

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO VEINTITRÉS CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá, D.C., octubre dos de dos mil veinte (2020)

Radicado 1100131030232020 00216 00

Se decide la reposición formulado por el apoderado de las accionadas contra la providencia que en agosto 6 de 2020, admitió a trámite la acción de grupo instaurada por CARLOS ANDRÉS CASTRO OLIVARES contra TECNOFAR TQ S.A.S. y TECNOQUIMICAS S.A.

I. Argumentos del recurrente

Aduce que:

“1. La Demanda no cumple con el presupuesto procesal de Demanda en forma, consagrado en el numeral 5° del artículo 82 del CGP y el artículo 52 de la ley 472 de 1998.”, porque el numeral 5° del artículo 82 del Código General del proceso y el numeral 7° del artículo 52 de la ley 472 de 1998, establecen, en su orden:

“Salvo disposición en contrario, la demanda con que se promueva todo proceso deberá reunir los siguientes requisitos:

“(…)

*5. Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, **debidamente determinados, clasificados y numerados**”*. (el subrayado y las negrillas del escrito).

“La demanda mediante la cual se ejerza una acción de grupo deberá reunir los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil o en el Código Contencioso Administrativo, según el caso, y además expresar en ella:

“(…)

7. Los hechos de la demanda y las pruebas que se pretendan hacer valer dentro del proceso.”

Y como los hechos del genitor están numerados del 1 al 11, pero no determinan ni circunscriben el factor temporal, deben adecuarse a dichas disposiciones para su comprensión y a efectos de garantizar la posibilidad de defensa de las accionadas, específicamente en torno las circunstancias de tiempo de ocurrencia de los supuestos fácticos, si es pretérita, presente, si ya cesó, si se trata de una conducta continuada o cuál es su génesis determinado temporalmente, en cualquier caso, por una fecha de ocurrencia, a fin de determinar el supuesto hecho dañino, del supuesto perjuicio y del nexo causal.

En efecto, con base en los hechos de la demanda no se puede establecer fehacientemente la fecha de ocurrencia de los hechos, ni si se trata de hechos continuados o no, y con ello se le cercena a sus representadas que pueda ejercer la excepción de caducidad, como también al despacho que hubiera podido rechazar la demanda en ejercicio de la potestad del inciso 2° del artículo 90 del CGP, según el cual: **“El juez rechazará la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia o cuando esté vencido el término de caducidad para instaurarla”**.

Punto sobre el cual vale preguntarse ¿Cómo hubiera podido el despacho haber rechazado la demanda por caducidad si no hay un hito a partir del cual contar los dos años?, pues conforme lo dispone el artículo 47 de la ley 472 de 1998, la demanda debe interponerse dentro de los dos años siguientes al acaecimiento de los hechos.

Con la redacción de la demanda, no es posible establecer la fecha en que se causó el supuesto daño que se le endilga a las accionadas, como tampoco la fecha en que cesó la acción vulnerante causante del mismo o si lo uno y lo otro no ha ocurrido, está ocurriendo o está por ocurrir, porque los hechos carecen de precisión, de determinación, lo mismo que se puede afirmar del supuesto daño; siendo una acción de grupo una acción constitucional indemnizatoria, le son aplicables los requisitos a partir de los que se configura la existencia de responsabilidad civil extracontractual, como son el daño, el nexo causal y el perjuicio, los cuales siempre deben estar determinados por circunstancias de modo, tiempo y lugar, lo que al romperse advierte no satisface en este caso.

La fuente formal del daño la encontramos en las disposiciones del código civil colombiano y para efectos de la presente acción en el artículo 88 de la Constitución Política; la determinación del daño indefectiblemente siempre debe estar determinado temporalmente, bien sea que se trate de un daño cierto, o futuro.

La indeterminación de los hechos da lugar, a que si el daño no ha ocurrido entonces la acción procedente no, sea la de Grupo, sino una acción Popular, aspecto sobre el que se dejó sentado en la sentencia C-1062 de 2000, MP Álvaro Tafur Galvis, que: *“En lo relativo a la determinación de la responsabilidad en la causación del daño, para el ejercicio de esta acción es requisito indispensable que existan condiciones uniformes en el número plural de personas. Esto significa que las personas que se han visto afectadas en un interés jurídico deben compartir la misma situación respecto de la causa que originó los perjuicios individuales y frente a los demás elementos atribuibles a la responsabilidad; es decir, **que el hecho generador del daño sea idéntico**, que ese hecho haya sido cometido por el mismo agente, o sea referido a un mismo responsable, y que exista una relación de causalidad entre el hecho generador del daño y el perjuicio por el cual el grupo puede dirigir la acción tendiente a la reparación de los perjuicios sufridos”.* (subraya y negrilla del escrito).

En el presente caso, el “hecho generador del daño” debe cumplir cabalmente con el requisito de estar circunscrito en su modo, tiempo y lugar, de otra forma es imposible determinar la existencia misma del hecho, y la identidad del hecho generador del supuesto daño. Por lo anterior el hecho generador del daño, el hecho dañino, debe estar determinado y debidamente identificado por las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su ocurrencia, y dicha determinación se debe establecer y debe quedar configurado en los hechos de la demanda, como requisito sine qua non para establecer el responsable y la existencia del perjuicio en virtud del nexo causal entre uno y otro.

De otro modo, además de no poderse establecer la caducidad de la acción, como ya se anotó, esa misma circunstancia haría imposible establecer si se trata de un mismo acto u omisión, o de varias acciones u omisiones, que son factores determinantes para la integración del grupo, tal y como lo dispone el artículo 55 de la ley 472 de 1998, *“Integración al grupo. Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones (...)”.*

La determinación de los hechos además de ser un presupuesto procesal, sirve para establecer la naturaleza misma de la acción constitucional que se incoa, esto es, si a la luz del artículo 2° de la ley 472 de 1998 nos encontramos frente a un daño contingente, para 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 estará ante una acción popular.

La diferencia en el ejercicio de una u otra acción no radica en el petitum, sino en el objeto de protección que se persigue, lo cual queda decantado en los hechos de la demanda, que son los que estando soportados en las pruebas dan lugar a las pretensiones, es decir, que una demanda de esta naturaleza se edifica a partir de los hechos no de la pretensión, como aquí ha ocurrido y esa función de determinarlos en su modo, tiempo y lugar recae exclusivamente en la parte actora, no en la interpretación que les dé el juez o las demandadas, quien tendrá que controvertirlos, rechazarlos o admitirlos, pero ello solo es posible si los mismos se encuentran indeterminados.

Así las cosas estamos ante una demanda que no cumple con uno de los presupuestos procesales, cual es la de demanda en forma, lo que por ende dificulta su interpretación, y en la que el actor escuda sus deficiencias fácticas y probatorias, en someter toda la carga probatoria a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 167 del CGP, esto es, a la carga dinámica de la prueba, desconociendo por una parte, el inciso primero de dicha norma, según el cual “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Aunado a lo anterior, el producto objeto de la demanda, su registro sanitario y la autorización de publicidad que reprocha e injustamente descalifica el actor, tienen por fundamento en materia registral y publicitaria actos administrativos del INVIMA que son públicos, como también lo son los actos expedidos por la superintendencia de Industria y Comercio y que confirieron los derechos marcarios que ostentan las demandadas sobre la marca registrada Bonfiest.

2. Falta de Competencia y Jurisdicción, pues de conformidad con el inciso segundo del artículo 90 del CGP, “El juez rechazará la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia (...).”

Refiere que hay un hecho relevante que no puede pasar desapercibido en el presente caso y que si bien el accionante no lo informa en la demanda, tiene una importancia trascendental para las resultas de la acción, como lo es el fundamentado jurídico de la publicidad de medicamentos en Colombia, y el hecho de que dicha publicidad sea aprobada mediante un acto administrativo, y, según el decreto 677 de 1995, por regla general a los medicamentos no se les puede hacer publicidad, con excepción de los de libre venta, ante lo cual debe diferenciarse la naturaleza de los medicamentos y el régimen que aplica a cada uno de ellos, dado que por una parte están los de venta bajo fórmula médica, que únicamente pueden anunciarse o promocionarse en publicaciones de carácter técnico o científico, dirigidas a profesionales de la salud, y Bonfiest Plus, no es de prescripción médica.

Por otra parte, están los medicamentos de venta libre a los que sí se les puede hacer publicidad: deben tener solicitud previa de autorización de publicidad y contar con la autorización mediante acto administrativo del INVIMA para poder anunciarse en los medios de comunicación, dentro de los que se incluye Bonfiest Plus, ergo, toda la publicidad que hacen las convocadas y que reprocha el demandante, fue previamente solicitada ante el INVIMA y se ha anunciado en los términos, con el alcance y en el medio de comunicación aprobado por el INVIMA mediante acto administrativo.

Toda la publicidad de medicamentos de venta libre debe cumplir con unos requisitos de orden técnico y farmacológico, como son: a) Orientar el uso adecuado del medicamento. b) Ser objetiva, veraz y sin exagerar sus propiedades, de manera que no induzca a error por afirmación o por omisión

a prescriptores, dispensadores ni a usuarios. c) Señalar las indicaciones o usos del medicamento, con un lenguaje claro que no genere confusión a los consumidores, todo ello en orden al registro sanitario del producto. Si el INVIMA aprobó y expidió los respectivos actos administrativos y la publicidad que se ha anunciado en los circuitos comerciales obedece, se explica y se encuentra justificada legalmente en que se cumplió a cabalidad con todas las normas y requisitos legales dispuestos en el decreto 677 de 1995 y demás normas aplicables.

La autorización de la publicidad que expide el INVIMA es un acto administrativo de carácter particular y concreto, sin que los actores se tomaran la molestia de aportar los registros sanitarios del producto Bonfiest Plus, como tampoco los actos administrativos que aprobaron sus piezas publicitarias, porque habiéndolo hecho quedaba sin efecto alguno su demanda, y no hubiera hecho incurrir al despacho en el yerro de admitir la demanda, como ocurrió, a pesar de carecer de competencia y jurisdicción.

Ahora bien, si lo que se pretende con la demanda es que se decrete y condene a las accionadas por la comercialización y publicidad del producto Bonfiest, en definitiva lo que de manera directa se pretende es que por parte del juzgado se anulen o se decrete la pérdida de ejecutoria de los actos administrativos expedidos por el INVIMA mediante los cuales se aprobó la publicidad del producto Bonfiest Plus, que como se ha dicho gozan de presunción de legalidad y no han sido demandados ante el contencioso administrativo.

No es posible ni válido que jurídicamente el despacho se pronuncie sobre todas las pretensiones de la demanda mientras gocen de legalidad y vigencia los actos administrativos expedidos por el INVIMA que facultan a las demandadas a anunciar la publicidad de Bonfiest Plus; ello es jurídicamente inviable, si se tiene en cuenta que todas las pretensiones de la demanda penden de unos actos administrativos sobre los que se edifica la publicidad de Bonfiest Plus:

“i. En la pretensión primera, se pide condenar a TECNOQUÍMICAS SA y TECNOFAR TQ SAS, por publicitar, ofrecer, distribuir y vender, a partir de una comprobada publicidad engañosa, aun cuando el producto Bonfiest Plus se publicita, gracias a una publicidad aprobada mediante actos administrativos ejecutoriados y expedidos por el INVIMA, sobre lo que cabe preguntarse, ¿puede una autoridad judicial ordinaria dejar sin efecto un acto administrativo expedido por el INVIMA, avocando competencia que es propia de la jurisdicción contenciosa administrativa? Solo si la respuesta es afirmativa, podrá el despacho continuar conociendo de este proceso y pronunciarse respecto de la solicitud de declaratoria y condena de la pretensión primera.

ii. En la pretensión segunda se pide que a consecuencia de la pretensión primera se individualice el perjuicio en cada uno de los consumidores que compraron el producto Bonfiest Plus por virtud de publicitarse conforme lo aprobó el INVIMA, y que el despacho regule y rebaje el precio del producto Bonfiest Plus, lo cual es competencia exclusiva de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos –CNPMDM, asignada y atribuida mediante las leyes 100 de 1993, artículo 245; ley 1438 de 2011, artículo 87; artículo 72 de la ley 1753 de 2015 y decretos 1071 de 2012 y 705 de 2016, y no de la jurisdicción civil.

El juzgado no es competente para pronunciarse respecto de la pretensión segunda de la demanda, porque ella es consecencial de la primera, que

como se ha manifestado no se puede declarar sin previamente anular el acto administrativo expedido por el INVIMA que es el que faculta a las demandadas para anunciar el producto Bonfiest Plus en medios de comunicación nacional.

iii. En la pretensión tercera se pide que las demandadas se disculpen ante los consumidores, por haber hecho publicidad con base en la aprobación del INVIMA mediante actos administrativos ejecutoriados; se adquiriera el compromiso público de no hacer publicidad, a pesar de tener aprobación del ente regulatorio para ello; se incorpore a la publicidad del producto Bonfiest Plus textos y palabras que no han sido aprobados por el INVIMA y a numeral iv) del tercer petitum, que se haga publicidad sin contar con la aprobación previa del INVIMA, mediante acto administrativo.

De esas distintas pretensiones que se recogen en la tercera pretensión no es competente este despacho porque nuevamente, ello supondría hacer una manifestación según la cual los actos administrativos expedidos por el INVIMA mediante los cuales se aprueba la publicidad de Bonfiest Plus son ilegales, y por tanto, se anulen.

iv. En el mismo sentido, las pretensiones cuarta a octava, se encaminan a que se acceda consecucionalmente a pretensiones que sólo serían procedentes si quedan sin efecto jurídico los actos administrativos expedidos por el INVIMA mediante los cuales se ha autorizado la publicidad para el territorio colombiano del producto Bonfiest Plus.

Ergo, la única forma en que se satisfagan las pretensiones 1ª a 8ª de la demanda es que previamente se hubieren anulado todos los actos administrativos expedidos por el INVIMA mediante los cuales se aprobó y autorizó cada una de las piezas publicitarias, o si el actor hubiera impetrado una Acción de Grupo, no como la presente y ante los juzgados civiles del circuito, sino bajo la modalidad de la acción de reparación de perjuicios causados a un grupo por la expedición de un acto administrativo, que se encuentra regulada en el CPACA – código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo; “o” si el despacho las anula, para lo cual no tiene competencia, ni jurisdicción.

Así las cosas, mediando en el presente caso actos administrativos ejecutoriados que autorizan la publicidad del producto Bonfiest Plus a favor de las demandadas, el medio procesal procedente no es a través de la acción establecida en el artículo 46 de la ley 472 de 1998, sino en el artículo 164, numeral 2, literal h) del CPACA, que regula el medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo, punto sobre el cual el Consejo de Estado Sección Tercera, Expediente No. 2013-00298-01 (AG) de 12 de agosto de 2014, C.P. Dr. Enrique Gil Botero, estableció las siguientes reglas de competencia:

“3. De modo que, respecto a los efectos de la ley en el tiempo contenidos en las leyes 57 y 153 de 1887, es posible arribar a las siguientes conclusiones: i) la ley 1437 de 2011, es una norma ordinaria general posterior que modificó una ley ordinaria especial previa en los temas enunciados; en otros términos, el CPACA subrogó o modificó tácitamente la pretensión, la caducidad y la competencia, aspectos que ahora estarán regulados en esta codificación, circunstancia por la que los restantes aspectos relacionados con este tipo de procesos permanecen desarrollados en la normativa especial, es decir, la ley 472 de 1998.

4. En esa línea de pensamiento, resulta evidente que la otrora llamada “acción de grupo”, quedó modificada en cuanto se refiere a la materia contencioso administrativa por la pretensión de grupo, la cual se deberá ejercer en los términos fijados en la ley 1437 de 2011, según la competencia y el plazo de caducidad allí contenidos. A contrario sensu, los demás temas continúan bajo el imperio de la ley especial

–472 de 1998– que regula las pretensiones populares y de grupo”. (subraya y resalta el escrito).

Así las cosas, en orden a imprimirle efecto útil a la norma del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo debe entenderse que éstas son aplicables y prevalecen respecto de las normas contenidas en la Ley 472 de 1998, y ello permite colegir que el término de caducidad y la competencia fueron modificados por la nueva disposición. Los demás aspectos se siguen regulando por aquella.»

El texto del artículo 164 numeral 2, literal h de la Ley 1437 de 2011, es el siguiente:

“OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, son pena de que opere la caducidad:

(...)

h) Cuando se pretenda la declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados a un grupo, la demanda deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño. **Sin embargo, si el daño causado al grupo proviene de un acto administrativo y se pretende la nulidad del mismo, la demanda con tal solicitud deberá presentar dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo.** (el subrayado no es del original)

En conclusión, por la naturaleza de las pretensiones de la demanda la acción procedente es la consagrada en el artículo 164, numeral 2, literal h) del CPACA, que regula el medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo por la expedición de los actos administrativos expedidos por el INVIMA mediante los cuales se aprobaron las publicidades del producto Bonfiest Plus.

De una acción de la que se derive la pérdida de ejecutoria, la nulidad de las mismas o la revocatoria directa de las mismas no es competente el juzgado y en virtud a la naturaleza de dicha acción también carece de jurisdicción por ser de conocimiento del contencioso administrativo.

La consecuencia de la falta de competencia y jurisdicción es el rechazo de la demanda.

3. Las pretensiones de la demanda no cumplen con el artículo 46 de la ley 472 de 1998, ya que, según el artículo 46 de la ley 472 de 1998 “La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios” y en la pretensión segunda se pide “una rebaja o disminución de precio que estime el despacho de este producto dentro del mercado” lo cual es competencia exclusiva de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos – CNPMDM, asignada y atribuida mediante las leyes 100 de 1993, artículo 245; ley 1438 de 2011, artículo 87; y artículo 72 de la ley 1753 de 2015 y en los Decretos 1071 de 2012 y 705 de 2016, y no de la jurisdicción civil.

Se solicita en la pretensión 3, numeral iv) que las demandadas modifiquen la publicidad desconociendo, como ya se dijo, que dicha autorización está sustentada en un acto administrativo expedido por el INVIMA, por lo cual una pretensión de esa naturaleza desconoce que la competencia en materia de medicamentos recae en el INVIMA de conformidad con el artículo 3° del Decreto 677 de 1995, según el cual: “De la competencia de las entidades territoriales. Corresponde al Ministerio de Salud establecer las políticas en materia sanitaria de los productos de que trata el presente decreto, al Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, la ejecución de las políticas de vigilancia sanitaria y control de calidad y a las entidades territoriales a través de las Direcciones Seccionales, Distritales o Municipales de Salud, ejercer la inspección vigilancia y control sanitario, conforme a lo dispuesto en el presente Decreto.”.

Por lo anterior la pretensión 3ª numeral iv) no es de competencia de los jueces civiles del circuito y por todo ello, pide se revoque el auto atacado.

II. de lo actuado

Al descorrer el traslado, la parte actora indicó que no es cierto que la demanda de grupo de la referencia adolezca del presupuesto formal a que se refiere el numeral 5 del artículo 82 del código General del Proceso, pues los hechos base de las pretensiones están debidamente determinados, clasificados y numerados, como lo prevé el numeral 7 del artículo 52 de la Ley 472 de 1998, pues de su simple lectura, se comprueba que aquéllos están debidamente individualizados, determinados y contenidos en un lenguaje claro, inequívoco, directo y de fácil comprensión por cualquier desprevenido lector, sin que se haya empleado para tal efecto expresiones ambiguas, ambivalentes, evasivas, oscuras o en otro idioma diferente al oficial, que le impidan a la parte demandada ejercer su derecho de contradicción y defensa bien sea aceptándolos o negándolos con su respectiva explicación, por lo que no deja de ser una simple oposición, antes que una verdadera enervación que tenga la entidad de evitar el trámite de la demanda.

En cuanto a los reparos temporales del recurrente, sobre, supuestamente, ausencia de parámetros para determinar los aspectos en lo que se basa el deber de reparar las demandadas, basta con decir, primero, que tal como se colige de las pruebas aportadas oportunamente, en concreto, la factura de compra, que el producto BONFIEST PLUS fue adquirido por el demandante el 02 de julio de 2020 como fecha cierta del daño material alegado a título de daño emergente y, segundo, los mensajes publicitarios engañosos o que inducen a error según la ley 1480 de 2011 en los que se edifica esta acción de grupo son los emitidos por ambas empresas de manera permanente e ininterrumpida en el tiempo en diferentes medios de comunicación masivos (televisivos, radiales, escritos y por internet) desde hace más de 10 años a la fecha, lo que se puede comprobar por el canal digital Youtube, por lo que se trata de un daño actual y continuado que puede ser justiciable en cualquier momento al no haber acaecido el hecho dañoso, y por ende, no haberse configurado el fenómeno de la caducidad de dos (02) años previstos en el artículo 47 de la ley 472 de 1998.

Los demás aspectos contenidos en este numeral consignados como verdaderas excepciones de fondo, antes que cualquier otra cosa, relativos a que debe dársele trámite de acción popular a la presente demanda grupo, no dejan de ser una insensata sugerencia del apoderado en términos argumentativos con el que espera evitar los efectos de esta sentencia, pues el motivo de esta acción no es otro que el de lograr una reparación integral por cuenta del daño consumado y común generado por las demandadas a millones de colombianos que han visto vulnerados sus derechos subjetivos de forma individual al adquirir el producto BONFIEST PLUS con infracción al derecho al consumo -publicidad engañosa- (entendido como la venta total o ingreso recibido por la empresa por la comercialización del producto), circunstancia vista como causa única predicable de todos los miembros de la clase homogéneamente y que, por guardar condiciones uniformes y ser irrisorias o no llamativas las pretensiones por separado en procesos de responsabilidad planteadas por cada afectado en contra de los accionados en términos de costo-beneficio por la misma razón, pueden ser ventiladas de manera grupal en una acción de clase o class action, atendiendo a los principios del artículo 5 de la ley 472 de 1998 que rigen esta acción, como el: 'de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia'.

Sobre la “Falta de Competencia y Jurisdicción, inciso segundo del artículo 90 del CGP”, dice que para evitar una confusión adicional a la que se discute, en el presente proceso no se está poniendo en duda en un solo hecho o razón de la demanda, el registro sanitario o marcario del producto BONFIEST PLUS, por lo que cualquier argumento en tal sentido es impertinente y no debe ser considerado por el despacho, al no existir un mal entendimiento de la causa petendi de este asunto, que en nada involucra una solicitud de anulación de actos administrativos proferidos por parte del INVIMA u otra autoridad pública, por lo que no es serio decir que la acción a incoar debió ser la de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos ya mencionados, o la de grupo ante la jurisdicción contenciosa administrativa, al no enjuiciarse nada diferente que la conducta de las empresas privadas hoy demandadas por publicidad engañosa, sin participación alguna del Estado.

Es complementemente equivocado creer e intentar convencer al despacho, de la peregrina teoría que todo registro sanitario conferido por el INVIMA que solo define condiciones sanitarias y de seguridad de un producto o marcario por la superIndustria y Comercio, para identificar a un producto dentro del mercado, comprende también las expresiones, formas de comercialización y publicidad del mismo, con las que se puede engañar y a confundir a los consumidores, e inclusive, puede llegar a exonerar o anular los perjuicios que este llegue ocasionar ante una información que no sea cierta, objetiva, suficiente y oportuna. De ser así, solo podrían ser objeto de sanción por publicidad engañosa, aquellas empresas informales sin ninguna clase de registro sanitario INVIMA y marcario de la SIC, cuando la realidad demuestra otra cosa.

Prueba de lo anterior, y sin que esto suponga una desviación de atención, es que tanto el INVIMA y la SIC han sancionado a múltiples empresas en decisiones ampliamente difundidas y conocidas por todos, por incurrir, de igual forma que las demandadas, en publicidad engañosa de productos como DOLOLED, HIT, CALDO DOÑA GALLINA, productos que contaban para ese entonces con su registro sanitario previo por parte del INVIMA y marcario anterior de la SIC; insiste, en que INVIMA ni el área de registros marcarios de la SIC, hacen control de legalidad anticipado sobre las piezas publicitarias de los productos ni efectos de sus empaques, ni tienen competencia al respecto, de ser así, estaríamos en presencia de un desconocimiento de la libertad de expresión y censura prohibido en el artículo 20 de la Constitución Política, y por tanto, falla el apoderado de la parte demandada cuando argumenta que tanto la SIC como el INVIMA, en ejercicio de sus atribuciones administrativas convalidaron la publicidad contenida en las piezas publicitarias del producto BONFIEST PLUS, sin tener un solo soporte de tal afirmación.

Afirma que se equivoca la parte accionada en la medida que los controles realizados en materia de registro y de información que obtuvo previamente el producto por parte de estas entidades públicas, no son más que procedimientos administrativos previos y necesarios, que en el específico caso de la SIC, versa sobre asuntos marcarios y de protección de derecho de autor o derechos industriales y conexos; de manera que, por ejemplo, el control realizado por esta entidad no confronta de ninguna manera al producto directamente con sus elementos publicitarios, sino que lo coteja desde una perspectiva del derecho de autor, marcas y patentes, protegiendo la existencia de un derecho industrial o comercial previamente registrado, claro, evitando una desviación de clientela y, de contera, protegiendo al consumidor de ser engañado por la similitud o copia de marcas o insignias

-no más-. Ejemplo: que la marca BONFIEST PLUS, no sea confundida con otra registrada, como BUENAFIESTA PLUS, pues generaría una vulneración a la propiedad industrial de la marca previamente registrada y a su vez un engaño al consumidor con el fin de desviar la clientela, control que alega el demandado, y que en nada tiene que ver con el objeto del presente proceso.

Alega que si las demandadas cuentan con las habilitaciones del INVIMA, tal procedimiento administrativo previo no es suficiente para determinar la existencia o no de una conducta engañosa inmersa en el rótulo y la publicidad del producto analizado, dado que es apenas obvio, BONFIEST PLUS cumple desde el punto de vista formal con los requerimientos técnicos señalados por esta entidad: por ejemplo, establecer en el rótulo los ingredientes del producto y su proporción, etc. Pero lo que no puede saber INVIMA en esa etapa primigenia, por un tema cronológico y esencialmente por no ser de su competencia, es cómo conjugará el productor o comercializador las bondades publicitarias de las propiedades del mismo en el mercado, de manera que el cumplimiento de la norma técnica debe verse en conjunto con el desarrollo de marketing del producto, control este posterior que no puede realizar el INVIMA.

Aceptar ese argumento, implicaría un absurdo mayúsculo que daría al traste con el espíritu de las normas de responsabilidad civil contractual y aquiliana, en especial, con los motivos y finalidades constitucionales de la acción de grupo, pues llevaría a pensar que si un producto cuyos permisos previos administrativos están en regla o vigentes, impediría esgrimir que no existe vulneración de los derechos de los consumidores y por lo tanto, todas las sanciones producidas por el mismo INVIMA y la SIC, los fallos judiciales individuales y de grupo que han condenado a las empresas por engaño al consumidor no tendrían ningún sustento, pues solo es necesario con probar que este contaba con el permiso, la habilitación, registro o cualquier otro prerrequisito administrativo para salir al mercado, para negar la inexistencia de engaño al consumidor originado en el mismo envase, rotulo y publicidad del producto. Absurdo desde donde se le quiera analizar.

Curiosamente, dice, y en el mismo sentido, que olvida el recurrente que la propia disposición normativa citada para defender la supuesta falta de competencia -decreto 677 de 1995- en su artículo 88, consagra el inexcusable deber de reparar por parte de una empresa que sea titular de un registro sanitario, así:

‘Artículo 88. De la información y publicidad de los productos de aseo, higiene, limpieza y otros productos de uso doméstico. Toda la información científica, promocional o publicitaria sobre estos productos, será realizada con arreglo a las condiciones del registro sanitario y a las normas técnicas y legales vigentes, para lo cual no se requerirá autorización del Invima. Los titulares de los registros serán responsables de cualquier transgresión en el contenido de los materiales de promoción y publicidad, y de las consecuencias que ello pueda acarrear en la salud individual o colectiva, de conformidad con las normas legales vigentes. Será función del Invima velar por el cumplimiento de lo aquí previsto, teniendo en cuenta los criterios técnicos que para el efecto se expidan’ (negrilla y subraya del escrito).

Naturalmente, los hechos puestos de presente en esta demanda pueden dar lugar igualmente a sanciones administrativas por el INVIMA y la SIC contra las llamadas a este juicio, según la ley 1480 de 2011, pero ese es un tema diferente al que se discute acá, porque aquél no tiene desde ningún punto de vista una función indemnizatoria al universo de afectados por esta causa masiva.

En torno a que ‘Las pretensiones de la demanda no cumplen con el artículo 46 de la ley 472 de 1998’, plantea que al pedir que “Como consecuencia de la anterior pretensión...”, se individualice la pretensión colectiva global

consistente en la sumatoria de todas las afectaciones individuales del grupo demandante del producto BONFIEST PLUS (entendido como la venta total o ingreso recibido por la empresa por la comercialización del producto), y que esta sea debidamente indexada en el momento del pago, para que luego sea consignada por la parte demandada al Fondo para la Defensa para los Derechos e Intereses Colectivos a cargo de la Defensoría del Pueblo y con base a los parámetros establecidos en la sentencia (tiempo de la compra del bien, calidad del reclamante, medio documental para la demostración del afectado, etc.), se proceda a la compensación económica de cada una de las víctimas de esta acción constitucional de grupo según lo establecido en el artículo 71 de la ley 472 de 1998”, pretensión frente a la cual también procede una rebaja o disminución de precio que estime el despacho de este producto dentro del mercado, acorde a la misma intensidad del daño ocasionado y durante el mismo tiempo que se ha desplegado la conducta dañosa que dio origen al daño colectivo por parte de la empresa accionada, en favor del grupo de perjudicados.”.

Debe partirse del hecho que la misma se solicita dentro de un proceso de responsabilidad civil para reparar a un grupo de afectados con el producto BONFIEST PLUS, bien sea obligando a pagar el valor de las sumatoria de las pretensiones individuales demostradas conocido doctrinalmente como daño agregado «aggregate damages», o a través de un sistema de rebajas sobre el bien objeto de la conducta contraria a derecho por ese mismo monto según estime el despacho, y no como una simple política de precios de mercado sin sentido sobre este producto como erradamente lo encara el recurrente, a partir de la curiosa teoría de la intromisión del despacho en temas ajenos a la administración de justicia.

Conclusión: la demanda de grupo de la referencia, cumple a satisfacción y con total facilidad en su examen, los requisitos de tipo formal, especiales exigidos en el artículo 52 de la ley 472 de 1998 y generales en el artículo 82 del código General del Proceso, motivo por el cual, debe confirmarse el auto recurrido por la parte demandada, máxime dándosele aplicación a los principios pro-domato (en caso de duda en la configuración de la caducidad, se preferirá la admisión de la demanda para garantizar el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia del demandante), pro-homine (interpretación más favorable a los derechos), pro-actione (los requisitos de la demanda establecidos por la ley, deben ser analizados de tal forma, que cuando se presente duda en relación con el cumplimiento de los mismos se resuelva a favor del accionante, y en ese orden de ideas se admita la demanda y se produzca un fallo de mérito) y pro-consumidor (condición más favorable al consumidor por su situación de inferioridad o debilidad dentro de la relación comercial y contractual).

III. Consideraciones

En primer lugar debe decirse que el recurso de reposición en acciones de grupo, no está consagrado en el ley 472 de 1998, pero la misma normativa dispone en su artículo 68 sobre, “**ASPECTOS NO REGULADOS.** *En lo que no contrarie lo dispuesto en las normas del presente título, se aplicarán a las Acciones de Grupo las normas del Código de Procedimiento Civil.*”.

A su turno el artículo 318 del Código General del proceso prevé, “*Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen.*”.

El recurso de reposición no procede contra los autos que resuelvan un recurso de apelación, una súplica o una queja.

El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.

El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos.

Los autos que dicten las salas de decisión no tienen reposición; podrá pedirse su aclaración o complementación, dentro del término de su ejecutoria.

PARÁGRAFO. Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente.”.

A efectos de resolver la controversia a la luz del imperio del derecho, recuérdese que la reposición se concibe para que el operador jurídico que hubiere proferido una decisión, la revise para reformarla o revocarla, siempre que la decisión adoptada se desvíe del marco legal aplicable al caso, pues de no ser así, habrá de mantenerse incólume. Tal es la inteligencia del artículo 318 *ibidem*, por ende, de cara a tal precepto, se abordará el caso actual para tomar la determinación que legalmente corresponda.

Y ende, de cara ese marco normativo, de entrada se advierte que el auto confutado se mantendrá incólume por las razones que a continuación se exponen:

Establece el artículo 52 de la ley 472 de 1998 que, “*La demanda mediante la cual se ejerza una acción de grupo deberá reunir los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil o en el Código Contencioso Administrativo, según el caso, y además expresar en ella:*

- 1. El nombre del apoderado o apoderados, anexando el poder legalmente conferido.*
- 2. La identificación de los poderdantes, identificando sus nombres, documentos de identidad y domicilio.*
- 3. El estimativo del valor de los perjuicios que se hubieren ocasionado por la eventual vulneración.*
- 4. Si no fuere posible proporcionar el nombre de todos los individuos de un mismo grupo, expresar los criterios para identificarlos y definir el grupo.*
- 5. La identificación del demandado.*
- 6. La justificación sobre la procedencia de la acción de grupo en los términos de los artículos 3º y 49 de la presente ley.*
- 7. Los hechos de la demanda y las pruebas que se pretendan hacer valer dentro del proceso.*

PARAGRAFO. *La demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva, el cual debe ser determinado. No obstante, cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia, de oficio ordenará su citación.”.*

Revisado el escrito de demanda, se constata que los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones se ajustan a las exigencias del numeral 7 del artículo 52 de la ley 472 de 1998, al consagrar requisito formal de la demanda colectiva indemnizatoria: ‘*Los hechos de la demanda y las pruebas que se pretendan hacer valer dentro del proceso*’, pues estos están debidamente individualizados, determinados y contenidos de manera clara y de fácil comprensión.

Frente al reparo temporal que aduce el quejoso, debe acotarse que aun cuando ello no es una exigencia para la admisión de la demanda, en el caso actual, el actor indica que adquirió el producto Bonfiest en julio del año que avanza y el daño se ha mantenido en el tiempo, ya que los perjuicios causados van desde que se ha comercializado y publicitado el producto desde hace más de diez años, que el engaño es actual, lo que para el

despacho será objeto de valoración en su momento procesal oportuno que no es éste, razón por la cual el cargo no prospera.

Frente a la falta de jurisdicción y competencia, solo baste con señalar que el artículo 51 de la ley 472 de 1998 establece, “*De las acciones de grupo conocerán en primera instancia los jueces administrativos y los jueces civiles de circuito. En segunda instancia la competencia corresponderá a la sección primera del Tribunal Contencioso Administrativo o a la Sala Civil del Tribunal del Distrito Judicial al que pertenezca el juez de primera instancia.*”

Será competente el juez del lugar de ocurrencia de los hechos o el del domicilio del demandado o demandante, a elección de éste. Cuando por los hechos sean varios los jueces competentes, conocerá a prevención el juez ante el cual se hubiere presentado la demanda.

PARAGRAFO. Hasta tanto entren en funcionamiento, los Juzgados Administrativos, de las acciones de grupo interpuestas ante la jurisdicción contencioso administrativa conocerán en primera instancia los Tribunales Contencioso Administrativos y en segunda instancia el Consejo de Estado.”. (Negrilla fuera de texto).

Luego, con base en la anterior preceptiva, el despacho si es competente para conoce de este asunto, pues ha de tener en cuenta el recurrente y dejar de una vez en claro, que aquí no se discute en momento alguno la legalidad o no de actos administrativos del registro sanitario para la comercialización del producto por parte del INVIMA y mucho menos su anulación, pues lo que aquí se discute es sobre la publicidad engañosa que aduce el actor, han incurrido las accionadas, lo cual no es esta la etapa procesal para su resolución.

Y en torno a la competencia del despacho para consecuentemente ordenar una rebaja del precio del producto Bonfiest, véase que sobre tal acápite se definirá en la sentencia, en caso de encontrar responsabilidad en las accionadas para imponer las multas y sanciones que la ley 1480 de 2011 prevé por publicidad engañosa, respecto de lo que también se proveerá al momento de valorar el causal probatorio oportunamente pedido y allegado al plenario para adoptar la decisión de fondo que resuelva el asunto.

Finalmente, respecto de que la demanda no cumple con el artículo 46 de la ley 472 de 1998, de entrada se advierte que dicho argumento tampoco es de recibo porque en voces de dicho artículo, “*Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. ~~Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad.~~*”

La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios.

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> El grupo estará integrado al menos por veinte (20) personas.”.

Y en la demanda se pide individualizar la pretensión colectiva global consistente en la sumatoria de todas las afectaciones individuales del grupo demandante del producto BONFIEST PLUS (entendido como la venta total o ingreso recibido por la empresa por la comercialización del producto), y que esta sea debidamente indexada en el momento del pago, aclarando que es el conjunto de personas en las que se incluye el accionante, que reúnen condiciones uniformes de la causa que origina lo perjuicios individuales a cada una de ellas por el consumo y publicidad que el actor achaca a sus demandadas.

Con todo, se observa que lo pretendido por las demandadas al recurrir el auto admisorio, es un tema de fondo que nada influye en el auto admisorio de esta acción, siendo claro que es con el material probatorio que se recaude y oportunamente se valore, dará lugar a la decisión de fondo que resuelva el asunto.

De cara a lo anteriormente expuesto, ha de partirse de la base que en la demanda claramente se discriminan las sumas deprecadas a título de lucro cesante, y los criterios para identificar y definir el grupo en cumplimiento del numeral 4° del artículo 52 de la ley 472 de 1998, y aquí no se discute la validez o no de ningún acto administrativo, por lo que debe concluirse que, como la demanda cumple con la exigencia de tal preceptiva y el artículo 82 del Código General del Proceso y este no es el momento procesal para establecer la prosperidad de las pretensiones, debió admitirse como ocurrió al emitir el auto que la admitió, ya que ese es un tema que se resolverá cuando se adopte la decisión que ponga fin al conflicto aquí planteado.

Baste lo brevemente discurrido para indicar que el auto atacado no adolece de vicio alguno que afecte el trámite normal de esta acción, siendo razón suficiente para mantener la decisión adoptada en providencia de agosto 6 de 2020, imponiéndose por tanto decidir desfavorablemente la solicitud de revocatoria elevada por el disconforme.

Decisión

En mérito de lo expuesto el juzgado Veintitrés civil del circuito de Bogotá D.C, RESUELVE:

MANTENER incólume la decisión adoptada en el proveído de agosto 6 de 2020.

Notifíquese y Cúmplase,

TIRSO PEÑA HERNANDEZ

Juez

Sgr

JUZGADO 023 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. El auto anterior se notificó por estado No. 103 de hoy 05 de octubre de 2020 a las 8 am El Secretario, IDI JHOAN SILVA FONTALVO
--