Artículo 12 de la Resolución No. 4150 de 2009.

estadio de prohibicionismo legal que, por vedar todo aquello cuyo uso legítimo y razonable resulta aceptable e incluso necesario para la sociedad pero cuyo abuso puede generar riesgos sociales (piénsese, por ejemplo, en los automóviles y el exceso de velocidad, el internet y los efectos negativos de su uso desmedido o en las secuelas del consumo exagerado de algunos medicamentos), podría desembocar en regresiones o renunciadas injustificadas para la colectividad; resultado no solo desproporcionado, sino además incompatible con elementos centrales de nuestro sistema constitucional como los principios de autonomía y autorresponsabilidad.

Un razonamiento análogo se puede aplicar en lo atinente a los supuestos riesgos que se derivan de la mezcla del RBED con alcohol. De una parte, se trata de un riesgo frente al cual se advierte a las personas en la lata, en cuya superficie, conforme lo exige la reglamentación de la materia¹⁷⁶, se puede leer el siguiente mensaje: “[n]o se recomienda el consumo de bebidas energizantes con bebidas alcohólicas”. De otra, su eventual consumo ligado a bebidas alcohólicas sería también, dada la información que se suministra por el propio producto, una decisión individual frente a la cual el ordenamiento jurídico, en tanto que autónoma e informada, no puede adoptar medidas desproporcionadas como su prohibición o exclusión del mercado. La información al público es aquí una medida razonable y eficaz de protección de la salud pública, por cuanto sin excluir las posibilidades de comercialización de un producto legítimo y sin restringir injustificadamente la libertad de compra de las personas, busca prevenir daños o situaciones problemáticas para la salud de los individuos; esto es, sin apelar a medidas de corte coercitivo como podría ser la eliminación total del producto o la definición de un límite máximo de consumo acompañado de sanciones por su infracción, se transmite un mensaje y se apela al sentido de responsabilidad de cada uno, conforme lo exige y presupone el Estado no paternalista que aspira instituir la Constitución a partir del reconocimiento de la dignidad humana, la autonomía individual y el libre desarrollo de la personalidad.

3.6.4. La supuesta afectación a la salud pública derivada de la falta de control a las ventas y la deficiente información al público.

Finalmente, plantea la demanda que también se generan riesgos para la salud pública de la falta de control de su venta al público y de la escasa información que

¹⁷⁶ Artículo 12 de la Resolución No. 4150 de 2009.

existe sobre sus riesgos, lo cual hace que personas como los jóvenes y niños, más vulnerables a la publicidad, estén expuestos a un mayor peligro por su consumo. Para la Sala, aun cuando el cargo relativo a la falta de control a la venta del producto resulta infundado por no hallar la Sala sustento alguno a las restricciones a la comercialización de la bebida que echa de menos la parte demandante, lo referente a los riesgos derivados de la deficiente información al público tiene vocación de prosperidad.

En efecto, en el curso del proceso se acreditó que aunque el consumo moderado o esporádico de las bebidas energizantes resulta inocuo para la salud, también se demostró que existen casos particulares en los cuales la mayor sensibilidad a la cafeína de ciertas personas puede producir efectos adversos para su condición física. Así lo señaló el Dr. DUPERLY en su testimonio, según el cual “se debe limitar el consumo de productos ricos en cafeína en mujeres embarazadas, niños, pacientes con arritmias complejas e insomnio y trastornos de ansiedad”¹⁷⁷. Por este motivo, explicó en su declaración, “algunos gobiernos como el de Canadá han sugerido un límite de 300 a 400 miligramos al día para reducir al mínimo la posibilidad de efectos colaterales por exceso de estimulación del sistema nervioso y cardiovascular, haciendo la salvedad que algunas personas como mujeres embarazadas, los niños y algunos adultos que sean especialmente sensibles y deban tener precaución aun con dosis inferiores a las toleradas por el resto de la población”¹⁷⁸. Luego, al ser interrogado sobre los posibles efectos de la bebida sobre la salud de los niños, añadió que “[l]a puede afectar dependiendo de su peso y sensibilidad en particular. Hay dos razones para no recomendarlo en niños, pesan menos y sus órganos son más sensibles, por ello se acepta para adultos que pesan en promedio 80 kilogramos”¹⁷⁹.

La evidencia anterior va en paralelo con lo expresado por la SEABA en el Acta No. 03 de 2006, en la cual se afirma que las bebidas cafeinadas “[n]o deben ser consumidas por menores de 18 años, porque no se sabe con certeza sus efectos adversos en este grupo”¹⁸⁰. A lo que añade, teniendo en cuenta que la cafeína incrementa la presión arterial por elevación de la resistencia vascular y que este efecto es mayor y más prolongado en pacientes hipertensos, que esta clase de bebidas “deben estar contraindicadas para niños (menores de 18 años),

¹⁷⁷ Folio 404.

¹⁷⁸ Idem.

¹⁷⁹ Idem.

¹⁸⁰ Folio 496.

hipertensos, hipertiroideos, personas con arritmia cardiaca, diabéticos, jaquecosos, mujeres embarazadas y durante la lactancia”¹⁸¹. En la misma dirección este organismo resalta que la OMS brinda algunos consejos respecto de estas bebidas, tales como¹⁸²:

- No ingerirlas antes de dormir.
- No se recomiendan en menores de 15 años.
- No se recomiendan para personas sensibles a la cafeína.
- Tenerlas por contraindicadas en el caso de mujeres embarazadas, en periodo de lactancia, en personas con presión arterial alta, problemas cardiacos, renales y/o diabetes, así como en personas con trastornos de ansiedad.
- Debería sugerirse en su envase el límite máximo de consumo diario de cafeína e indicar que no es conveniente tomar más de dos latas al día.
- Se debe manifestar que no reemplazan a una alimentación balanceada ni a un buen descanso, que no sirven para hidratarse, ni se deben mezclar con alcohol ni con ninguna otra sustancia (medicamento o droga).

De la misma manera la documentación allegada por la parte demandada acredita que en países de nuestro entorno, como Ecuador o Paraguay, la normativa sanitaria aplicable exige que el rotulado informe a la comunidad que se trata de una bebida no recomendada para niños, mujeres embarazadas, en lactancia, ni personas sensibles a la cafeína¹⁸³. A lo anterior se suma el hecho que una simple indagación al respecto permite concluir que esos mismos contenidos (bebida no recomendable para niños, mujeres embarazadas o lactantes, ni para personas sensibles a la cafeína) son exigidos a las etiquetas de esta clase de productos en otros países como Canadá¹⁸⁴, México¹⁸⁵, Argentina¹⁸⁶ y la India¹⁸⁷. **La mayor sensibilidad a la cafeína de los menores y de las personas con problemas de tolerancia de esta sustancia justifica plenamente el trato diferencial que se les da. Y el carácter de sujetos de especial protección de unos y otros eleva las exigencias de protección de parte de las autoridades** frente a sustancias o situaciones que puedan comprometer su integridad física. No debe olvidarse que

¹⁸¹ Folio 498.

¹⁸² Folio 498 revés.

¹⁸³ Folios 298 y 301.

¹⁸⁴ Canadian Food Inspection Agency: <http://www.inspection.gc.ca/food/non-federally-registered/product-inspection/caffeinated-energy-drinks/eng/1377613077840/1377613161282>

¹⁸⁵ Norma Oficial Mexicana NOM-218-SSA1-2011.

¹⁸⁶ B.O. 29/06/05 SUPLEMENTOS DIETARIOS Disposición 3634/2005 - ANMAT -.

¹⁸⁷ <http://www.cseindia.org/content/fssai-takes-energy-out-drinks>

conforme a lo establecido por el artículo 43 de la Constitución, la mujer “[d]urante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado”. Y en un mismo sentido prescribe el artículo 44 de la Carta que los niños son titulares de derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la salud y a una alimentación equilibrada; los cuales, por expreso mandato constitucional, “prevalecen sobre los derechos de los demás”¹⁸⁸.

Por esto, y dado que en el artículo 12 de la Resolución No. 4150 de 2009 únicamente se pide a los productores de bebidas energizantes informar al público en el envase o empaque de sus productos que (i) se trata de un producto elevado en cafeína, (ii) cuyo consumo no se recomienda mezclar con bebidas alcohólicas, (iii) no recomendado para personas sensibles a la cafeína y (iv) cuyo límite máximo aceptable de consumo diario es de 3 latas por 250 ml, lo cual ha venido siendo cumplido, la Sala debe declarar que a la luz de lo acreditado en el proceso **existe en esta regulación un déficit de protección frente a los sujetos de especial protección antes mencionados.**

Lo anterior, toda vez que aun cuando, como lo sugiere el Dr. DUPERLY en su testimonio, se podría entender que la mención genérica a las personas sensibles a la cafeína que exige la reglamentación engloba tanto a los niños, como a las mujeres embarazadas y lactantes, así como a quienes padecen hipersensibilidad a esta sustancia, es claro que dada su condición especial **el derecho que en general asiste a los consumidores de requerir información fiable, clara, completa, comprensible, oportuna, precisa e idónea se acentúa o hace más fuerte en su caso**, por lo cual se excluye la validez de un mensaje como el requerido actualmente por la reglamentación. Esto, por cuanto para determinar que el mensaje “no recomendado para personas sensibles a la cafeína” comprende específicamente a grupos tan delicados como a los menores y a las madres embarazadas y en lactancia (y lo que es lo mismo, a los no natos y neonatos) es preciso hacer inferencias o poseer conocimientos que pueden restarle eficacia informativa y, por esta vía, llegar a comprometer la salud e integridad de estos sujetos de especial protección. **Por su importancia para la salud de este grupo especial de personas, merecedoras de un plus de protección, estos mensajes deben además ser expesos.** Por ende es deber de la regulación, so pena de afectar por esta vía el derecho a la salubridad

¹⁸⁸ Artículo 44 inciso tercero de la Constitución.

pública, exigir la incorporación de esta información en el rotulado y etiquetado de esta clase de productos.

En consecuencia, al haberse acreditado en el juicio que fruto de este déficit de protección de la Resolución 4150 de 2009 del Ministerio de Salud y Protección Social se pone en riesgo injustificadamente la salud de un segmento importante de la población como es el de los menores, las madres en embarazo y en lactancia, la Sala declarará la vulneración de este derecho colectivo y condenará al Ministerio de Salud y Protección Social a realizar los ajustes necesarios en la regulación para subsanar esta situación.

3.7. Incentivo.

Dentro del recurso de apelación la parte demandante solicita también el reconocimiento del incentivo. Toda vez que se trata de un asunto en torno al cual la jurisprudencia administrativa unificó posición en la sentencia del 3 de septiembre de 2013, proferida por la Sala Plena dentro del proceso número 17001-33-31-001-2009-001566-01, de acuerdo con la cual después de la expedición de la Ley 1425 de 2010 no resulta procedente el reconocimiento de este estipendio a favor del actor popular, habida consideración de la derogación de las normas que le servían de fundamento, la Sala deberá confirmar en este aspecto la sentencia impugnada.

3.8. Costas procesales.

En relación con la condena en costas en materia de acciones populares el artículo 38 de la Ley 472 de 1998 preceptúa lo siguiente:

Artículo 38. 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 sanciones a que haya lugar. (negrillas fuera de texto)

En este orden, dicha remisión a la legislación procesal general obliga a tomar en consideración las reglas establecidas en materia de costas por el Código de Procedimiento Civil. Al respecto el artículo 392 del CPC, modificado por el artículo 42 de la Ley 794 de 2003, dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 392. CONDENA EN COSTAS. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en los términos del numeral 6) del artículo 627> <Artículo modificado por el artículo 42 de la Ley 794 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. <Numeral modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o un amparo de pobreza, sin perjuicio artículo 73.

2. <Numeral modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> La condena se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a la condena. En la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación.

3. En la sentencia de segundo grado que confirme en todas sus partes la del inferior, se condenará al recurrente en las costas de la segunda instancia.

4. Cuando la sentencia de segundo grado revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. <Numeral derogado por el artículo 44 de la Ley 1395 de 2010>

6. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

7. Cuando fueren dos o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

8. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

9. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

10. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

El estudio de estas disposiciones permite afirmar que la condena en costas es procedente en las acciones populares cuando el proceso culmina con sentencia total o parcialmente estimatoria de las pretensiones de la demanda y en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, esto es, podrá ser impuesta a la parte vencida siempre que tal decisión se justifique y se encuentre debidamente demostrada.

No obstante, conforme lo señala el numeral 6º del artículo 392 del CPC, “[e]n caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”. Puesto que en el asunto bajo revisión se estimarán parcialmente las pretensiones de la demanda y no figuran acreditados gastos significativos en que haya incurrido la parte demandante, la Sala se abstendrá de efectuar este reconocimiento. Esto, por cuanto, de un lado, el peritaje aportado con la demanda no fue acogido como prueba válida y por tanto no resultó útil al proceso¹⁸⁹; y de otro, se tiene que aun cuando a folio 624 figura un poder conferido por la parte demandante a un abogado, no se observa en el expediente que éste haya realizado ningún tipo de actuación, por lo que no existen razones para reconocer las expensas correspondientes a las agencias en Derecho. En consecuencia se confirmará este punto de la sentencia de primera instancia.

3.9. Resolución del asunto *sub judice*.

Con base en los razonamientos anteriores debe concluirse que la sentencia apelada debe ser revocada, para en su lugar declarar la vulneración del derecho colectivo a la salubridad pública, como consecuencia del déficit de protección respecto de los menores, las mujeres embarazadas y en estado de lactancia que se advierte en la regulación nacional de los mensajes que debe contener la lata o etiqueta del producto y su publicidad en medios, para informar a la comunidad de manera fiable, clara, expresa, completa, comprensible, oportuna, precisa e idónea sobre los riesgos que genera el consumo de esta clase de bebidas.

Paralelamente, y como reflejo de esta última determinación, la Sala debe declarar también la vulneración de los derechos colectivos de los consumidores, por ser claro que de la situación de deficiente información corroborada se desprende una

¹⁸⁹ Artículo 393 numeral 2º del Código de Procedimiento Civil.

restricción ilegítima del derecho colectivo a obtener una información fiable, clara, expresa, completa, comprensible, oportuna, precisa e idónea en relación con un producto que, como las bebidas energizantes, pese a no ser prohibido ni peligroso en condiciones normales, puede, en determinadas circunstancias, generar riesgos para la salud de algunas personas.

Debido al régimen de venta libre que legítimamente ha establecido la regulación sanitaria para las bebidas energizantes y a la importancia de la claridad, calidad y completud de la información que se ofrece para la salud de las personas, y en especial del segmento de la población constituido por menores, mujeres embarazadas y en estado de lactancia, constitucionalmente previstas como merecedoras de unos más elevados niveles de protección de sus derechos, los mensajes relacionados con los posibles riesgos que genera para su salud el consumo de las bebidas energizantes deben ser expresos. Por ende **es deber de la regulación, so pena de afectar por esta vía el derecho a la salubridad pública y subsecuentemente los derechos de los consumidores, exigir la incorporación de esta información en el rotulado, etiquetado y publicidad de esta clase de productos.**

Toda vez que la entidad responsable de la regulación sanitaria es el Ministerio de Salud y Protección Social, la Sala no encuentra fundamento para estimar la excepción de falta de legitimación por pasiva que formuló esta entidad a lo largo del trámite de esta acción. Como surge de los razonamientos expuestos con precedencia, declarará su responsabilidad por el desconocimiento del derecho colectivo a la salubridad pública y la condenará a revisar la regulación vigente en materia de bebidas energizantes y a establecer unos contenidos que, de conformidad con los mejores conocimientos científicos disponibles, permitan salvaguardar la salud e integridad de los consumidores en general y de los sujetos de especial protección que en particular pueden resultar perjudicados con su consumo. El artículo 34 de la Ley 472 de 1998, en virtud del cual “[!]a orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a la pretensiones del demandante” ofrece un sustento sólido para la orden impartida.

Ahora bien, toda vez que la orden impartida supone surtir un debate especializado y acatar el procedimiento de expedición y revisión de los reglamentos técnicos que impone tanto la normativa internacional en materia de obstáculos técnicos al comercio¹⁹⁰ como la legislación nacional que la incorpora al orden interno¹⁹¹, la Sala estima pertinente otorgar un término prudencial de nueve (9) meses a partir de la notificación de este fallo para dar cumplimiento formal a lo que será ordenado en él.

Finalmente, por haber encontrado que de sus actuaciones no se desprende vulneración alguna de los derechos de los consumidores ni de la salubridad pública, la Sala no emitirá condena alguna en contra del INVIMA ni de la sociedad RED BULL COLOMBIA SAS. En todo lo demás se confirmará la sentencia apelada.

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

F A L L A

PRIMERO: MODIFICAR el punto primero de la sentencia del 17 de noviembre de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, en lo atinente a la vinculación al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, quién conforme a la actuación surtida y según se estableció en esta providencia se debe tener por integrante de la parte demandada dentro de este trámite judicial.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia apelada en lo relacionado con la denegación del amparo a los derechos colectivos a la salubridad pública y de los consumidores, para en su lugar **DECLARAR SU VULNERACIÓN** como consecuencia del déficit de protección de los derechos de los sujetos de especial protección que se acreditó en el proceso, fruto de la insuficiente información que la regulación vigente obliga a ofrecer al público sobre los riesgos que genera para algunas personas el consumo de las denominadas bebidas energizantes.

¹⁹⁰ Decisión 562 de la Comunidad Andina de Naciones y el Acuerdo de la OMS sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.

¹⁹¹ Ley 170 de 1994.

TERCERO: ORDENAR al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL realizar dentro de los nueve (9) meses siguientes a la notificación de este fallo los actos necesarios para la revisión de la regulación vigente en materia de bebidas energizantes y a establecer unos contenidos que, de conformidad con los mejores conocimientos científicos disponibles, permitan salvaguardar la salud e integridad de los consumidores en general y de los sujetos de especial protección que en particular pueden resultar perjudicados con su consumo

CUARTO: CONFIRMAR en los demás puntos la providencia impugnada.

QUINTO: RECONOCER personería jurídica a la Dra. LUZ DARY MORENO RODRIGUEZ para actuar como representante judicial del Ministerio de Salud y Protección Social en el asunto *sub examine*, de conformidad con el poder legalmente allegado a este proceso.

Notifíquese y cúmplase,

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

GUILLERMO VARGAS AYALA
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO