

DEROGATORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO - No impide que se efectúe juicio de legalidad / ACTO DEROGADO - Es susceptible de control judicial / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Mediante el Decreto 1880 de 2011, el Gobierno Nacional derogó parcialmente el artículo 14, numeral 2, del Decreto 616 de 2006 y el Decreto 2838 de 2006. Sobre el particular, es menester indicar que, tal y como la ha sostenido reiteradamente la Jurisprudencia de la Corporación, la derogatoria del acto acusado no impide la emisión de un pronunciamiento de fondo sobre su legalidad, habida cuenta de los efectos que el acto administrativo pudo generar durante su vigencia.

ADOPCIÓN DE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS – Objeto / ADOPCIÓN DE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS – Límites

[L]as exigencias del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias incluyen el deber de los países miembros de adoptar medidas necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, bajo la previsión de que las mismas no resulten incompatibles con las disposiciones de dicho instrumento, el cual está inspirado la «utilización de medidas sanitarias y fitosanitarias armonizadas entre los Miembros, sobre la base de normas, directrices y recomendaciones internacionales elaboradas por las organizaciones internacionales competentes», y asegurándose de que sólo se apliquen si están basadas en principios científicos.

REGLAMENTOS TÉCNICOS – Definición. Contenido / REGLAMENTOS TÉCNICOS – Criterios y condiciones materiales y formales para su expedición / MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS – Deben estar basadas en principios científicos / REGLAMENTO TÉCNICO SOBRE REQUISITOS PARA PROCESAR, ENVASAR, TRANSPORTAR, COMERCIALIZAR, EXPENDER, IMPORTAR O EXPORTAR LECHE PARA EL CONSUMO HUMANO – Debe ceñirse a las directrices señaladas en el Acuerdo de Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la Organización Mundial del Comercio / COMERCIALIZACIÓN DE LECHE CRUDA O LECHE CRUDA ENFRIADA PARA CONSUMO HUMANO DIRECTO – Prohibición / NULIDAD POR INFRINGIR LA NORMA EN QUE DEBÍA FUNDARSE – De la expresión “Después de dos (2) años de entrada en vigencia el presente decreto, no se podrá comercializar leche cruda o leche cruda enfriada para consumo humano directo” del artículo 14 del Decreto 616 de 2006, modificado por el artículo 1 del Decreto 2838 de 2006

[P]ara la adopción del reglamento técnico sobre los requisitos que debe cumplir la leche para el consumo humano, existían unos precisos lineamientos a los que el Gobierno Nacional debía sujetarse, tales como establecer los efectos económicos de la medida consistente en la prohibición de la comercialización de leche cruda o leche cruda enfriada para consumo humano directo y, en tal aspecto, ceñirse a las directrices señaladas en el Acuerdo de Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC (...) Sin embargo, de lo probado en el proceso, no puede la Sala determinar que se haya cumplido con las directrices de la normativa internacional, pues no se observa que la prohibición de la comercialización de leche cruda o leche cruda enfriada para consumo humano directo, contenida en el artículo 14 del Decreto 616 de 2006, modificado por el artículo 1º del Decreto 2838 de 2006, haya sido la solución derivada de un estudio científico o un proceso de evaluación de los alcances de la medida. En respaldo de lo anterior, se tiene que para la derogatoria del Decreto 2838 de 2006, que establecía la prohibición de la comercialización de la leche cruda que ahora se examina, el Ejecutivo tuvo en

cuenta estudios y encuestas que determinaron la necesidad de adoptar las condiciones sanitarias que garantizaran la higiene y calidad de la leche cruda, eliminando tal prohibición, en armonía con la obligación legal de adoptar reglamentos técnicos previos los análisis de su impacto y la evaluación de las medidas para reducir el efecto negativo de su aplicación, estudios que, precisamente se echaron de menos en la expedición de los actos acusados. Para la Sala, lo expuesto en precedencia brinda una razón suficiente para estimar que, en efecto, la expresión acusada «[...] Después de dos (2) años de entrada en vigencia el presente decreto, no se podrá comercializar leche cruda o leche cruda enfriada para consumo humano directo [...]» del artículo 14 del Decreto 616 de 2006, modificado por el artículo 1º del Decreto 2838 de 2006, desconoció la norma superior en que debía fundarse y de ahí que se advierta la configuración de la causal para su anulación, tal y como lo sostiene el demandante y el señor Agente del Ministerio Público.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 333 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 334 / ACUERDO SOBRE LA APLICACIÓN DE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS – ARTÍCULO 2 / ACUERDO SOBRE LA APLICACIÓN DE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS – ARTÍCULO 5 / LEY 170 DE 1994

NORMA DEMANDADA: DECRETO 616 DE 2006 (28 de febrero) GOBIERNO NACIONAL – ARTÍCULO 3 (No anulado) / DECRETO 616 DE 2006 (28 de febrero) GOBIERNO NACIONAL – ARTÍCULO 14 (Anulado parcialmente) / DECRETO 2838 DE 2006 (24 de agosto) GOBIERNO NACIONAL – ARTÍCULO 4 (Anulado parcialmente)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00205-00

Actor: ADY WILSON RIVERA DÍAZ

Demandado: GOBIERNO NACIONAL - MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS

Referencia: Acción de Nulidad

Referencia: Acción de nulidad contra Decreto del Gobierno Nacional que adopta el Reglamento Técnico para el consumo de leche. Se declara la nulidad de la prohibición de comercialización de leche cruda, por contrariar Ley aprobatoria de los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio, que exige evaluaciones y estudios científicos para implementar medidas sanitarias o fitosanitarias. Examen de legalidad de acto administrativo derogado. Reiteración de jurisprudencia.

El ciudadano **ADY WILSON RIVERA DÍAZ**, en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo -CCA-, presentó demanda ante esta Corporación tendiente a obtener la declaratoria de nulidad parcial de los artículos 3º y 14 del Decreto 616 de 28 de febrero de 2006, **«Por el cual se expide el Reglamento Técnico sobre los requisitos que debe cumplir la leche para el consumo humano que se obtenga, procese, envase, transporte, comercialice, expendi, importe o exporte en el país»** y 4º del Decreto 2838 de 24 de agosto de 2006, **«Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 616 de 2006 y se dictan otras disposiciones»**, expedidos por el Gobierno Nacional.

I.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

I.1. Como hechos relevantes de la demanda, señala los siguientes:

1º. El 15 de diciembre de 1994 se promulga la Ley 170, por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio -OMC-¹, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino.

2º. Entre los mencionados Acuerdos, se encuentran: Acuerdo sobre la Agricultura, Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.

3º. El Gobierno Nacional, a través del Decreto 616 de 2006, expide el Reglamento Técnico sobre los requisitos que debe cumplir la leche para el consumo humano

¹ Suscrito en Marruecos el 15 de abril de 1994.

que se obtenga, procese, envase, transporte, comercialice, expendas, importe o exporte en el país.

4º. Este Decreto fue modificado por el 2838 de 2006, en el sentido de establecer que *«Después de dos (2) años de entrada en vigencia el presente decreto, no se podrá comercializar leche cruda o leche cruda enfriada para consumo humano directo»*.

I.2. Fundamentó, en síntesis, los cargos de violación, así:

Los actos acusados violan el Preámbulo y los artículos 13, 25, 26, 65 y 333 de la Constitución Política; y la Ley 170 de 15 de diciembre de 1994, *«Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la “Organización Mundial de Comercio (OMC)”, suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino»*.

Argumenta el demandante que, los Decretos demandados se fundamentaron en la Ley 170, pero no tuvieron en cuenta los Acuerdos que mediante dicha norma fueron incorporados al ordenamiento colombiano, específicamente, en lo relacionado con la realización de estudios científicos para su aplicación.

Explica que, los Acuerdos de la OMC no prevén la prohibición de la comercialización de la leche cruda y la leche cruda enfriada para consumo humano, pues se limitan a señalar los procedimientos para el cumplimiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias. En tal sentido, el artículo 2º, numeral 1, del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias dispone que los Miembros tienen derecho a adoptar las medidas necesarias para proteger la

salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, siempre que tales medidas no sean incompatibles con las disposiciones de dicho Acuerdo.

Asimismo, el citado artículo, en el numeral 2, indica que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo será aplicable en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, y esté basada en principios científicos. Sin embargo, los Decretos demandados establecieron la prohibición de la comercialización de la leche cruda, sin contar con estudios ni testimonios científicos al respecto.

Los actos acusados contienen un supuesto de hecho que puede ser entendido como una sanción, que consiste en exigir el cambio de actividad económica en un plazo de dos años contados a partir de la vigencia del Decreto 616 de 2006, si no se cumplen los requisitos allí previstos para la comercialización de leche cruda o leche enfriada para consumo directo. Esta imposición desborda la potestad reglamentaria del Ejecutivo, la cual no puede ejercerse para ampliar el sentido de la ley.

En igual sentido, se extralimitó el Gobierno Nacional en la reglamentación de la actividad comercial, pues las medidas adoptadas no desarrollan el marco de la ley sino que disponen la prohibición de la actividad, rebozando las funciones para las que están establecidos los decretos reglamentarios.

Se desconocen los derechos fundamentales al trabajo, la libertad de oficio y de empresa, pues se impone una carga desproporcionada al gremio de los lecheros, debido a la inoperancia del Estado de supervisar apropiadamente la actividad de comercialización de leche cruda o leche enfriada para consumo directo.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

II.1- Dentro de la oportunidad procesal prevista en la ley, el apoderado judicial de la Nación – **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** (folio 71) se pronunció sobre los hechos de la demanda y efectuó un recuento de los antecedentes que dieron origen a la expedición de los Decretos 616 y 2838 de 2006.

Señala que, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 616 de 2006 en el que estableció los parámetros que debe cumplir la leche para el consumo humano. Dicho Decreto fue objeto de modificación por los Decretos 2838 de 2006 y 3411 de 10 de septiembre de 2008, con el fin de cumplir con los requisitos allí establecidos, definiendo planes de reconversión como estrategia para sustituir la comercialización de leche cruda y leche cruda enfriada para consumo humano en el territorio nacional, señalando plazos y procedimientos para evaluar, aprobar e implementar los citados planes. Asimismo, los Decretos establecieron zonas especiales en sitios que por sus condiciones de accesibilidad geográfica y disponibilidad no pueden comercializar leche higienizada.

Posteriormente, el Gobierno Nacional, considerando que el consumo de leche cruda es una práctica arraigada en diferentes zonas del país y que cuenta con canales de comercialización y consumo establecidos, expidió el Decreto 1880 de 27 de mayo de 2011, a través del cual señaló los requisitos para la comercialización de leche cruda para consumo humano directo en el territorio nacional y derogó las normas cuya nulidad deprecia el demandante.

En este orden, estima que debe proferirse sentencia inhibitoria, por cuanto carece de objeto cualquier pronunciamiento sobre la demanda².

II.2. El Ministerio de Agricultura (folio 90), por conducto de apoderada judicial, arguye que, la función de la entidad es actuar como regulador en el funcionamiento de los mercados, diseñando instrumentos y mecanismos que fomenten de manera prioritaria el consumo nacional. Su papel regulador es el de garantizar que los productos comercializados sean aptos para el consumo humano, que generen seguridad y bienestar social y que no existan prácticas restrictivas de la competencia. Asimismo, debe promover la estabilidad de los precios a través de mecanismos de incentivo a la producción nacional.

Señala que, de acuerdo con la política de comercialización de productos de alto riesgo señalada en el Decreto 3075 de 23 de diciembre de 1997³, la leche y sus derivados lácteos constituyen alimentos de mayor riesgo en salud pública.

Afirma que, los actos acusados no desconocen las normas superiores invocadas en la demanda, porque precisamente el Preámbulo y los demás artículos constitucionales que cita el demandante establecen el deber del Estado de proteger y regular la salud pública, finalidad que persigue la prohibición contenida en los decretos demandados.

Sostiene que, no puede establecerse la violación del principio de igualdad, cuando un tratamiento diferenciado persigue objetivos constitucionales legítimos y la diferencia de trato constituya un medio adecuado, proporcionado y razonable para

² Cita como fundamento la providencia de 17 de febrero de 2000, Expediente nro. AI-045, Consejera ponente: doctora Olga Inés Navarrete Barrero.

³ Derogado por el artículo 21 del Decreto 539 de 12 de marzo de 2014.

la consecución del referido objetivo, como lo es la prohibición de comercializar la leche cruda y que constituye una política de salubridad para la comunidad.

En igual sentido, explica que los decretos cuestionados no vulneran el derecho al trabajo ni la libertad de oficio o de empresa, pues es viable que por el interés general se limiten ciertas prácticas para la protección de los bienes y los valores constitucionales, lo que justifica la intervención del Estado en la comercialización de los productos lácteos.

Finalmente, en relación con el cargo de extralimitación de la potestad reglamentaria, concluye que el Gobierno Nacional puede expedir reglamentos en los cuales prohíba la comercialización de leche cruda y leche cruda enfriada y la autorice solo a aquellas empresas que la procesan con autorización sanitaria, porque ello responde al cabal cumplimiento de la Ley 170.

III. ALEGATOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

Dentro de la etapa de procesal correspondiente, el Agente del Ministerio Público, emitió concepto en el siguiente sentido (folios 117):

Pone de presente que, en reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado ha indicado que es viable el estudio de legalidad de normas que han sido derogadas, en atención a los efectos jurídicos que hubieren podido producir mientras estuvieron vigentes.

Menciona que, son plausibles las motivaciones expuestas en el Decreto 616 de 2006, en relación con la responsabilidad que establece el artículo 78 de la Constitución Política para la comercialización de bienes y servicios que pueda atentar contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a

consumidores y usuarios. Sin embargo, el artículo 2º, numeral 2, del Acuerdo sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias exige que estas se formulen sobre la base de principios científicos que no se evidencian en el presente caso, según se observa en la parte considerativa de los Decretos cuestionados. Por tal razón, estima que el aparte « [...] *Después de dos (2) años de entrada en vigencia el presente decreto, no se podrá comercializar leche cruda o leche cruda enfriada para consumo humano directo* [...]» del Decreto 616 de 2006 debe desaparecer del ordenamiento jurídico.

En consonancia con el artículo 4º del Decreto 2838 de 2006, también debe anularse la expresión « [...] *excepcionalmente* [...]», que se refiere a la autorización excepcional de la comercialización de leche cruda y leche cruda enfriada para consumo humano directo.

Concluye el Delegado del Ministerio Público que la implementación de medidas sanitarias y fitosanitarias que carecen de sustento técnico afectan el derecho al trabajo, pues limitan una actividad comercial sin un sustento técnico científico que justifique la prohibición.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

IV.1- Cuestión previa

Mediante auto de 24 de mayo de 2018⁴, se declaró fundado el impedimento manifestado por el Consejero **ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**, conforme a la causal prevista en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

⁴ Visible a folios 132 a 135 del expediente.

IV.2- Los actos acusados⁵

Decreto 616 de 2006

« [...] **Artículo 3º. Definiciones.** Para efectos del reglamento técnico que se establece a través de la presente disposición, se adoptan las siguientes definiciones:

(...)

Adicionado por el artículo 1º del Decreto 2838 de 2006. **Plan de reconversión:** Es el plan de trabajo elaborado por los interesados en la comercialización de leche cruda y leche cruda enfriada para consumo humano directo, con el propósito de lograr el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 616 de 2006 o **la sustitución de dicha actividad económica en un plazo no mayor de dos (2) años** [...]».

« [...] **Artículo 14. Prohibiciones.** Teniendo en cuenta que la leche es considerada **alimento de mayor riesgo en salud pública**, queda prohibido [...]

(...).

2. Modificado por el artículo 1º del Decreto 2838 de 2006. **Después de dos (2) años de entrada en vigencia el presente decreto, no se podrá comercializar leche cruda o leche cruda enfriada para consumo humano directo** [...]

Decreto 2838 de 2006.

« [...] **Artículo 4º. Zonas especiales para la comercialización de leche cruda y leche cruda enfriada para consumo humano directo.** A partir de la vigencia del presente decreto se podrá autorizar **excepcionalmente** la comercialización de leche cruda y leche cruda enfriada para consumo humano directo en aquellas zonas del país que por sus condiciones de accesibilidad geográfica y disponibilidad no pueden comercializar leche higienizada [...]

IV.3- Normas que se estiman infringidas

Constitución Política.

«Preámbulo

El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida,

⁵ En negrilla y subrayado la parte demandada.

la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:»

«**Artículo 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan».

«**Artículo 25.** El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas».

«**Artículo 26.** Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social. Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles».

«**Artículo 65.** La producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado. Para tal efecto, se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como también a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras. De igual manera, el Estado promoverá la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario, con el propósito de incrementar la productividad».

«**Artículo 333.** La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando

así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación».

«Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

[...]

1. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

[...]».

Ley 170. «Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la “Organización Mundial de Comercio (OMC)”, suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino».

Acuerdo de creación de la OMC.

« [...]

Las Partes en el presente Acuerdo,

Reconociendo que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico,

Reconociendo además que es necesario realizar esfuerzos positivos para que los países en desarrollo, y especialmente los menos adelantados, obtengan una parte del incremento del comercio internacional que corresponda a las necesidades de su desarrollo económico, [...]».

Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

« [...] Los Miembros,

Reafirmando que no debe impedirse a ningún Miembro adoptar ni aplicar las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y los animales o para preservar los vegetales, a condición de que esas medidas no se apliquen de manera que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los Miembros

en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional;

[...]

Deseando fomentar la utilización de medidas sanitarias y fitosanitarias armonizadas entre los Miembros, sobre la base de normas, directrices y recomendaciones internacionales elaboradas por las organizaciones internacionales competentes entre ellas la Comisión del *Codex Alimentarius*, la Oficina Internacional de Epizootias y las organizaciones internacionales y regionales competentes que operan en el marco de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, sin que ello requiera que los Miembros modifiquen su nivel adecuado de protección de la vida o la salud de las personas y de los animales o de preservación de los vegetales;

[...]

Artículo 2. Derechos y obligaciones básicos.

1. Los Miembros tienen derecho a adoptar las medidas sanitarias y fitosanitarias necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, siempre que tales medidas no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo.

2. Los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, de que esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5.

3. Los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias y fitosanitarias no discriminen de manera arbitraria o injustificable entre Miembros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares, ni entre su propio territorio y el de otros Miembros. Las medidas sanitarias y fitosanitarias no se aplicarán de manera que constituyan una restricción encubierta del comercio internacional.

[...]

Artículo 3. Armonización

1. Para armonizar en el mayor grado posible las medidas sanitarias y fitosanitarias, los Miembros basarán sus medidas sanitarias o fitosanitarias en normas, directrices o recomendaciones internacionales, cuando existan, salvo disposición en contrario en el presente Acuerdo y en particular en el párrafo 3.

[...]

Artículo 5. Evaluación del riesgo y determinación del nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria

1. Los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se basen en una evaluación, adecuada a las

circunstancias, de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales, teniendo en cuenta las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes.

2. Al evaluar los riesgos, los Miembros tendrán en cuenta: los testimonios científicos existentes; los procesos y métodos de producción pertinentes; los métodos pertinentes de inspección, muestreo y prueba; la prevalencia de enfermedades o plagas concretas; la existencia de zonas libres de plagas o enfermedades; las condiciones ecológicas y ambientales pertinentes; y los regímenes de cuarentena y otros.

3. Al evaluar el riesgo para la vida o la salud de los animales o la preservación de los vegetales y determinar la medida que habrá de aplicarse para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria contra ese riesgo, los Miembros tendrán en cuenta como factores económicos pertinentes: el posible perjuicio por pérdida de producción o de ventas en caso de entrada, radicación o propagación de una plaga o enfermedad; los costos de control o erradicación en el territorio del Miembro importador; y la relación costo-eficacia de otros posibles métodos para limitar los riesgos.

4. Al determinar el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros deberán tener en cuenta el objetivo de reducir al mínimo los efectos negativos sobre el comercio.

5. Con objeto de lograr coherencia en la aplicación del concepto de nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria contra los riesgos tanto para la vida y la salud de las personas como para las de los animales o la preservación de los vegetales, cada Miembro evitará distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles que considere adecuados en diferentes situaciones, si tales distinciones tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional. Los Miembros colaborarán en el Comité, de conformidad con los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 12, para elaborar directrices que fomenten la aplicación práctica de la presente disposición. Al elaborar esas directrices el Comité tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, con inclusión del carácter excepcional de los riesgos para la salud humana a los que las personas se exponen por su propia voluntad.

6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3, cuando se establezcan o mantengan medidas sanitarias o fitosanitarias para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros se asegurarán de que tales medidas no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica.

[...]

Artículo 10. Trato especial y diferenciado

1. Al elaborar y aplicar las medidas sanitarias o fitosanitarias, los Miembros tendrán en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo Miembros, y en particular las de los países menos adelantados Miembros [...] ».

IV.4- Problema jurídico

En primer lugar, la Sala examinará el control jurisdiccional de los actos administrativos derogados. Posteriormente, deberá determinar si los artículos 3º y 14 del Decreto 616 de 2006⁶ y 4º del Decreto 2838 de 2006, vulneran el Preámbulo y los artículos 13, 25, 26, 65 y 333 de la Constitución Política; 2º y 5º del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y el Acuerdo de creación de la Organización Mundial de Comercio.

IV.5- Vigencia de los actos acusados

Mediante el Decreto 1880 de 2011⁷, el Gobierno Nacional derogó parcialmente el artículo 14, numeral 2, del Decreto 616 de 2006 y el Decreto 2838 de 2006.

Sobre el particular, es menester indicar que, tal y como la ha sostenido reiteradamente la Jurisprudencia de la Corporación⁸, la derogatoria del acto acusado no impide la emisión de un pronunciamiento de fondo sobre su legalidad, habida cuenta de los efectos que el acto administrativo pudo generar durante su vigencia⁹.

⁶ «Por el cual se expide el Reglamento Técnico sobre los requisitos que debe cumplir la leche para el consumo humano que se obtenga, procese, envase, transporte, comercialice, expendi, importe o exporte en el país».

⁷ «Por el cual se señalan los requisitos para la comercialización de leche cruda para consumo humano directo en el territorio nacional».

⁸ Postura acogida en las sentencias de 14 de enero de 1991 (Expedientes nro. S-157, Consejero ponente: doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla) y 23 de julio de 1996 (Expediente nro. S - 612 Consejero ponente: doctor Juan Alberto Polo Figueroa).

⁹ Pueden consultarse las providencias de la Sección Primera de 29 de abril de 2010 (Expediente nro. 2002-00444-01, Consejera ponente: doctora María Claudia Rojas Lasso) y 1º de diciembre de 2017 (Expediente nro. 2011-00067-00, Consejera ponente: doctora María Elizabeth García González).

En este sentido, la Sala reitera el criterio jurisprudencial consignado en la sentencia de 23 de febrero de 1996¹⁰, que prohibió la tesis de la Sala Plena de la Corporación:

«Si bien esta Corporación tradicionalmente aplicó la teoría de la sustracción de materia como fundamento del correspondiente fallo inhibitorio que de ella se derivaba, esa posición jurisprudencial fue modificada en forma radical por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de que se impone fallo de mérito a pesar de que los actos demandados hayan sido derogados al momento de dictar sentencia, pues la derogatoria no restablece per se el orden jurídico vulnerado, sino que apenas acaba con la vigencia, ya que un acto administrativo aun derogado, continúa amparado por la presunción de legalidad que lo protege, la que sólo se pierde ante el pronunciamiento de nulidad del juez competente [...]»

IV.6- En ese orden, procede la Sala a examinar los cargos de nulidad alegados en la demanda.

El actor presenta cargos de violación del Acuerdo de Creación de la Organización Mundial de Comercio y del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. Arguye que, el Presidente de la República excedió la potestad reglamentaria, pues, de una parte, menciona en la parte motiva del Decreto 616 de 2006 que los mencionados Acuerdos reconocen la importancia de que los países miembros adopten medidas necesarias para la seguridad de todos los productos industriales y agropecuarios, y, de otra parte, decide ignorar la exigencia de que tales medidas deben ir acompañadas de estudios científicos, directrices y recomendaciones internacionales elaboradas por las organizaciones competentes, tal y como lo indican los instrumentos internacionales en mención.

Lo primero que la Sala destaca es que el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y sus Acuerdos anexos invocados como

¹⁰ Expediente nro. 3366, Consejero ponente: doctor Libardo Rodríguez.

vulnerados por el actor **fueron aprobados por el Congreso de la República a través de la Ley 170¹¹**, por lo que frente a esta norma la Sala efectuará el control de legalidad del acto demandado.

Lo anterior sin perjuicio de la fuerza normativa que se reconoce a los tratados de integración económica y comercial, y a los de derecho comunitario, pues si bien no integran el bloque de constitucionalidad, en razón a que su objeto no es el reconocimiento de derechos humanos, la Corte Constitucional ha señalado que son disposiciones válidamente incorporadas al ordenamiento interno y por tanto aplicables¹²; y, obviamente, también sin perjuicio de los instrumentos internacionales con que cuenta cada Estado ante la eventualidad de que la aplicación de un tratado resulte lesiva a sus intereses, lo que escapa al ámbito de esta jurisdicción.

¹¹ «Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la "Organización Mundial de Comercio (OMC)", suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino».

¹² Así lo precisó esa Corporación en la sentencia C- 750 de 2008, Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández:

« [...] Si bien la regla general es que los tratados de integración económica y comercial y del derecho comunitario no hacen parte del bloque de constitucionalidad al no cumplir los presupuestos propios del artículo 93 superior, ello no trae consigo que los mismos carezcan de fuerza normativa pues son disposiciones válidamente incorporadas al ordenamiento interno y por tanto aplicables, y pueden constituir criterio interpretativo de la legislación interna dada la consagración del principio pacta sunt servanda previsto en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 (art. 26), según el cual todo tratado en vigor obliga y debe ser cumplido por las partes de buena fe. Así lo reseñó la sentencia C-155 de 2007:

“En consecuencia, el hecho de que, por regla general, los tratados internacionales no sean referentes directos de constitucionalidad, no implica que los mismos carezcan de valor normativo, pues si ellos han sido incorporados al derecho interno y entran a formar parte del conjunto de disposiciones válidamente aplicables en el territorio nacional -en su condición de leyes de la República-, su cumplimiento es igualmente ineludible por parte de las autoridades competentes.

Lo anterior tiene dos consecuencias importantes en el marco de la Constitución. En primer lugar, si el Estado asume válidamente obligaciones internacionales, debidamente incorporadas al derecho interno, las mismas deben ser cumplidas de acuerdo con el principio Pacta sunt servanda (art.9º C.P.)[33]; en segundo lugar, si los tratados internacionales suscritos por Colombia conceden derechos a favor de particulares (nacionales o extranjeros), su observancia también está orientada por un deber de protección y efectividad (art. 2 C.P.). En esa medida, los tratados internacionales se erigen también como criterio de interpretación de la legislación interna”. [...]».

Acuerdos de la OMC aprobados mediante la Ley 170

La ley 170, por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la OMC y sus Acuerdos anexos, es una ley aprobatoria de varios acuerdos internacionales en materia de comercio exterior, entre los que se encuentran el *Acuerdo de Creación de la Organización Mundial de Comercio* y el *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*.

Como parte de los considerandos de los mencionados Acuerdos se observa la intención de los países miembros de reconocer que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a «*eleva los niveles de vida*», «*lograr el pleno empleo*», y «*acrecenta la producción y el comercio de bienes y servicios*», permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible, según los diferentes niveles de desarrollo económico.

Los objetivos del Acuerdo de creación de la OMC fueron diseñados para ser cumplidos "*mediante la celebración de acuerdos encaminados a obtener, sobre la base de reciprocidad y mutuas ventajas, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los demás obstáculos al comercio, así como la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales*".

En ese marco, se aprobó el *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*, para mejorar la salud de las personas y de los animales y la situación fitosanitaria en el territorio de todos los Miembros.

En la revisión de la Ley aprobatoria de los Acuerdos, la Corte Constitucional señaló que la decisión de creación de dicho organismo "*interpreta el artículo 226*

de la Constitución”, según el cual el Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, además de que “*consulta el espíritu del artículo 227*”, de acuerdo con el cual el Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones, mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales.¹³

En lo atinente a la implementación de la Ley a la legislación nacional, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado señaló:

« [...] El acuerdo de la OMC se refiere al comercio mundial en sus diversos aspectos y es de enorme importancia para todos los países, ya que del desarrollo de este comercio dependen, en gran medida, muchos factores de progreso de los mismos, como son la producción de mercancías y servicios, el empleo y el nivel de vida de sus habitantes.

(...)

*Tiene entre otras finalidades las de "desarrollar un sistema multilateral de comercio integrado, más viable y duradero que abarque el Acuerdo General sobre aranceles aduaneros y comercio, los resultados de anteriores esfuerzos de liberalización del comercio y los resultados integrales de las Negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay" y servir de foro multilateral para discutir y resolver los conflictos entre los países sin tener que recurrir o soportar acciones unilaterales.*¹⁴

(...)

Mediante la Ley 1879 de 9 de enero de 2018, el Congreso aprobó el «Protocolo de Enmienda del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio», adoptado por el Consejo General de la Organización Mundial del Comercio en Ginebra el 27 de noviembre de 2014.

Se destaca de lo expuesto que los Acuerdos de la OMC constituyen el marco común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus miembros y son

¹³ Sentencia C-137 de 1995, Magistrado ponente: doctor Jorge Arango Mejía.

¹⁴ Concepto de 5 de diciembre de 2002, Radicado nro. 1386, Consejeros ponentes: doctores Flavio Augusto Rodríguez Arce y Cesar Hoyos Salazar.

vinculantes en la medida en que crean derechos y obligaciones para los miembros que lo hayan aceptado¹⁵.

Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias

Se destaca principalmente del Acuerdo que propende por que la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias se oriente a la inocuidad de los alimentos, la salud de los animales y la preservación de los vegetales; que tales medidas estén basadas en principios científicos; que no sean discriminatorias entre los países miembros; y que estén armonizadas en normas, directrices o recomendaciones internacionales.

Al respecto, un compromiso primordial del Acuerdo es la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias solo cuando resulten necesarias para «proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales», basadas en principios y testimonios científicos «suficientes»¹⁶. Esto supone que las políticas nacionales estarán respaldadas en la evaluación de datos científicos objetivos y exactos, como base para efectuar un efectivo control y clasificación del riesgo, como se infiere del artículo 5º:

« [...] 1. Los Miembros se asegurarán que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se basen en una evaluación, adecuada a las circunstancias, de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales, teniendo en cuenta las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes.

2. Al evaluar los riesgos, los Miembros tendrán en cuenta: los testimonios científicos existentes; los procesos y métodos de producción pertinentes; los métodos pertinentes de inspección, muestreo y prueba; la prevalencia de enfermedades o plagas concretas; la existencia de zonas libres de plagas o enfermedades;

¹⁵ Idem.

¹⁶ Artículo 2º, numeral 2.

las condiciones ecológicas y ambientales pertinentes; y los regímenes de cuarentena y otros.

3. Al evaluar el riesgo para la vida o la salud de los animales o la preservación de los vegetales y determinar la medida que habrá de aplicarse para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria contra ese riesgo, los Miembros tendrán en cuenta como factores económicos pertinentes: el posible perjuicio por pérdida de producción o de ventas en caso de entrada, radicación o propagación de una plaga o enfermedad; los costos de control o erradicación en el territorio del Miembro importador; y la relación costo-eficacia de otros posibles métodos para limitar los riesgos.

4. Al determinar el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros deberán tener en cuenta el objetivo de reducir al mínimo los efectos negativos sobre el comercio [...] ».

El Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias reconoce expresamente el derecho de los Miembros a adoptar medidas para proteger la salud de las personas y la sanidad animal y vegetal, siempre que estén basadas en criterios científicos, sean necesarias para la protección de la salud y no entrañen discriminaciones injustificables entre los proveedores de otros países. Son los gobiernos de los países miembros los que determinan los niveles de inocuidad de los alimentos y de protección sanitaria de los animales y los vegetales aplicables en sus países. No obstante, el Acuerdo insta a que se “armonicen” las medidas nacionales con las normas, directrices y recomendaciones internacionales.

Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio

Este Acuerdo es anexo al Acuerdo por el cual se establece la OMC. Su artículo 2.2 preceptúa:

« [...] Artículo 2: Elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones del gobierno central. Por lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central:

(...)

2.2 Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. **A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo**, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: **la información disponible científica y técnica**, la tecnología de elaboración conexas o los usos finales a que se destinen los productos.

Intervención del Estado en la economía y libertad de empresa

Otro de los argumentos alegados por el demandante para deprecar la nulidad de los Decretos 616 y 2838 de 2006, consiste en que se afecta la libertad de empresa.

La Constitución Política, en el artículo 333, establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. *«Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades».*

Sobre la libertad de empresa, en el marco de nuestro ordenamiento constitucional, vale la pena mencionar lo acotado por la Corte Constitucional en la sentencia T-197 de 2012:

« [...] No obstante, en los términos del artículo 333, las libertades económicas no son absolutas. Esta disposición señala que la empresa tiene una función social que implica obligaciones, prevé que la libre competencia supone responsabilidades, e indica que la ley delimitará el alcance de la libertad económica “cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Con base en esta disposición de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha concluido que las libertades económicas son reconocidas a los

*particulares por motivos de interés público. Por esta razón, en reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha aclarado que las libertades económicas no son en sí mismas derechos fundamentales”.*¹⁷

Por su parte, el artículo 334 Superior establece que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, quien intervendrá por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía, conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, la preservación de un ambiente sano.

Sobre este asunto en particular, la Corporación ha indicado:

*« [...] Es por tal razón que la **economía social de mercado**, establecida en la Constitución de 1991, supone, para el particular un **derecho general de libertad** , entendido como “una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio” , mientras que para el Estado, como es característico en el marco del Estado de Derecho, opera una suerte de **limitante jurídica en su actuación, por vía del concepto jurídico de competencia**, razón por la cual **sólo podrá intervenir** en el decurso de un actividad económica, **cuando así lo disponga una ley para tal efecto**, cuestión que quiere decir, adicionalmente, que se trata de un asunto revestido con reserva de ley [...]».*¹⁸

La regulación de la libertad económica está pues concebida como una concreción de la función de dirección general de la economía a cargo del Estado, que habilita su intervención en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios, para alcanzar el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, así como la distribución equitativa de las oportunidades, los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

¹⁷ Magistrado ponente: doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁸ Providencia de 13 de mayo de 2015, Expediente nro. 2015-00022-00 (53057), Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Es importante mencionar que en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional se ha referido a las tensiones que se presentan entre los principios de libertad de empresa, libertad económica y la primacía del interés general y ha concluido que la restricción a esas libertades económicas es constitucional «*si (i) se llevó a cabo por ministerio de la ley; (ii) respeta el “núcleo esencial” de la libertad de empresa; (iii) obedece al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señalada por la Constitución; y (iv) responde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido lato*».¹⁹

La potestad reglamentaria

En cuanto al alcance general de la potestad reglamentaria, esta Corporación ha indicado que « [...] *El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política le asigna al Presidente de la República la atribución de “Ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”. La potestad reglamentaria es la expresión por excelencia de la función administrativa que ejerce el Presidente de la República. Es una facultad del gobierno para expedir normas generales, impersonales y abstractas para lograr la cumplida ejecución de las leyes. El acto reglamentario tiene su marco general en la ley para proveer la adecuada ejecución de ésta, precisando circunstancias o pormenores no contenidos en ella, por no haber sido regulados o por no ser de carácter sustancial (...). De consiguiente, so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria mal puede ampliarse el ámbito de aplicación de la ley. El acto reglamentario debe aportar entonces los detalles, los pormenores de ejecución o aplicación de la ley; hace explícito lo implícito en ella; facilita su entendimiento y comprensión. Pero no*

¹⁹ Cfr. Sentencia C- 516 de 2004, Magistrado ponente: doctor Jaime Córdoba Triviño.

*puede extender su ámbito más allá de la ley. No es posible que el reglamento contenga normas que le están reservadas al legislador; no puede adicionar la ley, cambiarla, restringirla o recortarla en su esencia o sustancia; tampoco puede deslindar los límites de la potestad reglamentaria porque violaría, además de la ley, la propia constitución [...]».*²⁰

Bajo este entendido, la facultad del Ejecutivo de expedir normas generales, impersonales y abstractas para lograr la cumplida ejecución de las leyes no puede desconocer el marco general de la ley.

Debe destacar la Sala, a propósito del cargo que se examina, que las exigencias del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias incluyen el deber de los países miembros de adoptar medidas necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, bajo la previsión de que las mismas no resulten incompatibles con las disposiciones de dicho instrumento, el cual está inspirado la «*utilización de medidas sanitarias y fitosanitarias armonizadas entre los Miembros, sobre la base de normas, directrices y recomendaciones internacionales elaboradas por las organizaciones internacionales competentes*», y asegurándose de que sólo se apliquen si están basadas en principios científicos.

IV.7- Conclusión de la Sala

Para resolver el cargo en estudio, se destaca que la demanda persigue la declaratoria de nulidad de las siguientes expresiones:

²⁰ Sentencia de 2 de diciembre de 2013, Expediente nro. 2011-00039-00 (41719), Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

- « [...] **la sustitución de dicha actividad económica en un plazo no mayor de dos (2) años** [...]», contenida en el artículo 3º del Decreto 616 de 2006, con la modificación introducida por el artículo 1º del Decreto 2838 de 2006.
- «**alimento de mayor riesgo en salud pública**» del artículo 14 del Decreto 616 de 2006, modificado por el artículo 1º del Decreto 2838 de 2006.
- «[...] **Después de dos (2) años de entrada en vigencia el presente decreto, no se podrá comercializar leche cruda o leche cruda enfriada para consumo humano directo** [...]» del artículo 14 del Decreto 616 de 2006, modificado por el artículo 1º del Decreto 2838 de 2006.
- «**excepcionalmente**» del artículo 4º del Decreto 2838 de 2006.

Las disposiciones acusadas fueron expedidas por el Gobierno Nacional en el marco del Reglamento Técnico sobre requisitos para procesar, envasar, transportar, comercializar, expender, importar o exportar leche para el consumo humano. En los considerandos del Decreto 616 de 2006 demandado, en armonía con los antecedentes administrativos de los actos acusados allegados al expediente, se puede leer:

« [...] Que el artículo 78 de la Constitución Política de Colombia dispone: "[...] 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. [...]";

Que mediante la Ley 170 de 1994 Colombia aprueba el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio, el cual contiene, entre otros, el "Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio", que reconoce la importancia de que los países miembros adopten medidas necesarias para la protección de los intereses esenciales en materia de seguridad de todos los productos, comprendidos los industriales y agropecuarios, dentro de las cuales se encuentran los reglamentos técnicos;

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Decisión Andina 376 de 1995, los reglamentos técnicos se establecen para garantizar, entre otros, los siguientes objetivos legítimos: Los imperativos de la seguridad nacional; la protección de la salud o seguridad humana, de la vida o la salud animal o vegetal o del medio ambiente y la prevención de prácticas que puedan inducir a error a los consumidores;

Que de acuerdo con lo señalado en el Decreto 3466 de 1982, los productores de bienes y servicios sujetos al cumplimiento de norma técnica oficial obligatoria o reglamento técnico, serán responsables porque las condiciones de calidad e idoneidad de los bienes y servicios que ofrezcan, correspondan a las previstas en la norma o reglamento;

Que el artículo 7º del Decreto 2269 de 1993 señala, entre otros, que los productos o servicios sometidos al cumplimiento de una norma técnica colombiana obligatoria o un reglamento técnico, deben cumplir con estos independientemente que se produzcan en Colombia o se importen;

Que las directrices para la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos en los Países Miembros de la Comunidad Andina y a nivel comunitario se encuentran contenidas en la Decisión 562 de la Comunidad Andina y el procedimiento administrativo para la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos, medidas sanitarias y fitosanitarias en el ámbito agroalimentario, en el Decreto 4003 de 2004, todo lo cual fue tenido en cuenta en la elaboración del reglamento técnico que se establece con el presente decreto;

Que según lo establecido en las normas sanitarias de alimentos en especial, el Decreto 3075 de 1997, dentro de los alimentos considerados de mayor riesgo en salud pública, se encuentran la leche y sus derivados lácteos y por lo tanto, estos deben cumplir con los requisitos que se establezcan para garantizar la protección de la salud de los consumidores;

Que el reglamento técnico que se establece con el presente decreto fue notificado a la Organización Mundial del Comercio mediante el documento identificado con las firmas G/TBT/N/COL/67 y G/SPS/N/COL/101 el 25 y 26 de julio de 2005, notificación que fue prorrogada hasta el 21 de noviembre de 2005 por solicitud de los Estados Unidos de América y sobre el cual no se presentó ninguna observación por parte de la OMC y el G3;

Que consecuentemente con lo anterior, es necesario definir los requisitos que debe cumplir la leche para el consumo humano que se obtenga, procese, envase, transporte, comercialice, expendas, importe o exporte en el país; [...]».

Se destaca de los considerandos transcritos que se menciona el Decreto 4003 de 2004²¹, como fundamento para la elaboración del reglamento técnico acusado. El citado Decreto prescribe:

«Artículo 4°. Determinada la necesidad de establecer un nuevo reglamento técnico, medida sanitaria o fitosanitaria, se *estimaré el efecto económico que ocasionaría si no se estableciera tal medida, al igual que el efecto económico en caso de establecerse* y/ o la posibilidad de adopción de otras medidas que consigan el mismo objetivo legítimo perseguido, en cuanto a la onerosidad de su aplicación.

Parágrafo. El contenido de este artículo no aplica para el caso de expedición de reglamentos técnicos, medidas sanitarias o fitosanitarias de emergencia».

«Artículo 5°. En el proceso de elaboración y adopción de reglamentos técnicos, medidas sanitarias y fitosanitarias, se puede tomar como base de las mismas normas, las directrices o recomendaciones internacionales o sus elementos pertinentes o aquellas cuya aprobación sea inminente, salvo en el caso que ellas o sus elementos, sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos».

« Artículo 6°. Los reglamentos técnicos, medidas sanitarias y fitosanitarias no deben restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo, eligiendo entre las opciones posibles aquellas que generen menores costos de implementación y cumplimiento para los usuarios y para el comercio intrasubregional ». (Resaltado fuera del texto original).

A propósito de los reglamentos técnicos, la Sección, en sentencia de 4 de febrero de 2016, precisó:

«[...] El Gobierno Nacional, atendiendo a lo dispuesto en la Ley 170 de 1994 y en la Decisión Andina 562 de 2003, entre otras normas, expidió el Decreto 4003 de 2004 mediante el cual se estableció el procedimiento administrativo para la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos, medidas sanitarias y fitosanitarias

²¹ «Por el cual se establece el procedimiento administrativo para la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos, medidas sanitarias y fitosanitarias en el ámbito agroalimentario». Compilado en el **Decreto 1071 de 26 de mayo de 2005**, «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural».

en el ámbito agroalimentario, con la finalidad de reducir los efectos negativos de la aplicación de los mismos en el comercio que se realice en desarrollo de los tratados internacionales de los cuales Colombia haga parte.

El Decreto en su artículo 3º define el Reglamento Técnico en los mismos términos del artículo 4º de la Decisión 562 de 2003 y señala en su artículo 4º que **una vez determinada la necesidad de establecer un nuevo reglamento técnico, medida sanitaria o fitosanitaria, se estimará el efecto económico que ocasionaría si no se estableciera tal medida, al igual que el efecto económico en caso de establecerse y/o la posibilidad de adopción de otras medidas que consigan el mismo objetivo legítimo perseguido, en cuanto a la onerosidad de su aplicación. Y agrega en su artículo 5º que en el proceso de elaboración y adopción de reglamentos técnicos, medidas sanitarias y fitosanitarias, se puede tomar como base de las mismas normas, las directrices o recomendaciones internacionales o sus elementos pertinentes o aquellas cuya aprobación sea inminente**, salvo en el caso que ellas o sus elementos, sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos.

(...)

De acuerdo con la normativa antes reseñada, en particular la prevista en el artículo 2º numeral 7 de la Resolución 03742 de 2001 de la SIC, el artículo 8º de la Decisión Andina 562 de 2003, y el artículo 5º del Decreto 4003 de 2004, es claro que en el proceso de elaboración y adopción de los Reglamentos Técnicos, como el aprobado a través de la resolución administrativa demandada, **se deben tener en cuenta normas internacionales existentes o cuya expedición sea inminente o normas técnicas colombianas que se basen en ellas**, salvo que unas u otras sean ineficaces o inapropiadas para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos por el reglamento. **En este último caso, el Reglamento Técnico deberá estar soportado, en todo caso, en evidencia científica reconocida²²**». (Resaltado fuera del texto original).

Es decir, que para la adopción del reglamento técnico sobre los requisitos que debe cumplir la leche para el consumo humano, existían unos precisos lineamientos a los que el Gobierno Nacional debía sujetarse, tales como establecer los efectos económicos de la medida consistente en *la prohibición de la comercialización de leche cruda o leche cruda enfriada para consumo humano directo* y, en tal aspecto, ceñirse a las directrices señaladas en el Acuerdo de

²² Expediente nro. 2010-00329-00, Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala.

Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC, entre las que se destacan las previstas en su artículo 2º, numeral 2:

« [...] *Artículo 2. Derechos y obligaciones básicos*

[...]

2. Los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, de que esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5 [...].».

La citada disposición prescribe claramente que los países miembros deben asegurarse de que **cualquier medida sanitaria o fitosanitaria** esté basada en **principios científicos** y de que no se mantenga sin **testimonios científicos suficientes**, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5º *idem*²³. Ello, en armonía con lo dispuesto en el artículo 5º *eiusdem* que indica que las medidas deben basarse en una **evaluación** de «los testimonios científicos existentes» (numeral 2) y «los factores económicos pertinentes» por el posible perjuicio por pérdida de producción o de ventas (numeral 3).

Sin embargo, de lo probado en el proceso, no puede la Sala determinar que se haya cumplido con las directrices de la normativa internacional, pues no se observa que la prohibición de la comercialización de leche cruda o leche cruda enfriada para consumo humano directo, contenida en el artículo 14 del Decreto 616 de 2006, modificado por el artículo 1º del Decreto 2838 de 2006, haya sido la solución derivada de un estudio científico o un proceso de evaluación de los alcances de la medida.

²³ Se refiere a los eventos en los que los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable.

En respaldo de lo anterior, se tiene que para la derogatoria del Decreto 2838 de 2006, que establecía la prohibición de la comercialización de la leche cruda que ahora se examina, el Ejecutivo tuvo en cuenta estudios y encuestas que determinaron la necesidad de adoptar las condiciones sanitarias que garantizaran la higiene y calidad de la leche cruda, eliminando tal prohibición, en armonía con la obligación legal de adoptar reglamentos técnicos previos los análisis de su impacto y la evaluación de las medidas para reducir el efecto negativo de su aplicación²⁴, estudios que, precisamente se echaron de menos en la expedición de los actos acusados.

Para la Sala, lo expuesto en precedencia brinda una razón suficiente para estimar que, en efecto, la expresión acusada «[...] ***Después de dos (2) años de entrada en vigencia el presente decreto, no se podrá comercializar leche cruda o leche cruda enfriada para consumo humano directo [...]***» del artículo 14 del Decreto 616 de 2006, modificado por el artículo 1º del Decreto 2838 de 2006, desconoció la norma superior en que debía fundarse y de ahí que se advierta la configuración de la causal para su anulación, tal y como lo sostiene el demandante y el señor Agente del Ministerio Público.

²⁴ **Decreto 1880 de 2011.**

«[...] Considerando,
(...)

Que según datos del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, a través de la Encuesta Nacional Agropecuaria, Colombia produjo en el año 2010, diariamente en promedio 17.2 millones de litros de leche. Del volumen total producido, la industria láctea procesa el cuarenta y uno por ciento (41%). El cincuenta y nueve por ciento (59%) restante va con destino a comercialización a través de intermediarios, procesamiento en finca, autoconsumo y otros usos.

Que el consumo de leche cruda es una práctica arraigada en diferentes zonas del territorio nacional, debido a la existencia de un producto diferenciado, unos canales de comercialización plenamente establecidos y un consumidor cautivo, especialmente en los estratos 1, 2 y 3.

Que según la Encuesta Nacional de la Situación Nutricional en Colombia (ENSIN-2010), el cuarenta y ocho punto siete por ciento (48.7%) de la población consume leche diariamente. La leche es, además, un alimento prioritario para el país en la mejora del estado nutricional y su inocuidad debe ser garantizada durante toda la cadena alimentaria.

En mérito de lo expuesto,

DECRETA, [...].»

Respecto de la expresión «[...] **la sustitución de dicha actividad económica en un plazo no mayor de dos (2) años** [...]», contenida en el artículo 3º del Decreto 616 de 2006, con la modificación introducida por el artículo 1º del Decreto 2838 de 2006, no advierte la Sala que viole las normas invocadas en la demanda, pues si bien es cierto tal proposición tiene relación con la actividad comercial reglamentada, no se trata de una medida sanitaria o fitosanitaria que deba sujetarse a lo señalado en la norma de la OMC.

En cuanto a la expresión «**alimento de mayor riesgo en salud pública**» del artículo 14 del Decreto 616 de 2006, modificado por el artículo 1º del Decreto 2838 de 2006, es de aclarar que el demandante no argumenta por qué viola las normas citadas como vulneradas, lo que impide su análisis a la luz del ordenamiento superior, amén de que también se refiere a una definición traída del Decreto 3075 de 1997²⁵ y no a una medida sanitaria o fitosanitaria que requiera de evaluación o estudio científico para su adopción en la legislación nacional.

Finalmente, la expresión «**excepcionalmente**» del artículo 4º del Decreto 2838 de 2006, al estar directamente relacionada con la prohibición para comercializar leche cruda o leche cruda enfriada para consumo humano directo en ciertas zonas del país, debe declararse nula también.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

²⁵ Derogado por el artículo 21 del Decreto 539 de 12 de marzo de 2014.

Primero: DECLÁRANSE nulas de las expresiones «[...] *Después de dos (2) años de entrada en vigencia el presente decreto, no se podrá comercializar leche cruda o leche cruda enfriada para consumo humano directo [...]*» contenida en el artículo 14 del Decreto 616 de 2006, modificado por el artículo 1º del Decreto 2838 de 2006 y «**excepcionalmente**» del artículo 4º del Decreto 2838 de 2006.

Segundo: DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 19 de julio de 2018.

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidente

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Aclara voto

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

ACLARACIÓN DE VOTO DE OSWALDO GIRALDO LOPEZ

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00205-00

Actor: ADY WILSON RIVERA DÍAZ

Demandado: GOBIERNO NACIONAL - MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS

Referencia: Acción de Nulidad

Si bien comparto la decisión adoptada por la Sala en la sentencia de 19 de julio de 2018 proferida dentro del proceso de la referencia, estimo pertinente aclarar mi voto con el objeto de señalar unas consideraciones que, en mi opinión, debieron hacer parte de los fundamentos de la providencia. Al respecto, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

(i) En el presente asunto se solicitó la nulidad parcial del Decreto 616 de 28 de febrero de 2006, *“Por el cual se expide el Reglamento Técnico sobre los requisitos que debe cumplir la leche cruda para el consumo humano que se obtenga, procese, envase, transporte, comercialice, expendi, importe o exporte en el país”*, y del Decreto 2838 de 24 de agosto de 2006, *“Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 616 de 2006 y se dictan otras disposiciones”*, expedidos por el Gobierno Nacional. A juicio del demandante, las disposiciones parcialmente acusadas son violatorios del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC) y del Acuerdo sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC, en cuanto se omitieron los estudios científicos que exigen tales normas para la adopción de medidas como las contenidas en los actos acusados, cargo éste que encontró probada la Sala.

(ii) En mi criterio, la razón para declarar la nulidad parcial de los Decretos acusados es la infracción al artículo 333 de la Constitución Política, pues los decretos acusados imponen limitaciones a la libertad de empresa sin que medie ley que lo autorice, y no porque éstos infrinjan el Acuerdo de la OMC, pues ello escapa el control que le compete al Consejo de Estado. De la violación alegada en la demanda se puede derivar un conflicto internacional, no nacional, que en tales condiciones debe resolverse por los mecanismos de resolución de conflictos de la OMC.

En este sentido, en las consideraciones de la sentencia se debió precisar que, por regla general, los tratados o acuerdos internacionales solo vinculan a los Estados partes contratantes y/o a los sujetos de derecho internacional que los suscriban, por

ser los sujetos destinatarios de sus disposiciones, y que cuando los Estados partes contratantes incumplen los compromisos adquiridos en virtud de aquellos, esto es, desconocen las disposiciones que los vinculan jurídicamente, las controversias que de ello se deriven son tramitadas y resueltas a través de los mecanismos de solución de conflictos previstos en los mismos instrumentos internacionales, los cuales corresponden normalmente a consultas y negociaciones directas entre los Estados partes para la resolución de sus diferencias o al sometimiento de los asuntos a los órganos de solución de controversias creados en los acuerdos o tratados respectivos.

Igualmente, debió señalarse que, de manera excepcional, en el derecho internacional los tratados o acuerdos internacionales contienen disposiciones que, además de vincular a los Estados partes contratantes, crean derechos y obligaciones directamente a los habitantes de éstos. En particular, en tratados o acuerdos internacionales en materia de derechos humanos, acuerdos de integración económica y medio ambiente existen disposiciones que sí tienen implicaciones sobre los nacionales de los países miembros de aquellos, lo que supone que entran a formar parte de las regulaciones internas y que sus sujetos destinatarios son los habitantes de los territorios ocupados por los Estados parte del acuerdo²⁶.

Esta diferenciación resulta pertinente al momento de examinar si es nula una disposición de orden interno por desconocer supuestamente un tratado o acuerdo internacional.

En efecto, cuando se acusa una norma nacional de contrariar un acuerdo o tratado internacional, es necesario identificar el contenido y alcance de la disposición internacional que se dice desconocida. Si tal disposición solo compromete a los Estados partes contratantes, no es procedente realizar ningún examen de la norma nacional mediante los mecanismos internos de control de legalidad, pues en estos casos la infracción se resolverá a través de los órganos y procedimientos especiales previstos en los instrumentos internacionales respectivos, quienes dirimirán la controversia que se presente entre tales sujetos destinatarios de sus normas.

²⁶ En Colombia ello es innegable, pues los tratados sobre Derechos Humanos y DIH que han sido suscritos adquieren incluso rango constitucional e integran el bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política.

Por el contrario, si la norma del acuerdo o tratado internacional que se estima contrariada por una norma nacional constituye una disposición que afecta a los nacionales de los Estados partes contratantes de aquellos, procederá el examen de su legalidad, por la vía de acción o de excepción, pues en este caso el destinatario afectado cuestiona una norma que ha sido introducida al ordenamiento jurídico interno y que en tal carácter lo afecta.

(iii) En el presente asunto, la normativa del Acuerdo de Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias invocada como desconocida (art. 2º) es una disposición que sólo compromete a los Estados partes contratantes de ese acuerdo, en la medida en que solo establece como deber para éstos el de sustentar en principios científicos las medidas de este tipo que adopte. Esta norma se refiere propiamente a una cuestión relativa al funcionamiento mismo del Acuerdo citado, pero no contiene un derecho u obligación que recaiga directamente sobre los nacionales de los Estados partes contratantes del Acuerdo.

En ese sentido, el eventual desconocimiento de dicho Acuerdo Internacional por parte de las normas acusadas es un asunto que debe analizarse a la luz de los mecanismos de solución de controversias definido en tal instrumento internacional²⁷.

En esos términos me permito con todo respeto dejar sentada mi aclaración de voto,

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Fecha *ut supra*.

²⁷ “Artículo 11. Consultas y solución de diferencias. 1. Las disposiciones de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1994, desarrolladas y aplicadas en virtud del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, serán aplicables a la celebración de consultas y a la solución de diferencias en el marco del presente Acuerdo, salvo que en éste se disponga expresamente lo contrario. || 2. En una diferencia examinada en el marco del presente Acuerdo en la que se planteen cuestiones de carácter científico o técnico, el grupo especial correspondiente deberá pedir asesoramiento a expertos por él elegidos en consulta con las partes en la diferencia. A tal fin, el grupo especial podrá, cuando lo estime apropiado, establecer un grupo asesor de expertos técnicos o consultar a las organizaciones internacionales competentes, a petición de cualquiera de las partes en la diferencia o por propia iniciativa. || 3. Ninguna disposición del presente Acuerdo menoscabará los derechos que asistan a los Miembros en virtud de otros acuerdos internacionales, con inclusión del derecho de recurrir a los buenos oficios o a los mecanismos de solución de diferencias de otras organizaciones internacionales o establecidos en virtud de un acuerdo internacional.”