

ACCIÓN POPULAR - Competencia de la jurisdicción contenciosa para tramitarla frente a particulares. Fuero de atracción / FUERO DE ATRACCIÓN - Competencia de la jurisdicción contenciosa para tramitar acción popular frente a particulares

A pesar de que la acción popular se dirige contra particulares y, en ese caso por regla general la jurisdicción competente es la ordinaria (artículo 15 de la Ley 472 de 1998), esta Sala es competente para resolver el asunto sub iúdice, puesto que la acción también fue formulada contra una autoridad pública. En efecto, tal y como lo ha advertido esta Corporación en reiteradas oportunidades, cuando la acción popular se instaura contra actos, acciones u omisiones de las autoridades públicas y, al mismo tiempo, de particulares, la jurisdicción contenciosa administrativa es competente para resolver las pretensiones que se tramita en un mismo proceso, por cuando opera el denominado fuero de atracción.

NOTA DE RELATORÍA: Sentencias AP-039 de 25 de mayo de 2000; AP-2071 de 26 de julio de 2001 y AP-215 de 11 de febrero de 2001. Sección Quinta.

DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUBRIDAD PÚBLICAS - Vulneración. Publicidad de bebidas embriagantes sin advertencias de ley / PUBLICIDAD COMERCIAL - Bebidas embriagantes: orden de portar advertencias de ley con relación a prohibición de venta a menores de edad / BEBIDAS ALCOHÓLICAS - Prohibición de expendio a menores de edad. Requisitos de la publicidad / MENORES DE EDAD - Protección del derecho a la salubridad pública. Publicidad sobre bebidas embriagantes

En el asunto se ejerció la acción popular con el objeto de que se protejan los derechos colectivos de los consumidores y usuarios y a la seguridad y salubridad públicas, pues se afirma que las sociedades demandadas distribuyeron publicidad en los distintos medios de comunicación, separatas y volantes, sobre bebidas alcohólicas sin que se hubiese hecho expresa referencia a la advertencia señalada en la Ley 124 de 1994, según la cual se prohíbe el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad. En desarrollo del artículo 78 de la constitución, el Legislador reguló la prohibición de expendio de bebidas embriagantes a menores de edad, artículo 1º de la Ley 124 de 1994. Así mismo, el artículo 3º de esa normativa señaló: "Toda publicidad, identificación o promoción sobre bebidas embriagantes debe hacer referencia expresa a la prohibición establecida en la presente ley". Y, sobre el concepto de publicidad o promoción de bienes y servicios, el literal d) del artículo 1º del Decreto 3466 de 1982, dispuso que se entiende por propaganda comercial. En relación con la publicidad sobre ofertas en los precios de bebidas alcohólicas que ofrece la empresa Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A, se tiene que en un folleto sí hace referencia a la prohibición señalada en el artículo 1º de la Ley 124 de 1993, pero en el cuadernillo aportado por la demandante omitió la advertencia legal; de consiguiente, está probado que al menos en una oportunidad esa sociedad incumplió el deber legal. En este orden de ideas, la Sala concluye que el desarrollo de la publicidad de bebidas alcohólicas sin la advertencia señalada en el artículo 1º de la Ley 124 de 1994 amenaza el derecho a la salubridad pública de los menores de edad, por lo que prosperan las pretensiones de la demanda formuladas en ejercicio de la acción popular contra el particular que omitió ese deber legal. Ahora, tanto el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos como la Secretaría de Salud del Municipio de Santiago de Cali, tienen la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia sobre la publicidad comercial sobre el consumo de bebidas alcohólicas. De consiguiente, cuando los particulares desatienden la obligación señalada en los artículos 1º y 3º de la Ley 124 de 1994 y esas autoridades públicas no adelantan las medidas correctivas

pertinentes, es claro que incumplen el deber de vigilancia que les asigna la ley. Luego, son también responsables, por vía de omisión, de la amenaza del derecho colectivo a la salubridad pública de los menores.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: DARÍO QUIÑONES PINILLA

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de marzo de dos mil tres (2003).

Radicación número: 76001-23-31-000-2002-2764-01(AP-764)

Actor: CLAUDIA LUCIA OLANO GARCÍA

Demandado: EMPRESAS GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A, Y OTROS

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada contra la sentencia del 22 de noviembre de 2002, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca denegó las pretensiones de la demanda presentada por la señora Claudia Lucía Olano García, en ejercicio de la acción popular.

I. ANTECEDENTES

1. LA SOLICITUD

A.- PRETENSIONES

La señora Claudia Lucía Olano García promovió la acción popular contra las empresas Grandes Superficies de Colombia S.A, Carulla Vivero S.A., Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. y el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –INVIMA-, con el objeto de que se protejan los derechos colectivos de los consumidores y usuarios y a la seguridad y salubridad públicas. Al efecto, pretende lo siguiente:

- 1º. Se ordene el cese inmediato de las acciones y omisiones que vulneran los derechos colectivos cuya protección se pretende.

- 2º. Se ordene a las autoridades competentes que realicen seguimiento a las empresas y entidad demandada para que estas cumplan las normas vigentes y el fallo que aquí se profiera.
- 3º. Compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación y los entes de control para que inicien las investigaciones pertinentes por la omisión en que incurrieron los funcionarios del INVIMA.

Como petición especial, la demandante solicitó se le sea reconocido el amparo de pobreza, en tanto que no cuenta con los recursos necesarios para sufragar los gastos del proceso.

B.- HECHOS

Como fundamento de las solicitudes se tienen, en resumen, los siguientes hechos:

- 1º. La Ley 124 de 1994 prohíbe el consumo de bebidas alcohólicas de los niños y adopta medidas para evitar que ellos tengan acceso a ese tipo de bebidas.
- 2º. En la ciudad de Cali, los almacenes de cadena demandados distribuyen separatas y volantes y publicitan en medios de comunicación propagandas sobre el consumo de bebidas alcohólicas, pero no advierten sobre la prohibición a que hace referencia la Ley 124 de 1994.
- 3º. La inobservancia de lo dispuesto en la Ley 124 de 1994 es irresponsable y atenta contra los derechos colectivos de los menores de edad, pues es evidente que las bebidas alcohólicas causan perjuicios a la salud de aquellos.
- 4º. El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –INVIMA- ha adoptado una actitud omisiva, en tanto que, de un lado, permite que circule en forma masiva la publicidad sobre bebidas alcohólicas y, de otra, no aplica las sanciones a que hace referencia la Ley 9ª de 1979.

2. CONTESTACIÓN

2.1. Por intermedio de apoderada, la empresa Grandes Superficies de Colombia S.A., contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma. Al respecto, afirmó categóricamente que ninguno de los establecimientos comerciales de la

empresa y, en particular Carrefour Valle de Lili, incumple con lo dispuesto en los artículos 1º y 3º de la Ley 124 de 1994.

2.2. Por intermedio de apoderado, la sociedad Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma. En resumen, precisó los siguientes aspectos:

- 1º. En ninguna de las actividades que adelanta esa empresa se han violado o amenazado los derechos colectivos que invoca la demanda. De hecho, esa sociedad “ha divulgado publicidad referida a su propia imagen mediante promociones de diversos de los artículos por ella distribuidos ... La publicidad realizada, ciertamente promociona el producto, en cuanto a precio, pero no busca promocionar la bebida embriagante como tal”.
- 2º. Las Supertiendas no hacen la publicidad específica de cada licor, pues eso corresponde al productor, quien incorpora en cada recipiente una etiqueta con el aviso de advertencia a que se refiere la Ley 124 de 1994.
- 3º. La demandante confunde dos supuestos que deben distinguirse. De un lado, el hecho de que los licores pueden afectar la salud humana, lo cual es incuestionable y, de otro, el hecho de que en Colombia es permitido ofrecer al público en venta las bebidas alcohólicas, puesto que la Ley 124 de 1994 no lo impide. Por ello, es errado afirmar que esa normativa tiene aplicación cuando se promocionan las mercancías y servicios que pueden conseguirse en un establecimiento de comercio abierto al público. De hecho, el artículo 272 de la Ley 9ª de 1979 establece que en los rótulos o cualquier medio de publicidad no es indispensable aludir a las propiedades medicinales, preventivas, especiales o curativas de un producto.
- 4º. Finalmente, propone las excepciones que denomina “de inepta demanda por indebida acción o inexistencia de acción” e “inexistencia de derechos colectivos violados”. La primera, porque en el evento en que la demandante pretenda la aplicación de la norma que considera vulnerada podría solicitar una sanción policiva, pero no sería procedente la acción popular. La segunda, porque la demandada no ha violado ningún derecho colectivo con la publicidad dirigida al mercadeo de licores.

2.3. Por intermedio de apoderada, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –INVIMA- contestó la demanda y se allanó a las pretensiones de la misma. Sin embargo, manifestó que la violación de los derechos colectivos que se reclama no es causa de su acción u omisión, por los motivos que se pueden resumir así:

- 1º. La entidad siempre ha propendido por adelantar diligentemente el control de calidad y vigilancia sanitaria de las bebidas alcohólicas. No obstante, esas funciones no se adelantan en forma exclusiva por el INVIMA sino que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 12, literal g), de la Ley 10 de 1990, se comparten con las Secretarías Territoriales de Salud.
- 2º. Los artículos 43 y 44 de la Ley 715 de 2001 disponen que para garantizar el logro de las metas del sector salud y para ejercer las funciones de vigilancia y control sobre el expendio, comercialización y distribución de medicamentos, concurren los departamentos, municipios y el INVIMA. Luego, “la salud en el municipio de Cali se encuentra descentralizada... y por lo tanto debe asumir las funciones que le competen en virtud de tal descentralización, es el caso de la vigilancia sanitaria y el control de calidad de los productos que cita el artículo 245 de la ley 100 de 1993”.
- 3º. En el expediente no existe prueba tendiente a demostrar la violación de los derechos colectivos a la seguridad pública y de los consumidores y usuarios. No obstante, de manera inmediata se procederá a requerir a la División de Regulación y Vigilancia de Alimentos y Bebidas Alcohólicas del INVIMA para que efectúe la verificación de los hechos que describe la demanda y, de ser ciertos, se tomarán las medidas a que haya lugar.

2.4. Por intermedio de su representante legal, la empresa Carulla Vivero S.A., contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma. En resumen, precisó los siguientes aspectos:

- 1º. La demanda no debió ser admitida, en tanto que sus pretensiones están dirigidas a obtener el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 124 de 1994, por lo que la acción procedente no es la popular sino la de cumplimiento. De hecho, la finalidad de la acción popular es proteger los derechos colectivos y, la acción de

cumplimiento, busca exigir la realización o el cumplimiento de un deber consagrado en la ley o en los actos administrativos.

2°. La demandante no demostró la violación o amenaza de los derechos colectivos cuya protección reclama, por lo que no debe prosperar la acción popular. Incluso, ella anunció que adjuntaba publicidad que apoya sus pretensiones, pero en realidad no lo hizo. Por ello, esa omisión “hace que sea casi imposible contestar la presente acción y hace nugatorio el derecho de defensa”. Resalta que la carga de la prueba de la afectación de los derechos colectivos corresponde a la demandante.

3°. La sociedad demandada actúa “de buena fe” y no sólo no ha violado derechos colectivos sino que cumple con “la normatividad que nos regula”. De hecho, “si por cualquier motivo no se da cumplimiento a la norma en alguna publicidad, no puede establecerse que dicha inobservancia viola por sí mismo un derecho colectivo”

3. VINCULACIÓN OFICIOSA

Mediante auto del 5 de agosto de 2002, la Magistrada Ponente en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca decidió ordenar la notificación personal de la demanda al Alcalde del Municipio de Santiago de Cali, por intermedio de la Secretaría de Salud Municipal. En efecto, mediante apoderado, el Alcalde intervino en el proceso para contestar la demanda y oponerse a las pretensiones de la misma.

En especial, objetó la solicitud de amparo de pobreza de la demandante y el reconocimiento del incentivo a que hace referencia el artículo 39 de la Ley 472 de 1994, en tanto que consideró que la acción popular no puede prosperar.

4. PACTO DE CUMPLIMIENTO

El 26 de septiembre de 2002 se llevó cabo la Audiencia de Pacto de Cumplimiento ordenada por el artículo 27 de la Ley 472 de 1998. Sin embargo, en razón a que las partes no llegaron a ningún acuerdo en relación con la existencia de violación o amenaza de los derechos colectivos que invoca la demandante, la audiencia se declaró fallida.

5. LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia del 22 de noviembre de 2002, resolvió denegar las pretensiones de la demanda. Los argumentos que sustentan el fallo apelado se resumen a continuación:

- 1º. No prosperan las excepciones propuestas por la empresa Supertiendas y Droguerías Olimpica S.A., por dos razones. De un lado, porque la demanda reúne los requisitos formales que señala el artículo 18 del Código de Procedimiento Civil y, de otro, porque el análisis de si se han violado o no derechos colectivos corresponde a un asunto de fondo que debe resolverse en la sentencia.
- 2º. Tampoco prospera el argumento formulado por la sociedad Carulla Vivero S.A, según el cual debió inadmitirse la demanda porque ésta no trata de una acción popular sino de una acción de cumplimiento, en tanto que a pesar de que, efectivamente, la demandante se refiere al incumplimiento de los artículos 1º y 3º de la Ley 124 de 1994, lo que realmente pretende es el amparo de los derechos colectivos de los menores supuestamente violados por las demandadas. Luego, el procedimiento a seguir debe ser el consagrado en la Ley 472 de 1998.
- 3º. El análisis sistemático de los artículos 1º, 2º, 12 y 4º de la Ley 472 de 1998 y de la sentencia C-215 de 1999 de la Corte Constitucional permite concluir que la acción popular procede para proteger derechos colectivos por la acción u omisión de autoridades públicas y de particulares. Sin embargo, en esas normas “no se colige que toda omisión por parte de la administración da lugar al ejercicio de la acción popular, sino que, lo que se desprende de los artículos transcritos, es que para que ella sea procedente es menester que la acción tienda a proteger o amparar un derecho colectivo y un interés común, frente a agresiones que pongan en peligro a la comunidad por ejemplo, en su derecho a la vida, a la prestación del servicio público a la salud, a la seguridad social, a las medidas sanitarias, al saneamiento ambiental, en general, lo que tenga que ver y guarde relación con este derecho”
- 4º. La conducta asumida por los almacenes de cadena no viola los derechos colectivos que se invocan, pues de ser cierto se “tipificaría una infracción

sancionable por las autoridades competentes, sin que pueda dar lugar a la prosperidad de la acción popular y menos aún a considerar este hecho como vulneratorio y atentatorio de los derechos e intereses de los menores”.

5º. La demandante no demostró que se estuviesen violando o amenazando derechos e intereses colectivos y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, ella tiene la carga probatoria. Incluso, de las pruebas aportadas al expediente, tales como, fotografías, volantes, separatas y avisos de prensa, de los testimonios y de la diligencia de inspección judicial se logra establecer que las demandadas cumplen lo dispuesto en la Ley 124 de 1994.

6. LA IMPUGNACION

La anterior decisión fue impugnada por la demandante, en consideración con los argumentos que se resumen a continuación

1º. Las consideraciones del Tribunal están alejadas de la realidad probatoria que obra en el expediente. En efecto, en el proceso consta con claridad que en la publicidad escrita que repartieron las empresas demandadas no figuran las advertencias exigidas en la Ley 124 de 1994, lo cual da lugar a la violación de los derechos colectivos que se invocan en la demanda.

2º. Las empresas demandadas confundieron a los Magistrados del Tribunal porque aportaron al expediente gran cantidad de pruebas y testimonios. Sin embargo, aquellas no desvirtuaron las pruebas allegadas por la demandante. De todas maneras, es un hecho incontrovertible que la publicidad adjuntada por la demandante al proceso no dio cumplimiento a lo previsto por la ley, por lo que la sentencia desconoce las justificaciones técnico científicas y de orden legal que tuvo el legislador al expedir la Ley 124 de 1994, las cuales no son otras que proteger la salubridad y la seguridad de la niñez.

II. CONSIDERACIONES

Esta Corporación es competente para conocer de la apelación de la sentencia, comoquiera que el artículo 37 de la Ley 472 de 1998 señala que procede el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida en ejercicio de una

acción popular, en la forma y oportunidad señalada en el Código de Procedimiento Civil.

A pesar de que la acción popular se dirige contra particulares y, en ese caso por regla general la jurisdicción competente es la ordinaria (artículo 15 de la Ley 472 de 1998), esta Sala es competente para resolver el asunto *sub iúdice*, puesto que la acción también fue formulada contra una autoridad pública. En efecto, tal y como lo ha advertido esta Corporación en reiteradas oportunidades¹, cuando la acción popular se instaura contra actos, acciones u omisiones de las autoridades públicas y, al mismo tiempo, de particulares, la jurisdicción contencioso administrativa es competente para resolver las pretensiones que se tramita en un mismo proceso, por cuando opera el denominado fuero de atracción.

Excepciones formuladas por las algunas de las empresas demandadas

De un lado, la sociedad Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A, formuló la excepción de “inexistencia de derechos colectivos violados”, pues considera que la empresa no ha violado ningún derecho colectivo con la publicidad dirigida al mercadeo de licores. Al respecto, la Sala coincide con el Tribunal al desestimar la excepción, pues ese es precisamente el asunto de fondo que le corresponde decidir en esta sentencia.

De otra parte, esa misma sociedad formuló la excepción de “inexistencia de acción”, en tanto que para exigir el cumplimiento de la Ley 124 de 1994 la demandante podría solicitar una sanción policiva que desplazaría la acción popular. No obstante, ese argumento tampoco prospera, en tanto que, tal y como fue consagrada la acción popular en la Ley 472 de 1998, este mecanismo constitucional no tiene un carácter residual y, por tanto, procede para proteger derechos e intereses colectivos aún si existen otros instrumentos procesales administrativos o judiciales idóneos para ello.

Finalmente, la empresa Carulla Vivero S.A. manifestó que la demanda objeto de análisis no debió admitirse, comoquiera que sus pretensiones están dirigidas a obtener el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 124 de 1994, por lo que la acción procedente no es la popular sino la de cumplimiento.

¹ Sentencias del 25 de mayo de 2000, expediente AP-039, del 26 de julio de 2001, expediente AP-2071 y del 11 de febrero de 2001, expediente AP-215, entre otras.

Pues bien, en relación con la procedencia de la acción popular cuando se pretende el cumplimiento de una norma con fuerza de ley para proteger derechos e intereses colectivos, en reciente pronunciamiento esta Sala dijo lo siguiente:

“En aquellos casos en donde el incumplimiento de normas que contienen un deber jurídico origina la violación de derechos colectivos, la protección de estos puede efectuarse mediante el ejercicio de la acción popular, por dos razones: De un lado, porque el análisis que efectúa el juez en la acción popular no se limita a evaluar el cumplimiento de la norma -que es la causa-, sino que además debe estudiar la afectación misma de los derechos colectivos –que es la consecuencia-. Luego, el ámbito judicial en la acción popular es más amplio que en la acción de cumplimiento, pues en ésta solamente tiene competencia para evaluar el posible incumplimiento de la disposición jurídica. De tal suerte que en la labor de protección de derechos e intereses colectivos puede incluirse la orden de cumplimiento de normas generales y abstractas.

De otro lado, porque el último inciso del artículo 8º de la Ley 393 de 1997 dispone que “también procederá [la acción de cumplimiento] para el cumplimiento de normas con fuerza de ley y actos administrativos, lo cual no excluirá el ejercicio de la acción popular para la reparación del derecho”. Ello muestra que la acción popular procede cuando la afectación del derecho colectivo se origina en el incumplimiento de normas con fuerza de ley o de actos administrativos y se pretenda la reparación del daño. De consiguiente, es claro que si se encuentran derechos colectivos afectados y se pretende su protección, la causa de esa afectación es irrelevante en relación con la procedencia de la acción popular.

Así las cosas, la Sala concluye que la acción popular procede para la protección de derechos e intereses colectivos, aún si la causa de su afectación es el incumplimiento de normas con fuerza de ley y, al mismo tiempo, si se pretende su cumplimiento”²

En conclusión, el solo hecho de que la demandante pretenda el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 124 de 1994 no hace improcedente la acción popular, pues si como consecuencia de esa inobservancia legal se violan o amenazan derechos colectivos el juez constitucional debe dar curso a esa acción constitucional. Luego, tampoco prospera el argumento de la empresa demandada y, en consecuencia, la Sala debe proceder al análisis de fondo del asunto planteado en la demanda.

Publicidad comercial y prohibición de expendio de bebidas embriagantes a menores de edad

En el asunto *sub iúdice* la señora Claudia Lucía Olano García ejerció la acción popular con el objeto de que se protejan los derechos colectivos de los

consumidores y usuarios y a la seguridad y salubridad públicas, pues afirma que las sociedades demandadas distribuyeron publicidad en los distintos medios de comunicación, separatas y volantes, sobre bebidas alcohólicas sin que se hubiese hecho expresa referencia a la advertencia señalada en la Ley 124 de 1994, según la cual se prohíbe el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad.

Pues bien, el artículo 88 de la Constitución consagró la acción popular como un mecanismo de protección de los derechos e intereses colectivos. A su turno, el artículo 2º de la Ley 472 de 1998 definió las acciones populares como aquellos “medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos”, que “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”.

En este contexto, los derechos colectivos se relacionan con la defensa de intereses comunitarios y difusos que se oponen a las autoridades públicas y a los particulares, a través de la exigencia de deberes de dar, hacer o no hacer. En efecto, esta Corporación ha definido el concepto de intereses colectivos como “intereses de representación difusa, en la medida en que suponen la reivindicación de derechos cuyo titular es un grupo de personas que, en principio, puede ser indeterminado o indeterminable”³.

Ahora, sin que sea una enumeración taxativa, el artículo 4º de la Ley 472 de 1998 señaló como derechos colectivos, entre otros, los relacionados con la seguridad y salubridad pública (literal g) y los derechos de los consumidores y usuarios (literal n). En relación con este último, el artículo 78 de la Constitución dispuso lo siguiente:

“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...”

En desarrollo de esa norma superior, el Legislador reguló la prohibición de expendio de bebidas embriagantes a menores de edad, pues en el artículo 1º de la Ley 124 de 1994 dispuso lo siguiente:

² Sentencia del 6 de marzo de 2003, expediente AP-0869

“Prohíbese el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad.

La persona mayor que facilite las bebidas embriagantes o su adquisición, será sancionada de conformidad con las normas establecidas para los expendedores en los Códigos Nacional o Departamental de Policía”.

Así mismo, el artículo 3º de esa normativa señaló: “Toda publicidad, identificación o promoción sobre bebidas embriagantes debe hacer referencia expresa a la prohibición establecida en la presente ley”. Y, sobre el concepto de publicidad o promoción de bienes y servicios, el literal d) del artículo 1o. del Decreto 3466 de 1982, dispuso que se entiende por *propaganda comercial* "Todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y, en general, todo sistema de publicidad."

Pues bien, para demostrar la publicidad comercial que reprocha la demanda se encuentran en el expediente, entre otras, las siguientes pruebas:

- Cuadernillo plegable impreso por la cadena Olímpica que ofrece licores. En ese documento figuran las fotografías y una breve descripción de las bebidas alcohólicas. Aparece la leyenda “prohibida la venta de bebidas alcohólicas a menores de edad” (folio 199 del cuaderno número 2).

- Cuadernillo plegable impreso sobre “superofertas” que ofrece la cadena Olímpica. En ese documento figuran las fotografías y una breve descripción de artículos de la canasta familiar con los precios que se ofrecen al público. De igual manera, figuran los precios de algunas bebidas alcohólicas y no se hace ninguna referencia a la prohibición a que hace referencia el artículo 3º de la Ley 124 de 1994 (folios 5 a 22 del cuaderno número 2).

- Recortes originales de la propaganda que ofreció el establecimiento de comercio Carrefour sobre los precios en el “festival del whisky”. Para su promoción se imprimen fotografías de los artículos ofrecidos al público. En esos documentos se observa la siguiente leyenda “prohibida la venta de bebidas embriagantes a menores de edad o mujeres embarazadas” (folios 63 a 66 del cuaderno número 2).

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de junio de 2000. Expediente AP-001.

- Afiches por medio de los cuales la cadena Carrefour ofreció los precios, con sus respectivas fotografías impresas, de botellas de bebidas alcohólicas. En ellos se observa la leyenda de prohibida la venta de bebidas embriagantes a menores de edad o mujeres embarazadas” (folios 67 del cuaderno número 2, 3 del anexo número 2, 3 del anexo 3).

- Aviso comercial publicado en el Diario El País el 31 de mayo de 2002, con el cual la cadena Carrefour ofrece bebidas alcohólicas en promoción. Figura un aviso referente a “prohibida la venta de bebidas embriagantes a menores de edad o mujeres embarazadas” (folio 2 del anexo 3).

- Fotocopias simples sobre la publicidad de botellas de bebidas alcohólicas que ofreció el establecimiento de comercio Carulla. No obstante, no todas aquellas son claras, pero en una fotocopia se observa la leyenda “prohibida la venta de licores a menores de edad” (folios 164 a 166 del cuaderno número 2 y 24 a 26 del anexo número 1).

- El 31 de octubre de 2002, la Magistrada Ponente en el Tribunal practicó una diligencia de inspección judicial en el Supermercado Supertiendas Olímpica S.A, sucursal Pasoancho de la ciudad de Cali. Allí se constató que a un lado de la entrada principal del supermercado aparecen dos avisos en los que se lee “prohibido el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad”. De igual manera, se observó que en la sección de neveras se encuentra un aviso en el que se informa que está “prohibido el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad” (folios 12 y 13 del anexo número 4).

Lo anterior muestra con claridad que, contrario a lo afirmado por la demandante, la publicidad comercial que adelantan las empresas Grandes Superficies de Colombia S.A y Carulla Vivero S.A. para promover ofertas en el precio de bebidas alcohólicas sí hacen expresa referencia a la prohibición establecida en el artículo 1º de la Ley 124 de 1994. Luego, respecto de ellas, no prospera la acción popular porque no se demostró el supuesto fáctico en que se apoyan las pretensiones y, por lo tanto, no se encuentra demostrada la violación de los derechos e intereses colectivos que invoca la demandante.

En relación con la publicidad sobre ofertas en los precios de bebidas alcohólicas que ofrece la empresa Supertiempos y Droguerías Olímpica S.A, se tiene que en un folleto sí hace referencia a la prohibición señalada en el artículo 1º de la Ley 124 de 1993, pero en el cuadernillo aportado por la demandante omitió la advertencia legal (folios 5 a 22 del cuaderno número 2). En efecto, en ese folleto aparecen fotografías de cervezas, botellas de ron, aguardiente, brandy, crema de whisky, vino y champaña seca, con los correspondientes precios normales y los que se ofrecen en oferta. De hecho, el apoderado de esa sociedad en el escrito de contestación de la demanda admitió el hecho al manifestar que “mi procurada ha divulgado publicidad referida a su propia imagen...En dicha publicidad se hace alusión en forma exclusiva a las diferentes ofertas que en materia de precios, los Almacenes ofrecen al público en general, de diversos artículos, no sólo de elementos de uso en el hogar. Se pretende pues con la publicidad referida, ofrecer precios favorables a los usuarios de los Almacenes de los artículos que allí se venden, incluidas entre ellos las bebidas alcohólicas, pero no se promueve el expendio y consumo de éstas en forma indiscriminada, y menos para los menores de edad” (folio 112 del cuaderno número 2). Incluso, la circunstancia de que en alguno de los folletos de promoción ese mismo establecimiento de comercio hubiese imprimido la advertencia legal muestra que aquella admite la existencia de la obligación consagrada en la Ley 124 de 1994. De consiguiente, está probado que al menos en una oportunidad esa sociedad incumplió el deber legal.

Ahora, el hecho de que se promuevan artículos de la canasta familiar y de otra naturaleza y, al mismo tiempo, se impulsen los precios de bebidas alcohólicas no exime del cumplimiento de la ley, pues el artículo 3º de la normativa objeto de estudio es clara en señalar que “Toda publicidad, identificación o promoción sobre bebidas embriagantes debe hacer referencia expresa a la prohibición establecida en la presente ley” (subrayas fuera del texto). Luego, todo anuncio que promueva o induzca a la adquisición de bebidas embriagantes, sin excepción, debe señalar la advertencia señalada en la ley. Y es evidente que la mencionada publicidad de la cadena Olímpica, así haga referencia no sólo a bebidas embriagantes, promueve o induce a la adquisición de estas, como que la adquisición por el público de los productos que se anuncian es el objeto de la publicidad.

Probado el hecho que se reprocha en la demanda, corresponde a la Sala averiguar si la inobservancia del deber legal de advertir la prohibición del expendio de bebidas alcohólicas a menores de edad tiene incidencia directa sobre los derechos

colectivos cuya protección se reclama y, por lo tanto, si el hecho probado viola derechos e intereses susceptibles de protección por medio de la acción popular.

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

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

En este orden de ideas, la Sala concluye que el desarrollo de la publicidad de bebidas alcohólicas sin la advertencia señalada en el artículo 1º de la Ley 124 de 1994 amenaza el derecho a la salubridad pública de los menores de edad, por lo que prosperan las pretensiones de la demanda formuladas en ejercicio de la acción popular contra el particular que omitió ese deber legal.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 creó el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos den la siguiente manera:

“Créase el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos Invima, como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de

Salud, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, cuyo objeto es la ejecución de las políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva”.

En desarrollo de esa norma, el artículo 4º del Decreto Ley 1290 de 1994 dispuso:

“En cumplimiento de sus objetivos el INVIMA realizará las siguientes funciones:

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

(...)

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

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

(...)

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

Por su parte, el artículo 44 de la Ley 715 de 2001 dispone lo siguiente:

“Competencias de los municipios. Corresponde a los municipios dirigir y coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito de su jurisdicción, para lo cual cumplirán las siguientes funciones, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones:

4.1. De dirección del sector en el ámbito municipal:

(...)

44.3.5. Ejercer vigilancia y control sanitario en su jurisdicción, sobre los factores de riesgo para la salud, en los establecimientos y espacios que puedan generar riesgos para la población, tales como establecimientos educativos, hospitales, cárceles, cuarteles, albergues, guarderías, ancianatos, puertos, aeropuertos y terminales terrestres, transporte público, piscinas, estadios, coliseos, gimnasios, bares, tabernas, supermercados y similares, plazas de mercado, de abasto público y plantas de sacrificio de animales, entre otros”.

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

Sin embargo, la Sala considera que el grado de responsabilidad que se reprocha en las autoridades públicas y el particular no es igual, pues es evidente que la amenaza del derecho colectivo cuya protección se pretende se origina directamente en la actuación del particular e indirectamente en la omisión de las autoridades públicas. Por esta razón, el pago del incentivo a que hace referencia el artículo 39 de la Ley 472 de 1998 corresponderá por partes iguales en un 20% a las autoridades públicas responsables y el 80% a la empresa Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. Luego, el monto de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes que se señalará, se pagará a la demandante en la proporción antes indicada.

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

III. LA DECISION

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

- 1º. **Revócase** la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2002, por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en cuanto denegó la acción popular contra la empresa Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A, el Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos y la Secretaría de Salud del Municipio de Santiago de Cali. En su lugar, accédase parcialmente a las pretensiones de la demanda en el siguiente sentido:
 - a) Prevenir a la empresa Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A, para que, en lo sucesivo, toda la publicidad que realice sobre la venta de bebidas alcohólicas tengan la advertencia a que hace referencia los artículos 1º y 3º de la Ley 124 de 1994.
 - b) Ordenar al Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos y a la Secretaría de Salud del Municipio de Santiago de Cali, que cumplan con su deber de vigilancia sobre la propaganda comercial que los establecimientos de comercio adelantan para promover la venta de bebidas embriagantes.
- 2º. Fijar el monto del incentivo a favor de la señora Claudia Lucía Olano García, en el equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, que deberá ser pagado por la empresa Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A, en el valor correspondiente al 80% y por el Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos y la Secretaría de Salud del Municipio de Santiago de Cali, por partes iguales, en el valor correspondiente al 20%.
- 3º. En lo demás, **confírmase** la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2002, por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.
- 4º. Ejecutoriada esta providencia y previas las constancias del caso, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

REINALDO CHAVARRO BURITICA
Presidente

MARIO ALARIO MENDEZ
Ausente con excusa

ALVARO GONZÁLEZ MURCIA

DARIO QUIÑONES PINILLA

MERCEDES TOVAR DE HERRAN
Secretaria General