



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 15224
(30 MAR 2009)

Radicación No. 07-018673

Por la cual se impone una sanción.

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las que le confiere la Ley 155 de 1959, los artículos 2, 4 y 52 del Decreto 2153 de 1992, el Decreto 2513 de 2005, así como la Resolución 021 de 2006 del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución número 8515 de 25 de marzo de 2008, esta Entidad abrió investigación con el fin de determinar si la empresa **ALIMENTOS EL JARDÍN S.A.** (en adelante **EL JARDÍN**), incurrió en pago de precio inequitativo en la compra de leche cruda en el mes de abril de 2006 y, en consecuencia, infringió lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, el Decreto 2513 de 2005 y la Resolución 021 de 2006 del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (en adelante MADR).

En el mismo acto administrativo se ordenó investigar al representante legal de la sociedad investigada, **HERMÓFILO ZAMBRANO AYALA**, con el propósito de determinar si autorizó, ejecutó o toleró las conductas contrarias a la libre competencia previstas en las normas antes citadas.

SEGUNDO: Que una vez notificada la apertura de investigación y corrido el traslado correspondiente, mediante resolución número 40012 de 22 de octubre de 2008, se ordenó la práctica de pruebas.

TERCERO: Que culminada la etapa probatoria, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia presentó el Informe Motivado de la correspondiente actuación, en el cual recomendó sancionar a **EL JARDÍN**, por considerar que infringió lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 2513 de 2005 y en la Resolución 021 de 2006 expedida por el MADR, por haber incurrido en pago de precio inequitativo e infringido también lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Así mismo, recomendó sancionar al representante legal de la mencionada sociedad, por haber incurrido en la responsabilidad descrita por el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

CUARTO: Que tal y como se ordena en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el pasado 27 de febrero de 2009 se dio traslado del informe motivado a los investigados¹. La Doctora Laura Constanza Rojas Vega, apoderada especial de **EL JARDÍN** y del señor **HERMÓFILO ZAMBRANO AYALA**, presentó fuera del término

¹ Cuaderno 42, folio 10117.

concedido sus observaciones a dicho informe². Con todo, a continuación se transcriben sus argumentos:

- “1. Dentro del informe presentado, sin ninguna explicación, dejan de tener en cuenta los descuentos aplicados en cada mes a los productos, lo que afecta gravemente a mi representada, teniendo en cuenta la incidencia de los mismos dentro del precio promedio de venta.
2. En el informe, no se tienen en cuenta las cifras de fletes que se aplican a los precios de venta de leche cruda. Valor que debe sumarse de acuerdo a lo establecido en la resolución 021, donde se hace referencia al precio puesto en planta”.

QUINTO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 2153 de 1992, concordante con los numerales 13 y 15 del artículo 4 del mismo texto legal, se consultó al Consejo Asesor. Habiéndose surtido así adecuadamente todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de trámites, este Despacho resolverá el presente caso en los siguientes términos.

5.1. Marco normativo

El Decreto 2513 de 2005 establece:

Artículo 1. Para los efectos del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, se entenderá por precio inequitativo de la leche cruda aquel que resulte de una variación injustificadamente superior entre el precio al cual el industrial vende leche y el precio pagado por este al productor, con respecto al promedio histórico de esa diferencia.

Parágrafo: Los criterios y la metodología para determinar la variación injustificada a que hace referencia el presente artículo, serán determinados por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural mediante resolución, con fundamento en criterios objetivos, en métodos estadísticos y en la evaluación de variaciones en calidad, costos de transporte y otros elementos que puedan modificar de manera admisible el margen de rentabilidad del industrial o comprador.

Artículo 2. El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural informará a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando tenga conocimiento sobre la posible existencia de prácticas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos en los mercados de leche cruda.

Artículo 3. Las consecuencias por el pago de un precio inequitativo serán las sanciones previstas para prácticas restrictivas de la competencia según el artículo 4 numerales 15 y 16 del Decreto 2153 de 1992, y demás normas que sean concordantes o complementarias”.

La Resolución 021 de 2006 del MADR dispone:

Artículo 4. Fórmula para calcular el precio inequitativo de la leche cruda. La fórmula para calcular el precio inequitativo de compra de un litro de leche cruda, es la siguiente:

² Cuaderno 42, folios 10139 y 10140.

Por la cual se imponen unas sanciones.

Radicación No. 07-018673

$$\frac{PP_i}{PC_i} < FP - DT$$

Donde:

PP_i = Precio pagado al productor en el mes i .

PC_i = Precio de venta del comprador en el mes i .

$\frac{PP_i}{PC_i}$ = Factor de Costo en el mes i .

$\sum_{j=i-12}^{j=i-1}$ = La sumatoria de los doce meses anteriores al mes i , sin incluirlo.

$$\text{Factor de costo promedio (FP)} = \frac{\sum_{j=i-12}^{j=i-1} \frac{PP_j}{PC_j}}{12}$$

$$\text{Desviación típica (DT)} = \frac{\left[\sum_{j=i-12}^{j=i-1} \left(\frac{PP_j}{PC_j} - FP \right)^2 \right]^{\frac{1}{2}}}{12-1}$$

El factor de costo representa el precio pagado al productor con relación al precio de venta del comprador en un mes determinado. El promedio y la desviación típica del factor de costo se establecerán cada mes mediante las series de precio pagado al productor y el precio de venta del comprador, de los últimos doce (12) meses.

Parágrafo. A fin de evitar distorsiones en el cálculo del factor de costo promedio, deberá deducirse de los doce (12) meses objeto de cálculo, el mes (o meses) en el cual se haya encontrado un precio inequitativo.

Artículo 5. Deber de reportar. Todo comprador de leche cruda deberá reportar al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, dentro de los primeros diez (10) días hábiles del mes siguiente al mes en que la compre, el volumen y el precio promedio ponderado por volumen, para compra y venta por litro de leche y productos lácteos, por región y por mes.

(...)

Artículo 7. Sanciones y procedimiento. Las consecuencias por el pago de un precio inequitativo serán las sanciones previstas para prácticas comerciales restrictivas de la competencia según el artículo 4, numerales 15 y 16 del Decreto 2153 de 1992 y demás normas que sean concordantes o complementarias.

La Superintendencia de Industria y Comercio adelantará investigaciones sobre precio inequitativo en el mercado de la leche cruda en los siguientes eventos:

- a) Cuando de oficio así lo resuelva;
- b) Por solicitud del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural;

7

Por la cual se imponen unas sanciones.

Radicación No. 07-018673

- c) *Por solicitud de la Secretaría Técnica del Consejo Nacional Lácteo cuando esta encuentre indicios sobre el pago de un precio inequitativo, determinado de conformidad con lo establecido en los artículos 4, 5 y 6 de la presente resolución;*
- d) *Por queja elevada a la Superintendencia de Industria y Comercio por productores de leche cruda que representen el cinco por ciento (5%) o más del total de las compras mensuales de leche cruda de un mismo comprador en una región lechera.*

Cuando la Superintendencia de Industria y Comercio adelante una investigación por precio inequitativo en el mercado de la leche cruda, consultará a la Secretaría Técnica del Consejo Nacional Lácteo sobre el cálculo del presunto precio inequitativo pagado por el comprador investigado. Ese concepto no será vinculante.

Parágrafo. *Tanto las investigaciones como el seguimiento del precio inequitativo se harán con la información correspondiente a los tres (3) productos lácteos con mayor participación en las ventas del comprador de leche cruda.*

Artículo 8. Variaciones Admisibles en el Factor de Costo. *Cuando se adelante una investigación por precio inequitativo en el mercado de la leche cruda conforme a esta resolución, se evaluarán las variaciones de calidad, costos de transporte, exportaciones a mercados distorsionados y otros elementos que puedan modificar de manera admisible el margen de rentabilidad del comprador, siempre y cuando este los explique y los sustente.*

Parágrafo. *Si el comprador o industrial investigado aduce como justificación a la variación en el factor de costo, las exportaciones a mercados externos distorsionados, la Dirección de Comercio y Financiamiento del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural conceptuará sobre la existencia de tal distorsión, a fin de que la Superintendencia de Industria y Comercio valore la admisibilidad de tal variación.*

Artículo 9. Vigencia y derogatorias. *La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación [20 de enero de 2006] y deroga las Resoluciones 0321 de 1999, 0331 y 0337 de 2005".*

5.2. Mercado relevante

5.2.1. Mercado del producto

El MADR estableció en la Resolución 021 de 2006:

Artículo 1. Objeto. *La presente Resolución tiene por objeto establecer los criterios y la metodología para el cálculo del precio inequitativo de la leche cruda (...) (subraya fuera del texto).*

Artículo 2. Ámbito de aplicación. *La presente Resolución aplica a todo agente económico que compre leche cruda (...)" (subraya fuera del texto).*

Entonces el mercado del producto es, por definición normativa, la compra de leche cruda.

5.2.2. Mercado geográfico

El artículo 3 de la mencionada resolución establece:

"Artículo 3. Definiciones. Para efectos de esta Resolución se entenderá por:

a) **PRECIO PAGADO AL PRODUCTOR:** *Es el precio que paga el comprador por litro de leche cruda en finca, en una región lechera. Ese precio será el promedio mensual, ponderado por volumen, que el comprador pague al conjunto de los productores que le venden leche cruda en una región productora de leche determinada.*

b) **PRECIO DE VENTA DEL COMPRADOR:** *Es el precio por litro al cual el comprador de leche cruda la vende, sea que la procese o no.*

Ese precio será el promedio mensual, ponderado por volumen, al cual el comprador vende leche.

(...)

c) **REGIONES PRODUCTORAS DE LECHE:** *Para efectos de la presente Resolución, las regiones productoras de leche cruda que serán tenidas en cuenta para el cálculo del precio inequitativo son las siguientes:*

Región 1: *Cesar, La Guajira, Magdalena, Norte de Santander y Santander.*

Región 2: *Córdoba, Atlántico, Sucre y Bolívar.*

Región 3: *Antioquia, Risaralda, Quindío, Chocó y Caldas.*

Región 4: *Cundinamarca y Boyacá.*

Región 5: *Valle de Cauca, Cauca, Nariño y Putumayo.*

Región 6: *Caquetá, Tolima y Huila.*

Región 7: *Arauca, Guaviare, Vaupés, Vichada, Guainía, Amazonas, Meta y Casanare" (subraya fuera del texto).*

En consecuencia, el mercado geográfico objeto de evaluación corresponde a las "regiones lecheras" en las cuales la investigada realizó compras de leche cruda.

En el caso que nos ocupa el mercado geográfico se restringe a la región 4, en la cual **EL JARDÍN** compró leche cruda a proveedores directos entre abril de 2005 y abril de 2006. En esa región dicha empresa compró leche cruda en el departamento de Cundinamarca.

5.3. Periodo del cual se requirió información para evaluar el precio inequitativo

Según la resolución de apertura de investigación, existió un indicio sobre el pago de precio inequitativo en el mes de abril de 2006. Para establecer si efectivamente se pagó un precio inequitativo ese mes, corresponde aplicar el artículo 4 de la Resolución 021 de 2006 del MADR, que establece:

"El factor de costo representa el precio pagado al productor con relación al precio de venta del comprador en un mes determinado. El promedio y la desviación típica del factor de costo se establecerán cada mes mediante las series de precio pagado al productor y el precio de venta del comprador, de los últimos doce (12) meses" (subraya fuera del texto).

Así, el periodo en el cual se analizaron los precios de compra de leche cruda y precios de venta de los tres productos lácteos con mayor participación en las ventas del comprador de leche cruda comprendió el mes investigado y los doce meses

Por la cual se imponen unas sanciones.

Radicación No. 07-018673

anteriores. En el presente caso, corresponde comparar la información de abril de 2006 con la información de abril de 2005 a marzo de 2006.

5.4. El poder de mercado de EL JARDÍN. Análisis de significatividad

De conformidad con lo establecido en el artículo 2 numeral 1 del Decreto 2153 de 1992,

"[l]a Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: 1. Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficacia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista la variedad de precios y calidades de bienes y servicios (...)" (subraya fuera del texto).

El poder de mercado de una empresa, en la compra de leche cruda, se determinó tomando en cuenta la participación porcentual de sus compras de leche cruda en el mercado lácteo nacional. Esta participación se calculó comparando el volumen adquirido por la empresa con el total de litros que las demás empresas procesadoras de leche compraron a nivel nacional.

La información suministrada a esta Superintendencia por Fedegan, sobre compras de leche a nivel nacional en el mes de abril de 2006, muestra que el volumen total de litros comprados por los agentes retenedores de la cuota de fomento, esto es, por los compradores de leche cruda a nivel nacional, ascendió a 154.572.543 litros³.

El volumen de leche comprada a nivel nacional por **EL JARDÍN**, a proveedores directos, en el mes de abril de 2006, fue de 964.934 litros. Eso equivale a un porcentaje de participación en las compras directas de leche cruda a nivel nacional de 0,62% ese mes.

El 90% de las compras nacionales de leche cruda fue realizado por 67 empresas en el mes de abril de 2006. Dentro de ese grupo, la participación de cada una de las empresas en las compras estuvo entre un 10,86% y un 0,18%. En consecuencia, las empresas procesadoras de leche con una participación individual inferior al 0,18% en la compra de leche cruda en el mes de abril de 2006 (325 empresas) representaron el 10% de las compras a nivel nacional. Este, a juicio del Despacho, es un criterio objetivo suficiente para considerar que, en principio, las empresas por debajo del mencionado porcentaje individualmente carecen de poder de mercado y, en consecuencia, puede descartarse la significatividad de su conducta.

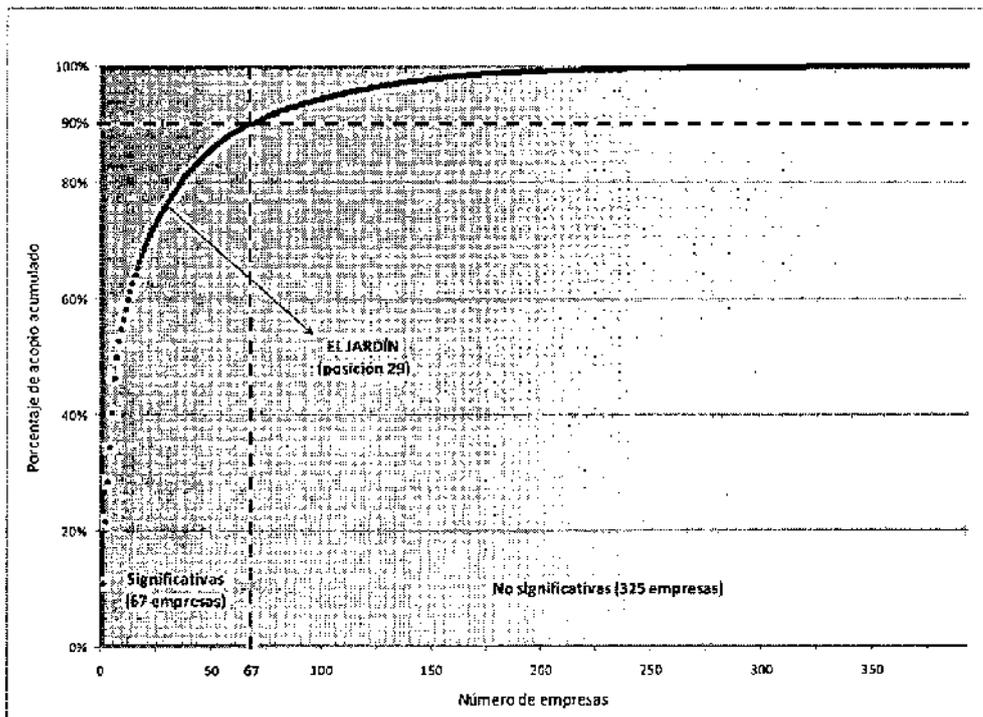
Dada la información anterior, **EL JARDÍN** forma parte del grupo de agentes económicos que individualmente se consideran como agentes con poder de mercado, ya que su participación en las compras directas de leche cruda a nivel nacional fue de 0,62% en el mes de abril de 2006.

³ Cuaderno 42, folios 10009 y 10010.

Por la cual se imponen unas sanciones.

Radicación No. 07-018673

El gráfico 1 lo ilustra.

Gráfico 1: Distribución de las compras de leche cruda a nivel nacional
Abril de 2006Fuente: Cálculos SIC, información reportada por Fedegan⁴.

5.5. Cálculo del indicador de precio inequitativo

La Superintendencia solicitó a **EL JARDÍN** la entrega de las bases de datos originales de los precios de compra de leche cruda en finca a proveedores directos (productores) y los precios de venta de los tres productos lácteos que en abril de 2006 fueron los de mayor venta, con los factores de conversión y la metodología empleada para la construcción de dichas bases, incluyendo documento del Revisor Fiscal certificando que la información coincide con los soportes físicos contables de la empresa⁵.

Esta información se recibió en comunicación de 7 de noviembre de 2008 con número de radicación 07-018664-00025⁶ y en comunicación de 12 de noviembre de 2008 con número de radicación 07-018664-00026⁷.

El cálculo de precios de compra se efectuó teniendo en cuenta que, según el artículo 3 de la Resolución 021 de 2006 del MADR, el precio de compra: (i) es un precio por

⁴ Ibídem.

⁵ Cuaderno 42, folios 10035 al 10042.

⁶ Cuaderno 42, folios 10045 al 10051.

⁷ Cuaderno 42, folios 10052 al 10061.

Por la cual se imponen unas sanciones.

Radicación No. 07-018673

litro; (ii) es un promedio mensual, ponderado por volumen; (iii) es un precio en finca; y (iv) se calcula por "región lechera".

Así mismo, para el cálculo de precios de venta se consideró que, de acuerdo con la misma norma, el precio de venta: (i) es un precio por litro; (ii) es un promedio mensual, ponderado por volumen; (iii) es un precio en planta, para procesadores, o un precio "en donde se venda", para acopiadores; y (iv) se calcula considerando únicamente los tres productos lácteos con mayor participación en las ventas.

EL JARDÍN reportó como productos de mayor venta en abril de 2006 los siguientes:

- Leche Entera x 1000 cc en bolsa
- Leche Oferta x 1000 cc
- Queso Campesino bloque corriente x gramos

Para calcular el precio de venta por litro se utilizaron los factores de conversión reportados por **EL JARDÍN**⁸:

- Leche Entera: 1 / 1000 litros de leche por centímetro cúbico.
- Queso Campesino bloque corriente x gramos: 1 / 79 litros de leche por gramo.

Los resultados de los cálculos realizados por este Despacho, para los precios de compra de leche cruda y los precios de venta de los *tres principales productos lácteos*, pueden apreciarse en las siguientes tablas.

Tabla 1
Precio promedio de compra de leche cruda
EL JARDÍN
Región 4

FECHA	LITROS COMPRADOS	VALOR TOTAL	PRECIO PROMEDIO POR LITRO
abr-05	954.900,00	617.166.799,00	646,32
may-05	635.976,00	412.895.558,00	649,23
jun-05	946.596,00	602.248.363,00	636,23
jul-05	974.769,00	615.545.035,00	631,48
ago-05	1.010.708,00	641.775.359,00	634,98
sep-05	964.577,00	618.200.289,00	640,90
oct-05	952.384,00	610.347.699,00	640,86
nov-05	954.967,00	614.718.090,00	643,71
dic-05	960.798,00	618.390.359,00	643,62
ene-06	986.788,00	636.879.259,00	645,41
feb-06	909.596,00	588.394.084,00	646,87
mar-06	958.179,00	613.167.777,00	639,93
abr-06	898.738,00	570.471.513,00	634,76

Fuente: Cálculos SIC, información reportada por **EL JARDÍN**⁹.

⁸ Cuaderno 42, folio 10061.

⁹ Cuaderno 42, folio 10073.

Tabla 2
 Precio promedio de venta por litro de leche (*tres principales productos lácteos*)
 EL JARDÍN
 Ventas nacionales

FECHA	LITROS VENDIDOS	VALOR TOTAL	PRECIO PROMEDIO POR LITRO
abr-05	770.821,90	615.583.287,50	798,61
may-05	762.841,11	607.092.616,00	795,83
jun-05	766.586,72	604.411.968,00	788,45
jul-05	836.891,57	655.517.807,00	783,28
ago-05	857.970,80	680.726.257,00	793,41
sep-05	843.496,24	686.048.864,00	813,34
oct-05	836.955,18	664.365.051,00	793,79
nov-05	820.800,06	649.762.514,00	791,62
dic-05	891.718,94	696.888.503,00	781,51
ene-06	749.376,58	589.325.841,00	786,42
feb-06	710.219,24	560.521.160,00	789,22
mar-06	810.533,75	642.143.593,00	792,25
abr-06	770.998,39	613.025.106,00	795,11

Fuente: Cálculos SIC, información reportada por EL JARDÍN¹⁰.

De acuerdo con las cifras de precios de compra y venta, consignadas en las tablas 1 y 2, este Despacho calculó el indicador de precio inequitativo en concordancia con la fórmula y metodología establecidas en el artículo 4 de la Resolución 021 de 2006 del MADR. Los resultados son:

Tabla 3
 Pago de precio inequitativo en la compra de leche cruda
 EL JARDÍN
 Región 4

CONCEPTO	Abr-06
Precio de compra por litro	634,75
Precio de venta por litro	795,11
Factor de costo (FC)	0,7983
Factor de costo promedio (FP)	0,8099
Desviación típica (DT)	0,0098
FP - DT	0,8001
INEQUIDAD (FC < FP - DT)	SÍ

Fuente: Cálculos SIC, información reportada por EL JARDÍN¹¹.

La tabla 3 muestra que con la información de precio de compra de leche cruda y de precio de venta de los *tres principales productos* de **EL JARDÍN**, esta empresa incurrió en pago de precio inequitativo en abril de 2006, en la región 4.

¹⁰ Cuaderno 42, folio 10073.

¹¹ Cuaderno 42, folio 10073.

5.6. Argumentos de defensa

Este Despacho se abstiene de pronunciarse frente a los argumentos presentados en respuesta al informe motivado, porque el plazo establecido en el traslado del informe vencía el lunes 9 de marzo de 2009 y las observaciones a este se presentaron el jueves 12 de marzo de 2009¹².

Con respecto a los argumentos presentados por la apoderada de **EL JARDÍN** y del señor **HERMÓFILO ZAMBRANO AYALA** en su escrito de descargos a la resolución de apertura¹³:

- 1) La apoderada señala que en la información solicitada por la Superintendencia en la averiguación preliminar no se pidió "(...) reportar el costo de los fletes mensuales, factor que sí ordena tener en cuenta la Resolución 021 de 2006" y que los datos recaudados "(...) no corresponden a los promedios reales de la empresa, dado que no tienen en cuenta en el precio de compra los fletes, y en el precio de venta los descuentos por facturas y por volumen que ofrece la empresa". Asegura que considerando estos parámetros **EL JARDÍN** no presenta pago de precio inequitativo: "(...) la aplicación exacta, minuciosa y fidedigna de los factores que conformaron en su momento la fórmula de la inequidad planteada en la Resolución 021 de 2006, no arroja para el mes de abril del año 2005 (sic) un factor de costo mensual inferior al factor de costo promedio (...) ajustado a la desviación típica, arrojando un resultado de ausencia total de inequidad".

Con respecto a este argumento, que consiste en asegurar que **EL JARDÍN** no incurrió en pago de precio inequitativo en abril de 2006, este Despacho considera importante recordar que, según la Resolución 021 de 2006 del MADR, el precio pagado al productor es "el precio que paga el comprador por litro de leche cruda en finca, en una región lechera" (subraya fuera del texto) y no el precio de la leche incluyendo "el costo de los fletes" como lo alega la apoderada.

- 2) La apoderada cita la Resolución 163 del 12 de julio de 2006, arguyendo que en esta se fijó "(...) el precio de compra de la leche al productor en un valor de seiscientos pesos (\$600) litro; esto es, más de un 9% por debajo del precio pagado por ALIMENTOS EL JARDÍN S.A., seis meses antes y que la Superintendencia consideró como presuntamente inequitativo y fundamentó la apertura de esta investigación. (...) La cifra con que se juzga la supuesta inequidad de Alimentos El Jardín S.A., parte de un precio de compra al productor de aproximadamente \$ 650 en abril de 2006. Precio 9% mayor, al que fijó el Ministerio por Resolución en el mes de Julio de 2006".

Al respecto debe indicarse que las conductas realizadas en abril de 2006 no quedan sujetas a normas expedidas con posterioridad. La investigación se abrió para indagar sobre el presunto pago de precio inequitativo por parte de **EL JARDÍN** en el mes de abril de 2006, periodo en el cual estaba vigente la Resolución 021 de 2006 del MADR.

¹² Cuaderno 42, folios 10139 y 10140.

¹³ Cuaderno 1, folios 97 al 120.

Por la cual se imponen unas sanciones.

Radicación No. 07-018673

Por lo tanto corresponde aplicar esa normatividad y no la vigente en julio del año 2006.

En este sentido es importante señalar, adicionalmente, que las normas de precios se relacionan con el contexto específico en el que se expiden. Es claro que el MADR tuvo en cuenta la situación coyuntural que presentaba el mercado de compra de leche cruda para realizar la intervención en dicho mercado al expedir la Resolución 021 de 2006.

- 3) La apoderada alega que el régimen de precio inequitativo establecido en la Resolución 021 de 2006 del MADR fue derogado por el mismo Ministerio, lo que obliga a cerrar la investigación contra **EL JARDÍN**. Asegura que, de lo contrario, "(...) representaría la aplicación de un esquema de ultractividad de la Ley, proscrito para el sistema sancionatorio administrativo (...)", lo cual vulneraría el principio de favorabilidad de los investigados. Cita la sentencia de la Corte Constitucional "S-182 de 2002", según la cual "(...) la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable" y la sentencia C-769 de 1999, según la cual "(...) el derecho disciplinario, por su naturaleza sancionadora, es una especie de derecho punitivo. Ello implica que las garantías sustanciales y procesales del derecho más general, el penal, sean aplicables al derecho disciplinario". Así, la apoderada asegura que en virtud del principio de retroactividad de la Ley debe aplicarse la Resolución 163 de 2006 del MADR y no la 021.

Afirma que la resolución de apertura "(...) tiene sustento en la infracción de un régimen legal que actualmente no existe por derogatoria expresa de una norma posterior, lo que implica de su parte una motivación inexistente o cuando menos indebida", con lo cual, en concepto de la apoderada, la Superintendencia estaría dando un alcance ulterior a la Resolución 021 de 2006 del MADR, violando el debido proceso. Exige entonces a esta Entidad ordenar el cierre de la investigación, argumentando que los motivos que sirvieron de causa a la misma desaparecieron del ordenamiento jurídico.

Con respecto a este argumento es necesario precisar que la investigación se abrió el 25 de marzo de 2008 para indagar sobre conductas presuntamente realizadas durante la vigencia de la Resolución 021 de 2006 del MADR.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia T-824A/02, puntualizó los efectos de la derogatoria de una norma así:

"La derogación no deriva de conflictos entre normas de distinta jerarquía sino de la libertad política del Legislador, pues ese órgano político decide expulsar del ordenamiento una norma que hasta ese momento era totalmente válida, ya sea para sustituirla por otra disposición, ya sea para que la regulación de la materia quede sometida a los principios generales del ordenamiento".

"Conforme a lo expuesto, y siguiendo lo preceptuado en las normas que regulan la materia, en particular la Ley 153 de 1887, se tiene que la derogatoria de una ley presenta como características: (i) que produce efectos hacia el futuro o ex nunc, salvo que se trate de normas de contenido procedimental pues en estos casos su efecto es general e inmediato (arts 17 a. 49), y (ii) que la ley derogada no se puede revivir, ni por las referencias que de ella se haga en otras disposiciones, ni por el hecho de haber

✓

Por la cual se imponen unas sanciones.

Radicación No. 07-018673

sido abolida la ley que la derogó, recobrando su fuerza normativa sólo en la medida en que aparezca reproducida en una nueva ley (art. 14). Para la Corte, "es razonable que, en general, la derogación sólo tenga efectos hacia el futuro, pues la norma derogada era perfectamente válida hasta ese momento, y por elementales razones de seguridad jurídica las leyes no pueden ser retroactivas" (subraya fuera del texto).

Nótese que según la Corte Constitucional la norma es válida hasta el momento en que se deroga. Tal validez implica que las conductas que impone una norma derogada son exigibles aún después de la derogación. Según la Corte la derogación sólo rige hacia el futuro, no hacia el pasado. En consecuencia, la derogatoria de la Resolución 021 de 2006 del MADR no implica que los compradores de leche cruda que pagaron un precio en contravención al exigido por esas normas, queden exonerados de la responsabilidad de cumplirlas.

La Resolución 021 de 2006 del MADR tuvo validez durante su vigencia. Esto es, impuso un deber de conducta a los compradores de leche cruda. Su incumplimiento mediante conductas realizadas durante la vigencia de la resolución, corresponde investigarlo de conformidad con las normas vigentes cuando se realizaron los hechos investigados. Lo que se busca con la apertura de la investigación es precisamente establecer si la obligación que imponía esa resolución se cumplió o no y en caso de incumplimiento si esa conducta se encuentra justificada en concordancia con tal norma.

El ejercicio de la función de vigilancia con base en una norma derogada es consecuencia del efecto ultractivo de las normas jurídicas. Este consiste en que una norma sigue produciendo efectos frente a hechos ocurridos desde su expedición y hasta su derogatoria.

La Corte Constitucional sobre el particular ha tenido oportunidad de expresar:

"En cuanto a la proyección futura de los efectos de una ley derogada (ultractividad de la ley), el régimen legal general contenido en las normas mencionadas lo contempla para ciertos eventos. La ultractividad en sí misma no contraviene la Constitución, siempre y cuando, en el caso particular, no tenga el alcance de desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, ni el principio de favorabilidad penal"¹⁴ (subraya fuera del texto).

En consecuencia, la derogatoria de la Resolución 021 de 2006 del MADR no implica que esa norma deje de aplicarse a las conductas realizadas durante su vigencia. Esas conductas quedan sujetas a tal resolución por virtud de la aplicación ultractiva de esa norma.

Como ya se mencionó, las normas de precios se relacionan con el contexto específico en el que se expiden. Para la expedición de la Resolución 021 de 2006 el MADR tuvo en cuenta la situación coyuntural que presentaba el mercado de compra de leche cruda para realizar la intervención en dicho mercado.

- 4) La apoderada afirma que "[t]odo el esquema del Régimen de precio Inequitativo, vulnera los principios constitucionales de la libre Competencia, por lo que en

¹⁴ C-619/2001 M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Por la cual se imponen unas sanciones.

Radicación No. 07-018673

aplicación del Principio de Constitucionalidad, la Superintendencia debe abstenerse de aplicarlo.

Lo argumenta señalando que *"[l]a Resolución 021 de 2006 desconoce los factores por los cuales puede aumentarse el margen del precio de venta dentro de una empresa, y con esto, [desestimula] la competencia en el mercado"*. Asegura que es violatoria del artículo 333 de la Constitución Nacional, porque establece *"restricciones o barreras injustificadas e irracionales a la oferta de productos"*. Así, exige a esta Superintendencia aplicar la excepción de inconstitucionalidad y por ende *"inaplicar"* la Resolución 021 de 2006 del MADR.

La apoderada de **EL JARDÍN** sostiene que la Resolución 021 del 2006 expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural es contraria a la Constitución Política.

Según sentencia de la Corte Constitucional T-658/05 *"[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 fuera del texto).

En igual sentido en la Sentencia T-556 de 1998 el magistrado José Gregorio Hernández Galindo 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 fuera del texto).

Según 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, aquella norma debe contradecir de manera ostensible, clara e indudable la Constitución.

Los argumentos de la apoderada no muestran cómo ni por qué la Resolución 021 del 2006 expedida por el MADR es contraria de modo ostensible, claro e indudable al artículo 333 de la Constitución y no puede entenderse que sea suficiente simplemente afirmarlo.

5.7. Responsabilidad del representante legal

De conformidad con el numeral 16 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio está facultado para imponer a favor del Tesoro Nacional multas de hasta 300 salarios mínimos legales mensuales a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre libre competencia y prácticas comerciales restrictivas.

La responsabilidad personal a la que alude el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 emana de una conducta por –acción u omisión– del administrador. La precisión efectuada reviste especial importancia si se tiene en cuenta que lo previsto

Por la cual se imponen unas sanciones.

Radicación No. 07-018673

en el numeral 16 no exige que las personas naturales, que resulten incursoas en el comportamiento descrito, ejecuten directamente el acto o que lo autoricen.

Como lo establece el artículo 117 del Código de Comercio, para probar la representación de una sociedad bastará la certificación de la Cámara de Comercio respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones aprobadas a dichas facultades.

Bajo esta óptica, corresponde ahora establecer respecto del representante legal investigado si incurrió en la conducta de tolerar el pago de precio inequitativo, con el fin de determinar su responsabilidad.

El señor **HERMÓFILO ZAMBRANO AYALA** ejerció, durante el periodo de investigación, el cargo de Gerente y representante legal de **EL JARDÍN**; es Gerente desde el 19 de marzo del año 1999 según el certificado de existencia y representación legal¹⁵.

El señor **HERMÓFILO ZAMBRANO AYALA** afirmó en la declaración de parte¹⁶:

***Pregunta:** ¿Cuáles son las principales funciones de su cargo?*

***Respuesta:** Las funciones principales están consagradas en los estatutos de la empresa (...) cumpliendo con las normas legales que en la materia se han dictado para este tipo de empresas (subraya fuera del texto).*

***Pregunta:** Luego de la expedición de la Resolución 021 de 2006 por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo rural, ¿sabe usted si EL JARDÍN estableció algún mecanismo para hacer seguimiento al cumplimiento de estas normas?*

***Respuesta:** (...) Estuvimos atentos a mirar el significado de la norma y tomamos las medidas con relación al manejo de los precios a los ganaderos para no salirnos de la reglamentación que se estaba expidiendo (subraya fuera del texto).*

***Pregunta:** ¿Quién determinó en EL JARDÍN, en el año 2005 y el primer semestre de 2006, el precio de compra de leche cruda?*

***Respuesta:** Yo (subraya fuera del texto).*

***Pregunta:** ¿Sabe usted quién determinó el precio de venta en EL JARDÍN, en el año 2005 y el primer semestre de 2006?*

***Respuesta:** Yo también (subraya fuera del texto).*

***Pregunta:** ¿Sabe usted cómo se determinó el precio de venta en EL JARDÍN, en el año 2005 y el primer semestre de 2006?*

***Respuesta:** Para determinar los precios de venta, como elemento principal hay que tener en cuenta los costos de la materia prima, que es la leche; los costos de transporte, proceso, empaque y analizando algunos gastos administrativos se puede determinar el precio de venta. Hay un punto importante a tener en cuenta y es mirar también los precios que hay de productos similares en el mercado. Con el*

¹⁵ Según el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá de 10 de mayo de 2007 (cuaderno 1, folios 57 y 58), el señor HERMÓFILO ZAMBRANO AYALA fue nombrado representante legal y Gerente de EL JARDÍN por acta de la Junta Directiva 0000054 de 19 de marzo de 1999.

¹⁶ Cuaderno 42, folios 10064 al 10068.

Por la cual se imponen unas sanciones.

Radicación No. 07-018673

conocimiento de todas estas variables uno logra construir su precio de venta (subraya fuera del texto).

Como lo afirmó el representante legal, él como Gerente tenía la responsabilidad de velar por el adecuado funcionamiento de la compañía y el cumplimiento de la normatividad legal para ese tipo de empresas y determinó tanto el precio de compra de leche cruda, como los precios de venta de los productos de **EL JARDÍN** en el año 2005 y primer semestre de 2006.

Como antes se indicó, la investigación realizada permite considerar que **EL JARDÍN** incurrió en pago de precio inequitativo en el mes de abril de 2006. Las declaraciones del señor **HERMÓFILO ZAMBRANO AYALA** permiten considerar que toleró esa práctica, prohibida por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, el Decreto 2513 de 2005 y la Resolución 021 de 2006 del MADR.

5.8. Sanción

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá *"[i]mponer sanciones pecuniarias hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las empresas infractoras de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto"*.

A su vez, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 establece la facultad del Superintendente de Industria y Comercio para *"[i]mponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción (...)"*.

En el caso concreto, se ha establecido que **EL JARDÍN** incurrió en pago de precio inequitativo en abril de 2006, en la región 4. Así, infringió lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155, en el artículo 1 del Decreto 2513 de 2005 y en la Resolución 021 de 2006 expedida por el MADR. También existe mérito para considerar que el señor **HERMÓFILO ZAMBRANO AYALA**, como representante legal de la empresa durante el periodo de los hechos investigados, toleró dicha conducta.

Para la tasación de la sanción que corresponde a la empresa se ha tomado en cuenta, entre otros, el impacto de la conducta en el mercado de compra de leche cruda. La sanción impuesta al representante legal se calculó, por su parte, en proporción a la sanción impuesta a la empresa, de acuerdo con los límites legales previstos en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

Por la cual se imponen unas sanciones.

Radicación No. 07-018673

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la conducta objeto de investigación realizada por **ALIMENTOS EL JARDÍN S.A.** contraviene lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2513 de 2005 y en la Resolución 021 de 2006 expedida por el MADR, de conformidad con las razones señaladas en la parte considerativa de esta decisión.

ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer una sanción pecuniaria a **ALIMENTOS EL JARDÍN S.A.** por DOS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL PESOS (\$2.245.000,00).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta No. 05000024-9, a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional - Fondos Comunes Código Rentístico 350300 o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario cuenta No. 070-020010-8, a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional - Fondos Comunes y acreditarse ante la Pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTICULO TERCERO: Declarar que **HERMÓFILO ZAMBRANO AYALA**, en su calidad de representante legal de la empresa **ALIMENTOS EL JARDÍN S.A.**, toleró la conducta de que trata el artículo primero, e incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO CUARTO: Imponer una sanción pecuniaria a **HERMÓFILO ZAMBRANO AYALA**, en su calidad de representante legal de la empresa **ALIMENTOS EL JARDÍN S.A.**, por TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL PESOS (\$337.000,00).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta No. 05000024-9, a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional - Fondos Comunes Código Rentístico 350300 o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario cuenta No. 070-020010-8, a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional - Fondos Comunes y acreditarse ante la Pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO QUINTO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a la doctora **LAURA CONSTANZA ROJAS VEGA**, apoderada especial de **ALIMENTOS EL JARDÍN S.A.** y de **HERMÓFILO ZAMBRANO AYALA**, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio dentro de los 5 días siguientes a la misma.

RESOLUCIÓN NÚMERO 15224 DE 2009

Hoja No. 17

Por la cual se imponen unas sanciones.

Radicación No. 07-018673

ARTÍCULO SEXTO: Comunicar el contenido del presente acto administrativo a la Secretaría Técnica del Consejo Nacional Lácteo, entregándole copia del mismo.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá, D.C., a los **30 MAR 2009**

El Superintendente de Industria y Comercio,



GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

Radicación No. 07-018673

NOTIFÍQUESE:

Doctora
LAURA CONSTANZA ROJAS VEGA
Apoderada Especial
ALIMENTOS EL JARDÍN S.A. y
HERMÓFILO ZAMBRANO AYALA
Carrera 16A No. 78 - 79, Oficina 207
Teléfono: (1) 5313748; Fax: (1) 6214084
Bogotá

COMUNÍQUESE:

SECRETARÍA TÉCNICA DEL CONSEJO NACIONAL LÁCTEO
Secretaría Técnica:
CATALINA VEGA RODRÍGUEZ
Dirección: Avenida el Dorado No. 42 - 42
Teléfono: 3686348, Ext. 106
Bogotá