



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **58413** DE 2009
 (18 NOV 2009)

Radicación: 07 - 020315

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 en concordancia con los artículos 50, 51 y 59 del Código Contencioso Administrativo

CONSIDERANDO

PRIMERO. Que mediante resolución 048294 de 25 de noviembre de 2008 se impuso a la empresa **COOPERATIVA COLANTA LIMITADA** (en adelante **COLANTA**), identificada con el NIT No. 890.904.478-6, una sanción pecuniaria por la suma de noventa y siete millones ochocientos treinta y un mil pesos (\$97.831.000,00) y al señor **JENARO PÉREZ GUTIÉRREZ**, como representante legal de **COLANTA**, una sanción pecuniaria por la suma de catorce millones seiscientos setenta y cinco mil pesos (\$14.675.000,00), 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 personalmente al apoderado de los investigados, Dr. Diego Uribe Vásquez, el 2 de diciembre de 2008. En consecuencia, el término para presentar recurso de reposición sobre ese acto venció el 10 de diciembre de 2008.

TERCERO. Que mediante escrito radicado con número 07-020315-00059 de 10 de diciembre de 2008, el doctor Diego Uribe Vásquez, en calidad de apoderado especial de **COLANTA** y del señor **JENARO PÉREZ GUTIÉRREZ**, presentó recurso de reposición con el objeto de que el Superintendente de Industria y Comercio:

"(...) Revoque la resolución sancionatoria N° 048294 del 25 de noviembre de 2008, notificada el 2 de diciembre de 2008, por haber operado el fenómeno de caducidad previsto en el Art. 38 del C.C.A.

En subsidio de lo anterior, mediante una correcta valoración de las pruebas, partiendo de la base de que la misma norma permite que la variación de los precios se haya hecho de manera justificada (...), proceda a REVOCAR la resolución N° 048294 del 25 de noviembre de 2008, absuelva de toda responsabilidad a COLANTA y a su representante legal, ordenando finalmente el archivo de las presentes diligencias.

Finalmente y en subsidio de las dos anteriores peticiones y en caso de mantener en firme la decisión sancionatoria, MODIFIQUE LA RESOLUCIÓN N° 048294 del 25 de noviembre de 2008, en cuanto a LA CUANTÍA DE LA SANCIÓN PARA LOS INVESTIGADOS, (...)"

7

CUARTO: Que en relación con los argumentos presentados por el apoderado especial de COLANTA y del señor JENARO PÉREZ GUTIÉRREZ, la Superintendencia de Industria y Comercio procede a analizarlos como sigue:

4.1. Frente a los argumentos denominados "**CONSIDERACIONES A LA VALORACION PROBATORIA Y A LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INVESTIGADOS**".

1) Se afirma que la "**LA SUPERINTENDENCIA NO PROBÓ CONDUCTA ALGUNA DE PRACTICA RESTRICTIVA DE LA COMPETENCIA**".

"(...) por tratarse de una investigación sobre una de las formas o expresiones de las prácticas restrictivas de la competencia, denominada 'precio inequitativo' debía el ente investigador probar que en efecto ocurrió una restricción a aquel interés jurídico protegido con la Ley 155 de 1959: el derecho a la libre competencia, y que en efecto no lo hizo.

(...)

Insistimos que el Decreto 2513 de 2005 y las resoluciones 331 y 337 del mismo año son inconstitucionales porque: 1. El Gobierno Nacional y el MADR se extralimitaron en el ejercicio del poder regulador, al querer cifrar una intervención de precios en el sector lácteo mediante una modalidad de proscripción de prácticas restrictivas de la competencia, cual era el precio inequitativo en el mercado de leche cruda. 2. Las normas cuestionadas no permiten analizar la restricción de la competencia que supuestamente debe ocurrir por incurrir en la práctica de un precio inequitativo, conforme a la Ley 155 de 1959. 3. Una investigación que se adelanta sin mirar este asunto, adolece de una violación evidente al debido proceso, por cuanto no se hace conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, cual es únicamente el que proscribire una práctica restrictiva de la competencia".

Cita el recurrente como sustento de su argumento la Sentencia del Consejo de Estado S-590 de abril 1 de 1997, en la cual se manifiesta que un acto administrativo puede ser inaplicable si viola el estatuto constitucional: "*(...) cuando una norma inferior riñe con la Constitución, ésta tendrá preferencia, y, por consiguiente, la primera es inaplicable para el caso*".

Afirma el recurrente que existe una violación "*protuberante*" del debido proceso, por cuanto el encabezado del Decreto 2513 de 2005 dice reglamentar la Ley 155 de 1959 sobre prácticas restrictivas de la competencia y que en consecuencia el pago de precio inequitativo en la compra de leche es una "*restricción de la libre competencia*", solicitando el apoderado a esta Entidad que de conformidad con este objeto de la norma se debe realizar el análisis de la conducta investigada, es decir, que el pago de precio inequitativo es una conducta que restringe la libre competencia.

Plantea que era necesaria la prueba que permitiera comparar el precio pagado por COLANTA con el precio pagado por su competencia en la región de Antioquia y el Eje Cafetero, prueba que alega indispensable para "*confirmar si [Colanta] RESTRINGIÓ O NO LA COMPETENCIA, AL PAGAR PRECIOS INEQUITATIVOS CON RESPECTO A QUIENES TIENEN ESE TÍTULO*". Solicita en el recurso que se decrete, practique y valore dicha prueba, "*so pena de violar el derecho de defensa*".

7

Respecto a este argumento es necesario señalar que el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 establece:

"ARTICULO 1. Modificado. Decreto Especial 3307 de 1963, Art.1. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos" (subraya y negrilla fuera del texto).

La inequidad está dada en este caso por la previa definición que de ella hizo la autoridad administrativa correspondiente al regular la materia. Así el Decreto 2513 de 2005 reglamenta la Ley 155 de 1959 en su artículo 1 y 3:

"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 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" (subraya fuera del texto).

El artículo primero del Decreto 2513 de 2005 define lo que se entiende por precio inequitativo y el artículo tercero establece las consecuencias por el pago de precio inequitativo, que son la aplicación de las sanciones previstas para prácticas restrictivas de la competencia.

Para este Despacho se está ante un evento en el cual tanto la Ley 155 de 1959, como el Decreto 2513 de 2005 y las Resoluciones 331 y 337 de 2005 del MADR, establecen la definición y la fórmula para calcular si se presentó o no pago de precio inequitativo y es con base en esta definición normativa que se realizó la investigación y se impuso la sanción.

Ahora bien, en dicha fórmula se tiene en cuenta la relación entre el "factor de costo"¹ del mes investigado y el "factor de costo" promedio de los doce meses anteriores, con una variación admisible. Es decir, asumiendo constante el precio de venta de leche líquida higienizada, lo que se compara es el promedio histórico (doce meses atrás) del precio pagado por la empresa investigada en sus compras de leche cruda con el precio pagado en el mes investigado. En este sentido, el análisis de los precios de la

¹ Relación entre el precio de compra de leche cruda y el precio de venta de leche líquida higienizada.

competencia de COLANTA es irrelevante a efectos de aplicar la respectiva fórmula, ya que ninguna de las variables de la misma los tiene en cuenta para determinar si se presentó precio inequitativo, que es la conducta expresamente prohibida y censurada en las normas aplicadas y que motivó la resolución de sanción emitida por esta Entidad.

Con respecto a la manifiesta inconstitucionalidad planteada por el recurrente, es necesario precisar que según sentencia de la Corte Constitucional T-658 de 2005 “[*la 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 la Corte Constitucional en la Sentencia T-556 de 1998 afirmó: “*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).

De acuerdo con la Corte Constitucional, para que un funcionario pueda abstenerse de aplicar una norma de inferior jerarquía a la Constitución, aquella norma debe contradecir **de manera ostensible, clara e indudable** la Constitución.

Los argumentos del apoderado no muestran cómo ni por qué el Decreto 2513 de 2005 y las Resoluciones 331 y 337 del 2005 expedidas por el MADR son contrarios de modo ostensible, claro e indudable a la Constitución Política.

En consecuencia, corresponde a este Despacho aplicar las normas cuestionadas, esto es, el Decreto 2513 de 2005 y las Resoluciones 331 y 337 del 2005 del MADR.

2) Con respecto a que “**LA SUPERINTENDENCIA NO VALORO LA EXISTENCIA DE LIBERTAD DE PRECIOS Y EL SISTEMA DE PAGO QUE APLICO COLANTA PARA DICIEMBRE DE 2005**”.

Afirma el recurrente que no hubo en el periodo investigado una regulación oficial de precios, por cuanto existía libertad para la fijación de los mismos. Por lo tanto COLANTA en todo su derecho diseñó y fijó un sistema de pagos que se ajustaba a las realidades económicas que vivía.

También afirma que el artículo 1 del Decreto 2513 establece que “(...) es posible encontrar variaciones [justificadas en la relación del precio de compra de leche cruda y el de venta de leche líquida pasteurizada (...)]”, por lo tanto, asegura que era posible que COLANTA estableciera un sistema de precios de leche pagada al productor atado a la calidad composicional e higiénica del producto. Al respecto señala que “(...) resulta por lo menos inverosímil y miope” considerar que estos elementos no son asunto de la regulación con base en la cual se realizó la investigación.

El apoderado utiliza como ejemplo el resultado presentado en el Informe Motivado con respecto a que COLANTA para el mes de diciembre de 2005 sólo estuvo \$11,92 por debajo del límite para no incurrir en pago de precio inequitativo en la planta de Funza. Según el recurrente, la explicación de la variación en los precios *"puede ser tan sencilla, como la entrega de 1 décima menos de proteína, o un recuento superior de células somáticas que rebajó su bonificación, o una calidad bacteriana en unidades formadoras de Colonia, que no le permitió [a Colanta] bonificar"*.

Considera el recurrente que el sistema de precios adoptado por COLANTA "(...) no riñe con la regulación atípica que hizo el Decreto 2513, y por el contrario, debe valorarse para reconocer el difícil y casi imposible efecto que puede tener un esquema de pago en el promedio ponderado, con relación a los doce (12) meses anteriores, tal cual lo prevé la norma".

Frente a estos argumentos es necesario realizar las siguientes consideraciones:

El Decreto 2513 de 2005 en su parte considerativa prevé *"[q]ue la producción de leche y derivados constituye una actividad fundamental para la dinámica y recuperación agropecuaria nacional dada su participación en el producto interno bruto, su aporte a la generación de empleo y su diversidad en términos de producción"* (subraya y negrilla fuera del texto).

La resolución 331 de 2005 del MADR en su parte considerativa estableció *"[q]ue el mercado de la leche presenta asimetrías en la relación entre el comprador y el productor de leche cruda, que pueden originar que el libre mercado de la materia prima tenga efectos sobre el precio de venta al consumidor,"* y también *"[q]ue es importante que exista una relación justa y equitativa entre el precio del mercado final al consumidor, los costos de producción del procesador y el ingreso que perciba el productor primario, para que el mercado asigne eficientemente los recursos entre todos los agentes que participan en el proceso"* (subraya fuera del texto).

La resolución 337 de 2005 del MADR modificó los artículos 1 y 2 de la resolución 331 de 2005 del MADR, estableciendo la fórmula para calcular el precio inequitativo de la leche cruda y determinó el mecanismo de seguimiento de precio inequitativo.

En ejercicio de las facultades legales establecidas en el artículo 49 de la Ley 101 de 1993, del Decreto-Ley 1675 de 1997, en el numeral 13 del artículo 3 del Decreto 2478 de 1999 y en el Decreto 2513 de 2005, el MADR expidió las Resoluciones 331 y 337 de 2005, determinando una fórmula para calcular el pago de precio inequitativo en la compra de leche cruda a productores. Si bien existía libertad, estaba regulada y los procesadores estaban obligados al acatamiento de las normas dentro de este marco regulatorio.

Las normas de precios evidentemente se relacionan con el contexto específico en el que se expiden. Es claro que el MADR actuó ejerciendo sus facultades con adecuado conocimiento de la situación coyuntural que presentaba el mercado de compra de leche cruda para realizar la intervención en dicho mercado.

Finalmente, con respecto a que la explicación de la variación en los precios *"puede ser tan sencilla, como la entrega de 1 décima menos de proteína, o un recuento superior de células somáticas que rebajó su bonificación, o una calidad bacteriana en unidades*

formadoras de Colonia, que no le permitió [a Colanta] bonificar, es necesario precisar que el documento aportado al expediente por los investigados en ese sentido (cuaderno 1, folio 173), nada dice de la variación en la calidad de la leche en el periodo de investigación y por lo tanto no prueba que el menor precio pagado por la leche cruda se deba, por ejemplo, a una disminución importante de su contenido de proteína. Dicho documento sólo muestra un aumento de la valoración de la proteína por parte de COLANTA (aumento del precio pagado por unidad de proteína) en diciembre de 2005 con respecto a los cinco meses anteriores.

3) Con respecto a que "LA SUPERINTENDENCIA NO VALORÓ LA AUSENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO AL PRODUCTOR O A LA LIBRE COMPETENCIA, MEDIANTE UNA SUPUESTA PRÁCTICA RESTRICTIVA".

El recurrente afirma que la Superintendencia no tuvo en cuenta las justificaciones presentadas por los investigados, *"no [advirtió] un mínimo nivel de responsabilidad subjetiva del investigado"* o consideró que la expresión **"INJUSTIFICADAMENTE"** contenida en el Decreto 2513 de 2005 *"(...) es una muletilla retórica carente de contenido normativo"*. El hecho de que las Resoluciones 331 y 337 del 2005 del MADR no hubieran desarrollado la expresión mencionada, no la excluyen del ordenamiento aplicado.

Argumenta que la Superintendencia no tuvo en cuenta las justificaciones presentadas por los investigados, por cuanto estas no fueron incluidas en la legislación aplicada, afirmando que esta Entidad *"(...) aún bajo la carga de [analizarlas], no [las] encuentra [meritorias] de justificación de la conducta"* (subraya fuera del texto).

El argumento presentado por el recurrente está enfocado a *"la ausencia de DAÑO en la persona o personas naturales y jurídicas PRODUCTORAS y PROCESADORAS, que constituyen competencia de la investigada, pues (...) resulta imposible para la Superintendencia investigar a un industrial y comerciante por supuesta práctica restrictiva de la competencia sin valorar precisamente a la competencia, y al efecto que pudo haber causado en ella, el supuesto precio inequitativo"*. Así, asegura el apoderado que no puede haber pago de precio inequitativo si el industrial investigado es el que mejor precio paga por la leche cruda en la región objeto de investigación.

Frente a estos argumentos es necesario hacer las siguientes consideraciones:

Tal como se afirmó en la resolución de sanción, la apertura de investigación se realizó de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, el Decreto 2513 de 2005 y las Resoluciones 331 y 337 de 2005 del MADR. En estas normas se fija una fórmula que permite calcular si hubo o no un pago de precio inequitativo. Este Despacho probó que la cooperativa COLANTA, en su planta en Funza, incurrió en pago de precio inequitativo en el mes de diciembre de 2005, conducta que no fue desvirtuada por la defensa.

En aplicación de las normas sobre las cuales se realizó la investigación, es decir la Ley 155 de 1959, el Decreto 2513 de 2005 y las Resoluciones 331 y 337 de 2005 del MADR, esta Superintendencia tuvo en cuenta los argumentos presentados por los investigados como *"justificaciones"*.

Al respecto, es necesario precisar que según lo establecido en el párrafo del artículo 1 del Decreto 2513 de 2005.

"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" (subraya fuera del texto).

Ahora bien, sin perjuicio de que era al MADR a quien le correspondía establecer en las Resoluciones 331 y 337 de 2005 los criterios y la metodología para determinar la "variación injustificada" del factor de costo, el Despacho analizó todas las justificaciones argumentadas en la defensa y las tomó en consideración para la tasación de la sanción.

Con respecto a que es un "(...) sin sentido que se multe a una empresa porque simplemente no mantuvo los promedios de su pago durante los doce meses anteriores a la época objeto de investigación (...)" (subraya fuera del texto), es necesario precisar que la fórmula establecida en la norma permitía conocer, con exactitud matemática, dentro de qué rango se podían hacer ajustes a los precios de compra y de venta de ese mes. Era suficiente con que un procesador conociera sus precios promedio de compra de leche cruda y de venta de leche líquida higienizada, de doce meses consecutivos, para que le fuera posible calcular el mínimo factor de costo que, en el mes siguiente, determinaría no incurrir en pago de "precio inequitativo".

En este sentido, si era posible ajustar los precios de compra y de venta sin incurrir en pago de precio inequitativo. Conociendo el precio promedio de compra de los doce meses anteriores era posible determinar con exactitud el ajuste legal del presente mes. Así las cosas, cada empresa frente a sus "realidades económicas" podía realizar ajustes mes a mes (incluso siempre a la baja), dentro de los márgenes establecidos en la fórmula. No es cierta, como lo afirma el apoderado, la imposibilidad de calcular con exactitud matemática el margen de maniobra o de movilidad que tenían las empresas para realizar sus ajustes de precios.

No sobra agregar que este tipo de reproches discuten la regulación adoptada y no la decisión que con fundamento en ella tomó este Despacho.

4.2. Con respecto a los llamados "ELEMENTOS DE PRUEBA QUE JUSTIFICAN LA VARIACIÓN DEL PRECIO PAGADO AL PRODUCTOR".

1) "Los altos niveles de inventario de leche en polvo que demuestran niveles excedentarios de leche y su efecto financiero en COLANTA para el 2005".

El recurrente argumenta que "en virtud de [la] naturaleza solidaria" de COLANTA, la cooperativa tiene la obligación de comprar a sus asociados la totalidad de la leche que producen y que, dada esta situación y debido a los niveles de producción del momento de los hechos investigados y con el fin de preservar la sostenibilidad de la empresa, fue necesario hacer un ajuste en el precio de compra con la finalidad de aliviar la crisis financiera "(...) fruto de la enorme enlechada, y los altos costos de producción de leche en polvo y quesos, que son las dos formas en que se coloca la producción

excedentaria en el exterior, en mercados distorsionados como Venezuela (...). Así, *"(...) si COLANTA no podía mantener determinado sistema de precios, debiendo hacer su correspondiente ajuste, antes de ir en perjuicio de su productor asociado, fortalecía su patrimonio empresarial solidario, tal como se demostró en el mejoramiento de sus indicadores económicos"*.

Afirma también que *"(...) no se debe mirar el ajuste de los \$11, como lo único que impactó la economía solidaria de COLANTA, fue el ajuste integral y complejo el que pretendía resultados económicos que por lo menos frenaran un desastre financiero para la empresa"*.

Manifiesta el apoderado que los resultados del ajuste están probados en el informe financiero aportado al expediente como prueba y que es en este sentido que debe valorarse la justificación hecha. La cooperativa es una unidad de negocio y, en consecuencia, el resultado financiero negativo afectaba a toda la empresa y no a una sola o a varias de sus plantas.

Señala que *"[c]uando la SIC rechaza el argumento del estudio hecho por el Departamento de Costos y Presupuesto de Colanta, sobre la simulación en la calidad de la leche, simplemente fue porque no supo valorar la prueba"*. Lo que se pretendía demostrar con esa prueba, según el apoderado, era que de mantenerse un sistema de precios de leche cruda que privilegiara el contenido de agua y no el de sólidos, lo cual implica mayores costos de producción, habría tenido que dejarse de captar leche en la planta de Funza, con un impacto negativo sobre los productores que habrían tenido que ser excluidos de la cooperativa.

Por todo lo anterior, asevera el apoderado, la situación económica de **COLANTA** justificó la variación en los precios de compra de leche cruda que generaron el pago del precio inequitativo.

Frente a estos argumentos es necesario hacer las siguientes consideraciones:

La fórmula establecida en las Resoluciones 331 y 337 de 2005 del MADR no prevé entre sus variables productos distintos a la leche líquida higienizada. En consecuencia, no se incluye en el cálculo efectuado por la Superintendencia el precio de la leche en polvo, ni en el mes investigado ni en los doce meses anteriores.

Adicionalmente, si se trataba de mantener la compra de los volúmenes de producción a los asociados de la cooperativa, en ese momento de superproducción de leche, esto se hubiera podido hacer en la planta de Funza sin incurrir en pago de precio inequitativo pagando \$11,92 pesos más por litro de leche cruda en el mes de diciembre de 2005. Considerando que ese mes **COLANTA** compró 6.609.996 litros a productores directos en esa planta, lo anterior le hubiera representado pagar \$78.791.152 más de lo que pagó a sus proveedores directos en ese mes por sus compras. Situación esta que, en criterio de esta Entidad, contrastada con las cifras de ventas, producción, activos, etc., no podía constituir la diferencia entre la viabilidad o la inviabilidad financiera de **COLANTA** como lo argumentó el apoderado.

Si bien es cierto que en las crisis se toman una serie de medidas que permiten salvaguardar la sostenibilidad financiera de las empresas, es necesario tener presente que la violación de las normas no está permitida a las empresas en crisis financiera, y

por lo tanto es necesario tener siempre presente la normatividad y su cumplimiento tanto para las épocas de crisis como en situaciones de normalidad. Fortalecer el patrimonio del asociado no justificaba el pago de precio inequitativo.

2) "La situación financiera de COLANTA en el 2005".

Argumenta el recurrente que, como consta en el expediente, **COLANTA** probó su situación financiera negativa en el 2005 llegando a presentar pérdidas en el ejercicio fiscal por \$18.210 millones de pesos, lo que obligó a realizar los ajustes en los precios de compra de leche cruda, pruebas que no fueron valoradas por la SIC en su justo significado.

Alega que los altos inventarios de leche en polvo generaron incremento en el capital de trabajo que se apalancó con deuda de corto plazo, lo que generó el ajuste de los precios de la leche, que es el principal costo de la cooperativa y en consecuencia es el que genera un mayor impacto financiero para la misma.

Tal como obra en el expediente en el Informe de Gestión del año 2005 aportado por **COLANTA** "[e]n el año 2005 la Cooperativa fiel a su filosofía, compró la totalidad de la leche a sus asociados y se vio en la obligación de exportar los excedentes a Venezuela y EE.UU, en leche en polvo y quesos, sacando del país dichos excedentes para defender el precio interno. Las exportaciones estuvieron afectadas por la revaluación del peso frente al dólar y generaron un resultado negativo en el resultado económico del año"² (subraya fuera del texto).

Frente a este argumento es necesario precisar:

Tal como se manifestó anteriormente, es necesario tener presente que la violación de las normas no está permitida a las empresas en crisis financiera, y por lo tanto es necesario tener siempre presente la normatividad y su cumplimiento tanto para las épocas de crisis como en situaciones de normalidad. Ahora bien, en gracia de discusión, el argumento del apoderado con respecto a la situación financiera de **COLANTA**, en particular lo que concierne al tema de inventarios, es inconsistente como se mostrará a continuación.

El recurrente afirmó que **COLANTA** tuvo que incrementar su pasivo bancario con la finalidad de apalancar el incremento de inventarios. El pasivo bancario a diciembre 31 de 2004, entre el corto plazo y el largo plazo, era de \$107.529 millones de pesos y a diciembre 31 de 2005, de \$124.554 millones de pesos³. Es decir, en el año 2005 se incrementó en \$17.025 millones de pesos, lo cual no se ve reflejado en un aumento de inventarios entre diciembre del año 2004 y diciembre del año 2005 como lo afirmó el recurrente.

Según el informe financiero los inventarios fueron de \$134.530 millones de pesos a diciembre 31 de 2005 y de \$134.939 millones de pesos a diciembre 31 de 2004⁴. Es decir, el nivel de inventarios fue mayor en 2004 que en 2005, lo cual, sumado al hecho que en 2004 **COLANTA** no presentó pérdidas, contradice los argumentos expuestos

² Folio 2351 del cuaderno 10 del expediente.

³ Folios 2344 y 2345 del cuaderno 10 del expediente.

⁴ Folio 2343 del cuaderno 10 del expediente.

por el recurrente en el sentido que el balance negativo del 2005 fue "(...) producto de los altos niveles de inventario de leche".

3) "La contratación de COLANTA con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF – el producto de mayor venta en la planta de Funza: leche para desayunos infantiles".

Plantea el recurrente que la SIC no entendió la justificación de la variación de los precios al productor que tuvo que hacer la empresa como consecuencia de las pérdidas acumuladas por el desequilibrio económico generado en el contrato estatal entre COLANTA y el ICBF, las cuales sumaron \$7.438 millones de pesos en el año 2005. Afirma el apoderado que COLANTA "(...) se vio obligada a contratar con el Estado" como un mecanismo de salvación del sector, por cuanto el gobierno amenazó que si se declaraban desiertas dichas licitaciones se autorizaría la importación de leche a Colombia con la finalidad de cumplir con el programa de desayunos infantiles.

Frente a este argumento es necesario hacer las siguientes consideraciones:

El mes investigado y por el cual se sancionó fue diciembre de 2005. Las compras de leche cruda a nivel nacional correspondientes a ese mes fueron de 22.944.104 de litros, de los cuales 6.609.996 se compraron a proveedores directos en la planta de Funza en el departamento de Cundinamarca. El pago de precio inequitativo se presentó por el ajuste de \$11,92 pesos por debajo del límite establecido en la resolución 337 de 2005 del MADR, lo cual representó un alivio financiero a COLANTA de \$78.791.152. En ese sentido, no es con el producto de este ajuste que se cubre el supuesto desequilibrio económico generado en el contrato estatal entre COLANTA y el ICBF por \$7.438 millones de pesos en el año 2005, tal como lo afirmó el apoderado.

No incurrir en el pago de precio inequitativo en la planta de Funza le hubiera representado a COLANTA pagar \$78 millones de pesos más a sus proveedores, lo cual, en gracia de discusión, no cubría el desequilibrio económico argumentado por la cooperativa, y menos las pérdidas acumuladas en el periodo fiscal de 2005 por \$18.210 millones.

En conclusión, si bien es cierto que la situación financiera de COLANTA fue deficitaria para el año 2005, como lo demuestra el informe de gestión aportado al expediente, y que parte de esta pérdida se atribuyó por la empresa al desequilibrio económico que se generó por el contrato entre COLANTA y el ICBF, también es cierto que el pago de precio inequitativo en que incurrió la cooperativa en la planta de Funza en el mes de diciembre de 2005 no fue el que corrigió dicho desequilibrio ni generó la recuperación económica de la misma. Y aún de admitirse que fuera una medida parte de un paquete para enjugar pérdidas, ello no excusaría ni justificaría el incumplimiento de la ley.

4.3. "LA INCORRECTA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LA PERSONA DEL REPRESENTANTE LEGAL DE COLANTA".

Para el apoderado la Superintendencia no tuvo en cuenta que la aprobación de la variación del sistema de precios la efectuó el Consejo de Administración "(...) en virtud del análisis, estudio y proposición que hiciera el Comité de Gerencia (...)".

Reafirma el recurrente lo expresado en sus comentarios al Informe Motivado, en el sentido en que para tolerar una conducta se debe partir de la conciencia de la antijuridicidad de lo que se tolera. Es decir, el comportamiento debe realizarse, ya sea de forma directa o indirecta, con el conocimiento de que la propuesta de modificación del precio de compra es violatoria de la ley.

Para el apoderado, la Superintendencia no probó que "(...) conforme al significado que utilizó de la palabra TOLERANCIA, el Gerente **"haya disimulado algo que no es lícito"**, para aparentarlo como lícito".

Agrega que "[a] cualquier administrador que ejecute su labor dentro de los cánones de la responsabilidad tal como manda la Ley Comercial, le era imposible predicar el comportamiento futuro de la calidad de la leche y del precio de la misma conforme al sistema de pagos adoptado, y en la medida en que a lo imposible nadie está obligado, resulta improcedente predicar responsabilidad al Representante Legal".

Frente a estos argumentos es necesario hacer las siguientes consideraciones:

Con respecto a la aprobación de la variación en el sistema de precios, en el expediente está claro que, tal como lo afirmó en su declaración el señor **JENARO PÉREZ GUTIÉRREZ** como representante legal de **COLANTA**, la aprobación la efectuó el Consejo de Administración, por recomendación del comité de gerencia, que él presidía.

"Yo presento al Consejo de administración los estudios y las sugerencias y las iniciativas que se estudian a través de los jefes de departamento, jefes de división, que primero se estudian en el comité de gerencia; comité de gerencia lo preside, como su palabra lo indica, el gerente (...)" (subraya y negrilla fuera del texto).

Tal como se dijo en la resolución de sanción, el representante legal de **COLANTA** afirmó en su declaración que presidió como gerente el Comité de Gerencia que evaluó y presentó las recomendaciones de los precios de compra de leche cruda y de venta de leche líquida higienizada al Consejo de Administración de la cooperativa. Es decir, es claro para este Despacho que el señor **JENARO PÉREZ GUTIÉRREZ** conoció y participó en la determinación de las decisiones de precios de compra de leche cruda y de venta de leche higienizada de esa cooperativa durante el periodo investigado. La responsabilidad personal a la que alude el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 emana de un hecho –acción u omisión– del administrador. Esta precisión reviste especial importancia si se tiene en cuenta que lo previsto en el numeral 16 del mencionado Decreto no exige que las personas naturales que resulten incurso en el comportamiento descrito ejecuten directamente el acto.

Insiste el recurrente en que se debe partir de la conciencia de la antijuridicidad de lo que se tolera, aspecto frente al cual en la resolución de sanción se aclaró que para este Despacho no es eximente de responsabilidad el supuesto desconocimiento, por parte del Gerente General de **COLANTA**, de la antijuridicidad del pago de precio inequitativo. Frente a este aspecto es necesario recordar nuevamente al recurrente, que el artículo 95 de la Constitución Política establece que *"toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes"*. En igual sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia C-651 de 1997 estimó:

"(...) si a una persona se le atribuye una conducta ilícita y se prueba que en realidad la observó, no es admisible la excusa de que ignoraba la norma que hace ilícita la conducta" (subraya y negrilla fuera del texto).

La definición de **"tolerar"**, tomada del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es **"permitir algo que no se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente"**. En este sentido, tolerar es no tomar algún tipo de medida para prohibir, obstaculizar o incluso interferir las conductas realizadas por otras personas. Por ello en el caso que nos ocupa la determinación del representante legal de no impedir, obstaculizar o interferir una conducta que se desaprueba, cuando se tiene el poder y el conocimiento necesario para hacerlo, implica tolerar.

Con respecto al argumento de que era imposible para el Gerente y Representante Legal de COLANTA predecir el comportamiento de la calidad (que era base del sistema de pago de COLANTA) y por ende ajustar los precios para cumplir las Resoluciones 331 y 337 de 2005 del MADR, este Despacho considera infundado el argumento en el sentido atrás señalado (ver punto (2) del numeral 4.1 de la presente resolución).

4.4. **"CADUCIDAD DE LA SANCIÓN"**

Argumenta el recurrente que el objeto de la investigación son hechos ocurridos en el mes de diciembre de 2005, y la conducta investigada tuvo ocurrencia desde el primer día del mes de diciembre de 2005. A la fecha de presentación del recurso de reposición, es decir al 10 de diciembre de 2005, ya han transcurrido tres años, por lo que la Superintendencia ha perdido competencia para pronunciarse al respecto.

Al respecto es necesario precisar que el artículo 1 de la resolución 337 de 2005 del MADR establece:

"Artículo 1. Determinar la fórmula para calcular el precio inequitativo de la leche cruda. La fórmula para calcular el precio inequitativo pagado al productor en las operaciones de compra de leche cruda, es la siguiente:

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

Donde:

PP_i = Precio al productor **en el mes i**

PC_i = Precio de venta del procesador **en el mes i**

Σ = La sumatoria **de los últimos doce meses**

Factor de costo promedio (FP) = $\Sigma(P_i/PC_i)/12$

Desviación típica (DT) = $[\Sigma(P_i/PC_i - FP)^2/(12 - 1)]^{1/2}$

El factor de costo representa el precio pagado por un litro de leche a los productores de una empresa en la planta de proceso, con relación al precio de venta del procesador de un litro de leche en la planta de proceso. El promedio y la desviación típica del factor de costo **se establecerán cada mes** mediante las series del precio pagado al productor y el precio de venta del procesador o del consumidor, de los últimos doce meses" (subraya y negrilla fuera del texto).

Según la norma, su aplicación supone realizar los cálculos **cada mes** para hacer comparaciones con series de precios mensuales. En consecuencia, la comparación de

tales variaciones se hace del mes investigado contra los doce meses anteriores.

Para efectos de cálculo de precio inequitativo, a la luz de lo establecido en la resolución 337 de 2005 del MADR, corresponde tomar en cuenta meses completos. El cálculo de la caducidad solo empieza a contarse a partir del último día del mes en que cesó la conducta, es decir, de diciembre 31 de 2005.

Así lo ha manifestado el Consejo de Estado en relación con la aplicación del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo:

"En cuanto al punto de la caducidad de la acción sancionatoria, es menester poner de presente que la conducta aludida constituye una falta continuada, en la cual se está incurriendo hasta tanto cese el uso fraudulento del servicio, de allí que el término de caducidad deba contarse desde cuando cesa la conducta. En estas circunstancias, además de una apreciación infundada de los hechos, se dio una inadecuada aplicación del artículo 38 del CCA por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al revocar la decisión sancionatoria, de donde la resolución acusada se encuentra afectada por la causal de nulidad (...) toda vez que la acción sancionatoria correspondiente no había caducado (...)"⁵ (subraya fuera del texto).

En conclusión, en la presente investigación no operó el fenómeno de la caducidad administrativa, por cuanto la misma se cuenta a partir del día en que cesó la conducta investigada, esto es, a partir de enero 1 de 2006.

4.5. "DESPROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN".

Argumenta el recurrente que la sanción no solo es desproporcional por falta de motivación, sino porque el cálculo sobrepasa el valor de lo supuestamente dejado de pagar frente a lo que se consideraba como equitativo.

Para la tasación de la sanción que corresponde a la empresa se tomó en cuenta, entre otros, el impacto de la conducta en el mercado de compra de leche cruda, así como las justificaciones presentadas a esta Entidad. Se aclara que la sanción no tiene el propósito de retribuir a los afectados. Por lo anterior, este Despacho no considera fundado el argumento de la desproporcionalidad de la sanción impuesta a COLANTA y a su representante legal.

Por las razones expuestas, el Superintendente de Industria y Comercio

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 7041. Citada en sentencia de la misma Sala, C.P.: Dr. Camilo Arciniegas Andrade, Bogotá D.C., 20 de septiembre de 2002, Radicación número: 25000-23-24-000-1999-0250-01(7042).

7

RESUELVE

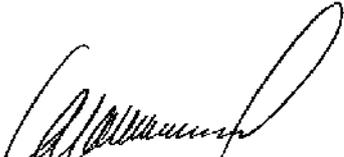
ARTÍCULO PRIMERO. Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la resolución No. 048294 de 25 de noviembre de 2008.

ARTÍCULO SEGUNDO. Notificar el contenido del presente acto administrativo al doctor **DIEGO URIBE VÁSQUEZ**, en su calidad de apoderado especial de la **COOPERATIVA COLANTA LIMITADA** y del señor **JENARO PÉREZ GUTIÉRREZ**, 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 **18** NOV 2009

El Superintendente de Industria y Comercio,


GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

Radicación: 07-020315

NOTIFÍQUESE:

Doctor
DIEGO JESÚS URIBE VÁSQUEZ
Apoderado Especial de
COOPERATIVA COLANTA LIMITADA
y de
JENARO PÉREZ GUTIÉRREZ
Calle 74 No. 64A - 51, Barrio Caribe
Teléfono: (4) 4419000
MEDELLÍN - ANTIOQUIA