



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 0000083 DE 2009
(09 ENE. 2009)

Radicación: 07 - 020316

Por la cual se resuelve un recurso

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en uso de sus facultades legales, y en especial de las que le confiere el artículo 4 numeral 24 del Decreto 2153 de 1992 y los artículos 50, 51 y 59 del Código Contencioso Administrativo

CONSIDERANDO

PRIMERO. Que mediante resolución 033917 de 8 de septiembre de 2008 se impuso a la sociedad **FRESKALECHE S.A.** (en adelante **FRESKALECHE**), identificada con el NIT No. 800.114.766-4, una sanción pecuniaria por la suma de sesenta y un millones noventa y cuatro mil quinientos veinte cuatro pesos (**\$61.094.524,00**) y al señor **GERARDO VESGA SILVA**, como Representante Legal de **FRESKALECHE**, una sanción pecuniaria por la suma de nueve millones ciento sesenta y cuatro mil ciento setenta y nueve pesos (**\$9.164.179,00**), por infringir lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2513 de 2005 y en las Resoluciones 331 y 337 de 2005 expedidas por el MADR.

SEGUNDO. Que el acto administrativo citado en el considerando anterior fue notificado mediante edicto desfijado el 30 de septiembre de 2008. En consecuencia, el término para presentar recurso de reposición sobre ese acto venció el 7 de octubre de 2008.

TERCERO. Que mediante escrito radicado con número 07-020316-00043 de 7 de octubre de 2008, la doctora Laura Constanza Rojas Vega, en calidad de apoderada especial de la sociedad **FRESKALECHE** y del señor **GERARDO VESGA SILVA** como Representante Legal, presentó recurso de reposición con el objeto de que el Superintendente de Industria y Comercio "revoque la decisión contenida en la Resolución y en consecuencia declare que [sus] representados no han incurrido en precio inequitativo".

CUARTO: Que en relación con los argumentos presentados por la apoderada especial de **FRESKALECHE** y del señor **GERARDO VESGA SILVA**, la Superintendencia de Industria y Comercio procede a pronunciarse así:

- 4.1. Con respecto a que la Superintendencia sancionó a los investigados basándose en cifras que no coinciden con las cifras reales de la empresa porque i) no se descontaron los litros "faltantes" que la empresa paga al proveedor, pero luego descuenta al transportador; ii) no se descontaron los litros comprados al proveedor indirecto Inducolsa; iii) no se incluyó, en el valor de los fletes, lo correspondiente a los faltantes; y iv) no se incluyeron los "otros pagos hechos por el módulo de contabilidad".

Es necesario señalar que desde la apertura de la investigación la empresa **FRESKALECHE**, a través de su apoderada, reportó tres (3) versiones distintas de la información correspondiente a compra de leche cruda:

- i) Información solicitada por esta Superintendencia en visita administrativa efectuada el 22 y 23 de mayo de 2008, en el formato requerido para la aplicación de las Resoluciones 331 y 337 de 2005 del MADR.

Esta información¹, que corresponde a los precios mensuales de compra de leche cruda de la planta de Aguachica (Cesar) incluyendo transporte, para el periodo comprendido entre diciembre de 2004 y diciembre de 2005, fue certificada por la señora Elisa Bayona Bohórquez en su calidad de Jefe de Contabilidad de **FRESKALECHE**. La entrega de dicha información se encuentra relacionada en el acta de la diligencia, en la que participó por la sociedad la Dra. Laura Constanza Rojas Vega, apoderada de **FRESKALECHE** y de su Representante Legal, el señor Gerardo Vesga Silva.

La información fue complementada, a solicitud de esta Entidad, en comunicación² con número de radicación 07-020316-00021 de julio 17 de 2008, remitida por el señor Gerardo Vesga Silva en su calidad de Representante Legal de **FRESKALECHE** y certificada por la señora Elisa Bayona Bohórquez en su calidad de Jefe de Contabilidad, anexando las bases de datos de compra de leche cruda de septiembre, octubre y noviembre de 2004, incluyendo transporte.

De acuerdo con esas bases de datos entregadas por **FRESKALECHE**, esta Superintendencia calculó la información correspondiente a compra de leche cruda a proveedores directos. Los resultados fueron:

**Tabla 1: Compra de leche cruda – información (i)
FRESKALECHE, Planta Aguachica (septiembre de 2004 a octubre de 2005)**

MES	AÑO	LITROS	VALOR COMPRA	VALOR DEL FLETE	VALOR TOTAL COMPRA	PRECIO PROMEDIO COMPRA ³
Septiembre	2004	2.423.457	1.225.052.295	152.194.302	1.377.246.597	568,30
Octubre	2004	2.410.835	1.219.064.265	151.473.041	1.370.537.306	568,49
Noviembre	2004	2.082.622	1.058.710.455	129.494.601	1.188.205.056	570,53
Diciembre	2004	2.395.493	1.327.873.480	129.444.618	1.457.318.098	608,36
Enero	2005	2.126.091	1.193.271.330	121.962.313	1.315.233.643	618,62
Febrero	2005	1.931.008	1.056.656.010	125.791.015	1.182.447.025	612,35
Marzo	2005	1.978.229	1.077.073.860	139.033.668	1.216.107.528	614,75
Abril	2005	2.269.551	1.241.481.235	159.817.119	1.401.298.354	617,43
Mayo	2005	2.873.790	1.565.595.130	206.199.949	1.771.795.079	616,54
Junio	2005	3.015.536	1.642.202.695	216.987.782	1.859.190.477	616,54
Julio	2005	3.176.077	1.729.626.495	228.167.941	1.957.794.436	616,42
Agosto	2005	2.981.544	1.625.013.015	213.653.918	1.838.666.933	616,68
Septiembre	2005	2.759.770	1.504.118.375	197.389.006	1.701.507.381	616,54
Octubre	2005	2.683.138	1.452.346.010	190.030.062	1.642.376.072	616,71

Fuente: Cálculos de la SIC con información suministrada por **FRESKALECHE**.

- ii) Información aportada en comunicación⁴ con número de radicación 07-020316-00012 de mayo 28 de 2008, remitida por la Dra. Laura Constanza Rojas Vega en su calidad

¹ Cuaderno 5, folios 1024, 1080 y 1081.

² Cuaderno 5, folios 1127 a 1129.

³ "Valor Total Compra" / "Litros"

de apoderada de la sociedad **FRESKALECHE** y del señor Gerardo Vesga Silva, y certificada por el señor Óscar Horacio Torres Galvis en su calidad de Revisor Fiscal de la sociedad.

Esta información fue reportada de manera agregada, es decir, no en el formato exigido por esta Entidad para la aplicación de las Resoluciones 331 y 337 de 2005 del MADR:

Tabla 2: Compra de leche cruda – información (ii)
FRESKALECHE, Planta Aguachica (septiembre de 2004 a octubre de 2005)

MES	AÑO	LITROS	VALOR COMPRA	VALOR DEL FLETE	OTROS	VALOR TOTAL COMPRA	PRECIO PROMEDIO COMPRA ⁵
Septiembre	2004	2.377.211	1.201.680.161	179.614.737	89.410.353	1.470.705.251	618,67
Octubre	2004	2.358.574	1.192.636.529	180.163.727	154.982.757	1.527.783.013	647,76
Noviembre	2004	2.028.332	1.031.102.572	192.513.130	133.075.443	1.356.691.145	668,87
Diciembre	2004	2.048.735	1.080.461.864	182.387.058	139.820.798	1.402.669.721	684,65
Enero	2005	1.887.407	1.028.466.948	130.616.789	83.821.472	1.242.905.210	658,53
Febrero	2005	1.853.345	1.009.053.685	133.152.535	140.422.895	1.282.629.116	692,06
Marzo	2005	1.934.556	1.053.288.360	156.311.259	125.959.649	1.335.559.268	690,37
Abril	2005	2.180.592	1.187.483.180	162.930.942	130.455.271	1.480.849.393	679,10
Mayo	2005	2.814.887	1.533.455.096	207.455.337	117.828.456	1.858.738.688	660,33
Junio	2005	2.948.804	1.605.859.682	188.223.073	97.243.830	1.891.326.586	641,39
Julio	2005	3.121.637	1.700.638.217	224.571.477	94.580.437	2.019.790.132	647,03
Agosto	2005	2.940.695	1.603.829.909	218.975.282	100.593.782	1.923.398.973	654,06
Septiembre	2005	2.725.426	1.485.384.424	249.681.741	103.992.758	1.839.058.923	674,78
Octubre	2005	2.634.061	1.436.537.848	212.620.071	131.617.644	1.780.805.563	676,07

Fuente: Certificación del Revisor Fiscal de FRESKALECHE (folio 995 del cuaderno 4).

En comunicación⁶ con número de radicación 07-020316-00014 de junio 6 de 2008, la Dra. Laura Constanza Rojas Vega aportó el "estudio técnico" solicitado como prueba por los investigadores y decretado como tal en la Resolución No. 012045 de 23 de abril de 2008, en el que se presenta de manera desagregada la información contenida en la Tabla 2, certificada por el señor Óscar Horacio Torres Galvis en su calidad de Revisor Fiscal de **FRESKALECHE**.

- iii) Información anexa al recurso de reposición, remitida por la Dra. Laura Constanza Rojas Vega en su calidad de apoderada de la sociedad **FRESKALECHE** y del señor Gerardo Vesga Silva.

En el trámite del recurso la Dra. Rojas pretende que se tenga en cuenta otra información, diferente a la certificada por la Jefe de Contabilidad de **FRESKALECHE**, así como de la avalada por el Revisor Fiscal de la sociedad. Según la recurrente, con el material probatorio que obra en el expediente las "cifras reales" de la empresa son:

⁴ Cuaderno 4, folios 992 a 996. La apoderada solicitó, en desarrollo de la visita administrativa, aportar dicha información.

⁵ "Valor Total Compra" / "Litros"

⁶ Cuaderno 5, folios 1082 y 1083.

Tabla 3: Compra de leche cruda – información (iii)
FRESKALECHE, Planta Aguachica (septiembre de 2004 a octubre de 2005)

MES	AÑO	LITROS	VALOR COMPRA	VALOR DEL FLETE	VALOR TOTAL COMPRA	PRECIO PROMEDIO COMPRA ⁷
Septiembre	2004	2.377.211	1.202.035.510	152.194.302	1.354.229.812	569,67
Octubre	2004	2.358.574	1.193.002.490	151.473.041	1.344.475.531	570,04
Noviembre	2004	2.028.332	1.031.746.060	129.494.601	1.161.240.661	572,51
Diciembre	2004	2.048.735	1.082.115.950	129.444.618	1.211.560.568	591,37
Enero	2005	1.887.407	1.030.223.250	122.531.862	1.152.755.112	610,76
Febrero	2005	1.853.345	1.010.093.490	126.476.988	1.136.570.478	613,25
Marzo	2005	1.934.556	1.053.719.030	139.735.241	1.193.454.271	616,91
Abril	2005	2.180.592	1.187.719.655	160.128.692	1.347.848.347	618,11
Mayo	2005	2.814.367	1.533.509.350	206.511.522	1.740.020.872	618,26
Junio	2005	2.948.804	1.606.167.415	217.299.355	1.823.466.770	618,38
Julio	2005	3.121.637	1.700.228.895	228.807.474	1.929.036.369	617,96
Agosto	2005	2.940.695	1.602.959.955	213.965.491	1.816.925.446	617,86
Septiembre	2005	2.725.426	1.485.572.615	220.505.172	1.708.077.787	625,99
Octubre	2005	2.634.061	1.436.644.430	200.622.235	1.637.266.665	621,58

Fuente: Información suministrada por la Dra. Laura Constanza Rojas Vega, apoderada especial de FRESKALECHE, en el recurso de reposición.

Al comparar las tres versiones de la información remitida a esta entidad por FRESKALECHE, correspondiente a compra de leche cruda, se tiene:

Tabla 4: Compra de leche cruda – comparación información remitida
FRESKALECHE, Planta Aguachica (septiembre de 2004 a octubre de 2005)

MES	AÑO	PRECIO PROMEDIO COMPRA (i)	PRECIO PROMEDIO COMPRA (ii)	PRECIO PROMEDIO COMPRA (iii)
Septiembre	2004	568,30	618,67	569,67
Octubre	2004	568,49	647,76	570,04
Noviembre	2004	570,53	668,87	572,51
Diciembre	2004	608,36	684,85	591,37
Enero	2005	618,62	658,53	610,76
Febrero	2005	612,35	692,06	613,25
Marzo	2005	614,75	690,37	616,91
Abril	2005	617,43	679,10	618,11
Mayo	2005	616,54	660,33	618,26
Junio	2005	616,54	641,39	618,38
Julio	2005	616,42	647,03	617,96
Agosto	2005	616,68	654,06	617,86
Septiembre	2005	616,54	674,78	625,99
Octubre	2005	568,30	676,07	621,58

Fuente: ver tablas 1, 2 y 3.

Con respecto a la información (iii):

El Artículo 56 del Código Contencioso Administrativo señala, con respecto a la oportunidad de aporte de pruebas en los recursos, que "[l]os recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer este último se

⁷ "Valor Total Compra" / "Litros"

haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio" (subraya fuera del texto). En este sentido, la información aportada en el recurso de reposición por la Dra. Laura Constanza Rojas Vega en el recurso de reposición no se tiene como prueba en esta investigación.

Con respecto a la información (ii):

El "estudio técnico" aportado por los investigados no fue remitido en el formato exigido por esta Entidad y necesario para la aplicación de las Resoluciones 331 y 337 de 2005 del MADR. La información de dicho reporte contiene un rubro "otros" (ver tabla 2), cuya inclusión no fue debidamente sustentada⁸. Adicionalmente, el rubro "flete" no coincide con la información recopilada en la visita administrativa (ver tabla 1), soportada con comprobantes de compra y de "liquidación quincenal de fletes"⁹, información remitida por la Dra. Laura Constanza Rojas Vega actuando en representación del señor Gerardo Vesga Silva y de la sociedad **FRESKALECHE**, la cual se encuentra certificada por la señora Elisa Bayona Bohórquez en su calidad de Jefe de Contabilidad de la sociedad.

Con respecto a la información (i):

Este Despacho, reconociendo como lo señala la recurrente, que "el motivo de los actos administrativos debe ser cierto, serio y exacto", empleó para el cálculo del posible pago de precio inequitativo la base de datos desagregada y aportada oportunamente por **FRESKALECHE** en el formato exigido por esta Entidad para aplicar la fórmula establecida en la regulación entonces vigente, es decir, la base de datos recaudada en la visita administrativa y complementada en comunicación remitida por el Representante Legal de **FRESKALECHE**, y certificada por la Jefe de Contabilidad de la sociedad¹⁰.

Ahora bien, no deja de parecer extraño que la empresa **FRESKALECHE**, a través de su apoderada, haya reportado a esta Superintendencia tres (3) versiones distintas de la información correspondiente a compra de leche cruda, afirmando en las tres oportunidades que la información enviada corresponde a las "cifras reales" de la empresa.

En el escrito de descargos, aporte y solicitud de pruebas, enviado por la Dra. Laura Constanza Rojas Vega el 16 de enero de 2008, radicado con número 07-020316-00005, la apoderada manifiesta que "[l]a investigación que actualmente cursa, se fundamenta en unas cifras¹¹ que no corresponden a las que realmente maneja la empresa, pues resulta que el precio de compra de la leche cruda en la planta de Aguachica para el periodo que se investiga es casi superior en CIENTO TREINTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$130) al que tiene como referencia en la resolución de apertura de investigación este ente de control, tal como lo certifica la Revisoría Fiscal (...)"¹² (subraya y negrilla fuera del texto). En esta comunicación se afirma que los precios "reales" de compra de leche cruda fueron **\$674,78 por litro en septiembre** de 2005 y **\$676,07 por litro en octubre** del mismo año. Luego se alega que, en ese sentido, "[n]o resulta explicable el error que ha cometido en sus cálculos esta Superintendencia, teniendo en

⁸ Ver páginas 1 y 2 de la Resolución No. 033917 de septiembre 8 de 2008.

⁹ Cuaderno 5, folios 1025 y 1079.

¹⁰ Cuaderno 5, folios 1024, 1080, 1081, 1127 y 1128.

¹¹ La apoderada hace referencia a las cifras con base en las cuales se hizo la apertura de investigación, que correspondían al precio de compra en finca.

¹² Cuaderno 4, folio 868.

cuenta el material probatorio recaudado en la averiguación preliminar de esta investigación y que hace parte de este expediente¹³ (subraya fuera del texto). Esta información, aportada por la apoderada y certificada por el Revisor Fiscal (ver tabla 2), no es consistente ni con las cifras de compra presentadas en el recurso de reposición, ni con los reportes de compras remitidos en la visita administrativa por la Dra. Laura Constanza Rojas Vega y complementados en comunicación remitida por el Representante Legal de **FRESKALECHE**, señor Gerardo Vesga Silva, y certificados por la Jefe de Contabilidad de la sociedad.

En el recurso de reposición la apoderada afirma:

"la Superintendencia ordena sancionar a mis poderdantes, basándose en la supuesta inequidad que arroja una cifra de precio de compra de leche cruda que no coincide con la cifra real de la empresa por este mismo concepto, certificada incluso por el Revisor Fiscal (...).

(...) si se realiza el cálculo para la obtención del promedio del precio de compra de leche cruda (...), con fundamento en el material probatorio que obra en el expediente, se obtendrá una cifra de \$625,99 para el mes de septiembre, y otra de \$621,58 para el mes de octubre" (subraya y negrilla fuera del texto).

Y más adelante,

"(...) no pueden basarse los actos administrativos simplemente en la voluntad al parecer de la autoridad que los expide, ya que el motivo de los actos administrativos debe ser cierto, serio y exacto.

(...)

En el caso específico, se limita su despacho a realizar un cálculo que no tiene en cuenta la totalidad de los factores que componen el promedio de compra del litro de leche cruda, desagrega alguna información y desatiende groseramente las certificaciones del revisor fiscal de la empresa, restando toda credibilidad, no solamente a las cifras aportadas por mi representada y por su revisor fiscal, sino al conjunto de las pruebas aportadas, recaudadas (...).

En conclusión repito, la decisión impugnada desconoce no solamente los antecedentes del caso sino también, las pruebas y datos aportados al expediente.

Finalmente, se debe recordar que la falsa motivación en que se basa la Resolución 33917 de 2008 lleva implícita la violación de principios de trascendental importancia como son los de legalidad, lealtad e imparcialidad.

El acto administrativo expedido por su despacho está viciado de falsa motivación, principalmente la constatación errónea de los hechos dada la omisión de valoración adecuada de las pruebas oportunamente aportadas al proceso y las explicaciones rendidas por los investigados y por la errónea

¹³ Cuaderno 4, folio 871.

calificación jurídica que le da la SIC a las resoluciones 331 y 337 de 2005"
(subraya fuera del texto).

De manera poco respetuosa se refiere la apoderada de los investigados al proceder de esta Entidad, el cual ha estado enmarcado en la aplicación de la fórmula establecida en la Resolución 337 del año 2005 del MADR. No ha tenido presente la Dra. Laura Constanza Rojas Vega que las cifras con base en las cuales se realizó el cálculo de la Resolución de Sanción por ella impugnada fueron suministradas por la empresa **FRESKALECHE**. Es por demás irregular que la apoderada aseguró que cada una de las cifras remitidas correspondía a las cifras reales de la empresa. Para este Despacho es evidente la contradicción de la apoderada de los investigados dada la disparidad de las cifras remitidas, tal como se aprecia en la tabla 4 de la presente resolución.

- 4.2. Con respecto a que el régimen de libertad vigilada de precios vulneró el derecho a la libre competencia y lesionó gravemente la oferta dentro del mercado, razón por la cual la Superintendencia debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad (el régimen de libertad vigilada de precios fue violatorio de la Constitución Política, por cuanto la Resolución 337 de 2005 limitaba el desarrollo de los postulados mismos de la libre competencia con rango constitucional en el artículo 333 de la carta política, por lo que la Superintendencia "tiene la obligación de no aplicar por inconstitucionalidad" las Resoluciones 331 y 337 de 2005 del MADR):

Sobre el particular corresponde señalar que el MADR expidió la Resolución 331 el 28 de julio de 2005 invocando sus facultades legales, en especial las conferidas por el Artículo 49 de la Ley 101 de 1993, el Artículo 5 del Decreto Ley 1675 de 1997, el numeral 13 del Artículo 3 del Decreto 2478 de 1999 y del Decreto 2513 de 2005. Esa resolución estableció los criterios para determinar el pago de precio inequitativo a los productores en el mercado de compra de leche cruda.

Esa norma fue modificada por la Resolución 337, expedida por el MADR el 4 de agosto de 2005 invocando sus facultades legales, en especial las conferidas por el Artículo 49 de la Ley 101 de 1993, el Artículo 5 del Decreto Ley 1675 de 1997, el numeral 13 del Artículo 3 del Decreto 2478 de 1999 y el Decreto 2513 de 2005.

Según sentencia de la Corte Constitucional T-658 de 2005, "[l]a Corte ha sido enfática sobre la potestad que tienen todas las autoridades de la República para llevar a cabo el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad cuando quiera que en una actuación administrativa determinada se establezca incompatibilidad entre una norma de menor jerarquía y la Constitución" (subraya y negrilla fuera del texto).

En igual sentido, en la Sentencia T-556 de 1998 la Corte Constitucional afirma: "si lo que se tiene es una disposición, legal o de otro orden, que de manera ostensible, clara e indudable -prima facie- viola la Constitución, el precepto subalterno cede y se ha de inaplicar, no porque lo quiera el funcionario respectivo sino en cuanto lo manda el Constituyente, y a cambio de su dictado deben hacerse valer las normas de la Constitución con las cuales la regla subalterna colige" (subraya y negrilla fuera del texto).

La apoderada de **FRESKALECHE** y del señor **GERARDO VESGA SILVA**, Representante Legal de dicha empresa, sostiene que las Resoluciones 331 y 337 del 2005 expedidas por el MADR son contrarias a la Constitución Política.

De acuerdo con la Corte Constitucional, para que un funcionario pueda abstenerse de aplicar una norma de inferior jerarquía a la Constitución y en su lugar aplique de preferencia la Constitución, aquellas normas deben contradecir **de manera ostensible, clara e indudable** la Constitución.

Los argumentos de la apoderada no muestran cómo ni por qué las Resoluciones 331 y 337 del 2005 expedidas por el MADR son contrarias de modo ostensible, claro e indudable al Artículo 333 de la Constitución Política.

En consecuencia, corresponde a este Despacho aplicar las normas cuestionadas, esto es, las Resoluciones 331 y 337 del 2005 del MADR. En síntesis, los argumentos presentados por la recurrente son infundados.

Por las razones expuestas, el Superintendente de Industria y Comercio

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la Resolución No. 033917 de 8 de septiembre de 2008.

ARTÍCULO SEGUNDO. Notificar el contenido del presente acto administrativo a la doctora **LAURA CONSTANZA ROJAS VEGA**, en su calidad de apoderada especial de la sociedad **FRESKALECHE S.A.** y del señor **GERARDO VESGA SILVA**, Representante Legal de dicha empresa, entregándole copia del mismo e informándole que contra este acto no procede recurso alguno por la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **09 ENE. 2009**

El Superintendente de Industria y Comercio,


GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

Radicación: 07 - 020316

NOTIFÍQUESE:

Doctora
LAURA CONSTANZA ROJAS VEGA
Apoderada Especial
FRESKALECHE S.A.
y de **GERARDO VESGA SILVA**
Carrera 16A No. 78 - 79 oficina 207
Teléfono: (1) 7033721
Fax: (1) 6214084
Ciudad