



SUMARIO SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

| | | |
|-----------------------------|--|---|
| DICTAMEN N° 010-2023 | Reclamo interpuesto por GASESOSAS COLOMBIANAS S.A.S., GASEOSAS LUX S.A.S. y NUTIMENTI DE COLOMBIA S.A.S. en contra de la República de Colombia (Ministerio de Salud y Protección Social), por presunto incumplimiento de los artículos 5, 6 y 8 de la Decisión Andina 827..... | 1 |
|-----------------------------|--|---|

DICTAMEN N° 010-2023

Reclamo interpuesto por GASESOSAS COLOMBIANAS S.A.S., GASEOSAS LUX S.A.S. y NUTIMENTI DE COLOMBIA S.A.S. en contra de la República de Colombia (Ministerio de Salud y Protección Social), por presunto incumplimiento de los artículos 5, 6 y 8 de la Decisión Andina 827

I. SUMILLA. -

- [1] Los señores Simón Hernández Rodríguez y Luis Ángel Madrid Berroterán en su calidad de apoderados especiales de las empresas GASESOSAS COLOMBIANAS S.A.S., GASEOSAS LUX S.A.S. y NUTIMENTI DE COLOMBIA S.A.S., en adelante la “Reclamante”, presentan ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, en adelante “SGCAN”, reclamo contra la República de Colombia (Ministerio de Salud y Protección Social), en adelante la “Reclamada”, por presunto incumplimiento de los artículos 5, 6 y 8 de la Decisión 827 “Lineamientos para la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad en los Países Miembros de la Comunidad Andina y a nivel comunitario”.
- [2] El presente Dictamen se emite en el marco de lo dispuesto en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TCTJCA) (Codificado en Decisión 472), la Decisión 623 (Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento) y la Decisión 425 (Reglamento de Procedimientos Administrativos de la SGCAN).

II. RELACIÓN DE LAS ACTUACIONES DEL PROCEDIMIENTO (ANTECEDENTES). -

- [3] Mediante escrito recibido por correo electrónico en la SGCAN, el 14 de abril de 2023, los señores Simón Hernández Rodríguez y Luis Ángel Madrid Berroterán, apoderados especiales de las empresas GASESOSAS COLOMBIANAS S.A.S., GASEOSAS LUX S.A.S. y NUTIMENTI DE COLOMBIA S.A.S, presentaron ante la SGCAN reclamo por presunto incumplimiento de los artículos 5, 6 y 8 de la Decisión 827, contra la República



de Colombia (Ministerio de Salud y Protección Social), el cual acompaña como prueba trece (13) anexos¹.

- [4] Con escrito remitido mediante correo electrónico y recibido formalmente por la SGCAN identificado con Número de Ingreso 1080, el 24 de abril de 2023, la Reclamante subsana las omisiones referidas por la SGCAN en la comunicación No. SG/E/SJ/638/2023 de fecha 19 de abril de 2023 e indica que ofrece como pruebas documentos en 05 anexos².
- [5] Con comunicación SG/E/SJ/729/2023 del 3 de mayo de 2023, la SGCAN notificó a la Reclamante el análisis de admisibilidad, admitiendo el reclamo, verificando que la documentación presentada se encontraba completa y conforme a lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Decisión 623 y dispuso su traslado al gobierno de la República de Colombia para su contestación y a los demás Países Miembros de la Comunidad Andina para que presenten los elementos de información que estimen necesarios.
- [6] A través de la comunicación SG/E/SJ/730/2023 del 3 de mayo de 2023, la SGCAN corrió traslado a la República de Colombia de la admisión del reclamo y se concedió un término de sesenta (60) días para la contestación de este.
- [7] Con comunicación SG/E/SJ/031/2023 del 3 de mayo de 2023, la SGCAN corrió traslado a los demás Países Miembros de la admisión del reclamo.
- [8] Con escrito de fecha 31 de mayo de 2023, recibido en la SGCAN con Número de Ingreso 1565 del 05 de junio de 2023, la Reclamada remite poder para actuar en representación de la República de Colombia al doctor Mauricio Salcedo, Jefe de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y, con correo

¹ Se deja constancia que el archivo electrónico contiene escrito de reclamo de fecha 14 de abril de 2023, identificado con Ingreso SGCAN 1001 y como Anexos enumera 13 pruebas:

Anexo-01: Poder otorgado por GASESOSAS COLOMBIANA S.A.S. a los solicitantes.

Anexo-02: Poder otorgado por GASESOSAS LUX S.A.S. a los solicitantes.

Anexo-03: Poder otorgado por NUTRIMENTI DE COLOMBIA S.A.S. a los solicitantes.

Anexo-04: Certificado de Existencia y Representación Legal de GASESOSAS COLOMBIANA S.A.S.

Anexo-05: Certificado de Existencia y Representación Legal de GASESOSAS LUZ S.A.S.

Anexo-06: Certificado de Existencia y Representación Legal de NUTRIMENTI DE COLOMBIA S.A.S.

Anexo-07: Organización Mundial de la Salud, Directriz: Ingesta de Azúcares para Adultos, Resumen, Ginebra, Suiza, 2015, WHO/NMH/NHD/15.2.

Anexo-08: Organización Panamericana de la Salud, Modelo de Perfil de Nutrientes, Washington D.C., Estados Unidos, 2016, ISBN 978-92-75-11873-3.

Anexo-09: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Gobierno de Colombia, Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 118-2022 Cámara, por el cual se propone la "Reforma Tributaria para la Igualdad y la Justicia Social", Bogotá D.C., Colombia, 2022.

Anexo-010: Vicente Ortún, Beatriz y López-Valcárcel y Jaime Pinilla, El Impuesto sobre Bebidas Azucaradas en España, Madrid, España, 2016, Rev. Esp. Salud Pública.

Anexo-011: Organización Mundial de la Salud, Plan de Acción para el Desarrollo e Implementación, Adquisiciones y Políticas de Servicio de Comida Pública para una Dieta Saludable, Ginebra, Suiza, 2021, ISBN 978-92-4-001834-1.

Anexo-012: Observaciones de la Cámara de la Industria de Alimentos de la Asociación Nacional de Industrias de Colombia – ANDI sobre el Proyecto de Resolución que modifica la Resolución 810 de 2021.

Anexo-013: Superintendencia delegada para la Protección de la Competencia, Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Concepto 22-367783-1-0 de 29 de septiembre de 2022.

² Se deja constancia que el archivo electrónico contiene escrito de subsanación recibido en la SGCAN el 24 de abril de 2023, identificado con Ingreso 1080 y como Anexos enumera 05 pruebas:

Anexo 1: Cédula de Ciudadanía, Tarjeta Profesional de Abogado y Certificado de Vigencia del doctor Luis Ángel Madrid Berroterán.

Anexo2: Cédula de Ciudadanía, Tarjeta Profesional de Abogado y Certificado de Vigencia del suscrito (sic).

Anexo3: Copia de la Resolución 2492 de 2022, en su versión expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social del Gobierno de Colombia.

Anexo 4: Copia de la Resolución 810 de 2021, en su versión expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social del Gobierno de Colombia.

Anexo 5: Copia de la Resolución 827 de la Comisión de la Comunidad Andina, en su versión disponible en la página *web* de la SGCAN.



electrónico del 19 de junio de 2023, recibido en la SGCAN en la misma fecha, se adjuntan los respectivos documentos legales.

- [9] Mediante comunicación SG/E/SJ/1147/2023 del 23 de junio de 2023, la SGCAN convocó a las Partes y a los demás Países Miembros a la reunión informativa para el día 28 de junio de 2023 a las 10:00 a.m. Hora Lima, conforme a lo previsto en el artículo 18 de la Decisión 623, con la finalidad de recabar más información complementaria³.
- [10] Por medio del Oficio No. 2-2023-017818 del 26 de junio de 2023, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la República de Colombia remitió la lista de sus funcionarios acreditados para la reunión informativa.
- [11] Por correo electrónico recibido el 27 de junio de 2023, con Número de Ingreso 1821 a la SGCAN, de la misma fecha, la Reclamante acredita los participantes a la reunión informativa.
- [12] El día 28 de junio de 2023 se realizó de manera virtual la reunión informativa dentro del proceso FP/06/2023, conforme a la última convocatoria realizada.
- [13] Por medio del Oficio Radicado No. 2-2023-018600 del 4 de julio de 2023⁴, la República de Colombia remite a la SGCAN su contestación al reclamo.
- [14] Mediante comunicación SG/E/SJ/1252/2023 del 07 de julio de 2023, la SGCAN acusó recibo de la contestación al reclamo, presentado por la reclamada mediante Oficio Radicado No. 2-2023-018600 del 4 de julio de 2023.
- [15] Con comunicación SG/E/SJ/1251/2023 de 7 de julio de 2023, la SGCAN corrió traslado a la Reclamante de la contestación al reclamo, presentado por la reclamada mediante Oficio No. 2-2023-018600 del 4 de julio de 2023.
- [16] Mediante comunicación SG/E/SJ/1251/2023 del 7 de julio de 2023, la SGCAN corrió traslado a los demás Países Miembros de la contestación al reclamo, presentado por la reclamada mediante Oficio No. 2-2023-018600 del 4 de julio de 2023.
- [17] Por medio de comunicación SG/E/SJ/1369/2023 del 19 de julio de 2023, la SGCAN remitió a las Partes Acta de Reunión Informativa, llevada a cabo el 28 de junio de 2023.

III. IDENTIFICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS O CONDUCTAS MATERIA DEL RECLAMO. -

- [18] La Reclamante en su escrito de reclamo señala que las medidas tomadas por la República de Colombia contenidas en el numeral 24.5 del artículo 4 de la Resolución 2492 de 2022⁵ por medio de la cual se modifica el artículo 25 de la Resolución 810 de 2021⁶; el inciso primero de la Tabla No. 17, el numeral 32.1, el numeral 32.2, el numeral 32.3 y la Figura No. 6 del artículo 5 de la Resolución 2492 de 2022 por medio de la cual

³Audiencia reprogramada previamente mediante comunicación SG/E/SJ/915/2023 del 24 de mayo de 2023.

⁴ Recibido en la SGCAN con Número de Ingreso 1889 el 04 de julio de 2023.

⁵ Anexo 3: Copia de la Resolución 2492 de 2022, en su versión expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social del Gobierno de Colombia, del escrito de subsanación del reclamo.

⁶ Anexo 4: Copia de la Resolución 810 de 2021, en su versión expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social del Gobierno de Colombia, del escrito de subsanación del reclamo.



se modifica el artículo 32 de la Resolución 810 de 2021 desconocen las reglas contenidas en los artículos 5, 6 y 8 de la Decisión 827, incumpliendo el el Derecho Comunitario Andino.

- [19] En particular las medidas que presuntamente constituyen un incumplimiento establecen:

El numeral 25.4 del artículo 4 de la Resolución 2492 de 2022 por medio de la cual se modifica el artículo 25 de la Resolución 810 de 2021: Prohibiciones en declaraciones de salud. Están prohibidas las siguientes declaraciones: 25.4. *Cuando un producto cuente con 1 o más rótulos frontales de advertencia, no podrá realizar declaraciones de propiedad de salud.*

El inciso primero, la Tabla No. 17, el numeral 32.1, el numeral 32.2, el numeral 32.3 y la Figura No. 6 del artículo 5 de la Resolución 2492 de 2022 por medio del cual se modifica el artículo 32 de la Resolución 810 de 2021: Etiquetado frontal de advertencia. Cuando un producto alimenticio procesado o ultraprocesado se le haya añadido sal/sodio, azúcares, grasas o edulcorantes y su contenido sea igual o supere el valor establecido en la Tabla No. 17 “Límites contenidos de nutrientes para establecimiento de rótulo de advertencia”, deberá rotular la o las características nutricionales relativas al nutriente adicionado y tener en cuenta las reglas para la interpretación de la Tabla No. 17 contenidas en los numerales: 32.1 Reglas para la aplicación de la tabla anterior; 32.2 Procedimiento para calcular los porcentajes establecidos en la Tabla No. 17; y, 32.3 Forma del rótulo frontal de advertencia.

IV. REUNIÓN INFORMATIVA

- [20] Respecto a las reuniones informativas, la Secretaría General de la Comunidad Andina ha preponderado la igualdad de trato a las Partes, garantizando el derecho de todos los interesados y el conocer la verdad sobre los procedimientos y formalidades.
- [21] Las facultades de la SGCAN para solicitar información en el marco de un procedimiento administrativo se encuentran dispuestas en el Acuerdo de Cartagena:

“Artículo 39.- En el caso de procedimientos que deban culminar en la adopción de una Resolución o Dictamen, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas de los Países Miembros, deberán colaborar con las investigaciones que realice la Secretaría General en el desarrollo de sus funciones y en tal sentido deberán suministrar la información que al efecto ésta les solicite.

La Secretaría General guardará la confidencialidad de los documentos e informaciones que le sean suministrados, de conformidad con las normas que al respecto se establezcan.”

- [22] Dichas facultades, en el caso específico de la fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento, se encuentran además establecidas en los artículos 2, 7 y 18 de la Decisión 623:

“Artículo 2.- En ejercicio de sus funciones otorgadas por los artículos 30 y 39 del Acuerdo de Cartagena, la Secretaría General podrá solicitar informaciones o mantener reuniones informativas dirigidas a velar por el cumplimiento del



ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y lo previsto en el presente reglamento.

Las autoridades de los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas colaborarán en las investigaciones, solicitudes de información o convocatorias que realice la Secretaría General en desarrollo del presente reglamento.”

[23] La reunión informativa se llevó a cabo el 28 de junio de 2023 con la presencia de las Partes intervinientes y oportunidad en la que expresaron los argumentos reflejados en el escrito de reclamo por parte de reclamante y argumentos sobre los cuales la reclamada sustentará su escrito de contestación del reclamo, así mismo la SGCAN realizó algunas preguntas para aclarar algunos aspectos.

[24] Para ilustración se resaltan algunos comentarios expresados por las Partes:
4.1 La Reclamante señaló, entre otros comentarios, lo siguiente:

Indicó que el proceso de expedición de las medidas incumplidas y de la Resolución 2492 no fue un proceso transparente; el Ministerio de Salud y Protección Social, entidad que profirió la Resolución 2492 y que contiene las medidas incumplidas por la República de Colombia no garantizó un tiempo suficiente y razonable para que los terceros y destinatarios de las medidas incumplidas presentaran sus observaciones respecto del AIN y, que la República de Colombia ha violado el artículo 5 que contiene el principio de transparencia, que debe verificar al momento de preparar una Resolución como aquella que contiene las medidas incumplidas.

Agregó que las medidas incumplidas no contribuyen a alcanzar el objetivo perseguido por el Reglamento Técnico, es decir no contribuyen a proporcionar al consumidor información nutricional clara y comprensible que permita proporcionar una alimentación balanceada y saludable para proteger la salud humana y prevenir daños a la misma como la obesidad y enfermedades no transmisibles. Específicamente sobre la regla de edulcorantes, contenida en la Tabla 17, consideró que impide alcanzar el objetivo, no permite al consumidor final tomar una decisión informada, porque no se tuvo en cuenta el CODEX (192 de 1995), norma internacional en las que debió basarse la República de Colombia, la cual exige que se le entregue una información cuantitativa, clara e inequívoca sobre la cantidad de edulcorantes de un determinado producto e incluyó contrariamente, solo una leyenda cualitativa. Igualmente, que una de las falencias de la norma contenidas en las reglas sobre el perfil de nutrientes es, que la regla de la adición de sodio va más allá a incluir dentro de sus cálculos de sodio, las calorías y el azúcar, algo que no estaba llamado a hacer.

Adicionalmente, la Reclamante indicó que esta norma debía cumplir con la instrucción del legislador y modificar las disposiciones de la Resolución 810 de conformidad con lo exigido por la Ley 2120 y, ésta exige que se reglamente los nutrientes críticos y, los edulcorantes no son nutrientes críticos. Agregó que, el grado de restricción de las medidas ha dicho la OMC no es necesario demostrar un efecto cualitativo sobre el comercio sino simplemente demostrar un análisis del diseño y la estructura de la medida, como el que se presentó en el escrito de incumplimiento. Y sobre el riesgo, indicó que nunca se ha discutido la importancia del objetivo perseguido ni el riesgo para la salud humana en el evento de no alcanzar el objetivo.

Concluyó, aduciendo que las medidas incumplidas infringen el artículo 5 de la Decisión 827 toda vez que hacen parte de un cuerpo normativo que no respetó el principio de transparencia durante su proceso de promulgación; las medidas incumplidas infringen el artículo 6 de la Decisión 827 toda vez que son unas normas que restringen el comercio más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo del comercio, que no se tuvieron en



cuenta los riesgos que se generarían al momento de su promulgación y, que son el reflejo de que la República de Colombia teniendo la posibilidad de continuar con una norma que no genere mayores costos de implementación a los usuarios, decidió implementar las medidas incumplidas que generan mayores costos de implementación y cumplimiento para los usuarios del comercio.

4.2 La Reclamada señaló, entre otros comentarios, lo siguiente:

Indicó que al expedir el Reglamento Técnico la República de Colombia actuó conforme al principio de transparencia, consagrado en el artículo 5 de la Decisión 827, que el reglamento técnico no es más restrictivo de lo necesario para perseguir un objetivo legítimo; y, que el modelo de perfil de nutrientes utilizado es una norma internacional, de acuerdo con el artículo 8 de la Decisión 827; agregó que Colombia dio pleno cumplimiento a los requisitos que en materia de publicación y notificación establece la Decisión Andina 827, esto significa que la actuación de Colombia fue transparente y abierta al público, en tanto se garantizó de manera plena la posibilidad de que la ciudadanía y los interesados y los demás países miembros conocieran, participaran, plantearan observaciones y cuestionaran la medida a través de los mecanismos dispuestos para ello.

Adicionalmente indicó que la Decisión Andina 827 en ningún momento establece la obligación de publicar este tipo de documentos previos, como el Análisis de Impacto Normativo, lo que se debe publicar según la Decisión Andina es el Proyecto de Reglamento Técnico o el Reglamento Técnico como tal, no obstante, el documento de Análisis de Impacto Normativo y el estudio realizado por la Universidad de Antioquia sí fue publicado por la República de Colombia sin estar la República de Colombia obligado a ello.

Comentó que, si la medida está justificada, persigue un objetivo legítimo y es idónea, el Estado puede cambiar, modificar un Reglamento Técnico en cualquier momento y, el Reglamento Técnico está plenamente justificado, se basa en evidencia científica, persigue un objetivo legítimo y es una medida idónea, necesaria para salvaguardar la salud pública y la vida de los colombianos y, el adecuado funcionamiento del sistema de salud.

Finalmente, respecto de que la medida adoptada por Colombia vulnera o excede la Ley 2120 de 2021, señaló que lo primero es que el objeto de la acción de este procedimiento de incumplimiento, enmarcada en las normas comunitarias no es para entrar a corroborar si la medida adoptada por Colombia, en este caso, vulnera o no las normas internas de Colombia, esto excede y desborda completamente el objeto de la acción de incumplimiento. Argumentó que el objetivo perseguido por la medida es la protección a la salud y la vida de las personas y que, si bien es cierto que la Decisión 827 menciona el derecho de la OMC, el derecho de aplicación en el presente caso es el derecho andino.

La Reclamada indicó que la medida establecida es idónea, proporcional e insustituible; el etiquetado frontal de alimentos ha sido identificada en el mundo como una medida adecuada para prevenir el aumento en las enfermedades no transmisibles, en otorgar información al consumidor para que este de manera informada con información clara, suficiente, disponible, veraz tome una decisión de consumo frente a los productos que tiene para su elección; cuando se ponen estas etiquetas en la parte frontal de los productos, el consumidor puede elegir el producto que contenga menos etiquetas para identificar cual sería el producto más saludable disponible en el mercado, esto inmediatamente tiene la consecuencia de la disminución de enfermedades no transmisibles y el incentivo de hábitos de vida saludables, en ese sentido la medida es causal; es proporcional porque no es una medida excesiva para conseguir la finalidad perseguida, para que el consumidor con la información tome una decisión para mejorar



su salud, y, adicionalmente la medida se toma como causa directa del incremento de las enfermedades no transmisibles; y no es discriminatoria porque el Reglamento Técnico establece que se aplicará para todos los productos envasados y empaquetados que sean nacionales o extranjeros dentro del territorio colombiano; y, finalmente el requisito de insustituibilidad se hace evidente con el análisis de costo beneficio en la implementación de estas medidas, el beneficio que trae la medida es la disminución de las enfermedades transmisibles y por lo tanto la disminución en la muerte de las personas.

Finalmente, se indicó que el artículo 8 también fue cumplido, en la medida que el modelo de perfil de nutrientes establecido por la Organización Panamericana de la Salud es una norma internacional, por cuanto es evidente que éste si es un organismo internacional, al clasificarse como sede de las Américas de la Organización Mundial de la Salud; adicionalmente, el *Códex Alimentarius* no es una herramienta eficaz porque no indica el contenido de nutrientes que deberá establecer en excesos para su etiquetado, y que en todo caso, fue utilizado como base para la implementación de la Resolución 810 de 2020.

Adicionalmente, teniendo en cuenta las preguntas y respuestas dadas por la Reclamante y la Reclamada al final de la reunión informativa, se aportaron elementos de juicio para el entendido relacionados con el *Codex Alimentarius* y el perfil de nutrientes de la OPS, si son o no normas internacionales, así como el significado de la expresión “contiene edulcorantes”.

V. ARGUMENTOS DE LAS PARTES. -

5.1. Argumentos de la Reclamante

La Reclamante en su escrito ha presentado los siguientes argumentos:

5.1.1. Identificación de las medidas que constituyen incumplimiento e identificación de normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina objeto de incumplimiento:

[25] La Reclamante en su escrito de reclamo indican que las medidas tomadas por la República de Colombia contenidas en el numeral 24.5 del artículo 4 de la Resolución 2492 de 2022⁷ por medio de la cual se modifica el artículo 25 de la Resolución 810 de 2021⁸ y el inciso primero de la Tabla No. 17, el numeral 32.1, el numeral 32.3 y la Figura No. 6 del artículo 5 de la Resolución 2492 de 2022 por medio de la cual se modifica el artículo 32 de la Resolución 810 de 2021 desconocen el Derecho Comunitario Andino e infringen las normas contenidas en particular, los artículos 5, 6 y 8 de la Decisión 827, concretamente las medidas incumplidas son:

El numeral 25.4 del artículo 4 de la Resolución 2492 de 2022 por medio de la cual se modifica el artículo 25 de la Resolución 810 de 2021: Prohibiciones en declaraciones de salud. Están prohibidas las siguientes declaraciones: 25.4. *Cuando un producto cuente con 1 o más rótulos frontales de advertencia, no podrá realizar declaraciones de propiedad de salud.*

El inciso primero, la Tabla No. 17, el numeral 32.1, el numeral 32.2, el numeral 32.3 y la Figura No. 6 del artículo 5 de la Resolución 2492 de 2022 por medio del cual se modifica el artículo 32 de la Resolución 810 de 2021: Sobre el Etiquetado frontal de advertencia. *Cuando un producto alimenticio procesado o ultraprocesado se le haya añadido sal/sodio, azúcares, grasas o edulcorantes y su contenido sea igual o supere el valor establecido en la Tabla No. 17 “Límites contenidos de nutrientes para establecimiento de rótulo de*

⁷ Anexo 3: Copia de la Resolución 2492 de 2022, en su versión expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social del Gobierno de Colombia, del escrito de subsanación del reclamo.

⁸ Anexo 4: Copia de la Resolución 810 de 2021, en su versión expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social del Gobierno de Colombia, del escrito de subsanación del reclamo.



advertencia”, deberá rotular la o las características nutricionales relativas al nutriente adicionado y tener en cuenta las reglas para la interpretación de la Tabla No. 17 contenidas en los numerales: 32.1 Reglas para la aplicación de la tabla anterior; 32.2 Procedimiento para calcular los porcentajes establecidos en la Tabla No. 17; y, 32.3 Forma del rótulo frontal de advertencia.

5.1.2. Cuestiones preliminares

5.1.2.1. Legitimación en la causa por activa

- [26] Considera la Reclamante que se han afectado los intereses de las empresas por los siguientes argumentos: **“Primero**, la afectación a sus derechos subjetivos e intereses legítimos es presente y vigente al momento de la presentación de este escrito. En efecto, los cambios normativos generados por las Medidas Incumplidas, las cuales se encuentren en plena vigencia, están afectando los derechos subjetivos e intereses legítimos de la Parte Solicitante quien se ha visto obligada a la implementación inmediata de las mismas. La afectación que alega la Parte Solicitante no ha sido superada y tienen relevancia actualmente. **Segundo**, la afectación generada a la Parte Solicitante es consecuencia directa e inmediata de los cambios normativos generados por las Medidas Incumplidas y no median otras circunstancias o factores. **Tercero**, tal como se demuestra en la Sección 5.4.3 de este documento, la afectación es objetivamente verificable y no se basa en supuestos o situaciones hipotéticas. **Cuarto**, las fórmulas y ejercicios matemáticos que se desarrollan en la Sección 5.4.1.2.1 de este escrito, se aplican a situaciones y productos específicos y particulares de la Parte Solicitante por lo que no se están alegando afectaciones genéricas o abstractas. **Quinto**, la afectación generada a la Parte Solicitante es resultado directo de las Medidas Incumplidas y no es el resultado de acciones u omisiones de terceros diferentes a la República de Colombia. **Sexto**, este escrito se presenta en un plazo razonable desde que se produjo la afectación con la promulgación de las Medidas Incumplidas el 13 de diciembre de 2022. De igual manera, se advierte que este escrito se presenta en un plazo razonable antes de que se generen sobrecostos aún mayores a la Parte Solicitante como consecuencia de la implementación de las Medidas Incumplidas. **Séptimo**, en presente caso ha operado una afectación real y concreta a los derechos subjetivos e intereses legítimos de la Parte Solicitante tal y como se demuestra en la Sección 5.4.3 de este escrito”.

- [27] Continúa la Reclamante indicando que la afectación al derecho subjetivo e intereses legítimos cumple con los criterios señalados por la jurisprudencia del TJCA señalada en su escrito de reclamo y solicita a la Secretaría General declarar la procedencia de esta solicitud.

5.1.2.2 Aplicación de la normativa y la jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio para la interpretación del Derecho Comunitario Andino

- [28] Indica la Reclamante que el Derecho Comunitario Andino y, en específico, las disposiciones de la Decisión 827, están llamados a ser interpretados de conformidad con lo establecido en la normativa y jurisprudencia de la OMC, por cuanto en el artículo 5 de la Decisión 827 se hace referencia expresa a la normativa de la OMC y, obliga a regir la elaboración de los reglamentos técnicos de acuerdo a los principios establecidos en el marco de la OMC, por lo que concluye que la jurisprudencia interpretativa del Acuerdo OTC es pertinente y relevante para orientar la interpretación de la Decisión 827; que a su vez, el Acuerdo OTC y la Decisión 827 comparten el mismo objeto y propósito de evitar



que los reglamentos técnicos se constituyan en o creen obstáculos técnicos innecesarios al comercio y, que el mismo Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha utilizado la normativa y la jurisprudencia de la OMC para interpretar el Derecho Comunitario Andino y cita como “ (...) en el Proceso 03-AI-2006, el TJCA trajo al caso las conclusiones del Órgano de Apelación de la OMC en el asunto Estados Unidos – Juegos de Azar para interpretar el concepto de necesidad previsto en el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena (...)”⁹

[29] **5.1.3. De las cuestiones de Fondo**

[30] La Reclamante en su escrito de reclamo señala que las Medidas Incumplidas por la República de Colombia **desconocen el principio de transparencia contenido en el artículo 5° de la Decisión 706**, al respecto argumenta que:

[31] *“El MSPS no garantizó un proceso abierto, accesible y predecible en la elaboración del reglamento técnico, en cuanto no permitió acceso oportuno al Análisis de Impacto Normativo (AIN) Ex post. Esto impidió a los terceros interesados ejercer su derecho de participación y construcción de observaciones respecto de los documentos base sobre los que se justificó la implementación de las Medidas Incumplidas, incluyendo pronunciarse sobre un estudio realizado por la Universidad de Antioquia que desbordaba el mandato previsto en el artículo 5 de la ley 2120 de 2021. La notificación realizada en los términos del Acuerdo OTC no es suficiente para satisfacer el principio de transparencia, dado que el MSPS no garantizó un proceso de transparencia completo y adecuado en el marco del proceso regulatorio;*

[32] *No se garantizó un proceso abierto, accesible y predecible en la elaboración de las Medidas Incumplidas, lo cual va en contra de los principios del Acuerdo OTC y del Derecho Comunitario Andino. Además, no se garantizó una revisión detallada desde el punto de vista jurídico y técnico que permitiera evaluar la propuesta de modificación realizada por el MSPS, en relación con el marco técnico y científico disponible;*

[33] *El MSPS no garantizó un tiempo suficiente para que los terceros interesados y destinatarios de las Medidas Incumplidas presentaran sus observaciones respecto del Análisis de Impacto Normativo (AIN) Ex post, infringiendo el principio de transparencia y vulnerando el debido proceso. La falta de divulgación completa y accesible de información relevante y el incumplimiento de garantizar un tiempo adecuado para la participación de la comunidad en la toma de decisiones afectan negativamente a miembros y actores privados, tanto nacionales como extranjeros, y comprometen la legitimidad de la medida adoptada;*

[34] *El MSPS no fue transparente ni garantizó la accesibilidad en los procesos administrativos, impidiendo a los terceros interesados conocer y contradecir los procedimientos y fundamentos utilizados por las autoridades estatales a través de la divulgación completa de actos gubernamentales. La falta de acceso oportuno al Análisis de Impacto Normativo (AIN) Ex post y al estudio de la Universidad de Antioquia constituye una vulneración al principio de transparencia y afecta negativamente a miembros, personas privadas y empresas, independientemente de su nacionalidad; y*

⁹ Escrito de Reclamación, numeral 5.2, indicador Tercero, página 17 (Sentencia del Tribunal de Justicia de la CAN, proferida el 30 de octubre de 2008 dentro del Proceso 03-AI-2006.



- [35] *El incumplimiento de este principio socava la confianza y la cooperación entre los países miembros, afectar negativamente al comercio regional y comprometer los objetivos de integración y desarrollo sostenible de la Comunidad Andina*¹⁰.
- [36] La Reclamante en su escrito de reclamo señala que las Medidas Incumplidas por la República de Colombia contravienen **las reglas contenidas en el artículo 6° de la Decisión 706** y, para demostrar la presunta violación presenta un análisis respecto de:
- [37] El **grado de contribución de la medida al cumplimiento del objetivo legítimo**¹¹, exponiendo de forma extensa de cómo el **perfil nutricional**, ejemplificando matemáticamente, *somete a los productores a rotular con sello de advertencia de EXCESO EN AZUCAR así se añadan cantidades mínimas o marginales de azúcar libre a sus productos, incluir la leyenda CONTIENE EDULCORANTES* (de forma cualitativa y no cuantitativa) *induce al error al consumidor sobre las dosis o cantidades máximas de aditivos alimentarios incluidos en el producto*, lo que alegan que estaría en contraste con el mandato del Codex Stan 192-1995¹² revisión 2021, donde *requieren que se brinde al consumidor una información cuantitativa, clara y sin lugar a equívocos, sobre la cantidad de edulcorantes que lleva un determinado producto*. Del mismo modo, señalan que, *la prohibición de declaraciones de propiedades nutricionales contenida en el artículo 3 de la Resolución 2492 de 2022, impide alcanzar el objetivo perseguido por el Reglamento Técnico*. Siendo estos los argumentos por los que se señala que la medida *impide alcanzar el objetivo del Reglamento Técnico pues no proporcionan al consumidor información nutricional clara y comprensible impidiéndole llevar una alimentación balanceada y saludable para proteger la salud humana y prevenir posibles daños a la misma como la obesidad y las enfermedades no trasmisibles*.
- [38] **El grado de restricción del comercio**¹³ donde refieren a la conclusión de un caso de la OMC en el que señalan, que el grado de restricción del comercio de una determinada medida dependerá de las circunstancias de cada caso en concreto y señaló que *tal demostración puede estar basada en argumentos cualitativos y no sólo cuantitativos, incluyendo un análisis de las características de la medida impugnada tales como su diseño*". En ese sentido, indican que con la evaluación cualitativa realizada en la Sección 5.4.1.2 del reclamo *permite concluir que su diseño y funcionamiento modifican las condiciones de mercado y competencia en perjuicio de los productores, consumidores y de la Parte Solicitante*. En ese sentido, *obligar al productor a incluir rótulos Exceso en azúcar, cuando se agregaron cantidades mínimas, o las demás descritas, constituyen en una restricción al comercio*.
- [39] El análisis también señala¹⁴ que *no discuten que "existe un alto riesgo para la salud humana en el evento de no alcanzar el objetivo perseguido por el Reglamento Técnico"*.
- [40] Presentan también **las posibles medidas alternativas**¹⁵ que permiten alcanzar el nivel deseado de protección, tales como: *Mantener la regulación contenida en la Resolución 810 de 2021, Impuestos saludables, Políticas y programas de fortalecimiento y fomento de la actividad física, Políticas y programas de educación a los consumidores sobre el*

¹⁰ Escrito de Reclamo, numeral 5.3, página 24.

¹¹ Numeral 5.4.1.2 del reclamo.

¹² Norma General para los Aditivos alimentarios.

¹³ Numeral 5.4.1.3 del reclamo.

¹⁴ Números 5.4.1.4 y 5.4.2 del reclamo.

¹⁵ Numeral 5.4.1.5 del reclamo.

consumo responsable. Con el desarrollo de las medidas alternativas, concluyen que “Colombia tiene a su alcance medidas alternativas, algunas que ya se encontraba disponibles al momento de la expedición de las Medidas Incumplidas, para alcanzar el objetivo de proporcionar al consumidor conocer una información nutricional clara y comprensible que le permita tener una alimentación balanceada y saludable para proteger su salud y prevenir posibles daños a la misma como la obesidad y las enfermedades no transmisibles (...) medidas alternativas menos restrictivas al comercio y razonablemente disponibles, que hacen una contribución equivalente, y “más potente” al objetivo perseguido por el Reglamento Técnico (...)”.

- [41] Del mismo modo, señalaron que “Colombia ya contaba con regulación que generan menores costos de implementación y cumplimiento para los usuarios y para el comercio”.
- [42] Finalmente, concluyen que “las reglas sobre la adición de sodio, azúcares y grasas contenidas en la Tabla No. 17 y los literales a), b), c) y d) del numeral 32.2 del artículo 5 de la Resolución 2492 de 2022, la regla sobre la adición de edulcorantes contenida en la Tabla No. 17 y en el numeral 32.3 del artículo 5 de la Resolución 2492 de 2022 y la prohibición de las declaraciones de propiedades nutricionales contenida en el artículo 5 de la Resolución 2492 de 2022 son innecesarias pues no contribuyen a alcanzar el objetivo perseguido por el Reglamento Técnico, son restrictivas del comercio y existen medidas alternativas razonablemente disponibles para Colombia que permiten alcanzar el nivel de protección deseado”.
- [43] La Reclamante en su escrito de reclamo señala que las Medidas Incumplidas por la República de Colombia **contravienen las reglas contenidas en el artículo 8° de la Decisión 706** y, sostienen que:
- [44] “El perfil de nutrientes de la OPS incorporado al Reglamento Técnico mediante las Medidas Incumplidas no es una “norma internacional” en los términos del artículo 8 de la Decisión 827.”
- [45] Concluye la Reclamante que “el Modelo de Perfil de Nutrientes de la OPS no es una norma internacional en los términos del artículo 8 de la Decisión 827 por no reunir los requisitos fijados por la jurisprudencia de la OMC y por haber sido proferido por una institución regional.”¹⁶
- [46] Indica además que “en las Consideraciones de la Resolución 2492 de 2022 no se encuentra anotación u observación alguna sobre si las normas internacionales o sus elementos pertinentes contenidos en el Codex Alimentarius, existentes y aplicables en la materia, eran ineficaces o inapropiados para la consecución del objetivo del Reglamento Técnico”¹⁷.
- [47] Finaliza la Reclamante concluyendo “(...)Las Medidas Incumplidas tienen como fundamento, en algunos de sus apartes, en recomendaciones hechas por la OPS, organización de carácter regional; En la elaboración de las Medidas Incumplidas no se usó como base normas internacionales en materia de aditivos alimentarios y etiquetado nutricional; Dichas normas internacionales han sido adoptadas por la Comisión del Codex

¹⁶ Numeral 5.5.1 del reclamo.

¹⁷ Numeral 5.5.2 del escrito de Reclamo.



Alimentarius, organización cuyo carácter internacional ha sido reconocido por la OMC y la OMS; Las Medidas Incumplidas ordenan imponer rótulos de advertencia en la presencia de cualquier porcentaje de edulcorantes, en desconocimiento de las normas internacionales del Codex Alimentarius que clasifican a estos como aditivos (más no como nutrientes) y que establecen una ingesta diaria admisible o inocua de acuerdo a dosis máximas; y Las Medidas Incumplidas prohíben la declaración de nutrientes en la presencia de rótulos frontales de advertencia, en contravención de la norma internacional del Codex Alimentarius que establece el derecho del consumidor a contar con la mayor información sobre el alimento respectivo y del fabricante, a ofrecer al consumidor información nutricional complementaria”¹⁸.

- [48] Señala que en la elaboración de la modificatoria de la Resolución 810, se prescindió del uso de las normas internacionales o sus elementos relevantes como base de las mismas (y al contravenirlas ostensiblemente), sino que ello no está justificado por alguna condición de ineficacia o inconveniencia de tales estándares internacionales.
- [49] En el escrito de reclamo la Reclamante señala expresamente “*que ninguna de estas sociedades ha acudido simultáneamente y por la misma causa del presente asunto ante un tribunal nacional*”¹⁹.
- [50] En este contexto, la Reclamante solicitó a la SGCAN que, con fundamento en lo expuesto en el escrito de Reclamo, declarar que las Medidas Incumplidas desconocen e infringen las normas contenidas en los artículos 5, 6 y 8 de la Decisión 827.

5.2. Argumentos de la Reclamada

- [51] Mediante Oficio Radicado No. 2-2023-018600 del 4 de julio de 2023²⁰, la Reclamada presentó a la SGCAN su contestación al reclamo y sobre lo allí indicado se extraen los siguientes argumentos.

ASPECTOS DE FONDO RESPECTO DEL RECLAMO

- [52] **La República de Colombia, al expedir el reglamento técnico, actuó conforme al principio de transparencia consagrado en el artículo 5 de la Decisión 827.** La Reclamada indicó como principales argumentos del reclamo: “(1) *El Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) actuó conforme al ordenamiento jurídico andino respecto de la publicación y notificación de reglamentos técnicos; (2) al proferir la Resolución 2492 la República de Colombia actuó bajo el principio de transparencia andino; (3) si bien el Acuerdo OTC establece la obligación de consulta/publicación previa, los documentos alegados por la contraparte no están sujetos a publicación y; (4) la actuación del MSPS, que fue conforme con el artículo 5 de la ley 2120 de 2021, no es objeto de estudio por parte de la SGCA. En todo caso, el MSPS actuó conforme con lo establecido con dicha norma”.*
- [53] Continúa indicando que “(...) *el ordenamiento jurídico comunitario no exige que, de manera previa o posterior, junto con el proyecto o texto final del reglamento técnico, se publiquen otros documentos relacionados con este. El Análisis de Impacto Normativo (AIN) y el estudio realizado por la Universidad de Antioquia (EUA) son documentos de*

¹⁸ Escrito de Reclamo, página 57

¹⁹ Anexos del escrito de Reclamo de fecha 14 de abril de 2023.

²⁰ Recibido en la SGCAN con Número de Ingreso 1889 el 04 de julio de 2023.

estudio expedidos por el MSPS previa expedición de la Resolución 2492, éstos no son el reglamento técnico per se. En consecuencia, ni al AIN ni al EUA se les deben aplicar las normas señaladas Decisión 827, ya que dicho requisito solo recae sobre el reglamento técnico o su modificación y no sobre algún otro tipo de documento. A pesar de lo anterior, y sin estar obligado a hacerlo Colombia puso a disposición del público e interesados el Análisis de Impacto Normativo Ex post y el estudio realizado por la Universidad de Antioquia”.

- [54] Comenta que “la República de Colombia publicó y notificó el reglamento técnico modificado por la Resolución 2492 de acuerdo con lo señalado en la Decisión 827, de forma que se garantizó de manera plena la posibilidad de que el público y los interesados conocieran, participaran, plantearan observaciones y cuestionaran la medida adoptada, usando los canales y procedimientos establecidos para dicho efecto. De esta manera, carece de total fundamento el argumento según el cual se obstaculizó la posibilidad para conocer y cuestionar la medida adoptada de manera oportuna” y, “que estudiar si la Resolución 2492 o uno de los estudios contratados por el MSPS son contrarios o no a las normas colombianas, no es objeto de estudio por parte de la SGCA ya que esto desborda completamente el objeto y finalidad de la acción de incumplimiento establecida en el ordenamiento jurídico andino. Así como que en todo caso, la modificación al reglamento técnico contenida en la Resolución 2492 es acorde por cuando no excede lo señalado en la ley 2120 de 2021”.
- [55] Además, consideró “La República de Colombia publicó y notificó el reglamento técnico modificado por la Resolución 2492 de acuerdo con lo señalado en la Decisión 827, de forma que se garantizó de manera plena la posibilidad de que el público y los interesados conocieran, participaran, plantearan observaciones y cuestionaran la medida adoptada, usando los canales y procedimientos establecidos para dicho efecto. Así mismo, y sin estar obligado a hacerlo Colombia puso a disposición del público e interesados el Análisis de Impacto Normativo Ex post y el estudio realizado por la Universidad de Antioquia” y, complementa más adelante “... De esta manera, carece de total fundamento el argumento según el cual se obstaculizó la posibilidad para conocer y cuestionar la medida adoptada de manera oportuna”.
- [56] Continuó su argumentación para manifestar que: “(1) El MSPS actuó conforme al ordenamiento jurídico andino existe sobre publicación de reglamentos técnicos; (2) al proferir la Resolución 2492 la República de Colombia actuó bajo el principio de transparencia andino; (3) si bien el Acuerdo OTC establece la obligación de consulta/publicación previa, los documentos alegados por la contraparte no son sujetos de la publicación anterior y; (4) la actuación del Ministerio de Salud y Protección Social conforme con el artículo 5 de la ley 2120 de 2021 no es objeto de estudio por parte de la SGCA.”
- [57] Comenta a su vez que “Resulta oportuno precisar que el ordenamiento jurídico comunitario no exige que, de manera previa o posterior, junto con el proyecto o texto final del reglamento técnico, se publiquen otros documentos relacionados con este. El Análisis de Impacto Normativo (AIN) y el estudio realizado por la Universidad de Antioquia (EUA) son documentos de estudio expedidos por el MSPS previa expedición de la Resolución 2492, éstos no son el reglamento técnico per se. En consecuencia, ni al AIN ni al EUA se les deben aplicar las normas señaladas Decisión 827, ya que dicho requisito solo recae sobre el reglamento técnico o su modificación y no sobre algún otro tipo de documento”.

- [58] *“El proyecto de la Resolución 2492 se publicó para participación ciudadana en un medio electrónico oficial del MSPS (página web - Repositorio Institucional Digital), entre el 1 y el 31 de agosto del año 2022, tal y como se indicó en los considerandos de la Resolución 2492.9 En este sentido, se brindó un tiempo razonable para que la ciudadanía e interesados presentaran sus cometarios y reparos al reglamento técnico, y se dio cumplimiento a cabalidad a lo establecido en la Decisión 827 en materia de publicación” y adicionalmente indica que “el texto final de la Resolución 2492 se publicó en un medio electrónico oficial del MSPS (página web - normativa resoluciones),¹⁰ tal y como se encuentra evidenciado con las pruebas que se allegan junto con el presente escrito”.*
- [59] *Continúa la Reclamada “la notificación del proyecto de Resolución 2492 fue realizada de acuerdo con lo establecido en la Decisión 827, de manera que la medida se puso en conocimiento de los Países Miembros de la CAN y demás interesados, para que pudieran presentar sus observaciones correspondientes. En este sentido, tanto el formulario correspondiente, como el texto completo de la medida constan en el Sistema de Información de Notificación y Reglamentación Técnica de la CAN (SIRT)”.*
- [60] *Sobre el principio de transparencia, argumenta que: “El principio de transparencia establecido en el ordenamiento jurídico andino implica que los países miembros tienen el deber de poner a disposición del público, de los interesados y de los demás países miembros, las leyes, reglamentos, procedimientos, resoluciones y en general, cualquier medida que se refiera a un asunto comprendido en el ordenamiento jurídico andino. En este sentido, se debe garantizar la publicidad, el acceso y el conocimiento de las medidas que adopten los países miembros en asuntos regulados en el derecho andino. En ese sentido, Colombia con la adopción de la Resolución 2492, fue transparente y abierta al público e interesados, debido a que se brindó acceso y conocimiento oportuno de la medida en los términos señalados por la Decisión 827”.*
- [61] *Así mismo hizo énfasis en “reiterar que la publicación y notificación a la que hace referencia la Decisión 827, debe realizarse específicamente sobre el reglamento técnico o su modificación y no sobre documentos adicionales o diferentes a aquel como el AIN y el EUA. En consecuencia, al haber publicado y notificado la Resolución 2492 de acuerdo con todos los requisitos que prevé la Decisión 827, es indiscutible que Colombia actuó conforme al principio de transparencia previsto en el artículo 5 de dicha Decisión. Lo anterior, por cuanto se garantizó la publicidad, conocimiento y acceso del reglamento técnico, siguiendo con todos los postulados que prevé la norma comunitaria.”*
- [62] *Agrega que “la Decisión 827 y demás normas comunitarias aplicables en este caso, no establecen un derecho de legítima confianza que impida que los Países Miembros puedan ejercer su facultad regulatoria, de tal forma que un reglamento técnico no pueda ser modificado o cambiado sino hasta que transcurra un determinado periodo de tiempo. Por el contrario, en cualquier momento y siempre que se cumplan los principios y reglas establecidos en la Decisión 827, un País Miembro puede adoptar, cambiar o modificar un reglamento técnico. Así entonces, carece de fundamento el argumento según el cual, al modificarse el reglamento técnico, Colombia vulneró los derechos de las reclamantes junto con su legítima confianza.”*
- [63] *Continuando expresó que: “La República de Colombia actuó conforme a los principios establecidos en el Acuerdo OTC respecto a la publicación y notificación de los*

reglamentos técnicos ya que: de acuerdo con el derecho de la OMC el AIN y del EUA no son objeto de publicación y; en todo caso, Colombia, sin estar obligada a ello, publicó y puso a disposición de todos los interesados el documento de AIN y el EUA, yendo aún más a allá de lo previsto en las normas internacionales estudiadas en materia de transparencia.”

- [64] Como complemento a lo ya indicado anteriormente la Reclamada indica que “La actuación del Ministerio de Salud y Protección Social de conformidad con el artículo 5 de la ley 2120 de 2021 no es objeto de estudio por parte de la SGCA. En todo caso, el MSPS actuó conforme con lo establecido en dicha norma. Estudiar si la Resolución 2492 o uno de los estudios contratados por el MSPS son contrarios o no a las normas colombianas, no es objeto de estudio por parte de la SGCA ya que esto desborda completamente el objeto y finalidad de la acción de incumplimiento establecida en el ordenamiento jurídico andino. En todo caso, la modificación al reglamento técnico contenida en la Resolución 2492 es acorde por cuando no excede lo señalado en la ley 2120 de 2021”.
- [65] **El reglamento técnico expedido por la República de Colombia no restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo perseguido y, por lo tanto, actuó de acuerdo con lo establecido en artículo 6 de la Decisión 827.** Manifiesta la Reclamada que “La República Colombia ha actuado en cumplimiento del artículo 6 por cuanto el reglamento técnico sobre etiquetado nutricional y frontal para alimentos envasados y empacados para consumo humano, contenido en la Resolución 810 de 2021, modificado por la Resolución 2492 de 2022, no restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo, siendo ésta, entre las opciones posibles, aquella que genera menores costos de implementación y cumplimiento para los usuarios y para el comercio”.
- [66] Adicionalmente indica que “El reglamento técnico expedido por la República de Colombia persigue el objetivo legítimo de protección a la salud y la vida de las personas, ya que cuando al consumidor se le proporciona información suficientemente clara, oportuna, veraz, idónea y comprensible sobre los componentes excesivos de los alimentos, se fomentan hábitos alimentarios saludables y, por consiguiente, se reduce la aparición de enfermedades no transmisibles,”
- [67] Agrega que “El objetivo perseguido por la República de Colombia con la expedición del reglamento técnico, pretende proporcionar al consumidor final una información nutricional lo suficientemente clara y comprensible sobre el producto, prevenir prácticas que induzcan a engaño o error, permitir al consumidor efectuar una elección informada para fomentar hábitos de vida saludables que permitan la disminución en la aparición de enfermedades no transmisibles es evidentemente legítimo.”
- [68] Así mismo indica que “El reglamento técnico expedido por la República de Colombia no restringe el comercio más de lo necesario para el cumplimiento del objetivo legítimo ya que este se enmarca en los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico andino para dicho fin. El reglamento técnico cumple con la causalidad directa e inmediata requerida por cuanto es una medida idónea para evitar el daño sobre la salud y vida de las personas; es proporcional ya que no es una medida que resulte excesiva respecto de la finalidad que persigue y; es insustituible, ya que, impone los menores costos al consumidor y al comercio subregional. En todo caso y, a pesar de no ser el derecho

aplicable a la controversia actual, contrario a lo argumentado por las reclamantes, el reglamento técnico cumple con el test de necesidad establecido por la jurisprudencia de la OMC para artículo 2.2. del Acuerdo OTC ya que éste contribuye a la consecución del objetivo legítimo, no restringe el comercio y no existen medidas alternativas diferentes al reglamento técnico que permitan contribuir al objetivo legítimo con el mismo grado de eficacia.”

- [69] Concluye la Reclamada que: “... el reglamento técnico cumple con el requisito de causalidad directa e inmediata, ya que, de acuerdo con la evidencia científica disponible y verificable sobre la materia, es la medida idónea para la prevención del riesgo a la salud y la vida de las personas.”
- [70] Considera que “El reglamento técnico no es una medida excesiva respecto de la finalidad perseguida, ya que ésta se expide como causa directa e inmediata para la solución del problema y, no es en ningún caso discriminatoria” y “se expide como causa directa e inmediata del aumento de ENT en Colombia”.
- [71] La Reclamada argumenta, “que **el reglamento técnico es proporcional** por cuanto es una medida impuesta como causa directa e inmediata al aumento en las enfermedades no transmisibles y, no es una medida discriminatoria por cuanto su aplicación se predica de productos envasados o empacados procesados y ultraprocesados importados o nacionales comercializados en Colombia”.
- [72] Además, concluye que “el reglamento técnico cumple con el requisito de causalidad por cuanto la medida es adecuada para el cumplimiento del objetivo legítimo; es proporcional por cuanto surge de manera directa e inmediata para combatir el aumento en la aparición de enfermedades no transmisibles y; es insustituible por cuanto es la medida que genera menores costos al consumidor y al comercio subregional frente a los beneficios que comparativamente ésta otorga. Lo anterior permite concluir que la medida no restringe el comercio más de lo necesario para el cumplimiento del objetivo legítimo perseguido.”
- [73] Agrega que “el perfil nutricional contenido el artículo 32 de la Resolución 810 de 2021, modificado por artículo 5 de la Resolución 2492 sí contribuye a la protección del objetivo legítimo perseguido ya que los edulcorantes no son clasificados como nutrientes críticos sino como sustancias químicas consumidas en un producto y el Modelo de Perfil de Nutrientes pretende que “los alimentos cumplan con una composición calórica establecida para una dieta diaria” y establece alimentos exceptuados de la aplicación del etiquetado”. Y concluye que: “el reglamento técnico sí contribuye a la protección de la salud y la vida de las personas.”
- [74] Adicionalmente expone que “las reclamantes fallaron en demostrar el grado de restrictividad del comercio que proporciona la medida y, en consecuencia, es posible concluir que el reglamento técnico no restringe el comercio más de lo necesario para el cumplimiento del objetivo legítimo. Y concluye que
- [75] “La falta de implementación de la medida hace evidente la materialización del riesgo. El aumento en la aparición de enfermedades no trasmisibles por el desconocimiento del consumidor de los productos que consume provocaría que cada día mueran más personas a causa de diabetes o enfermedades cardiovasculares provocadas por el



consumo de alimentos poco saludables. Es por lo anterior que, implementar la medida permite evitar la materialización del riesgo sobre la vida y la salud de las personas.”

- [76] Así mismo indica que “ si no se interviene a través de una medida adecuada, como lo es el reglamento técnico expedido por la República de Colombia, la aparición de enfermedades no transmisibles aumentará y, por consiguiente, **las muertes asociadas a su crecimiento**. Perseguir el cumplimiento del objetivo legítimo a través de la medida permite evitar la materialización del riesgo sobre la vida y la salud de las personas.”
- [77] “Las medidas alternativas propuestas por las reclamantes son ineficaces para alcanzar el objetivo legítimo planteado, por cuanto, la aplicación de impuestos saludables; la promoción de programas de fomento de la actividad física y; el desarrollo de políticas de educación de los consumidores en materia de consumo responsable, no cuentan con la entidad, características y contundencia necesarias para asegurar, por sí mismas, la materialización del objetivo perseguido. Éstas deben ser consideradas como medidas complementarias. Finalmente, la alternativa según la cual se debería mantener solo lo establecido por la Resolución 810, sin las modificaciones planteadas por la Resolución 2492, no garantiza una protección equivalente del objetivo legítimo perseguido, por cuanto, el reglamento con las modificaciones introducidas por la Resolución 2492 asegura que la información nutricional suministrada al consumidor sea más clara y comprensible, alcanzando así un nivel de efectividad considerablemente mayor.”
- [78] Concluye la Reclamada que “la República de Colombia, a través del MSPS, eligió la medida que, además generar los menores costos de implementación y cumplimiento para los usuarios y el comercio, es insustituible en la medida que no contiene alternativas posibles que permitan, de forma equivalente, contribuir al cumplimiento del objetivo legítimo perseguido.”
- [79] Y, sostienen que “el reglamento técnico adoptado por la República de Colombia no restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo por cuanto la medida: **(1)** persigue un objetivo legítimo reconocido por el derecho andino; **(2)** cumple con los requisitos de causalidad, proporcionalidad e insustituibilidad, así como con el grado de contribución establecido bajo la jurisprudencia de la OMC sobre el artículo 2.2. del Acuerdo OTC; **(3)** permite evitar los riesgos que crearía no alcanzarlo y; **(4)** se constituye como la alternativa más idónea para alcanzar el objetivo legítimo ya que además de no existir alternativa con contribución equivalente, el reglamento técnico genera los menores costos de implementación y cumplimiento para los usuarios y el comercio.”
- [80] **En la elaboración del reglamento técnico la República de Colombia utilizó como base el Modelo de Perfil de Nutrientes de la OPS, una norma internacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8 de la Decisión 827.** Argumenta la Reclamada que: “La República de Colombia dio cumplimiento a lo estipulado en el artículo 8 de la Decisión 827 cuando para la elaboración y adopción del reglamento técnico utilizó como base el Modelo de Perfil de Nutrientes (MPN), norma internacional, expedida por la Organización Panamericana de la Salud (OPS), ya que además de que los Países tienen amplio grado de maniobra en la elección de la norma internacional a utilizar, la norma argumentada por las reclamantes no es eficaz para el logro del objetivo legítimo y, de considerarse como tal, no ha sido incumplida ya que fue utilizada como base para la construcción del reglamento técnico y; en todo caso, si se considera que el



MPN no es norma internacional, al no existir una norma eficaz para el logro del objetivo legítimo, esta debe ser considerada como una norma regional.”

- [81] *Agregó que “al emitir el reglamento técnico objeto del reclamo, la República de Colombia actuó en cumplimiento del artículo 8 de la Decisión 827 ya que: (1) en primer lugar, empleó el Modelo de Perfil de Nutrientes de la Organización Panamericana de la Salud como base para su elaboración; (2) en segundo lugar, el Codex Alimentarius resulta ineficaz para el logro del objetivo legítimo perseguido y; (3) incluso si el Modelo de Perfil de Nutrientes de la Organización Panamericana de la Salud no fuera considerado como una norma internacional (lo cual es altamente improbable), Colombia ha actuado de acuerdo con el último párrafo del artículo 8 de la Decisión 827 al tomar como base las normas regionales, subregionales o nacionales en ausencia de otras normas internacionales o por resultar estas ineficaces para el logro de los objetivos legítimos, como ocurre con el Codex Alimentarius.”*
- [82] *Concluye que “el **MPN es una norma** que prevé, para un uso común y repetido, características de productos para la implementación de políticas que pretendan la formulación de normas y reglamentos aplicables a alimentos y bebidas no alcohólicas hipercalóricos y de poco valor nutritivo; que no es obligatoria y; que ha sido expedida por la OPS, una institución reconocida por ser un organismo internacional de salud pública con más de 100 años de experiencia.”*
- [83] *Agrega que “es posible concluir que, el MPN es una norma internacional por cuanto fue expedida por la OPS, una organización internacional reconocida por su capacidad normativa en materia de salud y apertura a las instituciones de los países miembros de la CAN.”*
- [84] *Con referencia al Codex Alimentarius, se indica que: “Contrario a lo expuesto por las reclamantes, (2.1) en la elaboración de reglamentos técnicos, los Países tienen un amplio grado de maniobra en la elección de la norma internacional a usar como base de éste y, en todo caso, (2.2.) el Codex Alimentarius no es la norma internacional que Colombia debió utilizar en el proceso de elaboración y expedición del reglamento técnico.”*
- [85] *Concluye que “la República de Colombia, actuando en ejercicio del margen de discrecionalidad que le otorga la normativa aplicable al caso en concreto, escogió el MPN de la OPS como la norma internacional a utilizar como base para la construcción del reglamento técnico.”*
- [86] *Además, se indica que “si bien la Comisión del Codex Alimentarius ha sido considerada como institución internacional con actividades de normalización, no existe en la actualidad norma Codex de referencia para el tipo de etiquetado frontal que se aplicó a través del reglamento técnico expedido, en ese sentido **es imposible dar aplicación a una norma inexistente que, por consiguiente, deviene ineficaz e inapropiada.**”*
- [87] *Y complementa que “el Codex Alimentarius no es la norma internacional que Colombia debió utilizar en el proceso de elaboración y expedición del reglamento técnico ya que el Codex Alimentarius no constituye un medio eficaz o apropiado para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos en este reglamento técnico, por cuanto no existe en la actualidad norma Codex de referencia para el tipo de etiquetado frontal que se aplicó a través del reglamento técnico expedido.”*



- [88] Concluye, “*si bien el Codex Alimentarius no es una norma internacional eficaz para el caso en concreto por cuanto no existe en la actualidad norma Codex de referencia para el tipo de etiquetado frontal que se aplicó a través del reglamento técnico expedido, en la elaboración del reglamento técnico Colombia tomó como base las Directrices Codex sobre Etiquetado Nutricional CXG 2-1985, siendo entonces incorrecto argumentar que dichas normas fueron incumplidas.*”
- [89] Finalmente, se indica que “*en la expedición del reglamento técnico, la República de Colombia actuó de acuerdo con lo establecido en el artículo 8 de la Decisión 827, ya que, utilizó una norma internacional, el Modelo de Perfil de Nutrientes de la OPS, como base para la construcción del reglamento técnico; no utilizó el Codex Alimentarius por ser una norma ineficaz e inapropiada para el cumplimiento del objetivo legítimo y; en todo caso, si se considera que el Modelo de Perfil de Nutrientes de la OPS no es una norma internacional, Colombia ha cumplido cabalmente con el artículo 8, por cuanto tomó como base las normas regionales utilizadas por los países de la región.*”

VI. EXPOSICIÓN DE LOS MOTIVOS DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS. –

6.1. Respecto a las cuestiones de procedimiento

6.1.1 Acerca de la naturaleza de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento

- [90] De la revisión y análisis de los argumentos presentados por las Partes, encuentra este órgano comunitario, la necesidad de precisar la naturaleza de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento y las facultades que en dicho marco le son dadas a la SGCAN.
- [91] El Acuerdo de Cartagena le otorgó a la SGCAN la función de velar por la aplicación del Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina²¹. En este mismo sentido, en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se estableció, a nivel de derecho primario, la potestad de la SGCAN para que se pronuncie ante los presuntos incumplimiento de las obligaciones emanadas de las normas o convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, quedando así establecido como requisito de procedibilidad, que se deberá agotar una etapa prejudicial ante dicha SGCAN antes de acudir ante el Alto Tribunal de la Comunidad Andina²².
- [92] La acción de Incumplimiento tiene como función garantizar que los Países Miembros se conduzcan de conformidad con los compromisos que han adquirido en el ámbito comunitario, y más que un propósito retributivo o sancionatorio, busca que los Países Miembros que se encuentren en una situación de incumplimiento, tomen las medidas pertinentes y necesarias para adecuar su actuar al ordenamiento comunitario. En esta misma línea, el TJCAN sobre este tema ha indicado lo siguiente:

“La Acción de Incumplimiento, establecida y regulada en los artículos 23 a 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, constituye un instrumento básico y fundamental en el fortalecimiento del proceso andino de integración, ya que mediante su ejecución se controla la

²¹ Acuerdo de Cartagena, Artículo 30 literal a)

²² TCTJCA, Sección Segunda del Capítulo III

eficacia del Ordenamiento Jurídico Comunitario y, por lo tanto, se propende al logro cabal de las finalidades del Acuerdo de Cartagena.²³ (Énfasis agregado)

“No se trata, por tanto, de un mecanismo que faculte al TJCAN a identificar o perseguir conductas de incumplimiento de los Países Miembros para retribuir las o sancionarlas, sino que su finalidad se encuentra enfocada en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los Países Miembros; esto es, en garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario.”²⁴ (Énfasis agregado)

[93] A respecto, el TJCAN contiene basta jurisprudencia que persigue garantizar la observancia de los objetivos del proceso de integración dentro de la Comunidad Andina, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que han asumido los Países Miembros.

[94] En este marco jurídico comunitario, esta finalidad se encuentra presente también en la fase prejudicial que administra la SGCAN, cuya naturaleza quedó develada por el TJCAN al indicar lo siguiente:

“Antes de acudir al procedimiento judicial ante el Tribunal, es indispensable que se adelante en la Secretaría General de la Comunidad Andina, un procedimiento pre contencioso, el cual, viene a constituir un requisito de admisibilidad para el ejercicio de la acción. Este trámite prejudicial, se materializa en el desarrollo de una fase administrativa previa, en la que se abre el diálogo e investigación entre dicho Órgano Comunitario y el País miembro presuntamente infractor, con el objeto de buscar una solución al asunto controvertido en dicha etapa. (...)”²⁵ (Énfasis agregado)

[95] La fase prejudicial que adelanta la SGCAN tiene la naturaleza jurídica de un procedimiento administrativo de carácter pre contencioso que busca la adecuación del País Miembro cuestionado, al ordenamiento jurídico comunitario, regulado mediante la Decisión 623 “Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento” y supletoriamente por algunas disposiciones de la Decisión 425 “Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina”.

[96] Conforme el marco legal señalado, también es importante resaltar que se le ha otorgado facultades a la SGCAN para actuar de oficio o a solicitud de parte, para solicitar información, realizar reuniones informativas y facilitadoras, emitir un dictamen, aclararlo, entre otras, para garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario a través de la verificación del cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los Países Miembros²⁶.

6.1.2 Competencia de la Secretaría General de la Comunidad Andina para conocer del presente asunto

[97] De conformidad con lo señalado en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el artículo 13 de la Decisión 623, la SGCAN es competente para conocer de las reclamaciones por incumplimiento de la normativa comunitaria que le presenten las personas naturales o jurídicas que se sientan afectadas

²³ TJCA, proceso 01-AI-2013 publicado en la GOAC No. 2556 del 7 de agosto de 2015

²⁴ TJCA, proceso 04-AI-2017 publicado en la GOAC No. 3835 del 11 de diciembre de 2019

²⁵ TJCA, proceso 04-AI-2017 publicado en la GOAC No. 3835 del 11 de diciembre de 2019

²⁶ TJCA, procesos acumulados 01 y 02 AI-2016, publicados en la GOAC No. 3439 del 12 de noviembre 2018



en sus derechos por un País Miembro y para resolver cuestiones reguladas en el ordenamiento jurídico andino.

- [98] El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCAN) también ha señalado lo siguiente:

“(…) el artículo 5 [actual artículo 4] del Tratado impone a los países que integran el Acuerdo de Cartagena dos obligaciones básicas: una de hacer, consistente en adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario (...); y la obligación de no hacer, consistente en no adoptar ni emplear medida alguna contraria a dichas normas o que obstaculice su aplicación.

Por la primera obligación, de hacer, los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena se vinculan jurídicamente al compromiso de adoptar toda clase de medidas -sean legislativas, judiciales, ejecutivas, administrativas o de cualquier otro orden- que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de la administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Por la segunda obligación, de no hacer, las mismas autoridades deben abstenerse de adoptar toda medida de la misma índole que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento.

Las obligaciones previstas en el artículo 5 [actual artículo 4] del Tratado de Creación del Tribunal, señaladas atrás, hacen referencia al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente contenido en el artículo 1 del mismo, trátase de derecho primario o derivado que, por igual, debe ser respetado y acatado por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones según el mismo ordenamiento y naturalmente por los Países Miembros y por las autoridades que en el ámbito interno están llamadas a aplicarlo.”²⁷ (Énfasis agregado)

- [99] La Secretaría General de la Comunidad Andina entiende que, si bien un País Miembro tiene soberanía legislativa y regulatoria, las medidas que adopte tienen que estar en armonía con los compromisos asumidos en el marco de la Comunidad Andina, no pudiendo contraponerse a éstos²⁸.

- [100] Asimismo, sobre las conductas que pueden ser objeto de cuestionamiento por parte de un País Miembro, el mismo Tribunal ha indicado:

*“El recurso de incumplimiento es una pieza clave en la construcción, desarrollo y vigencia del orden jurídico comunitario y mediante el cual se ejerce el control del comportamiento de los Estados. El sistema andino de integración presupone la existencia de un orden de derecho, un ordenamiento normativo comunitario frente al cual los Países Miembros que forman parte integrante del mismo tienen dos órdenes de obligaciones: las **de hacer** o sea adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y las de **no hacer**, o sea el no adoptar ni emplear medidas contrarias a su aplicación o que de algún modo las obstaculicen(...).”²⁹*

²⁷ TJCA, proceso 06-IP-1993 publicado en la GOAC N°150 del 25 de marzo de 1994.

²⁸ Dictamen 003-2019.

²⁹ TJCA, proceso 02-AI-1997 publicado en la GOAC N°391 del 11 de diciembre de 1998.

- [101] Siendo ello así, la SGCAN a la hora de verificar el cumplimiento del ordenamiento comunitario en la fase prejudicial, podrá examinar si el País Miembro cuestionado ha configurado una inconducta producto de:
- i. La expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino.
 - ii. La no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento.
 - iii. La realización de cualesquier acto u omisión opuestos al ordenamiento jurídico andino que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación.

- [102] En el presente caso, la Reclamante ha señalado que las medidas tomadas por la República de Colombia contenidas en el numeral 24.5 del artículo 4 de la Resolución 2492 de 2022³⁰ por medio de la cual se modifica el artículo 25 de la Resolución 810 de 2021³¹; el inciso primero de la Tabla No. 17, el numeral 32.1, el numeral 32.2, el numeral 32.3 y la Figura No. 6 del artículo 5 de la Resolución 2492 de 2022 por medio de la cual se modifica el artículo 32 de la Resolución 810 de 2021 desconocen las reglas contenidas en los artículos 5, 6 y 8 de la Decisión 827, incumpliendo el el Derecho Comunitario Andino.

6.2 Análisis de la SGCAN sobre cuestiones previas

- [103] En su escrito, la Reclamada ha presentado como cuestiones previas a su contestación al Reclamo:

6.2.1. Legitimación en la causa por activa

- [104] La Reclamante indica las razones por las cuales considera que la afectación al derecho subjetivo e intereses legítimos cumple con los criterios señalados por la jurisprudencia del TJCA señalada en su escrito de reclamo y solicita a la Secretaría General declarar la procedencia de esta solicitud.

- [105] Sobre este extremo la SGCAN no se pronuncia, dado que, revisado el criterio de admisión, la Secretaría General encuentra que la reclamante inicialmente alegó una afectación de sus derechos subjetivos e intereses legítimos, lo cual ya fue materia de análisis en el escrito de admisión del reclamo³².

6.2.2. Aplicación de la normativa y la jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio para la interpretación del Derecho Comunitario Andino

- [106] A la Reclamante las disposiciones de la Decisión 827, están llamadas a ser interpretados de conformidad con lo establecido en la normativa y jurisprudencia de la OMC, por cuanto en el artículo 5 de la Decisión 827 se hace referencia expresa a la normativa de la OMC y, obliga a regir la elaboración de los reglamentos técnicos de acuerdo a los principios establecidos en el marco de la OMC, por lo que concluye que la jurisprudencia interpretativa del Acuerdo OTC es pertinente y relevante para orientar la interpretación de la Decisión 827; que a su vez, el Acuerdo OTC y la Decisión 827 comparten el mismo objeto y propósito de evitar que los reglamentos técnicos se constituyan en o creen

³⁰ Anexo 3: Copia de la Resolución 2492 de 2022, en su versión expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social del Gobierno de Colombia, del escrito de subsanación del reclamo.

³¹ Anexo 4: Copia de la Resolución 810 de 2021, en su versión expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social del Gobierno de Colombia, del escrito de subsanación del reclamo.

³² Comunicación SG/E/SJ/729/2023 del 3 de mayo de 2023.



obstáculos técnicos innecesarios al comercio y, que el mismo Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha utilizado la normativa y la jurisprudencia de la OMC para interpretar el Derecho Comunitario Andino y cita como “ (...) en el Proceso 03-AI-2006, el TJCA trajo al caso las conclusiones del Órgano de Apelación de la OMC en el asunto Estados Unidos – Juegos de Azar para interpretar el concepto de necesidad previsto en el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena (...)

- [107] Es importante reiterar lo dicho por el Honorable Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina “... el Tribunal ha declarado desde antiguo que “... el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros, y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos ...” (Expediente N° 02-N-86. Gaceta Oficial N° 21, del 15 de julio de 1987).” (Énfasis agregado)
- [108] Respecto del ordenamiento comunitario y el internacional se tiene “Ahora bien, en cuanto a la relación entre el ordenamiento comunitario y el internacional, el Tribunal, ha declarado que éste constituye una de las fuentes de aquél, pero que de ello no deriva que la Comunidad quede obligada por el citado ordenamiento; y ha señalado que “En el caso de los tratados internacionales suscritos por los países miembros para la regulación de determinadas actividades jurídico-económicas, como la protección a la propiedad industrial, puede afirmarse que en la medida en que la comunidad supranacional asume la competencia *ratione materiae* para regular este aspecto de la vida económica, el derecho comunitario se vincula al tratado internacional de tal manera que éste le pueda servir de fuente para desarrollar su actividad reguladora, sin que pueda decirse, sin embargo, que el derecho comunitario se subordina a aquél. Por el contrario, toda vez que el tratado internacional pasa a formar parte del ordenamiento jurídico aplicable en todos y cada uno de los Países Miembros, conservando el derecho comunitario –por aplicación de sus características ‘existenciales’ de obligatoriedad, efecto directo y preeminencia– la específica de aplicabilidad preferente sobre el ordenamiento interno del país respectivo. ... El profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, (‘Los Tratados Constitutivos y el Derecho Derivado’, en ‘Tratado de Derecho Comunitario Europeo’, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1986) al analizar la naturaleza de los tratados constitutivos y el derecho derivado en la Comunidad Europea, concluye: ‘El derecho comunitario, en primer término, es autónomo a un mismo tiempo del derecho internacional general y del derecho interno de los Estados Miembros.’” (Sentencia dictada en el expediente N° 1-IP-96, ya citada)³³.” (Énfasis Agregado)
- [109] Conforme a lo anterior, inequívocamente el análisis y consideración del presente Reclamo se hace conforme al Derecho Comunitario y se desestiman los alegatos de la Reclamada sobre este extremo.

6.3 Análisis de la SGCAN sobre las cuestiones de Fondo.

6.3.1. Respecto del presunto incumplimiento del artículo 5 de la Decisión 827.

- [110] El artículo 5 de la Decisión 827 establece los principios que regirán la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos, entre los que se encuentra el principio de transparencia, materia de presunto incumplimiento:

³³ Proceso 01-AI-2001



“Artículo 5.- La elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad en los Países Miembros de la Comunidad Andina y a nivel comunitario se regirán por los principios de trato nacional, nación más favorecida, no discriminación, equivalencia y transparencia, establecidos en el ordenamiento comunitario andino y, en lo que los complementen y no contravengan, los principios establecidos en el marco de la Organización Mundial del Comercio.”

[111] En el contexto comunitario, el principio de transparencia se efectiviza con lo señalado en el artículo 12 de la Decisión 827, donde establece lo siguiente:

“Artículo 12.- Los Países Miembros notificarán a través de la Secretaría General de la Comunidad Andina los proyectos de reglamentos técnicos y de procedimientos de evaluación de la conformidad, así como los proyectos de actualización (revisiones o modificatorias) de los mismos que pretendan adoptar, con las siguientes consideraciones (...)

1. Para la notificación debe utilizarse el Sistema de Información de Notificación y Reglamentación Técnica de la Comunidad Andina (SIRT) establecido mediante la Decisión 615, su modificatoria o la normativa que la reemplace.

2. Utilizar los formatos de notificaciones adoptados para tal efecto por la Organización Mundial del Comercio.

3. Conceder como mínimo un plazo de sesenta (60) días calendario antes de su publicación oficial para que los Países Miembros o cualquier interesado puedan presentar por escrito sus observaciones ya sea por medio físico o electrónico (...)

5. Los Países Miembros deberán tener en cuenta las observaciones y los resultados de las consultas realizadas en la notificación de los proyectos, para la elaboración de los textos finales, siempre que éstas estén debidamente fundamentadas”

[112] Es así que, según la revisión realizada en el SIRT³⁴, se verifica que el 27 de setiembre de 2022 se realizó la notificación del “Proyecto de resolución “Por la cual se modifican los artículos 2, 3, 16, 25, 32, 37 y 40 de la Resolución 810 de 2021 y se dictan otras disposiciones””, con la signatura G/TBT/N/COL/246/Rev.1 y según lo precisado en el formulario (numeral 10) se otorgó 60 días, a partir de la notificación, para la presentación de observaciones, tal como se puede ver en la siguiente imagen:

³⁴ Informe Técnico sobre el Reclamo de la Dirección General 1 de la SGCAN de fecha 21 de julio de 2023.



Imagen 1 – Pantalla del SIRT

Fuente: Sistema de Información de Notificación y Reglamentación Técnica de la Comunidad Andina (consultado el 21 de julio de 2023).

Imagen 2 – Formulario de la OMC

Fuente: Sistema de Información de Notificación y Reglamentación Técnica de la Comunidad Andina (consultado el 21 de julio de 2023)

6.3.2. Respeto del presunto incumplimiento del artículo 6 y 8 de la Decisión 827.

- [113] Para analizar el presunto incumplimiento del artículo 6, es necesario previamente, analizar el artículo 8 de la Decisión 827, en el que se establece los documentos base utilizados para la elaboración de los reglamentos técnicos, según se muestra a continuación:

“Artículo 8.- En el proceso de elaboración y adopción de reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad, los Países Miembros utilizarán como base las normas internacionales o sus elementos pertinentes o aquellas normas internacionales cuya aprobación sea inminente; salvo en el caso, de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o limitaciones o problemas de naturaleza tecnológica que justifiquen un criterio diferente.

De no existir normas internacionales o cuando estas sean ineficaces para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, se tomarán como base las normas regionales, subregionales o nacionales, priorizando las normas técnicas andinas cuando sea el caso.”

- [114] Con el fin de definir si los documentos base, “Documento técnico de los resultados de la revisión sistemática de la literatura libre de conflicto de interés sobre la forma, contenido, figura, proporción, símbolos, textos, colores, tamaño, ubicación en los empaques de los productos que deban contenerlo, entre otros, para etiquetado frontal” y “Modelo de Perfil de Nutrientes (MPN)” responden a lo señalado en el párrafo precedente, revisamos los referidos documentos, verificando que los mismos no cumplen con los lineamientos mínimos como “objeto”, “campo de aplicación”, entre otros contenidos en una norma técnica, independientemente del nivel de consenso.
- [115] Seguidamente, recurrimos a las definiciones de “norma internacional” y “norma técnica” establecidas en la Decisión 850³⁵ (glosario), donde se indica lo siguiente:
- [116] “13. **Norma internacional:** Norma técnica que es adoptada por una organización internacional de normalización y que se pone a disposición del público. (Guía ISO/IEC 2:2004)”
- [117] “10. **Norma Técnica:** Documento aprobado por una institución reconocida que prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos, y cuya observancia no es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas. (Adaptada del Anexo 1 del Acuerdo OTC de la OMC)”
- [118] Con base en dichas definiciones los documentos base “Documento técnico de los resultados de la revisión sistemática de la literatura libre de conflicto de interés sobre la forma, contenido, figura, proporción, símbolos, textos, colores, tamaño, ubicación en los empaques de los productos que deban contenerlo, entre otros, para etiquetado frontal” y “Modelo de Perfil de Nutrientes (MPN)” publicado por la Universidad de Antioquia y la

³⁵ Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3822 del 25 de noviembre de 2019.

Organización Panamericana de la Salud (OPS), no son clasificados como norma internacional debido a que los organismos que los emitieron no se tratan de organismos internacionales de normalización.

[119] Con fines de consulta y, validar si existen normas internacionales que puedan ser utilizadas como documento base, se verificó que a nivel del Codex Alimentarius no se cuenta con unas directrices relativas al etiquetado del frente del envase, así como los perfiles nutricionales.

[120] Como bien expresan tanto el reclamante como la parte demandada, siguiendo la línea de prelación establecida en el artículo 8, al no existir norma, la parte demandada consideró que los documentos base tomados como referencia, permitían cumplir con el objetivo *que persigue el reglamento, proporcionar al consumidor final una información nutricional lo suficientemente clara y comprensible sobre el producto, y prevenir prácticas que induzcan a engaño o error y permitir al consumidor efectuar una elección informada*, ante la ausencia de una norma internacional³⁶, regional, subregional o nacional.

[121] El artículo 6 de la Decisión 827, señala lo siguiente:

“Artículo 6.- Los reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad no restringirán 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.”

[122] A partir del análisis respecto el artículo 8 de la Decisión 827, el(los) documento(s) base elegido(s) permite(n), a criterio del regulador, cumplir con los objetivos legítimos que persigue con la emisión de la Resolución 2492.

[123] Cabe indicar que la norma Codex STAN 192-195 última revisión 2021, referida a los aditivos alimentarios, establece las dosis máximas de uso de los aditivos en alimentos según el tipo de alimento y aditivo, sin precisar si dichas cantidades deben estar en las etiquetas de los productos, lo cual difiere de lo expresado por la parte Reclamante.

[124] Es importante anotar que respecto a la naturaleza, alcance y finalidad de la acción de incumplimiento el TJCAN en la sentencia recaída en el Proceso 01 y 02-AI-2016 (acumulados) determina:

“No debe confundirse la Acción de Incumplimiento con un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción. Siendo bastante enfáticos, corresponde precisar que la Acción de Incumplimiento a cargo del TJCA no constituye un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción. Por tanto, en vía de Acción de Incumplimiento el TJCA no puede anular o revocar actos administrativos, como tampoco puede otorgar derechos o declararlos, ni restablecer situaciones jurídicas de particulares vulneradas.

Por la Acción de Incumplimiento el TJCA tiene la competencia para verificar, y de ser el caso declarar, el incumplimiento de un País Miembro al derecho comunitario andino. Será este país, en ejecución de sentencie, el que tomará las medidas necesarias para lograr el cese del incumplimiento.

³⁶ Cabe indicar que la Resolución 810, señala en sus considerandos, que a la fecha de su emisión no existía norma Codex de referencia para el tipo de rotulado frontal.



*Por tanto, la Acción de Incumplimiento no es un mecanismo que faculte al TJCA a declarar la existencia de derechos particulares, sino que su finalidad se encuentra enfocada en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los Países Miembros; esto es, garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario (...)*³⁷

[125] Finalmente, respecto del alcance de la Acción de Incumplimiento a los tribunales nacionales competentes, jurisdiccionales o administrativos, el TJCAN ha reiterado que en esta acción:

*“ (...) En efecto, cuando se trata de Acciones de Incumplimiento, el TJCA solo es competente para verificar si el criterio o fundamento jurídico contenido en una **resolución judicial (o administrativa)** viola o no el ordenamiento jurídico comunitario andino, pero no es competente para verificar la valoración de los medios probatorios merituados por la **autoridad jurisdiccional (o autoridad administrativa)**, porque si lo hiciera distorsionaría la naturaleza de la Acción de Incumplimiento, convirtiéndola en un recurso de alzada (o de apelación), en un recurso de revisión o en un proceso contencioso administrativo.*

*Debe quedar claro que, a través de la Acción de Incumplimiento, el TJCA sí puede verificar o analizar si el fundamento o criterio jurídico utilizado por la **autoridad jurisdiccional (o administrativa)** viola o no el ordenamiento jurídico comunitario andino. Lo que no puede hacer es analizar la valoración de los medios probatorios efectuada por la **autoridad jurisdiccional (o autoridad administrativa)**.*

*(...) la conducta objeto de censura; es decir, materia de la Acción de Incumplimiento, puede consistir en la realización, por parte de una **autoridad jurisdiccional o administrativa nacional**, de cualquier acto u omisión contrario al ordenamiento jurídico comunitario andino*³⁸

[126] Lo cual nos conduce implícitamente en el presente caso, que no le corresponde a la SGCAN dictaminar si la Resolución 2492 de 2022 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, excedió el mandato previsto en el artículo 5 de la ley 2120 de 2022.

VII. CONCLUSIONES SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS. -

[127] Con base en las consideraciones expresadas, la información suministrada por las Partes, lo actuado por la Secretaría General de la Comunidad Andina en el curso del procedimiento y obrante en el expediente del caso, se considera que la República de Colombia no ha incumplido los artículos 5, 6 y 8 de la Decisión 827, así:

[128] Al haberse cumplido la notificación según lo establecido en el artículo 12 de la Decisión 827, se cumplió con el principio de transparencia establecido en el artículo 5 de la mencionada Decisión.

[129] El artículo 8 de la Decisión 827, no establece lineamientos de cómo proceder en los casos que no se cuente con norma internacional, regional, subregional o nacional; en ese

³⁷ TJCA, Proceso 01 y 02-AI-2016 publicado en la GOAC N°3439 de 12 de noviembre de 2018

³⁸ PROCESO 3-AI-2022, Gaceta del Acuerdo de Cartagena N°5087 del 14 de diciembre de 2022.



sentido, con base en el análisis realizado no se pudo evidenciar incumplimiento del citado artículo.

- [130] Con base a lo concluido respecto al artículo 8 [129], el documento elegido, a criterio del regulador, está justificada, se basa en evidencia científica, persigue un objetivo legítimo y es idónea, necesaria para salvaguardar la salud pública y la vida de los colombianos, ya que la medida contribuye a la disminución de las enfermedades transmisibles y por lo tanto la disminución en la muerte de las personas y, favorece el adecuado funcionamiento del sistema de salud, es decir, permite cumplir con los objetivos legítimos que se persigue con la Resolución 810 y Resolución 2492, no configurándose incumplimiento del artículo 6 de la Decisión 827.

VIII. RECOMENDACIONES

- [131] Si bien la Decisión 827, en el numeral 12 del artículo 10, respecto a la entrada en vigencia de los reglamentos técnicos precisa que ésta no será inferior a seis (6) meses y, este artículo no es objeto de análisis dentro del presente reclamo, se recomienda que la República de Colombia considere dichos tiempos en función a los impactos que generarán en los administrados las medidas que emite.
- [132] Se observa que, a la fecha, la Resolución 2492 de 2022, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social de la República de Colombia no se encuentra notificada en el SIRT; y pese a que esto no fue objeto del presente reclamo, se recomienda a la República de Colombia revisar los artículos 14 y 3 de las Decisiones 827³⁹ y 615⁴⁰ respectivamente.

Diego Caicedo
Secretario General a.i.

³⁹ Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3345 del 18 de julio de 2018.

⁴⁰ Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1221 del 25 de julio de 2005.