

**ACCION POPULAR - Derecho a la seguridad y salubridad pública /
PROPAGANDA DE BEBIDAS EMBRIAGANTES - Competencia del Instituto
Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA**

Es claro que los entes territoriales y el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA, son responsables de ejercer control y vigilancia de la publicidad comercial sobre el consumo de bebidas alcohólicas. Al respecto, esta Sección he mencionado que en los eventos en que los particulares desatiendan la exigencia prevista en los artículos 1 y 3 de la Ley 124 de 1994 en materia de publicidad de bebidas embriagantes, las autoridades públicas competentes son responsables de vulnerar los derechos colectivos de salubridad pública de los menores, por vía de omisión, pues es evidente que están en la obligación de adelantar las medidas correctivas pertinentes (...) Es así, que aún cuando se ha reconocido que el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA-, no tiene la capacidad logística para que su personal vigile en forma permanente el cumplimiento de las normas sanitarias en todos y cada uno de los establecimientos de comercio, es claro que en el presente asunto, el instituto se enteró de los hechos objeto de este proceso, el 11 de noviembre de 2010, con la notificación del auto admisorio de la demanda, y después de ello, no demostró haber desplegado alguna actuación de tal forma que permitiera concluir que no incurrió en alguna omisión que puso en riesgo derechos colectivos.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la responsabilidad del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos por publicidad de bebidas, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 12 de febrero de 2009, Rad. 76001-23-31-000-2005-04884-01(AP), MP. Marco Antonio Velilla Moreno.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 78 / LEY 472 DE 1998 / LEY 129 DE 1994 - ARTICULO 1 / LEY 129 DE 1994 - ARTICULO 3 / LEY 30 DE 1986 - ARTICULO 16 / LEY 30 DE 1986 - ARTICULO 18 - DECRETO 3466 DE 1982 - ARTICULO 1 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 245

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente (E): MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 76001-23-31-000-010-01714-01(AP)

Actor: JHON FABER CASTAÑO

Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y OTROS

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 3 de junio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del

Valle del Cauca, por medio de la cual amparó el derecho colectivo a la seguridad y salubridad pública.

I.- ANTECEDENTES

Las pretensiones:

El demandante solicitó lo siguiente:

“1. Ordenar a las entidades demandadas, a que toda la publicidad de bebidas alcohólicas y embriagantes tenga la advertencia consagrada en el artículo 1° y 3° de la Ley 129 de 1994.

2. Ordenar al Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos Invima y al Municipio de Santiago de Cali - Secretaría de Salud Pública Municipal que cumplan con su deber de vigilancia sobre la propaganda comercial que el establecimiento de comercio demandado adelanta para promover la venta de bebidas embriagantes.

3. Se sirva fijar el incentivo, de acuerdo a los parámetros indicados en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998.”

Hechos

1.- El 29 de septiembre de 2010, el señor Jhon Faber Castaño interpuso demanda en ejercicio de la acción popular contra el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos “INVIMA”, el Municipio de Santiago de Cali, Secretaría de Salud, Supermercado “Su Papá”, en protección de los derechos colectivos de la seguridad y salubridad públicas, los derechos de los consumidores y usuarios, por manejar la publicidad del consumo de bebidas alcohólicas sin incluir la advertencia que prevé la Ley 124 de 1994, según el cual se prohíbe el consumo a menores de edad y mujeres embarazadas.

2.- La publicidad de las promociones válidas del 15, 16, 17 y 18 de septiembre de 2010 realizada por el Supermercado “Su Papá”, no incluye la prohibición legal relacionada con el consumo de bebidas alcohólicas, lo que genera que sus ventas aumenten.

3.- El Municipio de Santiago de Cali y el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos "INVIMA", han incurrido en una actitud omisiva y negligente al permitir que la publicidad circule por la entidad territorial sin control alguno.

II.- CONTESTACION DE LA DEMANDA

1.- El Municipio Santiago de Cali, por intermedio de apoderado, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

En aras de brindar una mejor calidad de vida se realizó una visita al establecimiento demandado. Sin embargo, como quiera que la publicidad mencionada en la demanda es de septiembre de 2010, para la administración es imposible actuar de forma inmediata. Sin embargo, la administración municipal a través de sus Secretarías ha ido realizando las gestiones respectivas de conformidad con sus funciones.

Propuso como excepción la inexistencia de nexo de causalidad entre los hechos de la demanda y la acción u omisión endilgados al Municipio de Santiago de Cali.

2.- La Nación, Ministerio de Protección Social, Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA-, dentro del término legal contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

Aún cuando la entidad sea la encargada de ejercer inspección, vigilancia y control sobre la publicidad de bebidas alcohólicas, es imposible que conozca cada una de las infracciones a la normatividad sanitaria que se cometan en todo el territorio nacional, por lo que en el presente asunto, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA-, solo pudo conocer los hechos objeto de esta acción popular como consecuencia de la notificación del auto admisorio de la demanda, no antes.

Solo es atribuible una omisión de la entidad en el evento en que se pruebe que la publicidad no cumple las advertencias legales o que conocidas las irregularidades, no se diera inicio a las actividades de inspección, vigilancia y control o las

sancionatorias del caso, lo cual no sucede en el caso de publicidad del Supermercado "Su Papá".

Propuso como excepción la caducidad de la acción, como quiera que el momento en que se presentó la demanda, no existía vulneración, amenaza o peligro de algún derecho colectivo como lo alega el actor.

A su vez, alegó la inexistencia de vulneración de los derechos colectivos por parte del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA-, habida cuenta que no ha existido ninguna omisión que ponga en peligro o amenace los derechos colectivos.

Propuso como excepción falta de legitimación por pasiva, en la medida que el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA- no debe fungir como demandado, sino como garante de conformidad con el inciso final del artículo 21 de la Ley 472 de 1998.

El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA- ha cumplido sus funciones de inspección, vigilancia y control sanitario en el escenario de las bebidas alcohólicas, sin que le sea posible conocer de primera mano conocer todas las infracciones sanitarias que se cometan en el país.

III.- EL PACTO DE CUMPLIMIENTO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, el magistrado ponente perteneciente al Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, convocó a las partes el 13 de diciembre de 2010, 21 de febrero y 7 de marzo de 2011, para la celebración de la audiencia de pacto de cumplimiento, la cual se declaró fallida porque no asistieron todas las partes del proceso.

IV.- LOS ALEGATOS DE CONCLUSION

1.- El Municipio Santiago de Cali, dentro del término legal para presentar alegatos de conclusión reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Aún cuando de forma irresponsable el establecimiento de comercio, con su obrar publicitario, no tuvo en cuenta las prohibiciones de consumo a menores de edad, mujeres embarazadas, la administración ha desarrollado las actividades necesarias de carácter administrativo.

Como quiera que es carga del actor demostrar la vulneración de los derechos colectivos y la acción u omisión de las entidades demandadas de tal forma que se generara algún daño, y en el presente caso, en el expediente no existe prueba en ese sentido, razón por la que deben negarse las pretensiones de la demanda.

A su juicio, deben negarse las pretensiones de la demanda por carencia de objeto.

2.- Dentro del término para alegar, las demás partes guardaron silencio.

V. MINISTERIO PUBLICO

Mediante concepto N° 042 la Procuraduría Judicial en Asuntos Administrativos ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca consideró que en el presente asunto se debe acceder a las pretensiones de la demanda y declarar vulnerados los derechos colectivos aludidos en la demanda.

De las pruebas allegadas al expediente no evidencian alguna actuación administrativa por parte de las entidades demandadas en relación con las medidas que debe adoptar el Supermercado “Su Papá” en el expendio de bebidas embriagantes.

VI.- LA PROVIDENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante sentencia del 3 de junio de 2011, resolvió:

“1. AMPARAR el derecho colectivo a la seguridad y salubridad públicas, vulnerado por el Supermercado “Su Papá”, el Instituto de

Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA- Y el Municipio de Santiago de Cali - Secretaría de Salud.

2. PREVENIR a la empresa Supermercado "Su Papá", para que, en lo sucesivo, toda la publicidad que realice sobre la venta de bebidas alcohólicas tenga la advertencia a que hacen referencia los artículos 1° y 3° de la Ley 124 de 1994.

3. ORDENAR al Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA- y al Municipio de Santiago de Cali - Secretaría de Salud, que cumplan con su deber de vigilancia sobre la propaganda comercial que los establecimientos de comercio adelantan para promover la venta de bebidas embriagantes."

En el expediente aparece un folleto de publicidad del Supermercado "Su Papá", en el que se promociona el "Quincenario de Ofertas y Descuentos" válido para los días 15, 16, 17 y 18 de septiembre de 2010, y se ofrecen vinos nacionales con un descuento del 15 por ciento, sin incluir la advertencia del artículo 3 de la Ley 124 de 1994, lo cual genera aumento del consumo por parte de los menores de edad.

Cuando los particulares desatienden la obligación señalada en los artículos 1 y 3 de la Ley 124 de 1994 y las autoridades públicas no adelantan las medidas correctivas pertinentes, es claro que incumplen, por vía de omisión y son también responsables por la amenaza del derecho colectivo a la salubridad de los menores.

Aún cuando el INVIMA manifestó que al conocer la vulneración de los derechos colectivos, mediante el oficio N° 802-4734-10 remitió al grupo de procesos sancionatorios de publicidad de la oficina asesora jurídica el caso, ello no lo exonera de responsabilidad, como quiera que tal actuación no cumple la finalidad de proteger los derechos colectivos afectados.

VII.- EL RECURSO

1.- Inconforme con la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, **el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA-** la impugnó dentro del término legal previsto para el efecto, manifestando que ha realizado las labores de inspección, vigilancia y control de acuerdo con su capacidad. Una vez advertido de la situación, como consecuencia de la

notificación del auto admisorio de la demanda, inició las investigaciones del caso a fin de determinar la responsabilidad del comercializador.

El INVIMA nunca aprobó la publicidad objeto de la presente acción popular, pues el particular nunca la presentó para su revisión y aprobación de acuerdo con el artículo 61 del Decreto 3192 de 1983.

La Subdirección de Alimentos y Bebidas Alcohólicas se encarga de efectuar el control previo y posterior, siguiendo los parámetros establecidos en la ley, el cual viene ejerciendo.

El actor debió acreditar en el proceso de publicidad objeto de discusión, que fue aprobada por el INVIMA, en aras de esclarecer que la entidad demandada vulneró los derechos colectivos, lo cual no hizo en el expediente.

Una trasgresión de las normas de publicidad por parte de los vigilados no supone *per se* que el instituto sea responsable por omisión, pues resulta materialmente imposible conocer sobre todas las actividades que desarrollan los particulares.

Los contratos de monitoreo allegados al expediente evidencian la posición activa del INVIMA en la constante búsqueda de herramientas que fortalezcan la gestión y margen de éxito.

Como consecuencia de la visita realizada el 15 de diciembre de 2010, el INVIMA verificó que la publicidad del 15, 16, 17 y 18 de septiembre de 2010, referente a bebidas alcohólicas no incluye la advertencia que prevén las Leyes 30 de 1986 y 124 de 1994, por lo que al momento de la presentación de los alegatos de conclusión se encuentra en el respectivo trámite de proceso sancionatorio.

Para el momento de la notificación del auto admisorio de la demanda, esto es, 11 de noviembre de 2010, la presunta infracción cometida por el Supermercado "Su Papá", ya había sido repartida, siendo imposible ejercer un control de la misma.

El a quo no indicó las razones por las que desechó los argumentos del INVIMA, a pesar de sustentarse que no existió por parte del INVIMA alguna conducta que afectara los derechos colectivos aludidos en la demanda, para lo cual citó jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado.

VIII.- LOS ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes no se pronunciaron en esta etapa procesal.

IX. INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO

Mediante concepto N° 11-229 del 1 de noviembre de 2011, el Procurador Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se confirmara la sentencia impugnada, como quiera que en el proceso se probó la vulneración de los derechos colectivos a los que aluda el demandante.

Al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA- corresponde realizar el control y vigilancia de la publicidad del expendio de las bebidas embriagantes, y por eso al no adoptar las medidas correctivas ante la violación de los artículos 1° y 3° de la Ley 124 de 1994 por parte de los particulares contribuyó a la vulneración de los derechos colectivos.

Los documentos aportados por el INVIMA hacen referencia a la publicidad anterior al 15 de septiembre de 2010, pero no acreditan el cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control en relación con la publicidad objeto de esta acción popular, y adicionalmente, el contrato de prestación de servicios de monitoreo de medios masivos de comunicación, no acreditan que inició el proceso sancionatorio, ni adoptó las medidas correspondientes en el caso en concreto.

X.- CONSIDERACIONES

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

De acuerdo con lo anterior, se tiene que los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes, a saber: a) una acción u omisión de la parte demandada, b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y, c) la relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses; dichos supuestos deben ser demostrados de manera idónea en el proceso respectivo.

2.- En el presente asunto, el demandante considera que el Municipio de Santiago de Cali, la Secretaría de Salud, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos "Invima", el Supermercado "Su Papá" vulneraron los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas, derechos de consumidores y usuarios, por emitir publicidad los días 15, 16, 17 y 18 de septiembre de 2010, promocionando bebidas alcohólicas sin incluir la advertencia exigida por la Ley 124 de 1994.

3.- El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a las pretensiones de la demanda, como quiera que las pruebas obrantes en el expediente demuestran que efectivamente la publicidad objeto de la presente acción popular no advierte la prohibición sobre la venta de bebidas alcohólicas a menores de edad que prevé la Ley 124 de 1994.

Adicionalmente, el a quo consideró que aún cuando el INVIMA manifestó que al conocer la vulneración de los derechos colectivos, mediante el oficio N° 802-4734-10 remitió al grupo de procesos sancionatorios de publicidad de la oficina asesora jurídica el caso, ello no lo exonera de responsabilidad, pues tal actuación no cumple la finalidad de proteger los derechos colectivos afectados.

4.- El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA-, único recurrente, manifestó su inconformidad con la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca al considerar que dicha entidad vulneró los derechos colectivos, pues aún cuando ejerce las funciones de inspección, vigilancia y control, es imposible responder por todos los particulares que no acatan las normas de publicidad, y más aún cuando en ningún momento autorizó al establecimiento de comercio de emitir los folletos promocionales. Al momento

de enterarse de la situación planteada en la demanda, como consecuencia de la notificación del auto admisorio, inició las actuaciones administrativas pertinentes.

5.- De tales circunstancias, es claro que en segunda instancia no se discute si los folletos promocionales del 15, 16, 17 y 18 de septiembre de 2010 incluyeron la advertencia o prohibición legal relacionada con el consumo de bebidas alcohólicas exigido por la Ley 124 de 1994, en aras de determinar la vulneración de los derechos colectivos aludidos en la demanda, pues el motivo de inconformidad del único apelante, esto es, del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA-, es la supuesta omisión que a juicio del a quo es reprochable, dado que alega que su actuar fue diligente.

En ese orden de ideas, la Sala determinará si el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA-, omitió el cumplimiento de sus funciones de control en la publicidad promocional de bebidas embriagantes del supermercado "Su Papá" para los días 15, 16, 17 y 18 de septiembre de 2010.

6.- En orden a resolver lo pertinente, se tiene que el artículo 78 de la Constitución Política, en relación con los derechos de los consumidores y usuarios, dispone:

"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 cumplimiento de la referida disposición constitucional, el Legislador mediante la Ley 124 de 1994 reguló la prohibición de expendio de bebidas embriagantes a menores de edad. Es así que en el artículo 1º se prevé:

"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"*.

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."*

De otro lado, debe señalarse que mediante la Ley 30 de 1986 se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones, y que en su artículo 16 se prevé que: *"En todo recipiente de bebida alcohólica nacional o extranjera deberá imprimirse, en el extremo inferior de la etiqueta y ocupando al menos una décima parte de ella, la leyenda **"El exceso de alcohol es perjudicial para la salud"**"*.

Con el fin de garantizar el cumplimiento de tal obligación, el legislador estableció que no se autorizará la venta de licores, cigarrillo y tabaco que no contengan tales leyendas. (Artículo 18 de la Ley 30 de 1986)

6.- El legislador en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 creó el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA-, como establecimiento público del orden nacional, encargado de ejecutar las políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva.

El Gobierno Nacional tendría que reglamentar los regímenes de registros y licencias, de vigilancia sanitaria y control de calidad de los productos de que trata el objeto del Invima, para lo cual establecería las funciones a cargo de la Nación y de las entidades territoriales, de conformidad con el régimen de competencias y recursos.

En cumplimiento de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno mediante la Ley 100 de 1993, se expidió el Decreto 1290 de 1994 *“Por el cual se precisan las funciones del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA- y se establece su organización básica”*:

“ARTICULO 4o. Funciones. 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.

2. Adelantar los estudios básicos requeridos, de acuerdo con su competencia, y proponer al Ministerio de Salud las bases técnicas que este requiera, para la formulación de políticas y normas, en materia de control de calidad y vigilancia sanitaria de los productos mencionados en el artículo 245 de la ley 100 de 1993 y en las demás normas pertinentes.

3. Proponer, desarrollar, divulgar y actualizar las normas científicas y técnicas que sean aplicables en los procedimientos de inspección, vigilancia, control, evaluación y sanción, y en la expedición de licencias y registros sanitarios.

4. Coordinar la elaboración de normas de calidad con otras entidades especializadas en esta materia, de acuerdo con la competencia que les otorgue la ley.

5. Expedir las licencias sanitarias de funcionamiento y los registros sanitarios, así como la renovación, ampliación, modificación y cancelación de los mismos, cuando le corresponda, de conformidad con la reglamentación que sobre el particular expida el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993; los registros y licencias así expedidos no podrán tener una vigencia superior a la señalada por el Gobierno Nacional en desarrollo de la facultad establecida en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993.

6. Delegar en algunos entes territoriales la expedición de las licencias sanitarias de funcionamiento y de los registros sanitarios, así como la renovación, ampliación modificación, cancelación y otras novedades referidas a los mismos, de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993.

7. Establecer las directrices operativas y los procedimientos de operación técnica a ejecutarse, en las materias relacionadas en este Decreto.

8. Capacitar, actualizar, asesorar y controlar a las entidades territoriales en la correcta aplicación de normas y procedimientos previstos en materia de vigilancia sanitaria y control de calidad, de los productos establecidos en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y en las demás normas pertinentes.

9. Promover, apoyar y acreditar instituciones para la realización de evaluaciones farmacéuticas y técnicas, así como laboratorios de control de calidad, asesorarlos y controlar su operación de acuerdo con las

normas vigentes, sin perjuicio de lo que en materia de control deban adelantar las entidades territoriales.

10. Efectuar las pruebas de laboratorio que considere de mayor complejidad a los productos estipulados en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y en las demás normas pertinentes; desarrollar, montar y divulgar nuevas técnicas de análisis y ejercer funciones como laboratorio nacional de referencia.

11. Organizar, dirigir y controlar la red nacional de laboratorios referida a los productos estipulados en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y en las demás normas pertinentes y promover su desarrollo y tecnificación.

12. Dirigir, coordinar y controlar el diseño, operación y actualización del sistema de información referido a las licencias y registros sanitarios en todo el país.

13. Resolver los conflictos que se presenten en desarrollo de las evaluaciones farmacéutica y técnica y en la expedición, ampliación, renovación, modificación y cancelación de licencias, registros sanitarios o de otras novedades asociadas, entre los solicitantes y las instituciones acreditadas y delegadas.

14. Impulsar y dirigir en todo el país las funciones públicas de control de calidad, vigilancia sanitaria y de vigilancia epidemiológica de resultados y efectos adversos de los productos de su competencia.

15. Identificar y evaluar las infracciones a las normas sanitarias y procedimientos establecidos y adelantar las investigaciones que sean del caso, aplicar las medidas de seguridad sanitaria de ley y las sanciones que sean de su competencia, de conformidad con la Ley 9 de 1979 y remitir a otras autoridades los demás casos que les correspondan.

16. Proponer medidas de carácter general para promover la aplicación de las buenas prácticas de manufactura en la elaboración de los productos establecidos en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y en las demás normas pertinentes, así como en su transporte, almacenamiento y en las demás actividades propias de su comercialización.

17. Participar y colaborar con la industria y el sector privado en general, en los aspectos de capacitación, actualización asesoría técnica e intercambio de experiencias e innovaciones tecnológicas.

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 1.979 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.

20. Identificar, proponer y colaborar con las entidades competentes, en la investigación básica, investigación aplicada y epidemiológica de las áreas de su competencia.

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.

22. <Numeral INEXEQUIBLE>

23. Otorgar visto bueno sanitario a la importación y exportación de los productos de su competencia, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas vigentes.

24. Propender, dentro de su competencia, por la armonización de las políticas referidas a la vigilancia sanitaria y control de calidad de los productos establecidos en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y en las demás normas pertinentes, con los países con los cuales Colombia tenga relaciones comerciales.

25. Cumplir y hacer cumplir las normas y reglamentos pertinentes que emanen de la Dirección del Sistema de Seguridad Social en Salud.

26. Ejercer las demás funciones que le asigne el Ministerio de Salud o el Gobierno Nacional.”

A su vez, en relación con la competencia de los municipios, el artículo 44 de la Ley 715 de 2001, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencia de conformidad con los artículos 152, 288, 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros” , establece:

“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:

...

44.3. De Salud Pública.

...

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 basto público y plantas de sacrificio de animales, entre otros.”

La Sección Primera en un caso en el que se plateaba la responsabilidad del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos por publicidad de bebidas embriagantes advirtió:

“Resulta evidente que en el presente caso el INVIMA desatendió el cumplimiento de sus deberes de control y vigilancia sobre la publicidad comercial del consumo de bebidas embriagantes, toda

vez que permitió o consintió una publicidad como la de Carulla S.A. y/o Carulla Vivero S.A. que no cumplía con lo dispuesto en los artículo 1° y 3° de la Ley 124 de 1994, sin adoptar los correctivos de rigor. Por tanto, también resulta responsable de la amenaza del derecho a la salubridad pública de los menores.

El argumento de que el actor debió, antes de ejercer la acción popular, denunciar ante el INVIMA los hechos expuestos en la demanda, no resulta atendible pues la Ley 472 de 1998 no previó de manera expresa tal circunstancia como requisito de procedibilidad.”¹

Es claro que los entes territoriales y el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA-, son responsables de ejercer control y vigilancia de la publicidad comercial sobre el consumo de bebidas alcohólicas.

Al respecto, esta Sección he mencionado que en los eventos en que los particulares desatiendan la exigencia prevista en los artículos 1° y 3° de la Ley 124 de 1994 en materia de publicidad de bebidas embriagantes, las autoridades públicas competentes son responsables de vulnerar los derechos colectivos de salubridad pública de los menores, por vía de omisión, pues es evidente que están en la obligación de adelantar las medidas correctivas pertinentes².

Si bien es cierto que el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA- tiene a cargo la función de inspección, vigilancia y control sanitario sobre los factores de riesgo para la salud, como es el caso de publicidad de bebidas embriagantes sin la advertencia sobre la prohibición de consumo por menores de edad y mujeres embarazados, ello no implica que el instituto tenga la capacidad logística para que su personal vigile en forma el cumplimiento de las normas sanitarias en todos y cada uno de los establecimientos de comercio, pues ello excede los límites de lo realizable.

En el presente asunto el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA-, alega que no omitió sus funciones de control, pues cuando los particulares incumplen las normas de publicidad no puede entenderse que el instituto vulnera los derechos colectivos.

¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, Rad. N°76001-23-31-000-2005-04884-01(AP), doce (12) de febrero de dos mil nueve (2009), Bogotá, D.C.

² CONSEJO DE ESTADO, M.P. María Claudia Rojas Lasso, Rad. N° 19001-23-31-000-2005-01737-01(AP), 3 de junio de 2010, Bogotá, D.C.

7.- De las piezas procesales obrantes en el expediente se observa:

Tal como consta a folio 32, el **11 de noviembre de 2010**, el representante legal del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA- fue notificado del auto de la demanda.

En oficio N° 802-4735-10 la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA- le remitió copia de la demanda a la Subdirectora de Alimentos y Bebidas Alcohólicas de la misma entidad, para que se realizaran las actuaciones de inspección, vigilancia y control, de conformidad con los documentos allegados, con el fin de adoptar las medidas pertinentes para garantizar la normatividad sanitaria "*...como quiera que en la demanda se observa la posible violación del artículo 3 de la Ley 124 de 1994...*" (fl. 55)

A folios 56 a 61 aparecen tres actas de visitas practicadas el 12 de marzo, 23 de junio, 16 de septiembre, 14 de diciembre de 2009, por funcionarios de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública en la Subdirección de Alimentos y Bebidas Alcohólicas con el fin de verificar las actividades realizadas por el instituto para evitar la publicidad, promoción o propaganda comercial sin las advertencias pertinentes en bebidas alcohólicas. Frente a lo cual le solicitaron que allegaran la documentación que soportara la gestión desplegada.

En cumplimiento de la información requerida por la Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, mediante oficio N° DG 100-0009-10 del 1° de diciembre de 2010 (fls. 65 a 73), el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA- informó sobre las actuaciones adelantadas por remisiones de la Subdirección de Alimentos y Bebidas Alcohólicas, por quejas y reclamos de usuarios y por hechos de conocimiento del mismo despacho dentro de acciones judiciales con corte al 30 de noviembre de 2009.

Revisado el informe no se encuentra que conste alguna actividad desplegada en relación con el Supermercado "Su Papá", demandado dentro del proceso de referencia, sino que el informe refleja las actuaciones de control realizadas frente a otros establecimientos de comercio ajenos a este proceso.

A su vez, mediante el oficio N° 400-0523-09 del 2009 18 de noviembre de 2009, la Subdirectora de Alimentos y Bebidas Alcohólicas del Invima, le informó a la Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, sobre el avance de las actuaciones realizadas, donde habían 19 procesos sancionatorios y el cronograma para el año 2009. Sin embargo, tampoco se evidencia actuación alguna dirigida contra el Supermercado "Su Papá". (fls. 74 a 76)

Adicionalmente, a folios 89 se observa el contrato de prestación de servicios N° 816 de 2009, entre el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos y Monitor Medios de Comunicación Ltda., sin que se evidencie el objeto del mismo, toda vez que el documento está incompleto.

De otra parte, el contrato de prestación de servicios N° 561 de 2010, celebrado por dicho establecimiento con la empresa Información de Medios para Colombia Ltda. -INFOMEDIOS COLOMBIA LTDA.-, con el objeto de que ésta prestara servicios de monitoreo de medios masivos de comunicación nacionales, regionales y locales para extractar, clasificar y remitir información que hace referencia a la publicidad de los productos objeto de inspección, vigilancia y control del INVIMA, visible a folios 92 a 99, refleja una gestión general, más no refleja algún tipo de actuación administrativa directa contra el Supermercado "Su Papá".

En memorando N° OPIE 900-717-10 del 29 de octubre de 2010 la Oficina Asesora de Planeación, Informática y Estadística del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA-, presentó informe de seguimiento del Plan Operativo Anual correspondiente al tercer trimestre del 2010. Sin embargo, tal documento evidencia una actuación realizada por tal entidad, pero no demuestra que desplegara actuación alguna contra el infractor de las normas de publicidad objeto de la presente acción popular. (fls. 101 a 110)

Por lo expuesto, para la Sala es claro que el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimento - INVIMA-, después de ser notificado del auto admisorio de la demanda, **11 de noviembre de 2010**, no ha desplegado actividad administrativa alguna que permitiera evidenciar una actuación diligente en relación con su función de inspección, vigilancia y control en materia de publicidad de bebidas embriagantes del Supermercado "Su Papá", pues si bien es cierto que con las pruebas que aportó al proceso soporta las gestiones realizadas de conformidad con sus funciones, no demuestra que hubiese iniciado alguna actuación administrativa contra el infractor de las exigencias legales en materia de publicidad de bebidas embriagantes.

Es así, que aún cuando se ha reconocido que el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimento - INVIMA-, no tiene la capacidad logística para que su personal vigile en forma permanente el cumplimiento de las normas sanitarias en todos y cada uno de los establecimientos de comercio, es claro que en el presente asunto, el instituto se enteró de los hechos objeto de este proceso, el 11 de noviembre de 2010, con la notificación del auto admisorio de la demanda, y después de ello, no demostró haber desplegado alguna actuación de tal forma que permitiera concluir que no incurrió en alguna omisión que puso en riesgo derechos colectivos.

Vale la pena resaltar que a pesar que la publicidad del supermercado "Su Papá", consistió en folletos promocionales para los días 15, 16, 17 y 18 de septiembre de 2010, es decir, por cierta temporalidad, ello no exonera a la parte demandada de cumplir con sus funciones administrativas de control y sanción.

Es así entonces, que la Sala encuentra suficientes razones para confirmar el fallo apelado, como quiera que el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimento - INVIMA-, no demostró ser diligente frente a la infracción cometida por el Supermercado "Su Papa", con la publicidad promocional de bebidas embriagantes sin las advertencias legales previstas por la Ley 124 de 1994.

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

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia del 3 de junio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

SEGUNDO: En firme esta decisión, devuélvase al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el 9 de febrero de 2012.

**MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ
ROJAS LASSO**

Presidente

MARIA CLAUDIA

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO (E)